

Trennung, Abstraktion, Tradition

Von Wiss. Mitarbeiter **Johannes Herb**, Stud. iur. **Jana Ebersberger**, Maître en droit, Bayreuth*

Der Aufsatz befasst sich mit drei Strukturelementen des deutschen Privatrechts, nämlich den Prinzipien der Trennung, Abstraktion und Tradition. Paradigmatisches Beispiel für die Untersuchung ist der Erwerb einer beweglichen Sache. Anhand eines Vergleichs mit der französischen Zivilrechtsordnung will der Beitrag dafür sensibilisieren, dass die Grundentscheidungen für Trennung, Abstraktion und Tradition nicht logisch-zwingend¹ ist, aber doch gute Gründe hat. Gerade der (kursorische) rechtsvergleichende „Blick über den Tellerrand“ ermöglicht es, die Stärken und Schwächen der beiden Systeme nachzuvollziehen. Hoffnung und Überzeugung der Autor:innen ist es, dass dieses tiefergehende Verständnis auch für die Klausurpraxis hilfreich ist.

I. Einführung

Die dem BGB zugrunde liegende Entscheidung vor allem für Trennung und Abstraktion wurde seit ihrer Einführung oft und heftig als lebensfremd und entbehrlich kritisiert und ebenso häufig und nachdrücklich verteidigt.² Es gibt wohl keine anderen Prinzipien des Privatrechts, welche einerseits die deutsche Rechtsanwendung derart prägen und andererseits die Durchfallquoten in Klausuren vergleichbar stark in die Höhe treiben.³

Bevor eine nähere Auseinandersetzung mit den Funktionen sowie Vor- und Nachteilen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips erfolgt, ist es zunächst sinnvoll, sich zu vergegenwärtigen, was hierunter (nicht) zu verstehen ist und die verschiedenen Probleme durch begriffliche Klarheit abzuschichten. Dabei kann entlang dreier Gegensatzpaare operiert werden. Diese sind das Trennungs- bzw. Einheitsprinzip (II.), das Abstraktions- und Kausalprinzip (III.) sowie das Traditions- bzw. Konsensualprinzip (IV.). Diese Prinzipienpaare schließen sich zum Teil, aber nicht stets aus. So ist es etwa möglich, das Trennungsprinzip mit dem Kausalprinzip zu kombinieren, wie dies im österreichischen ABGB erfolgt ist.⁴ Die im

* Der Verf. *Herb* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht von Prof. Dr. *Michael Grünberger*, LL.M. (NYU) an der Universität Bayreuth. Die Verf. *Ebersberger* ist dort Stud. Mitarbeiterin. Für wertvolle Anregungen danken wir *Irina Ufholz* und *Michael Putz*. Der Code civil wird abgekürzt als CCiv, der Code de commerce als CCom.

¹ So aber *Wilhelm*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 27 bezüglich Trennung und Abstraktion. Dagegen zu Recht *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 7 f.

² Umfangreiche Nachweise bei *Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, Einl. BGB Rn. 127 ff. Näher zu den historischen Hintergründen der Einführung des Abstraktionsprinzips im BGB *Strack*, Jura 2011, 5 ff.

³ Vgl. nur der eindringliche Hinweis bei *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 3: „einer der ‚sichersten‘ Wege, um in der Klausur durchzufallen“.

⁴ *Gschntzer*, Österreichisches Sachenrecht, 2. Aufl. 1985,

Folgenden exemplarisch untersuchte deutsche sowie französische Zivilrechtsordnung verkörpern die genannten Gegensätzlichkeiten indes in Reinform. Dementsprechend wurde im BGB jeweils das erste (d.h. Trennung, Abstraktion, Tradition), im Code civil jeweils das zweite Paarelement (d.h. Einheit, Kausalität, Konsens) verwirklicht.

II. Trennungsprinzip und Einheitsprinzip

Wenn sich in den Klausur-Randbemerkungen der resigniert bis wütend formulierte Hinweis „Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip!“ findet, ist oft eigentlich eine Verletzung des Trennungsprinzips gemeint.⁵ Das Trennungsprinzip besagt dabei schlicht, dass Verpflichtung und Verfügung⁶ als Rechtsgeschäfte nebeneinander existieren und dass zwischen ihnen zu unterscheiden ist.⁷

Beispiel: Kathrin (K) betritt das Fahrradgeschäft der Véronique (V). Sie sieht ein grünes Rad, das sie anspricht, einigt sich mit V über den Preis von 500 €, zahlt diesen bar und bekommt anschließend das Rad von V auch direkt ausgehändigt.⁸

Das Trennungsprinzip meint, dass die Frage, ob K Eigentümerin des Rades wurde, von der Frage zu trennen ist, ob K auch einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung aus Kaufvertrag hatte bzw. V einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung. Aufgrund dieser Aufspaltung eines einheitlichen Lebenssachverhalts, der von Nichtjuristen meist umfassend als „Kauf“ bezeichnet wird,⁹ liegen im vorliegenden Fall aus rechtlicher Perspektive drei Rechtsgeschäfte vor: Kaufvertrag (vgl. § 433 BGB), Übereignung des Rades (vgl. § 929 S. 1 BGB) sowie Übereignung des Bargeldes (vgl. § 929 S. 1 BGB).

Das Einheitsprinzip folgt demgegenüber der Intuition juristischer Laien und behandelt diesen Vorgang als ein einziges Rechtsgeschäft.¹⁰ Konsequenterweise fehlt im Code civil

S. 100; *Ferrari*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. 1, 2009, S. 367.

⁵ Vgl. auch *Jauernig*, JuS 1994, 721.

⁶ Ein Verfügungsgeschäft ist nicht stets ein Vertrag, sondern kann auch einseitig sein (z.B. § 875 BGB), vgl. *Wilhelm* (Fn. 1), Rn. 25.

⁷ *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, Einl. Sachenrecht Rn. 15; *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 379 (380 f.).

⁸ Fragen des anwendbaren Rechts bleiben außer Betracht. Wir unterstellen, dass es sich jeweils um einen reinen (französischen bzw. deutschen) Inlands Sachverhalt handelt, vgl. *Martiny*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 1 Rn. 24.

⁹ So auch *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 220.

¹⁰ Vgl. Art. 711 CCiv: „La propriété des biens s'acquiert et se

die dem BGB eigene, strikte Differenzierung zwischen Schuld- und Sachenrecht.¹¹ Auch in Frankreich gibt es einen im Wesentlichen mit dem deutschen Recht vergleichbaren Sach- und Eigentumsbegriff.¹² Für den Übergang des Eigentums am Rad von V auf K genügt jedoch die bloße Einigung der Parteien und es bedarf insbesondere keiner weiteren Publizitätsakte wie der Übergabe (Konsensprinzip, für den Kauf vgl. Art. 1583 CCiv).¹³ Bereits im Moment des Kaufvertragschlusses, also schon vor Aushändigung des Rades von V an K, hat letztere nach französischem Recht an diesem Eigentum erworben, Art. 1196 Abs. 1 CCiv. Der Fall zeigt zugleich, dass das Einheitsprinzip notwendigerweise mit dem Konsensprinzip (dazu gleich unter IV.) korreliert, wenn man nicht einen Publizitätsakt schon für den obligatorischen Vertrag fordern möchte. Das wäre allerdings kaum praktikabel.

