

JUS PRIVATUM

15

Astrid Stadler

Gestaltungsfreiheit
und Verkehrsschutz
durch Abstraktion



J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 15

Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion

Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten
und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher
Zuwendungen anhand des deutschen,
schweizerischen, österreichischen, französischen
und US-amerikanischen Rechts

von
Astrid Stadler



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Stadler, Astrid:

Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion :
eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung
rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen,
schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts /
von Astrid Stadler. –

Tübingen : Mohr, 1996

(Jus privatum ; Bd. 15)

ISBN 3-16-146390-0

NE: Jus privatum

978-3-16-157889-2 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1996 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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 aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Weissenstein in Pforzheim gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0940-9610

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 1993 von der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg i.Br., als Habilitationsschrift angenommen.

Die Anregung, ein grundlegendes Prinzip des Bürgerlichen Gesetzbuches ausführlich auf seine Stellung im europäischen Umfeld und auf seine Überlebenschancen im Zuge europäischer Rechtsangleichung zu untersuchen, geht auf meinen hochverehrten Lehrer, Rolf Stürner, zurück. Er hat nicht nur das Entstehen der Arbeit mit kritischen Anregungen und vielen Diskussionen begleitet, sondern auch Freiräume geschaffen, die es mir in meiner Zeit als wissenschaftliche Assistentin an seinem Konstanzer Lehrstuhl ermöglichten, die Arbeit in großen Teilen fertigzustellen. Ohne seine stete Förderung, Unterstützung und Rücksichtnahme wäre es auch nicht möglich gewesen, Wissenschaft und Familie zeitlich miteinander zu vereinbaren. Ihm gebührt daher zuvörderst mein Dank und Respekt! Für die Übernahme des Zweitgutachtens danke ich Professor Rainer Frank.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft möchte ich danken für die finanzielle Unterstützung bei Ausarbeitung und Drucklegung der Arbeit durch ein Habilitandenstipendium, das unter anderem auch einen mehrmonatigen Aufenthalt an der School of Law (Boalt Hall) der University of California, Berkeley, ermöglichte.

Das Manuskript wurde im Frühjahr 1993 abgeschlossen. Wichtige Veröffentlichungen wurden bis März 1995 in den Fußnoten weitgehend berücksichtigt; aufgrund einschneidender Sparmaßnahmen der Universitätsbibliotheken war es leider für das europäische Auslandsrecht nicht immer möglich, alle zwischenzeitlich erschienenen Neuauflagen aus der Lehrbuchliteratur zu bekommen. Für das US-amerikanische Recht wurde auf die Einarbeitung von Rechtsprechung und Literatur, welche nach Abschluß des Manuskripts erschien, verzichtet.

Konstanz, im Herbst 1995

Astrid Stadler

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung	1

Erstes Kapitel Allgemeiner Teil

§ 1 <i>Begriffe und Zusammenhänge: Erscheinungsformen abstrakter und kausaler Gestaltung im deutschen Recht</i>	7
<i>Teil 1 Kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte</i>	7
A. Trennungsprinzip	7
B. Abstraktionsprinzip	7
C. Abstrakte und kausale Zuwendungen	9
I. Begriff der causa	9
1. Geschäftstypische causa bei Verpflichtungsgeschäften	11
2. Causa bei abstrakten Verfügungsgeschäften	12
II. Abstrakte Verpflichtungsgeschäfte	15
III. Kausale Verfügungen	16
1. Vergleich	16
2. Aufrechnung	17
<i>Teil 2 Begriffliche Abgrenzung Kausalheit-Akzessorietät</i>	18
A. Begriff der Akzessorietät	18
B. Begriff der Kausalheit	19
C. Fallgruppen	20
I. Abstrakte nichtakzessorische Rechte	20
II. Abstrakte akzessorische Rechte	21
III. Kausale akzessorische Rechte	21
IV. Kausale nichtakzessorische Rechte	22
<i>Teil 3 Zusammenfassung</i>	23
§ 2 <i>Begriffe und Zusammenhänge: Erscheinungsformen abstrakter und kausaler Gestaltung in ausländischen Rechtsordnungen</i>	24
<i>Teil 1 Schweiz und Österreich</i>	24

A. Schweiz	24
I. Trennungsprinzip	24
II. Abstraktionsprinzip	25
1. Sachenrecht	25
2. Schuldrecht	26
B. Österreich	27
I. Sachenrecht	27
II. Schuldrecht	28
<i>Teil2 Frankreich</i>	28
A. Trennungsprinzip im Code Civil?	29
B. Konsensprinzip	31
I. Grundlagen und Geltungsbereich	31
II. Einschränkungen des reinen Konsensprinzips	34
<i>Teil3 Anglo-amerikanischer Rechtskreis</i>	35
A. Sachenrecht	35
I. Die Bedeutung der <i>consideration</i> -Lehre	35
II. Trennung von Verpflichtung und Verfügung	37
1. Immobiliarsachenrecht – <i>conveyance by deed</i>	38
2. Eigentumsübergang bei beweglichen Sachen	40
III. Kausal- oder Konsensprinzip – Dinglicher Vertrag im anglo-amerikanischen Recht?	41
B. Zession	44
<i>Teil4 Zusammenfassung</i>	45
§3 <i>Historische Entwicklung des Abstraktionsprinzips und anderer Gestaltungsformen</i>	46
<i>Teil1 Sachenrecht</i>	46
A. Fahrnisübereignung	46
I. Die Übereignung im römischen und gemeinen Recht bis zum 19. Jahrhundert	47
II. Die Lehre <i>Savignys</i>	49
III. Übernahme des Abstraktionsprinzips in das Bürgerliche Gesetzbuch	52
IV. Die Entwicklung in Frankreich	55
V. Die Entwicklung in England	56
B. Immobiliarsachenrecht	57
I. Deutschrechtliche Wurzeln der Abstraktion im Immobiliarsachenrecht	57
II. Die Entwicklung in Frankreich	61
III. England/USA	62
<i>Teil2 Zession</i>	64
A. Historische Vorbedingungen für das deutsche Recht	65
I. Die Entwicklung der Zession bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts	65

1. Römisches Recht	65
2. Deutsches Recht bis zum 19. Jahrhundert	66
II. Deutsches Recht bis zum Inkrafttreten des BGB	66
B. Bedeutung und Entwicklung der Abstraktion im deutschen Recht ..	67
C. Die Entwicklung in Frankreich	70
D. Die Entwicklung im <i>common law</i>	71
<i>Teil3 Einfluß Savignys auf das anglo-amerikanische Vertrags- und Sachenrecht?</i>	72
<i>Teil4 Zusammenfassung</i>	74
§ 4 <i>Der abstrakte dingliche Vertrag im deutschen Recht des 20. Jahrhunderts</i>	76
<i>Teil1 Die Diskussion um das Abstraktionsprinzip nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches</i>	76
<i>Teil2 Stellung und Bedeutung des abstrakten dinglichen Vertrages im geltenden deutschen Recht</i>	80
A. Rechtsnatur und anwendbare Vorschriften	80
B. Geltungsbereich des Abstraktionsgrundsatzes	81
I. Grundsatz	81
II. Durchbrechungen	82
1. Bedingungszusammenhang	82
a. Problem und Meinungsstand	82
b. Bedingungsinhalt und Vereinbarkeit mit dem Abstraktionsprinzip	84
aa. Zulässige Bedingungen	84
bb. Abhängigkeit von der grundsätzlichen Bereitschaft, einen bestimmten Vertrag zu schließen	86
cc. Uneigentliche Bedingungen	89
c. Ausdrückliche und stillschweigende Vereinbarung	90
d. Bedingungszusammenhang bei Sicherungsübertragungen ..	91
2. Geschäftseinheit	92
<i>Teil3 Zusammenfassung</i>	95
§ 5 <i>Wechselwirkung zwischen abstrakter bzw. kausaler Gestaltung von Verfügungen und anderen Rechtsinstituten</i>	97
<i>Teil1 Abstraktion und Sachenrechtsgrundsätze</i>	97
A. Abstraktion als Wesenselement dinglicher Rechte?	98
I. Trennung von Schuld- und Sachenrecht	98
1. Die selbständige Stellung des Sachenrechts nach der Konzeption des BGB	98
2. Abstrakte und kausalabhängige dingliche Rechte	100
II. Die Annäherung von Schuld- und Sachenrecht – Anerkennung von »Zwischenrechten«	102

1. Die Sonderstellung des Anwartschaftsrechts im deutschen Recht	102
2. Treuhandeigentum	103
a. Abstraktionsprinzip als Basis des Treuhandeigentums	103
b. Durchbrechung des Abstraktionsprinzips – Zweckbindung des Treuhandeigentums	106
B. Abstraktion und numerus clausus der Sachenrechte	110
C. Abstraktion und Bestimmtheitsgrundsatz	114
I. Grundsatz	114
II. Durchbrechungen des Konsensprinzips zugunsten des Bestimmtheitsgrundsatzes	115
1. Frankreich	115
a. Verkauf von Gattungssachen	115
b. Verkauf künftig entstehender Sachen	119
2. England/USA	120
D. Abstraktion und Publizität	120
I. Ausgestaltung und Herkunft des Publizitätsgrundsatzes	120
1. Publizitätsformen	120
2. Herkunft und Zweck des Publizitätsgedankens	123
II. Gemeinsame Funktion von Abstraktion und Publizität für das Verkehrsinteresse	125
III. Bedeutung des Trennungs- und Abstraktionsgrundsatzes bei fehlendem Publizitätsakt	128
E. Zusammenfassung	131
<i>Teil 2 Abstraktion und Mängel des Kausalgeschäfts</i>	132
A. Mangelstufen und ihre Bedeutung für den dinglichen Rechtserwerb	132
I. Deutsches Recht	132
II. Frankreich	133
III. USA	134
B. Unwirksame Verträge	135
I. Nicht-Verträge	135
II. Nichtigte Verträge	136
1. Deutsches Recht	136
a. Unabhängige und abhängige Fehleridentität	136
b. Die Anwendung des § 138 BGB auf Verfügungsgeschäfte und die Theorie der »Neutralität des dinglichen Rechtsgeschäfts«	137
aa. Argumentation von Rechtsprechung und h.L.	137
bb. Die Durchbrechung des Abstraktionsgrundsatzes durch die h.M.	139
cc. Abstraktionskonforme Lösung	142
c. Durchbrechung des Abstraktionsgrundsatzes im Fall des § 138 BGB?	143
aa. Mangelnde Tragfähigkeit grundsätzlicher Einwände gegen das Abstraktionsprinzip	143
bb. Schutzzweck der Sittenwidrigkeit contra Abstraktion	145

(1) Schutz des Vertragspartners	146
(2) Schutz Dritter	147
(3) Schutz öffentlicher Interessen	152
d. Verstoß gegen gesetzliche Verbote	154
2. Schweizer Recht	155
a. Fallgruppen	155
b. Rechtsfolgen der Ungültigkeit	156
aa. Heilung formunwirksamer Verträge und Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen in der Literatur	156
bb. Position der Rechtsprechung	158
3. Österreich	159
4. Französisches Recht	160
a. Voraussetzungen der <i>nullité absolue</i>	160
b. Rechtsfolgen der <i>nullité absolue</i>	162
5. <i>Void contracts</i> nach US-amerikanischem Recht	164
III. Schwebend unwirksame Verträge am Beispiel der Verträge Minderjähriger	170
C. Anfechtbare Verträge	174
I. Deutsches Recht	174
1. Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäftes nach § 119 Abs. 1 BGB	175
2. Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäftes nach § 119 Abs. 2 BGB	177
3. Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäftes nach § 123 BGB ..	181
II. Die Rechtslage in der Schweiz und Österreich	183
1. Schweiz	183
2. Österreich	184
a. Beschränkungen der Irrtumsanfechtung	184
b. Dingliche Wirkung der Anfechtung?	185
III. <i>Nullité relative</i> nach französischem Recht	187
1. Relevante Fallgruppen und Einschränkung der Anfechtungs- gründe gegenüber dem deutschen Recht	187
2. Frist für die Geltendmachung der Nichtigkeit	189
3. Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes	189
IV. <i>Voidable contracts</i> in den USA	190
1. Rechtsfolgen der <i>avoidance</i>	191
a. Zustand des Vertrages und Eigentumsverhältnisse bis zur <i>avoidance</i>	191
b. Auswirkungen der <i>avoidance</i> bei der Übertragung beweglicher Sachen	192
c. Auswirkungen der <i>avoidance</i> bei Immobilien	194
2. Voraussetzungen der Anfechtung	195
a. Erklärung und Frist	195
b. Täuschung und Drohung	196
c. Irrtum	197
d. Vertragsverletzung	200
e. Rückgewähr der erhaltenen Leistung	201
D. Zusammenfassung und Bewertung	202

<i>Teil 3 Abstraktion und Disposition über den schuldrechtlichen Vertrag .</i>	204
A. Nachträgliche Aufhebung	204
B. Resolutivbedingungen	208
C. Zusammenfassung	210
<i>Teil 4 Abstraktion und Rückabwicklung rechtsgrundloser Leistungen .</i>	211
A. Ausgleichsfunktion des Bereicherungsrechts bei abstrakter und kausaler Verfügung	211
I. Korrektur abstrakter rechtsgrundloser Verfügungen	211
II. Bereicherungsrechtliche Regelungen und ihre Funktion im Rahmen eines Konsens- bzw. Kausalprinzips	213
1. Schweiz und Österreich	214
2. Frankreich	215
3. USA	217
a. Stand und Entwicklung des Restitutionsrechts	217
aa. <i>quasi-contracts</i>	219
bb. <i>equity</i>	220
b. Inhalt des Bereicherungsanspruchs und Fallgruppen	221
B. Das Verhältnis von Vindikation und Kondiktion	223
I. Dualismus von dinglichem Herausgabeanspruch und Bereiche- rungsanspruch sowie deren Nebenfolgen im deutschen Recht ..	224
1. Verhältnis von Vindikation und Leistungskondiktion	225
a. Rechtsprechung und h.L.	226
b. Abweichende Ansichten in der Literatur	226
c. Eigene Lösung	226
2. Verhältnis der §§ 987ff BGB zur Leistungskondiktion (§§ 812, 818 BGB)	228
a. Meinungsstand	228
aa. Ausschließlichkeit des Eigentümer-Besitzer-Verhält- nisses	229
bb. Anspruchsnormen- bzw. Anspruchskonkurrenz	230
cc. Vorrang bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung im Leistungsverhältnis	230
b. Eigene Ansicht	231
II. Schweiz	234
1. Rückabwicklung über Vindikationsansprüche	234
2. Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs gegenüber der Vindikation	235
III. Österreich	236
IV. Frankreich	237
1. Die rei vindicatio nach französischem Recht	237
a. Die Bedeutung der Regelung des Art. 2279 CC im Rah- men der Vindikation des Vorbesitzers	237
b. Voraussetzungen des Art. 2279 CC	238
2. Verhältnis zum Bereicherungsausgleich bei fehlgeschlagenen Warenleistungsverträgen	239
V. USA	241

1. Dingliche bzw. deliktische Herausgabeansprüche <i>at law</i>	241
a. Herausgabe beweglicher Sachen	241
b. Herausgabe von Grundstücken	243
2. Subsidiarität der Restitution nach <i>equity</i>	244
a. Grundsatz	244
aa. Subsidiarität von <i>equity</i> -Behelfen gegenüber bereichersrechtlichen Ansprüchen nach quasi-vertraglichen Grundsätzen	244
bb. Subsidiarität der <i>equity</i> -Behelfe gegenüber der <i>replevin</i> -Klage	246
b. Aufgabe der Unterscheidung zwischen <i>law</i> und <i>equity</i> ?	247
C. Ergebnis	248
<i>Teil 5 Abstraktion und Schutz des guten Glaubens</i>	249
A. Fahrniserwerb	249
I. Die Fälle des gutgläubigen Erwerbs: schuldrechtliche und dingliche Auswirkungen fehlender Verfügungsbefugnis	249
1. Fehlendes Eigentum des Veräußerers	249
2. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen	250
II. Verkehrsschutz als gemeinsamer Zweck von Abstraktion und gutgläubigem Erwerb	252
III. Unterschiede in der Ausgestaltung des gutgläubigen Erwerbs	253
1. Gültiges Verpflichtungsgeschäft als Grundlage des gutgläubigen Erwerbs	253
2. Entgeltlichkeit des Erwerbs	254
3. Schutz des guten Glaubens an die Vertretungsmacht des Veräußerers	255
B. Grundstücksrecht: Die Bedeutung der Ersitzungsregeln	257
I. Frankreich	258
II. USA	259
C. Zusammenfassung	261
<i>Teil 6 Zwangsvollstreckung und Konkurs</i>	262

Zweites Kapitel

Besonderer Teil

Auswirkungen abstrakter und kausaler Gestaltung bei einzelnen Verfügungen

§ 6 Kauf und Übereignung beweglicher Sachen 267

<i>Teil 1 Bedeutung des Eigentums an der Kaufsache bei wirksamem Kaufvertrag</i>	267
A. Eigentumsübergang und Leistungsstörungen	267
B. Die Bedeutung des Eigentümerwechsels für den Gefahrübergang	271
C. Fruchterwerb	273
D. Der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und seine Konsequenzen	274
E. Ergebnis	276

<i>Teil 2 Besondere Gestaltungsformen des Eigentumsübergangs – der Eigentumsvorbehalt</i>	277
A. Konstruktion des einfachen Eigentumsvorbehalts	277
I. Deutsches, Schweizer und österreichisches Recht	277
II. Frankreich	278
1. Dogmatische Schwierigkeiten bei der Erfassung des Eigen- tumsvorbehalts	278
2. Anerkennung des Eigentumsvorbehalts	279
3. Rechtsnatur des Eigentumsvorbehalts	280
4. Bedeutung des Theorienstreites	284
III. USA	285
1. <i>Pre-Code common law</i>	285
2. Die Regelung nach dem UCC	286
B. Situation zwischen Vertragsschluß bzw. bedingter Übereignung und Bedingungseintritt	287
I. Deutsches Recht	287
1. Der Streit um die Rechtsnatur des Anwartschaftsrechts	287
2. Die Kausalabhängigkeit des Anwartschaftsrechts und ihre Folgen	290
a. Das Anwartschaftsrecht in der Hand des Ersterwerbers ..	291
b. Das Anwartschaftsrecht in der Hand des Zweiterwerbers .	293
3. Abstrakte Gestaltung des Anwartschaftsrechts?	297
4. Fazit	300
II. Schweiz und Österreich	301
III. Frankreich	302
IV. USA	305
1. Historische Vorbedingungen	305
2. »Anwartschaftsrecht« nach dem Uniform Commercial Code	306
a. Weiterveräußerung der Kaufsache durch den Abzahlungs- käufer	307
b. Zugriff anderer Gläubiger des Abzahlungskäufers auf die belastete Kaufsache	309
C. Zusammenfassung	309
<i>Teil 3 Wirkungen abstrakter bzw. kausaler Eigentumsübertragung inter partes</i>	310
A. Nachträgliche einseitige »Beseitigung« des Kaufvertrages	310
I. Rechtslage in der Schweiz und Österreich	311
II. Frankreich	315
III. USA	318
1. Grundsatz	318
2. Rechte des Verkäufers bei Nichtzahlung vor Übergabe der Sache	320
3. Rechte des Verkäufers bei Nichtzahlung nach Übergabe der Sache	321
a. Rechtslage vor Inkrafttreten des Uniform Commercial Code	321

b. Die Behandlung des <i>cash seller</i> nach dem Uniform Commercial Code	322
c. Die Behandlung des <i>credit seller</i> nach dem Uniform Commercial Code	323
4. Rechte des Käufers bei Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Verkäufer	325
B. Parteiinterne Rückabwicklung bei mangelbehaftetem Kaufvertrag . .	326
I. Unterschiede in der Rückabwicklung nach Kondiktions- bzw. Vindikationsrecht aufgrund der Saldotheorie	326
1. Bedeutung der Saldotheorie im deutschen Recht	326
2. Die Anrechnung untergegangener Gegenleistungen bei Rückabwicklung gescheiterter Kaufverträge mit kausaler Übereignung	329
3. Übernahme saldotheoretischer Ergebnisse für die Vindikation bei kausaler Übereignung?	335
a. Kritik an der Saldotheorie	336
b. Harmonisierungsbedürfnis	338
c. Harmonisierungsmöglichkeiten de lege lata außerhalb der klassischen Saldotheorie	340
II. Übertragung bereicherungsrechtlicher Ausschlußgründe auf die Vindikation	345
1. Ausschluß der Rückforderung wegen Sittenwidrigkeit der Leistung	345
2. Ausschluß der Kondiktion wegen Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit bei Vornahme der Leistung	348
C. Zusammenfassung	351
<i>Teil 4 Überparteiliche Auswirkungen abstrakter bzw. kausaler Gestaltung des Eigentumsübergangs bei Weiterveräußerung der Kaufsache . .</i>	
353	
A. Weiterveräußerungen des Käufers	353
I. Verfügungen des Käufers als Berechtigter und Schutz des Erstverkäufers	353
II. Verfügungen des nichtberechtigten bzw. rechtsgrundlosen Käufers	354
1. Gutgläubiger Erwerb nach französischem Recht – <i>fonction acquisitive</i> des Art. 2279 CC	355
a. Rechtsfolge des Art. 2279 CC	355
b. Objektive Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs nach Art. 2279 CC	357
c. Subjektive Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs nach des Art. 2279 CC	360
d. Abstraktheit des Erwerbs nach Art. 2279 CC	361
2. Gutgläubiger Erwerb nach dem Uniform Commercial Code .	364
a. Entwicklung des Gutgläubensschutzes	365
aa. Gutgläubiger Erwerb gestohlener Sachen	365
bb. Die »voidable title doctrine«	366
cc. Qualifizierter Besitz	368
b. Die Regelung im Uniform Commercial Code	369

aa. <i>voidable title doctrine</i>	369
bb. <i>entrusting theory</i>	371
3. Schutz von Folgeerwerbern durch abstrakte Übereignung im deutschen Recht ?	372
a. Die an der Abwägung beteiligten Interessen	372
b. Gutgläubigkeit des Erwerbers als Abgrenzungskriterium zwischen Kausal- und Verkehrsinteresse	372
aa. Gegenstand und Maßstab des guten Glaubens in Rechts- ordnungen mit kausaler Übereignung	372
bb. Folgen einer kausalen Übereignung im deutschen Recht für den gutgläubigen Erwerber	374
c. Deliktischer Schutz des ursprünglichen Eigentümers?	379
d. Vergleichbare Ansätze eines von der Gutgläubigkeit des Erwerbers unabhängigen Verkehrsschutzes im französi- schen Recht	380
B. Weitere Verfügungen des Verkäufers	381
I. Mehrfachverkauf bei mangelfreiem Erstverkauf	381
1. Auswirkungen des Traditionsprinzips	381
2. Französisches Konsensprinzip	382
3. US-amerikanisches Recht	384
4. Schutz des Erstkäufers	385
a. Anforderungen an die Redlichkeit des Zweitkäufers und deliktischer Schutz	385
b. Veräußerungsverbot	388
II. Mehrfachverkauf bei fehlerhaftem Erstverkauf	389
C. Zusammenfassung	390
<i>Teil 5 Konkurs des Verkäufers</i>	391
A. Mangelhafter Kaufvertrag	392
I. Kaufpreisrückforderung im deutschen Rechtskreis und im französischen Recht	392
II. Kaufpreisrückforderung im U.S.-amerikanischen Recht	393
B. Stellung des Käufers bei wirksamem Kaufvertrag	397
I. Die Übereignung nach §§ 929ff BGB und ihre konkursrechtli- chen Folgen	397
II. Schweiz und Österreich	399
III. Konkursrechtliche Auswirkungen der konsensualen Übereig- nung nach französischem Recht	399
IV. Anglo-amerikanisches Recht	400
1. Englische Lehre von der <i>reputed ownership</i>	400
2. Konkurrenz von Uniform Commercial Code und Bank- ruptcy Code	401
3. »Aussonderungsrechte« des Käufers	402
a. <i>special property interest</i> und <i>right to goods</i> nach UCC §§ 2-502 (2), 2-501	403
b. Konkurspezifische Beschränkungen der Rechtsposition des Käufers	404

aa. Kollision mit gesicherten Gläubigern	404
bb. Anfechtungsrecht ungesicherter Gläubiger wegen <i>ostensible ownership</i>	406
cc. Anfechtungsrecht des Konkursverwalters	407
dd. Wahlrecht des Konkursverwalters bei <i>executory contracts</i>	408
C. Zusammenfassung	410
<i>Teil 6 Konkurs des Käufers</i>	411
A. Wirksamer Kaufvertrag ohne Eigentumsvorbehalt	411
I. Rückbeorderungs- und Verfolgungsrechte des Verkäufers	413
II. Sonstige Rückforderungsrechte	420
B. Kaufvertrag mit Eigentumsvorbehalt	422
C. Rückabwicklung bei rechtsgrundlosem Erwerb des Käufers	427
I. Konsequente Verwirklichung des Abstraktionsprinzips im deutschen Konkursrecht	427
II. Verwirklichung des dinglichen Kausalschutzes im Konkurs	428
1. Österreich und Schweiz	428
2. Frankreich	429
a. Klage und Urteil vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	429
b. Klagerhebung vor, Aufhebungsurteil nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	429
c. Klage und Urteil nach Verfahrenseröffnung	430
3. USA	431
a. <i>seller's reclamation right</i> nach dem Uniform Commercial Code und Bankruptcy Code	432
b. Sonstige Rückgewähransprüche und ihre Behandlung im Konkurs	440
c. Die Behandlung des <i>cash seller</i> im Konkurs des Käufers	440
III. Rechtsvergleichendes Fazit	441
IV. Abstraktionsprinzip und deutsches Konkursrecht	442
1. Situation des kausallosen Veräußerers	442
2. Verbesserung der Stellung des kausallosen Veräußerers	444
a. Konkursrechtlicher Vertrauensschutz (<i>solvabilité apparente</i>)	445
b. Rechtssicherheit, allgemeines Ordnungskriterium	446
c. Gläubigergleichbehandlung	446
d. Grundsatz der Universalität im Konkurs	447
e. Gleichbehandlung von Verkäufer und Käufer	447
3. Die Lösung <i>Behrs</i>	448
4. Eigene Lösung	449
a. Konkurspezifische Bestimmung des Haftungsvermögens	449
b. Analogie zum Treuhandgut für bereicherungsrechtliche Rückgabeansprüche – Einschränkung unter dem Gesichtspunkt der Risikübernahme	453
aa. Vergleichbarkeit der Interessenlage	453

bb. Regelungslücke	461
c. Die Bedeutung der konkursrechtlich-eigenständigen Bestimmung des Haftungsvermögens für das Abstrak- tionsprinzip	461
D. Zusammenfassung	463
<i>Teil 7 Zwangsvollstreckung durch Gläubiger des Verkäufers in die Kaufsache</i>	465
A. Rechtsposition des Käufers bei wirksamem Kaufvertrag	465
I. Traditionsprinzip und Gläubigerzugriff	465
II. Gläubigerzugriff bei vereinbartem Eigentumsvorbehalt	468
B. Rechtsposition des Käufers bei unwirksamem Kaufvertrag	469
C. Zusammenfassung	469
<i>Teil 8 Zwangsvollstreckung durch Gläubiger des Käufers in die Kaufsache</i>	470
A. Abhängigkeit der Verkäuferposition vom Übergabeerfordernis bei wirksamem Kaufvertrag	470
B. Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt bzw. entsprechender Absicherung	473
C. Abhängigkeit der Verkäuferposition vom Abstraktions- bzw. Kausalprinzip bei unwirksamer Vertragsbeziehung	475
I. Zugriff der Gläubiger bei kausaler Übereignung	475
II. Die Situation des kausalen Veräußerers im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht	478
1. Eigentum und Haftung in der Zwangsvollstreckung	479
2. Interessenlage	481
D. Zusammenfassung	482
§ 7 Grundstücksrecht	484
<i>Teil 1 Grundstückskauf und Eigentumserwerb</i>	484
A. Trennung von Verpflichtung und Verfügung	484
I. Gemeinsamkeiten	484
II. USA	486
III. Frankreich	486
B. Schutz des Käufers vor weiteren Verfügungen des Verkäufers	488
I. Deutsches, österreichisches und Schweizer Recht	489
1. Dinglicher Schutz	489
2. Deliktischer Schutz	491
II. Frankreich	492
III. USA	494
C. Parteiinterne Auswirkungen der Abhängigkeit bzw. Unabhängig- keit vom Grundgeschäft	495
I. Rückabwicklung	495
II. Gefahrtragung	496
D. Zusammenfassung	497

