

DOMINIK RUSSMANN

Erwerb mit Mitteln der Erbschaft

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

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

369

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

369

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Dominik Rußmann

Erwerb mit Mitteln der Erbschaft

Die rechtsgeschäftliche dingliche Surrogation
gemäß §§ 2019 I, 2111 I 1 BGB vor dem Hintergrund
des „tracing“ im englischen Recht

Mohr Siebeck

Dominik Rußmann, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaften in Marburg; wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Philipps-Universität Marburg; wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Referendariat am Landgericht Wiesbaden; 2016 Promotion; Rechtsanwalt in Wiesbaden.

e-ISBN PDF 978-3-16-154947-2

ISBN 978-3-16-154939-7

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

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

© 2017 Mohr Siebeck, Tübingen. www.mohr.de

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

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

Vorwort

Die vorliegende Dissertation wurde im Wintersemester 2015/16 von der juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand von August 2015. Einschlägige Neuerscheinungen wurden vor der Drucklegung berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gebührt Frau Prof. Dr. Sonja Meier für ihre hervorragende Betreuung. Sie hat dieses Projekt stets mit wertvollem Rat begleitet und gefördert. Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner danke ich für die zügige Zweitbegutachtung.

Herzlich danken möchte ich außerdem Herrn Anton Riegger für die Mühe des Korrekturlesens, ebenso Frau Dr. Julia Rußmann, die nicht nur Korrektur gelesen, sondern mich auch sonst in jeder erdenklichen Weise unterstützt hat.

Wiesbaden, den 06. Januar 2017

Dominik Rußmann

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungen	XVIII
Einleitung	1
1. Abschnitt: Grundlagen	4
§ 1 <i>Surrogationsbegriff</i>	4
§ 2 <i>Dingliche Surrogation im englischen Recht („tracing“)</i>	11
§ 3 <i>Historischer Hintergrund der Surrogation von Erbschaftsgegenständen im BGB</i>	32
2. Abschnitt: Surrogationsmodelle	55
§ 4 <i>Stand von Lehre und Rechtsprechung</i>	55
§ 5 <i>Bedeutung des Surrogationserwerbs</i>	65
§ 6 <i>Erbschaftsbesitzer und Vorerbe als Treuhänder der Erbschaft</i>	68
§ 7 <i>Zwischenergebnis</i>	101
§ 8 <i>Beziehungs- und regelmäßige Surrogationsklausel</i>	103
3. Abschnitt: Grundprinzipien der Mittelsurrogation vor dem Hintergrund des englischen Rechts	114
§ 9 <i>Grundstruktur der Mittelsurrogation</i>	114
§ 10 <i>Schicksal des Ausgangsgegenstandes: Mittel der Erbschaft</i>	115

§ 11 Identifikation des Surrogats: Erwerb „mit“ Erbschaftsmitteln	127
§ 12 Erwerb des Surrogats	156
§ 13 Surrogationserwerb gezogener Nutzungen.....	189
4. Abschnitt: Wertmischungen	198
§ 14 Anerkennung gemischter Surrogationen	198
§ 15 Physische Mischungen.....	209
§ 16 Wertverfolgung durch Wertmischungen „in equity“	245
§ 17 Wertmischungen und dingliche Surrogation gemäß §§ 2019 I, 2111 I 1 Var. 3 BGB	268
§ 18 Verbesserung eigener Vermögensgegenstände.....	323
Schluss.....	338
Zusammenfassung der Ergebnisse.....	341
Literatur- und Quellenverzeichnis	349
Verzeichnis der englischsprachigen Entscheidungen	363
Sachregister	373

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungen	XVIII
Einleitung	1
1. Abschnitt: Grundlagen	4
§ 1 <i>Surrogationsbegriff</i>	4
A. Dingliche Surrogation bei Sondervermögen	6
B. Rechtsgeschäftliche dingliche Surrogation	7
C. Dingliche Wirkung	8
D. Zusammenfassung	10
§ 2 <i>Dingliche Surrogation im englischen Recht („tracing“)</i>	11
A. Identifikation von Surrogaten – „tracing“, „following“ und „claiming“ ..	11
B. Rechte auf Grundlage der Wertidentifikation („claiming“)	14
I. „claiming at law“	14
II. „claiming in equity“	18
1. Grundzüge des Trust	19
2. „breach of trust“	22
a) Haftung des „trustee“	23
b) Haftung des Empfängers	27
C. Zusammenfassung	32
§ 3 <i>Historischer Hintergrund der Surrogation von Erbschaftsgegenständen im BGB</i>	32
A. Das Surrogationsprinzip bis zur Einführung des BGB	33
I. Klassisches und nachklassisches römisches Recht	33
II. Gemeines Recht	36

