

MATTHIAS WINTER

Das Lösungsrecht nach gutgläubigem Erwerb

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

301

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

301

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Matthias Winter

Das Lösungsrecht nach gutgläubigem Erwerb

Ein Mittel zum Ausgleich von Ausfallrisiko und
Sachzuordnung, unter vergleichender Berücksichtigung
des deutschen und französischen Rechts

Mohr Siebeck

Matthias Winter, geboren 1973, Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Erlangen-Nürnberg und der Université Rennes 1; Referendariat in Nürnberg mit Wahlstation in New York; Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Erlangen; seit 2005 als Rechtsanwalt tätig.

e-ISBN PDF 978-3-16-152960-3

ISBN 978-3-16-152622-0

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit lag im Wintersemester 2012/2013 der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät – Fachbereich Rechtswissenschaft – der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation vor. Die Arbeit wurde mit dem Rödl-Promotionspreis 2013 und einem Förderpreis der Schmitz-Nüchterlein-Stiftung ausgezeichnet.

Meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Mathias Rohe, M.A., gebührt an erster Stelle mein herzlicher Dank. In meiner Zeit als Wissenschaftlicher Assistent an seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, auf die ich noch heute sehr gerne zurückblicke, wurde das Fundament dieser Arbeit gelegt. Er hat die Arbeit angeregt, ließ mir bei der Umsetzung den nötigen Freiraum und stand mir stets mit wertvollen Hinweisen zur Seite. Herrn Prof. Dr. Robert Freitag, Maître en droit (Bordeaux) danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Dank schulde ich ferner meinen ehemaligen Institutskollegen, Herrn Dr. Folko Bührlé und Herrn Dr. Uwe Frommhold, für den wissenschaftlichen und freundschaftlichen Gedankenaustausch während unserer gemeinsamen Assistentenzeit. Mein Freund und Kollege, Herr Prof. Dr. Benjamin von Bodungen, stand mir in der Endphase der Arbeit stets motivierend zur Seite.

Der Université Rennes 1 und meinen dortigen akademischen Kollegen, besonders Herrn Professor Xavier Volmerange, danke ich für die vielfältige Unterstützung anlässlich meiner Forschungsaufenthalte in Frankreich sowie unseren Austausch zum französischen Recht. Bei den Herausgebern möchte ich mich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe bedanken.

Mein ganz besonderer Dank gilt meiner Ehefrau Annette. Ohne ihre stete Unterstützung und Bereitschaft, der Anfertigung dieser Arbeit einen Platz in unserem Familienleben einzuräumen, wäre deren Fertigstellung nicht möglich gewesen. Ihr und unseren Kindern ist diese Arbeit daher gewidmet.

Frankfurt, Dezember 2013

Matthias Winter

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
A. Gegenstand und Anlass der Untersuchung	2
B. Methodik und Gang der Untersuchung	6
C. Überblick zum europäischen Hintergrund	10
<i>Teil 1: Die Ausgangsposition</i>	15
1. <i>Kapitel: Das sachenrechtliche Mehrpersonenverhältnis</i>	19
A. Die Beteiligten und ihre Beziehungen untereinander	19
B. Die Ergebnisvarianten	32
2. <i>Kapitel: Die rechtlichen Institute zur Lösung der Konstellation</i>	43
A. Gutgläubiger Erwerb	43
B. Ersitzung	108
C. Verjährung und Verwirkung des Herausgabeanspruchs	117
<i>Teil 2: Die Steuerung des Ausgleichs der Interessenkollision</i>	123
1. <i>Kapitel: Der Interessenvergleich</i>	125
A. Die individuellen Interessen im Dreieck	126
B. Die Allgemeininteressen	135
C. Vergleich und Abwägung	152
2. <i>Kapitel: Die Vielfalt der Steuerungsparameter – eine bewertete Bestandsaufnahme</i>	161
A. Der Leitgedanke der Offenkundigkeit	162
B. Umstände im Wahrnehmungsbereich des Erwerbers	165
C. Umstände außerhalb des Wahrnehmungsbereichs des Erwerbers	213
D. Kennen und Kennenmüssen von Umständen: die Gutgläubigkeit	230
E. Sonstige Steuerungsparameter	240
F. Zusammenfassung	263

<i>Teil 3: Die Verteilung des Ausfallrisikos und die Zuordnung des Eigentums an der Sache</i>	265
1. <i>Kapitel: Die getrennte Beantwortung der Fragen nach der Verteilung des Ausfallrisikos und der Zuordnung des Eigentums durch das Lösungsrecht</i>	267
A. Begriff und Erscheinungsformen des Lösungsrechts	267
B. Das Lösungsrecht im deutschen und französischen Recht	269
C. Bewertung	306
2. <i>Kapitel: Die Verteilung des Ausfallrisikos</i>	313
A. Die Ausgangssituation	314
B. Das Abhandenkommen einer Sache als Kriterium zur abweichenden Verteilung des Ausfallrisikos?	316
C. Weitere Ansatzpunkte für die Zuweisung des Ausfallrisikos	343
3. <i>Kapitel: Die Zuordnung der Sache</i>	349
A. Die Ausgangssituation	349
B. Das Affektionsinteresse des Eigentümers als Kriterium der Sachzuordnung	351
C. Sonderzuordnung von öffentlichen Sachen	369
D. Sachzuordnung anhand sonstiger Steuerungsparameter	373
E. Zwischenergebnis	375
4. <i>Kapitel: Das Rückkaufsrecht als geeignetes Mittel für den Interessenausgleich</i>	376
A. Lösungsrecht oder Rückkaufsrecht?	376
B. Der Rückkaufspreis	381
C. Aspekte des Zeitablaufs	385
D. Weitere Regelungsaspekte	388
5. <i>Kapitel: Die Sonderfragen beim unentgeltlichen Erwerb</i>	390
A. Der unentgeltliche Erwerb vom Nichtberechtigten	390
B. Der unentgeltliche Erwerb einer mit einem Rückkaufsrecht belasteten Sache von einem Dritten	394
Schluss	397
A. Ergebnis	397
B. Regelungsvorschlag	401
Literaturverzeichnis	405
Sachverzeichnis	423

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Einleitung	1
A. Gegenstand und Anlass der Untersuchung	2
B. Methodik und Gang der Untersuchung.....	6
C. Überblick zum europäischen Hintergrund.....	10
<i>Teil I: Die Ausgangsposition</i>	15
<i>1. Kapitel: Das sachenrechtliche Mehrpersonenverhältnis</i>	19
A. Die Beteiligten und ihre Beziehungen untereinander.....	19
I. Die Position des Eigentümers	19
1. Der Eigentümer	19
2. Die Beziehungen des Eigentümers zu den anderen Beteiligten	21
a) Die Beziehung zum Veräußerer.....	21
aa) Gewolltes Auseinanderfallen von Eigentum und tatsächlicher Sachherrschaft	22
bb) Ungewolltes Auseinanderfallen von Eigentum und tatsächlicher Sachherrschaft	22
b) Die Beziehung zum Erwerber	23
II. Die Position des Veräußerers	23
1. Der Veräußerer	23
2. Die Beziehungen des Veräußerers zu den anderen Beteiligten	24
a) Die Beziehung zum Eigentümer	24
b) Die Beziehung zum Erwerber	24
III. Die Position des Erwerbers	25
1. Der Erwerber	25
2. Die Beziehungen des Erwerbers zu den anderen Beteiligten	26
a) Die Beziehung zum Veräußerer.....	26

b) Die Beziehung zum Eigentümer	27
IV. Weitere Beteiligte	27
1. Weitere Hauptbeteiligte	27
a) Weitere Eigentümer?	28
b) Weitere Veräußerer (Veräußerungsketten)	28
c) Weitere Erwerber?	29
2. Nebenbeteiligte	30
V. Zusammenfassung	31
B. Die Ergebnisvarianten	32
I. Das Zusammenspiel von dinglichen Rechten und schuldrechtlichen Ansprüchen	32
II. Die erste Entscheidung: Zuweisung des Eigentums	34
III. Die zweite Entscheidung: Zuweisung des Ausfallrisikos für den Ausgleichsanspruch	36
1. Anspruchsinhaber und -gegner des eigentum- kompensierenden Ausgleichsanspruchs	36
2. Das Risiko der Nichtrealisierbarkeit des Ausgleichsanspruchs	38
3. Die Veränderungen durch ein Lösungsrecht	41
2. Kapitel: Die rechtlichen Institute zur Lösung der Konstellation	43
A. Gutgläubiger Erwerb	43
I. Der gutgläubige Erwerb im französischen Recht	45
1. Die Grundregel des gutgläubigen Erwerbs im <i>Code civil</i> : Art. 2276 Abs. 1 C.c.	47
a) Bewegliche körperliche Sachen, an denen privates Eigentum möglich ist	48
b) Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft in Form der <i>possession</i>	50
aa) <i>Animus domini</i>	50
bb) Tatsächliche Sachherrschaft	51
cc) Mängelfreiheit	51
c) Gutgläubigkeit des Erwerbers	54
aa) Das Erfordernis der Gutgläubigkeit	55
bb) Der „gute Glaube“ in der Rechtsanwendung	57
d) Rechtsfolge Eigentumserwerb	59
2. Modifikationen der Grundregel im Falle des Diebstahls und Verlusts, Art. 2276 Abs. 2 und Art. 2277 C.c.	61
a) Gestohlene und verlorene Sachen	61
b) Frist von drei Jahren für Eigentumserwerb	62
c) Art. 2277 C.c.	64
aa) Voraussetzungen des Art. 2277 C.c.	65
bb) Rechtsfolge des Art. 2277 Abs. 1 C.c.	68