<i>Teil 2 Rechtssicherheit im Grundstücksverkehr</i>	498
A. Notwendigkeit des Verkehrsschutzes	498
B. Registerpublizität	499
I. Konstitutive Eintragung	499
II. Deklaratorische Eintragung und mittelbarer Zwang zur Registrierung	504
1. Frankreich	504
2. USA	505
C. Gutgläubiger Erwerb im Liegenschaftsrecht	506
I. Abstraktion und positive Registerpublizität	506
1. Enge Verknüpfung von Abstraktion und gutgläubigem Erwerb	507
2. Schutz des kausallosen Veräußerers im Liegenschaftsrecht ...	509
a. Vormerkungsschutz für die Leistungskondiktion	509
b. Veräußerungsverbot zur Sicherung der Leistungskondiktion	510
c. Erwerbsverbot vor Vollendung des rechtsgrundlosen Eigentumserwerbs?	510
II. Konsens- bzw. Kausalprinzip und Publizität	512
1. Schweiz und Österreich	512
2. Frankreich	514
3. USA	515
a. Gutgläubiger Erwerb nach den <i>recording systems</i>	515
b. Gutgläubiger Erwerb nach sonstigen Regeln	516
c. Begrenzte Auswirkung mangelhafter Kausalgeschäfte ...	517
d. Schutz vor gutgläubigem Erwerb durch Rechtshängigkeitsvermerk	518
D. Rechtssicherheit durch »Milderungen« des Kausalprinzips	519
I. Österreich und Schweiz	519
II. Frankreich	520
1. Nichtigkeit nach Art. 1599 CC	520
2. Rücktrittsrecht	521
3. Publikationspflichten	521
4. <i>Lésion</i>	522
III. USA – Das Verhältnis von <i>conveyance</i> und Kaufvertrag	523
1. Irrelevanz des Kaufvertrages bei Rechts- und Sachmängeln – <i>doctrine of merger</i>	524
2. Nichtige und anfechtbare Übertragungsurkunden	526
3. Ausbleiben der Gegenleistung (<i>failure of consideration</i>)	529
4. Formmängel des Kaufvertrages	530
E. Sicherung des Grundstücksverkehrs durch <i>title insurance</i>	531
F. Prüfungspflichten bei der Registereintragung	532
G. Zusammenfassung	534
<i>Teil 3 Stellung des Verkäufers gegenüber Gläubigern des Käufers</i>	535
A. Besonderheiten aufgrund des Trennungs- bzw. Konsensprinzips ...	535
I. Deutsches Recht	535

II. Französisches Recht	536
III. Schweiz	538
IV. US-amerikanisches Recht	539
1. Zwangsvollstreckungsrecht	539
a. Pfändung des <i>equitable interest</i> des Käufers	539
b. Pfändung des Volleigentums beim Käufer	541
2. Konkurs des Käufers	541
B. Besonderheiten bei unwirksamem Kaufvertrag	544
I. Deutsches Recht	544
1. Konkurs	544
2. Zwangsvollstreckung	545
II. Frankreich	546
III. USA	546
<i>Teil 4 Stellung des Käufers gegenüber Gläubigern des Verkäufers</i>	548
A. Position des Käufers bei wirksamem Vertrag	548
I. Deutschsprachiger Rechtsraum	548
II. Frankreich	548
III. USA	549
1. Zwangsvollstreckung	549
2. Konkurs des Verkäufers	553
B. Position des Käufers bei unwirksamem Kaufvertrag	557
C. Zusammenfassung zu Teil 3 und 4	558
§ 8 <i>Vertragliche Sicherungsrechte</i>	560
<i>Teil 1 Die zu berücksichtigenden dinglichen Sicherungsrechte</i>	561
<i>Teil 2 Begründung von Sicherungsrechten</i>	562
A. Dreistufen-Konstruktion des deutschen Rechts	562
I. Grundsatz	562
II. Einschränkungen des Erwerberschutzes der Abstraktion: Drittwirkung der Sicherungsabrede bei der Grundschild	567
III. Einschränkungen der Abstraktion in Konkurs und Zwangsvollstreckung	570
B. Dogmatische Konstruktionen kausaler bzw. konsensualer Rechtsordnungen	571
I. Schweiz	571
II. Österreich	573
III. Frankreich	575
IV. USA	577
C. Auswirkungen der Mängel des Sicherungsvertrages auf das Sicherungsrecht	580
I. Rückgewähr der Sicherheit bei mangelhaftem Rechtsgrund	580
II. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im deutschen Recht	581
III. Exkurs: Rückgewähr nicht-akzessorischer Sicherheiten bei Nichtentstehen oder Wegfall der gesicherten Forderung im deutschen Recht	582

1. Vertraglicher Akzessorietätsersatz: unmittelbare Verknüpfung von dinglicher Sicherheit und zu sichernder Forderung .	584
2. Die Verknüpfung von Sicherungsvertrag und gesicherter Forderung	588
a. Geschäftseinheit nach § 139 BGB	588
b. Wegfall des Sicherungsvertrages unter dem Aspekt des Zweckfortfalls bzw. der Zweckerledigung	589
aa. Sicherungszweck als causa des Sicherungsvertrages	589
bb. Rechtsfolgen bei Wegfall bzw. Nichterreichen der causa .	593
IV. Rückgewähr nicht-akzessorischer Sicherheiten bei Wegfall oder Nichtentstehen der gesicherten Forderung in anderen Rechtsordnungen	594
<i>Teil3 Übertragung von Sicherungsrechten durch Nichtberechtigte</i>	595
A. Schutz des Verkehrsinteresses im deutschen Recht	596
B. Österreich und Schweiz	597
C. Frankreich	598
D. USA	599
<i>Teil4 Akzessorietät und Abstraktion bei Sicherungsrechten</i>	600
A. Akzessorische und nicht-akzessorische Sicherheiten	600
I. Akzessorische Sicherheiten anderer Rechtsordnungen	600
II. Fehlende Akzessorietät zur gesicherten Forderung bei Schuldbrief und Gült nach Schweizer Recht	601
B. Die Bedeutung fehlender Akzessorietät als Form der Abstraktion . .	603
I. Lösung des Verfügungsgeschäfts bzw. des dinglichen Rechts von schuldrechtlichen Bindungen	603
II. Vorteile nicht-akzessorischer Sicherheiten	606
1. Flexibilität	607
2. Dispositionsfreiheit des Grundstückseigentümers	608
3. Kosteneffizienz	609
4. Verkehrsfähigkeit	609
III. Überbewertung des Sicherungsinteresses?	610
<i>Teil5 Europäischer Trend zu nicht-akzessorischen Immobiliarsicherheiten?</i>	611
A. Einschränkungen des Bestimmtheiterfordernisses für die gesicherte Forderung	611
B. Forderungsauswechslung, Umschuldung und Revalutierung	612
C. Gewährleistung beschränkter Dispositionsfreiheit des Eigentümers; Disposition über Rangstellen	614
D. Eurohypothek nach dem Vorbild des Schweizer Grundpfandbriefs als europaweites Immobiliarsicherungsrecht?	615
<i>Teil6 Einheitliches europäisches Mobiliarsicherungsrecht ?</i>	617
<i>Teil7 Zusammenfassung</i>	617

§ 9 <i>Zession</i>	619
<i>Teil 1 Die Bedeutung der Forderungsabtretung und ihre rechtstechnische Konstruktion</i>	619
A. Die <i>Zession</i> im deutschsprachigen Rechtskreis	619
B. Die <i>cession</i> nach französischem Recht	621
I. Grundform der Forderungsabtretung	621
II. Andere Formen des Wechsels der Forderungsinhaberschaft	623
1. Gläubigerwechsel durch <i>subrogation conventionelle</i>	623
2. <i>Zession</i> nach der <i>loi Dailly 1981</i>	624
C. US-amerikanisches <i>assignment</i>	625
<i>Teil 2 Auswirkungen abstrakter oder kausaler Gestaltung im Verhältnis Zedent-Zessionar</i>	627
A. Abtretung künftiger Forderungen	627
B. Rückabwicklung rechtsgrundloser Abtretungen	630
<i>Teil 3 Auswirkungen abstrakter oder kausaler Gestaltung im Verhältnis Zessionar-Schuldner</i>	631
A. Schuldnerschutz durch abstrakte <i>Zession</i> ?	631
B. Schutz des <i>Zessionars</i> durch abstrakte <i>Zession</i>	636
<i>Teil 4 Drittwirkungen</i>	639
A. Abstraktion und gutgläubiger Forderungserwerb vom Nichtberechtigten	639
I. Mehrfachabtretung derselben Forderung	639
II. Ketten <i>zession</i>	641
B. Zwangsvollstreckung und Konkurs	644
<i>Teil 5 Zusammenfassung</i>	646

Drittes Kapitel

Bedeutung abstrakter und kausaler Gestaltung von Verfügungen im internationalen Rechtsverkehr

§ 10 <i>Internationales Sachenrecht: Insbesondere der grenzüberschreitende Eigentumserwerb beim Kauf</i>	651
<i>Teil 1 Die Bedeutung internationaler Verträge</i>	651
<i>Teil 2 Eigentumserwerb an Fahrnis</i>	652
A. Die jeweiligen Regeln des Internationalen Sachenrechts	653
I. Relevante Quellen des Internationalen Sachenrechts	653
II. Maßgeblichkeit der <i>lex rei sitae</i>	654
III. Regelung bei qualifiziertem Statutenwechsel (»gestreckter Erwerbstatbestand«)	659
B. Kollisionsfälle abstrakter und kausaler Übereignung	661

I. Anwendungsbereich des Sachstatuts	661
1. Grundsatz	661
2. Die Regelung des Art. 32 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB	664
II. Probleme beim Statutenwechsel bzw. Auseinanderfallen von Sach- und Schuldstatut	666
1. Wechsel von kausaler zu abstrakter Rechtsordnung	666
2. Kausale Übereignung mit »abstraktem« Vertragsstatut	668
III. Alternativen zur <i>lex rei sitae</i>	670
1. Abweichende Bestimmung des Lageortsrechts	670
2. Partei-autonome Wahl des Sachstatuts?	672
a. Partei- contra Drittmteressen	672
b. Erga omnes- oder inter partes-Wirkung einer Statutenwahl?	675
c. Stellenwert des Verkehrsschutzes bei der geltenden Situstregel	676
3. Vertragsakzessorisches Sachstatut – mittelbare Partei-autonomie	678
<i>Teil 3 Eigentumserwerb an Immobilien</i>	680
<i>Teil 4 Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge im Internationalen Privatrecht</i>	682
A. Das Problem der Qualifikation	682
B. Einheitliche Bewertung von Vertragsnichtigkeit und Rückabwicklung?	685
<i>Teil 5 Vertragliche Sicherungsrechte, insbesondere besitzlose Mobiliarsicherheiten</i>	687
A. Problematik im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr und Unzulänglichkeiten der vom Internationalen Privatrecht angebotenen Lösungen	687
B. Einheitliches Mobiliarsicherungsrecht als Ausweg?	693
<i>Teil 6 Zusammenfassung</i>	696
§ 11 Internationales Privatrecht der Forderungsabtretung	698
<i>Teil 1 Das anzuwendende Recht bei der ForderungszeSSION mit Auslandsberührung</i>	698
A. Die Regelung in Art. 12 des Europäischen Schuldvertragsabkommens und in Art. 33 EGBGB	698
I. Aufspaltung der Rechtsbeziehungen	698
II. Die Lücke bezüglich der dinglichen Übertragung der Forderung	699
B. Sonstige kollisionsrechtliche Regelungen, insbesondere des ZeSSIONSstatuts	701
I. Schweiz	701
II. Österreich	702
III. Frankreich	704

IV. USA	706
C. Die gebotene Interpretation des Art. 33 EGBGB	707
I. Internationaler Entscheidungseinklang	708
II. Schuldnerschutz durch Anwendung des Forderungsstatutes auf die Verfügung über die Forderung?	709
III. Einheit von Zessionsgrund- und Zessionsstatut	711
1. Verkehrsschutz	711
2. Rückabwicklung	713
IV. Lösungsvorschlag	714
<i>Teil 2 Zusammenfassung</i>	715

Viertes Kapitel Abschließende Bewertung

A. Die Notwendigkeit abstrakter Gestaltungselemente	719
I. Durchbrechungen und Kompensation der jeweiligen Gestaltungsform	719
II. Irrelevanz der Gestaltungsform?	725
B. Die Vorteile des Trennungs- und Abstraktionsprinzips	728
I. Verkehrsschutz	728
II. Gestaltungsfreiheit	730
III. Flexibilität durch hohen Differenzierungsgrad	733
IV. Klarheit und systematische Durchformung	735
C. Gründe für die Fehleinschätzung <i>Zitelmanns</i>	738
D. Die Chancen des Abstraktionsprinzips im Europäischen Einigungsprozeß	740

Abkürzungsverzeichnis

A., A.2d	Atlantic Reporter, Atlantic Reporter Second Series
a.A.	anderer Ansicht
A.C.	Law Reports, Appeal Cases (England)
a.c.p.c.	Ancien code de procédure civil
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
abgedr.	abgedruckt
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aff'd	affirmed
AGBG	Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AgrarR	Zeitschrift für Agrarrecht
al.	alinéa
Ala.App.	Alabama Appellate (Appeal Cases)
All.ER	All England Law Reports
allg.	allgemein
ALR	American Law Reports annotated; Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten v. 1794
Alt.	Alternative
Am.Bankr.L.J.	American Bankruptcy Law Journal
Am.Bus.L.J.	American Business Law Journal
Am.J.C.L.	American Journal of Comparative Law
Am.Jur.2d	American Jurisprudence, 2d edition (State and Federal), several volumes
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Ann.	Annotation, annotated
Ann. Survey Am.	
L.N.Y.U.	Annual Survey of American Law, New York University
AO	Ausgleichsordnung (Österreich)
App.	Appellate (Appeal Cases)
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
ArchRechtsWirtPhil	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
Ariz.	Arizona
Ark.	Arkansas
Ark.L.Rev.	Arkansas Law Review
Art.	Artikel
Atk.	Atkyn's English Chancery Reports
Aufl.	Auflage
ausdrückl.	ausdrücklich

ausl.	ausländisch (-e, -er, -es)
Australian L.J.	Australian Law Journal
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
B & Ald.	Barnewall and Alderson's Reports, K.B.
B & C	Barnewell & Cressell's Reports, K.B.
B.C. Ind. and Com. L.Rev.	British Columbia Industrial and Commercial Law Review
B.C.L. Rev.	British Columbia Law Review
B.R.	Bankruptcy Reporter
B.U.L.Rev.	Boston University Law Review
BAG	Bundesarbeitsgericht
Baltimore L.Rev.	Baltimore Law Review
Bankruptcy Dev. J.	Bankruptcy Developments Journal
Basler Jurist. Mitt.	Basler Juristische Mitteilungen
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen, Neue Folge
bayr.	bayrisch (-e, -er, -es)
BB	Der Betriebsberater
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BC	Bankruptcy Court (s. auch Bkrcty Ct.); Bankruptcy Code
Bd.	Band
Beitr.	Beitrag, Beiträge
Bem.	Bemerkung
Bes.	Besondere (-r, -s)
Bespr.	Besprechung
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BG	(Schweizerisches) Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des (schweizerischen) Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJM	Bundesjustizministerium; Basler Juristische Mitteilungen
Bkrcty Ct.	Bankruptcy Court, s. auch BC
Bkrcty., Bkt.	Bankruptcy
brit.	britisch (-e, -er, -es)
bspw.	beispielsweise
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la cour de cassation rendus en matière civile
Bürgerl.	Bürgerlich (-es)
Burr.	Burrow's Reports, K.B.
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
bzw.	beziehungsweise
C.B.	English Common Bench Reports by Maning, Granger & Scott
C.Com.	Code de Commerce
C.J.S.	Corpus Juris Secundum
CA	Court of Appeal(s)
CA, CA2d	California Appellate Reports, California Appellate Reports, Second Series
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit d'entreprise
Cal., Calif.	California
Cal.Rptr.	California Reporter
Calif. Civ. Proc. Code	California Civil Procedural Code
Calif. Civ. Code	California Civil Code

Calif. L. Rev.	California Law Review
Cambridge L.J.	Cambridge Law Journal
Camp. L. Rev.	Campbell Law Review
Case West.Res.L.Rev.	Case Western Reserve Law Review
Cass.	Corte Suprema di Cassazione (Italien), Cour de cassation (Frankreich)
Cass. civ.	(Arrêt de la) Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	(Arrêt de la) Cour de cassation, chambre civil, section commerciale
Cass. crim.	(Arrêt de la) Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. req.	(Arrêt de la) Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc.	(Arrêt de la) Cour de cassation, chambre civil, section sociale
Catholic Univ. L.Rev.	Catholic University Law Review
CC	Code Civil
cert. den.	(writ of) certiorari denied
ch.	Chapter
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division
Chicago Daily L.Bull.	Chicago Daily Law Bulletin
Chron.	Chronique
Cinn.	Cinncinnati
Cir.	Circuit
civ.	civil (-e)
Clunet	Journal du Droit International (begr. v. Clunet)
Co.	Company
Coke Rep.	Coke's Reports
Colo.	Colorado
Columbia L. Rev.,	
Co.L.Rev.	Columbia Law Review
Com'rs	Commissioners
com., comm.	commercial (-e)
Comm.L.J.	Commercial Law Journal
Cong.	Congress
Cornell L.Q.	Cornell Law Quarterly
Corp.	Corporation
crim.	criminal
City	City
D.	Dalloz, Recueil périodique et critique; Recueil Dalloz de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation; Digesten
D.C.	District Court
D.H.	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence
d.h.	das heißt
D.P.	Recueil Périodique et Critique Dalloz
D.S.	Recueil Dalloz et Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation
DB	Der Betrieb
déc.	décembre
Del.	Delaware
ders.	derselbe
Dick.L.Rev.	Dickinson Law Review
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
doct.	doctrine

Dogm.Jhrb.	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
DR	Deutsches Recht
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
dt.	deutsch (-e, -er, -es)
E.D., ED	Eastern District
ed.	edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen
élé.m.	élémentaire
Emory L.J.	Emory Law Journal
Enc. Dalloz	Encyclopédie Dalloz
Ent.	Entwurf; Entscheidung
entspr.	entsprechend
EO	Exekutionsordnung (Österreich)
Erg.	Ergebnis
et seq.	et sequitur
etc.	etcetera
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. 9. 1969
Europ.SchuldVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 19. 6. 1980
EvBl.	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Österreich)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
Exk.	Exkurs
F, F.2d	Federal Reporter, Federal Reporter, Second Series
F.Supp.	Federal Supplement
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fasc.	Fascicule
Fed.	Federal
Festschr., FS	Festschrift
fév.	février
ff	fortfolgende
Fla.	Florida
Fla.L.Rev.	Florida Law Review
Fn., Fußn.	Fußnote
Foro it.	Il Foro Italiano
fragl.	fraglich
frz., franz.	französisch (-e, -er, -es)
G.	Gesetz
Ga.	Georgia, Georgia Reporter
Ga. App.	Georgia Appellate Reporter
Gaz.Pal., Gaz. du Pal.	Gazette du Palais
GBG	Grundbuchgesetz (Österreich)
GBO	Grundbuchordnung
Gedächtnisschr., GS	Gedächtnisschrift
Ges. Schr.	Gesammelte Schriften
Giur.it.	Giurisprudenza italiana
GIU	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofs

GIUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofs, Neue Folge
Gruchot	Gruchots Beiträge
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GZ	Österreichische Allgemeine Gerichtszeitung
H & C	Hurlstone and Coltman's Exchequer Reports
h.A.	herrschende Ansicht
h.L.	herrschende Lehre
H.L.	House of Lords
h.M.	herrschende Meinung
H.R.	House of Representatives
Halbbd.	Halbband
Halbs.	Halbsatz
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
Herv.	Hervorhebung
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Hooge Rat (Niederlande)
HRR	Höchtsrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
I.R.	Information Rapide
Ill.	Illinois, Illinois Reporter
Ill.L.Rev.	Illinois Law Review
Inc.	Incorporated
Indus.	Industries
Ins.	Insurance
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
InsolvenzG	Insolvenzgesetz
Int. & Comp.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
Int. Encycl.	International Encyclopedia of Comparative Law
Int., Internat.	International
IntSachenR	Internationales Sachenrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Gesetz über das Internationale Privatrecht (Österreich, Schweiz); Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25.7. 1986 (Deutschland)
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
J.	Jurisprudence
J.L. & Com.	Journal of Law and Commerce
J.Leg.Stud.	Journal of Legal Studies
J.of Agr.Tax & Law	Journal of Agricultural Taxation and Law
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jan.	Januar
jan.	janvier
JBl.	Juristische Blätter (Österreich)

JCP, J.C.P.	Jurisclasseur périodique, La Semaine juridique
Jhb	Jahrbuch
JherJhb, JhJb,	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JherJahrb.	Journal officiel de la République Française
JO	Johnson's Reports (New York)
Johns.	Johnson's Cases (New York)
Johns.Ch.	Journal
Journ.	Juristische Rundschau
JR	Julian
Jul.	Juristische Ausbildung
Jura	Juristische Schulung
JuS	Juristische Wochenschrift
JW	Juristenzeitung
JZ	Kansas; Kansas Reporter
Kan.	Kapitel
Kap.	Kammergericht
KG	Konkursordnung
KO	Kommentar
Komm.	kritisch (-e, -er, -es)
krit.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KritV	Konsumentenschutzgesetz (Österreich)
KSchG	Konkurs-, Treuhand-, Schiedsgerichtswesen
KTS	Kentucky
Ky., Kty.	Law
L.	United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition
L.Ed.	The Law Quarterly Review
L.Q.Rev.	Law Times
L.T.	Law and Contemporary Problems
Law & Contemp. Problems	litera
lit.	Literatur
Lit.	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LM	Louisiana Law Review
LM	Limited
Louisiana L.Rev.	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
Ltd.	Meeson and Welsby's Exchequer Reports
LZ	mit
M & W	mit weiteren Nachweisen
m.	meines Erachtens
m. weit. Nachw.	Massachusetts; Massimario
m.E.	Il massimario del foro italiano
Mass.	Maryland
Mass. Foro it.	Monatsschrift für deutsches Recht
Md.	Mercer Law Review
MDR	Michigan Law Review
Mercer L.Rev.	Minnesota Law Review
Mich.L.Rev.	Miscellaneous
Minn.L.Rev.	Mitteilungen der Bayrischen Notarkammer
Misc.	Missouri
MittBayNotV	modifié (-e)
Mo.	Modern Law Review
mod.	Montana
Mod.L.Rev.	
Mon.	