B. Dingliche Surrogation von Erbschaftsgegenständen in der Redaktionsgeschichte des BGB	41
I. Dingliche Surrogation und Erbschaftsbesitz, § 2019 I BGB	41
1. Vorentwurf, § 333 Nr. 2 TE-ErbR	42
2. Erster Entwurf, § 2081 Nr. 2 und 3 E I	43
3. Zweiter Entwurf, § 1893 E II	44
II. Dingliche Surrogation und Vorerbschaft, § 2111 I BGB	46
1. Erster Entwurf, § 1825 E I	47
2. Zweiter Entwurf, § 1984 E II	48
III. Beziehungsklausel des § 2041 S. 1 Var. 3 BGB	48
C. Zwischenergebnis	51
2. Abschnitt: Surrogationsmodelle	55
§ 4 <i>Stand von Lehre und Rechtsprechung</i>	55
A. England: Sachenrecht oder Bereicherungsausgleich	55
I. Sachenrechtliches Modell	56
II. Bereicherungsrechtliches Modell	60
1. Literatur	60
2. Bereicherungsrechtliches Verständnis in der Rechtsprechung	61
a) Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.	61
b) Sinclair v. Brougham und Re Diplock	62
c) Zwischenergebnis	62
B. §§ 2019 I, 2111 I 1 BGB: Rechtstechnisches Mittel zur Erhaltung der Erbschaft	63
§ 5 <i>Bedeutung des Surrogationserwerbs</i>	65
A. Haftungsumfang (Surrogation)	65
B. Sicherungsfunktion (dingliche Wirkung)	67
§ 6 <i>Erbschaftsbesitzer und Vorerbe als Treuhänder der Erbschaft</i>	68
A. Grundzüge des Treuhandmodells	68
I. Erwerb mit Drittwirkung	69
II. Erwerb als Zwangstreuhand	71
III. Surrogation als Sanktion	75
IV. Zuordnung des Erwerbs zur Erbschaft: Wertverfolgungsprinzip	77
V. Geschütztes Interesse	77
1. Streitstand	78
2. Stellungnahme	79
VI. Zusammenfassung	81

B. Schwächen des bereicherungsrechtlichen Modells	82
I. Haftungsumfang	82
1. Surrogationserwerb und Entreicherung	82
2. Überleitung von Gewinn und Verlust	84
a) Streitstand	85
b) Fazit und Ausblick	87
II. Dingliche Wirkung	88
1. Dingliches Bereicherungsrecht	89
a) Das Prinzip der haftungsrechtlichen Neutralität in England	89
b) Grundzüge der Ersatzaussonderung gemäß § 48 InsO	91
c) § 48 InsO: Haftungsrechtliche Surrogation	94
d) Zwischenergebnis	97
e) Bedeutung der Nichtberechtigung	97
2. Unmittelbarer Erwerb	100
§ 7 <i>Zwischenergebnis</i>	101
§ 8 <i>Beziehungs- und regelmäßige Surrogationsklausel</i>	103
A. Die Beziehungsklausel des § 2041 S. 1 Var. 3 BGB	103
I. Streitstand	104
II. Stellungnahme	106
B. Regelmäßige Surrogationsklausel	109
I. Rechtssurrogation	111
II. Ersatzsurrogation	112
C. Zwischenergebnis	113
3. Abschnitt: Grundprinzipien der Mittelsurrogation vor dem Hintergrund des englischen Rechts	114
§ 9 <i>Grundstruktur der Mittelsurrogation</i>	114
§ 10 <i>Schicksal des Ausgangsgegenstandes: Mittel der Erbschaft</i>	115
A. Kumulation dinglicher Rechte	116
B. Exklusivlösungen	118
I. Strikte Surrogation	119
II. Ausschluss des Surrogationserwerbs	119
C. Wahlrecht	121
I. Konstruktion des Wahlrechts (Streitstand)	121
II. Wahlrecht im englischen Recht	123
III. Stellungnahme zum deutschen Recht	124