3. Die Problematik der Rückerlangung der tatsächlichen Sachherrschaft durch den Eigentümer – das Kriterium der <i>dépossession volontaire</i> auf Seiten des Erwerbers.....	70
a) Die Rückerlangung der Sache durch den Eigentümer und die Folgen im Rahmen des Art. 2276 Abs. 1 C.c.	70
aa) Die Entscheidungen der <i>Cour de Cassation</i>	71
(1) Die Ungereimtheiten aufgrund des „Garagistenfalls“	71
(2) Die späteren Entscheidungen	73
bb) Würdigung des aktuellen Stands der Rechtsprechung.....	74
b) Die Rückerlangung der Sache durch den Eigentümer und die Folgen im Rahmen der Art. 2276 Abs. 2, 2277 C.c.	75
aa) Die französische Rechtsprechung	76
bb) Rechtliche Würdigung der Rechtsprechung	78
II. Der gutgläubige Erwerb im deutschen Recht.....	81
1. Die Grundregeln des gutgläubigen Erwerbs im BGB:	
§§ 932–934 BGB	81
a) Bewegliche körperliche Sachen im Sinne der §§ 929 ff.....	81
b) Wirksame Einigung gem. § 929 S. 1 BGB	85
c) Verkehrsgeschäft	85
d) Übergabe der Sache	86
aa) Der Besitz	86
bb) Die verschiedenen Übergabevarianten	88
cc) Die Einbeziehung Dritter in die Übergabe	88
e) Gutgläubigkeit.....	90
aa) Gutgläubigkeit hinsichtlich des Eigentums des Veräußerers	91
bb) Bösgläubigkeit aufgrund positiver Kenntnis.....	91
cc) Bösgläubigkeit aufgrund grob fahrlässiger Unkenntnis.....	91
(1) „Unverdächtige“ Geschäftsvorgänge mit besonderen verdachtsauslösenden Umständen	94
(2) Geschäftsvorgänge mit typischen Gefahren im Hinblick auf eine Verfügung durch einen Nichtberechtigten	94
dd) Die Beweislast des Eigentümers.....	98
f) Die Rechtsfolge des sofortigen Eigentumserwerbs.....	99
2. Modifikationen der Grundregel im Falle des Abhandenkommens, § 935 BGB	99
a) Kein gutgläubiger Erwerb abhanden gekommener Sachen nach § 935 Abs. 1 BGB	100
aa) Abhandenkommens i.S.d. § 935 Abs. 1 BGB.....	100
(1) Die Freiwilligkeit des Besitzverlusts	100
(2) Erfassung der besitzrechtlichen Situation	101
b) Rückausnahme des § 935 Abs. 2 BGB	105
aa) Kein Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs bei Geld und Inhaberpapieren	105
bb) Kein Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs bei öffentlicher Versteigerung oder Versteigerung nach § 979 Abs. 1a BGB	106

(1) Öffentliche Versteigerung	106
(2) Versteigerung nach § 979 Abs. 1a BGB	107
B. Ersitzung	108
I. Die Ersitzungsregelung im römischen Recht	109
1. Die ersitzungsfähigen Sachen	109
2. Gutgläubiger Erwerb des Eigenbesitzes aufgrund eines zu- reichenden Erwerbsgrundes (<i>possessio, titulus, bona fides</i>) ...	111
3. Ersitzungszeit	111
4. Rechtsfolgen	112
II. Die ergänzenden Ersitzungsregelungen im deutschen und französischen Recht	112
1. Der Eigentumserwerb aufgrund Ersitzung im deutschen Recht	112
2. Die Ersitzung (<i>prescription acquisitive</i>) im französischen Recht	115
C. Verjährung und Verwirkung des Herausgabeanspruchs	117
I. Verjährung	117
1. Die ergänzenden Verjährungsregeln im deutschen Recht	118
2. Die ergänzenden Verjährungsregeln im französischen Recht ..	119
II. Verwirkung	121
 Teil 2: Die Steuerung des Ausgleichs der Interessenkollision	 123
1. Kapitel: Der Interessenvergleich	125
A. Die individuellen Interessen im Dreieck	126
I. Die Interessen des Eigentümers	127
1. Wertinteresse	127
2. Nutzungsinteresse	128
3. Ideelles Interesse	128
4. Die Sonderbewertung der Interessen des Eigentümers zu Sicherungszwecken	130
II. Die Interessen des Veräußerers	132
III. Die Interessen des Erwerbers	133
1. Wertinteresse des Erwerbers	133
2. Künftiges Nutzungsinteresse	134
3. Ideelle Interessen des Erwerbers?	134
B. Die Allgemeininteressen	135
I. Die Gewährleistung des Eigentums	136
1. Verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentums	136
2. Das Eigentum als zivilrechtlich absolutes Recht	140

II.	Der Verkehrsschutz.....	140
1.	Der Verkehr und sein Schutz.....	140
a)	Der Begriff des Verkehrs und des Verkehrsschutzes	140
b)	Der gutgläubige Erwerb zum Schutz der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs.....	142
c)	Entwicklungen im Bereich des Verkehrs	146
2.	Der Verkehrsschutz und Verfassungsrecht.....	148
III.	Die Wechselwirkung zwischen Eigentums- und Verkehrsschutz	150
IV.	Besondere Staatsinteressen	151
C.	Vergleich und Abwägung.....	152
I.	Die (zusätzlichen) Abwägungskriterien.....	152
1.	Vertrauensschutz.....	152
2.	Rechtssicherheit, Rechtsfrieden und Kontinuität.....	154
3.	Gerechtigkeit	155
II.	Der Interessenvergleich.....	157
1.	Der individuelle Interessenvergleich	157
2.	Der Vergleich der Allgemeininteressen.....	158
2.	<i>Kapitel: Die Vielfalt der Steuerungsparameter – eine bewertete Bestandsaufnahme.....</i>	161
A.	Der Leitgedanke der Offenkundigkeit	162
B.	Umstände im Wahrnehmungsbereich des Erwerbers	165
I.	Der Gegenstand des gutgläubigen Erwerbs: die bewegliche Sache	165
1.	Die Abgrenzung zu unbeweglichen Sachen und zu Rechten...	166
2.	Die Notwendigkeit der Individualisierbarkeit der Sache	167
3.	Sachen, deren Umlauffähigkeit von besonderer Bedeutung ist	170
a)	Geld.....	170
b)	Wertpapiere	171
4.	Sachen, deren Umlauffähigkeit von geringerer Bedeutung ist	172
II.	Sachbeziehungen des Veräußerers als Indiz des Eigentums	173
1.	Der Rechtsschein der qualifizierten tatsächlichen Sachherrschaft.....	173
a)	Die Kritik an der Art der „Qualifizierung“	173
aa)	Problematische Aspekte bei der <i>possession</i> als Rechtsscheinträger	173
bb)	Problematische Aspekte beim Besitz als Rechtsscheinträger	175
(1)	Die Verschaffung des mittelbaren Besitzes im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs	175

(2) Gutgläubiger Eigentumserwerb ohne Besitz auf Veräußerer- und Erwerberseite.....	177
(3) Die Besitzverschaffungsmacht als Rechtsscheinträger im deutschen Recht	179
cc) Zusammenfassung zur „Qualifizierung“ der tatsächlichen Sachherrschaft im französischen und deutschen Recht	181
b) Die Kritik an der Schlussfolgerung von der tatsächlichen Sachherrschaft auf das Eigentum	182
2. Registrierung beweglicher Sachen	185
a) Register mit Bedeutung für Eigentumsübertragungen	185
b) Register zu Zwecken außerhalb von Eigentumsübertragungen.....	187
aa) Register mit öffentlich-rechtlicher Zwecksetzung	187
bb) Register im Zusammenhang mit Kreditsicherungsrechten	190
cc) Spezielle Register und die registerähnliche Erfassung von Eigentümern	193
(1) Die Wertpapiersammelbank und das Verwahrungsbuch bei girosammelverwahrten Wertpapieren.....	193
(2) Die Erfassung abhanden gekommener Kunstwerke	195
(3) Sonderregister	198
3. Urkunden, Dokumente und Plaketten als Eigentumsindizien .	198
a) Begleitdokumentation als Eigentumsindiz	199
b) Kennzeichnung der Sache selbst.....	200
4. Zusammenfassende Würdigung.....	201
III. Umstände, die das zugrunde liegende Kausalgeschäft betreffen.....	205
1. Die Frage der Entgeltlichkeit des Geschäfts zwischen Veräußerer und Erwerber	206
2. Eine besondere Öffentlichkeit beim Geschäft zwischen Veräußerer und Erwerber	208
a) Die privilegierten Verkaufssituationen.....	208
b) Die gewerberechtliche Unterstützung der Privilegierung.....	210
IV. Umstände, die der Person des Veräußerers oder des Erwerbers anhaften	212
1. Eigenschaften des Veräußerers.....	212
2. Eigenschaften des Erwerbers.....	212
C. Umstände außerhalb des Wahrnehmungsbereichs des Erwerbers	213
I. Sonderbehandlung bestimmter Sachen	214
1. Die Herausnahme bestimmter Sachen aus dem ordentlichen zivilrechtlichen Rechtsverkehr (<i>res extra commercium</i>).....	214
2. Sonderbehandlung abhanden gekommener Sachen	215
a) Die Sonderbehandlung in den untersuchten Rechtsordnungen	215
b) Die Wirkung der Sonderbehandlung abhanden gekommener Sachen... 218	
aa) Wirkung bei der Rechtsfolge	218
bb) Wirkung bei der Erfassung des Sachverhaltes	219

cc) Verhaltenssteuernde Wirkung?	221
(1) Verhaltenssteuerung beim Erwerber	221
(2) Verhaltenssteuerung beim Eigentümer	222
II. Sonderbehandlung besonderer Eigentümer	223
1. Sonderbehandlung von „Verbrauchereigentümern“?	223
2. Sonderbehandlung von Minderjährigen	224
3. Sonderbehandlung von öffentlichen Eigentümern?	225
D. Kennen und Kennenmüssen von Umständen: die Gutgläubigkeit	230
I. Ausprägungen der fehlenden Gutgläubigkeit	230
1. (Materielle) Kenntnis	230
2. (Grob) Fahrlässige Unkenntnis	231
II. Die Wirkungen des Gutgläubigkeitskriteriums	233
1. Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit	234
2. Definition von Sorgfaltsanforderungen bei einzelnen Verkehrsarten	234
3. Korrektur der Grobstruktur des Rechtsscheinträgers	237
E. Sonstige Steuerungsparameter	240
I. Der Zeitablauf	240
1. Bestandsaufnahme	241
a) Der Zeitablauf beim Rechtsinstitut des gutgläubigen Erwerbs	241
b) Auswirkungen des Zeitablaufs durch Anwendung anderer Rechtsinstitute (Ersitzung und Verjährung)	241
2. Die Änderung der gesetzgeberischen Motivationslage mit zunehmendem Zeitablauf	242
a) Die Zeitkomponente beim gutgläubigen Erwerb	243
b) Die unterschiedlichen Zielrichtungen von Ersitzung und Verjährung ..	243
c) Die Kritik an der Verjährung der Vindikation	246
d) Bewertung des Zusammenspiels von gutgläubigem Erwerb, Ersitzung und Verjährung	249
aa) Die verschiedenen Vorschläge zur Kombination der Institute	249
bb) Der primäre Lösungsansatz über das Institut des gutgläubigen Erwerbs	250
cc) Die Änderung der Interessen auf der Zeitachse	252
II. Berücksichtigung von Sondersituationen	254
1. Der verstärkte Eigentümerschutz aufgrund von Kriegs- wirren am Beispiel der Sonderregelungen für Wertpapiere	255
2. Der Sonderschutz von Kulturgütern und Kunstwerken	257
a) Der existierende Sonderschutz von Kulturgütern am Beispiel des deutschen Rechts	258
b) Ein (weitergehender) Sonderschutz für Eigentümer von Kultur- gütern und Kunstwerken?	259
F. Zusammenfassung	263