Mot.	Motive
n. Chr.	nach Christus
n., N., Nr., no.	numéro, Nummer
N.C. App.	North Carolina Appellate Reporter
N.C., NC	North Carolina
N.C.L.Rev.	North Carolina Law Review
n.c.p.c.	Nouveau code de procédure civile
N.D. L.Rev.	North Dakota Law Review
N.D., ND	Northern District; North Dakota
N.E., N.E.2d	North Eastern Reporter, North Eastern Reporter, Second Series
N.Ill.U. L. Rev.	Northern Illinois University Law Review
N.J.	New Jersey
N.J.L.	New Jersey Law Reports
N.Ky. L.Rev.	North Kentucky Law Review
N.M.	New Mexico
N.W., N.W.2d	North Western Reporter, North Western Reporter, Second Series
N.Y. App.	New York Court of Appeals Reports
N.Y. Sup. Ct.	New York Supreme Court
N.Y., NY	New York
N.Y.S.	New York Supplement N.Y.U. L.Q.
Rev.	New York University Law Quarterly Review
Nachw.	Nachweise
Nat., Nat'l	National
Neb.	Nebraska
Nev.	Nevada
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nouv. Rép. de droit	Nouveau Répertoire de droit
nov.	novembre
Nw.U.L.Rev.	Northwestern University Law Review
NZ, öNZ	Notariatszeitung (Österreich)
obs.	observé
oct.	octobre
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ÖJT	Österreichischer Juristentag
öJZ	österreichische Juristen-Zeitung
Okl.	Oklahoma
öKO	österreichische Konkursordnung
Okt.	Oktober
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht (Schweiz)
Or., Oreg.	Oregon
österr., ö.	österreichisch (-e, -er, -es)
p.	page
P., P.2d	Pacific Reporter, Pacific Reporter, Second Series
Pa.	Pennsylvania
PEB	Permanent Editorial Board
Pol.Sci.Q.	Political Science Quarterly
Prot.	Protokolle
Q.B., QBD	Queens Bench Division
QuHGZ	Quartalshefte der Girozentrale (Österreich)
R.I.	Rhode Island

RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
Real Estate L.J.	Real Estate Law Journal
Recht	Das Recht
recht	recht – Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Schweiz)
Ref.Entw.	Referenten-Entwurf
RegE	Regierungsentwurf
Rép.	Répertoire
Rep.	Repertorio
Rep. Foro it.	Repertorio del foro italiano
rev'd	revised
Rev.	Review; revised
Rev. crit. dr. int. privé	Revue critique de droit international privé
Rev. de dr. com.	Revue de droit de commerce
Rev. dr. banc.	Revue de droit bancaire
Rev. int. de dr. comp.,	
RIDC	Revue international de droit comparé
Rev. jur. com.	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. trim. de dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. trim. de dr. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft - Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der deutsche Rechtspfleger
Rspr.	Rechtsprechung
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
Rz.	Randziffer
RzW	Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
S.	Seite; Satz; Sirey
s.a.	siehe auch
S.A.	Société anonyme
S.C., SC	South Carolina
S.Ct.	(United States) Supreme Court Reporter
S.D., SD	Southern District
S.W., S.W.2d	South Western Reporter, South Western Reporter, Second Series
Santa Clara L.Rev.	Santa Clara Law Review
SchG	Scheckgesetz
SchKG	Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs (Schweiz)
Schweiz.	schweizerisch (-e, -er, -es), Schweizer
SchwJbIntR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SchwJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (s. auch SJZ)
SDNY	Southern District New York
Sec.	section; Security
Sem.Jur.	Semaine Juridique (s. auch JCP)
Sess.	Session
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SeuffBl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
SGA	Sale of Goods Act
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, s. SchwJZ

So., So.2d	Southern Reporter, Southern Reporter, Second Series
sog.	sogenannt (-e, -er, -es)
somm.	sommaire
South Tex.L.J.	South Texas Law Journal
Sp.	Spalte
span.	spanisch (-e, -er, -es)
spéc.	spécial (-e)
SR	Schweizerisches Recht
St.	Sankt
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Stat.	Statutes
Stat. Ann.	Statutes Annotated
str.	streitig
SüdJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
Sup.Ct.	Supreme Court
Suppl.	Supplement
Sw.L.J.	Southwestern Law Journal
System.	systematisch (-e, -er)
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
t.	tome
T.R.	Term Reports
Tenn.	Tennessee
Tenn.L.Rev.	Tennessee Law Review
Tent. Draft	Tentative Draft
Tex.	Texas
Tex. Prop.Code Ann.	Texas Property Code Annotated
Tex.L.Rev.	Texas Law Review
TGI, T.G.I.	Tribunal de grande instance
th.	thèse
tit.	title
Trib.	Tribunal
Trib. civ.	Tribunal, chambre civil
Tul.L.Rev.	Tulane Law Review
u.	und
u.a.	unter anderem; und andere
U.S.	United States Supreme Court Reports
U.S.C.A.	United States Code Annotated
u.U.	unter Umständen
Überbl.	Überblick
UCC	Uniform Commercial Code
UCC L.J.	Uniform Commercial Code Law Journal
UCC Rep.(Serv.)	Uniform Commercial Code Reporter Service
UCC Rep.2d	Uniform Commercial Code Reporter Service, Second Series
UCLA L.Rev.	University of California in Los Angeles Law Review
Ulp.	Ulpian
UmstG	Umstellungsgesetz
Uncitral	United Nations Commission on International Trade Law (Kommission der Vereinigten Nationen für Internationales Handelsrecht)
Univ. of Chicago	
L.Rev.	University of Chicago Law Review
Univ. of Colo. L.Rev.	University of Colorado Law Review

Univ. of Illinois	
L.Rev.	University of Illinois Law Review
Univ. of Pa. L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
University of	
Richmond L.Rev.	University of Richmond Law Review
Urt.	Urteil
US	United States
USA	United States of America
v.	von; vor; versus
Va.L.Rev.	Virginia Law Review
Vand.L.Rev.	Vanderbilt Law Review
Var.	Variante
Verf.	Verfasser, Verfasserin
Verh.	Verhandlungen
VerlagsG	Verlagsgesetz
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vict.	Victoria
vol.	volume
Vorbem.	Vorbemerkung
Vt.	Vermont
W.D., WD	Western District
W.L.R., WLR	Weekly Law Reports
Warn.	Warneyers Rechtsprechung
Wash.	Washington
Wayne L.Rev.	Wayne Law Review
WBl.	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Österreich)
WG	Wechselgesetz
Wis., Wis.2d	Wisconsin; Wisconsin Reporter, Wisconsin Reporter, Second Series
Wisc.L.Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
Wm. & Mary L.Rev.	William & Mary Law Review
WuB	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Entscheidungssammlung
Wyo.	Wyoming
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
zahlr.	zahlreich (-e)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht (Österreich)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Schweiz)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl.	Zentralblatt für die juristische Praxis (Österreich)
ZBIFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung
ZfG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZfGHR, ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Österreich)
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

zit.	zitiert
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (Österreich)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZSR N.F.	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge
zust.	zustimmend (-e, -er)
ZVerglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

„Die Trennung der juristischen Existenz von Mittel und Zweck war eine der größten und folgenschwersten Taten des juristischen Geistes, eine Tat, ohne welche, man darf kühn sagen, die gesamte Entwicklung unseres modernen Vermögensverkehrsrechts unmöglich wäre. ... Die Zweckmäßigkeit dieser Regelung ist so zweifellos, und zwar aus Gründen die für alle Völker gleich maßgebend sind, daß jedes Recht früher oder später zu derselben Entscheidung kommen muß.“¹

Die Prognose *Zitelmanns* über eine mögliche weltweite Akzeptanz des Abstraktionsprinzips hat sich nach etwas mehr als 100 Jahren nicht bewahrheitet – im Gegenteil, das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ist nach wie vor das einzige Zivilgesetz, welches den Abstraktionsgedanken konsequent verwirklicht.

Das Prinzip der „Trennung der juristischen Existenz von Mittel und Zweck“ – wie *Zitelmann* formuliert – ist keine aus logischen Gründen gebotene Konstruktion, sondern steht im freien Ermessen des Gesetzgebers. Für das deutsche Recht ist seine Geltung aus historischen Zusammenhängen heraus unbestreitbar und de lege lata kaum mehr angegriffen, auch wenn es nicht ausdrücklich niedergelegt ist.² Dieser Beweis ist oftmals geführt und muß hier nicht erneut angetreten werden. Nicht nur in der lebhaft geführten Diskussion um das Abstraktionsprinzip in der ersten Hälfte des Jahrhunderts, sondern auch in der heutigen Literatur wird als rechtspolitisches Argument gegen die Abstraktion u.a. immer wieder vorgebracht, daß sie ausländischen Rechten fremd sei und ein pandektistisches Relikt der deutschen Rechtsordnung darstelle.³

Ältere Untersuchungen haben bereits für Teilbereiche nachgewiesen, daß ausländische Rechtsordnungen, die das Abstraktionsprinzip nicht kennen, bei vielen Problemen zum selben Ergebnis gelangen wie die deutsche Rechtsordnung aufgrund ihrer Abstraktion von Verpflichtung und Verfügung. Im folgenden soll aber nicht nur dargestellt werden, daß die Ergebnisse vielfach übereinstimmen,

¹ *Zitelmann*, Die Möglichkeit eines Weltrechts, Allg. Österr. Gerichtszeitung 1888, 210, Wiederabdruck 1916, S. 33.

² S. aber nur die Fassung von § 433 Abs. 1 S. 1 BGB, der bei Geltung des Konsensprinzips keine generelle Verpflichtung des Verkäufers zur Übereignung aussprechen müßte.

³ *Hech*, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, 1937, S. 48ff.

es soll vielmehr besonderes Gewicht auf den Weg gelegt werden, über den das jeweilige Ergebnis erzielt wird. Die partielle Ergebniskonkurrenz kann grundsätzlich zwei verschiedene Ursachen haben. Einmal ist es denkbar, daß die fremde Rechtsordnung nur deshalb zum selben Resultat gelangt, weil sie das fehlende Abstraktionsprinzip durch andere Rechtsinstitute oder Konstruktionen ersetzt. Rückschlüsse auf die Richtigkeit oder Praktikabilität des einen oder anderen Prinzips lassen sich hieraus nur insoweit ableiten, als sich die Feststellung treffen läßt, daß sich das eine oder das andere System zu größeren und zahlreicheren Durchbrechungen gezwungen sieht.⁴ Aus diesem Grunde ist es wichtig, in großen Zügen aufzuzeigen, wie sich Abstraktions-, Konsens- und Kausalprinzip innerhalb ihrer jeweiligen Rechtsordnung in das Gesamtsystem einfügen.

Unter dem Aspekt, Vor- und Nachteile der Abstraktion auch für das deutsche Recht abzuwägen, interessanter ist der denkbare zweite Weg, den eine vom Kausal- oder Konsensprinzip beherrschte Rechtsordnung auf dem Weg zu einem allgemein als richtig bewerteten Ergebnis einschlagen kann. Sie kann für bestimmte Bereiche oder Interessenlagen überhaupt und dort quantitativ abgestuft echte Ausnahmen von diesem Grundsatz machen und konstruktiv oder der Sache nach den Abstraktionsgedanken aufnehmen. Um mit *Neuner*⁵ zu sprechen: das gleichlautende Ergebnis kommt dann nicht „auf Grund anderer Erwägungen“ zustande. Die vorliegende Untersuchung legt besonders auf diesen Aspekt Wert, da sich hieran zeigen lassen wird, daß das Abstraktionsprinzip – wenn auch vielleicht nicht in einem strengen Sinne – in anderen Rechtsordnungen sehr wohl zur Lösung bestimmter Interessenkonflikte herangezogen wird. Dies läßt dann zweifellos Rückschlüsse auf seine Bedeutung im deutschen Recht zu, die vielleicht dazu beitragen mögen, die „lebensfremde Konstruktion“ positiver zu beurteilen, als dies gegenwärtig in Dogmatik und Rechtsprechung geschieht.

Zweifellos wäre es ein lohnenswertes Unterfangen, alle Erscheinungsformen abstrakter Rechtsgestaltungen im deutschen Recht – auch unter Einbeziehung der abstrakten Verpflichtungen und der Vollmacht, die ja keine Zuwendung darstellt, – insgesamt zu untersuchen. Dieser Gedanke stand auch ursprünglich am Anfang der vorliegenden Arbeit. Allerdings erwies sich dies bei gleichzeitiger Berücksichtigung rechtsvergleichender Aspekte als nicht durchführbar. Vor die Alternative einer binnenrechtlichen Gesamtbetrachtung der Abstraktion oder einer rechtsvergleichenden Untersuchung nur eines Ausschnitts abstrakter Rechtsgeschäfte gestellt, erscheint letzteres angesichts der zunehmenden Bedeutung internationaler Bezüge und der grundsätzlichen Verschiedenheit des Grundansatzes gerade bei Verfügungen die zweifellos vielversprechendere Themenwahl.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich daher auf die Darstellung abstrakter

⁴ Daher ist es völlig richtig, wenn *Neuner*, Rhein. Zeitschr. für Zivil- und Prozeßrecht 1926, 9 feststellt, allein die Tatsache, daß eine fremde Rechtsordnung auf Grund anderer Erwägungen zu demselben Ergebnis gelange wie das deutsche Recht, könne nicht zu dessen Unterstützung herangezogen werden. Im Gesamtzusammenhang der jeweiligen Rechtsordnung hat sicher jede Regel ihre eigene Bedeutung.

⁵ *Neuner*, Rhein. Zeitschr. für Zivil- und Prozeßrecht 1926, 9.

und kausaler Zuwendungen in Form rechtsgeschäftlicher Verfügungen. Bei bisherigen nationalen und rechtsvergleichenden Betrachtungen des Abstraktionsgrundsatzes fällt immer wieder die weitgehende Beschränkung auf das Mobiliarrecht auf⁶, welches sicher äußerst geeignet ist, die wichtigsten Differenzen darzustellen. Es kann jedoch nicht alle Aspekte abstrakter und kausaler Gestaltung hinreichend beleuchten. Im Besonderen Teil der Arbeit werden daher die praktisch wichtigsten Verfügungen, Übereignung beweglicher und unbeweglicher Gegenstände, Einräumung von Sicherungsrechten in Form der Vollrechtsübertragung bzw. der Bestellung beschränkter dinglicher Rechte sowie die Forderungsabtretung behandelt. Ihre Abfolge ist dabei gekennzeichnet durch den gemeinsamen, aber unterschiedlich wichtigen Verkehrsschutz, der mit Hilfe der Abstraktion gewährt werden soll und kann. Er spielt bei beweglichen Gütern einerseits eine praktisch und rechtlich herausragende Rolle, tritt aber andererseits etwa bei der Zession in den Hintergrund, da sich dort in Form von Scheck und Wechsel abstrakte Verpflichtungen herausgebildet haben, die in höherem Maße geeignet sind, die Umlauffähigkeit einer Forderung zu gewährleisten als die Abstraktion der Abtretung. Eine Zwischenposition nehmen das Immobilienrecht und die Sicherungsrechte ein. Bei den Liegenschaften garantieren Registerrecht und Abstraktion gemeinsam Veräußerbarkeit bzw. Belastbarkeit und damit den Realkredit. Bei den Sicherungsrechten beruhen Verkehrsschutz und Flexibilität in der Gestaltung eher auf fehlender Akzessorietät als auf der Loslösung vom Rechtsgrund, dennoch ist auch dies eine Form der Abstraktion.

Die Auswahl der hier miteinander verglichenen Rechtsordnungen war von dem Bestreben getragen, neben den dem deutschen Recht mit seiner Abstraktion noch relativ nahestehenden Rechten Österreichs und der Schweiz je einen typischen Vertreter des romanischen und des ango-amerikanischen Rechtskreises einzubeziehen. Für letzteren fiel die Wahl auf das US-amerikanische Recht, weil die Mischung aus *case law* und kodifiziertem Recht in den USA für das moderne *common law* besonders typisch erscheint. In Gestalt des Uniform Commercial Code besitzt das US-Recht eine Kodifikation, die sich für den Kauf beweglicher Sachen und die Einräumung von Sicherungsrechten dem kontinental-europäischen Recht besonders gut gegenüberstellen läßt und eine interessante Form der Abstraktion entwickelt hat.

⁶ So jüngst wieder *Ferrari* ZEuP 1993, 52ff; *Roth* ZVglRWiss 92 (1993) 371ff.

Erstes Kapitel
Allgemeiner Teil

§ 1 Begriffe und Zusammenhänge: Erscheinungsformen abstrakter und kausaler Gestaltung im deutschen Recht

Teil 1 Kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte

A. Trennungsprinzip

Vermögensverschiebungen können kraft Gesetzes eintreten (Verarbeitung, Vermischung) oder durch privatautonomes Handeln. Im letzteren Fall spricht man von Zuwendungen.¹ Sie wiederum erfolgen durch Rechtsgeschäfte oder tatsächliches Handeln.² Das deutsche Recht kennt zwei Arten von Zuwendungsgeschäften: Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte. Ihre Beziehung ist gekennzeichnet durch das Trennungs- und Abstraktionsprinzip. Das Trennungsprinzip bedeutet zunächst nichts anderes, als daß Verfügungsgeschäfte einen selbständigen Vertrag darstellen – gegebenenfalls ergänzt durch einen Realakt –, der zwar rein tatsächlich mit der verpflichtenden Einigung zusammenfallen kann, rechtlich aber als selbständiges Rechtsgeschäft zu werten ist. Das Trennungsprinzip gilt im gesamten Sachen- und Sicherungsrecht sowie vor allem bei der Forderungsabtretung und der Bevollmächtigung.³

B. Abstraktionsprinzip

Das Abstraktionsprinzip im eigentlichen Sinne geht noch einen Schritt weiter und löst das durch das Trennungsprinzip erst geschaffene dingliche Verfügungsgeschäft nicht nur im gedanklichen Ablauf, sondern auch in seiner Wirksamkeit und Rechtsgültigkeit vom zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft (sog. äußerliche Abstraktheit⁴). Beide Grundsätze sind kein Gebot der Logik, sondern le-

¹ *Krawielicki*, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, S.12; *von Tuhr*, Allg. Teil II/2, S.49ff; *Kegel*, Festschr. Mann, S.57, 59; *Rother*, AcP 169 (1969) 6; *Palandt/Heinrichs*, BGB, Überbl. Vor § 104 Rn.19; *Jauernig/Jauernig*, BGB, Vor § 104 Bem. 2 d.

² *Krawielicki*, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, S.8f, 12; *Klinke*, Causa und genetisches Synallagma, S.17; *Kegel*, Festschr. Mann, S.57, 59; *Westermann*, Causa, S.3; *Behrens*, Rückabwicklung, 1988, S.27 mit weit. Nachw.

³ Die Bevollmächtigung ist keine Zuwendung.

⁴ *Jauernig* JuS 1994, 721; *ders.* NJW 1982, 268, 269; *ders.* in *Jauernig*, BGB, Vor § 854 Bem. IV

diglich eine Frage der rechtstechnischen Konstruktion der Abhängigkeit.⁵ Die Abstraktion ist damit zunächst formales Mittel zur denkökonomischen Ordnung.⁶ Eine völlige Abstrahierung des Verfügungsgeschäfts vom Grundgeschäft ist dabei allerdings nicht möglich. Jede Zuwendung verfolgt einen wirtschaftlichen bzw. rechtlichen Zweck – ohne diesen wäre sie sinnlos.⁷ Die abstrakte Zuwendung mittels Verfügung hat ihren Rechtsgrund oder ihre „causa“ – auf den Begriff wird gleich noch näher einzugehen sein – im zu erfüllenden schuldrechtlichen Vertrag.⁸ Theoretisch sind drei Möglichkeiten denkbar, diese Abhängigkeit positivrechtlich zu regeln. Fehlt es an einer wirksamen schuldrechtlichen Verpflichtung, so kann die darauf beruhende Verfügung nichtig, vernichtbar oder wirksam, aber die Zuwendung kondizierbar sein.⁹ Für die erste Lösung haben sich alle Rechtsordnungen entschieden, die dem sogenannten Kausalprinzip folgen. Sie kennen – jedenfalls teilweise – eine separate dingliche Einigung, machen diese aber in ihrer Wirksamkeit vollständig vom schuldrechtlichen Vertrag abhängig. Hierzu gehören etwa Österreich und die Schweiz, mit Einschränkungen auch die Vereinigten Staaten. Das deutsche Recht folgt mit dem Abstraktionsprinzip der letzteren Lösungsmöglichkeit: die Verfügung ist ohne gültigen Rechtsgrund grundsätzlich wirksam, aber nach Belieben des Zuwendenden nicht von Bestand. Da es an einer inneren Rechtfertigung für das Behaltendürfen fehlt, kann er das Zugewandte nach Kondiktionsrecht zurückverlangen. Die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung sind daher notwendiges Pendant zur abstrakten Gestaltung von Zuwendungsgeschäften.¹⁰ Umgekehrt kann aber nicht aus dem Vorhandensein kondiktionsrechtlicher Regeln in einer Rechtsordnung auf die Geltung des Abstraktionsprinzips geschlossen werden, wie das Beispiel Frankreichs zeigt.

2; *Lindemann*, Durchbrechungen, S. 11ff. Für die Gleichsetzung von Trennung und Abstraktion vor allem *Martinek* JuS 1993, 615: eine selbständige Erörterung des Trennungsprinzips ist zum Verständnis aber unerlässlich, s. auch *Jauernig* JuS 1994, 721 m. Nachw. zur teilw. großzügig verfahrenen Lehrbuchlit.

⁵ Vgl. bereits *Bruck*, Die Rechtsnatur der Einigung, S. 24; *von Tuhr*, Allgemeiner Teil, § 72 III, S. 82, 87 („aus technischen Gründen“).

⁶ Zu den rechtspolitischen Gesichtspunkten des Abstraktionsprinzips vor allem unten § 6 Teil 4 A II (Verkehrsschutz) und 4. Kapitel (zusammenfassend zur Gestaltungsfreiheit).

⁷ Menschliches Handeln ist willentliches Handeln und damit zwangsläufig final, vgl. *Klinke*, Causa und genetisches Synallagma, S. 20ff.

⁸ *Cohn* AcP 135 (1932), 75ff will auf den Begriff der causa im Zusammenhang mit abstrakten Rechtsgeschäften vollständig verzichten. Sie sind aber gerade nicht absolut rechtsgrundunabhängig in dem Sinne, daß ihr Fortwirken völlig losgelöst wäre. Aufgrund der Kondizierbarkeit sind sie sozusagen nur „relativ abstrakt“.

⁹ Vgl. *Krawielicki*, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, S. 7.

¹⁰ Hierzu unten § 5 Teil 4 A I.

C. Abstrakte und kausale Zuwendungen

Die Begriffspaare abstrakt/kausal und Verpflichtung/Verfügung ermöglichen nur im Grundsatz eine wechselseitige Zuordnung. Verpflichtungsgeschäfte sind im deutschen Recht in der Regel kausal, Verfügungen abstrakt. Ausnahmen bestehen aber in beiden Fällen. Streitig ist hier insbesondere, inwieweit und welche Verfügungen ausnahmsweise kausal gestaltet sind. Da diese Zuordnung aufs engste mit dem Begriff der *causa* verbunden ist, zunächst hierzu.

I. Begriff der *causa*

Die *causa* kommt im römischen Recht in mannigfacher Bedeutung vor. Für die heutige *causa*-Lehre sind zwei Erscheinungsformen hervorzuheben. Dies ist einmal die *causa* des römischen Kondiktionenrechts¹¹, zum anderen hatte der Begriff aber auch seinen festen Platz im Vertragsrecht.¹² Unter der „*civilis causa contractus*“ verstanden Glossatoren und Postglossatoren diejenigen Umstände, die einer bloß schuldrechtlichen Vereinbarung die Klagbarkeit verliehen. Eine „*conventio*“ allein begründete kein klagbares Recht. Diese Bedeutung der *causa* verlor ihren Sinn, als sich die vom Naturrecht postulierte Vertragsfreiheit in Kontinentaleuropa durchsetzte. Sie hat aber in dieser ursprünglichen Bedeutung noch einen Bezug zur heutigen „*consideration*“-Lehre des anglo-amerikanischen Vertragsrechts; auch hier ist das bloße „*agreement*“ kein wirksamer, klagbarer Vertrag.

Mit der grundsätzlichen Anerkennung von Vertragsfreiheit und Privatautonomie verlagerte sich die Bedeutung der *causa* zu ihrem kondiktionsrechtlichen Sinn. Klagbar war schon jeder Vertrag, der eine „*iusta causa*“ im Sinn eines anerkennungswerten Motivs enthielt¹³. Hierauf geht der heutige Begriff der *cause* im französischen Recht zurück. Das geltende deutsche Recht erwähnt eine *causa* im Vertragsrecht nicht mehr. Hier genügt der bloße Konsens zum Vertragsschluß (§ 151 1. Halbs. BGB). Der Begriff des Rechtsgrundes taucht nurmehr im Bereicherungsrecht (§ 812 BGB) auf. Eine sehr weit gefaßte *causa*-Definition versteht daher darunter ganz allgemein jeden Grund, der bei einem Zuwendungsgeschäft die Zuwendung rechtfertigt. Diese Rechtfertigung kann auf gesetzlicher Anordnung oder Rechtsgeschäft beruhen¹⁴. Dennoch spricht man gerade bei schuldrechtlichen Verträgen davon, sie trügen die *causa* in sich, seien daher kausal.¹⁵ Ver-

¹¹ Flume, Allg. Teil, Bd. 2, § 12 II 1, 161; Creutzig, Das selbständige Schuldversprechen, 1969, S. 81 ff.

¹² Flume, Allg. Teil, Bd. 2, § 12 II 2.

¹³ Vgl. Rheinstejn, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932, S. 101 ff.

¹⁴ Flume, Allg. Teil, Bd. 2, § 12 I 1, S. 152 f.

¹⁵ Siber, Schuldrecht, 1931, S. 171 ff hat hierfür den Begriff „innerer“ Rechtsgrund im Gegensatz zum „äußeren“ Rechtsgrund abstrakter Zuwendungen geprägt.

pflchtungsgeschäfte bedürfen – wie jede Zuwendung – einer *causa*. Auch sie werden aus bestimmten Beweggründen heraus geschlossen und verfolgen einen konkreten Zweck.

Die Bestimmung der *causa* muß dabei – was gerade bei kausalen Rechtsgeschäften nicht immer streng auseinandergehalten wird – jeweils für eine ganz konkrete Zuwendung (z.B. eines Anspruchs) erfolgen. Das Verpflichtungsgeschäft in seiner Gesamtheit enthält oft mehrere Zuwendungen. Eine gewisse begriffliche Unschärfe ist aber lässlich, da bei mehrseitigen Verpflichtungsgeschäften ja durch je eine Willenserklärung der jeweiligen Partei zwei oder mehr Verpflichtungen begründet werden. So wird mit einer entsprechenden Erklärung des A, er wolle mit B einen Kaufvertrag feststehenden Inhalts schließen, sowohl die Verpflichtung des A als auch des B begründet, vorausgesetzt B nimmt seinerseits an.

Da jede Zuwendung aus mehreren Beweggründen¹⁶ heraus erfolgen kann, erhebt sich die Frage, in welchem Verhältnis *causa*, Motiv und Zweck zueinander stehen. Das Motiv bezeichnet gewöhnlich einen Beweggrund, eine Ursache, die in der Vergangenheit wurzelt. Der Zweck ist dagegen Ziel und in die Zukunft gerichtet. Er umschreibt die Vorstellung, mit einem ganz bestimmten Handeln eine konkrete reale Veränderung herbeizuführen. Wird dieser Zweck erreicht, entfällt aber auch das Motiv, es ist „befriedigt“. Juristisch betrachtet ist es daher sinnlos, zwischen Motiv und Zweck zu unterscheiden.¹⁷ Ein oft angeführtes Beispiel verdeutlicht das. Es ist völlig belanglos, ob K ein Brot kauft, weil er Hunger hat (Motiv) oder, damit er satt werde (Zweck).¹⁸ Ein juristisches Problem stellt es hingegen dar, aus der Vielzahl tatsächlicher Motive, welche eine Willenserklärung tragen, die rechtlich erheblichen auszusondern. Wird nämlich der mit einer Zuwendung verfolgte Zweck nicht erreicht, erhebt sich die Frage der Risikoverteilung. Das Bürgerliche Gesetzbuch überläßt diese Risikozuweisung primär dem Vertrag.¹⁹ Rechtlich beachtliches Motiv ist demnach sicher der vertraglich vereinbarte Zweck.²⁰ Er bildet die *causa* der Zuwendung. Allerdings wird nicht jedes dem Vertragspartner zufällig bekannte Motiv auch Vertragsbestandteil²¹, hierfür bedarf es einer echten Einigung. Sie ist aber sicher nicht der alltägliche Fall. Normalerweise fehlt es an der vertraglichen Fixierung von Handlungsmotiven. In diesem Fall bleibt nichts anderes, als auf „geschäftstypische“ Zwecke abzustel-

¹⁶ Huber JuS 1972, 57ff wählt als Oberbegriff den „Verpflichtungszweck“.

¹⁷ Westermann, *Causa*, S. 99/100.

¹⁸ Kegel, *Festschr. Mann*, S. 57, 59 (Fn. 10); *Klinke*, *Causa* und genetisches Synallagma, S. 21; Westermann, *Causa*, S. 19 und ähnlich S. 98.

¹⁹ So können die Parteien eine auflösende Bedingung oder ein Rücktrittsrecht vereinbaren. Eine einheitliche Rechtsfolgenregelung für den Fall der Zweckverfehlung trifft das BGB hingegen nicht, vgl. einerseits das Bereicherungsrecht, andererseits die vielfältigen Regelungen bei gestörtem Synallagma (insbesondere bei Unmöglichkeit einer Leistung).