IV. Schutz des (Nach-)Erbens bis zur Herausgabe des Surrogats.....	126
D. Zwischenergebnis	127
<i>§ 11 Identifikation des Surrogats: Erwerb „mit“ Erbschaftsmitteln</i>	<i>127</i>
A. Rechtliche Austauschverhältnisse	128
I. Vollzugsgeschäfte.....	129
1. Streitstand	130
2. Sachliche Unterschiede	131
3. Stellungnahme.....	132
II. Surrogationserwerb und Rückabwicklung.....	134
1. Vertraglich vereinbarte Rückabwicklung.....	134
2. Rückabwicklung gescheiterter Verträge	135
a) Rückabwicklung nach § 346 BGB	136
b) Rechtsgrundlose Leistung eines Erbschaftsgegenstands	136
aa) Streitstand.....	137
bb) Stellungnahme	137
III. Bestellung von Sicherungsrechten	140
1. Streitstand	141
2. Stellungnahme.....	142
IV. Zwischenergebnis	145
B. Wirtschaftliche Austauschverhältnisse	145
I. Erbringung einer Kommanditeinlage mit Erbschaftsmitteln.....	146
II. Schenkung von Erbschaftsmitteln und Gegengeschenke	151
C. Rechtliches oder wirtschaftliches Austauschverhältnis?.....	152
I. England: „transactional link“ oder reine Wertverfolgung.....	153
II. Stellungnahme zum deutschen Recht	154
D. Zwischenergebnis	155
<i>§ 12 Erwerb des Surrogats</i>	<i>156</i>
A. Natur des Ersatzrechts im englischen Recht	157
I. Common law	157
1. Keine dingliche Surrogation „at law“?	157
2. Vested Interest Theory, Power in Rem Theory und Limited Proprietary Right Theory.....	160
II. Equity	162
B. Erwerbsgegenstand und -zeitpunkt gemäß §§ 2019 I, 2111 I 1 BGB	164
C. Stellungnahme zum deutschen Recht	166
I. Erwerbsgegenstand	166
II. Erwerbszeitpunkt	169
1. Prinzip des unmittelbaren Erwerbs	169
2. Rückwirkung.....	171
III. Erwerb wider Willen.....	173

D. Kreditierung der Gegenleistung durch Dritte – (k)ein Sonderfall	174
I. „Backward tracing“ im englischen Recht.....	175
1. Rechtsprechung	175
2. Literatur	178
II. „Backward tracing“ und dingliche Surrogation gemäß §§ 2019 I, 2111 I 1 Var. 3 BGB.....	179
E. Surrogation ohne Surrogat?.....	181
I. Erfordernis eines konkreten Surrogats	181
II. Swollen Assets Theory	184
1. Grundzüge.....	184
2. Swollen Assets Theory in der Rechtsprechung	185
3. Stellungnahme.....	186
F. Zwischenergebnis	188
 § 13 <i>Surrogationserwerb gezogener Nutzungen</i>	189
A. Eindeutige Fälle	190
B. Miet- und Pachterträge	191
I. Streitstand.....	192
1. § 2019 I BGB	192
2. Englischs Recht	193
II. Stellungnahme zum deutschen Recht	194
C. Zwischenergebnis	197
 4. Abschnitt: Wertmischungen	198
 § 14 <i>Anerkennung gemischter Surrogationen</i>	198
A. Law: Kein „tracing through mixed funds“	199
B. Equity: „fiduciary relationship“	203
I. Historische Ursprünge und autoritative Grundlagen.....	204
II. Bedeutungswandel und -verlust	205
III. Würdigung aus deutscher Sicht.....	206
C. Deutschland: Bruchteilssurrogation.....	207
 § 15 <i>Physische Mischungen</i>	209
A. Physische Mischungen nach englischem Sachenrecht	211
I. Rechtsfolge der Vermischung	211
1. Sachmischungen.....	211
2. Geldmischungen.....	212
3. Entwicklungstendenzen.....	214
II. Verluste und Entnahmen.....	214

III. Unbestimmbare Anteilsverhältnisse	216
IV. Zusammenfassung	217
B. Vermischung und Vermengung nach § 948 BGB	217
I. Allgemein	218
1. Rechtsfolge: Mit- oder Alleineigentum	218
a) Quantitative Hauptsache	219
b) Geldvermischung	220
c) Ausblick.....	222
2. Verluste und Entnahmen	222
a) Dingliche Surrogation.....	223
b) Lehre von der Wertvindikation	224
c) Teilungslösung.....	226
aa) Gesetzliche Sonderregelungen	226
bb) Einseitiges Teilungsrecht bei Bargeldmischungen analog § 469 III HGB	226
(1) Teilungsberechtigter	228
(2) Rechtsfolge.....	228
cc) Einseitige Teilung bei sonstigen Sachmischungen	230
3. Unbestimmbare Anteilsverhältnisse	231
4. Zusammenfassung und Vergleich mit den „following rules“	234
II. Vermischung von Erbschaftssachen.....	235
1. Dingliche Rechtslage nach der Vermischung.....	235
2. Entnahmen des Erbschaftsbesitzers oder des Vorerben.....	237
a) Modifikation der Darlegungs- oder Beweislast	237
aa) Verhältnis zum Miteigentum.....	239
bb) Verhältnis zum einseitigen Teilungsrecht des Vorerben.....	239
cc) Stellungnahme	240
b) Lösungsvorschlag: Modifizierte Bodensatztheorie	242
aa) Vermutung des redlichen Teilungswillens.....	242
bb) Widerlegung des Teilungswillens	243
C. Zwischenergebnis	244
 § 16 Wertverfolgung durch Wertmischungen „in equity“	245
A. Grundregeln: Anteilige Beteiligung und Sanktion des Vermischens.....	246
I. Re Hallett’s Estate	246
II. Sinclair v. Brougham.....	248
III. Re Diplock.....	250
IV. Grundprinzipien des „equitable tracing“	252
1. Anteilige Beteiligung („pari passu“-Regel)	253
2. Ausnahmen zulasten des „fiduciary“	253
3. „lowest intermediate balance“-Regel.....	255