<i>Teil 3: Die Verteilung des Ausfallrisikos und die Zuordnung des Eigentums an der Sache</i>	265
<i>1. Kapitel: Die getrennte Beantwortung der Fragen nach der Verteilung des Ausfallrisikos und der Zuordnung des Eigentums durch das Lösungsrecht</i>	267
A. Begriff und Erscheinungsformen des Lösungsrechts	267
I. Begriff	267
II. Erscheinungsformen	268
B. Das Lösungsrecht im deutschen und französischen Recht	269
I. Das Lösungsrecht im deutschen Recht	269
1. Keine spezialgesetzliche Verankerung des Lösungsrechts im BGB	269
2. Kein Lösungsrecht auf schuldrechtlichem Weg	269
a) Kein Eigentumserwerb des Erwerbers	270
b) Eigentumserwerb des Erwerbers	270
3. Lösungsrechte auf deutschem Gebiet vor Inkrafttreten des BGB	273
4. Das Lösungsrecht in den Entwürfen des BGB	276
a) Die Entwürfe zum BGB	276
b) Gründe gegen eine Verankerung des Lösungsrechts im BGB	277
5. Verbliebene Aktualität des Lösungsrechts in Deutschland	280
a) Lösungsrecht nach Landesrecht, Art. 94 Abs. 2 EGBGB	280
b) Behandlung des Lösungsrechts im Kollisionsrecht	281
II. Das französische Lösungsrecht nach Art. 2277 C.c.	284
1. Grundsätzliches zum Lösungsrecht gem. Art. 2277 C.c.	284
2. Die Folgen des Lösungsrechts: Ausgleichsansprüche und Risikotragung	286
a) Ausgleichsansprüche in Konstellationen, in denen ein Lösungsrecht gem. Art. 2277 C.c. nicht eingreift	287
aa) Ausgleichsansprüche im Falle eines erfolgreichen gutgläubigen Eigentumserwerbs des Erwerbers nach Art. 2276 Abs. 1 C.c.	287
bb) Ausgleichsansprüche im Falle eines gescheiterten gutgläubigen Erwerbs ohne das Recht, die Erstattung der Kaufpreissumme zu verlangen	288
b) Ausgleichsansprüche in Konstellationen, in denen ein Lösungsrecht gem. Art. 2277 C.c. gegeben ist	289
aa) Tatsächliche Erstattung des Kaufpreises durch den Eigentümer	290
(1) Weitere Ansprüche des Erwerbers	290
(2) Ansprüche des Eigentümers	291
(a) Deliktsrechtliche Ansprüche	291
(b) Ansprüche gegen den Veräußerer aufgrund Forderungsübergangs vom Erwerber auf den Eigentümer	292

(c) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung	294
(d) Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag	295
(3) Ansprüche des Veräußerers gegen die vorherigen Veräußerer im Rahmen von Veräußerungsketten und gegen den Dieb bzw. Finder	295
bb) Rückerlangung der Sache durch den Eigentümer ohne Erstattung des Kaufpreises	295
c) Vergleich der Ausgleichsansprüche und der Risikotragung	300
3. Sonderfall der Einzelrechtsnachfolge nach einem erstattungsberechtigten Erwerber	301
4. Gesamtbewertung des französischen Lösungsrechts	304
C. Bewertung	306
I. Flexibilität durch Lösungsrecht	306
II. Komplexität durch Lösungsrecht	308
III. Lösungsrecht und Ökonomie	309
IV. Zwischenergebnis	310
2. <i>Kapitel</i> : Die Verteilung des Ausfallrisikos	313
A. Die Ausgangssituation	314
B. Das Abhandenkommen einer Sache als Kriterium zur abweichenden Verteilung des Ausfallrisikos?	316
I. Begründungsansätze für die abweichende Beurteilung im Falle abhanden gekommener Sachen	316
1. Verschuldensprinzip	317
2. Veranlassungsprinzip	319
3. Gedanke der Gefahrbeherrschung und Zurechnung	320
4. Unwertgehalt bei gestohlenen oder verlorenen Sachen	321
5. Historische Erklärung; historische Rechtfertigung?	322
II. Der Interessenvergleich bei abhanden gekommenen Sachen	323
1. Die individuellen Komponenten bei der Sonderbehandlung abhanden gekommener Sachen	324
2. Die Veränderung der generellen Interessen	326
a) Senkung der insgesamt zu erwartenden Schäden?	327
b) Einschränkende Wirkung auf Diebstahl und Hehlerei?	329
aa) Die tatsächliche Bedeutung von Diebstahls- und Hehlereidelikten	331
bb) Die Auswirkungen der Zuweisung des Ausfallrisikos auf den Handel mit abhanden gekommenen Sachen und den Verkehr generell	335
(1) Die erwartete größere Sorgfalt des Erwerbers und die Reduzierung der Nachfrage	335
(2) Die Belastung des Verkehrs generell	337

III. Zwischenergebnis: Keine Sonderzuweisung des Ausfallrisikos aufgrund des Abhandenkommens der Sache	338
C. Weitere Ansatzpunkte für die Zuweisung des Ausfallrisikos.....	343
I. Besondere Veräußerungssituationen als Kriterium der Zuweisung des Ausfallrisikos?.....	343
II. Eine abweichende Zuweisung anhand der Art der Sache?	346
III. Eine abweichende Zuweisung anhand der Eigenschaften des Eigentümers?	347
3. Kapitel: Die Zuordnung der Sache	349
A. Die Ausgangssituation	349
B. Das Affektionsinteresse des Eigentümers als Kriterium der Sachzuordnung.....	351
I. Die Schwierigkeiten der tatbestandlichen Erfassung von Affektionsinteressen.....	352
1. Verschiedene Lösungsansätze	352
2. Beispiele zum Umgang mit Affektionsinteressen im deutschen Recht	354
a) Affektionsinteressen im deutschen Schadensersatzrecht	354
b) Affektionsinteressen im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht	357
II. Die Differenzierung anhand der Art der Sache als geeigneter Steuerungsparameter	358
1. Regelkriterien für Sachen mit Affektionsinteresse	359
a) Häufigkeit und Individualisierungsgrad der Sache	359
b) Haltbarkeit (Lebensdauer) einer Sache	359
c) Häufigkeit und Geschwindigkeit der Eigentümerwechsel	360
d) Wert und Wertbeständigkeit der Sache.....	360
e) Zweckbestimmung und Adressatenkreis einer Sache	361
2. Sachkategorien, bei denen Affektionsinteressen typischerweise bestehen bzw. typischerweise fehlen	361
a) Sachen mit starkem potenziellen Affektionsinteresse	362
aa) Kunstwerke	362
bb) Schmuck, Antiquitäten	363
cc) Haustiere	364
dd) Fahrzeuge, insb. Pkw und Fahrräder?	364
ee) Sachen von wissenschaftlichem Interesse und Sachen, die der Religionsausübung dienen	365
b) Sachen mit geringem potenziellen Affektionsinteresse	365
aa) Geld	366
bb) Inhaberpapiere und sonstige Wertpapiere	367
III. Der Regelungsvorschlag	368

C. Sonderzuordnung von öffentlichen Sachen	369
D. Sachzuordnung anhand sonstiger Steuerungsparameter.....	373
I. Die Vermutung eines ideellen Interesses des Eigentümers von abhanden gekommenen Sachen	373
II. Der Unwertgehalt des Abhandenkommens als Sachzuordnungsgrund.....	375
E. Zwischenergebnis	375
4. <i>Kapitel</i> : Das Rückkaufsrecht als geeignetes Mittel für den Interessenausgleich	376
A. Lösungsrecht oder Rückkaufsrecht?.....	376
I. Die Unterschiede zwischen dem vorgeschlagenen Lösungsrecht i.w.S. (Rückkaufsrecht) und dem französischen Lösungsrecht.....	377
II. Rückkaufsrecht statt Lösungsrecht i.e.S.	378
B. Der Rückkaufspreis.....	381
I. Der Ansatz des halben Kaufpreises	381
II. Kaufpreis vs. Marktwert.....	382
C. Aspekte des Zeitablaufs	385
I. Zeitliche Beschränkung des Rechts	385
1. Grundsätzliches zur zeitlichen Beschränkung des Rückkaufsrechts.....	385
2. Sonderaspekte zu den einzelnen Sachen.....	386
II. Frist zur Ausübung des Rückkaufsrechts.....	387
D. Weitere Regelungsaspekte	388
5. <i>Kapitel</i> : Die Sonderfragen beim unentgeltlichen Erwerb	390
A. Der unentgeltliche Erwerb vom Nichtberechtigten.....	390
I. Die Verteilung des Ausfallrisikos	391
II. Die Zuordnung der Sache.....	392
III. Zwischenergebnis	393
B. Der unentgeltliche Erwerb einer mit einem Rückkaufsrecht belasteten Sache von einem Dritten.....	394
I. Ausgangslage.....	394
II. Die Berücksichtigung des gutgläubigen Vorerwerbers	394

Schluss.....	397
A. Ergebnis.....	397
I. Die Steuerung der Ordnungsaufgabe des Ausgleichs des dem gutgläubigen Erwerb zugrunde liegenden Anspruchs- geflechts aus der Mehrpersonenkonstellation.....	397
II. Die Verteilung des Ausfallrisikos und die Zuweisung des Eigentums.....	399
B. Regelungsvorschlag.....	401
Literaturverzeichnis.....	405
Sachverzeichnis.....	423

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
aE	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kraftverkehrsversicherung
AktG	Aktiengesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (1794)
Alt.	Alternative
AnwKBGB	Anwaltkommentar BGB
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel; Article (bei frz. Quellenangaben)
ArtLReg	Art Loss Register
Az.	Aktenzeichen
BayAGBGB	Bayerisches Gesetz zur Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und anderer Gesetze
Bd.	Band
Begr.	Begründung bzw. Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIJUS	Internetprojekt zur Förderung der Kommunikation zwischen deutschen und französischen Juristen < http://www.bijus.org/ >
BMI	Bundesminister(ium) des Inneren
BMJ	Bundesminister(ium) der Justiz
BR	Bundesrat
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
Bull. civ.	Bulletin des Arrêts Chambres civiles (Cour de Cassation)
Bull. crim.	Bulletin des Arrêts Chambre criminelle (Cour de Cassation)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CA	Cour d'appel
Cass. civ.	Cour de Cassation, Chambre civil

Cass. com.	Cour de Cassation, Chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de Cassation, Chambre criminelle
Cass. req.	La chambre des requêtes de la Cour de Cassation française
C.c.	Code civil
C.com.	Code de commerce
Code du patr.	Code du patrimoine
Cons. cons.	Conseil constitutionnel
C.pén.	Code pénal
D.	Recueil Dalloz
D.A.	Dalloz analytique (1941–1944)
DB	Der Betrieb
D.C.	Recueil critique Dalloz (dans le recueil Dalloz) (1941–1944)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DepotG	Depotgesetz
d.h.	das heißt
DH	Recueil Dalloz hebdomadaire (bis 1941)
Dig.	justinianische Digesten
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitung
D.P.	Dalloz périodique (dans le Recueil Dalloz) (bis 1941)
dt.	deutsch
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FZV	Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
Grünh. Zeitschr.	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begr. von Grünhut
HambWegG	Hamburgisches Wegegesetz
HGB	Handelsgesetzbuch