²⁰ Kegel, *Festschr. Mann*, S. 57, 60; *ders.* AcP 150 (1948/49), 362.

²¹ Lenel AcP 74, 225; Huber JuS 1972, 57. Zur Abgrenzung von der Geschäftsgrundlage ausführlich Westermann, *Causa*, S. 107ff und Huber, aaO: Die Geschäftsgrundlage steht quasi zwischen bloßem Motiv und vertraglich vereinbartem „Verpflichtungszweck“.

len²². Historisch anerkannt sind hier drei Hauptgruppen: *causa solvendi*, *causa credendi* und *causa donandi*.²³

Causa solvendi bedeutet, daß eine Zuwendung zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt. Typischer Fall sind die Verfügungsgeschäfte. Hier wird der verfolgte Zweck insbesondere dann verfehlt, wenn eine *causa* gar nicht besteht, die zu erfüllende Verbindlichkeit also mangels wirksamen Grundgeschäfts nicht existiert. Typischer Fall der *causa credendi* wäre nach römischem Recht, welches das Darlehen als Realvertrag verstand, die Hingabe eines Geldbetrages als Darlehen. Unter der etwas allgemeineren Bezeichnung *causa acquirendi*²⁴ läßt sich darunter aber jede Zuwendung verstehen, welche in der Absicht erfolgt, daß der Zuwendende einen Anspruch auf eine Gegenleistung (synallagmatische Verträge), auf spätere Rückgabe seiner Zuwendung (Darlehen, Miete, Leihe, Verwahrung) oder aber zum Ausgleich eine Regreßforderung (bei Aufwendungen des Geschäftsführers z.B.) erhält.²⁵ Die *causa donandi* läßt sich nach überwiegender Ansicht nur negativ umschreiben.²⁶ Die Zuwendung erfolgt in diesem Fall für den Zuwendenden ohne Äquivalent, sie hat keinen weiteren Zweck als die bloße Vermehrung fremden Vermögens (Schenkung).

Es war stets heftig umstritten, ob mit dieser Dreiteilung die richtige oder gar abschließende Einteilung der möglichen *causa*-Typen gefunden war.²⁷ Die Kategorisierung ist aber zweifelsfrei hilfreich. Eine gewisse Begriffsverwirrung beruht darauf, daß die Dreiteilung die unterschiedliche Zweckverfolgung bei Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften außer acht läßt.²⁸ Die *causa solvendi* ist in erster Linie den Verfügungen zuzuordnen, die beiden anderen fallen dagegen in den Bereich der Verpflichtungen. In neuerer Zeit wird zumeist eine weitere Kategorie hinzugefügt: der Sicherungszweck als typische *causa* von Sicherungsgeschäften²⁹, Einzelheiten hierzu unten § 8 Teil 2 C III 2 b bb.

1. Geschäftstypische *causa* bei Verpflichtungsgeschäften

Causa acquirendi und *causa donandi* sind bereits ihrem wesentlichen Inhalt nach umschrieben. Bei der wohl wichtigsten Kategorie, den synallagmatischen Verträgen, ist *causa* nach h.M. der Austauschzweck. Jede Partei verpflichtet sich nur deshalb, weil auch der Vertragspartner eine Verpflichtung eingeht. So erklärt

²² Nach *Lenel* ArchZiv. Pr. 79, 66 ist *causa* der typische Verkehrszweck.

²³ Statt vieler *von Tuhr*, Allg. Teil II/2, S. 67; *Flume*, Allg. Teil, Bd. 2, § 12 I 1, S. 155; *Esser*, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, § 189, 2; *Zeiss* AcP 164 (1964) 50, 55; für eine bloße Zweiteilung aber *Krawielicki*, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, S. 159ff.

²⁴ *von Tuhr*, Allg. Teil II/2, S. 70, *Rümelin* ArchZiv Pr. 97, 221: *causa constitutendi*.

²⁵ *von Tuhr*, Allg. Teil II/2, S. 70ff.

²⁶ *Lenel* ArchZiv Pr. 79, 66; *von Tuhr*, Allg. Teil II/2, S. 74.

²⁷ Vgl. die Kritik von *Rümelin* AcP 97, 211, 220ff; *Böhmer* ArchBürgR 38, 318ff; *Leonhard* Gruchot 38, 503; *Creutzig*, Das selbständige Schuldversprechen, 1969, S. 100ff.

²⁸ *Westermann*, *Causa*, S. 58.

²⁹ *von Tuhr*, Allg. Teil, II/2, 1918, S. 68; *Esser*, Schuldrecht, Bd. I (4. Aufl.), S. 18/19; *Larenz*, Allgemeiner Teil, § 18 II d; *von Caemmerer*, Festschr. Lewald, Ges. Schr. I, S. 293/294; *Welker*, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung, 1974, S. 79; *Westermann*, *Causa*, S. 16, 80, 122f; *Behrens*, Rückabwicklung, 1988, S. 28.

sich der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises bereit, weil (oder damit) der Verkäufer seinerseits Übereignung und Übergabe der Kaufsache verspricht.

Streitig ist, ob man als *causa* den rechtlichen (Eingehen einer Verpflichtung) oder den wirtschaftlichen Erfolg, d.h. die tatsächliche Erfüllung durch den Vertragspartner, anzusehen hat. Beides läßt sich m.E. kaum trennen. Natürlich geht der Käufer eine Verpflichtung zur Zahlung ein, weil der Verkäufer sich zur Übereignung und Übergabe verpflichtet und er mit einer ordnungsgemäßen Erfüllung dieser Verbindlichkeit rechnet. Da es um den Austausch zweck geht und der Käufer ja seinerseits zunächst auch nur einen Anspruch zuwendet, sollte man auf Seiten des Verkäufers auch nur den rechtlichen Erfolg als *causa* ansehen. Der Käufer verpflichtet sich schon, um den – rechtlich abgesicherten – Anspruch auf die Gegenleistung zu erhalten. *Causa* und genetisches Synallagma umschreiben damit dasselbe.

Die Zuwendung ermangelt des rechtlichen Grundes, wenn die Zweckvereinbarung nicht zustandekommt oder wenn die verabredete *causa* sich nicht verwirklicht, beispielsweise wenn das Verpflichtungsgeschäft infolge Dissenses nicht entsteht oder die Lieferverpflichtung nach § 275 BGB entfällt. In den meisten Fällen ist die kausale Zuwendung daher bei fehlendem Rechtsgrund gar nicht wirksam erfolgt. Dies muß aber nicht so sein. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen das Vertragsverhältnis, also die ein- oder wechselseitigen Zuwendungen, wirksam sind, aber nur in dem Sinne, daß sie Grundlage eines Rückgewährverhältnisses werden.³⁰

Im Normalfall tritt mit der Willensübereinstimmung bei Vertragsschluß der geschäftstypische Zweck ohne weiteres ein; darüber hinaus ist mit der Zweckerreichung aber gleichzeitig auch ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen geschaffen. Der Empfänger darf den ihm zugewandten Anspruch verwirklichen.

Verpflichtungsgeschäfte sind also kausal, weil ihr rechtlicher und wirtschaftlicher Sinn ohne weiteres aus dem Rechtsgeschäft selbst verständlich wird. Sie sind in ihrer Wirksamkeit meist vom Bestehen einer *causa* abhängig, die nicht außerhalb des Rechtsgeschäfts, sondern in ihm selbst zu suchen ist.

Ausnahmsweise kann es vorkommen, daß ein Verpflichtungsgeschäft zusätzlich eine weitere „externe“ *causa* hat. Wird beispielsweise ein Kaufvertrag zur Erfüllung eines Vorvertrages oder eines Vermächtnisses abgeschlossen, so liegt darin ein selbständiger Rechtsgrund, der zur Kondiktion der Kaufvertragsverpflichtung berechtigen kann, wenn sich im Nachhinein sein Fehlen herausstellt.

2. *Causa bei abstrakten Verfügungsgeschäften*

Wird eine bewegliche Sache nach § 929 BGB übereignet, so ist der Zweck dieses Vorgangs keineswegs aus sich heraus verständlich. Warum die Zuwendung erfolgt, läßt sich nur unter Zuhilfenahme außerhalb des dinglichen Rechtsgeschäfts liegender Umstände ermitteln. Eine Übereignung z.B. „kaufshalber“ oder „zur Schenkung“ kennt das deutsche Recht nicht, der Zuwendungszweck

³⁰ Hierzu unten anhand des Beispiels des Sicherungsvertrages § 8 Teil 2 C III 2 b bb.

ist nicht Bestandteil der dinglichen Willenserklärungen. Die Eigentumsübertragung ist wie alle dinglichen Rechtsgeschäfte per definitionem abstrakt.³¹ Abstrakte Rechtsgeschäfte haben einen stereotypen Inhalt, erfolgen aber in der Regel *causa solvendi*. Das Abstraktionsprinzip hat insoweit eine doppelte Bedeutung: es kennzeichnet einmal die Loslösung des Verfügungsgeschäfts von Mängeln und Bestand des Grundgeschäfts³²; im Gegensatz zu kausalen Zuwendungen sind abstrakte Zuwendungen immer vom Bestand oder dem Zustandekommen ihrer (externen) objektiven *causa* unabhängig. Zum anderen kennzeichnet es die Zweckneutralität der Zuwendung: die sachenrechtliche Verfügung hat Bestand, unabhängig davon, ob sich der Zuwendungszweck (subjektive *causa*) erfüllt oder nicht.³³ Diese Zweiteilung spiegelt sich in der Diskussion um das Rechtsgrundverständnis des Bereicherungsrechts und die Rechtsnatur der Erfüllung wieder.

Die früher h.L. zu § 812 BGB sah als Rechtsgrund im Sinne einer Leistungskondition das Bestehen eines Kausalverhältnisses an (objektives Rechtsgrundverständnis). Die heute in der Literatur vorherrschende Ansicht ist von einem subjektiven Rechtsgrundverständnis geprägt.³⁴ Das Fehlen des Rechtsgrundes hängt nicht davon ab, ob ein Kausalverhältnis besteht, sondern ob der mit der Leistung bezweckte Erfolg eintritt, also insbesondere die Erfüllungswirkung.³⁵ Die praktische Relevanz dieser Unterscheidung ist verhältnismäßig gering. Ob man z.B. bei einer *aliud*-Lieferung argumentiert, es liege zwar ein wirksamer Kaufvertrag vor, der bezweckte Erfolg (= Erfüllung) könne aber nicht eintreten, oder ob man sagt, es fehle bereits an einem schuldrechtlichen Vertrag für gerade diese erbrachte Leistung (*aliud*), bleibt sich im Ergebnis gleich.³⁶ Unterschiede ergeben sich aber für das Verhältnis von Leistungs- und Eingriffskondition, sowie innerhalb der möglichen Leistungskonditionen. Ein objektiver Rechtsgrundbegriff ermöglicht eine einheitliche Definition der Kondiktionsarten, ein subjektiver Causabegriff, der auf den verfolgten Zweck abstellt, paßt nur für rechtsgeschäftliches Handeln.³⁷

Bei der Frage nach der Rechtsnatur der Erfüllung führt die h.A. von der realen Leistungsbewirkung³⁸ die Loslösung der Zuwendungshandlung vom Zuwendungszweck

³¹ Flume, Allg. Teil, Bd. 2, § 12 I 1, S. 153.

³² *Jahr* AcP 168 (1968), 9, 16 spricht hier von „äußerer“ Abstraktion.

³³ Nach der Terminologie *Jahrs*, AcP 168 (1968), 9, 16 handelt es sich um „innere“ Abstraktion; hierzu auch *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung, 1969, S. 286/287. Geleugnet wird diese zweite Bedeutung des Abstraktionsprinzips von *Esser*, Schuldrecht (2. Aufl.), § 70, 7 a und b: auch der Erfüllungszweck sei Bestandteil der dinglichen Willenserklärungen mit der Folge, daß bei einer Diskrepanz das dingliche Geschäft wegen Dissensus nichtig ist.

³⁴ Nachweise zu Entwicklung und Streitstand bei *Larenz/Canaris*, Schuldrecht Bd. II/2, § 67 III; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 4 II 4 b, S. 109ff.

³⁵ *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 106ff; *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 27; *Reeb*, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, 1975, S. 29f; *RGRK/Heiman-Trosien*, BGB, § 812 Rz. 74; *Westermann*, Causa, S. 201ff; *Klinke*, Causa und genetisches Synallagma, S. 64f; *Weitnauer*, Festschr. v. Caemmerer, 1978, S. 255, 274; *ders.*, Festschr. Serick 1992, 389, 398f.

³⁶ So auch *MünchKomm/Lieb*, BGB, § 812 Rz. 138.

³⁷ *Westermann*, Causa, S. 82.

³⁸ S. insbesondere *Larenz*, Schuldrecht, Allg. Teil, § 18 I 5 und Bes. Teil, Bd. I, § 18 I 4; *Krawielicki*, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, S. 123; *von Caemmerer*, Festschr. Dölle, 1963 Bd. I, S. 141; *ders.*, Festschr. Rabel, 1954 Bd. I, S. 351; *Soergel/Zeiss*, § 362 Rn. 6, 7; *Staudinger/Kaduk*, Vor § 362 Rn. 18; *RGRK/Weber*, § 362 Rn. 7.

konsequent fort.³⁹ Der Zweck der Verfügung ist weder rechtlicher Bestandteil des Vollzugsgeschäfts, noch bedarf es zur Herbeiführung der Erfüllungswirkung einer entsprechenden Willensübereinstimmung. Die für § 362 BGB notwendige Verknüpfung der Leistung des Schuldners mit dem objektiven Rechtsgrund folgt regelmäßig schon aus der objektiven Übereinstimmung der geschuldeten und tatsächlich vorgenommenen Leistung.⁴⁰ Andererseits ist auch die Gegenmeinung, die einen Erfüllungsvertrag fordert⁴¹, mit dem Abstraktionsgrundsatz nicht unvereinbar, da die Einigung über die Erfüllungswirkung nicht in das dingliche Vollzugsgeschäft hineininterpretiert, sondern getrennt davon betrachtet wird.⁴² Rechtsgrund und Leistung werden durch den Erfüllungsvertrag nur im Hinblick auf die Erfüllungswirkung miteinander verknüpft, das Verfügungsgeschäft hat aber weiterhin unabhängig von einer Einigung über den Zuwendungszweck Bestand⁴³; es ist nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln.

Zusammenfassend läßt sich die causa mit der wohl überwiegenden Ansicht wie folgt definieren: Causa ist der rechtlich relevante Zweck einer Zuwendung. Es handelt sich entweder um einen geschäftstypischen oder ausdrücklich vereinbarten wirtschaftlichen oder rechtlichen Zweck. Die Vermögensvermehrung des Vertragspartners durch Einräumung einer Forderung oder eines sonstigen Rechts erfolgt nicht um ihrer selbst willen. Von den Fällen der causa donandi abgesehen, wird damit immer ein bestimmter Erfolg angestrebt: es soll sich z.B. der andere Teil ebenfalls verpflichten (synallagmatischer Vertrag) oder eine bestehende Verbindlichkeit soll erfüllt werden (Verfügungsgeschäft). Mit *von Tuhr*⁴⁴ kann man daher als causa den jeweiligen ersten, unmittelbaren Zweck bezeichnen, den die Herbeiführung einer Zuwendung außer der Vermögensvermehrung als solcher verfolgt. Neben ihn können weitere Zwecke treten, die bloßes Motiv oder Geschäftsgrundlage sein mögen. Eine weitere, sekundäre causa kann nach richtiger Ansicht *von Tuhrs* in Fällen vorliegen, in denen Zuwendungen im Zusammenhang mit einer bestehenden Schuld erfolgen, ohne als deren Erfüllung gedacht zu sein, etwa wenn zahlungshalber, deckungshalber oder sicherungshalber geleistet wird. Zum Sicherungszweck als causa einer auf Sicherung einer Forderung gerichteten Verpflichtung oder Verfügung s. unten § 8 Teil 2 C III 2 b bb.

Von der Bedingung unterscheidet sich die causa dann dadurch, daß jene vereinbart sein muß, diese vereinbart sein kann, und in den bei der Bedingung eindeutig und einheitlich festgelegten Rechtsfolgen.⁴⁵ Der entscheidende Unterschied zur Geschäftsgrundlage liegt

³⁹ *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung, 1969, S.289, sieht darin sogar eine zu strenge Durchführung des Abstraktionsgrundsatzes.

⁴⁰ *Soergel/Zeiss*, § 362 Rn.7.

⁴¹ S. etwa *von Tuhr*, Allg. Teil, Bd. II/2, § 72 III; *Gernhuber*, Erfüllung, 1983, S. 100ff; *Rother AcP* 169 (1969), 1ff; *Ehmann JZ* 1968, 549; *Kress*, Schuldrecht, Bd. I, § 20, 1b.

⁴² So die Darstellung bei *Palandt/Heinrichs*, § 362 Rn.5; OLG München VersR 1956, 413; OLG Hamm MDR 1954, 99.

⁴³ *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung, 1969, S. 289; für die mangelnde Tauglichkeit eines möglicherweise anzunehmenden Erfüllungsvertrages als causa der Eigentumsübertragung spricht sich für das Schweizer Recht auch *Oftinger*, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, 1933, S. 17ff, 22/23 aus.

⁴⁴ *von Tuhr*, Allg. Teil, Bd. II/2, § 72 II 3, S. 79; abl. *Zeiss AcP* 164 (1964), 50, 60.

⁴⁵ *Westermann*, Causa, S. 101ff.

darin, daß die causa im Gegensatz zu den Umständen, welche die Geschäftsgrundlage bilden, bei den Verpflichtungsgeschäften selbst Vertragsbestandteil ist und nicht außerhalb der vertraglichen Einigung liegt.⁴⁶

II. Abstrakte Verpflichtungsgeschäfte

Einige wenige Verpflichtungsgeschäfte haben keine causa im vorstehenden Sinne in sich, d.h. aus dem Rechtsgeschäft selbst ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen ein Anspruch zugewendet wird. Zu ihnen gehören das abstrakte Schuldversprechen (§ 780 BGB), das abstrakte Schuldanerkennnis (§ 781 BGB) sowie die Annahme einer Anweisung (§ 784 BGB). Abstrakte Verpflichtungen sind außerdem die umlauffähigen Inhaberschuldverschreibungen, Wechsel- und Scheckverpflichtungen.

Schuldversprechen und -anerkennnis nach §§ 780, 781 BGB sind zwei Erscheinungsformen des abstrakten Schuldvertrages. Dieser hat seinen Ursprung in der römischen „stipulatio“. Sie war im klassischen römischen Recht ein an feste Frage- und Antwortform gebundenes Leistungsversprechen, das abstrakt sein konnte. Enthielt die stipulatio keine Zweckbestimmung (Kaufpreiszahlung, Mitgift etc.), so entstand eine wirksame einseitige Verpflichtung, auch wenn es an einem gültigen Rechtsgrund fehlte. In diesem Fall konnte der Schuldner der Klage aus der stipulatio allerdings die exceptio doli entgegenhalten, d.h. die Klage aus einer stipulatio sine causa war treuwidrig.⁴⁷ Daneben kannte das römische Recht aber auch die kausale Stipulation, die in ihrem Bestand von einem gültigen Kausalverhältnis abhängig war.

Ähnlich wirken heute Schuldversprechen und -anerkennnis, die ihre Aufnahme in das geltende deutsche Privatrecht *Otto Bähr* verdanken. Er setzte sich Mitte des 19. Jahrhunderts in seiner Monographie „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“⁴⁸ mit großer Vehemenz für die Autonomie des subjektiven Willens und dessen verpflichtender Kraft ein. Diese Idee fiel bei den Vätern des Bürgerlichen Gesetzbuches, dessen Grundbausteine ja ebenfalls Willensfreiheit und Privatautonomie sind, auf fruchtbaren Boden.

Im Gegensatz zum kausalen Schuldanerkennnis (-versprechen), welches die bereits begründete Forderung lediglich bestätigt und in der Regel als Verzicht auf alle bekannten Einwendungen interpretiert wird⁴⁹, begründet das abstrakte Schuldanerkennnis eine neue, einseitige Verpflichtung, die unabhängig vom eigentlichen Schuldgrund wirksam ist. Je nach Lage des Einzelfalls kann der unabhängig geschaffene neue Anspruch den alten ersetzen (Novation) oder verstärkend daneben treten.⁵⁰ Wegen der fehlenden Abstraktion bedarf es beim kausa-

⁴⁶ *Westermann*, Causa, S. 107ff.

⁴⁷ *Kaser*, Römisches Recht, § 40 I 3a; *Creutzig*, Das selbständige Schuldversprechen, 1969, §§ 1–5 (auch rechtsvergleichend).

⁴⁸ *Bähr*, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1855; hierzu *Kiefner*, Der abstrakte obligatorische Vertrag in Praxis und Theorie des 19. Jahrhunderts, in *Coing/Wilhelm*, Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. II, S. 74ff.

⁴⁹ BGH NJW 1984, 799; NJW-RR 1987, 44. §§ 780ff finden keine Anwendung.

⁵⁰ *Jauernig/Vollkommer*, BGB, § 781 Bem. 2 c aa.

len Schuldanerkenntnis keiner kondiktionsrechtlichen Abwicklung, wenn sich die Grundforderung als nicht bestehend erweist. Mängel des Kausalverhältnisses erfassen ohne weiteres auch das kausale Anerkenntnis. Dagegen ist das abstrakte Anerkenntnis nach § 812 BGB kondizierbar, wenn die anerkannte Forderung nicht besteht. Der Geltendmachung des abstrakt begründeten Anspruchs steht die Bereicherungseinrede (§ 821 BGB) entgegen. Im Ergebnis bewirkt das abstrakte Schuldanerkenntnis daher vor allem eine Beweislastumkehr. Der Inhaber der abstrakten Verpflichtung kann den Anspruch geltend machen, wenn er ein formgültiges Anerkenntnis nachweisen kann. Dem Schuldner bleibt es überlassen, nachzuweisen (§ 821 BGB), daß ein Kausalverhältnis nicht besteht. Eine sehr weitgehende Loslösung des Anerkenntnisses ermöglicht aber § 814 BGB. Wußte der Anerkennende, daß die anerkannte Forderung nicht existiert, ist ihm die Bereicherungseinrede verwehrt.

III. Kausale Verfügungen

Verfügungen, d.h. alle Rechtsgeschäfte, die unmittelbar durch Belastung, Übertragung, Aufhebung oder Inhaltsänderung auf den Bestand eines Rechts einwirken, hat das BGB grundsätzlich abstrakt gestaltet. Dies gilt für alle sachenrechtlichen Rechtsgeschäfte (§§ 929ff, 873ff BGB) sowie für die Übertragung von Forderungen (§§ 398ff BGB) und deren Belastung (§§ 1273ff BGB). Als echte Ausnahme vom Grundsatz der Abstraktion wird teilweise die Bestellung von Hypothek, Vormerkung und Faustpfand angeführt.⁵¹ Dies beruht auf einer mangelnden Differenzierung zwischen Abstraktheit und Akzessorietät, wie noch zu zeigen sein wird.

1. Vergleich

Als kausale Verfügung wird hingegen teilweise der Vergleichsvertrag (§ 779 BGB) charakterisiert. Durch ihn soll ein streitiges oder ungewisses Rechtsverhältnis neu geregelt werden.⁵² Dies kann z.B. durch teilweisen Erlaß, Verzicht

⁵¹ *Kegel*, Festschr. Mann, S. 57, 72; *Krawielicki*, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, § 7, 1g; *Bork*, Der Vergleich, 1988, S. 59f.

⁵² Als causa des Vergleichs wird dabei mitunter gerade die Beilegung des Streites durch wechselseitiges Nachgeben gesehen, s. etwa *Kreß*, Allg. Schuldrecht, 1929, S. 38; *Lehmann*, Der Prozeßvergleich, 1911, S. 82; *Bork*, Der Vergleich, 1988, S. 149ff, 153 sieht die causa allein in der Beilegung des Streits. Das gegenseitige Nachgeben sei nur das Mittel hierzu (vgl. mit Nachw. S. 152 Fn. 19); ausführlich zu den Lehren von der Feststellungscausa des Vergleichs *Ebel*, Berichtigung, transactio und Vergleich, 1978, S. 105ff mit Nachw. und *Schäfer*, Das Abstraktionsprinzip beim Vergleich, 1992, S. 178ff.

Nach einer Mindermeinung soll das ursprüngliche streitige Rechtsverhältnis causa des Vergleichs sein (*Herold*, GrünhutsZ [1889] Bd. 16, 694, 696; *Ebel*, aaO S. 118ff). Dann wäre der zur Regelung eines gar nicht bestehenden Rechtsverhältnisses geschlossene Vergleich kondizierbar. Dies läuft seiner eigentlichen Intention, endgültige Rechtsklarheit zu schaffen, gerade zuwider.

oder Stundung einerseits und Anerkenntnis eines Teils der streitigen Verbindlichkeit andererseits geschehen. Insoweit ist streitig, ob Rechte und Pflichten unmittelbar durch den Vergleich abgeändert werden – wie dies ein Teil der Literatur annimmt⁵³ – oder ob – so die h.M.⁵⁴ – nur schuldrechtliche Verpflichtungen zur Vornahme abstrakter Rechtsgeschäfte (wie etwa des Erlasses oder einer Forderungsabtretung) entstehen, welche gleichzeitig oder später erfüllt werden.⁵⁵ Allein die Tatsache, daß alle Rechtsgeschäfte oftmals oder in der Regel eine zeitliche Einheit bilden, spricht dabei beim Vergleich ebensowenig wie bei Kaufvertrag oder Schenkung mit gleichzeitigem Vollzug gegen die Geltung des Abstraktionsprinzips.⁵⁶ Entstehungsgeschichte und systematische Stellung des Vergleichs im BGB sind zusammen mit der Selbstverständlichkeit, mit der der Gesetzgeber von der grundsätzlichen Geltung des Abstraktionsgrundsatzes ausging, als Indiz zu werten, ihn als kausales Verpflichtungsgeschäft zu qualifizieren.⁵⁷ Entscheidendes Kriterium sollte jedoch – wie auch sonst beim Verhältnis von Verpflichtung und Verfügung⁵⁸ – die Frage sein, ob schutzwürdige Interessen Dritter und damit Verkehrsinteressen eine Abstraktion erfordern. Sowohl bei der Abtretung von Forderungen aufgrund Vergleichs als auch beim vergleichswisen Erlaß später möglicherweise abgetretener Forderungen können die Interessen Dritter betroffen sein.⁵⁹ Aus diesem Grunde liegt es nahe, eine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips für den Vergleich abzulehnen und auch insoweit die Unabhängigkeit der abstrakten Vollzugsgeschäfte von der Wirksamkeit des Grundgeschäfts, des Vergleichs, aufrechtzuerhalten.