III. Abstraktionsprinzip und Kausalprinzip

Das Abstraktionsprinzip setzt zwar das Trennungsprinzip voraus,¹⁴ geht aber noch einen Schritt weiter. Nicht nur ist gedanklich und juristisch zwischen der obligatorischen und der dinglichen Ebene zu differenzieren, sondern die Unwirksamkeit¹⁵ des Verpflichtungsgeschäfts führt darüber hinaus nicht zur Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts.¹⁶ Wandelt man den obigen Fall ab, sodass K erst 17 Jahre alt ist, führt die (schwebende¹⁷) Unwirksamkeit¹⁸ des Kaufvertrags mit V nach §§ 2, 106, 107, 108 Abs. 1 BGB nicht zur Unwirksamkeit der Übereignung des Rades.¹⁹ Das Abstraktionsprinzip

transmet [...] par l'effet des obligations.“ (Der Erwerb und die Übertragung von Eigentum erfolgt aufgrund von Verbindlichkeiten).

¹¹ *d'Avout*, Effizienter Rechtsverkehr in der französischen Rechtsordnung, in: Gebauer/Huber (Hrsg.), Dingliche Rechtsposition und Verkehrsschutz, 2015, S. 9 (10). Auch in Deutschland sind nicht alle Verfügungen in den §§ 854–1296 BGB geregelt (abweichend etwa die Abtretung nach §§ 398 ff. BGB oder die außerordentliche Kündigung gem. § 543 BGB). Kündigungen sind, da sie unmittelbar rechtsgeschäftlich ein bestehendes Recht verändern, auch Verfügungen. Das ist Studierenden häufig nicht bewusst, aber etwa für § 2040 Abs. 1 BGB relevant, vgl. *Löhnig*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 2040 Rn. 4 f.

¹² *Sauer*, ZVerglRWiss 118 (2019), 81 (85).

¹³ Sog. effet légal du contrat, vertiefend *Barret/Brun*, Rép. Dr. Civ., Vente: effets, 2020, Act. 2021 Rn. 5 ff.

¹⁴ *Martinek*, in: Festschrift für Helmut Rübmann, 2012, S. 95 (102).

¹⁵ Gemeint sind auch Fälle, in denen das BGB von Nichtigkeit (z.B. § 125 S. 1 BGB) spricht.

¹⁶ Statt aller *Leipold*, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2019, § 8 Rn. 5; *Faust* (Fn. 3), § 5 Rn. 3.

¹⁷ Bzw. bei Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 S. 1 BGB): endgültige.

¹⁸ Vgl. nur *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 34 Rn. 51.

¹⁹ Der Minderjährigenschutz wird durch die fehlende Empfangszuständigkeit der K gewährleistet, sodass die Forderung

kann dabei noch einmal in eine inhaltliche sowie eine äußere Abstraktheit unterteilt werden. Letztere meint die bereits skizzierte fehlende automatische Interdependenz des Bestandes von Kausal- und Erfüllungsgeschäft. Erstere setzt noch einen Schritt davor an und bietet die analytische Grundlage hierfür, indem davon ausgegangen wird, dass sich das Verfügungsgeschäft auf einen Minimalkonsens²⁰ reduzieren und damit von der Causa lösen lässt.²¹

Selbstverständlich kann und will das Abstraktionsprinzip jedoch keine vollständige Unabhängigkeit des Verfügungsvom Verpflichtungsgeschäfts erreichen.²² Schon weil mit jeder Art der Zuwendung ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird, besteht auch unter Zugrundelegung des Abstraktionsprinzips ein Bedürfnis, diesem Zweckfortfall Rechnung zu tragen.²³ Der Unterschied zum sog. Kausalprinzip besteht allerdings darin, dass es eines gesonderten Regelungsregimes bedarf, um die dingliche Rechtslage rückabzuwickeln. Diese Aufgabe erfüllt in Deutschland das Bereicherungsrecht.²⁴ Zumindest ungenau ist somit die Formulierung des BGH, wonach das Abstraktionsprinzip besage, dass „Mängel des Grundgeschäfts nicht die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts berühren.“²⁵ Einen (mittelbaren) Berührungspunkt zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft schafft gerade das Kondiktionsrecht.

In der dem sog. Kausalprinzip folgenden französischen Rechtsordnung ist eine derartige bereicherungsrechtliche Rückwicklung gerade entbehrlich.²⁶ Denn hier führt die Unwirksamkeit des Kaufvertrags (z.B. wegen Anfechtung, frz. *action en nullité*) stets auch zur Unwirksamkeit der Übereignung.²⁷ Das Eigentum fällt also ipso iure an den Verkäufer

aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nicht wegen Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) erloschen ist, vgl. *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2021, § 17 Rn. 4. Dies ändert aber nichts an der Wirksamkeit der Eigentumsübertragung.

²⁰ Beispielsweise die dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB umfasst nur: (1.) die Parteien, d.h. Verkäufer und Erwerber, (2.) die zu übereignende Sache und (3.) die Rechtsfolge der Eigentumsübertragung, *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 929 Rn. 24.

²¹ *Neuner* (Fn. 18), § 29 Rn. 67; *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 379 (380 f.). Das Prinzip der inhaltlichen Abstraktheit überschneidet sich partiell mit dem Trennungsprinzip, vgl. *Jauernig*, JuS 1994, 721.

²² *Wilhelm* (Fn. 1), Rn. 27.

²³ *Stadler* (Fn. 1), S. 8.

²⁴ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 3. Aufl. 1979, S. 156 f.

²⁵ BGH NJW 1989, 1609 (1610).

²⁶ Das heißt aber nicht, dass es in Frankreich kein Bereicherungsrecht gibt, ausführlich dazu *Romani*, Rép. Dr. Civ., Enrichissement injustifié, 2018, Act. 2021; zur Leistungskondition siehe Art. 1302 ff. CCiv; Cass 1e Civ, 17.2.2010, n°08-19.789.

²⁷ Die Wirkung ist retroaktiv, siehe Art. 1178 al. 2 CCiv. Es handelt sich hierbei um eine ex tunc-Wirkung, im französischen Recht als Fiktion der Situation, in der der Vertrag nie-

zurück, ohne dass es hierfür eines weiteren (Übergabe-)Aktes bedarf.

Mit Fragen der Abstraktion der (Un-)Wirksamkeiten nicht zu verwechseln sind schließlich solche nach der Akzessorietät. Letztere beschäftigt sich mit der Abhängigkeit eines Nebenrechts von einem Hauptrecht, z.B. der Hypothek von der Forderung (§ 1153 BGB).²⁸ Auch hier geht es zwar um die Abhängigkeit eines Rechts von einem anderen Recht. Kennzeichnend für das Abstraktionsprinzip ist allerdings, dass es sich gerade um die Akzessorietät einer Verfügung von der schuldrechtlichen Causa, d.h. dem bereicherungsrechtlichen Grund zum Behaltendürfen,²⁹ handelt.³⁰ Bei der Übertragung des Anwartschaftsrechts vom Vorbehaltskäufer an einen Dritten beispielsweise ist diese Causa nicht der Kaufvertrag mit dem Vorbehaltsverkäufer (von dessen Wirksamkeit gleichwohl der Bestand des Anwartschaftsrechts abhängt³¹), sondern der Kaufvertrag mit dem Dritten.

