

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band / Volume 19

**Die Erben der „rei vindicatio“
im deutschen, englischen und
schottischen Privatrecht**

Von

Hannah Frahm



Duncker & Humblot · Berlin

HANNAH FRAHM

Die Erben der „rei vindicatio“ im deutschen, englischen
und schottischen Privatrecht

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band/Volume 19

Die Erben der „rei vindicatio“ im deutschen, englischen und schottischen Privatrecht

Von

Hannah Frahm



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2567-5427
ISBN 978-3-428-18717-1 (Print)
ISBN 978-3-428-58717-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Die Fertigstellung der vorliegenden Arbeit erfüllt mich mit Stolz und Dankbarkeit.

Mein tief empfundener Dank gilt zuallererst meinem akademischen Lehrer und verehrten Doktorvater Prof. Dr. Frank L. Schäfer, LL.M. (Cambridge). Er begleitete mich nahezu meine gesamte juristische Ausbildung: von den ersten zivilrechtlichen und rechtsgeschichtlichen Vorlesungen, über eine jahrelange Zusammenarbeit an seinem Lehrstuhl (beides noch an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel), bis hin zu seiner unermüdlichen Unterstützung bei der Fertigstellung dieser Arbeit. Für seinen steten Glauben in mich und das Projekt bin ich ihm zutiefst dankbar.

Meiner Zweitgutachterin Frau Prof. Dr. Sonja Meier, LL.M. (London) danke ich herzlich für ihre überaus wertvollen Anmerkungen zu meinem Manuskript.

Größter Dank gebührt auch meiner lieben Familie, die mich auf meinem Weg immer unterstützt hat. Hierfür bin ich unendlich dankbar.

In den Jahren, die mich dieses Projekt begleitet hat, haben sich viele Menschen dankenswerterweise für mich und meine Arbeit interessiert, mich unterstützt und inspiriert, mir Mut zugesprochen und, wo notwendig, mich wieder auf den rechten Pfad gesetzt. Ihre vielfältigen Beiträge zum Erfolg dieses Projekts möchte ich besonders hervorheben: kritische Diskussionen und kluge Inspiration, kleine und große Weisheiten, Care-Pakete und Literaturhinweise, ein offenes Ohr, Vertrauen und Gemeinschaft. Ihnen allen gilt mein herzlicher Dank.

München, im Oktober 2022

Hannah Frahm

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
Stand der Forschung	18

Erster Teil

Deutschland 21

A. Ansprüche aus dem Eigentum	22
I. Anspruch auf Herausgabe der Sache (§§ 985, 986 Abs. 1 S. 1 BGB)	24
1. Aktivlegitimation (§ 985 BGB)	25
a) Sacheigentum	26
b) Kein Verlust des Eigentums	30
aa) Rechtsverlust durch wirksame (berechtigte) Übereignung	30
bb) Rechtsverlust durch gutgläubigen Dritterwerb	32
cc) Rechtsverlust durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung	34
2. Passivlegitimation (§ 986 Abs. 1 S. 1 BGB)	35
a) Sachbesitz	35
b) Kein Recht zum Besitz	38
3. Umfang der Herausgabe	40
II. Ansprüche bei Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache (§§ 987 ff. BGB)	42
III. Zusammenfassung	43
B. Ansprüche und Rechte aus früherem Besitz	44
I. Possessorischer Besitzschutz (§§ 858 ff. BGB)	45
1. Normzweck	45
2. Verteidigungsmöglichkeiten bei Besitzentziehung	46
a) Grundvoraussetzung: Verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB)	47
b) Selbsthilferecht bei Besitzentziehung (§ 859 Abs. 2 BGB)	49
c) Herausgabeanspruch wegen Besitzentziehung (§ 861 BGB)	50
3. Umfang der Herausgabe	51
4. Possessorischer Besitzschutz und fremde Besitzrechte	51
II. Petitorischer Besitzschutz (§ 1007 BGB)	52
1. Normzweck	53