Hrsg.	Herausgeber
HWaG	Hamburgisches Wassergesetz
i.e.S	im engeren Sinn
Inf. rap.	Informations rapides
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i.S.d.	im Sinne des/der
InvG	Investmentgesetz
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
JCP E	Semaine juridique édition Entreprises
JCP G	Semaine juridique édition Générale
JCP N	Semaine juridique édition Notariale
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
KOM(Jahr)	Bericht der Kommission (Jahr)
KOM(Jahr) endg.	Endgültiger Bericht der Kommission (Jahr)
KultGüRückG	Kulturgüterrückgabegesetz
KultSchG	Kulturgutschutzgesetz
K&R	Kommunikation und Recht
L.	Loi
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier/Möhring
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LuftZVO	Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MittRh-NotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
Mrd.	Milliarde
MüKo	Münchener Kommentar zum BGB
MüKo-AktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKo-HGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	Neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pkw	Personenkraftwagen

Prot.	Protokoll
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr.	Randnummer
RegE	Regierungsentwurf
Rép. civ. Dalloz	Répertoire civil Dalloz
Req.	Requête
RFID	Radio Frequency Identification
RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht
RL	Richtlinie
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Satz (<i>bei Gesetzesziten</i>)
S.	Seite (<i>bei Literaturangaben</i>)
SachenRBerG.	Sachenrechtsbereinigungsgesetz
ScheckG	Scheckgesetz
SchiffRG	Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken
SchuMoG	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts
sog.	sogenannt
somm.	sommaire
StGB	Strafgesetzbuch
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
SZ	Süddeutsche Zeitung
T.	Tome
TGI	Tribunal de Grande Instance
Trib. civ.	Tribunal civil
Trib. com.	Tribunal de commerce
u.a.	und andere / unter anderem
Ulp.	Ulpian
Unidroit	International Institut for the Unification of Private Law/ Institut International pour l'Unification du Droit Privé
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
vgl.	vergleiche
VHB	Allgemeine Hausrat-Versicherungsbedingungen
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	versus
WG	Wechselgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht)
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Schweizer Zivilgesetzbuch
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z. T.	zum Teil
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

Der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten hat für die Universität Erlangen in den vergangenen Jahrzehnten in zwei Fällen eine besondere praktische Bedeutung erlangt.

Im Jahr 1992 ersteigerte die Universität Erlangen bei Christie's in London für DM 1,87 Millionen ein historisches coloriertes Blumenbuch mit Pflanzenaquarellen des Nürnberger Arztes Joachim Camerarius (1534–1598) (*Camerarius Florilegium*), das anlässlich seiner Präsentation vom damaligen bayerischen Kultusminister als „Schatz, wahre Kostbarkeit und Prunkstück“ bezeichnet wurde. Unbekannt war im Moment des Erwerbs und der Präsentation, dass das Buch seinem Eigentümer bereits Ende der 80er Jahre gestohlen worden war. Der Eigentümer hatte zunächst den Verlust nicht bemerkt, forderte das Buch nach Aufklärung des Sachverhaltes im Jahr 1997 aber wieder zurück. Inzwischen ist das Buch als Dauerleihgabe der Universität Erlangen überlassen.¹

Im Jahr 2004 schließlich wurde aufgedeckt, dass der Hausmeister der Universitätsbibliothek Erlangen über mindestens 20 Jahre hinweg eine Vielzahl von wertvollen Büchern, darunter z.B. das „Kräuterbuch“ von Leonhart Fuchs (1543), die „Geschichte der einheimischen Gewürze der Schweiz“ von 1768 und eine bebilderte Pflanzenlehre von Casimir Schmidel von 1762, entwendet und an Antiquariate verkauft hatte.²

Die soeben geschilderten Sachverhalte berühren neben Fragen des Strafrechts eine klassische Frage des Zivilrechts. Um sicherzugehen, dass aufgrund des jeweiligen Erwerbsvorgangs auch tatsächlich das Eigentum an der Sache erworben werden kann, müsste ein Erwerber eigentlich Kenntnis von sämtlichen die Sache betreffenden tatsächlichen und rechtlichen Vorgängen haben. Dies würde alle Umstände aus der Entstehung der Sache

¹ Vgl. u.a. Erlanger Nachrichten v. 11./12.01.1997, S. 13; Nürnberger Zeitung v. 26.02.1997, S. 5; Süddeutsche Zeitung v. 05.03.1997, Regionalteil Bayern.

² Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 19.11.2006, S. 70; zu einem Fall bei der königlichen Bibliothek zu Kopenhagen, bei der ein Mitarbeiter Bücher im Gesamtwert von 20 bis 40 Millionen Euro entwendete vgl. Süddeutsche Zeitung v. 05.06.2004, S. 10 und Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 13.09.2007, S. 12.

und jeglicher Eigentums- und Besitzübergangsvorgänge mit einschließen.³ Dass der absolute Eigentumsnachweis im Rechtsverkehr an seine tatsächlichen Grenzen stößt, wurde schon unter dem römischen Recht erkannt, das diesem Konflikt eine kurze Verjährung entgegensetzte. Später, vermutlich im Mittelalter, wurde für diese Herausforderung des absoluten Eigentumsnachweises im römischen Recht der Begriff des „teuflischen Beweis“ (*probatio diabolica*) geprägt.⁴ Im BGB wird dem Problem mit den Regelungen des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten begegnet.⁵

A. Gegenstand und Anlass der Untersuchung

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist das Recht des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen unter besonderer Beachtung des Lösungsrechts, das in seiner häufigsten Form in bestimmten Konstellationen die Herausgabe der gutgläubig erworbenen Sache an den Eigentümer von der Erstattung des vom Erwerber gezahlten Kaufpreises durch den Eigentümer abhängig macht.⁶ Die Untersuchung abstrahiert die betroffenen Interessen und gesetzlichen Steuerungsparameter und bezieht die Ergebnisse aus einer Analyse des deutschen und des französischen Rechts in ihre Überlegungen mit ein. Das Ziel der Untersuchung ist dabei die Entwicklung eines Regelungsansatzes zum gutgläubigen Erwerb.

Die Untersuchung vollzieht sich vor dem Hintergrund der fortschreitenden europäischen Rechtsvereinheitlichung.⁷ Der europäische Rechtsangleichungsprozess bringt neuen Schwung in eine Vielzahl von klassischen Rechtsfragen, die in den nationalen Rechtsordnungen möglicherweise

³ Dazu zählen bspw. das Alter, die Geschäftsfähigkeit, etwaige Umstände einer Bevollmächtigung, der Personenstand der Beteiligten, etwaige Diebstähle und Unterschlagungen sowie der oder die Orte, an denen Eigentumsübertragungen stattfinden sollten. Je länger eine Sache im Umlauf ist, desto zahlreicher und vielfältiger wären die erforderlichen Informationen. Jeder dieser Umstände könnte einer wirksamen Eigentumsübertragung entgegenstehen.

⁴ Zur Herkunft des Begriffs *probatio diabolica* vgl. *Kiefner*, ZRG 81 (1964), 212, 212 Fn. 2 m.w.Nachw.

⁵ Bei dem geschilderten Sachverhalt der Entwendung von Büchern aus der Universitätsbibliothek Erlangen liegt es allerdings nahe, davon auszugehen, dass sich den Erwerbern der Bücher die *probatio diabolica* nur in einem reduzierten Maße gestellt hat, wenn man berücksichtigt, dass die Bücher wohl durch Stempel oder ähnliche Kennzeichen als Bibliothekseigentum gekennzeichnet waren.

⁶ Zu den verschiedenen Erscheinungsformen eines Lösungsrechts vgl. unten S. 268 f. Zur Bezeichnung der Beteiligten im Rahmen eines gutgläubigen Erwerbs vgl. unten S. 19 ff.

⁷ Ein kurzer Überblick über den aktuellen Stand findet sich am Ende der Einleitung (S. 10).

schon seit Jahrzehnten gesetzgeberisch unberührt und wissenschaftlich aufgrund fehlender Anreize unberücksichtigt geblieben waren. Der Bereich des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen beschäftigt sich mit solch klassischen Rechtsfragen. Sowohl der deutsche als auch der französische Gesetzgeber haben die entsprechenden Regelungen seit Inkrafttreten der jeweiligen Kodifizierungen nur marginal verändert.⁸ Die Gerichte äußern sich zu den nationalen Kernvorschriften des gutgläubigen Erwerbs ebenfalls vergleichsweise selten, was darauf hindeutet, dass sowohl die Untergerichte als auch die sonstigen Rechtsanwender sich weitgehend auf die existierenden Normen eingestellt haben. So betrafen von den 3192 im Jahr 2009 beim Bundesgerichtshof (BGH) eingegangenen Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden nur 10 (0,31 %) den Besitz oder das Eigentum an beweglichen Sachen, einschließlich der Regelungen zum gutgläubigen Erwerb.⁹ Die geringen Fallzahlen korrespondieren allerdings nicht mit der großen Bedeutung der entsprechenden Regelungen, denn deren soziale Funktion besteht gerade darin, Prozesse zu verhindern.¹⁰

Auffallend, wenngleich wenig überraschend, ist zudem, dass sich die deutsche Rechtswissenschaft, insbesondere während der Zeit der Erarbeitung des BGB und unmittelbar nach Inkrafttreten des BGB, kritisch mit dem im BGB verankerten System des gutgläubigen Erwerbs auseinandergesetzt hat. Sie hat dabei zu einem höheren Anteil, als dies heute der Fall ist, grundsätzlich andere Systeme oder zumindest wesentliche Systemänderungen *de lege ferenda* gefordert.¹¹ Für die vorliegende Untersuchung sind diese Werke daher wieder von aktueller Bedeutung. Im weiteren Verlauf hat sich die Diskussion um die Regelungen des gutgläubigen Erwerbs in Deutschland merklich reduziert¹² und bspw. auf die Anwendung und Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale beschränkt,¹³ bzw. mit der zunehmenden Anerkennung der Bedeutung der Grundrechte für das Zivilrecht auf verfassungsrechtliche Fragestellungen konzentriert.¹⁴

⁸ Vgl. nachfolgend für den *Code civil* S. 45 und für das BGB S. 81.

⁹ BGH, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2009 –Jahresstatistik –, S. 6 und 20.

¹⁰ Vgl. auch *Carbonnier*, Biens, Nr. 235, der dort auch darauf hinweist, dass bei sozial bedeutenden Gegenständen die Zahl der Prozesse proportional deutlich höher ist.

¹¹ Vgl. hierzu u.a. die im weiteren Verlauf dargestellten Stellungnahmen von *von Lübtow*, *Brandt* und *Heck*.

¹² Insofern bereits eine Ausnahme ist die grundsätzliche Erörterung zum gutgläubigen Erwerb von *Hübner* aus dem Jahr 1955.

¹³ Vgl. u.a. *Dünkel* (1970) zur öffentlichen Versteigerung; *Wolff* (1967) zu abhanden gekommenen Sachen, *Imbusch* (1999) zu gestohlenen Sachen, *Jacob* (2007) zum Begriff der groben Fahrlässigkeit.