IV. Traditions- und Konsensualprinzip

Das letzte Gegensatzpaar wurde bereits kurz bei der Vorstellung des Einheitsprinzips angerissen. Dabei besagt das Traditionsprinzip, dass zur Übertragung eines dinglichen Rechts neben der Einigung ein weiteres, die Publizität gewährleistendes, Element nötig ist. Dieser zweite Baustein der Mobilienübergabe ist in Deutschland nach § 929 S. 1 die Übergabe (von lat. *traditio* = Übergabe). Im obigen Fall erlangte K folglich erst Eigentum an dem Rad, als V ihr dieses aushändigte.

In Frankreich dagegen erfolgt die Eigentumsübertragung *solo consensu*, d.h. allein aufgrund des übereinstimmenden Parteiwillens,³² Art. 711, 1583, 1196 Abs. 1 CCiv. Auf die Zahlung des Kaufpreises kommt es nicht an.³³ Diese starke Betonung der Privatautonomie bietet zunächst vor allem für den Handelsverkehr erhebliche Vorteile, weil dadurch die Eigentumsübertragung auch über große Entfernungen hinweg augenblicklich und ohne relevante Transaktionskosten vorgenommen werden kann.³⁴ K hätte in Frankreich das Eigentum am Rad somit auch allein durch eine telefonische Einigung mit V erwerben können, ohne deren Geschäft aufzusuchen. Es überrascht daher nicht, dass das Konsensprinzip im internationalen Handelsverkehr weit verbreitet ist.³⁵

mals existierte, bezeichnet, vgl. *Lachière*, *Droit des contrats*, 5. Aufl. 2020, Rn. 447.

²⁸ *Stadler* (Fn. 1), S. 18 f.

²⁹ *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 417.

³⁰ *Stadler* (Fn. 1), S. 18 f.

³¹ *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 929 Rn. 61 f.; *Müller/Gruber*, Sachenrecht, 2016, Rn. 1632; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 11 Rn. 61 m.w.N.; a.A. *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 17 Rn. 27.

³² *d'Avout* (Fn. 11), S. 13; *Sauer*, *ZVerglRWiss* 118 (2019), 81 (91).

³³ Vertiefend *Barret/Brun* (Fn. 13), Act. 2021 Rn. 9 ff.

³⁴ *Sauer*, *ZVerglRWiss* 118 (2019), 81 (108).

³⁵ *Sauer*, *ZVerglRWiss* 118 (2019), 81 (109).

Auch das BGB will den Bedürfnissen des Handelsverkehrs nach einer schnellen und unkomplizierten Möglichkeit zur Eigentumsübertragung gerecht werden. Es schwächt dazu den Grundsatz des § 929 S. 1 BGB erheblich ab. Zunächst genügt nach § 929 S. 2 BGB schon die bloße Einigung, wenn der Erwerber die Sache bereits besitzt. Eine weitere Einschränkung liegt im Institut des mittelbaren Besitzes als Form der „vergeistigten“³⁶ Sachherrschaft. Durch die §§ 930, 931 BGB ist es auch im deutschen Sachenrecht möglich, das Eigentum zu übertragen, ohne dass dies nach außen erkennbar wird. Schließlich bauten Rechtsprechung und Lehre auch dieses Modell noch aus, indem für Streckengeschäfte³⁷ die dogmatische Figur des sog. Geheißerwerbs entwickelt wurde.³⁸ Für Fälle des Erwerbs vom Berechtigten³⁹ ist mithin (je nachdem, wie sehr man bereit ist, im mittelbaren Besitz bzw. der Besitzverschaffungsmacht einen Publizitätsakt zu sehen⁴⁰) das ursprüngliche Traditionsprinzip stark relativiert.⁴¹

Doch warum legt das BGB überhaupt Wert auf die Übergabe als Publizitätsakt? Der Grund hierfür liegt (auch) in der mit dem Unterschied zwischen Verpflichtung und Verfügung korrelierenden Differenz zwischen relativem und absolutem Recht.⁴² Während Ansprüche aus relativen Rechten nur gewissen Personen entgegengehalten werden können (z.B. beim Kaufvertrag der Zahlungsanspruch nur dem Käufer, beim Mietvertrag der Gebrauchsanspruch nur dem Vermieter), wirken absolute Rechte gegenüber jedermann.⁴³ Das Eigentum als paradigmatisches absolutes (und dingliches) Recht kann also nicht nur gegenüber dem Vertragspartner des dinglichen

³⁶ Vgl. nur *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 868 Rn. 4.

³⁷ Auch außerhalb von Streckengeschäften ist der Einsatz von Geheißpersonen möglich, *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 15.

³⁸ Dazu näher *Masloff*, JA 2000, 503 ff.; *Schulte-Nölke*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 929 Rn. 22 ff.

³⁹ Im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs (§§ 932–934 BGB) ist die Sache komplizierter: Dort kommt es nach wie vor darauf an, dass der Veräußerer jeden (mittelbaren oder unmittelbaren) Besitz verliert und der Erwerber Besitz erlangt. Nicht immer genügt für Letzteres mittelbarer Besitz, *Baur/Stürner* (Fn. 37), § 52 Rn. 3.

⁴⁰ Verneinend *Müller/Gruber* (Fn. 31), Rn. 71: §§ 930, 931 BGB als „praktisch ‚publizitätslose‘ Übergabe“. Dagegen ließe sich anführen, dass z.B. bei der Änderung des Besitzmittlungswillens „eine ‚nach außen verlautbarte‘ Willensbetätigung etwa durch Äußerungen des Besitzmittlers gefordert“ wird, *Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 929 Rn. 66 m.w.N.

⁴¹ Dementsprechend sah man schon in den Beratungen zum BGB der Begründungsstrang der Publizität eher als Nebeneffekt an, Hauptzweck sei demgegenüber die Bestätigung des Übereignungswillens der Parteien, dazu ausführlich *Heinze* (Fn. 40), Vor §§ 929 ff. Rn. 19 ff.

⁴² Vgl. *Stadler* (Fn. 1), S. 123.