2. Anspruch auf Herausgabe der Sache	57
a) Aktivlegitimation: früherer Besitz einer beweglichen Sache	58
b) Passivlegitimation: kein Recht zum Besitz	58
c) Umfang der Herausgabe	59
3. Ansprüche bei Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache	59
III. Zusammenfassung	60
C. Ansprüche aus <i>condictio possessionis</i>	60
I. Schutzgegenstand: Besitz oder Eigentum?	61
II. Anspruch auf Herausgabe der Sache	64
III. Ansprüche bei Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache	65
IV. Zusammenfassung	68
D. Reichweite des Schutzes	68
I. Inhaltliche Reichweite	69
1. Ansprüche aus dem Eigentum	69
2. Ansprüche und Rechte aus früherem Besitz	70
a) Possessorischer Besitzschutz	70
b) Petitorischer Besitzschutz	71
3. Ansprüche aus <i>condictio possessionis</i>	71
II. Zeitliche Reichweite	72
1. Ansprüche aus dem Eigentum	72
2. Ansprüche und Rechte aus früherem Besitz	74
a) Possessorischer Besitzschutz	74
b) Petitorischer Besitzschutz	74
3. Ansprüche aus <i>condictio possessionis</i>	74
III. Insolvenzfestigkeit	75
1. Ansprüche aus dem Eigentum	76
2. Ansprüche und Rechte aus früherem Besitz	76
a) Possessorischer Besitzschutz	76
b) Petitorischer Besitzschutz	77
3. Ansprüche aus <i>condictio possessionis</i>	77
E. Fazit	77

Zweiter Teil

England 79

A. Ansprüche aus <i>proprietary restitution</i>	82
I. Umstrittene Rechtsnatur	83
1. „Oxford Variante“: <i>proprietary restitution</i> als Bereicherungsanspruch	87
2. „Cambridge Variante“: <i>proprietary restitution</i> als Vindikationsanspruch	89

II. Tatbestandsvoraussetzungen nach beiden Ansichten	92
1. „Oxford Variante“: Anspruch aus <i>unjust enrichment</i>	92
a) Bereicherung <i>at the claimant's expense</i>	93
b) Bereicherung ist <i>unjust</i>	94
2. „Cambridge Variante“: Anspruch aus <i>vindication of property rights</i>	95
a) Die <i>proprietary base</i>	96
aa) Ursprüngliches <i>proprietary interest</i> bleibt bestehen	97
bb) Neues <i>equitable proprietary interest</i> entsteht	101
b) Identifikationshilfen: <i>following</i> und <i>tracing</i>	103
III. Anspruchsgrenzen	105
IV. <i>Proprietary restitutionary remedies</i> : Anspruchsinhalt	106
V. Zusammenfassung	107
B. Ansprüche aus <i>conversion</i>	108
I. Historischer Hintergrund	109
II. Tatbestandsvoraussetzungen	113
1. Anspruchsgegenstand	114
2. Aktivlegitimation: <i>legal proprietary interest</i> und <i>immediate right to possess</i>	115
3. Tatbestandliche Eingriffshandlung	120
4. Titelrelativität: <i>double liability</i> und <i>double recovery</i>	121
III. Verschuldensunabhängige Haftung: <i>strict liability</i>	122
IV. Anspruchsinhalt	123
1. <i>Personal remedy</i> : Schadensersatz als Regel	124
2. <i>Proprietary remedy</i> : Herausgabe <i>in specie</i> als Ermessensentscheidung	125
V. Alternative Rechtsfolge über den <i>waiver of tort</i>	128
VI. Zusammenfassung	129
C. Ansprüche aus <i>reversionary injury</i>	130
D. Reichweite des Schutzes	132
I. Inhaltliche Reichweite	132
1. Ansprüche aus <i>proprietary restitution</i>	132
2. Ansprüche aus <i>conversion</i>	133
3. Ansprüche aus <i>reversionary injury</i>	133
II. Zeitliche Reichweite	134
1. Ansprüche aus <i>proprietary restitution</i>	134
2. Ansprüche aus <i>conversion</i>	135
3. Ansprüche aus <i>reversionary injury</i>	135
III. Insolvenzfestigkeit	136
1. Ansprüche aus <i>proprietary restitution</i>	136
2. Ansprüche aus <i>conversion</i>	137
3. Ansprüche aus <i>reversionary injury</i>	137