2. Aufrechnung

Dagegen ist die Aufrechnung kausale Verfügung. Da die Gegenforderung des Aufrechnenden erlischt (§ 389 BGB), hat sie verfügenden Charakter. Es liegt eine Zuwendung an den Aufrechnungsgegner vor (Befreiung von der Verpflichtung,

⁵³ *Larenz*, Schuldrecht, Allg. Teil, § 7 IV; *Jauernig/Vollkommer*, BGB, § 779 Bem. 3 c; *Medicus*, Schuldrecht I, § 27 II 4; *MünchKomm/Pecher*, BGB, § 779 Rz. 23; *Soergel/Lorentz*, BGB, § 779 Rz. 2; *Staudinger/Marburger*, BGB, § 779 Rz. 36ff; *Erman/Seiler*, BGB, § 779 Rz. 21; *Esser*, Schuldrecht II, S. 251; *Breetzke* NJW 1969, 1408; *Lindemann*, Abstraktionsprinzip, S. 7; so im Ergebnis mit ausführlicher Begründung auch *Bork*, Der Vergleich, 1988, S. 139/140.

⁵⁴ *Palandt/Thomas*, BGB § 779 Rn. 1; *Brox*, Schuldrecht I, Rz. 192; *Fikentscher*, Schuldrecht, S. 215; *Planck/Strecker*, BGB, Vorbem. zu § 779 Bem. I 2 a; *RGRK/Steffen*, BGB, § 779 Rz. 20; *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 811; *Knüttel* JuS 1981, 875, 876; *von Tuhr*, Allg. Teil, II/2, S. 265; so im Erg. auch *Schäfer*, Das Abstraktionsprinzip beim Vergleich, 1992, S. 96 ff et passim; aus der Rechtsprechung: BGHZ 16, 388, 392; BGH WM 1964, 817, 818; RGZ 93, 290; JW 1928, 3036; OLG Köln AgrarR 1992, 258, 259.

⁵⁵ Ausführliche Darstellung der Problematik und des Streitstandes jetzt bei *Schäfer*, Das Abstraktionsprinzip beim Vergleich, 1992, S. 3ff.

⁵⁶ So auch mit ausführlicher Begründung *Schäfer*, Das Abstraktionsprinzip beim Vergleich, 1992, S. 96ff, 226.

⁵⁷ *S. Schäfer*, Das Abstraktionsprinzip beim Vergleich, 1992, S. 3 mit Nachw. zur insoweit h.L. bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts, 98ff.

⁵⁸ S. hierzu vor allem die Entstehungsgeschichte des Abstraktionsprinzips unten § 3.

⁵⁹ *Schäfer*, Das Abstraktionsprinzip beim Vergleich, 1992, S. 100/101.

die Gegenforderung zu erfüllen), die den Zweck verfolgt, den Aufrechnenden seinerseits von der gegen ihn gerichteten Hauptforderung zu befreien. § 387 BGB hat die Aufrechnung kausal gestaltet: sie ist unwirksam, wenn Haupt- oder Gegenforderung nicht bestehen. Die anspruchsvernichtende Wirkung für die Gegenforderung tritt also nicht ein, wenn die Hauptforderung nicht besteht.⁶⁰

Teil 2

Begriffliche Abgrenzung Kausalheit-Akzessorietät

Gemeinhin werden Abstraktion und Akzessorietät als Begriffe einander gegenüber gestellt. Sinnvoller erscheint es, die Begriffspaare anders zu wählen. Zu vergleichen sind Kausalheit⁶¹ und Akzessorietät einerseits und Abstraktion und Nichtakzessorietät andererseits.

Worin unterscheiden sich die Begriffspaare? Kausalheit und Akzessorietät bringen beide eine Form der einseitigen Abhängigkeit zum Ausdruck; Abstraktion bzw. Nichtakzessorietät eine Art der Unabhängigkeit. Hierin erschöpfen sich aber schon die Gemeinsamkeiten. Der Bezug der Abhängigkeit ist jeweils verschieden.

Zunächst kann akzessorisch nur ein Recht sein, also nicht eine Handlung oder ein Rechtsgeschäft, sondern dessen Ergebnis. Abstrakt oder kausal ist dagegen nicht ein Recht, sondern das dieses begründende Rechtsgeschäft.⁶² Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß sich die Akzessorietät nur aus dem Gesetz ergeben kann. Kausale Abhängigkeit mag jedoch auf geschäftstypischen oder vereinbarten Zwecken beruhen.

A. Begriff der Akzessorietät⁶³

Unter Akzessorietät im engeren Sinn versteht die heute überwiegende Ansicht die Abhängigkeit eines Nebenrechts von einem Hauptrecht.⁶⁴ *Medicus*⁶⁵ spricht

⁶⁰ *Krawielicki*, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, S. 26; *von Tuhr*, Allg. Teil II/2, S. 104 und II/1, S. 256; *Neuner*, RheinZ 1926, 11.

⁶¹ Es soll hier ganz bewußt nicht, wie in diesem Zusammenhang häufig, von *Kausalität* als Gegenbegriff zur Abstraktion gesprochen werden. Kausalität ist ein Begriff des Schadensrechts, der dort eine ganz bestimmte Bedeutung hat, die mit dem hier Gemeinten nichts zu tun hat. Um Verwechslungen von vorneherein auszuschalten, scheint der Begriff „Kausalheit“ präziser, wenn auch „unschön“.

⁶² *Cohn* AcP 135 (1932), 67, 77; *von Tuhr*, Allg. Teil I, S. 229.

⁶³ Hierzu auch unten § 8 Teil 4.

⁶⁴ *Weber*, Sicherungsgeschäfte, S. 54; *von Tuhr*, Allg. Teil I, § 13; *Prantl*, Abstraktheit des Wechsels, S. 71. Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen ein Recht Ausfluß eines anderen ist und deshalb mit diesem notwendigerweise „steht und fällt“, so z.B. der Anspruch aus § 985 BGB mit dem Eigentum. Von Akzessorietät sollte man in diesem Zusammenhang besser nicht sprechen.

⁶⁵ JuS 1971, 497ff.

von der einseitigen Abhängigkeit des „geführten“ vom „führenden“ Recht. Regelmäßig taucht der Begriff daher bei Rechten auf, die der Sicherung eines anderen Rechts dienen. Vom Gesetz akzessorisch ausgeformt sind die typischen Sicherungsrechte Bürgschaft (§ 767 Abs. 1 BGB), Pfandrecht (arg. ex § 1204 BGB), Hypothek (§§ 1113, 1153 BGB) und Vormerkung⁶⁶. Das Wesen der Akzessorietät zeigt sich hier zunächst einmal darin, daß diese Rechte nur dann entstehen, wenn das Hauptrecht, d. h. die zu sichernde Forderung, besteht (Entstehungsakzessorietät). Im übrigen kann die Akzessorietät für den Umfang und die Durchsetzbarkeit des Nebenrechts unterschiedlich, also mehr oder weniger streng sein.⁶⁷ Regelmäßig erlöschen akzessorische Nebenrechte mit Wegfall des Hauptrechts.

Nichtakzessorisch sind mangels gesetzlicher Anordnung die sogenannten selbständigen Sicherungsrechte: (Sicherungs)Übereignung, -grundschuld und -abtretung. Eine analoge Anwendung der Vorschriften über die akzessorischen Rechte (z. B. § 401 BGB) scheitert daran, daß diese Rechtsgeschäfte vom Gesetz gerade nicht als typische Sicherheiten konzipiert sind, sondern verschiedensten Zwecken dienen können. Die Interessenlage ist daher nicht vergleichbar.

B. Begriff der Kausalheit

Eine andere Form der Abhängigkeit kommt durch die Kausalheit zum Ausdruck. Wörtlich genommen bezeichnet sie die Abhängigkeit eines Rechtsgeschäfts von seiner causa. Eine Zuwendung ist kausal, wenn sie in ihrer Wirksamkeit von der Erreichung eines rechtserheblichen Zwecks abhängt. Im Gegensatz dazu hängt das akzessorische Recht zwar auch vom Bestand einer wirksamen anderen Vereinbarung ab – nämlich der, aus der sich das zu sichernde Recht ergibt –, diese ist aber gerade nicht die causa des akzessorischen Rechts. Kausalheit und Akzessorietät sind also keineswegs dasselbe. Wenn teilweise behauptet wird, akzessorische Rechte seien mit Hilfe dieses rechtstechnischen Kniffs kausal gestaltet⁶⁸, so reduziert diese Betrachtungsweise die Dinge auf den kleinsten gemeinsamen Nenner von Kausalheit und Akzessorietät, daß nämlich beide eine Form der Abhängigkeit zum Ausdruck bringen. Dies ist aber zu undifferenziert.

Die Hypothek ist z. B. in ihrer Existenz akzessorisch, weil vom Bestand der zu sichernden Forderung abhängig. Diese bildet aber nach ganz h. M. nicht gleichzeitig die causa der Hypothekenbestellung. Die Verpflichtung, eine Sicherheit in Form einer Hypothek zu gewähren, folgt gerade nicht aus dem schuldrechtlichen Vertrag, dem die zu sichernde Forderung entstammt (beispielsweise Darlehensvertrag), sondern einer weiteren obligatorischen Vereinbarung, der Sicherungsabrede. Sie ist causa der Hypothekenbestellung und

⁶⁶ Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 20 I 3.

⁶⁷ Vgl. *Medicus* JuS 1971, 497, 499ff.

⁶⁸ Vgl. *Weitnauer* JZ 1985, 555, 557; *Kegel*, Festschr. Mann, S. 57, 72; *Krawielicki*, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, S. 32: Akzessorietät als Kausalabhängigkeit besonderer Natur; *von Tuhr*, Allg. Teil II/2, S. 103 Fn. 6; *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, § 2 VI 1 setzen Abstraktheit und Nichtakzessorietät gleich.

Rechtsgrund für deren Behaltendürfen.⁶⁹ Dies gilt für alle Sicherungsrechte, akzessorische wie nichtakzessorische.⁷⁰ Die Bestellung der Sicherheit verfolgt grundsätzlich zwei Ziele. Primärer Zweck ist die Erfüllung der Verpflichtung aus der Sicherungsabrede, sekundärer Zweck die Sicherung der Grundforderung. Das Verhältnis zum primären Zweck bestimmt sich nach den Grundsätzen der Abstraktion/Kausalität, die Zuordnung des Sicherungszwecks folgt dem Prinzip Akzessorietät/Nichtakzessorietät.⁷¹

Bei nichtakzessorischen Sicherheiten kann die Sicherungsabrede in gewissem Umfang die Funktion übernehmen, die sonst der Akzessorietät zukommt. Sie ist das einzige Bindeglied zwischen Sicherung und Grundforderung.⁷² Sie individualisiert außerdem die zu sichernde Forderung und regelt, gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln, die Verpflichtung zur Rückgabe der Sicherheit, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder erlischt.

Aus der gewählten Definition der Kausalität ergibt sich u. a. auch, daß das Anwartschaftsrecht kausalabhängig und nicht akzessorisch ist. Als Vorstufe des Vollrechts besteht das dingliche Anwartschaftsrecht nach h. A. nur, wenn und solange ein Anspruch auf Einräumung des Vollrechts gegeben ist. Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt z. B. erlischt das Anwartschaftsrecht des Käufers, sobald der Lieferanspruch aus § 433 I 1 BGB entfällt. Es ist damit von einem Recht abhängig, das gleichzeitig seine causa ist. Causa der Übereignung ist die obligatorische Verpflichtung. Da das Anwartschaftsrecht nur eine Vorstufe ist und eine teilweise Erfüllung des Übereignungstatbestandes voraussetzt, haben Eigentumsübertragung und Anwartschaftsrecht dieselbe causa (Einzelheiten zum Anwartschaftsrecht unten § 6 Teil 2 B I).

C. Fallgruppen

Kombiniert man die Begriffspaare, so ergeben sich folgende Konstellationen.

I. Abstrakte nichtakzessorische Rechte

In diese Kategorie fallen (Sicherungs)Übereignung, -abtretung und -grundschuld als Rechtsgeschäfte, die nicht typischerweise der Sicherung eines anderen Rechts dienen und daher, wenn sie dafür eingesetzt werden, in ihrer Wirksamkeit, Durchsetzbarkeit etc. nicht vom gesicherten Recht abhängen. Sie sind also

⁶⁹ Weber, Sicherungsgeschäfte, § 2 III; a. A. noch *Krawielicki*, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, S. 32; *von Tuhr*, Allg. Teil II/2, S. 103 Fn. 6; für das Pfandrecht, *Jauernig/Jauernig*, BGB, § 1204 Bem. 1f.

⁷⁰ Dieselbe Dreistufigkeit (Gesicherte Forderung – Sicherungsabrede – Sicherungsrecht) gilt auch für den Wechsel. Der Sicherungsabrede entspricht die Begebungsabrede. Sie ist causa für die Wechselbegebung, vgl. ausführlich *Prantl*, Abstraktheit des Wechsels, S. 24ff mit Nachw.

⁷¹ S. hierzu unten § 8 Teil 4.

⁷² *Prantl*, Abstraktheit des Wechsels, S. 74ff.

nichtakzessorisch. Abstrakt sind sie, weil ihnen – wie gesehen – ihre causa (= Sicherungsabrede) nicht immanent ist.

II. Abstrakte akzessorische Rechte

Unabhängig von ihrer causa, aber in vielerlei Hinsicht (Entstehen, Inhalt, Durchsetzbarkeit) von einem weiteren Recht abhängig sind – wie erwähnt – Hypothek, Pfandrecht und Vormerkung.

III. Kausale akzessorische Rechte

Sie sind im deutschen Recht selten. Dies liegt daran, daß kausal regelmäßig nur Verpflichtungsgeschäfte sind und der Begriff der Akzessorietät andererseits eng mit Sicherheiten verbunden ist, die meist durch Verfügungen entstehen. Die Kombination beider Fälle tritt aber z.B. bei der Bürgschaft auf. Sie ist Verpflichtungsgeschäft zwischen Bürge und Gläubiger, auf Grund dessen der Bürge für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners einsteht. Die Übernahme dieser Verpflichtung ist kausal. Denkbar wäre es zwar, ihre causa in der Rechtsbeziehung zwischen Bürge und Hauptschuldner, also außerhalb, zu suchen. Dann wäre sie abstrakt, die Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung erfolgte causa solvendi. Folge dieser Zuordnung wäre es, daß die Bürgschaftsverpflichtung bei fehlender causa kondizierbar sein müßte. Gerade dies will das Gesetz aber nicht. Den Gläubiger berühren Mängel des Rechtsverhältnisses Bürge-Hauptschuldner sowie Einwendungen hieraus gerade nicht.⁷³ Diese Form der Unabhängigkeit als „abstrakt“ zu bezeichnen⁷⁴, ist zumindest verwirrend, da damit die Assoziation zur Abstraktheit im Sinne des Verhältnisses von Verpflichtung und Leistung causa solvendi geweckt wird. Sie ist aber gerade nicht gemeint. Die Bürgschaftsverpflichtung ist aus sich heraus gerechtfertigt und daher kausal wie grundsätzlich alle Verpflichtungen.⁷⁵ Ihr geschäftstypischer Zweck ist die Sicherung der Realisierung der Hauptforderung des Gläubigers gegen den Schuldner⁷⁶; einer weiteren Rechtfertigung, die außerhalb dieses Rechtsverhält-

⁷³ BGH WM 1975, 348; OLG Celle ZIP 1980, 1077. Der Bürge hat aber u.U. einen Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner aus ungerechtfertigter Bereicherung, KG JW 1930, 3642.

⁷⁴ BGH WM 1975, 348; *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 1958, § 191 III, § 85 I; *RGRK/Mormann*, BGB, § 765 Rz. 12; zutreffend *Jauernig/Vollkommer*, § 765 Bem. 2a a.E. („abstrakt“ in Anführungszeichen).

⁷⁵ H.M. *MünchKomm/Pecher*, BGB, § 765 Rz. 2; *Staudinger/Horn*, BGB, § 765 Rz. 5 (mißverständlich aber, wenn er das Rechtsverhältnis Bürge-Hauptschuldner als „Kausalverhältnis“ bezeichnet); *Prantl*, Abstraktheit des Wechsels, S. 71; *Adler ZHR* 64 (1909) S. 127, 129; *Zeiss AcP* 164 (1964) 50, 61.

⁷⁶ *Esser*, Schuldrecht, 2. Aufl., § 85, 5.

nisses liegt, bedarf sie nicht.⁷⁷ Sicherungszweck und die konkret zu sichernde Forderung sind nicht dasselbe. Allerdings spielt die Unterscheidung angesichts der Akzessorietät keine große praktische Rolle. Entsteht die zu sichernde Forderung nicht oder entfällt sie (etwa weil der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner angefochten wurde), so fällt damit aufgrund ihrer Akzessorietät automatisch auch die Bürgschaft weg. Gleichzeitig fehlt bzw. entfällt ihre causa, der Sicherungszweck; die Frage, welche Rechtsfolgen dies für die Bürgschaftsverpflichtung auslöst, hat aber keine Bedeutung.⁷⁸ Anders ist dies bei den nicht akzessorischen Sicherheiten, hierzu unten § 8 Teil 2 C III.

In vergleichbarer Weise wie die Bürgschaft gleichzeitig kausal und akzessorisch sind Schuldbeitritt und Schuldübernahme. Beim Schuldbeitritt haften Altschuldner und Beitretender im Ergebnis als Gesamtschuldner. In Umfang und Fortbestand ist der Anspruch des Gläubigers gegen den Beitretenden daher nicht akzessorisch.⁷⁹ In seiner Entstehung setzt er aber eine bestehende Forderung gegen den Altschuldner voraus, insoweit liegt Akzessorietät vor. Die Zuwendung des mitsichernden Anspruchs ist eine nur aus sich heraus gerechtfertigte Zuwendung, gleichviel ob sie durch Vertrag zwischen Beitretendem und Gläubiger oder Beitretendem und Altschuldner erfolgt.

Die Schuldübernahme (§§ 414, 415 BGB) ist gleichzeitig Verpflichtung (des Übernehmers) und erlassende Verfügung (des Gläubigers). Dies gilt unabhängig davon, wie man den Vertrag nach § 415 konstruiert⁸⁰, auch für die Übernahme durch Vereinbarung zwischen Altschuldner und Übernehmer. Beide Zuwendungen sind kausal. Die Übernahme ist außerdem akzessorisch zur Altschuld wie sie im Zeitpunkt der Übernahme bestand (vgl. § 417 BGB).

IV. Kausale nichtakzessorische Rechte

Hierunter fällt z.B. der aus einem selbständigen Garantievertrag sich ergebende Garantieanspruch. Der Garantievertrag ist – wie die Bürgschaft – ein einseitig verpflichtender kausaler Vertrag. Der mit Verwirklichung des übernommenen Risikos entstehende Anspruch ist nicht akzessorisch, da er sowohl hinsichtlich seines Entstehens als auch seines weiteren Bestandes nicht von der gesicherten Schuld abhängt.⁸¹

Da der Begriff der Akzessorietät nur zu Sicherungsrechten paßt, kann man – wenn man so will – grundsätzlich alle kausalen Verpflichtungsgeschäfte ohne Sicherungscharakter unter diese Kategorie fassen. Ansprüche aus einem Kaufvertrag sind z.B. regelmäßig nicht abhängig (akzessorisch) von anderen, außerhalb

⁷⁷ A.A. von *Tubr*, Allg. Teil, § 72 II 3, S. 80.

⁷⁸ Ähnlich *Zeiss* AcP 164 (1964) 50, 61.

⁷⁹ Zum Verhältnis Gesamtschuld-Akzessorietät *Medicus* JuS 1971, 497.

⁸⁰ Vgl. die Angebotstheorie einerseits (*Heck*, Schuldrecht, § 73) und die Verfügungstheorie der h.M. andererseits (z.B. *Larenz*, Schuldrecht, Allg. Teil, § 35 I a).

⁸¹ BGHZ 94, 64, 82 (Scheckkarte).

des Kaufvertrags liegenden Rechten. Wird eine derartige Abhängigkeit ausnahmsweise durch Parteivereinbarung hergestellt, dürfte hierin zumeist eine Zweck-, also Causaabrede, liegen, so daß die Abhängigkeit dann kausal, nicht akzessorisch ist.

Teil 3 Zusammenfassung

Das deutsche Recht faßt die rechtsgeschäftliche Zuwendung durch Verfügung als dinglichen, von seiner causa unabhängigen Vertrag auf und kompensiert causale, aber wirksame Übertragungen durch eine Leistungskondition des Veräußerers gegen den Erwerber. Grundlage dieser Entscheidung ist die Lehre von der causa, welche die h.M. als den rechtlich relevanten Zweck einer Zuwendung begreift und dabei zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften differenziert. Verpflichtungen können causa donandi, causa acquirendi oder zur Erreichung eines Sicherungszweckes erfolgen. Causa eines synallagmatischen Vertrages ist regelmäßig die geschäftstypische wechselseitige Zuwendung von Ansprüchen; dieser Austauschzweck ist Bestandteil des Vertrages; Verpflichtungsgeschäfte sind daher in der Regel kausal. Bei Verfügungsgeschäften ist der Zuwendungszweck dagegen nicht in der rechtsgeschäftlichen Einigung enthalten; sie erfolgen zum Zwecke der Erfüllung einer vorausgegangenen oder gleichzeitig begründeten Verpflichtung (Grund- oder Kausalgeschäft), sind aber vom Bestand dieser äußeren causa unabhängig. Das BGB kennt aber in Durchbrechung dieses Prinzips auch kausale Verfügungen und abstrakte Verpflichtungen. Dabei ist begrifflich – vor allem bei den Sicherungsrechten – zwischen Abstraktheit und fehlender Akzessorietät zu unterscheiden. Abstraktion umschreibt die Unabhängigkeit eines Rechtsgeschäfts von seiner causa, Nicht-Akzessorietät die fehlende Abhängigkeit eines Rechts von einem anderen Recht, das nicht seine causa darstellt. Hieraus ergeben sich verschiedene Kombinationsmöglichkeiten: das BGB kennt abstrakte und kausale nichtakzessorische Rechte (beispielsweise Sicherungsübereignung bzw. Garantievertrag) sowie abstrakte und kausale akzessorische Rechte (Hypothek bzw. Bürgschaft).

§ 2 Begriffe und Zusammenhänge: Erscheinungsformen abstrakter und kausaler Gestaltung in ausländischen Rechtsordnungen

Teil 1 Schweiz und Österreich

A. Schweiz

Von den deutschsprachigen Nachbarländern, die dem deutschen Rechtssystem historisch eng verbunden sind, weist das Recht der Schweiz in Ansatz und Argumentation die größten Gemeinsamkeiten mit dem deutschen Recht auf; im Ergebnis freilich schlägt sich dies nur noch partiell nieder.

I. Trennungsprinzip

Unter dem Einfluß des gemeinen Rechts hat die Schweiz an der Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften im Grundsatz festgehalten, wenn auch die Lehre vom selbständigen dinglichen Vertrag heute nicht unumstritten ist. Überwiegend stand zunächst die Ansicht im Vordergrund, der „consensus de dominio transferendo et acquirendo“ sei zum Erwerb des Eigentums an beweglichen und unbeweglichen Sachen erforderlich.¹ Allerdings soll nach teilweise vertretener Meinung darin – der überwiegend kausalen Gestaltung der Eigentumsübertragung wegen – kein selbständiger Vertrag liegen², sondern der entsprechende Wille regelmäßig schon im Kausalgeschäft zum Ausdruck kommen. Andere bejahen einen dinglichen Vertrag wie im deutschen Recht. Dies galt auch noch nach der Entscheidung des Bundesgerichts für eine kausale Eigentumsübertragung bei beweglichen Sachen (s. sub II). Heute wird seine Daseinsberechtigung zunehmend bestritten.³ Der isolierte dingliche Vertrag sei Fiktion

¹ BGE 43 II 622; 55 II 304; *Guhl*, Festgabe BG 1922, 98; *v. Tuhr*, ZSR 62 (N.F. 40), 40ff, 60; *Leemann*, Berner Komm. zum ZGB, Bd. IV, Art. 714 n. 14ff; s. auch *Ostinger*, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, 1933, S. 12/13, 23; ablehnend *Howald*, Der dingliche Vertrag, Diss. Zürich, 1946.

² *Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriß des schweizerischen Sachenrechts, Bd. I, Rn. 351, 359.

³ *Haab/Simoni*, Zürcher Komm. zum ZGB, Bd. IV (1977), Art. 714 Rn. 36, 40ff.

und eine Eigentümlichkeit der abstrakten Tradition.⁴ Auch im Immobiliarsachenrecht ist es streitig, ob die einseitige Grundbucheintragung des Veräußerers ein einseitiges, kausales und auf Eigentumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft darstellt, wie dies von der h.L. vertreten wird⁵, oder ob es sich um einen zweiseitigen dinglichen Vertrag handelt.⁶ Nach der von der h.L. vertretenen Ansicht muß sich dann allerdings bereits aus dem Kausalgeschäft der eindeutige, unwiderrufliche Wille des Erwerbers ergeben, Eigentümer werden zu wollen.

II. Abstraktionsprinzip

1. Sachenrecht

Bei der Ausarbeitung des Obligationenrechts von 1881 stand die Frage nach der Tradition bei der Fahrnisübereignung, wo das französische Konsensprinzip und das deutsche Traditionsprinzip zur Wahl standen, im Vordergrund; Für und Wider einer abstrakten oder kausalen Gestaltung wurden offenbar nicht diskutiert.⁷ Vielmehr ging man stillschweigend im Anschluß an die Judikatur von der Geltung des Abstraktionsgrundsatzes aus.⁸ Erst bei der Revision des Obligationenrechts und Schaffung des Zivilgesetzbuches 1912 wurde der Abstraktionsgrundsatz in Frage gestellt. Eine ausdrückliche Regelung fand aber nur für das Immobilienrecht Eingang in das Gesetz. Art. 974, 975 ZGB lassen keinen Zweifel an der Kausalabhängigkeit der Eigentumsübertragung bei Grundstücken.⁹ Dagegen bestimmt Art. 714 ZGB lediglich, daß zur Übertragung des Fahrniseigentums der Übergang des Besitzes auf den Erwerber notwendig ist. Eine ausdrückliche Stellungnahme zum dinglichen Vertrag und zur Bedeutung des Rechtsgrundes fehlt. Nach überwiegender Ansicht wird es aber dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprochen haben, im Anschluß an die damals vorherrschende

⁴ *Haab/Simonius*, Zürcher Komm. zum ZGB, Bd. IV (1977), Art. 714, Rn. 36 a.E.; *Wendt*, JherJhb 19, 29ff., 46ff.; *Simonius*, Festschr. Guhl 1950, 41ff, 41; a.A. für das Liegenschaftsrecht BGE 55 II 302, 308.

⁵ *Homburger*, Zürcher Komm. zum ZGB, Art. 963 N. 14; *Meier-Hayoz*, Berner Komm. zum ZGB, Art. 656 N. 34; *Haab/Simonius*, Zürcher Komm. zum ZGB, Bd. IV (1977), Art. 714 Rn. 14, Art. 656 Rn. 12; *Liver*, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1 (1977), S. 139/140.

⁶ *Wieland*, Zürcher Komm. zum ZGB, Art. 963 N. 2; *Schönenberger/Jäggi*, Zürcher Komm. zum ZGB, Bd. V, Obligationenrecht, Art. 1 N. 95.