⁴³ *Sutschet*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 241 Rn. 8 f.

oder obligatorischen Erwerbsgeschäfts geltend gemacht werden, sondern gegenüber jedem Dritten. Dementsprechend gewährt es vor allem über die §§ 985 ff., 1004, 823 BGB umfassende Nutzungs- und Ausschließungsbefugnisse (vgl. § 903 BGB).⁴⁴ Die Kehrseite dieser Wirkung erga omnes ist allerdings, dass Dritte in viel stärkerem Maß betroffen sind als bei relativen Rechten.⁴⁵ Um deren Interessen angemessen Rechnung zu tragen, hält es das BGB für erforderlich, dass nach außen erkennbar ist, wem welche absoluten Rechte zugeordnet sind. Diese Funktion erfüllt primär der sachenrechtliche Publizitätsgrundsatz,⁴⁶ welcher im Mobiliarsachenrecht wiederum in erster Linie durch das Traditionsprinzip verwirklicht wird.⁴⁷ Die Anknüpfung an äußerlich erkennbaren Besitz als Rechtsscheins- (§ 1006 Abs. 1 BGB) und Publizitätsträger erlaubt es dem Rechtsverkehr, Rückschlüsse auf die Eigentumslage zu ziehen.⁴⁸

Der Notwendigkeit eines Mindestmaßes an Publizität kann sich auch das französische Zivilrecht nicht verschließen. Zwar verursachen die genannten Publizitätsakte Kosten, die das Konsensprinzip auf den ersten Blick vermeidet.⁴⁹ Allerdings nimmt mit dem Grad, in dem das Konsensprinzip konsequent umgesetzt wird, zugleich das Maß an Rechtsunsicherheit durch eine unklare dingliche Zuordnung zu. Diese Rechtsunsicherheit beeinträchtigt ebenfalls die Zirkulationsfähigkeit von Waren, weil ein Erwerber beispielsweise nicht davon ausgehen kann, mit der Besitzverschaffung durch den Veräußerer auch das Eigentum erlangt zu haben: Der Veräußerer hätte sein Eigentum bereits allein durch Konsens mit einem Dritten an diesen übertragen können. Die Privatrechtsakteure müssen dann selbständig Maßnahmen ergreifen, um hinreichende Rechtssicherheit herzustellen. Dieses Dilemma sieht auch der Code civil und bestimmt durch Art. 1198 Abs. 1 CCiv, dass im Falle des mehrfachen Verkaufs einer beweglichen Sache derjenige Eigentümer wird, der zuerst den Besitz an ihr erlangt.⁵⁰ Das reine Konsensprinzip scheidet zudem in Fällen des Gattungskaufs oder des Kaufs einer noch herzustellenden Sache (vgl. § 650 BGB), weil hier im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht feststeht, welche Sache übereignet werden soll.⁵¹ Die zur Eigentumsübertragung dann nach französischem Recht jeweils erforderliche Konkretisierung weist Ähnlichkeiten zur deutschen Ausgestaltung des Traditions- bzw. Spezialitätsprinzips auf.⁵² Die Beispiele zeigen, dass der anfängliche Kostenvorteil des Konsensprinzips gegenüber dem

Traditionsprinzip allenfalls marginal ist.⁵³ Es ist daher nicht sinnvoll, eines der Modelle in Reinform zu verwirklichen.

V. Vermeintliche und tatsächliche Durchbrechungen des Abstraktionsprinzips

Für das Traditionsprinzip wurde bereits herausgearbeitet, dass es im BGB nicht strikt durchgehalten wird. Das Trennungsprinzip erscheint hingegen weitestgehend frei von vergleichbaren Einschränkungen.⁵⁴ Das mag auch daran liegen, dass es in erster Linie eine divergierende gedankliche Strukturierung bewirkt,⁵⁵ die für den Mobiliareigentumserwerb erforderlichen Handlungen der Parteien aber kaum berührt. Doch wie verhält es sich mit dem Abstraktionsprinzip? Welche vermeintlichen und tatsächlichen Ausnahmen erfährt es? Um diese Frage zu beantworten, sollen kurz die Fälle der sog. Fehleridentität skizziert⁵⁶ und eingeordnet werden.

Für das Verständnis dieser Fallgruppe ist wichtig, dass hier im Ausgangspunkt nicht die Unwirksamkeit des obligatorischen Rechtsgeschäfts kausal ist für die Unwirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts. Vielmehr lässt sich ein *beiden Geschäften zugrunde liegender, in der Ursache aber identischer Fehler* ausmachen, der sowohl die Wirksamkeit auf Verfügungs- als auch auf Verpflichtungsebene berührt.⁵⁷ Im obigen Fall der 17-jährigen K ist es nicht die (schwebende) Unwirksamkeit des Kaufvertrags, die zur (schwebenden) Unwirksamkeit der Bargeldübereignung führt, sondern der identische Fehler „beschränkte Geschäftsfähigkeit“⁵⁸ wird nicht nur beim Kaufvertrag, sondern auch im Rahmen der Einigung nach § 929 S. 1 BGB relevant.

Dementsprechend berechtigt ist die häufige⁵⁹ Kritik an der mitunter (zu) pauschalen Formulierung von der „Durchbrechung des Abstraktionsprinzips“.⁶⁰ Gerechtfertigt erscheint diese Einordnung dennoch in manchen Fällen. Zu nennen ist zunächst das Wuchergeschäft nach § 138 Abs. 2 BGB. Aus der Formulierung „versprechen oder *gewähren lässt*“ wird allgemein abgeleitet, dass die Nichtigkeitsfolge hier sowohl den schuld- als auch den sachenrechtlichen Vertrag erfasst.⁶¹ Dies kann nur als (gesetzlich angeordnete⁶²) Ausnahme vom

⁴⁴ Vgl. nur *Brückner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 903 Rn. 22 ff.

⁴⁵ Vgl. *Müller/Gruber* (Fn. 31), Rn. 69 i.V.m. Rn. 16.

⁴⁶ Neben der Publizität wird die Klarheit der Zuordnung durch das Spezialitätsprinzip gewährleistet, dazu *Baur/Stürner* (Fn. 37), § 4 Rn. 17 ff.

⁴⁷ *Klinck*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. U 106.

⁴⁸ *Baur/Stürner* (Fn. 37), § 4 Rn. 9 ff.; *Sauer*, ZVerglRWiss 118 (2019), 81 (109).

⁴⁹ *Sauer*, ZVerglRWiss 118 (2019), 81 (110).

⁵⁰ Zum Ganzen *Sauer*, ZVerglRWiss 118 (2019), 81 (111 f.).

⁵¹ *Ferrari*, ZEuP 1993, 52 (73, 75).

⁵² *Sauer*, ZVerglRWiss 118 (2019), 81 (105 f.).

⁵³ *Sauer*, ZVerglRWiss 118 (2019), 81 (105 f.).

⁵⁴ Vgl. auch *Stadler* (Fn. 1), S. 7.

⁵⁵ Vgl. *Meier/Jocham*, JuS 2021, 494 (495).

⁵⁶ Eine ausführliche Darstellung der Fehleridentität kann hier nicht erfolgen; ausgeklammert sind unter anderem §§ 119 Abs. 2, 139 BGB und die Fälle des Bedingungszusammenhangs. Siehe dazu *Lieder/Berneith*, JuS 2016, 673 ff.; *Heinze* (Fn. 2), Einl. BGB Rn. 130 ff.

⁵⁷ *Meier/Jocham*, JuS 2021, 494 (495); *Neuner* (Fn. 18), § 29 Rn. 70.

⁵⁸ D.h. die §§ 2, 106 ff., 131 Abs. 2 BGB.

⁵⁹ *Müller/Gruber* (Fn. 31), Rn. 81; *Lieder/Berneith*, JuS 2016, 673 (674): „Folge einer konsequenten Durchführung des Abstraktionsprinzips“.