¹⁴ U.a. *Hager*, Verkehrsschutz, S. 9–87 (1990); *Peters*, S. 1 ff. (1991); *Leuschner*, Verkehrsinteresse, S. 1 ff. (2005).

Der Prozess der europäischen Rechtsvereinheitlichung hat hier neue Impulse gesetzt, denn mit der Aussicht auf eine mögliche künftige europäische Normsetzung oder einer europäisch veranlassten Rechtsvereinheitlichung sind auch die bekannten, akzeptierten und lange Zeit unberührten Regelungssysteme der nationalen Rechtsordnungen einer erneuten grundsätzlichen und rechtspolitischen Überprüfung zu unterziehen.¹⁵ Hier setzt die vorliegende Untersuchung an und fragt, ausgehend vom zugrunde liegenden Interessenkonflikt, nach einer sachgerechten Auflösung desselben. Die existierenden und seit über 100 (BGB) bzw. 200 (*Code civil*) Jahren funktionierenden Regelungen können dabei einen ersten Ansatz bilden. Es bleibt aber die Frage, ob diese Regelungen auch unter den nunmehr bestehenden gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und technischen Verhältnissen weiterhin eine zufriedenstellende Lösung des entsprechenden Interessenkonflikts darstellen können. Dabei kann die Berücksichtigung eines Lösungsrechts besondere Dienste leisten, ermöglicht es doch durch den ihm eigenen Ansatzpunkt ausdifferenzierte Lösungen und eine Abschichtung der betroffenen Rechtsfragen.¹⁶ Zudem bietet sich vor dem europäischen Hintergrund besonders die Methode der Rechtsvergleichung an, da die Vorarbeiten zu einer europäischen Rechtsangleichung in der Regel die existierenden nationalen Regelungen analysieren, die schließlich durch eine europäische Normierung ersetzt oder angeglichen werden sollen.¹⁷ Das Lösungsrecht selbst war sowohl unter historischen, als auch unter aktuellen und rechtsvergleichenden Gesichtspunkten ebenfalls bereits Gegenstand vertiefter Untersuchungen.¹⁸ Der Schwerpunkt lag dabei regelmäßig auf einer Analyse der Anwendung des Lösungsrechts in einer bestimmten Konstellation (Rückausnahme im Rahmen der Sonderbehandlung abhanden gekommener Sachen), wie sie bspw. auch im französischen oder Schweizer Recht verwirklicht ist. Das Lösungsrecht kann aufgrund seines Wirkmechanismus die Auflösung des Interessenkonflikts aber noch viel grundsätzlicher regeln.¹⁹

¹⁵ In diese Richtung z.B. auch *Prisching*, S. 1 ff. (2006).

¹⁶ Vgl. hierzu unten S. 267 ff., insbesondere S. 306 ff.

¹⁷ So stellt die Kommission im Rahmen des „gemeinsamen Referenzrahmens“ für das europäische Vertragsrecht fest, dass auf die geltenden nationalen Rechtsordnungen zurückgegriffen werden sollte, um etwaige gemeinsame Nenner zu finden, gemeinschaftliche Grundsätze zu entwickeln und gegebenenfalls die besten Lösungen zu ermitteln; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan, ABl. EG Nr. C 63/1 vom 15.03.2003, Rdnr. 63.

¹⁸ Vgl. u.a. *Felgentraeger, Völkl und Geyrhalter* (letzterer unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Sachenrechts).

¹⁹ Ansätze dazu finden sich insbesondere in älteren Untersuchungen, z.B. bei *Hübner, Brandt, von Lübtow*, auf die im weiteren Verlauf noch näher einzugehen ist.

Im Rahmen der Rechtsvergleichung bietet es sich hier im Besonderen an, das französische Recht bei der Untersuchung näher zu betrachten. Das französische Recht verfügt mit dem *Code civil* von 1804 über die traditionsreichste noch in Kraft befindliche Kodifizierung im Bereich der Europäischen Union,²⁰ deren Ausgestaltung eine Vielzahl weiterer europäischer Kodifikationen beeinflusst hat.²¹ Überdies sieht der *Code civil* gerade für den Bereich des gutgläubigen Erwerbs einige bemerkenswerte Unterschiede zum deutschen Recht vor, einschließlich eines Lösungsrechts. Hier kann gleichzeitig auf über 200 Jahre Erfahrung in der Rechtsanwendung zurückgeblickt werden.²² Schließlich werden aufgrund seiner historischen rechtlichen Bedeutung, aber auch aufgrund der bedeutenden Stellung Frankreichs innerhalb der Europäischen Union, die im *Code civil* gefundenen Regelungen und Ergebnisse auch bei einem europäischen Rechtsangleichungsprozess nicht unberücksichtigt bleiben können. Diese Bedeutung des *Code civil*, verbunden mit der Bedeutung des deutschen Rechts gibt gerade der deutsch-französischen Rechtsvergleichung eine Sonderstellung.²³ Diese beiden Rechtsordnungen haben „am nachhaltigsten die neuzeitliche kontinentaleuropäische Rechtsentwicklung beeinflusst“ und es wird erwartet, dass sie auch weiter der Motor eines künftigen gemeinsamen europäischen Zivilrechts sein werden.²⁴

Gleichzeitig wurde aber zum gutgläubigen Erwerb im Allgemeinen und zum Lösungsrecht im Besonderen schon sehr viel gesagt, was es unmöglich macht, im Rahmen dieser Untersuchung auf jeden der mit diesen Rechtsinstituten im Zusammenhang stehenden Aspekte erschöpfend einzu-

²⁰ Es handelt sich um das „unter den Händen der Vernunftrechtler in einem großen Abstraktionsprozess verwandelte römische Recht des bürgerlichen Zeitalters. Damit war dem Code ein geistesgeschichtlich-philosophisches Fundament von gemeineuropäischem Rang zugewiesen worden“; *Hattenhauer*, S. 38.

²¹ Dies geschah insbesondere durch die vergleichende Berücksichtigung des *Code civil* im Rahmen anderer nationaler Rechtssetzungsprozesse, unabhängig davon, ob die Ansätze des *Code civil* sich letztlich auch in den anderen Rechtsordnungen wieder finden. Zu den besonders durch den *Code Civil* beeinflussten Rechtsordnungen zählen u.a. Belgien, Italien und Spanien; vgl. u.a. *Coste-Floret*, in: *Commission de Réforme du Code civil*, Travaux Année 1945–1946, 34, 37 ff. In Deutschland galt der *Code civil* in den linksrheinischen Gebieten bis zum Inkrafttreten des BGB; vgl. *Sonnenberger*, ZVglRWiss 103 (2004), 127, 127.

²² Der *Code civil* ist am 21. März 1804 in Kraft getreten. Vgl. unten S. 45.

²³ Neben der reinen Anzahl aktueller rechtsvergleichender Untersuchungen zum deutschen und französischen Recht sticht hervor, dass bereits sehr früh der wissenschaftliche Vergleich dieser beiden Rechtsordnungen eine bedeutende Rolle gespielt hat (zum Einfluss des *Code civil* und der rechtsvergleichenden Analyse im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zum BGB vgl. unten S. 276 ff.). Allein im weit verstandenen Umfeld des hier untersuchten Themenbereichs sind dies bspw. die Untersuchungen von *Roux* (1871), S. 62 ff. und *El Moghazy* (1927), S. 12 ff. zu nennen.

²⁴ *Ferid/Sonnenberger*, Band 1/1, Vorwort S. 5 m.w.Nachw.

gehen. Nicht zuletzt, weil vorliegende Arbeit im Grundansatz sämtliche Kategorien beweglicher Sachen erfasst. Dabei handelt es sich um ein weites Feld, das von individuellen Kunstwerken bis hin zu massenhaft vorkommenden Wertpapieren des modernen Kapitalmarkts reicht.²⁵ Im Hinblick auf bestimmte Sachen hat sich die wissenschaftliche Diskussion, und in einigen Aspekten sogar die rechtliche Behandlung, teilweise vom allgemeinen Zivilrecht entfernt, so dass diese in der vorliegenden Untersuchung nur in ausgewählten Aspekten und nicht in vollem Umfang erfasst werden können.²⁶ Außen vor bleiben zudem aufgrund des hier verfolgten Schwerpunkts vertiefte Auseinandersetzungen mit verwandten Aspekten, wie z.B. verschiedene kollisionsrechtliche oder kreditsicherungsrechtliche Fragestellungen.²⁷

B. Methodik und Gang der Untersuchung

Methodischer Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung ist die rechtsvergleichende Analyse des deutschen und französischen Rechts zur Regelung der dem gutgläubigen Erwerb zugrunde liegenden Interessenskonstellation. Daraus entwickelt sich der Gang der Darstellung.

Die rechtsvergleichende funktionale Analyse zweier Rechtsordnungen im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand setzt an dem zugrunde liegenden sozialen Konflikt (vielfach einer bestimmten Interessenkollision verschiedener Beteiligter) an, der das Bedürfnis nach einer rechtlichen Regelung auslöst, und fragt danach, wie das Recht diesen Konflikt lösen und

²⁵ Vgl. zur Vielfalt der beweglichen Sachen unten S. 165 ff.

²⁶ Vgl. zur Behandlung von Wertpapieren insbesondere im Rahmen des modernen Effektengiroverkehrs unten S. 82 ff. und S. 193 ff. Neben der Beeinflussung durch kapitalmarktrechtliche Vorschriften sind historische Sonderregeln, wie z.B. im französischen Recht zur Erfassung in den Kriegswirren abhanden gekommener Wertpapiere (vgl. unten S. 255 f.), zu berücksichtigen. Zum Kulturgüterschutz bspw. unten S. 257 ff. und zur Behandlung von Kunstwerken unten S. 257 f. und S. 362 f. Ebenso keine nähere Berücksichtigung finden können Fragen im Umgang mit der Behandlung von Beschlagnahmen von Kunstwerken durch die Nationalsozialisten während des NS-Regimes oder der Umgang mit in Folge des Zweiten Weltkriegs erlangter Beutekunst. Für die Zwecke dieser Untersuchung wird eine im Wesentlichen störungsfreie Eigentums- und Verkehrsordnung vorausgesetzt, wie sie unter der Herrschaft eines Unrechtsstaats oder in einer von Kriegswirren geprägten Situation nicht gewährleistet ist; vgl. dazu auch unten S. 255 f. und S. 338 ff.