⁷ *Haab/Simonius*, Zürcher Komm. zum ZGB, Bd. IV (1977), Art. 714 Rn. 23 mit Nachw.

⁸ *Moecke*, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb, 1962, S. 5; *Haab/Simonius*, Zürcher Komm. zum ZGB, Bd. IV (1977), Art. 714 Rn. 23; *Rumelin*, Festschr. Eugen Huber, 1923, S. 51.

⁹ H.M. vgl. BGE 55 II 302, 306; *Rey*, Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriß des schweizerischen Sachenrechts Bd. I, 1991, Rn. 1509; *Moecke*, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb, 1962, S. 5; *Haab/Simonius*, Zürcher Komm. zum ZGB, Bd. IV (1977), Art. 714 Rn. 24. Zur Terminologie des ZGB und OR bezüglich des Kausalgeschäftes („Rechtsgrund“, „gültiger Grund“, „Erwerbsgrund“) s. *Oftinger*, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, 1933, S. 16/17.

Rechtsprechung und Literaturmeinung, die Fahrnisübereignung abstrakt zu gestalten (Umkehrschluß aus Art. 974 ZGB).¹⁰ Hierfür sprechen auch einige Anhaltspunkte aus der Systematik des Gesetzes, die allerdings nicht zwingend auf das Abstraktionsprinzip schließen lassen. So war es denn dem Schweizer Bundesgericht möglich, sich in seiner berühmten Entscheidung von 1929¹¹ für die kausale Fahrnisübereignung zu entscheiden. Literatur und Rechtsprechung¹² haben sich nach anfänglichem Zögern angeschlossen¹³. Soweit ersichtlich wird die Geltung des Abstraktionsprinzips für das Schweizer Sachenrecht heute überhaupt nicht mehr vertreten.¹⁴

2. Schuldrecht

Etwas anders ist die Rechtslage dagegen bei der Forderungsabtretung, dem wichtigsten schuldrechtlichen Verfügungsgeschäft. Art. 164–174 OR entbehren wiederum jeden Hinweises auf die rechtliche Bedeutung des Rechtsgrundes für die Zession. In Anlehnung an das deutsche BGB dürfte der Gesetzgeber auch hier vom Abstraktionsprinzip ausgegangen sein.¹⁵ Nach h.M. gilt es für diesen Bereich der Verfügungsgeschäfte (noch) bis heute.¹⁶ Es fehlt aber nicht an Literaturstimmen, die sich für eine kausale Abhängigkeit, u.U. begleitet von einem erweiterten Gutgläubenserwerb bei der Forderungsabtretung aussprechen.¹⁷

¹⁰ *Leemann*, Berner Komm. ZGB, Bd. IV (Sachenrecht) Einl. N. 35, Art. 714 N. 23; *Eugen Huber*, Schweizerisches Sachenrecht, 1914, S. 119f; *v. Tuhr*, ZSR 62 (N.F. 40), 40ff; *ders.*, Obligationenrecht I, S. 180; *Trümpi*, Der Gläubigerwechsel bei den Grundpfandtiteln des ZGB, Diss. Bern 1915, S. 89f; *Beck*, Der Eigentumsvorbehalt nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1916, S. 58ff; *Favre*, Essai sur la cause des obligations en droit suisse, Diss. Fribourg 1927, 109ff; BGE 43 II, 619. Gegen eine abstrakte Fahrnisübertragung bereits: *Simonius*, Festgabe Speiser, 1926, S. 89ff.; *Wieland* ZSR N.F. 31, S. 138; *Gerstle*, Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1971, 120ff; *Blancpain*, Le transfert de la propriété résultant de la donation, Diss. Fribourg 1929, S. 44ff; *Iselin*, Abstrakte Tradition in besonderen Fällen, Diss. Basel 1933; *Janner*, Basler Stud. zur Rechtswiss., 15 (1943) 19ff; *Yung*, La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse, Diss. Genf 1930, S. 153.

¹¹ BGE 55 II, 302, 306; seither st.Rspr. vgl. BGE 56 II 210; 64 III 183; 65 II 65, 67 II 160.

¹² Zur teilweise noch abweichenden kantonalen Rechtsprechung *Haab/Simonius*, Zürcher Komm. zum ZGB, Bd. IV (1977), Art. 714 ZGB, Rn. 16.

¹³ Beispielsweise *Haab/Simonius*, Zürcher Komm. zum ZGB, Bd. IV (1977), Art. 714 ZGB, Rn. 24ff.; *Homburger*, ZGB, Art. 922 Bem. 7; *Oftinger*, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, 1933, S. 84ff.

A.A. *Bovay*, Acte translatif de propriété et condition, Diss. Lausanne 1938, S. 83; *v. Tuhr/Sieglwart*, Obligationenrecht I (1942), S. 180, 194 (s. aber *von Tuhr/Peter*, Obligationenrecht I, 3. Aufl. 1979, S. 335f).

¹⁴ *Moecke*, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb, 1962, S. 24; vgl. BGE 50 III 144; 48 II 5; 65 III 54 für die Bestellung und Übertragung von Pfandrechten.

¹⁵ *Moecke*, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb, 1962, S. 4; *Bucher*, Schweizer Obligationenrecht, Allg. Teil, § 4 VIII 4.

¹⁶ BGE 50 II 393; 50 II 154; 55 II 302, 309; 67 II 127; 71 II 169; *Bucher*, Schweizer Obligationenrecht, Allg. Teil, § 31 III 4; *Gauch/Schluep/Jäggi*, Allg. Teil, Bd. II, N. 3631ff; im Erg. abl. N. 3637f.

¹⁷ Einzelheiten und Nachw. unten § 9 Teil 1 A.

Beibehalten wurde das Abstraktionsprinzip auch für die Erteilung rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht. Die Vollmacht ist in Umfang und Bestand von der Wirksamkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts unabhängig, also abstrakt.¹⁸

Als abstrakte schuldrechtliche Verpflichtungen anerkennt das Schweizer Recht lediglich das Wechsel- und Anweisungsakzept¹⁹ sowie das Saldoanerkennntnis²⁰. Die Möglichkeit eines generell abstrakten Schuldanerkennntnisses nach dem Vorbild der §§ 780, 781 BGB wird abgelehnt. Art. 17 OR hat nach h.M. nur eine Beweislastumkehr zur Folge; der Schuldner kann sich mit dem von ihm zu beweisenden Einwand zur Wehr setzen, daß die alte Verpflichtung, von deren Bestand das Anerkenntnis abhängt, nicht bzw. nicht mehr wirksam sei.²¹ Im Ergebnis ist die Rechtslage somit nicht anders als im deutschen Recht, wo der Schuldner über § 821 BGB dieselbe Möglichkeit hat.²²

B. Österreich

I. Sachenrecht

Das österreichische Recht hält bis heute an der gemeinrechtlichen Lehre von „titulus“ und „modus“ als Voraussetzung für jeden Rechtserwerb fest, §§ 380, 424, 425 ABGB. So geht das Eigentum an beweglichen Sachen nur über, wenn eine „traditio“ (modus) **und** ein wirksames obligatorisches Verpflichtungsgeschäft (iusta causa bzw. titulus) vorliegen. Bei unbeweglichen Sachen bildet die Eintragung ins Grundbuch den „modus“, der Eigentumserwerb setzt ebenfalls ein gültiges Verpflichtungsgeschäft voraus. Damit gilt das Prinzip kausaler Überzeugung. Es entspricht heute ganz h.M.²³ Lediglich zur Jahrhundertwende wurde in der Literatur der Versuch unternommen, im Anschluß an das deutsche BGB die abstrakte Tradition einzuführen²⁴, konnte sich aber nicht durchsetzen.²⁵ Im Gegensatz zur Kausalabhängigkeit ist dagegen das Trennungsprinzip,

¹⁸ BGE 78 II 372; v. Tuhr/Peter, Allg. Teil des Schweiz. Obligationsrechts, Bd. I (3. Aufl. 1979), S. 359; Keller/Schöbi, Schweiz. Schuldrecht, Bd. I, 1988, S. 80; Erb, Die Bankvollmacht, Diss. Fribourg, 1974, S. 91f; Engel, Traité des obligations en droit Suisse, 1973, S. 264f; dagegen Gautschi, OR, Art. 396 N. 9c, 11; Schnurrenberger, Vollmacht und Grundverhältnis nach schweizerischem und deutschem Recht, Basel 1969, S. 86ff.

¹⁹ Gubl/Merz/Kummer, Schweizerisches Obligationenrecht, § 89 II, § 54 II.

²⁰ Braun, Das selbständige Forderungsrecht, Diss. Bern 1935, S. 45ff; Oser/Schönenberg, Berner Komm., Bd. V, Art. 119 OR Bem. 6.

²¹ Jäggi, Zürcher Komm. zum ZGB, Bd. V Art. 965 Bem. 100ff.

²² Moecke, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb, 1962, S. 19.

²³ Klang, Bd. II, S. 299f; Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 76, Bd. I, S. 102.

²⁴ Unger, System II, S. 9; Randa, Das Eigentumsrecht nach österreichischem Recht, Leipzig 1884, S. 273ff; Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, Wien 1867, S. 77, 84; Hofmann, Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von iusta causa traditionis, Wien 1873, S. 102ff; weit. Nachw. bei Rappaport, Festschr. 100 Jahre ABGB, 1911, S. 399ff, 405.

²⁵ Entscheidend war u.a. das entschiedene Eintreten Strohsals, JherJhb. 27 (1889) 432ff für die Geltung kausaler Tradition im österreichischen Recht.

d.h. die Lehre vom selbständigen dinglichen Vertrag, heute nicht mehr unangefochten. Bei Inkrafttreten des ABGB sah man im „modus“ einen bloßen Realakt²⁶; es setzte sich dann aber unter dem Einfluß der Pandektistik die Lehre vom zweiseitigen dinglichen Rechtsgeschäft durch.²⁷ Nach heute teilweise vertretener Auffassung²⁸ soll eine dingliche Einigung überhaupt nicht notwendig, nach anderer Ansicht²⁹ die entsprechenden Erklärungen zwar notwendig, aber regelmäßig bereits im Verpflichtungsgeschäft enthalten sein und einer dritten Meinung³⁰ zufolge wird die Übereignung regelmäßig erst bei der zur Übertragung beweglicher Sachen ohnehin noch notwendigen Übergabe erklärt.

II. Schuldrecht

Die Forderungsabtretung ist wie die Eigentumsübertragung ein zweiaktiges Rechtsgeschäft, das Verfügungs- und gültiges Grundgeschäft (Titelgeschäft) voraussetzt. Titelgeschäft und Abtretung (Verfügung) fallen dabei zumeist zeitlich zusammen. Es gilt auch hier das Kausalprinzip³¹.

Im Bereich der Stellvertretung anerkennt das österreichische Recht eine gewisse Abstraktion: Aufträge ohne Vollmacht und vor allem Vollmachten ohne Auftrag sind denkbar. Die Erteilung einer Vollmacht hängt also nicht von einem wirksamen Grundgeschäft ab³².

Das Anerkenntnis ist im ABGB nicht geregelt, aber als Unterfall des Vergleichs (nur einseitiges Nachgeben) anerkannt. Es bildet einen neuen selbständigen Verpflichtungsgrund, der unabhängig davon ist, ob die anerkannte Forderung bestand oder nicht³³. Das Anerkenntnis ist daher abstrakt.

Teil 2 Frankreich

Die für das deutsche Rechtssystem so grundlegende Differenzierung zwischen kausalen und abstrakten Rechtsgeschäften entfällt für den engeren romani-

²⁶ *Rappaport*, Festschr. 100 Jahre ABGB, 1911, S. 399ff, 403ff mit ausführl. historischer Begründung.

²⁷ *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 76, Bd. I, S. 102f.

²⁸ S. etwa die Versuche von *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, 1906, S. 165, in ter partes das Eigentum nach französischem Vorbild bereits mit Abschluß des Kaufvertrages übergehen zu lassen; weit. Nachw. bei *Klug*, Zweimaliger Verkauf der gleichen Sachen, 1932, S. 18.

²⁹ *Spielbüchler*, Schuldverhältnis, S. 101ff; *ders.*, JBl 1971, 592; *Bydlinski*, FS Larenz 1973, S. 1027ff; *Klang/Bydlinski*, IV/12 S. 370ff; *Baier*, ÖJZ 1973, 203.

³⁰ *Welser* JBl 1975, 219f; *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 74.

³¹ *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 292.

³² *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 167f.

³³ OGH JBl 1975, 206; 1977, 486; 1980, 39 m. Anm. *Koziol*; EvBl 1982/144; *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 289.

schen Rechtskreis, als dessen Stellvertreter Frankreich hier näher untersucht werden soll. Das französische Recht kennt kein Abstraktionsprinzip. Aber auch eine Unterteilung in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte und damit das Trennungsprinzip ist weitgehend unbekannt – wie überhaupt eine strenge Trennung zwischen Schuld- und Sachenrecht fehlt.

A. Trennungsprinzip im Code Civil?

Nach Art. 1583 CC geht das Eigentum beim Kauf mit Abschluß des Kaufvertrags auf den Käufer über:

„Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.“

Art. 711 CC, der allgemein die Möglichkeiten des Eigentumserwerbs aufzählt, bestimmt u.a.:

„La propriété des biens s'acquiert et se transmet ... par l'effet des obligations.“

Schließlich wiederholt Art. 1138 CC, der unter dem Abschnitt „De l'effet des obligation“ sich mit der *obligation de donner* befaßt, diese Regelung:

„L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a du être livrée ...“.

Die juristische Konstruktion des Eigentumsübergangs bleibt in der französischen Dogmatik merkwürdig verschwommen. Während einerseits an den Wortlaut von Art. 711 CC anknüpfend ein dinglicher Vertrag abgelehnt und dem Kaufvertrag selbst translative Wirkung beigemessen wird, d.h. die Übertragung ist gesetzlich angeordnete Folge des obligatorischen Vertrages (Theorie der dinglichen Obligation),³⁴ differenzieren andere genau zwischen der schuldrechtlichen Wirkung des Kaufvertrages, insbesondere seiner Verpflichtung, dem Käufer Eigentum zu verschaffen (*obligation de donner*), und dem Vollzug dieser Verpflichtung. Nur wenige unter den Vertretern dieser Ansicht – zumeist deutsche Autoren³⁵ – gehen soweit, einen dinglichen Vertrag anzunehmen³⁶, der dann al-

³⁴ Aubry/Rau/Bartin, Cours de droit civil français, 6. Aufl. 1952, S. 141 Fn. 3; Fuzier/Hermann, Codes annotée, Bd. 5, Art. 1387 – 1707 CC, Art. 1583 CC; Marty/Raynaud, Droit civil, Les obligations – Le régime, n. 6; Ferid/Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Bd. II, Bem. 3 A 20; Plesmann, Eigentumsübergang beim Kauf, S. 15; Baeumer, Eigentumsübergang im französischen Recht, S. 5.

³⁵ Oeckinghaus, Kaufvertrag und Übereignung beim Kauf beweglicher Sachen, 1973, S. 98ff; Schefold, Der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, S. 25f; Neuner, RheinZ 1926, 9, 20.

³⁶ Bufnoir, Propriété et contrat, p. 52: „... cet acte subséquent pourra être une convention pure et simple, sans autre formalité matérielle et déplacement de possession, un contrat réel, suivant une expression que commence à s'acclimater chez nous, translatif, au lieu d'être créateur d'obligations!“

lerdings regelmäßig mit dem Grundgeschäft zusammenfallen.³⁷ Der Code Civil unterstelle als selbstverständlich, daß es dem übereinstimmenden Parteiwillen entspreche, das Eigentum an der Kaufsache bereits mit Abschluß des Kaufvertrags übergehen zu lassen. Ohne einen dinglichen Vertrag – so wird argumentiert – käme man zu dem paradox anmutenden Ergebnis, daß der Grundvertrag eine Verpflichtung begründe, diese Verpflichtung aber nach dem gesetzlichen Regelfall im Augenblick ihrer Begründung auch schon erfüllt wäre.³⁸ Es handelt sich – abgesehen von den noch zu besprechenden Fällen des Gattungskaufs, des Kaufs künftiger Sachen oder des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt – um eine „totgeborene Verpflichtung“³⁹.

Mit der gedanklichen Trennung von Verpflichtung und sachenrechtlicher Rechtsfolge scheint man eher bestrebt, den dogmatischen Grundstein zu legen, den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs der Parteidisposition zu überlassen und von Art. 1583 CC abweichende Regelungen treffen zu können – eine Notwendigkeit, die auch das Konsensprinzip nicht leugnen kann. Allerdings ist diese Lehre vom dinglichen Vertrag in Frankreich keineswegs so ausgeprägt, wie man vermuten könnte und aus deutscher Sicht vielleicht manchmal voreilig unterstellt wird. Überhaupt scheint die Problematik des Trennungsprinzips vorwiegend von deutschen Autoren, die in diesen Kategorien zu denken gewohnt sind, in das französische Recht „hineingetragen“ zu werden.

Die Stellungnahmen der französischen Literatur sind zunächst einmal ganz überwiegend nur dahin zu verstehen, daß die Parteien über den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs disponieren können.⁴⁰ Ob diese Vereinbarung einen eigenständigen dinglichen Vertrag enthält, der im Regelfall mit dem schuldrechtlichen zusammenfällt, aber eine theoretische Aufspaltung in ein obligatorisches und ein verfügendes Rechtsgeschäft ermöglicht, bleibt dabei zumeist offen. Erst in jünge-

³⁷ *Privat*, Einfluß der Rechtswahl auf die rechtsgeschäftliche Mobilienübertragung, 1964, S. 27/28 et passim, der einerseits zwar betont, beim Spezieskauf gehe das Eigentum „ohne Übergabe der Sache und ohne besondere Einigung über den Eigentumsübergang“ auf den Erwerber über (S. 27), andererseits aber im folgenden immer unterstellt, der obligatorische Vertrag enthalte eine stillschweigende Einigung über den Eigentumsübergang (S. 28 et passim); zu den Systemen, welche den Eigentumserwerb schon als unmittelbare Folge des Kaufvertrages ansehen, zählt *Privat* (S. 30) lediglich die skandinavischen Rechtsordnungen.

Die Ansicht, auch das französische Recht kenne einen vom obligatorischen Vertrag zu trennenden dinglichen Konsens findet sich erstaunlich oft in der Literatur des Internationalen Privatrechts. Sie erleichtert die Koordination der verschiedenen Sachenrechte, da dann wenigstens mit den meisten Traditionssystemen insoweit ein Übereignungselement gemeinsam ist (s. Einzelheiten unten § 10 Teil 2), entspricht aber zumindest nicht h.A. in Frankreich; richtig hingegen *Saïler*, Gefahrübergang, Eigentumsübergang, Verfolgungs- und Zurückbehaltungsrecht beim Kauf beweglicher Sachen im Internationalen Privatrecht, 1966, S. 37, der den Eigentumsübergang als Folge des Kaufvertrages begreift, ohne daß es einer besonderen dinglichen Einigung bedürfte.

³⁸ *Oeckinghaus*, Kaufvertrag und Übereignung beim Kauf beweglicher Sachen, 1973, S. 98f mit Nachw.

³⁹ *Carbonnier*, Droit Civil, III, n. 38; IV n. 4; *Catala*, La nature juridique du paiement, 1961, n. 51 et passim; *Terré/Simler/Lequette*, Droit civil, Les obligations, n. 1015; *Bloch*, Rev. trim. de dr. civ. 1988, 673, 694/695.

⁴⁰ S. auch gegen die Annahme eines dinglichen Vertrages *Hanisch* IPRax 1992, 187, 188 I. Sp.

rer Zeit wird mit dem zunehmenden Auseinanderfallen von Abschluß des Kaufvertrages und Eigentumsübergang diese Frage überhaupt erst problematisiert (s. sub B II). Am ehesten wird man noch annehmen dürfen, daß die Parteien zwar durch ausdrückliche Vereinbarung über den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs disponieren können – etwa beim Eigentumsvorbehalt –, daß aber das positive Vorliegen einer entsprechenden (dinglichen) Willensübereinstimmung keineswegs grundsätzlich zur Bedingung erhoben wird.

B. Konsensprinzip

I. Grundlage und Geltungsbereich

Art. 711, 1138, 1583 CC bringen das Fehlen jeglicher Abstraktion bei der Eigentumsübertragung deutlich zum Ausdruck. Das Eigentum geht bei Speziessachen mit Abschluß des schuldrechtlichen Geschäftes *solo consensu* auf den Erwerber über. Übergabe oder Übergabesurrogate sind weder bei Fahrnis noch bei Immobilien notwendig.

Mit der Bezeichnung „Konsensprinzip“ wird gemeinhin zum Ausdruck gebracht, daß im Gegensatz zum Traditionsprinzip eine „*traditio*“ nicht Voraussetzung des derivativen Eigentumserwerbs ist – eine Frage, die mit der Geltung des Abstraktionsprinzips unmittelbar nichts zu tun hat. Der Begriff „Konsensprinzip“ soll hier dennoch in gewisser Weise als Gegensatz zur Abstraktion gebraucht werden, insoweit nämlich als er zum Ausdruck bringt, daß weder ein ausdrückliches Verfügungsgeschäft noch dessen Unabhängigkeit vom Verpflichtungsgeschäft gegeben sein muß, vielmehr ein „einmaliger“ Konsens zur Rechtsübertragung ausreicht. Im Gegensatz dazu werden diejenigen Rechtsordnungen – wie z.B. die der Schweiz und Österreich –, welche zwar ein auf dem Verpflichtungsgeschäft aufbauendes Verfügungsgeschäft (dingliche Einigung) verlangen, dessen Wirkungen aber von der Rechtsgültigkeit des obligatorischen Vertrages abhängig machen, im folgenden mit dem Begriff „Kausalprinzip“ gekennzeichnet.

Das reine Konsensprinzip gilt in Frankreich auch bei der Begründung, Übertragung oder inhaltlichen Änderung beschränkter dinglicher Rechte⁴¹. Nach überwiegender Ansicht⁴² verbietet Art. 1108 CC jeden abstrakten Vertrag.⁴³ Als eine der vier unabdingbaren Voraussetzungen für die Wirksamkeit eines Vertrages ist dort aufgeführt „*une cause licite dans l'obligation*“. Dem „*causa*“-Begriff kommt damit im französischen Recht schon von Gesetzes wegen in der Rechtsgelehrtslehre größere Bedeutung zu als im deutschen Recht.⁴⁴ Inhalt und Bedeu-

⁴¹ *Petereit*, Kreditsicherung, S. 193 und unten § 8 Teil 2 B III.

⁴² Dies gilt trotz der Vorschrift des Art. 1132 CC.

⁴³ Art. 1108 spricht von „*convention*“, meint aber ohne Zweifel die Gültigkeitsvoraussetzungen eines Vertrages („*contrat*“). Nach Art. 1101 ist „*convention*“ der Oberbegriff für rechtsgeschäftliche Vereinbarungen. Die Terminologie des Code Civil ist aber nicht immer klar durchgehalten; s. *Ferid/Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht, Bd. I/1, 1 F 74ff.

⁴⁴ Allerdings kennt das französische Recht auch einen *cause*-Begriff des Bereicherungsrechts

tung der *cause* sind in der französischen Dogmatik allerdings umstritten wie kaum ein anderer Begriff. Konsens besteht eigentlich nur darin, daß eine Definition des vielschichtigen Begriffs nicht möglich ist.

*Domat*⁴⁵ und *Pothier*⁴⁶, auf welche die Lehre der *cause* letztlich zurückgeht, hatten vor allem eine objektive *cause* im Auge. Sie umschreibt den unmittelbaren Vertragszweck (*but immédiat*), d.h. zumeist wäre unter *cause* der typische Vertragszweck zu verstehen (z.B. Leistung um der Gegenleistung willen bei entgeltlichen gegenseitigen Verträgen). Zu unterscheiden ist die *cause* dennoch von den Motiven eines Rechtsgeschäfts, dessen Gegenstand und der bloßen Willensübereinstimmung (*consentement*) der Parteien. Nach dieser kausalistischen Theorie dient die *cause* vor allem dazu, eine Rechtmäßigkeitsprüfung des Geschäfts durch den Richter zu ermöglichen, bei der allerdings die bloßen Motive keine Berücksichtigung finden sollen.

Die Gegenströmung der sog. Antikausalisten⁴⁷ bestritt, daß der *cause* überhaupt eine eigenständige Funktion zukomme, konnten sich aber schon wegen des entgegenstehenden Wortlauts des Code Civil (Art. 1108, 1131) nicht durchsetzen.

Die heute h.M. differenziert zwischen objektiver und subjektiver⁴⁸ *cause*. So soll vor allem bei der Frage, ob dem Rechtsgeschäft ein erlaubter Rechtsgrund zugrundeliegt, auch das entscheidende Motiv (*motif déterminant*) miteinbezogen werden.⁴⁹ Im Ergebnis ähneln sich die Fälle, in denen ein Rechtsgeschäft wegen unerlaubter bzw. sittenwidriger *cause* unwirksam ist (Art. 1131, 1133 CC), und die Fallgruppen, die im deutschen Recht zu §§ 134, 138 BGB entwickelt wurden. Vereinbarungen ohne gültige Zweckbestimmung (*cause*) sind im französischen Recht damit schlechthin unzulässig.

Folglich ist auch die Zession wie die Übertragung des Eigentums vom Konsensprinzip beherrscht.⁵⁰ Eine Art Schuldanerkenntnis ohne Angabe eines Rechtsgrundes scheint dagegen nach Art. 1132 CC zulässig zu sein. Danach ist eine Vereinbarung trotz Nichtangabe der *cause* wirksam. Die ganz h.M. versteht die Vorschrift heute aber dahingehend, daß nur in der Vertragsurkunde der Rechtsgrund nicht angegeben werden, er aber sehr wohl vorhanden sein muß (sog. *billet non causé*).⁵¹

(actio de in rem verso), vgl. *Westermann*, Causa, S. 7f. Für die Eigentumsübertragung kommt der *cause* aber nur insoweit mittelbare Bedeutung zu, als sie den obligatorischen Vertrag beeinflusst und damit u.U. dessen dingliche Wirkungen.

⁴⁵ *Domat*, Lois Civiles dans leur ordre naturel, Paris 1713 I, I, I N. 5.6.

⁴⁶ *Pothier*, Traité des obligations, n. 42.

⁴⁷ Wichtigster Vertreter ist *Planiol* in *Planiol/Ripert/Boulanger*, Traité de droit civil, t. II, n. 287; s. auch *Capitant*, De la cause des obligations, S. 8.

⁴⁸ Hierzu grundlegend, *Capitant*, De la cause des obligations, Paris 1927.

⁴⁹ *Carbonnier*, Droit Civil, t. II/2, n. 190; *Ferid/Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht, Bd. I/1, 1 F 605ff.

⁵⁰ *Neubecker*, Der abstrakte Vertrag, 1903, S. 11; *Schumann*, Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht, 1924, S. 100; *Ferid*, Französisches Zivilrecht, Bd. I, 2 E 123ff.

⁵¹ *Planiol/Ripert/Boulanger*, Traité de droit civil, t. II, n. 305; *Ferid/Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht, Bd. I/1, 1 F 628.