⁶⁰ So etwa *Baur/Stürner* (Fn. 37), § 5 Rn. 50.

⁶¹ BGH NJW 1994, 1275; *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 138 Rn. 57.

⁶² *Schiemann*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. D 17.

Abstraktionsprinzip verstanden werden: Denn der Vorwurf wucherischen Verhaltens bezieht sich auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, d.h. allein auf die obligatorische Ebene.⁶³ Entsprechend den obigen Ausführungen zur inhaltlichen Abstraktheit wird das Verfügungsgeschäft definitorisch gerade freigehalten von der Causa als notwendigem Bestandteil.⁶⁴ Es bietet somit schon keinen Anknüpfungspunkt für Fragen nach dem Wertverhältnis. Die Nichtigkeit der Verfügung lässt sich somit nur mit einer wertenden, den gesamten Lebenssachverhalt berücksichtigenden Betrachtung inhaltlich rechtfertigen.

Auch in den sonstigen Fällen der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) führt die obige Idee der Fehleridentität – d.h. dass die Unwirksamkeit von Verpflichtung und Verfügung isoliert zu prüfen sind, beide aber am identischen Fehler leiden – nicht weiter. Denn auch insoweit lässt sich angesichts des Postulats des dinglichen Minimalkonsenses nicht erklären, wieso der bloße übereinstimmende Wille zur Verfügung über einen Gegenstand gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.⁶⁵ Erst aus einer Gesamtbetrachtung heraus wird deutlich, dass nicht bloß etwa Forderungen abgetreten werden (§ 398 S. 1 BGB), sondern eine den Zedenten knebelnde, da keine dingliche Verzichtsklausel enthaltende, Globalzession vorliegt, die zu einer nach § 138 Abs. 1 BGB auch dinglich unwirksamen Übersicherung führt.⁶⁶

Gleiches lässt sich für die Anfechtbarkeit der Einigung nach § 929 S. 1 BGB sagen, wenn etwa der Gebrauchtwagenverkäufer arglistig verschweigt⁶⁷, dass es sich um einen Unfallwagen handelt.⁶⁸ Dagegen wird angeführt, dass es für § 123 Abs. 1 BGB nur auf die Ursächlichkeit der Täuschung für die Abgabe der Willenserklärung ankommt; diese Kausalität der Täuschung lässt sich zumeist auch bezüglich der dinglichen Einigung bejahen.⁶⁹ Das ist zwar richtig, dennoch gerät diese Position in Konflikt zur Idee der inhaltlichen Abstraktion. Charakteristikum des dinglichen Geschäfts ist seine Freiheit von der kausalen Zweckbestimmung, übrig bleibt nur noch

ein Minimalkonsens.⁷⁰ Die Motive für diesen bewusst sehr eng gefassten Konsens sollen die dingliche Wirksamkeit gerade nicht beeinträchtigen, jedenfalls dann, wenn sich das täuschungsbedingte Motiv auf schuldvertragliche Umstände wie den Kaufpreis⁷¹ bezieht.⁷² Damit soll nicht etwa gesagt sein, dass in diesen Täuschungsfällen die Unanfechtbarkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts befürwortet wird. Zu zeigen war allerdings durchaus, dass sich das deutsche Zivilrecht durch die Anerkennung des Rechtsinstituts der Täuschungsanfechtung als Form des Motivirrtums⁷³ von einer radikalen Umsetzung des Ideals inhaltlicher Abstraktion distanziert. All jene Konstellationen, in denen ernsthaft zweifelhaft ist, ob das Abstraktionsprinzip durchbrochen wird, sind geprägt durch eine starke Betonung normativer Erwägungen.⁷⁴ Dementsprechend offen wird zum Teil auch von Billigkeitsgründen gesprochen.⁷⁵ Dies lässt sich als Symptom dafür lesen, dass die strikte Trennung der Unwirksamkeitsgründe zu blinden Flecken an jenen Stellen führt, an denen sich die rechtliche Missbilligung nicht klar den Kategorien „Verpflichtung“ und „Verfügung“ zuordnen lässt, sondern erst die Gesamtbetrachtung als einheitlicher Lebenssachverhalt deren Dimensionen vollständig freilegt. Darin, diesen Lebenssachverhalt unmittelbar in den Blick zu nehmen, liegt erkennbar eine Stärke des Einheitsprinzips.

VI. Vor- und Nachteile des Trennungs- und Abstraktionsprinzips

1. Argumente gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Als Beleg dafür, dass schon das Trennungsprinzip unbrauchbar sei, wird seit jeher⁷⁶ vorgebracht, dass es einen einheitlichen Lebenssachverhalt kontraintuitiv zerteile und eine schwer verständliche, abstrahierende Terminologie zur Folge habe.⁷⁷ So richtig diese These quasi definitionsgemäß ist, bleibt doch die Frage, inwieweit diese dem Laienverständnis widersprechende Lösung auch problematisch ist. Dafür spricht prima

⁶³ Meier/Jocham, JuS 2021, 494 (498), die § 138 Abs. 2 BGB allerdings nicht als Fall der Fehleridentität einordnen.

⁶⁴ Siehe oben bei Fn. 20 f.

⁶⁵ Zur Sittenwidrigkeitsformel siehe nur *Wendtland* (Fn. 61), § 138 Rn. 16 f. m.w.N.

⁶⁶ Vgl. BGH NJW-RR 1990, 1459; *Vieweg/Werner* (Fn. 31), § 11 Rn. 20; *Baur/Stürner* (Fn. 37), § 59 Rn. 52.

⁶⁷ § 123 Abs. 1 BGB erfasst eine Täuschung durch Unterlassen nur, sofern eine Aufklärungspflicht besteht. Eine solche kann sich insbesondere aus § 242 BGB ergeben, vgl. *Neuner* (Fn. 18), § 41 Rn. 106 ff.; Falllösung bei *Sommer/Herb*, Jura 2019, 1181 (1188).

⁶⁸ Weiß der Gebrauchtwagenkäufer, dass es sich um einen Unfallwagen handelt, ist er zumeist aufklärungspflichtig, *Singer/v. Finckenstein*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 123 Rn. 16 m.w.N. Zu mehr als einer „Sichtprüfung“ ist auch ein professioneller Verkäufer ohne konkreten Mangelverdacht nicht verpflichtet, BGH NJW 2015, 1669 (1670 Rn. 14).

⁶⁹ *Faust* (Fn. 3), § 20 Rn. 10.

⁷⁰ *Lieder/Berneith*, JuS 2016, 673 (677).

⁷¹ Auch eine Täuschung über das Verpflichtungsgeschäft wird üblicherweise als genügend (da mittelbar kausal) für die Anfechtung des dinglichen Rechtsgeschäfts nach § 123 Abs. 1 BGB angesehen, *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 123 Rn. 18; *Faust* (Fn. 3), § 20 Rn. 10 f. mit Beispiel. Ob mittelbare Kausalität auch bei § 119 Abs. 2 BGB eine Verfügungsanfechtung erlaubt, ist sehr umstritten, dazu *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 379 (396 ff.).

⁷² *Stadler* (Fn. 1), S. 181 ff.