B. Sonderregel für Bankkonten: „first in first out“	256
I. Rechtliche Konstruktion des Kontoguthabens	257
II. Grundlagen der „first in first out“-Regel	258
III. Praktische Bedeutung	259
IV. Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung	262
C. Ergänzende Fragen	263
I. „rolling charge“/North American Method	263
II. Erweiterter Anwendungsbereich der „first in first out“-Regel	265
D. Zusammenfassung	267

§ 17 Wertmischungen und dingliche Surrogation gemäß §§ 2019 I, 2111 I 1 Var. 3 BGB	268
---	-----

A. Grundregeln: Bruchteilssurrogation und Vermutung pflichtgemäßen Verhaltens	268
B. Bankkonten	269
I. Einführung: Kontoguthaben und Kontokorrent	270
1. Erwerb von Kontoguthaben	271
2. Kontokorrentbindung	272
3. Erlöschen von Kontoguthaben	275
a) Theorie der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung und Novationstheorie	277
b) Analoge Anwendung der §§ 366, 367, 396 BGB	278
c) Lehre vom Staffeltokorrent	280
II. Buchgeldvermischung und dingliche Surrogation gemäß §§ 2019 I, 2111 I 1 Var. 3 BGB	282
1. Girokonto und Erbfall	282
2. Surrogationserwerb von Bankguthaben	284
a) Unterscheidbarkeit	285
b) Kontokorrentbindung	287
c) Übertragbarkeit	288
3. Auswirkungen von Belastungsbuchungen	290
a) Literatur und Rechtsprechung	290
b) Parallelfall § 48 InsO	291
aa) Rückgriff auf die Einzelforderungen trotz Novation	291
bb) Vermutung des redlichen Parteiwillens, §§ 133, 157, 242 BGB	293
c) Stellungnahme und Lösungsvorschlag	295
aa) Grundsätze der sekundären Behauptungslast (beweisrechtliche Lösung)	295
bb) Lösungsvorschlag	297
(1) Übertragbarkeit der Bodensatztheorie	297

(2) Vermutung des redlichen Teilungswillens (modifizierte Bodensatztheorie).....	298
(3) Auffangregel	299
cc) „lowest intermediate balance“-Regel	301
(1) Beweislast	302
(2) Maßgeblicher Zeitpunkt.....	302
4. Zwischenergebnis.....	305
C. Wertpapierdepots	306
I. Einführung: Wertpapier, Wertpapierdepot und Sammelverwahrung	306
1. Wertpapier und Wertpapierdepot.....	306
2. Grundzüge der Sammelverwahrung	308
II. Wertverfolgung durch ein Wertpapierdepot	311
1. Surrogationserwerb von Wertpapieren	311
2. Veräußerungen aus dem gemischten Bestand	312
a) Keine Berücksichtigung der Interessen des Erwerbers	313
b) Übertragbarkeit der modifizierten Bodensatztheorie	313
D. Schadensversicherungsansprüche.....	314
I. Streitstand.....	314
II. Stellungnahme	315
1. Sonderfall: Versicherung einer Erbschaftssache durch den Erbschaftsbesitzer	315
2. Bruchteilssurrogation	316
III. Wertverfolgung durch den Versicherungsanspruch.....	318
E. Zusammenfassung und Vergleich der deutschen Wertverfolgungsregeln mit den „tracing rules“	319
I. Primäre Wertung: der Ersetzende/Vermischende	319
II. Auffangregeln.....	321
III. Beispiele.....	322
IV. Kontokorrentrechtliche Unterschiede.....	323
 § 18 Verbesserung eigener Vermögensgegenstände.....	323
A. Re Diplock.....	324
I. Verbesserung von Grundstücken/Gebäuden.....	324
II. Beseitigung eines Sicherungsrechts	324
III. Schlussfolgerungen in der Literatur	326
B. Mittelsurrogation und Alleineigentumserwerb gemäß §§ 946, 947 II BGB	326
I. Rechtsprechung	326
II. Literatur.....	327
III. Stellungnahme	328
C. Beseitigung dinglicher Belastungen	332
I. Erwerb des verbesserten Gegenstands.....	332

II. Erwerb des abgelösten dinglichen Rechts	332
1. Keine Legalzession	332
2. Surrogationserwerb von Grundpfandrechten	333
a) Rechtsprechung und Lehre	333
b) Stellungnahme	335
D. Zwischenergebnis	336
Schluss.....	338
Zusammenfassung der Ergebnisse.....	341
Literatur- und Quellenverzeichnis	349
Verzeichnis der englischsprachigen Entscheidungen	363
Sachregister	373