E. Fazit	138
----------------	-----

Dritter Teil

Schottland

140

A. <i>Vindictory restitution</i> : Ansprüche aus dem Eigentum	141
I. Rechtsnatur und Einordnung in die Privatrechtssystematik	141
II. Primäranspruch auf Herausgabe der Sache	150
1. Aktivlegitimation: Eigentum als <i>title to sue</i>	151
a) Eigentum	152
b) Kein Rechtsverlust: <i>retention of title</i>	156
2. Passivlegitimation	159
a) Sachbesitz	160
b) Kein Recht zum Besitz: <i>obligation to restore</i>	162
3. Umfang der Herausgabe	163
III. Wertersatz und <i>ordinary profits</i>	165
IV. Zusammenfassung	171
B. <i>Spuilzie</i> : Ansprüche und Rechte aus früherem Besitz	172
I. Anspruch auf Herausgabe der Sache	176
1. Normzweck und Praxisrelevanz	176
2. Tatbestandsvoraussetzungen	181
a) <i>Title to sue</i> : früherer Besitz	181
b) Tatbestandliche Eingriffshandlung: <i>vitious dispossession</i>	184
2. Anspruchsinhalt	187
II. Wertersatz und <i>violent profits</i>	188
III. Zusammenfassung	191
C. <i>Enrichment restitution</i> : bereicherungsrechtliche Ansprüche	193
I. „Confusion and ignorance“: Verhältnis zur <i>vindictory restitution</i>	193
II. Besitz als Bereicherungsgegenstand?	196
1. Theorie	196
2. Praxis	201
III. Anspruchsinhalt	204
IV. Zusammenfassung	206
D. Reichweite des Schutzes	207
I. Inhaltliche Reichweite	207
1. Ansprüche aus <i>vindictory restitution</i>	207
2. Ansprüche aus <i>spuilzie</i>	209
3. Ansprüche aus <i>enrichment restitution</i>	209

II. Zeitliche Reichweite	210
1. Ansprüche aus <i>vindictory restitution</i>	211
2. Ansprüche aus <i>spuilzie</i>	213
3. Ansprüche aus <i>enrichment restitution</i>	214
III. Insolvenzfestigkeit	214
1. Ansprüche aus <i>vindictory restitution</i>	216
2. Ansprüche aus <i>spuilzie</i>	217
3. Ansprüche aus <i>enrichment restitution</i>	218
E. Fazit	218
Archetypisches Problem – Individuelle Lösungen?	220
I. Eigentum, Besitz und Rechtsobjekte	220
1. Deutschland	221
2. England	223
3. Schottland	224
4. Fazit	225
II. Die Erben der <i>rei vindicatio</i>	225
1. Deutschland	226
2. England	231
3. Schottland	234
4. Fazit	237
III. Anspruchsinhalt	238
1. Deutschland	238
2. England	240
3. Schottland	242
4. Fazit	244
Zusammenfassung	246
Summary	250
Literaturverzeichnis	254
I. Deutsche Literatur	254
1. Allgemeine Literatur	254
2. Materialien	258
II. Englische Literatur	259
1. Allgemeine Literatur	259
2. Materialien	269
III. Französische Literatur	270

Urteils- und Gesetzesverzeichnis	271
I. Fallregister	271
1. Deutschland	271
2. Vereinigtes Königreich	271
II. Gesetzesregister	274
1. Deutschland	274
2. Vereinigtes Königreich	274
3. Frankreich	275
Stichwortverzeichnis	276

„Denn nur durch Vergleichung unterscheidet man sich und erfährt, was man ist, um ganz zu werden, der man sein soll.“¹

Einleitung

Die (Besitz-)Vorenthaltung gegenüber dem Eigentümer oder der Eigentümerin² durch eine unberechtigte dritte Person ist der „Archetyp eines Zivilrechtskonflikts“.³ Wenig erregt die Gemüter so sehr wie ein Eingriff in etwas, das „mein“ ist. Eigentum an (beweglichen)⁴ Sachen ist in der Vorstellung der meisten Menschen „heilig“ und auch für nicht rechtskundige Personen ein gut greifbarer Begriff. *William Blackstone* in England schreibt bereits im 18. Jahrhundert: „There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property.“⁵ Die große Bedeutung des Eigentums (bzw. *ownership*) für das Individuum ist universell und stört sich grundsätzlich auch nicht an Länder- oder Sprachgrenzen. Ziel dieses Rechtsvergleichs ist deshalb die Beantwortung der Frage, welche Lösungen drei auf den ersten Blick so unterschiedliche Rechtsordnungen wie Deutschland, England und Schottland für den allorts auftretenden „Archetyp eines Zivilrechtskonflikts“ bereithalten und ob, wenn ja wie und warum diese Lösungen sich unterscheiden und welche Auswirkungen dies auf die Reichweite des zur Verfügung stehenden Rechtsschutzes hat.