⁷³ *Singer/v. Finckenstein* (Fn. 68), § 123 Rn. 1.

⁷⁴ Stellvertretend dafür steht die Herausarbeitung der Schutzwürdigkeit des Getäuschten und der fehlenden Schutzwürdigkeit des Täuschenden bei *Stadler* (Fn. 1), S. 182: Es handle sich um einen „schweren, regelmäßig auch strafbewehrten Verstoß des Anfechtungsgegners“.

⁷⁵ *Sauer*, ZVglRWiss 118 (2019), 81 (101).

⁷⁶ v. *Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 336; *Strohal*, JherJb 27 (1889), 335 (340, 361 ff.).

⁷⁷ *Ferrari*, ZEuP 1993, 52 (64) m.w.N.

facie erstens der Gedanke des Vertrauensschutzes und zweitens, dass vermeidbare Kosten dadurch entstehen, dass sich die Privatrechtsakteure Rechtskenntnis verschaffen müssen. Auf der anderen Seite ist dieser Vorwurf unberechtigt, wenn Laien in der Lage sind, auch ohne Kenntnis der Rechtslage zu sachgerechten, d.h. in erster Linie den von den Parteien angestrebten Ergebnissen zu kommen. Mit anderen Worten: Wenn sich K und V nicht darüber im Klaren sind, dass sie drei Verträge abschließen, ist das kein Problem, weil und solange sie dennoch ihre wirtschaftlichen und rechtlichen Ziele erreichen. Das ist hier der Austausch eines Rades gegen eine gewisse Menge an Bargeld. Für den Erfolg des Geschäfts ist also irrelevant, ob die Parteien dessen rechtliche Implikationen vollständig verstehen. Die Lebensfremdheit wirkt sich dann nicht nachteilig aus. Fallen Kaufvertragsschluss und Übergabe räumlich-zeitlich auseinander (z.B. Kauf einer noch herzustellenden Sache), werden auch die meisten Laien nicht ohne Weiteres von einem einheitlichen Lebenssachverhalt ausgehen.⁷⁸ Hinzu kommt schließlich, dass es nicht in erster Linie oder gar alleinige Aufgabe des (Privat-)Rechts ist, Vertrauensschutz zu gewährleisten, sondern stets auch die inhaltliche Richtigkeit angestrebt wird.⁷⁹ Dementsprechend kann auch die Gesetzesauslegung nicht auf eine Lektüre des Wortlauts⁸⁰ verkürzt werden, sondern dieser ist nur einer von vier Canones.⁸¹

Soweit darüber hinaus kritisiert wird, dass durch das Abstraktionsprinzip ein eigenes Regelungsregime notwendig wird, um die dingliche Rechtslage rückabzuwickeln, ist dies richtig. Zugleich bietet das Institut des Bereicherungsrechts indes als Kehrseite der Medaille Differenzierungspotential, das einer Rechtsordnung fehlt, die im Ausgangspunkt⁸² auf einen automatischen Eigentumsrückfall setzt. Beispielsweise kann berücksichtigt werden, ob der (Zweit-)Erwerb unentgeltlich (§§ 816 Abs. 1 S. 2, 822 BGB) oder in Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes (§ 814 bzw. § 819 Abs. 1 BGB)⁸³ erfolgt

ist. Von besonderer Relevanz ist zudem, dass die §§ 812 ff. BGB es ermöglichen, in Mehrpersonenverhältnissen je nach den Umständen des Einzelfalls Direktkonditionen zuzulassen oder (im Regelfall der Leistungskondition⁸⁴) auszuschließen. Dadurch wird ein zentrales Ziel des Abstraktionsprinzips verwirklicht, nämlich die grundsätzliche Unabhängigkeit der (dinglichen) Rechtslage von den Schuldverhältnissen Dritter.⁸⁵

2. Neutrales

In ihren Vor- und Nachteilen heben sich demgegenüber die jeweiligen Interessen der Gläubiger von Käufer und Verkäufer auf. Im Falle des Konsensprinzips können die Käufer-Gläubiger zwar früher auf das Eigentum an der Kaufsache als Vermögensmasse zugreifen denn bei einer Kombination aus Trennungs- und Traditionsprinzip, welche umgekehrt die Verkäufer-Gläubiger begünstigt. Allerdings sind keine Gründe ersichtlich, die für die größere Legitimität der Interessen einer der beiden Gläubigergruppen sprechen.⁸⁶

Den Parteiinteressen trägt außerdem eine Risikoverteilung Rechnung, bei welcher die Erbringung von Leistung und Gegenleistung korrespondieren. Mit Blick auf den Kaufvertrag sollten Eigentumserlangung und Kaufpreiszahlung also zusammenfallen, weil sich hierdurch das schuldvertragliche Synallagma (vgl. § 320 Abs. 1 BGB) auf Ebene des dinglichen Vollzugs fortsetzt.⁸⁷ Sowohl in Deutschland als auch in Frankreich lässt sich dies allerdings nur mithilfe eines Eigentumsvorbehalts realisieren.

Keine relevanten Vor- oder Nachteile ergeben sich schließlich beim Blick auf die insolvenzrechtlichen Konsequenzen von Abstraktions- und Kausalprinzip. Zwar verliert der Erwerber bei einer kausalen Gestaltung seine dingliche Rechtsposition schneller. Ob diese in der Schuldner-Insolvenz stärker geschützt ist als ein bereicherungsrechtlicher Anspruch, hängt aber letztlich von der insolvenzrechtlichen Ausgestaltung (in Deutschland vor allem § 47 InsO) ab⁸⁸ und nicht

⁷⁸ Ferrari, ZEuP 1993, 52 (64).

⁷⁹ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 168 ff. Siehe auch Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, S. 33: „Das Urteil, daß irgend etwas rechtlich normiert, daß irgendein Inhalt von Rechts wegen gesollt sei, ist niemals ganz frei von der Vorstellung, daß es so gut, so richtig, so gerecht sei“.

⁸⁰ Ob die Vorstellung eines feststehenden Wortlauts angesichts der sprachphilosophischen Forschung seit Ludwig Wittgenstein noch haltbar ist, erscheint ohnehin fragwürdig, dazu Kuntz, AcP 215 (2015), 387 ff.

⁸¹ Dazu Morlok, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion, 2012, S. 179 ff.

⁸² Ergänzend sei jedoch darauf hingewiesen, dass das französische Rückabwicklungsregime komplexer ist als eine bloße ipso-iure-Nichtigkeit der Eigentumsübertragung (Art. 1303 ff. CCiv, vgl. Fages, Droit des obligations, 9. Aufl. 2019, Rn. 476 ff.).

⁸³ Die frühere Ansicht, die § 816 Abs. 1 S. 2 BGB auf den rechtsgrundlosen Erwerb analog anwenden wollte, konnte sich nicht durchsetzen, vgl. Schwab (Fn. 29), § 816 Rn. 61 f. m.w.N.