Abkürzungen

A.C.	Law Reports, Appeal Cases
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AK	Alternativkommentar
All.E.R.	All England Reports
AnwK	Anwaltskommentar
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
AT	Allgemeiner Teil
B. & S.	Best & Smith's Queen's Bench Reports (1861–1869)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
B.C.C.	British Company Cases
BankR	Bankrecht
BankvertragsR	Bankvertragsrecht
BB	Betriebs-Berater, Zeitschrift für Recht, Wirtschaft, Steuern
Beav.	Beavan's Rolls Court Reports
BerR	Bereicherungsrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGH WarnR	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (1963–1990), hg. von Otto Warneyer
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
CA	Court of Appeal
C.B.	Common Bench Reports
C.L.J.	Cambridge Law Journal
C.L.P.	Current Legal Problems
C.M.L.R.	Common Market Law Reports
Can. Bus. L.J.	Canadian Business Law Journal
Cant. L.R.	Canterbury Law Review
Ch.	Law Reports, Chancery Division (seit 1891)
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division (1875–1890)
Conv.	Conveyancer and Property Lawyer
Cornell L.R.	Cornell Law Review
D.	Digesten (Corpus Iuris Civilis)
D.L.R.	Dominion Law Reports
DepotG	Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (Depotgesetz)
Drew.	Drewry's Vice Chancellor's Reports tempore Kindersley
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1991–1998)

DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (seit 1999)
E I	Erster Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches
E II	Zweiter Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches
E.R.	English Reports (1307–1865)
Env.L.R.	Environmental Law Reports
ErbR	Erbrecht
ErbRZ	Erbrecht, Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
EWCA Civ.	Court of Appeal Civil Division
EWHC (Ch.)	High Court (Chancery Division)
EWHC (Comm.)	High Court (Commercial Division)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FamR	Familienrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FS	Festschrift
GS	Gedächtnisschrift
HandelsR	Handelsrecht
Hare	Hare's Chancery Reports
HGB	Handelsgesetzbuch
HL	House of Lords
InsO	Insolvenzordnung
J. Inst.	Institutionen (Corpus Iuris Civilis)
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl.	Juristische Blätter
J.L.R.	Jersey Law Reports
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Law Reports, King's Bench (1901–1952)
K.C.L.J.	King's College Law Journal
Keny	Kenyon's Notes of Cases, King's Bench
KO	Konkursordnung
KrVJSchr.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht (seit 2004), Konkurs, Treuhand, Sanierung (1989–2003)
L.M.C.L.Q.	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
L.Q.R.	The Law Quarterly Review
L.R. (Band) C.P.	Law Reports, Common Pleas (1865–1875)
L.R. Ir.	Law Reports, Ireland (4th Series)
LG	Landgericht
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
M. & S.	Maule & Selwyn's King's Bench Reports
M.L.R.	Modern Law Review
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Mer.	Merivale's Chancery Reports
MittRhNotk	Mitteilung der Rheinischen Notarkammer

Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (1896)
MüKo	Münchener Kommentar
N.Z.L.R.	New Zealand Law Reports
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NJWE-FER	Neue juristische Wochenschrift, Entscheidungsdienst, Familien- und Erbrecht
NJW-RR	Neue juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
Osgoode Hall L.J.	Osgoode Hall Law Journal
P. Wms.	Peere-Williams' Chancery & King's Bench Cases
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench (1891–1900, seit 1952)
r+s	Recht und Schaden, unabhängige monatliche Informationsschrift für Versicherungsrecht und Schadenersatz
RdL	Recht der Landwirtschaft, Zeitschrift für Landwirtschafts- und Agrarumweltrecht
R.L.R.	Restitution Law Review
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RG WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (1908–1941), hg. von Otto Warneyer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rvgl.Hwb.	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch
SachenR	Sachenrecht
SchR	Schuldrecht
Taunt.	Taunton's Common Pleas Reports
TE-ErbR	Vorentwurf des Erbrechts für die Erste Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches
U.W.A.L.R.	University of Western Australia Law Review
VersR	Versicherungsrecht, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
Ves. Jr.	Vesey Junior's Chancery Reports
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
W.L.R.	Weekly Law Reports
WL	Westlaw Transcripts
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Zeitschr. f. d. ges.	
Versicherungsw.	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insoilvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Ziviprozessordnung

Einleitung

Eine Witwe verstirbt. Da sie kein Testament hinterlässt, erteilt das Nachlassgericht ihrem Sohn als einzigem Abkömmling und somit als gesetzlichem Erben den Erbschein. Nun wirtschaftet der Sohn mit dem Vermögen seiner Mutter. Unter anderem tauscht er ihren Schmuck gegen ein Rennrad. Sodann taucht aber überraschend doch ein Testament auf, in dem die Witwe ihren Bruder zum Alleinerben eingesetzt hat.