Ein abstraktes Anerkenntnis im Sinne der deutschen Rechtsgrundunabhängigkeit gibt es daher nicht. Art. 1132 CC soll lediglich zugunsten des Gläubigers eine Vermutung für das Vorhandensein einer *cause* aufstellen, die vom Schuldner widerlegt werden kann.⁵² Das *billet non causé* bewirkt also nur eine Beweislastumkehr zulasten des Anerkennenden. Entgegen teilweise vertretener Ansicht wird das Verbot abstrakter Verpflichtungen auch im Wertpapierrecht nicht wirklich durchbrochen. Gerade im Wechselrecht wird zwar gelegentlich von einer *obligation abstraite* gesprochen, damit ist aber nicht gemeint, daß die Wechselforderung rechtsgrundunabhängig wäre.⁵³ Vielmehr bedarf nach französischem Recht die Wechselbegebung einer *causa*. Diese liegt regelmäßig im Grundverhältnis der Parteien (z.B. Kaufpreisforderung⁵⁴) und ist nicht zu verwechseln mit der sog. *provision* nach Art. 116 al. 3 C.Com.⁵⁵ Einwendungen aus diesem Rechtsverhältnis beeinflussen unmittelbar den Bestand der Wechselforderung und können im Verhältnis Aussteller – Bezogener uneingeschränkt geltend gemacht werden.⁵⁶ *Abstrait* im französischen Sinne kann in diesem Zusammenhang einmal bedeuten, daß die Wechselforderung als neue eigenständige (aber kausalabhängige) Forderung neben diejenige aus dem Grundverhältnis tritt.⁵⁷ *Abstrait* ist sie auch insoweit, als die Angabe der *cause* in der Wechselurkunde nach Art. 1132 CC entbehrlich ist und damit eine Beweislastumkehr zulasten des Wechselschuldners eintritt. Soweit man den Wechsel des französischen Rechts aus deutscher Sicht als abstrakt bezeichnet⁵⁸, dürfte aber in erster Linie der Einwendungsausschluß gemeint sein, der auch nach französischem Recht besteht, wenn ein Dritter den Wechsel erworben hat (*l'inopposabilité des exceptions*).⁵⁹ Kausal sei der Wechsel daher nur zwischen den Parteien des Grundverhältnisses, nicht im Verhältnis zu Dritterwerbenden.

Bei der Vollmachterteilung differenziert das französische Recht kaum zwischen Auftrag (*mandat*) und Vertretungsmacht im Außenverhältnis (vgl. schon Art. 1984 „le mandat au procuration est ...“)⁶⁰. Hier macht sich besonders nachteilig bemerkbar, daß das Recht der Stellvertretung im Code Civil nicht allgmein und zusammenfassend geregelt ist. Im Zweifel soll der Auftrag die Vertretungsmacht einschließen; ihre Begründung durch Auftrag ist kausal.⁶¹

⁵² *Ferid/Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht, Bd. I/1, 1 F 628.

⁵³ *Creutzig*, Das selbständige Schuldversprechen, S. 38, 58.

⁵⁴ *Weitnauer*, Wertpapierrecht, S. 24ff; *Prantl*, Abstraktheit des Wechsels, S. 41; *Friedel*, De l'inopposabilité des exceptions en matière d'effets de commerce, S. 167f.

⁵⁵ Hierzu *Prantl*, Abstraktheit des Wechsels, S. 39f.

⁵⁶ v. *Caemmerer*, Int. Rspr. zum Genfer Einheitlichen Wechsel- und Scheckrecht, 1. Folge S. 117 N. 6, S. 118 N. 7.8; 2. Folge S. 152 N. 3; 3. Folge S. 75 N. 1, S. 76 N. 6; *Calais-Auloy*, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, p. 196.

⁵⁷ *Miller*, Wechsel und Grundforderung, S. 39; *Prantl*, Abstraktheit des Wechsels, S. 43.

⁵⁸ *Ferid/Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht, Bd. I/1, 1 F 629.

⁵⁹ *Lescot/Roblot*, Les effets de commerce, Bd. I, S. 96; *Miller*, Wechsel und Grundforderung, S. 39.

⁶⁰ *Ferid/Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht, Bd. I/1, 1 F 1043ff.

⁶¹ *Ferid/Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht, Bd. I/1, 1 F 1043/1044.

II. Einschränkungen des reinen Konsensprinzips

In jüngerer Zeit erfährt das reine Konsensprinzip beim Eigentumserwerb Einschränkungen und die translative Wirkung vor allem des Kaufvertrages weicht in Praxis und Dogmatik einer differenzierten Betrachtungsweise. Schuld daran ist einmal die im Gesetz angelegte Durchbrechung des Eigentumserwerbs *solo consensu* beim Kauf von Gattungsware und erst herzustellender Sachen. Der Bestimmtheitsgrundsatz gebietet hier, daß das Eigentum frühestens mit Individualisierung der Sache auf den Erwerber übergeht (hierzu ausführlich § 5 Teil 1 C II 1). Hinzu kommen neuere Entwicklungen im Mobiliar- und Immobilienrecht. Ein Eigentumsvorbehalt des Verkäufers ist in Frankreich seit langer Zeit zulässig, war aber praktisch unbedeutend, solange er dem Verkäufer im Konkurs des Käufers keinerlei Vorrechte gegenüber anderen Gläubigern einräumte. Seit seiner Anerkennung auch für den Konkursfall durch die *loi 80-335 de 12 mai 1980* und das neue französische Insolvenzgesetz (*loi 85-98 de 25 janvier 1985*) gewinnt er in der Praxis schnell an Bedeutung, so daß beim Ratenkauf der Eigentumsübergang mit Abschluß des Kaufvertrages schon bald die Ausnahme sein wird (zum Eigentumsvorbehalt § 6 Teil 2 A II).

Damit fallen auch beim Stückkauf häufig Kaufvertrag und Eigentumserwerb nicht mehr zusammen. Ein ähnliches Phänomen zeigt sich im Immobilienrecht. Zwar geht dort das Eigentum wegen der geltenden Publizitätsvorschriften nur *inter partes* bereits mit Vertragsschluß über, aber auch für diese interne Beziehung wird es zunehmend gebräuchlich, den Eigentumsübergang durch Vereinbarung hinauszuschieben bis etwa die Vertragsschließung vor dem Notar wiederholt wird, eine Baugenehmigung erteilt ist oder die Bezahlung des Kaufpreises durch die Bereitstellung eines Darlehens gesichert erscheint.⁶² Die praktische Bedeutung dieser Durchbrechungen geht soweit, daß manche Autoren bereits grundsätzlich in Frage stellen, ob der (Kauf-)Vertrag allein noch das Eigentum übertrage.⁶³ Der Kaufvertrag hat zunächst vor allem obligatorische Wirkung. Er schafft die Verpflichtung, das Eigentum auf den Käufer zu übertragen, eine *obligation de donner*⁶⁴ des Verkäufers.⁶⁵ Während es in der Diskussion um die Konstruk-

⁶² Bloch, Rev. trim. de dr. civ. 1988, 673, 674 n. 3, 690 n. 41, 692 n. 46 und unten § 7 Teil 1 A III.

⁶³ *Saint-Alary/Houin*, Réflexion sur le transfert différé de la propriété immobilière, Mélanges Raynaud, 1985, 733. Andere stellen umgekehrt das Vorliegen eines Kaufvertrages in Frage, wenn die Parteien offensichtlich das Eigentum noch nicht auf den Käufer übergehen lassen wollen und klassifizieren die Vereinbarung als bloßen Vorvertrag oder *promesse de contrat*, s. etwa Boyer, Rev. trim. de dr. civ. 1949, 1 n. 19; *Ghestin*, Traité de droit civ., n. 239; abl. hierzu Bloch, Rev. trim. de dr. civ. 1988, 673, 691. Hierzu ausführlich § 7 Teil 1 A III.

⁶⁴ Abl. *Saint-Alary/Houin*, Réflexion sur le transfert différé de la propriété immobilière, Mélanges Raynaud, 1985, 733, 747 n. 25, 26 mit der Begründung, es könne sich um keine Verpflichtung des Verkäufers handeln, da der Eigentumsübergang sich mit Eintritt des vereinbarten Ereignisses automatisch vollziehe, ohne daß es der erneuten Willenserklärung des Veräußerers bedürfe, abl. Bloch, Rev. trim. de dr. civ. 1988, 673, 696.

⁶⁵ Mit dem zeitlichen Aufschub des Eigentumsübergangs stellt sich für die französische Dogmatik ein neues Problem: die *obligation de donner*, die Eigentumsübertragungspflicht, hat bis-

tion des Eigentumsvorbehalts immer h.M. entsprach, daß die eigentumsübertragende Wirkung dem Kaufvertrag selbst zukomme und lediglich ihr Zeitpunkt durch Parteivereinbarung bis zum Eintritt bestimmter Ereignisse hinausgeschoben sei, sprechen erste Vergleiche in der französischen Literatur mit dem deutschen und niederländischen Recht, die eine Annäherung von Konsens- und Abstraktions- bzw. Traditionsprinzip (*solutions dualistes*) konstatieren⁶⁶, dafür, daß sich in der Dogmatik eine Wende anbahnen könnte. Bemerkenswert ist, daß in neuerer Zeit die Frage nach Existenz oder Notwendigkeit eines dinglichen Vertrages in der französischen Literatur überhaupt aufgeworfen wird.⁶⁷ Entspricht es erst einmal dem Regelfall, daß Kaufvertrag und Eigentumserwerb zeitlich auseinanderfallen, so wäre es möglich, der kaufvertraglichen Einigung nur noch obligatorische Wirkung beizumessen.⁶⁸ Zumindest der dingliche Vertrag, wenn auch nicht seine Abstraktheit, wäre dann in greifbare Nähe gerückt.

Teil 3 Anglo-amerikanischer Rechtskreis

A. Sachenrecht

I. Die Bedeutung der *consideration*-Lehre

Bei der Erörterung der Frage, ob auch das anglo-amerikanische Recht abstrakte obligatorische oder dingliche Verträge kennt, wird vor allem von europäi-

lang eine sehr stiefmütterliche Behandlung erfahren, da – sofern man nicht überhaupt ihre Existenz wegen des automatischen Erlöschens mit ihrem Entstehen verneinte (s. die Nachw. bei Bloch, Rev. trim. de dr. civ. 1988, 673, 678 n. 11 Fn. 30; Tallon in Hamel, La vente commerciale de marchandises, p. 93) – sie praktisch kaum von Bedeutung war. Nunmehr stellt sich die Frage, wie diese *obligation de donner* von der Lieferpflicht (*obligation de faire*) abzugrenzen und zu vollstrecken ist, wenn der Verkäufer die Kaufsache sich beispielsweise noch gar nicht beschafft oder sie noch nicht hergestellt hat. Diejenigen, die schon früher das Bestehen einer *obligation de donner* beim Kaufvertrag bestritten haben, weisen darauf hin, daß es eine Verpflichtung, deren Nichterfüllung nicht sanktioniert ist, nicht geben könne und die Verletzung der Eigentumsverschaffungspflicht regelmäßig auch eine Verletzung der *obligation de faire*, d.h. der Lieferverpflichtung darstelle, Starck, Les obligations, 1972, n. 1733; vgl. ausführlich auch Bloch, Rev. trim. de dr. civ. 1988, 673, 678 mit Nachw.

⁶⁶ Waelbroeck, Le transfert de propriété dans la vente d'objets mobiliers, 1961, p. 31, 40; Tallon, Le droit de la vente mobilière dans le code de commerce uniforme des Etats-Unis, Mélanges Voirin, 1967, 797; Cardahi, La vente en droit comparé occidental et oriental, 1968; Stauder in Guyon, Les ventes internationales de marchandises, 1981, p. 123; Bloch, Rev. trim. de dr. civ. 1988, 673, 675 n. 5.

⁶⁷ So etwa, wenn im Ergebnis auch einen dinglichen Vertrag für den Eigentumserwerb ausdrücklich ablehnend, Bloch, Rev. trim. de dr. civ. 1988, 673, 699 unter Hinweis auf den Wortlaut der Art. 1138, 1583 CC.

⁶⁸ Vgl. die vorsichtige Formulierung bei Bloch, Rev. trim. de dr. civ. 1988, 673, 675 n. 5 und 691: „Le transfert de la propriété n'est donc pas, en principe, un élément constitutif du contrat de vente“.

schen Autoren immer wieder auf die *consideration*-Lehre als Beleg für eine fehlende Abstraktion zurückgegriffen.⁶⁹ Mit dem deutschen bzw. französischen Kausabegriff ist die anglo-amerikanische *consideration* aber nur sehr bedingt vergleichbar. Gemeinsam ist dem römischen *causa*-Begriff – soweit auch dem französischen – und der *consideration* die Funktion, unverbindliche von verbindlichen Vertragsversprechen zu unterscheiden.⁷⁰ Nach der *consideration*-Lehre bedarf ein nicht förmlich geschlossener Vertrag (*simple contract*) zu seiner Durchsetzbarkeit einer *consideration*, also einer Gegenleistung im weitesten Sinne, indem der Versprechensempfänger dem Versprechenden oder einem Dritten irgendein gegenwärtiges oder künftiges Recht, Interesse, einen Nutzen oder Vorteil einräumt. Wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit kommt es auf die Angemessenheit der *consideration* als Gegenwert der versprochenen Leistung nicht an. Im Gegensatz zur *causa* umschreibt die *consideration* nicht einen direkten oder nächsten Zweck des Vertrages (*causa finalis*),⁷¹ es kann sich vielmehr um einen für die Parteien völlig untergeordneten Vorteil handeln, der rechtlich lediglich als Seriositätsindiz für den vertraglichen Bindungswillen notwendig ist, weder illegal noch unsittlich sein darf und immer im Vertrag selbst zum Ausdruck kommen muß.⁷² *Neubecker*⁷³ bezeichnet die *consideration* daher nur als einen Ausschnitt der *causa*, verneint aber eine völlige Kongruenz der Begriffe. Letztlich vereint die *consideration* Elemente der „Entgeltlichkeit“⁷⁴ und der *causa*, ohne sich in der Funktion mit beiden vollständig zu decken.⁷⁵ Ähnlichkeiten bzw. Unterschiede zwischen *causa*, *cause* und *consideration* dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß aus der *consideration*-Lehre nicht immer Rückschlüsse auf das Verhältnis von Verfügung und Verpflichtung möglich sind.⁷⁶ Die *consideration* ist Voraussetzung der Klagbarkeit eines Vertragsversprechens. Wo die Erklärung einer Partei aber kein Leistungsversprechen enthält, sondern unmittelbar der Über-

⁶⁹ Auch in der älteren angelsächsischen Literatur wurde die *consideration* vielfach mit dem römischrechtlichen *causa*-Begriff gleichgesetzt, s. etwa *Blackstone*, *Commentaries* II, Ch. 30; weit. Nachw. bei *Rheinstein*, Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses, S. 101.

⁷⁰ *Rheinstein*, Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses, S. 102; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, Bd. II, § 6 IV.

⁷¹ Das *Restatement*, *Contracts* 2d, § 71 betont allerdings etwas stärker den Gedanken der wechselseitigen Verpflichtungen und kommt damit dem deutschen *causa*-Begriff schon näher: „To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for. A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise.“

⁷² *Rheinstein*, Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses, S. 76.

⁷³ *Neubecker*, *Der abstrakte Vertrag*, 1903, S. 26ff.

⁷⁴ Zwar kann man jedes Entgelt als *consideration* im Sinne der anglo-amerikanischen Lehre bezeichnen, aber der Umkehrschluß gilt nicht. *Consideration* kann auch eine Leistung sein, die lediglich „im Hinblick auf“ ein Leistungsversprechen erfolgt, etwa die sicherungshalber gewährte Hypothek für das Darlehensversprechen, s. *Rheinstein*, Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses, S. 100.

⁷⁵ So auch *Rheinstein*, Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses, S. 100/101.

⁷⁶ So aber etwa *Schumann*, *Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht*, 1924, S. 101–104, der aus dem Erfordernis einer wirksamen *consideration* schließt, daß eine abstrakte Zession im deutschen Sinne dem englischen Recht unbekannt sei.

tragung eines Rechts dient, spielt die gerichtliche Durchsetzbarkeit genau genommen keine Rolle mehr. Selbst wenn man also im anglo-amerikanischen Recht soweit geht, bisweilen einen dem deutschen Recht vergleichbaren dinglichen Vertrag anzunehmen, hindert das nur auf obligatorische Verträge zugeschnittene *consideration*-Erfordernis dessen Abstraktheit grundsätzlich nicht. Aber auch hier gelten Einschränkungen. Bisweilen hat die *consideration*-Lehre nämlich durchaus auch über den obligatorischen Vertrag hinaus Bedeutung. So ist nach ganz h.A. der Erlaß einer Forderung, der als Vertrag angesehen wird, nur wirksam, wenn eine *consideration* zugrundeliegt.⁷⁷ Als Merkmal des Bindungswillens und der Rechtswirksamkeit – ohne Rücksicht auf eine notwendige gerichtliche Durchsetzung – kann sie daher bisweilen auch für verfügende Erklärungen von Bedeutung sein, soweit es sich nicht ohnehin um Formalkontrakte handelt.⁷⁸

II. Trennung von Verpflichtung und Verfügung

Obwohl das englische und ihm folgend das U.S.-amerikanische Recht kein Abstraktionsprinzip deutscher Prägung kennen, ist die Unterscheidung zwischen Verpflichtung und Verfügung dort der Sache nach weitaus ausgeprägter und geläufiger als im romanischen Rechtskreis. Die Differenzierung zwischen *contract* bzw. *agreement* als Bezeichnung der schuldvertraglichen Seite und *conveyance*, welche in Erfüllung des Vertrages die Verfügung, d.h. die Übertragung des Rechtstitels auf den Erwerber, kennzeichnet, hat ihren Ursprung vor allem im Immobilienrecht, genauer bei der Übertragung von Grundeigentum, setzt sich aber mehr und mehr auch für den Erwerb beweglicher Sachen, d.h. bei *personal property*, durch.

So unterscheidet der englische Sale of Goods Act 1979 in sec. 2 terminologisch sehr präzise zwischen Kaufverträgen, welche im Sinne des Konsensprinzips das Eigentum unmittelbar auf den Käufer übertragen (*sale*)⁷⁹ und solchen Verträgen, die zunächst nur obligatorische Wirkung haben, bei denen das Eigentum also erst zu einem späteren Zeitpunkt übergehen soll (*agreement to sell*)⁸⁰. Oberbegriff für beide Arten von Kaufvertrag ist der *contract of sale*.⁸¹ Der U.S.-amerika-

⁷⁷ Hierzu bereits *Rheinstein*, Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses, S. 116, 65ff mit Nachw.

⁷⁸ Für Formalkontrakte wie die *deed*, wie sie etwa zur Eigentumsübertragung bei Grundstücken verwendet wird, findet die *consideration*-Lehre ohnehin keine Anwendung. Zur Erwähnung der Gegenleistung in der Übertragungsurkunde im Grundstücksrecht s. § 7 Teil 2 D III 3.

⁷⁹ Sale of Goods Act (SGA) Sec. 2 (4): „Where under a contract of sale the property in the goods is transferred from the seller to the buyer the contract is called a sale.“ *Chitty*, on Contracts, vol. 2 (1983), no. 4098: „... a sale is both a contract and a conveyance.“

⁸⁰ SGA Sec. 2 (5): „Where under a contract of sale the transfer of the property in the goods is to take place at a future time or subject to some condition later to be fulfilled the contract is called an agreement to sell.“ *Chitty*, on Contracts, vol. 2 (1983), no. 4098.

⁸¹ SGA Sec. 2 (1): „A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price.“ S. auch *Halsbury's Statutes*, Sale of Goods Act (Vol. 39), Sec. 2 Note.

nische Uniform Commercial Code enthält eine ähnliche Unterscheidung, die allerdings, was den Eigentumsübergang angeht, nicht so präzise formuliert. Dies liegt aber daran, da der UCC die Frage, wer Eigentümer der Kaufsache ist, für alle Probleme bei der Abwicklung des Kaufvertrages für schlechterdings unerheblich erklärt (UCC § 2-401 [1]). Die Definition des Kaufvertrags in UCC § 2-106 (1) liest sich wie folgt:

„In this Article unless the context otherwise requires ‚contract‘ and ‚agreement‘ are limited to those relating to present or future sale of goods. ‚Contract for sale‘ includes both a present sale of goods and a contract to sell goods at a future time. A ‚sale‘ consists in the passing of title from the seller to the buyer for a price (Section 2-401). A ‚present sale‘ means a sale which is accomplished by the making of the contract.“

Bezogen auf den Eigentumsübergang ist nach der Terminologie des Uniform Commercial Code daher *present sale* ein Kaufvertrag, bei dem das Eigentum sofort auf den Käufer übergeht, *future sale* nicht etwa ein schuldrechtlicher Vorvertrag, sondern ein Kauf, bei dem der Eigentumserwerb später stattfindet, Begründung und Erfüllung der Übereignungsverpflichtung daher zeitlich auseinanderfallen.⁸²

Der Begriff der *conveyance*, der die Übertragung des Rechtstitels umschreibt und damit unserem Verfügungsbegriff nahe kommt, hat seinen Hauptanwendungsbereich im Grundstücksrecht. Dieses soll daher als erstes kurz dargestellt werden.

1. Immobiliarsachenrecht⁸³ – *conveyance by deed*

Englisches und U.S.-amerikanisches Grundstücksrecht haben einen vollständig anderen Eigentumsbegriff als es deutschen Vorstellungen entspricht. Er ist bis heute vom mittelalterlichen Lehenssystem geprägt.

Nach englischer Rechtstradition, die ihren Ursprung in dem von Wilhelm I nach 1066 eingeführten Lehenssystem hatte, kann niemand wirklich Eigentümer eines Grundstücks sein; alles Land gehört der Krone. Bis heute gibt es daher nur verschiedene Abstufungen dinglicher Berechtigungen an Grundstücken, die sich anders als nach deutschem Recht weniger nach Art und Inhalt der Berechtigung unterscheiden⁸⁴, sondern in ihrer zeitlichen Dauer. So kann eine Nutzungsberechtigung beispielsweise auf einige Jahre, die Lebenszeit des Berechtigten oder seiner und die seiner (u.U. genau bezeichneten) Erben beschränkt

⁸² Quinn, Uniform Commercial Code Commentary, § 2-106 [A] Editorial Commentary, note 1.

⁸³ Die dem anglo-amerikanischen Sachenrecht geläufige Einteilung in *personal* und *real property* deckt sich – von der Sonderstellung der *leaseholds* einmal abgesehen – weitgehend mit den Kategorien Fahrnisrecht und Immobilienrecht des deutschen Sachenrechts.

⁸⁴ Wenn man in den Kategorien Eigentum/beschränkte dingliche Rechte denkt. Das anglo-amerikanische Recht kennt aber natürlich neben den hier erwähnten Abstufungen innerhalb des „Grundeigentums“ auch beschränkte dingliche Rechte wie Dienstbarkeiten, Nießbrauch oder Hypotheken, die sachlich einen unterschiedlichen Gehalt haben.

sein.⁸⁵ Das *fee simple absolute* kommt dabei unserer Vorstellung von grundsätzlich unbeschränkt nutzbaren und vererblichen „Voll“eigentum am nächsten.⁸⁶ Bei der Erörterung von Grundstückstransaktionen ist daher sowohl im englischen wie im U.S.-amerikanischen Recht zu beachten, daß Gegenstand des Rechtsgeschäfts niemals das Grundstück selbst ist, sondern immer nur eine bestimmte Nutzungsberechtigung am Grund und Boden.⁸⁷

Die Übertragung solcher *interests in real property* ist ähnlich wie im deutschen Recht an strenge Formerfordernisse gebunden, die von vorneherein eine gewisse Trennung von Kaufvertrag und Vollzug des Eigentumswechsels mit sich bringen. Eine rechtswirksame *conveyance* setzt immer voraus, daß der Veräußerer dem Erwerber eine Übertragungsurkunde (*deed*) übergibt. Erst mit Erfüllung aller Voraussetzungen einer wirksamen *deed* erwirbt der Käufer den *legal title* eines *freehold* oder *leasehold estates*. Bei jener *deed* handelt es sich um eine bestimmten Formen unterworfenen Urkunde, deren Ursprünge sich bis in das 16. Jahrhundert zurückverfolgen lassen.⁸⁸ Sie beinhaltet die vom Verfügenden unterzeichnete – früher auch gesiegelte⁸⁹ – Erklärung, daß dem Erwerber ein bestimmtes Recht an einem näher bezeichneten Grundstück übertragen wird. Die Urkunde muß übergeben bzw. ein Übergabesurrogat ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein. Das U.S.-amerikanische Recht verlangt darüber hinaus eine Annahme (*acceptance*) seitens des Empfängers.⁹⁰ Beide Parteien müssen also ihren übereinstimmenden Willen zum Ausdruck bringen. In England ist dagegen eine Annahme nicht notwendig, die *delivery* gilt als einseitige Handlung mit Zurückweisungsmöglichkeit des Adressaten.⁹¹

In England ist seit dem 1925 in Kraft getretenen Land Registration Act die Eintragung des Erwerbers in das *Land Registry* in einigen Teilen Englands – vorwiegend in den Ballungszentren – obligatorisch.⁹² Ist ein Grundstücksrecht erstmalig eingetragen, kann es künftig nur noch durch *deed* und Registrierung wirksam übertragen werden.⁹³

⁸⁵ Daneben unterscheiden sich *estates in land* auch darin, ob sie ein gegenwärtiges oder künftiges Besitzrecht geben; vgl. *Rohan*, Real Property, 1981, Ch. 6.

⁸⁶ Zur Definition der einzelnen *estates* vgl. für die U.S.A.: Restatement, Property, §§ 14–26.

⁸⁷ Geschichtlicher Abriss bspw. in: American Property Law, Vol. III, § 12.1.

⁸⁸ Ausführlich *Gray*, Elements of land law, p. 79/80.

⁸⁹ In der Praxis hat die ursprünglich bedeutsame Siegelung der Urkunde an Bedeutung verloren. Sowohl in England als auch in den U.S.A. wird das Siegel durch eine schlichte rote Papiermarke ersetzt, die auf die Vertragsurkunde geklebt wird; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. 2, 1984, § 6 II.

⁹⁰ *Miller/Starr*, Calif. Real Estate, §§ 6:43., 6:50.; 23 Am.Jur.2d „Deeds“ (1983 mit Suppl. 1992), §§ 173–186.

⁹¹ *von Hoffmann*, Recht des Grundstückskaufs, 1982, S. 21.

⁹² Vgl. *Kenny/Bevan*, Conveyancing Law, 26–20, 26–21; *Gray*, Elements of Land Law, p. 94; s. auch S. 154 (4) Housing Act 1985.