Jede Rechtsordnung weist eine individuelle nationale Prägung auf und unterscheidet sich, zum Teil erheblich, von anderen Rechtsordnungen. Diese starke nationale Prägung ist wohl eine der auffälligsten Eigenschaften der modernen Rechtswissenschaften. Hierzu ist folgender Ausspruch *Rudolf von Jherings*, einem der großen deutschen Rechtsgelehrten des 19. Jahrhunderts, überliefert: „Die formelle Einheit der Wissenschaft, wie sie einst durch die Gemeinsamkeit eines und desselben Gesetzbuches [Anm.: gemeint ist hier das rezipierte römische Recht] für den größten Theil Europas gegeben war, jenes Zusammenarbeiten der Jurisprudenz

¹ *Mann*, Joseph und seine Brüder, S. 846.

² Diese Arbeit verwendet Personenbezeichnungen vornehmlich in der grammatisch weiblichen Form.

³ *Picker*, „Der vindikatorische Herausgabeanspruch“, in: *Canaris/Heldrich*, 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 693 ff.

⁴ Unbewegliche Gegenstände sind von der Untersuchung ausgeklammert; die Besonderheiten des stark feudalrechtlich geprägten *land law* in England und Schottland würden den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Unkörperliche Gegenstände (vertragliche Forderungen, *intellectual property*, etc.) werden nur am Rande behandelt, denn wengleich das englische Recht (insbesondere über die Billigkeitsregelungen der *Equity*) Eigentumsrechte an unkörperlichen Gegenständen anerkennt, trifft dies eben nicht auf das deutsche und das schottische Recht zu; das Eigentumsverständnis in diesen Rechtsordnungen ist, wie gezeigt werden wird, sehr körperlich geprägt.

⁵ *Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England*, Zweiter Band, S. 1.

der verschiedensten Länder an demselben Stoff und derselben Aufgabe ist mit der formellen Gemeinschaft des Rechts für immer dahin; die Wissenschaft ist zur Landesjurisprudenz degradiert, die wissenschaftlichen Gränzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. Eine demüthigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft!“⁶ Die „Landesjurisprudenzen“, die dieser Studie zugrunde liegen, Deutschland, England und Schottland, sind nicht willkürlich ausgesucht. Das deutsche Recht bildet die Grundlage für den Rechtsvergleich, denn „[e]s ist eine bewährte rechtsvergleichende Regel, mit der Klarlegung des eigenen Rechts zu beginnen und von daher rechtsvergleichend fortzudenken“.⁷ Es gehört, in Abgrenzung zum angelsächsischen *common law*, zum Rechtskreis des kontinental-europäischen *civil law*, welches über Jahrhunderte wesentlich durch rezipiertes römisches Recht geprägt wurde. Demgegenüber ist das englische Recht die Urform des *common law* und hat sich unter vergleichsweise wenig römischrechtlichem Einfluss in eine andere Richtung entwickelt.⁸ Rechtsordnungen, die sich heute vom englischen (Mutter-)Recht ableiten sind etwa Australien, die Bahamas, Barbados, Kanada (mit Ausnahme von Québec), Hong Kong, Indien, Neuseeland und die Vereinigten Staaten von Amerika (mit Ausnahme von Louisiana). Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden (Privat-)Rechtsordnungen Deutschland und England ist die Vollkodifikation, die das deutsche allgemeine Privatrecht vor 120 Jahren im Bürgerlichen Gesetzbuch⁹ erfahren hat; das englische (und auch das schottische) Recht haben bislang nur zögerlich und auch nur ausschnittsweise das traditionelle Fallrecht und das *common law* kodifiziert und überlassen weiterhin große Teile des Rechts der Interpretation und Weiterentwicklung durch das *case law*: in England „lawyers think in terms of precedents and specific remedies, [...] [c]odification is a rather dangerous idea“.¹⁰ Als dritte „Landesjurisprudenz“ wird das Recht Schottlands untersucht. Im schottischen Recht finden sich sowohl deutschen Juristinnen und Juristen als auch englischen *lawyers* bekannte Strukturen. Schottland wird traditionell als Mischsystem bezeichnet, als ein *mixed legal system*. Diese *mixed legal systems* vereinen in sich Elemente sowohl des *common law* als auch des *civil*

⁶ von Jhering, Geist des römischen Rechts, S. 14, 15.

⁷ Großfeld, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, S. 32.

⁸ Siehe für eine lesenswerte Darstellung zu „The Common Law of England“ bei *Robinson et al.*, *European Legal History*, S. 125 ff., Rn. 8.1 ff.; für einen überblicksartigen Vergleich des englischen und schottischen Rechts siehe *Gordon*, *Roman Law, Scots Law and Legal History*, S. 309 ff., sowie *Birks*, „More Logic and Less Experience: The Difference between Scots Law and English Law“, in: *Carey Miller/Zimmermann*, *The Civilian Tradition and Scots Law*, S. 167 ff.