Die Erbschaft ist gemäß § 1922 I BGB im Todeszeitpunkt nicht auf den Sohn, sondern auf den Bruder übergegangen. Gleichwohl ist der Schmuck endgültig für ihn verloren, denn sein Neffe konnte dank des öffentlichen Glaubens des Erbscheins gemäß § 929 S. 1 BGB i.V.m § 2366 BGB wirksam über die mütterlichen Vermögensgegenstände verfügen. Die Rechtsordnung steht damit vor der Frage, wie sie den Ausgleich zwischen dem Sohn und seinem Onkel gestaltet.

Dieser Ausgleich erfolgt nicht, wie man spontan annehmen könnte, durch Zahlung von Wert- oder Schadensersatz. Maßgeblich sind die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch, die §§ 2018 ff. BGB. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Sohn, der sich ein Erbrecht angemaßt hat und daher Erbschaftsbesitzer ist, und dem wahren Erben ähnelt grundsätzlich dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nach §§ 985 ff. BGB. Eine Regelung des Erbschaftsanspruchs kennt jedoch keine Entsprechung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: Nach § 2019 I BGB gelten nicht nur die Vermögensgegenstände des Erblassers, sondern es gilt auch dasjenige als Bestandteile der Erbschaft, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt. Es findet eine dingliche Surrogation statt.¹ An die Stelle des ursprünglichen Erbschaftsgegenstands tritt das Surrogat. Es gehört nicht dem Erbschaftsbesitzer, sondern dem Erben.

Im Beispiel hat der Bruder der Witwe somit das Eigentum am Rennrad erworben und kann dessen Herausgabe verlangen. Einen Anspruch auf Wert- oder Schadensersatz hat er nicht. Die Wertersatzpflicht des Erbschaftsbesitzers nach §§ 2021, 818 II BGB ist gegenüber der Surrogation subsidiär. Sie setzt voraus, dass kein Surrogat vorhanden ist. Schadensersatzansprüche kommen gemäß §§ 2023, 2024 BGB – wie im Eigentümer-Besitzer-

¹ Der Erwerb durch den Erben ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 2019 I BGB, ist heute aber nahezu einhellig anerkannt. Siehe unten S. 74.

Verhältnis – nur unter der Voraussetzung in Betracht, dass der Erbschaftsbesitzer nicht in gutem Glauben an sein Erbrecht handelte oder der Erbschaftsanspruch bereits rechtshängig war.

Die volle Bedeutung des § 2019 I BGB erschließt sich erst dann, wenn man sich verdeutlicht, dass die Surrogate wiederum zur Erbschaft gehören. Das ist zum einen für die Nachlassgläubiger wichtig und ermöglicht ferner die Bildung von Surrogationsketten: Veräußert der Sohn der verstorbenen Witwe das Rennrad, tritt erneut eine dingliche Surrogation am Erlös ein, da dieser Erlös mit Erbschaftsmitteln erworben wird. Verwendet er den Erlös zum Erwerb eines Fernsehers, gehört der Fernseher zur Erbschaft. § 2019 I BGB verhindert hier jeweils, dass sich die dingliche Rechtsstellung des Bruders in einen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch gegen seinen Neffen auflöst. Der Erbe wird dadurch vor allem in der Insolvenz des Erbschaftsbesitzers geschützt. Er kann das Surrogat als Eigentümer gemäß § 47 InsO aussondern und wird nicht wie mit einem schuldrechtlichen Zahlungsanspruch nur quotal befriedigt. Entsprechendes gilt nach § 2111 I 1 BGB für den Erwerb durch den Vorerben mit Erbschaftsmitteln.

Der Schutz durch das Surrogationsprinzips steht und fällt indes damit, dass überhaupt ein Surrogat identifiziert werden kann. Obwohl es seit dem 19. Jahrhundert zahlreiche wissenschaftliche Arbeiten zur dinglichen Surrogation bei Sondervermögen gibt,² sind gerade in dem besonders bedeutenden Bereich der Identifikationsregeln noch erhebliche Forschungslücken zu verzeichnen. Die vorhandenen Regeln betreffen überwiegend eindeutige Fälle, wie etwa den Kauf einer Sache mit Erbschaftsgeld.

Fast unbeachtet ist das Problemfeld der Vermischung der Erbschaft mit dem Vermögen des Erbschaftsbesitzers. Dabei ergeben sich gerade in solchen Konstellationen besondere Identifikationsprobleme. Einprägsames Beispiel sind bargeldlose Zahlungen in einer Veräußerungskette. Ein solcher Fall könnte wie folgt aussehen: Der Sohn der Witwe hat auf seinem Girokonto ein Guthaben in Höhe von 100. Er veräußert das Rennrad, wofür ihm der Erwerber 100 überweist. Das halbe Guthaben gehört also gemäß § 2019 I BGB dem wahren Erben.³ Der Sohn hebt nun 100 ab und verspielt sie im Casino, bevor das Testament auftaucht.