⁸⁴ Stichwort: Vorrang der Leistungsbeziehungen. Dazu Wendehorst, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 812 Rn. 31 f. Im Zahlungsdienstrecht ist wegen der §§ 675j, 675u BGB der Grundsatz, dass der Bereicherungsausgleich innerhalb des jeweiligen fehlerhaften Leistungsverhältnisses stattfindet, weitgehend aufgehoben, BGH NJW 2015, 3093 (3094 f. Rn. 17, 22).

⁸⁵ Ein Plädoyer für eine direkte Rückabwicklung statt einer solchen „ums Eck“ (Auer, ZfPW 2016, 479 [493]) modifiziert damit nicht nur die §§ 812 ff. BGB, sondern zeitigt auch erhebliche Konsequenzen für die Effektivität des Abstraktionsprinzips als Verkehrsschutzmechanismus.

⁸⁶ Sauer, ZVglRWiss 118 (2019), 81 (104) m.w.N.

⁸⁷ Zur Sicherungsfunktion der Einrede des § 320 BGB: Emeric, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, Vor § 320 Rn. 13 ff. i.V.m. § 320 Rn. 1.

⁸⁸ Beleg dafür ist unter anderem, dass das Sicherungseigentum zwar ein dingliches Recht ist, in der Insolvenz aber gem. § 51 Nr. 1 Alt. 1 InsO nur ein (schwächeres) Absonderungsrecht begründet und nicht wie ein „normales“ dingliches Recht ein (stärkeres) Aussonderungsrecht, Bäuerle, in: Braun, Kommentar zur InsO, 8. Aufl. 2020, § 47 Rn. 1.

davon, ob ein kausales oder abstraktes System zugrunde liegt.

3. Vorteile des Trennungs- und Abstraktionsprinzips

a) Allgemeines

Ein nicht zu unterschätzender Gewinn schon des Trennungsprinzips ist die Möglichkeit, adäquat die Besonderheiten von Verpflichtung und Verfügung zu reflektieren. Zunächst berücksichtigt das Trennungsprinzip, dass relative Rechte anders als absolute Rechte nur zwischen den Parteien des Rechtsgeschäfts wirken und mangels Ausschluss- und Nutzungsbefugnis Drittminteressen kaum tangieren.⁸⁹ Dadurch können die Voraussetzungen für die Entstehung und Unwirksamkeit relativer Rechte deutlich weiter gehandhabt werden,⁹⁰ ohne dass dabei Grundsätze wie Publizität oder Spezialität gewahrt werden müssten. Hinzu kommt, dass durch die Zerlegbarkeit eines Lebenssachverhalts in seine Bestandteile auch jeder Bestandteil isoliert sachgerechten Rechtsfolgen zugeführt werden kann. So besteht beispielsweise bei der Übereignung des Rades wegen der rechtlichen Vorteilhaftigkeit – anders als beim Kaufvertrag, der eine Zahlungspflicht begründet (§ 433 Abs. 2 BGB) – kein Bedürfnis, die minderjährige K zu schützen (§ 107 BGB). Dieses Potential geht verloren, wenn man diesen Vorgang durch einen einzigen Vertrag beschreiben möchte.

Über diese Vorzüge des Trennungsprinzips hinaus trägt das Abstraktionsprinzip in besonderem Maße dem Gedanken des Verkehrsschutzes Rechnung.⁹¹ Durch die Unabhängigkeit der Wirksamkeit der Verfügung von der Verpflichtung ist gewährleistet, dass Dritte bei Vertragsstreitigkeiten nicht in die Rückabwicklung einbezogen werden⁹² (Stichwort: Vorrang der Leistungsbeziehungen). Das hat zur Folge, dass ein Erwerber keine Nachforschungen darüber anstellen muss, ob im Rahmen einer Kette von Veräußerungen sämtliche Kausalverhältnisse wirksam sind.⁹³ Auch das Institut des gutgläubigen Erwerbs als Alternative erreicht diesen Vorteil nicht in gleichem Maße: Erstens ist der gutgläubige Erwerb in Frankreich deutlich restriktiver ausgestaltet, sodass etwa bereits leichte Fahrlässigkeit schadet.⁹⁴ Zweitens gilt das Abstraktionsprinzip auch außerhalb des Sachenrechts, z.B. bei Forderungen.⁹⁵ Der Code civil löst diese Fälle, indem er besonders hohe Anforderungen an Unwirksamkeitsgründe stellt. So bedarf etwa die Anfechtung in Frankreich stets einer richterlichen Entscheidung.⁹⁶ Zweifelhaft erscheint dieser Weg nicht nur, weil dadurch Probleme an der „falschen“ Stelle behandelt werden müssen, sondern auch, weil er zu vermeid-

baren Kosten führt. Auch Parteien, die sich per se einig sind, dass die Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen, werden, wenn sie Rechtssicherheit erreichen wollen, in ein Gerichtsverfahren gezwungen.

b) Veranschaulichung am Beispiel des Eigentumsvorbehalts im deutschen und französischen Recht

Werden Leistung und Gegenleistung zeitlich versetzt erbracht, so verschiebt sich die Interessenlage der Vertragsparteien: Während der Käufer unabhängig von einer vereinbarten Ratenzahlung die Kaufsache nutzen möchte (Nutzungsfunktion), hat der Verkäufer ein Interesse daran, gerade diese Kaufpreisforderung zu besichern (Sicherungsfunktion).⁹⁷ Dazu dient das Eigentum als auch insolvenzrechtlich starkes dingliches Recht: Im Insolvenzfall ist der Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB weitestgehend wertlos: Obligatorische Rechte werden üblicherweise nur zu ca. 4 % befriedigt.⁹⁸ Das vorbehaltene Eigentum gewährt demgegenüber ein werterhaltendes Aussonderungsrecht nach § 47 InsO. Eine vergleichbare Regel kennt auch das französische Recht mit Art. 2370 CCiv. Zudem eignet sich das Eigentum an der Kaufsache besonders gut als Sicherungsmittel, weil zwischen beiden Parteien im Moment des Vertragsschlusses Einigkeit über Wert und Sicherungspotential der verkauften Sache besteht.

Diesen Interessen folgend ermöglicht der Eigentumsvorbehalt (im Französischen „réservé de propriété“) eine wirtschaftlich sinnvolle Aufspaltung der Sicherungs- und Nutzungsfunktion des Eigentums: Im deutschen Recht erwirbt der Vorbehaltskäufer neben dem Nutzungsrecht mit dem Anwartschaftsrecht eine dingliche Rechtsposition⁹⁹, die mit vollständiger Entrichtung des Kaufpreises zum vollwertigen Eigentum an der Kaufsache erstarkt.¹⁰⁰ Der Verkäufer hingegen verliert sein dingliches Recht bis zur Zahlung nicht und hat deswegen kein Bedürfnis, dem Käufer die Nutzung der Sache zu verwehren.

Indem das französische Recht das Eigentum mit Vertragsschluss übergehen lässt, Art. 1583, 1196 CCiv, gibt es prima facie keinen Raum für einen Eigentumsvorbehalt.¹⁰¹ Angesichts der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit wurde der Eigentumsvorbehalt dennoch zunächst im Handelsrecht als Sicherungsmittel¹⁰² kodifiziert (vgl. Art. L. 624-16 Abs. 2 CCom) und später auch im allgemeinen Zivilrecht anerkannt (Art. 2329 Nr. 4 CCiv). Heute¹⁰³ begreift Art. 1196 Abs. 2 CCiv das

⁸⁹ Vgl. Stadler (Fn. 1), S. 737.