²⁷ Zur Berücksichtigung des Kreditsicherungsrechts im Rahmen dieser Arbeit vgl. unten S. 20 f., S. 130 ff. und S. 190 ff. Zur kollisionsrechtlichen Behandlung ausländischer Lösungsrechte im deutschen Recht vgl. S. 281 ff.

ordnen möchte (Ordnungsaufgabe).²⁸ Davon ausgehend kann untersucht und verglichen werden, wie die verschiedenen Regelungen diese Ordnungsaufgabe in ihrem jeweiligen gesetzgeberischen, gewohnheitsrechtlichen, gerichtlichen und rechtswissenschaftlichen Gesamtkontext lösen, ohne sich dabei auf den formellen Vergleich zweier spezifischer Normenkomplexe zu beschränken.²⁹

Eine Folge dieser über die Systematik der einzelnen Rechtsordnung hinausgehenden funktionalen Betrachtungsweise ist, dass sich eine solche Betrachtung von den dem jeweiligen nationalen Recht spezifischen Systembegriffen lösen muss und sowohl für die entsprechende Ordnungsaufgabe als auch für die im nationalen Recht verwendeten Regelungselemente beschreibende Oberbegriffe gefunden und verwendet werden müssen. Auch hier ist die Funktion eines nationalen Tatbestandmerkmals im Rahmen der Ordnungsaufgabe zu erfassen, ohne sich den hinter dem nationalen Begriff stehenden rechtlichen Gehalt vollumfänglich zu Eigen zu machen.³⁰ In der vorliegenden Arbeit werden daher Begriffe wie die „qualifizierte tatsächliche Sachherrschaft“ (die unter anderem den deutschen „Besitz“ mit umfasst), der „Vermögenseinsatz“ (um Zahlungen und Eigentumswerte gleichermaßen zu erfassen) und „Kontaktperson“ (zur Bezeichnung der Beziehung zweier Beteiligter, die vertraglicher oder eher tatsächlicher Natur sein kann) verwendet.³¹

Die Erkenntnis über die Auflösung der Ordnungsaufgabe im jeweiligen nationalen Recht stellt den ersten grundsätzlichen Schritt des rechtsvergleichenden Vorgehens dar. Um die dadurch gewonnenen Erkenntnisse fruchtbar zu machen, sind diese gemeinsam im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf den dahinter stehenden Konflikt zu würdigen, wodurch sich die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Rechtsordnungen herauskristallisieren. Auf der Basis dieser vertieften Analyse kann schließlich eine eigenständige Bewertung des der Ordnungsaufgabe zugrunde liegenden Interessenkonflikts vorgenommen werden. Dieser Vorgang ist auch einer rein nationalen Wertungsjurisprudenz nicht fremd, wird aber bei der Rechtsvergleichung durch zusätzliche fremdrechtliche Modelle und besondere Erfahrungsschätze angereichert.³²

²⁸ Vgl. auch *Zweigert/Kötz*, § 3 II (S. 33); *Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels*, § 13 Rdnr. 11 ff. (S. 280 f.).

²⁹ Vgl. *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, S. 4 f.; *Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels*, § 13 Rdnr. 11 ff. (S. 280 f.).

³⁰ Vgl. auch *Zweigert/Kötz*, § 3 II (S. 33 f.) im Hinblick auf die Aufgabenbeschreibung.

³¹ Zur „qualifizierten tatsächlichen Sachherrschaft“ vgl. insb. unten S. 173 ff.; zum „Vermögenseinsatz“ insb. S. 36 ff. und 126 ff.; zur „Kontaktperson“ insb. S. 38 ff.

³² Im Bereich des gutgläubigen Erwerbs wird im deutschen Recht teilweise bereits grundsätzlich kritisiert, dass keine ausreichende Interessenbewertung stattgefunden habe.

Ergänzend werden bei dieser Arbeit auch die von der ökonomischen Analyse des Rechts³³ zur Verfügung gestellten Werkzeuge berücksichtigt, ohne dass die ökonomische Analyse allerdings den Leitgedanken der Untersuchung darstellt oder ihr *per se* eine erhöhte Entscheidungskompetenz zugesprochen werden soll.³⁴ Ökonomische Aspekte sind aber neben außerökonomischen Aspekten (bspw. gesellschaftspolitischen Anliegen und technischen Zwängen) insbesondere dort zu berücksichtigen, wo mehrere außerökonomisch gleichwertige Lösungsmöglichkeiten bestehen.³⁵ Im Rahmen dieser Untersuchung werden die ökonomischen Aspekte an der jeweils relevanten Stelle des Interessenvergleichs und der Bewertung der Steuerungsparameter berücksichtigt. Dort kann das Instrumentarium der ökonomischen Analyse zusätzliche Klarheit über die Auswirkungen eines

Vgl. z.B. *Giehl*, AcP 161 (1962), 357, 358: „finden wir anstelle einer gebotenen Wertung des Interessenszwiespaltes zwischen Eigentümer und Erwerber (...) eine starre Gesetzesmechanik“ oder *Dünkel*, S. 2, der die BGB-Regelung als „Zufallsprodukt“ der Geschichte bezeichnet.

³³ Die ökonomische Analyse beleuchtet die Gestaltung von Rechtsinstituten unter dem Blickwinkel ihrer ökonomischen Funktionen und wirtschaftlichen Auswirkungen, *Horn*, Rdnr. 131.

³⁴ Der Stellenwert der ökonomischen Analyse des Rechts in der Rechtswissenschaft und bei der Rechtssetzung ist aufgrund der Konzentration der Beurteilung auf die ökonomische Effizienz und der mangelnden Berücksichtigung außerökonomischer Gesichtspunkte seit jeher umstritten (vgl. u.a. *Horn*, Rdnr. 132; *Reimann*, § 63 3. (S. 266)). Die ökonomische Analyse fußt zudem in vielen Bereichen auf theoretischen Annahmen zu menschlichem Verhalten oder zur Entwicklung eines Markts, die nicht völlig der Realität entsprechen; vgl. die Wiedergabe dieser Kritik in *Salje*, *Rechtstheorie* 15 (1984), 277, 289. Diese Defizite werden auch von führenden Vertretern der ökonomischen Analyse nicht geleugnet. So stellt *Posner* klar, dass die Ökonomie einige Fragen nicht beantworten kann, so bspw. die Frage, ob die existierende Einkommens- und Vermögensverteilung gut oder schlecht, gerecht oder ungerecht ist. Ebenso wenig die Frage, ob eine effiziente Ressourcenzuteilung (Ressourcenallokation) sozial und ethisch wünschenswert ist. Aus diesen Gründen sei die Kompetenz des Ökonomen in der Diskussion über das Rechtssystem beschränkt; *Posner*, S. 14 f. Die jüngste Finanz- und Wirtschaftskrise und die dadurch verstärkte wirtschaftswissenschaftliche Diskussion um die Geeignetheit eines *homo oeconomicus* und dessen rein rationales Verhaltensmuster als Leitbild individueller Entscheidungen dürfte die Grundprämisse der ökonomischen Analyse des Rechts weiter geschwächt haben. An Bedeutung gewonnen hat im Bereich der Wirtschaftswissenschaften zuletzt die Theorie der Verhaltensökonomik (*Behavioral Economics*), die gerade darauf aufbaut, dass das Handeln des Einzelnen nicht ausschließlich rational gesteuert wird, sondern u.a. auch von Neigungen, Ängsten und Emotionen (vgl. *Plickert*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 20.07.2009, S. 10; *Lotter*, *brand eins*, 05/2010, S. 36 ff.) bzw. Vertrauen, Fairness, Korruption und unmoralischem Verhalten, Geldillusion und Geschichten (*Akerlof/Shiller*, S. 24 ff.) beeinflusst wird.

³⁵ *Salje*, *Rechtstheorie* 15 (1984), 277, 290. *Grundmann* spricht (in Bezug auf Einzelfallentscheidungen) von der Suche nach praktischer Konkordanz zwischen rechtsethischen und ökonomischen Aspekten, *RabelsZ* 61 (1997), 423, 451 f.

Regelungsansatzes auf den Interessenvergleich und die Wirkung eines Steuerungsparameters bringen.³⁶ Insgesamt wird sich im Laufe der Untersuchung zeigen, dass im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs schon seit jeher ökonomische Elemente, und zwar in der Ausprägung des Verkehrsschutzes, eine maßgebliche Rolle spielen.³⁷

Aus der Methode der funktionalen Rechtsvergleichung ergibt sich der Ablauf der Untersuchung.

In *Teil 1 (Die Ausgangsposition)* der Untersuchung werden der den Regelungen zum gutgläubigen Erwerb zugrunde liegende Interessenkonflikt, die jeweiligen Beteiligten und die Ergebnisvarianten analysiert. Die Auflösung dieses Geflechts aus verschiedenen Interessen sowie schuldrechtlichen und sachenrechtlichen Beziehungen ist die Ordnungsaufgabe der Regelungen zum gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen. Da verschiedene gegenwärtige und historische Rechtsinstitute diese Ordnungsaufgabe adressieren, folgt eine Darstellung dieser verschiedenen Lösungsvarianten. Im Vordergrund stehen hierbei die Regelungen des deutschen und französischen Rechts. Insbesondere verfügt das französische Recht mit dem Lösungsrecht des Erwerbers über ein besonderes Werkzeug zur Behandlung des Interessenkonflikts. Aufgrund seiner Bedeutung für das französische und das deutsche Recht im Allgemeinen und seiner Bedeutung im Bereich des gutgläubigen Erwerbs im Speziellen wird zudem der Lösungsansatz des römischen Rechts dargestellt. Dabei sind nicht nur die speziellen Rechtsinstitute des gutgläubigen Erwerbs, sondern auch die Ersitzungs- und Verjährungsregeln zu beachten.

Teil 2 (Die Steuerung des Ausgleichs der Interessenkollision) der vorliegenden Darstellung beschäftigt sich mit den betroffenen Interessen. Im Rahmen dieses Interessenvergleichs ist zwischen den betroffenen individuellen Interessen der einzelnen Beteiligten und den betroffenen generellen Interessen einer Rechtsordnung zu unterscheiden. Von Bedeutung ist hierbei insbesondere das besondere Interesse des Verkehrsschutzes. Gerade hier spielen auch allgemeine ökonomische Interessen eine Rolle. In die Interessenbewertung fließen anschließend beide Aspekte ein. Weiterhin werden in Teil 2 die verschiedenen Steuerungsparameter, die zur Lösung der Ordnungsaufgabe in den untersuchten Rechtsordnungen verwendet werden, von den jeweiligen nationalen Regelungen abstrahiert und kritisch

³⁶ Die ökonomische Analyse eignet sich auf diese Weise, um etwaige den Regelungen zugrunde liegende Aspekte zu verdeutlichen, vgl. *Reimann*, § 63 3. (S. 266).

³⁷ Wenn bspw. bei *Schäfer/Ott*, 18. Kap. 2. (S. 572 ff.) vom gutgläubigen Erwerb als Mittel zur Verteilung von Informationsaufwendungen die Rede ist, so steckt darin im Kern die bekannte Problematik der *probatio diabolica*. Die von der ökonomischen Analyse vorgenommene besondere Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Aspekte korrespondiert mit der Berücksichtigung genereller Interessen wie dem Verkehrsschutzinteresse.

auf ihre Geeignetheit zum Interessenausgleich bewertet. Daraus ergeben sich die für eine Regelung relevanten gesetzgeberischen Bausteine. Dabei zeigt sich, dass neben den beiden Grundbausteinen der Berücksichtigung einer besonders qualifizierten Sachherrschaft an der Sache und der Gutgläubigkeit des Erwerbers im Hinblick auf die Berechtigung des Veräußerers eine Vielzahl in den nationalen Rechtsordnungen immer wiederkehrender sonstiger Bausteine die Auflösung der Ordnungsaufgabe steuert.