Wahrscheinlich werden Sohn und Onkel in diesem Fall darüber streiten, wessen Geld verspielt wurde. Der Sohn wird behaupten, es sei der Veräußerungserlös gewesen. Er habe ihn in gutem Glauben an sein Erbrecht ersatzlos verbraucht und schulde seinem Onkel daher gemäß § 818 III BGB nichts. Der

² Siehe etwa die Arbeiten von *Leonhard* (1899), *Windmüller* (1902), *Beyer* (1905), *Bellermann* (1910) und *Girsberger* (1955); aus jüngerer Zeit etwa die Arbeiten von *Strauch* (1972), *Welle* (1987), *Wendel* (1994), *Maurer* (1999) und *Stiebitz* (2006).

³ Der Erbe ist in Höhe von 100 Gläubiger der Bank, zu deren Gunsten gelten jedoch die §§ 2019 II, 407 I BGB.

Onkel wird hingegen argumentieren, seine 100 seien noch auf dem Konto vorhanden. Sind die 100 hingegen nicht verspielt, sondern gewinnbringend in Aktien investiert worden, werden die Parteien jeweils das Gegenteil vortragen. Welche Behauptung zutrifft, ist in Literatur und Rechtsprechung bisher ungeklärt.

Im deutschen Recht ist die dingliche Surrogation ein Ausnahmephänomen und betrifft hauptsächlich Sondervermögen. Im englischen Recht findet vergleichsweise häufig ein Surrogationserwerb statt. Historisch ist das Surrogationsprinzip in England eng mit dem Trust (Treuhand) verknüpft, also ebenfalls mit einem Sondervermögen.⁴ Es diene dem Schutz des Treuhandbegünstigten bei Veruntreuung von Trustvermögen durch den *trustee* (Treuhandler). Da der Anwendungsbereich des Trusts aber im Lauf der Jahrhunderte fortwährend ausgedehnt wurde, hat sich auch das Surrogationsprinzip immer weiter verbreitet.⁵ Unter anderem deckt das Trustrecht heute Teile des Bereicherungsrechts ab.

Aufgrund der langen Tradition und der großen praktischen Bedeutung des Surrogationsprinzips haben die englische Literatur⁶ und Rechtsprechung auch eine Vielzahl von Regeln zur Identifikation von Surrogaten (*tracing rules*) entwickelt. Im Streit zwischen Sohn und Bruder der Witwe wäre etwa nach der *pari passu*-Regel zu entscheiden, dass die Hälfte des Erbschaftsgelds im Casino verspielt wurde und sich die andere Hälfte noch auf dem Bankkonto befindet.⁷

Ziel dieser Untersuchung ist es, das System der Identifikationsregeln nach deutschem Recht zu rationalisieren und die bestehenden Lücken zu schließen. Gegenstand sind im Wesentlichen die Tatbestände des § 2019 I BGB und des § 2111 I 1 Var. 3 BGB. Wegen des Ausnahmecharakters dieser Vorschriften steht hierfür nur wenig praktische Erfahrung zur Verfügung. Das an Erfahrungen und Lösungen reiche englische Recht soll daher als inspirativer Hintergrund dienen, um geeignete Lösungen zu finden.⁸ Es soll helfen, die zentralen Sachprobleme im Interessenkonflikt von Erbschaftsbesitzer, Erben und deren Gläubigern zu identifizieren. Zugleich liefert es Lösungsmodelle, die im Idealfall in das deutsche Recht übernommen werden können.

⁴ Ein historischer Zusammenhang zwischen der dinglichen Surrogation im englischen Treuhandrecht und derjenigen bei den Sondervermögen des BGB lässt sich aber wohl nicht nachweisen, siehe Rvgl.Hwb. VI/Wengler 478.

⁵ *Schlechtriem* Unjust Enrichment 8-86. Vgl. auch *Maudsley* (1959) 75 L.Q.R. 234, 244. Das englische Recht kennt *at law* auch eine Surrogation, die nicht von einer treuhänderischen Beziehung abhängt. Jedoch geht auch die dingliche Surrogation *at law* auf das Trustrecht zurück, siehe unten S. 157 ff. Außerdem unterscheiden sich ihre Wirkungen erheblich von der dinglichen Surrogation *in equity*, siehe unten S. 14 ff.

⁶ Als Standardwerk gilt heute *Smith Tracing*.

⁷ Unten S. 253.

⁸ Vgl. *Zweigert/Kötz* Einführung § 2.