⁹⁰ Sauer, ZVglRWiss 118 (2019), 81 (98); vgl. auch Stadler (Fn. 1), S. 97 ff.

⁹¹ Statt aller Neuner (Fn. 18), § 29 Rn. 79.

⁹² Wilhelm (Fn. 1), Rn. 28.

⁹³ Sauer, ZVglRWiss 118 (2019), 81 (94).

⁹⁴ Sauer, ZVglRWiss 118 (2019), 81 (96); ausführlich zum gutgläubigen Erwerb in Frankreich Stadler (Fn. 1), S. 355 ff.

⁹⁵ Lieder/Berneith, JuS 2016, 673 (674); Sauer, ZVglRWiss 118 (2019), 81 (95).

⁹⁶ Vgl. Art. 1178 CCiv, für die Fristen Art. 1144 CCiv.

⁹⁷ Oechsler (Fn. 20), § 929 Rn. 18.

⁹⁸ Die Befriedigungsquote der Insolvenzgläubiger lag (ohne Berücksichtigung von Absonderungsrechten) im Jahr 2019 bei ca. 4,1 %, siehe Keller, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 22.

⁹⁹ Statt aller Klinck, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.7.2021, BGB § 929 Rn. 160 m.w.N.

¹⁰⁰ Kindl, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 929 Rn. 80.

¹⁰¹ Vgl. Légrádi, Mobiliarsicherheiten in Europa, 2012, S. 166.

¹⁰² Barret/Brun (Fn. 13), Act. 2021 Rn. 124; Cass. Com. v. 15.3.1988, n°86-13.687.

¹⁰³ Schon vor der ausdrücklichen Regelung in Art. 1196 Abs. 2 CCiv war die Abdingbarkeit anerkannt: wegweisend Cass. Civ. 1^e v. 24.1.1984, n°82-14.841.

Konsensprinzip schlicht als dispositiv, sodass durch Parteivereinbarung die Eigentumsübertragung aufgeschoben werden kann (vgl. auch der Wortlaut „suspend“ in Art. 2367 Abs. 1 CCiv), die das Zustandekommen des zugrundeliegenden Vertrags unberührt lässt.¹⁰⁴

Mit dem strikten Konsensprinzip ist diese Lösung dogmatisch unvereinbar: Die Eigentumsübertragung folgt unmittelbar aus dem Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen¹⁰⁵. Möchte man also die Übereignung hemmen, wäre dies nur durch eine Bedingung des Vertragsschlusses als Ganzem möglich. Gerade der Anspruch auf Kaufpreiszahlung ist aber unmittelbare Rechtsfolge des Vertragsschlusses und muss entstehen, um die in Frankreich akzessorische¹⁰⁶ Besicherung der Sache zu ermöglichen. Auch wenn das französische Zivilrecht per se dem Einheitsprinzip folgt, kommt es durch dieses privatautonome Differenzierungspotential zu einer Abschwächung des Einheitsprinzips und erheblichen Annäherung an das Trennungsprinzip.

Zugleich belegt die Tatsache, dass in Frankreich der Eigentumsvorbehalt, um gegenüber Dritten zu wirken, aus Verkehrsschutzgründen¹⁰⁷ der Schriftform bedarf (Art. 2368 CCiv, L. 624-16 Abs. 2), das oben beschriebene Dilemma des Einheitsprinzips: Isoliert kann es den Umstand, dass nur absolute – nicht aber relative – Rechte die Interessen Dritter relevant berühren, nicht hinreichend widerspiegeln. Das Schriftform Erfordernis erfasst zudem nur den Eigentumsvorbehalt¹⁰⁸ und löst sich somit – in wiederum für das Einheitsprinzip untypischer Weise – vom eigentlichen Kaufvertrag.

VII. Fazit: Analytische Vorteile und dennoch kein Export-schlager

Diese Gegenüberstellung könnte auf den ersten Blick als stumpfes Plädoyer für die deutsche Konzeption verstanden werden. Zu vergegenwärtigen ist jedoch, dass das BGB von den Prinzipien der Abstraktion und Tradition selbst Ausnahmen macht, etwa durch § 138 BGB oder durch den mittelbaren Besitz. Nicht wegen der strikten Verwirklichung der Grundsätze, sondern erst aufgrund deren gelegentlicher Durchbrechung kommt es zu weitgehend stimmigen Ergebnissen. Man sollte sich also bei der Frage, welches System das überzeugendere ist, darüber im Klaren sein, dass jedem Modell das Spannungsverhältnis verschiedener Interessen privater Akteure zugrunde liegt. Die französische und die deutsche Privatrechtsordnung stehen dabei unter anderem für zwei

divergierende Punkte auf einer gleitenden Skala zwischen dem Schutz des bisherigen Eigentümers auf der einen Seite (Bestandsinteresse) sowie den Schutz des Erwerbers auf der anderen Seite (Verkehrsschutz). Es gibt keine Möglichkeit, diesen Interessenkonflikt final-abstrakt aufzulösen. Es lässt sich nicht beweisen, dass das eine oder andere Modell mehr Legitimität beanspruchen kann – so wie sich, um eine Debatte aus dem Verfassungsrecht aufzugreifen, auch trefflich darüber streiten lässt, wie viel Ehrschutz der Meinungsfreiheit zumutbar ist und umgekehrt.¹⁰⁹ Festhalten lässt sich allerdings, dass das Abstraktionsprinzip – wenn man bereit ist, die Systemfrage auf ihre ökonomischen Implikationen zu reduzieren, nicht von der Hand zu weisende wirtschaftliche Vorteile mit sich bringt, die das Kausalprinzip französischer Couleur (auch an anderer Stelle¹¹⁰) nicht erreicht.

¹⁰⁴ *Barret/Brun* (Fn. 13), Act. 2021 Rn. 125.

¹⁰⁵ Siehe oben bei Fn. 13.

¹⁰⁶ *Voinot/Ghandour*, Rép. Dr. Com., Réserve de propriété, 2021, Rn. 7, 19; wegweisend Cass. Com. v. 15.3.1988, n°86-13.687.

¹⁰⁷ Entscheidend ist die Möglichkeit der Kenntnisnahme Dritter im Fall der Insolvenz sowie die Zustimmung des Vorbehaltskäufers, vgl. *Barret/Brun* (Fn. 13), Act. 2021 Rn. 160; *Voinot/Ghandour* (Fn. 106), Rn. 32 f.

¹⁰⁸ Beispielsweise ist für die Verschriftlichung eine entsprechende Klausel auch in sonstigen (Rahmen-)Verträgen zulässig, sofern diese vor Lieferung der Sache verfasst wird, Art. L 624-16 Abs. 2 S. 2 f.

¹⁰⁹ Vgl. etwa BVerfG NJW 2019, 2600 (2600 Rn. 17).

¹¹⁰ Erinnert sei an die restriktiven Anfechtungsregeln, welche vermeidbare Prozesskosten verursachen.