Teil 3 (Die Verteilung des Ausfallrisikos und die Zuordnung des Eigentums an der Sache) schließlich beginnt mit einer genaueren Betrachtung des Lösungsrechts. Seine Erscheinungsformen und seine Bedeutung im deutschen und französischen Recht werden dabei näher erläutert. Vor dem Hintergrund eines möglichen Einsatzes eines Lösungsrechts wird ein sachgerechter Ausgleich der zuvor identifizierten relevanten Interessen angestrebt. Dabei werden die Interessen und Parameter zur Verteilung des Ausfallrisikos des schuldrechtlichen Rückgriffsanspruchs getrennt von den Interessen und Parametern zur Zuordnung des Eigentums an der Sache beleuchtet. Nicht zuletzt wird dabei die fortdauernde Tauglichkeit des Kriteriums der Sonderbehandlung gestohlener oder sonst abhanden gekommener Sachen untersucht. Auf der Grundlage der hierbei erzielten Ergebnisse wird letztlich ein Regelungsvorschlag für ein System des gutgläubigen Erwerbs entwickelt. Dabei wird insbesondere zu sehen sein, dass einem Lösungsrecht in Form eines Rückkaufsrechts eine maßgebliche Rolle bei der Feinsteuerung des Interessenausgleichs zukommt.

C. Überblick zum europäischen Hintergrund

Der Einfluss des Rechtsangleichungs- und Rechtsvereinheitlichungsprozesses der Europäischen Union³⁸ auf das Recht der Mitgliedstaaten ist vielfältig und betrifft nahezu alle Rechtsgebiete; auch das Privatrecht. So hat in Deutschland nicht zuletzt die Notwendigkeit der Umsetzung europäischer Richtlinien Anlass zu einer schon zuvor lange diskutierten umfangreichen Änderung des BGB im Wege des Schuldrechtsmodernisierungsge-

³⁸ Weitere internationale Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung mit Bezug zum gutgläubigen Erwerb wurden bspw. von Unidroit verfolgt. 1968 wurde ein 1974 zunächst modifizierter und anschließend fallen gelassener Entwurf zum gutgläubigen Eigentumserwerb bei Waren vorgestellt, der sich die Suche nach der besten Lösung zum Ziel gesetzt hatte, vgl. *Sauveplanne*, L'unification du droit 1967/1968, 140 ff., insb. 150 Fn. 2 (französisch) bzw. 151 Fn. 2 (englisch). Später wurde ein Teil davon für die Unidroit-Konvention über gestohlene oder rechtswidrig ausgeführte Kulturgüter vom 24.06.1995 verwendet; siehe auch *Karner*, S. 47 f. Zum Unidroit-Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung vgl. unten S. 192 ff.

setzes geführt.³⁹ Es ist zu erwarten, dass auch künftig maßgebliche Änderungen des nationalen Zivilrechts europäisch veranlasst sein werden.

Aktuell existiert eine Vielzahl von Initiativen und Bestrebungen der Europäischen Union zur weiteren Zivilrechtsharmonisierung, die eng mit parallelen wissenschaftlichen Überlegungen verknüpft sind.⁴⁰ Neben den inhaltlichen Fragen und rein rechtstechnischen Aspekten, wie z.B. Kompetenznorm, Sprache und Umsetzungsvariante,⁴¹ spielen hier grundsätzliche Fragen zum Für und Wider einer europäischen Privatrechtsvereinheitlichung eine Rolle.⁴² Für die Zwecke dieser Untersuchung soll hier ein kur-

³⁹ Vgl. u.a. *Däubler-Gmelin*, NJW 2001, 2281 ff. In Frankreich haben sich die Autoren *Zenati-Castaing* und *Dross/Mallet-Bricout* in ihren jeweiligen Kommentaren zur geplanten französischen Reform des Sachenrechts bspw. dafür ausgesprochen, auf eine rein national motivierte Rechtsänderung zu verzichten und ggfs. die europäisch motivierte Entwicklung abzuwarten und daran mitzuwirken; *Zenati-Castaing*, RTD civ. 2009, S. 211 ff. (insb. unter 1., 2. und 32.); *Dross/Mallet-Bricout*, D. 2009, S. 508 ff. (unter VI.).

⁴⁰ So finden sich schon in den ersten Entschlüssen des Europäischen Parlaments Aufforderungen, die Wissenschaft einzubinden und zu unterstützen; Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Bemühungen um eine Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten vom 26.05.1989, ZEuP 1993, 613, 614. Darüber hinaus erteilen die europäischen Institutionen Aufträge an wissenschaftliche Einrichtungen zur Vorbereitung verschiedener Maßnahmen. Neben individuellen wissenschaftlichen Forschungen und der unten näher erläuterten *Study Group on a European Civil Code* sind u.a. folgende wissenschaftliche Zusammenschlüsse und Arbeitsgruppen zu nennen: die Lando-Kommission um Ole Lando und die von ihr erarbeiteten *Principles of European Contract Law (PECL)*, die *European Group on Tort Law* (Tilburg-Gruppe), die *International Working Group on European Trust Law*, die Trento-Gruppe (*The Common Core of European Private Law*), die *Society of European Contract Law (SECOLA)*, die *Commission on European Family Law (CEFL)*, die *Working Group on the Approximation of the Civil Procedure Law* (Storme-Gruppe), die *Academy of European Private Lawyers* (Gandolfi-Gruppe), *European Research Group on Existing EC Private Law* (Acquis-Gruppe), die *Working Group on Uniform Terminology for European Private Law*, die *Project Group Restatement of European Insurance Contract Law*.

⁴¹ Vgl. zu diesen Problemkreisen u.a. *W.-H. Roth*, S. 31 ff.; *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 473 ff. *ders.* in JuS 2004, 89 ff.; *Tilmann/van Gerven*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), *Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU*, S. 185 ff.; *Dauner-Lieb*, NJW 2004, 1431, 1433 f. (die besonders die Sprachenfrage als „das größte praktische Problem“ bezeichnet).

⁴² Vgl. zum aktuellen Stand der Diskussionen um ein einheitliches Europäisches Zivilgesetzbuch bspw. *Mittwoch*, JuS 2010, 767, 770. Die grundsätzlichen Fragen sind hier zu großen Teilen mit jenen vergleichbar, die sich anlässlich der Einführung gesamtdeutscher Kodifikationen gestellt haben und die dem berühmten Meinungsaustausch zwischen *Thibaut* („Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“, 1814) und *Savigny* („Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, 1814) zugrunde lagen. Insbesondere die Argumente von *Thibaut* (Vereinheitlichung zersplitterten Rechts (S. 12, 15 ff.), Fortentwicklung existierendes Rechts (S. 13 ff.), Stärkung der Gemeinschaft (S. 14, 33 ff.), länderübergreifende Aus-

zer Überblick zu den europäischen Entwicklungen mit einem möglichen Bezug zum Recht des gutgläubigen Erwerbs genügen. Ein mögliches Fernziel der europäischen Bemühungen ist ein einheitliches Europäisches Zivilgesetzbuch.⁴³

Im Sachenrecht und besonders auf dem Gebiet des gutgläubigen Erwerbs existiert bislang nur eine geringe Anzahl an Rechtsangleichungs- oder Rechtsvereinheitlichungsmaßnahmen.⁴⁴ Neben dem Wiener Aktionsplan von 1998⁴⁵ ist hier an vorderster Stelle der im Wesentlichen von der

bildung und Berufstätigkeit (S. 65)) sind auch in der gegenwärtigen Debatte relevant. Zu Argumenten für ein Europäisches Zivilgesetzbuch vgl. Bericht des Europäischen Parlaments über die Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten (KOM(2001) 398 – C5-0471/2001 – 2001/2187(COS)), A5-0384/2001, Begründung, S. 11 f.; *Staudenmayer*, EuZW 2001, 485, 486; *Möllers*, JZ 2002, 121, 126. Kritisch äußern sich zum Vorhaben eines einheitlichen Europäischen Zivilgesetzbuchs u.a. *Kronke*, S. 4 ff.; *Bergel*, FS für Sonnenberger, 2004, 761, 763 ff.; *Dauner-Lieb*, NJW 2004, 1431, 1431.

⁴³ Auf institutioneller Seite hat die Diskussion über ein Europäisches Zivilgesetzbuch ihren Ursprung beim Europäischen Parlament, vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.05.1989, ZEuP 1993, 613, 614; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 06.05.1994, ZEuP 1995, 669; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16.3.2000, ABl. C 377/323 vom 29.12.2000, Rdnr. 28. Die Justizkommissarin *Reding* hat das Vorhaben ebenfalls auf ihre Agenda gesetzt, EuZW 2010, 82; Vgl. auch zuletzt Europäische Kommission, Grünbuch der Kommission – Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen (KOM(2010) 348 endg.); zur Geschichte eines einheitlichen europäischen Zivilrechts einschließlich seiner römisch geprägten Wurzeln siehe bspw. *Gebauer*, insb. S. 13 ff.

⁴⁴ Der gemeinschaftliche Besitzstand (*acquis communautaire*) auf dem Gebiet des Sachenrechts ist nicht sehr ausgeprägt; vgl. z.B. Rat der Europäischen Union, Entwurf eines Berichts des Rates über die Notwendigkeit einer Angleichung der zivilrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten vom 29.10.2001, 13017/01, Rdnr. 13. Einige Richtlinien betrafen sachenrechtliche Aspekte, so z.B. Richtlinie 93/7/EWG vom 15.3.1993 über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern (siehe auch unten S. 254 ff.), Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten, zuletzt geändert durch Richtlinie 2009/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 (u.a. Regelungen zur Bestellung von Sicherheiten an beweglichen Sachen in Form von Wertpapieren), Richtlinie 2000/35/EG vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Regelungen zum Eigentumsvorbehalt).

⁴⁵ Der sog. Wiener Aktionsplan umfasste insbesondere die „Prüfung der Möglichkeit einer Rechtsangleichung in bestimmten Bereichen des Zivilrechts, wie bspw. die Einführung international einheitlicher privatrechtlicher Vorschriften für den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachgütern“ als binnen fünf Jahren zu ergreifende Maßnahme im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen; Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vom 3.12.1998 („Wiener Aktionsplan“), ABl. EG Nr. C 19/1 vom 23.01.1999, Rdnr. 41 lit. f.