⁹³ Die Frage, ob es um die Übertragung eines „unregistered“ oder „registered title“ geht, hat aber vor allem für den Nachweis des Rechts des Veräußerers Bedeutung. Nur bei Registrierung wird es „garantiert“. Bei nicht eingetragenen Rechten muß sich der Veräußerer durch eine ihn legitimierende Kette von Übertragungsurkunden (*deeds*) ausweisen können. Sie muß nach englischem Recht mindestens 15 Jahre zurückreichen. Die Möglichkeit der *title insurance* ist eine Besonderheit des U.S.-amerikanischen Rechts.

Auch in den Vereinigten Staaten bestehen heute nahezu überall Bodenregister. Einer Eintragung des Rechtserwerbs in ein Register bedarf es zur *Wirksamkeit* der Übertragung nur in den wenigen Staaten, die sich dem Torrens-System angeschlossen haben.⁹⁴ In der Mehrzahl der Bundesstaaten ist die Registrierung kein konstitutives Element des Rechtserwerbs *inter partes*. Gegenüber Dritten zeitigt die Übertragung des *title* aber nur bei entsprechender Eintragung Wirkung⁹⁵, das gilt vor allem für entgeltliche, gutgläubige Zweiterwerber. Damit besteht allenfalls ein mittelbarer Eintragungszwang.⁹⁶

2. Eigentumsübergang bei beweglichen Sachen

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen bewegliche Sachen ihren Eigentümer wechseln, wird im englischen und U.S.-amerikanischen Recht nicht allgemein im Sachenrecht, sondern vornehmlich im Zusammenhang mit dem Kaufvertragsrecht erörtert.

Der englische Sale of Goods Act 1979 (Sec. 16–19) verzichtet – ebenso wie der Uniform Commercial Code in den USA – auf starre Regelungen für die Eigentumsübertragung. Wann und unter welchen Voraussetzungen der Käufer Eigentümer der Kaufsache wird, überläßt SGA sec. 17 primär der Parteivereinbarung. Der Parteiautonomie sind nur insoweit Grenzen gesteckt, als Voraussetzung für den Eigentumserwerb beim Gattungskauf in jedem Fall die Individualisierung einer bestimmten Sache ist (SGA sec. 16).⁹⁷ Haben die Parteien keine ausdrückliche Regelung getroffen, ist im Wege der Auslegung eine interessengerechte Lösung zu finden.⁹⁸ Häufig wird dies dazu führen, einen Eigentumsübergang bei Lieferung (Übergabe) oder Bezahlung anzunehmen.⁹⁹ Bestehen hierfür keinerlei Anhaltspunkte, bestimmt SGA sec. 18 rule 1 ersatzweise, daß das Eigentum beim nicht bedingt geschlossenen Stückkauf bereits bei Vertragsabschluß übergehen soll – auch wenn Besitzübergabe und Zahlung erst später erfolgen. SGA sec. 18 rule 2–4 treffen Sonderregelungen für den „sale on approval“, „sale on return“ und den Fall, daß der Verkäufer die Kaufsache noch in bestimmter Weise bearbeiten soll.

Auch der Uniform Commercial Code (1972)¹⁰⁰ räumt der Parteivereinbarung absolute Priorität ein, vorausgesetzt die Kaufsache ist schon individualisiert

⁹⁴ Hierzu ausführlich unten § 7 Teil 2 B I.

⁹⁵ Statt vieler *Atteberry/Pearson/Litka*, Real Estate Law, p. 198.

⁹⁶ Hierzu unten § 7 Teil 2 B II 2.

⁹⁷ *Chitty*, on Contracts, vol. 2 (1983), no. 4186.

⁹⁸ *Dobson*, Sale of Goods and Consumer Credit, no. 3–08.

⁹⁹ Vgl. etwa *Ward v. Bignall*, 2 All E.R. 449 (1967), 1 Q.B. 534, 545.

¹⁰⁰ Der Uniform Commercial Code mit seinem offiziellen Text von 1972 ist, soweit nichts anderes vermerkt, Grundlage der folgenden Ausführungen. Er erfaßt nahezu alle Warenverkäufe über bewegliche Sachen (nur ganz wenige Vorschriften gelten nur für Kaufleute) und gilt mit Ausnahme von Louisiana in allen Bundesstaaten und im District of Columbia. Auf Abweichungen und Besonderheiten der einzelstaatlichen Textfassungen wird nur soweit dies von besonderem Interesse ist eingegangen.

Louisiana folgt weitestgehend dem französischen Code Civil und damit dem Konsensprinzip, vgl. ausführlich zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen nach dem Louisiana Civil Code *Litvinoff*, Louisiana Civil Law Treatise, Obligations, Book 2 1975, § 31 et seq.

(UCC §2-401 [1] letzter Satz; UCC §2-105 [2]). Gesetzliche Auffangregelungen enthält UCC §2-401 (2), (3), der danach differenziert, ob die Sache transportiert werden soll oder nicht. Der Eigentumsübergang wird dabei an die Erfüllung der Verkäuferpflichten geknüpft, so daß das Eigentum je nach Vertrag z.B. mit Versendung oder Anlieferung beim Käufer übergeht. Verbleibt die Ware nach Vertragsschluß an Ort und Stelle, soll der Käufer mit Aushändigung entsprechender *title documents*, mangels solcher beim Spezieskauf mit Abschluß des Kaufvertrags Eigentümer werden.

III. Kausal- oder Konsensprinzip – dinglicher Vertrag im anglo-amerikanischen Recht ?

Mit der *conveyance by deed* im Grundstücksrecht haben sich das englische, vor allem aber das U.S.-amerikanische Recht deutlich vom reinen Konsensprinzip entfernt. Schuldrechtliche Verpflichtung und sachenrechtlicher Vollzug derselben sind nicht nur äußerlich getrennte Vorgänge, sondern unterliegen auch einer eigenständigen, wenn auch nicht immer vom Kaufvertrag vollständig getrennten Beurteilung. Der rechtsgeschäftliche Charakter der *deed* im U.S.-amerikanischen Recht wird dabei an mehreren Stellen deutlich, auch wenn einige Autoren noch immer die Qualifikation als Vertrag ausdrücklich ablehnen¹⁰¹ und mit Ausnahme der Regeln über die Geschäftsfähigkeit keine vertragsrechtlichen Grundsätze angewandt wissen wollen.¹⁰² So zeigt sich die Vertragsnatur in der allgemein anerkannten Notwendigkeit übereinstimmender Willensäußerung durch *delivery* und *acceptance*.¹⁰³

„Delivery and acceptance, then, are simultaneous and correlative acts, comparable to the companion acts of offer and acceptance of a contract“.¹⁰⁴

¹⁰¹ S. etwa *Rohan*, Real Property, §15.03.; *Parker*, Das Privatrecht der Vereinigten Staaten, 1960, S. 89; *Tiffany*, 17 Mich. L.Rev. 103, 122 (1918). Faßt man *contract* nur als obligatorischen Vertrag auf, ist der Ausdruck *agreement* als Bezeichnung für zwei übereinstimmende Willenserklärungen treffender. Daher kann sich *Tiffany* nicht auf *Pollock*, Contracts, Appendix A, 1875, zum Beweis dafür berufen, daß die *conveyance* kein Vertrag sei. *Pollock* unterscheidet nämlich in diesem Sinne und bezeichnet die *conveyance* als *agreement* (unter Bezugnahme auf den Vertragsbegriff *Savignys*); hierzu ausführlich §3 Teil 3.

¹⁰² *Browder/Cunningham*, Basic property law, p. 760, 807; *Boyer*, Survey of the Law of Property, 3rd ed. 1981, p. 426 (case 219); *Bernhardt*, Property, p. 226: „A deed is not a contract, and mutual signatures are not required. It is generally required that the grantee accept the deed, but this is not the same as signing it.“ Zur Ausdehnung des Vertragsrechts auf *deeds* zwischen 1750 und 1850 s. aber *Friedman*, History of American Law, p. 534.

¹⁰³ Das Erfordernis der *acceptance* ist heute unstrittig; s. aber noch *Tiffany*, 17 Mich.L.Rev. 103 (1918); zur Rechtslage in England s. *Tiffany*, aaO p.120 und *von Hoffmann*, Recht des Grundstückskaufs, 1982, S. 21.

¹⁰⁴ 23 Am.Jur.2d „Deeds“ (1983 m. Supp. 1992), §174, p.196; s. auch *Rohan*, Real Property, §1503, wonach *delivery* „an amalgam of conduct and intent“ sei, also keineswegs ein rein tatsächlicher Vorgang.

Für Wirksamkeit und Auslegung wird immer wieder der in *delivery* und *acceptance* zum Ausdruck kommende Wille der Parteien betont.¹⁰⁵

Weniger ausgeprägt ist die Abkehr vom Konsensprinzip im Fahrnisrecht. Das U.S.-amerikanische Recht kennt aber auch hier durchaus den Begriff der *disposition* im Gegensatz zum *contract (of sale)* für eine Veränderung in der dinglichen Zuordnung.¹⁰⁶ Englisch wie amerikanisches Recht stellen wie gezeigt für den Kauf äußerst flexible Formen des Eigentumsübergangs zur Verfügung, die aber weder ein Mindestmaß an Publizität noch – ihrem Wortlaut nach – eine vom Grundgeschäft getrennte rechtsgeschäftliche Einigung im Sinne eines dinglichen Vertrages voraussetzen. Der Rechtsübergang bereits mit Abschluß des Kaufvertrages wird – anders als etwa im französischen Recht – als eine wenig interessengerechte Lösung angesehen. UCC §2–401 (3) (b) nennt sie nur als *ultima ratio*, nach SGA sec. 18 rangiert diese Möglichkeit zwar etwas weiter vorne im Katalog gesetzlicher Ersatzregelungen, kommt aber häufig deshalb nicht zur Anwendung, weil die Auslegung des Vertrages schon zu einem anderen Ergebnis führt. Wenn beide Regelungen des Kaufrechts für den *transfer of title* primär auf die Parteivereinbarung abstellen, so ist damit nicht unbedingt eine dingliche Einigung im Sinne des deutschen Rechts gemeint. Die Parteivereinbarung kann sich darauf beschränken, im Rahmen des Kaufvertrages zu bestimmen, daß das Eigentum bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses wie der Auslieferung oder der Übergabe an eine Transportperson auf den Käufer übergehen soll. Der Wechsel der Rechtszuständigkeit selbst ist dann nur von rein tatsächlichen Vorgängen abhängig. Dennoch liegt in der Tatsache, daß die Parteien über den Zeitpunkt des Eigentumserwerbs disponieren dürfen, bereits eine Abkehr von der rein „dinglichen Obligation“. Der Schritt zum echten dinglichen Vertrag, der nicht nur Erklärungen über das „wann“ des Eigentumserwerbs enthält, sondern darüber, daß ein solcher nach dem Parteiwillen überhaupt stattfinden soll, ist nur noch klein.

In der älteren Literatur wird das anglo-amerikanische Mobiliarrecht analog dem französischen Recht oft dem Konsensprinzip unterstellt.¹⁰⁷ Bereits der englische Sale of Goods Act von 1894 und der U.S.-amerikanische Uniform Sales Act, Vorgänger des Uniform Commercial Code, formulieren den Grundsatz des Eigentumsübergangs bei Abschluß des Kaufvertrages nur noch als Vermutung. Die neuere Sachenrechtsliteratur in England¹⁰⁸ überträgt inzwischen den Begriff der *conveyance* auch auf die Fahrnisübergewinnung und betont die Notwendigkeit der Parteübereinkunft für den Eigentumswechsel.¹⁰⁹

¹⁰⁵ *Miller/Starr*, Calif. Real Estate, § 6:50.; *Tiffany*, 17 Mich.L.Rev. 103, 105/106 (1918).

¹⁰⁶ *Treister/Trost/Forman/Klee/Levin*, Fundamentals of Bankruptcy Law, 2d ed. 1988, § 4.03(a), p. 139.

¹⁰⁷ *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, 1936 (Neudruck 1957), S. 29f; *Neubecker*, Arch-Bürg.Recht 22 (1903), 34, 52 sieht im *agreement to sell* lediglich einen Vorvertrag.

¹⁰⁸ *Lawson/Rudden*, Law of property, 2d ed. 1982, p. 65.

¹⁰⁹ *Lawson/Rudden*, Law of property, p. 65 „aquisition by consent“, p. 66 („... nothing more is needed than the intention of the parties that the property shall pass.“).

Allerdings weisen z.B. *Lawson/Rudden*¹¹⁰ darauf hin, daß die erforderliche Einigung über den Eigentumsübergang bei der Schenkung nicht ohne weiteres im obligatorischen Grundgeschäft gesehen werden kann, da dieses nach englischem Recht keiner Annahmeerklärung des Beschenkten bedarf. Sie sehen die entsprechende Erklärung, Eigentümer werden zu wollen, konkludent in der Nichtzurückweisung des Geschenks bei Übergabe.

Ganz deutlich ausgesprochen ist der Vertragscharakter der dinglichen Verfügung in den U.S.-Staaten, die den im wesentlichen von *David Dudley Field* erarbeiteten Entwurf zu einem New Yorker Civil Code übernommen haben.¹¹¹ So enthalten die zivilrechtlichen Kodifikationen von Kalifornien (1872), Montana (1895), North Dakota und South Dakota (1877) einen allgemeinen sachenrechtlichen Teil, der zunächst den Begriff der Übertragung im Anschluß an § 458 des New Yorker Entwurfes definiert:

„Transfer is an act of the parties or of the law by which the title to property is conveyed from one living person to another.“¹¹²

Die rechtsgeschäftliche Verfügung wird daran anschließend entsprechend § 459 des *Field Codes* wie folgt beschrieben:

„A voluntary transfer is an executed contract, subject to all rules of law concerning contracts in general except that a consideration is not necessary.“¹¹³

Allein aus der Definition der Verfügung als *executed contract* ließe sich vielleicht noch nicht schließen, daß der *transfer* selbst als Vertrag einzuordnen ist; dies könnte auch als bloßer Hinweis auf die Erfüllungswirkung verstanden werden. Überwiegend werden als „contracts“ nur verpflichtende Verträge verstanden, während der Oberbegriff „agreement“ dem deutschen Vertragsbegriff näher kommt. Aus dem Verweis auf die Anwendbarkeit aller vertragsrechtlichen Vorschriften wird die Vertragsnatur aber deutlich. Die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages trotz fehlender *consideration* ist dabei, auch wenn sie historisch zunächst eher auf die Förmlichkeit der *deed* zurückzuführen sein dürfte¹¹⁴, die logische Konsequenz aus dem Verfügungscharakter der Vereinbarung. Das Vorhandensein der *consideration* entscheidet nach traditionellem *common law*-Verständnis über die Klagbarkeit eines vertraglichen Versprechens. Es wäre daher

¹¹⁰ *Lawson/Rudden*, Law of property, p.65/66.

¹¹¹ Der letzte Entwurf stammt aus dem Jahre 1865: Civil Code of the State of New York, Report Complete by the Commissioners of the Code, Albany, 1865. Trotz mehrerer Anläufe und des intensiven Bemühens *Fields* wurde der Code in New York selbst nie Gesetz, hatte aber großen Einfluß auf die Kodifikationen anderer Staaten, insbesondere Kaliforniens 1872. S. hierzu *Friedman*, History of American Law, p.403 et seq.

Zu einem möglichen Einfluß *Savignys* auf die Arbeit von Field s. § 3 Teil 3.

¹¹² §1039 Calif. Civ. Code; §70-1-501 Montana Code Ann.; §43-4-1 South Dakota Cod. Laws; §47-09-01 North Dakota Century Code.

¹¹³ §1040 Calif. Civ. Code; §70-1-502 Montana Code Ann.; §43-4-4 South Dakota Cod. Laws; §47-09-03 North Dakota Century Code.

¹¹⁴ Auch verpflichtende Verträge ohne *consideration* waren nach *common law* klagbar, wenn sie „under seal“ abgeschlossen waren.

sinnlos, das Erfordernis auf sachenrechtliche Verfügungen zu übertragen, welche einen Anspruch erfüllen, nicht aber begründen.

Die Trennung von Verpflichtung und Verfügung kommt auch im Entwurf *Fields* deutlich zum Ausdruck: in der Anmerkung zu Title IV „Transfers“ wird ausdrücklich darauf verwiesen, daß

„The obligations of the parties to a transfer for consideration, or to a contract of hiring, are regulated by the titles on Sales, on Exchange, and on Hiring.“

Obwohl die genannten gesetzlichen Vorschriften zumeist im Zusammenhang mit der *deed* erwähnt werden, gelten sie grundsätzlich auch für bewegliche Sachen.¹¹⁵

Im Ergebnis sind damit die amerikanische *conveyance by deed* und die deutsche Auffassung nicht nur in ihrer Funktion, sondern auch in ihrer rechtstechnischen Struktur vergleichbar. Für bewegliche Sachen ist der dingliche Vertrag zumindest teilweise ebenfalls anerkannt. Die Erkenntnis, Verfügungen über Sachen als eigenständiges und vom Kaufvertrag oder sonstigen Kausalgeschäft getrenntes Rechtsgeschäft einzuordnen, hat sich damit nur unwesentlich zeitlich versetzt auch in Teilen der USA durchgesetzt.¹¹⁶

B. Zession

Für die Forderungsabtretung gelten ähnliche Grundsätze wie für den Eigentumsübergang im Liegenschaftsrecht, allerdings mit Ausnahme der strengen Formerfordernisse. Das Zessionsrecht ist wie das Grundstücksrecht dadurch gekennzeichnet, daß sich für den rechtsgeschäftlichen Forderungsübergang selbst ein eigenständiger Verfügungsbegriff gebildet hat (*assignment*¹¹⁷), der von dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft einerseits getrennt wird, andererseits das Verhältnis beider Vorgänge unerörtert und dogmatisch ungeklärt bleibt. Für das *assignment* genügt nach h.A. der übereinstimmende Wille der Parteien, daß die Forderung vom Zedenten auf den Zessionar übergehen soll; weiterer Formalien bedarf es nicht, so daß sich der unmittelbare Vergleich zum dinglichen Vertrag nach § 398 BGB geradezu aufdrängt. Einzelheiten der Abhängigkeit von *assignment* und Grundgeschäft sind in § 9 dargestellt.

¹¹⁵ S. die jeweilige Überschrift, z.B. „Title by transfer – general provisions“ bzw. „Transfer of property“. *Field* weist in seiner Anmerkung zu §§ 458, 459 des Entwurfes darauf hin, daß § 459 zunächst nur für „grants of real property“ vorgeschlagen war, aber zweifellos auch auf *personal property* Anwendung finde. Zum Nachweis führt er die New Yorker Entscheidungen *Bunn v. Winthrop*, 1 Johns.Ch.329; *Irons v. Smallpiece*, 2 B & Ald. 551, 554 und *Jackson v. Garnsey*, 16 Johns. 189 an.

¹¹⁶ S. auch § 3 Teil 3.

¹¹⁷ Im Gegensatz zum deutschen Begriff der Zession erfaßt *assignment* grundsätzlich auch die Schuldübernahme.

Teil 4 Zusammenfassung

Schweizer und österreichisches Recht kennen als Ausfluß des Trennungsprinzips einen dinglichen Vertrag, dessen Berechtigung und Notwendigkeit aber jeweils umstritten sind. Demgegenüber konnte sich das Abstraktionsprinzip in Österreich nicht, in der Schweiz nur für die Zession erhalten. Beide Rechtsordnungen kennen jedoch die abstrakte Vollmacht und in unterschiedlichem Umfang abstrakte schuldrechtliche Verträge.

Der französische Code Civil verfolgt konsequent das reine Konsensprinzip und trennt grundsätzlich nicht zwischen Verpflichtung und Verfügung. Der rechtsgeschäftliche Kausa-Begriff verhindert die Abstraktion jeden Vertrages von seiner *cause*. Neuere Entwicklungen im Bereich des Eigentumsvorbehalts und im Immobilienrecht, die bereits bestehende Durchbrechungen des Konsensprinzips beim Gattungskauf ergänzen, haben jedoch auch in Frankreich vereinzelt die Frage nach der Notwendigkeit eines eigenständigen, wenn auch nicht kausalunabhängigen dinglichen Vertrages aufkommen lassen. Von seiner Anerkennung scheint man allerdings selbst in der Literatur noch weit entfernt.

Das anglo-amerikanische Recht trennt Verpflichtung und Verfügung dogmatisch voneinander, ohne aber – jedenfalls im Fahrnisrecht – in der dinglichen Übertragung einen Vertrag zu sehen oder sie inhaltlich vom Bestand des Kausalgeschäftes zu lösen. Es nimmt damit eine Mittelstellung zwischen dem deutschsprachigen Rechtskreis und dem französischen Konsensprinzip ein. Im US-amerikanischen Grundstücksrecht tritt dagegen die *conveyance by deed* als eigenständiger dinglicher Vertrag hervor, der – was noch zu zeigen sein wird – auch in Wirkungen und Bestand weitgehend vom Kausalgeschäft und seinen Mängeln abstrahiert.

§ 3 Historische Entwicklung des Abstraktionsprinzips und anderer Gestaltungsformen

Die Geschichte der abstrakten Verfügungen, wie sie das BGB heute kennt, ist Gegenstand zahlreicher Abhandlungen gewesen.¹ Andererseits wird der historische Rückblick zumindest für das Sachenrecht teilweise auch für überflüssig erachtet, da die bei Schöpfung des Abstraktionsprinzips maßgeblichen und vornehmlich begriffsjuristisch geprägten Gründe heute ohnehin nicht mehr von Bedeutung seien.² Dennoch soll ein kurzer historischer Abriss zum Verständnis des Abstraktionsgedankens beitragen und Parallelen bzw. Unterschiede in der Entwicklung des Mobiliar-, Immobilier- und Abtretungsrechts aufzeigen.

Teil 1 Sachenrecht

A. *Fabrisübergabe*

Das uns heute im deutschen Recht geläufige Abstraktionsprinzip ist relativ jungen Datums. Sein „Vater“ ist *Friedrich Carl v. Savigny* (1779–1868), der für den Bereich der Übergabe beweglicher Sachen als erster die Lehre vom abstrakten „dinglichen Vertrag“ formulierte.³ Sowohl Trennungs- als auch Abstrak-

¹ So etwa *Lange*, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition, Leipzig 1930 mit zahlr. Nachw. zur älteren Literatur; *Pflüger*, Die Lehre vom Erwerb des Eigentums nach römischem Recht, 1937; *Brandt*, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Leipzig 1940, S. 19–120; *Buchholz*, Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht – Zur Geschichte der Auflassung und Grundschuld, Frankfurt 1978.

² So z.B. *May*, Beseitigung des Abstraktionsprinzips, S. 32.

³ Teilweise wird auch *Martini*, der einen Vorentwurf zum österreichischen ABGB verfaßte, als eigentlicher Begründer des abstrakten dinglichen Vertrages angesehen; so insbesondere *Brandt*, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, S. 8, 63, 70; *Strohal*, Die Gültigkeit des Titels als Erfordernis wirksamer Eigentumsübertragung, Graz 1891, S. 24; *Rappaport*, Festschr. zur Jahrhundertfeier des ABGB, 2. Teil, Wien 1911, S. 399ff, 415. Diese Einschätzung geht darauf zurück, daß *Martini* auch bei Dissens über das Titelgeschäft den Eigentumserwerb bejahte, wenn jede der von den Parteien angenommenen causa zur Eigentumsübertragung tauglich ist. Hiergegen haben sich bereits *Spielbühler*, Der Dritte im Schuldverhältnis, 1973, S. 103 und *Mayer-Maly*, ZNR 1990, 164, 166 gewandt und darauf hingewiesen, daß man richtigerweise nur eine – auf den Dissens beschränkte – Entscheidung der Digestenantinomie *Martinis* zugunsten der Lösung Julians annehmen kann; an anderer Stelle bekannte sich der Entwurf *Martinis* eindeutig zur Lehre von *titulus* und *modus acquirendi*.

tionsprinzip im engeren Sinne gehen auf ihn zurück. Ihre rasche Rezeption führte alsbald zur Anerkennung der Grundsätze auch bei der Grundstücksübereignung, bei der Begründung und Übertragung beschränkt dinglicher Rechte und hat letztlich auch die Zessions- und Stellvertretungsregelungen beeinflusst.

I. Die Übereignung im römischen und gemeinen Recht bis zum 19. Jahrhundert

Wichtigste Form der Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen war im klassischen römischen Recht die formfreie Übergabe („*traditio*“).⁴ Ihr mußte ein gültiges Kausalgeschäft z.B. in Form eines Kauf- oder Schenkungsvertrages zugrundeliegen. Später wurden Kauf und Schenkung als Handgeschäfte selbst zu sachenrechtlichen Übertragungsakten, die „*traditio*“ verlor vorübergehend an Bedeutung. Erst im Justinianischen Recht gewann sie ihre ursprüngliche Übereignungsfunktion zurück. Unklar ist, inwiefern sie in ihrer Gültigkeit von einer wirksamen *causa* abhing; einige Hinweise auf die im klassischen Recht abstrakt gestaltete „*mancipatio*“⁵, welche später an Bedeutung verloren hatte, lassen auch den Rückschluß auf eine vom Kausalgeschäft losgelöste „*traditio*“ zu.⁶ So spricht manches dafür, daß schon das klassische römische Recht sich mehr und mehr vom Erfordernis einer *causa praecedens* löste und schließlich eine abstrakte Willenseinigung, der *animus transferendi et accipiendi domini* zur Eigentumsübertragung ausreichte.⁷ Sicher geläufig war der abstrakte dingliche Vertrag jedenfalls dem byzantinischen Recht des 11. Jahrhunderts.⁸

In der Zeit der Glossatoren vermischten sich die römischrechtliche „*traditio*“ und die deutsche „*sala*“. Erst das Naturrecht gebar dann – allerdings unter starker Betonung des Willensmomentes für die Übereignung –, die Lehre von „*titulus*“ und „*modus*“, welche bis in die Zeit *Savignys* Gültigkeit behielt. Alle rechtlichen Voraussetzungen für den Übergang des Eigentums fielen danach – mit Ausnahme der Besitzübertragung – unter den Begriff „*iusta causa*“ bzw. „*titulus*“. Hierunter war in erster Linie das Rechtsgeschäft zu verstehen, welches zur Übereignung verpflichtete. Dem ursprünglich nur obligatorischen Vertrag kam damit

Oftinger, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, 1933, S.57 weist darüber hinaus zu Recht darauf hin, daß eine mögliche vertragliche Natur der Besitz- bzw. Rechtsübertragung bereits bei *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, §21, S. 103ff (Ausgabe 1798) angesprochen ist.

⁴ Ausführlich *Lange*, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition, Leipzig 1930.

⁵ Vgl. *Lange*, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition, Leipzig 1930, S.38ff; *Kaser*, *Römisches Privatrecht*, §24 II 1.

⁶ *Kaser*, *Römisches Privatrecht*, §24 V 2 a.

⁷ Nachw. bei *Lange*, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition, Leipzig 1930, S.45ff, der aber selbst die abstrakte Willenseinigung auf nachklassische Überarbeitungen der Quellen zurückführt.

⁸ *Brandt*, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, S.32 mit Nachw.; *Kaser*, *Römisches Privatrecht*, §24 V 2 a.