⁹ Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) trat am 1. Januar 1900 nach rund 30 Jahren Vorarbeit in Kraft. Eine kurze Zusammenfassung der Entstehungsgeschichte des BGB in englischer Sprache findet sich bei *Robinson et al.*, *European Legal History*, S. 268 ff., Rn. 16.1.1, 269 ff., S. 16.2 ff.

¹⁰ *Gordon*, *Roman Law, Scots Law and Legal History*, S. 323.

law.¹¹ Die Einteilung in „reine“ und „Mischsysteme“ ist jedoch nicht unumstritten. Weil sich kaum ein Rechtssystem in einem Vakuum entwickelt, kann diese Vermischung auch als der natürliche Lauf der Dinge, als „the general pattern of legal development“¹² gesehen werden, dem jede Rechtsordnung unterliegt. *Palmer* etwa überträgt die Idee der *mixed legal systems* auf die Europäische Union: „For example, the extent to which the private law systems of the European Union are converging through the directive process and the quest for uniform laws, and the extent to which a single civil code will Europeanize the private laws of all Member States are questions that will determine whether Europe is or soon becomes a mixed system.“¹³ Dies ist aktuell vor dem Hintergrund des mit dem zum 31. Januar 2020 erfolgten Austritts des Vereinigten Königreiches aus der Europäischen Union („Brexit“) ein interessanter Gedanke. Im europäischen Kontext des Brexits stellt sich deshalb die Frage, ob die Trennung der britischen Insel von der Europäischen Union eine neue wissenschaftliche Grenze nach sich zieht. Rechtsvergleich und Inspiration durch andere rechtliche Lösungsansätze, die berühmten Blicke über den Tellerrand bzw. in diesem Fall über den Ärmelkanal, werden jedoch auch in Zukunft relevant bleiben. Insbesondere das englische Recht ist und bleibt *business relevant* und wird sich auch nach dem Austritt aus der europäischen Gemeinschaft nicht in ein (wissenschaftliches) Vakuum zurückziehen.

Neben politischen und wissenschaftlichen Grenzen sind auch sprachliche Barrieren zu beachten. Es darf nicht davon ausgegangen werden, dass (Rechts-)Begriffe, achtlos übersetzt und übertragen auf die jeweils andere Rechtsordnung, denselben Bedeutungsinhalt haben. „Diese schwankende Vieldeutigkeit der Welt“,¹⁴ die nach *Hannah Arendt* deshalb besteht, weil es eben nicht nur eine, sondern viele Sprachen gibt, hat auch Konsequenzen für die vergleichende Rechtswissenschaft. Beispielsweise ist das was die deutsche Rechtswissenschaft unter dem Begriff der Vindikation versteht, nämlich insbesondere der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB,¹⁵ mitnichten unmittelbar übertragbar auf die Begriffe der *vindication* und *to vindicate*,¹⁶

¹¹ Siehe die lesenswerten Darstellungen zur Genese des schottischen Rechts in *Gordon*, Roman Law, Scots Law and Legal History, S. 324 ff., *Robinson et al.*, European Legal History, S. 228 ff., Rn. 14.1 ff., sowie *Cairns*, „The Civil Law Tradition in Scottish Legal Thought“, in: *Carey Miller/Zimmermann*, The Civilian Tradition and Scots Law, S. 191 ff.

¹² *Palmer*, Mixed Legal Systems ... and the Myth of Pure Laws, in: *Louisiana Law Review*, Band 67, Nr. 4 (2007), 1205 (1218).

¹³ *Palmer*, Mixed Legal Systems ... and the Myth of Pure Laws, in: *Louisiana Law Review*, Band 67, Nr. 4 (2007), 1205 (1218).

¹⁴ *Arendt*, Denktagebuch, Heft II, November 1950 [15], S. 43.

¹⁵ Siehe aber etwa auch die Diskussion um ein *Vindikationslegat* (gegenüber dem schuldrechtlichen *Damnationslegat* in §§ 2147 ff. BGB), das eine unmittelbare dingliche Zuordnung des vermachten Gegenstands an die Vermächtnisnehmerin herbeiführen würde, hierzu ausführlich *Titz*, Das Vindikationslegat.

¹⁶ Das Verb *to vindicate* findet sich vielfach auch in nichtrechtlicher Sprache, und zwar ganz allgemein im Sinne von Verteidigung von Rechten; siehe hierzu etwa das klassische Essay aus dem Jahre 1792 von *Mary Wollstonecraft*, *A Vindication of the Rights of Women*; zur *National*