*Study Group on a European Civil Code*⁴⁶ erarbeitete⁴⁷ und im Februar 2009 herausgegebene wissenschaftliche Referenzrahmen (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*) zu nennen, der sich in seinem VIII. Buch auch mit der Eigentumsübertragung beweglicher Sachen, einschließlich des gutgläubigen Erwerbs, beschäftigt (*Acquisition and loss of ownership of goods (Book VIII)*).⁴⁸ Der *DCFR* soll nach der Absicht der Verfasser die Basis eines von der Kommission geforderten politischen Referenzrahmens (*Common Frame of Reference*) sein.⁴⁹ Im Schwerpunkt beschäftigt sich der *DCFR*, wie schon vorherige Bemühungen (vgl. insbesondere die *Principles of European Contract Law* der Lando-Gruppe), aber mit einer Vereinheitlichung des Vertragsrechts und nicht des Sachenrechts.⁵⁰

⁴⁶ Vgl. dazu die mit Beendigung des Projekts seit 2009 nicht mehr aktualisierte Webseite <<http://www.sgecc.net/>>, zuletzt abgerufen am 26.10.2010; Zur Geschichte, Finanzierung und anderen Fragen siehe u.a. von Bar, Die Study Group on a European Civil Code, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU, 1999, S. 135 ff.

⁴⁷ Die Study Group on a European Civil Code hat sich für die Zwecke der Entwicklung des wissenschaftlichen Referenzrahmens mit der European Research Group on Existing EC Private Law (*Acquis-Gruppe*) zusammengetan; vgl. von Bar/Clive/Schulte-Nölke, *DCFR-Outline Edition*, S. 3; dazu auch Martens, *EuZW* 2010, 527, 528.

⁴⁸ Von Bar/Beale/Clive/Schulte-Nölke, *DCFR-Outline Edition*, S. 421 ff. Für dieses zeichnet das Working Team on Transfer of Moveable Property unter der Leitung von Brigitta Lurger (Universität Graz) verantwortlich (<<http://www.uni-graz.at/bre1www/tom/>> zuletzt abgerufen am 26.10.2010).

⁴⁹ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan vom 12.02.2003 (KOM(2003) 68 endg.).

⁵⁰ Zum Schwerpunkt des Vertragsrechts im Bereich der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung vgl. auf institutioneller Ebene auch Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht vom 11.07.2001 (KOM(2001), 398); Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan vom 12.02.2003, (KOM(2003) 68 endg.); Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen vom 11.10.2004 (KOM(2004) 651 endg.); Bericht der Kommission – Erster jährlicher Fortschrittsbericht zum europäischen Vertragsrecht und zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands vom 23.09.2005 (KOM(2005) 456 endg.); Zweiter Fortschrittsbericht zum Gemeinsamen Referenzrahmen vom 25.07.2007 (KOM(2007) 447 endg.); Europäische Kommission, Grünbuch der Kommission – Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen (KOM(2010) 348 endg.), S. 12; Allenfalls im Hinblick auf Aspekte des Kreditsicherungsrechts wurde hier ein Bezug zum Sachenrecht beweglicher Sachen hergestellt.

Teil 1

Die Ausgangsposition

Dem gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen¹ liegt folgender Basissachverhalt zugrunde:

Ein Nichtberechtigter verfügt zugunsten eines Erwerbers über das Eigentum an einer beweglichen Sache des Eigentümers.

Das charakteristische Merkmal dieses Sachverhalts ist die Verfügung durch einen Nichtberechtigten, also durch eine Person, die weder Eigentümer noch sonst zur Verfügung über das Eigentum befugt ist. Mit Ausnahme der fehlenden Verfügungsberechtigung handelt es sich um Rechtsgeschäfte, die im Übrigen fehlerfrei sind.² Andere mögliche Störungen, wie bspw. fehlende Geschäftsfähigkeit, fehlerhafte Bevollmächtigung, Willensmängel, Sittenwidrigkeit³ oder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot⁴, die rechtlich zur Unwirksamkeit der Übereignung vom Nichtberechtigten an den Erwerber führen können, werden im Folgenden nicht näher erörtert

¹ Die nachfolgend beschriebene Situation wird im Folgenden als „Konstellation des gutgläubigen Erwerbs“ bezeichnet, auch wenn das jeweils in Bezug genommene Recht diese nicht über eine eigenständige Rechtsfigur des „gutgläubigen Erwerbs“ auflöst (so z.B. das römische Recht; vgl. dazu unten S. 109 ff.).

² Ähnlich die Beschreibung von Frotz zum österreichischen Recht: „Die Vorschriftengruppe [zum gutgläubigen Erwerb] betrifft im allgemeinen die Frage des Eigentumserwerbs an Mobilien, über die jemand aufgrund eines gültigen Titelgeschäfts zwischen ihm und dem potenziellen Erwerber im eigenen Namen verfügt, wobei die zum Eigentumserwerb nach heute herrschender Meinung notwendige Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang (der sog. dingliche Vertrag) ebenfalls gültig ist, die ‚Übergaberefordernisse‘ (...) eingehalten worden sind, der Verfügende aber weder Eigentümer der Sache, noch von diesem zu der konkreten Verfügung ermächtigt ist.“ FS Kastner, 131, 141.

³ In der deutschen Jurisprudenz wird die Frage diskutiert, ob § 138 BGB überhaupt auf den dinglichen Vertrag anwendbar ist oder ob diese Norm nicht vielmehr wertneutral ist, vgl. hierzu u.a. Baur/Stürner, § 5 Rdnr. 51.

⁴ Unter Geltung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips stellt sich im deutschen Recht ebenso die Frage, ob dabei zudem das Verfügungsgeschäft unwirksam sein kann. Die mögliche Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts beurteilt sich dabei nach dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes. So ist ein Verfügungsgeschäft wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot unwirksam, wenn die Umstände, aufgrund derer sich die Verbotswidrigkeit des Verpflichtungsgeschäfts ergibt, zugleich und unmittelbar auch das Erfüllungsgeschäft berühren, BGHZ 115, 123, 130.

und sind von der Konstellation der fehlenden Verfügungsberechtigung, insbesondere des fehlenden Eigentums des Veräußerers, zu unterscheiden. Allerdings können diese Aspekte insoweit an der Konstellation beteiligt sein, als dass die Störungen der vorangegangenen Rechtsgeschäfte überhaupt erst dazu geführt haben, dass der nunmehr Verfügende als Nichtberechtigter verfügt.⁵

Dennoch betrifft die dem gutgläubigen Erwerb zugrunde liegende Konstellation nicht nur das Sachenrecht, denn bei der Auflösung dieser Konstellation ist mit der sachenrechtlichen Zuordnung auch über mögliche schuldrechtliche Ausgleichsansprüche zu entscheiden. So muss die sachenrechtliche Entscheidung über die Eigentümerstellung mit den schuldrechtlichen Grundgeschäften, die einen Eigentumserwerb beabsichtigen, sowie mit eventuellen Ausgleichs- und Entschädigungsvorschriften in Einklang zu bringen sein. Damit entsteht zwischen sämtlichen an der Konstellation beteiligten Personen ein bunter Strauß von schuldrechtlichen und sachenrechtlichen Beziehungen und Ansprüchen.

Das Schuld- und das Sachenrecht werden jedoch von unterschiedlichen Grundsätzen regiert. Während bei einer rein schuldrechtlichen Problematik ein Ausgleich unter den Beteiligten gesucht werden kann, muss bei sachenrechtlichen Fragestellungen aufgrund der absoluten Wirkungen von Sachenrechten auch auf die schutzwürdigen Interessen anfänglich unbeteiligter Dritter Rücksicht genommen werden. Dabei spielt der sachenrechtliche Grundsatz der Publizität eine entscheidende Rolle.⁶ Die Erörterung der Konstellation des gutgläubigen Erwerbs kann sich somit nicht allein auf die Betrachtung der Interessen der unmittelbar Beteiligten beschränken.

Wie sich schon aus der obigen Beschreibung des Basissachverhalts ergibt, bilden die drei unmittelbar Beteiligten – Eigentümer, Veräußerer und Erwerber – und ihre Verbindungen untereinander den Kern des rechtlichen Beziehungsgeflechts, das aus der Verfügung des Veräußerers resultiert. Zusätzlich können weitere Personen direkt oder indirekt in die Betrachtung mit einzubeziehen sein. Dabei spielen sowohl objektive als auch subjektive Umstände eine Rolle. Hierauf wird noch näher einzugehen sein.⁷

Eine Lösung der Konstellation muss sich an der zu regelnden Aufgabe und den daraus resultierenden denkbaren Ergebnissen orientieren (1. Kapitel). Dafür haben sich in den vergangenen Jahrhunderten in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedliche Institute herausgebildet, die – von

⁵ Hierzu siehe auch unten die Erörterungen zur Bedeutung des Abstraktionsprinzips für den gutgläubigen Erwerb (Teil I, 1. Kapitel, Fn. 10) und die Behandlung in Frankreich auf der Basis des Konsensprinzips (vgl. dazu auch S. 22 und S. 55).

⁶ Zum Publizitätsprinzip vgl. unten S. 162 ff.

⁷ Vgl. unten S. 125 ff.

Rechtsordnung zu Rechtsordnung unterschiedlich – teilweise kombiniert und teilweise alternativ Anwendung finden (2. Kapitel).

1. Kapitel

Das sachenrechtliche Mehrpersonenverhältnis

Die Konstellation des gutgläubigen Erwerbs führt zu einem sachenrechtlichen Mehrpersonenverhältnis (A.). Zur Auflösung dieses Mehrpersonenverhältnisses muss über die Zuordnung des Eigentums und über etwaige Ausgleichsansprüche entschieden werden (B.).

A. Die Beteiligten und ihre Beziehungen untereinander

Die Konstellation des gutgläubigen Erwerbs betrifft mindestens drei Personen: den Eigentümer, den Veräußerer und den Erwerber (Grundkonstellation). Diese drei Personen verfolgen unterschiedliche Interessen; bei zwei Beteiligten, dem (ursprünglichen) Eigentümer und dem (vermeintlichen) Erwerber, kollidieren die Interessen unmittelbar. Sowohl der (ursprüngliche) Eigentümer als auch der (vermeintliche) Erwerber beanspruchen beide das Eigentum an derselben Sache. Darüber hinaus können eine Reihe anderer Personen eingebunden sein.

I. Die Position des Eigentümers

1. Der Eigentümer

Der Eigentümer ist der ursprüngliche Inhaber des durch die Vorgänge bedrohten Eigentums an der beweglichen Sache. Im Rahmen dieser Untersuchung wird dabei durchgängig vom *Eigentümer* gesprochen, obwohl man zunächst nur feststellen kann, dass es sich um den ursprünglichen Eigentümer handelt. Aufgrund der zur Konstellation des gutgläubigen Erwerbs führenden Vorgänge hat er nach der anwendbaren Rechtsordnung möglicherweise sein Eigentum verloren.

Das zivilrechtliche Eigentum¹ verleiht dem Eigentümer – in den Grenzen von Gesetz und Rechten Dritter – eine allumfassende Herrschaftsge-

¹ Die Ausgestaltung des Eigentums ist ein prägendes Merkmal einer Gesellschaftsordnung und entsprechend ist der Begriff des Eigentums Gegenstand vielfältiger, nicht ausschließlich rechtswissenschaftlicher, Diskussionen und Analysen. Im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs geht es im Schwerpunkt um den zivilrechtlichen Eigentumsbegriff.