1. Abschnitt

Grundlagen

§ 1 Surrogationsbegriff

Surrogation ist ein schillernder Begriff. Sein Bedeutungsgehalt ist seit langem Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion. *Surrogation* wird in der deutschen Rechtswissenschaft als Sammelbegriff für eine Vielzahl von Vorschriften gebraucht, die sich in Tatbestand und Rechtsfolge teils erheblich unterscheiden.¹

Ganz allgemein umschreibt *Wengler* den Surrogationserwerb als einen rechtstechnischen Vorgang, bei dem für eine Vermögensminderung Ersatz geschaffen wird, indem das verminderte Vermögen ein dingliches oder obligatorisches Recht erwirbt.² Dem tatsächlichen Gebrauch des Surrogationsbegriffs wird diese Umschreibung nicht völlig gerecht. Sie ist zu eng, da sie an eine Vermögensminderung anknüpft, aber nicht jede sogenannte Surrogationsvorschrift einen Verlust voraussetzt.³ Sie ist zugleich zu weit. Wer rechtswidrig und schuldhaft fremdes Eigentum zerstört, ist dem Eigentümer nach § 823 I BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Als Ausgleich für die Vermögensminderung wird ein Anspruch gegen den Schädiger erworben; eine Surrogation ist dies aber offenbar nicht.

Den Surrogationsbegriff am Anfang der Untersuchung zu konkretisieren ist nicht unproblematisch. Es birgt die Gefahr, die Vorschriften des BGB anhand eines *a priori* festgelegten Begriffs zu analysieren und in Surrogations- und Nicht-Surrogationstatbestände zu unterteilen. Eine exakte Definition der dinglichen Surrogation müsste sich vielmehr an die Analyse des BGB anschließen.⁴ Andererseits ist es aber notwendig, den Untersuchungsgegenstand zu begrenzen. Ziel der Untersuchung ist nicht, einen Beitrag zum Begriff der Surrogation zu leisten. Es geht darum, ein bestimmtes Rechtsphänomen näher zu betrachten. Dieses Phänomen grenzt die auf *Manfred Wolf*

¹ Vgl. *Welle* 86; *Girsberger* 46 f. Angesichts der teils erheblichen Unterschiede ist fraglich, ob überhaupt ein gemeinsamer Oberbegriff gebildet werden kann. Vgl. *M. Wolf* JuS 1976, 104, 104.

² Rvgl.Hwb. VI/Wengler 463.

³ Siehe unten S. 7 f.

⁴ So *Bellermann* 4 ff. gegen *Beyer*.

zurückgehende Definition der dinglichen Surrogation hinreichend von ähnlichen Rechtserscheinungen ab:

Ein Gegenstand (das Surrogat) tritt an die Stelle eines anderen Gegenstands (des Ausgangsgegenstands), wobei sich die Rechtslage des Ausgangsgegenstands unabhängig vom Willen der Beteiligten am Surrogat fortsetzt.⁵

A. Dingliche Surrogation bei Sondervermögen

Ein allgemeines Surrogationsprinzip ist dem deutschen Recht fremd. Das BGB ordnet die dingliche Surrogation nur für ganz bestimmte Gegenstände und Konstellationen an, insbesondere für die Sondervermögen des Familien- und Erbrechts.⁶ Zweifelhaft ist aber, ob sich von einem allgemeinen Surrogationsprinzip der Sondervermögen sprechen lässt, denn die jeweiligen Tatbestände unterscheiden sich erheblich.

Ein Sondervermögen ist eine Gesamtheit von Sachen und Rechten, die zu einem bestimmten Zweck rechtlich vom allgemeinen Vermögen ihres Inhabers getrennt ist.⁷ Erwirbt der Inhaber des Sondervermögens etwas, ist zu klären, in welches der beiden Vermögen das Erworbene fällt.⁸ Diese Aufgabe erfüllen die §§ 718 II, 1418 II Nr. 3, 1473 I, 1638 II, 2041 S. 1 und 2111 I 1 BGB.⁹

⁵ *M. Wolf* JuS 1975, 643, 645; *ders.* JuS 1975, 710, 713; *Welle* 15; *Wendel* 107; *Coester-Waltjen* JURA 1996, 24, 25; *Löhnig* JA 2003, 990, 990; *Beyer* 6. Vgl. auch *Lange/Kuchinke* ErbR § 41 I. 1.; *Brox/Walker* ErbR Rn. 600, 603 f.; *Roggendorff* MittRhNotk 1981, 29, 31; *Muscheler* ErbRZ 2009, 76, 77 f. Darüberhinaus bezeichnet *Hawellek* 9 die Forderungszession zu Regresszwecken (Legalzession) als persönliche Surrogation. So auch *Strauch* 159, der darin aber keinen echten Surrogationsfall sieht.

⁶ Eine weitere Gruppe von Surrogationstatbeständen ist die dingliche Surrogation bei Einzelgegenständen. Prominentester Vertreter ist § 1247 S. 2 BGB, wonach der Eigentümer der Pfandsache automatisch den Überschusserlös erwirbt, der bei Verwertung des Pfands erzielt wird. Diese Anordnung dient dem Ausgleich für die gesetzliche Verwertungsbefugnis des Pfandgläubigers. So *M. Wolf* JuS 1976, 32, 33 f. Weitere Fälle der dinglichen Surrogation von Einzelgegenständen finden sich in den §§ 949 S. 2, 1046 I, 1075 I, 1127 I, 1287 BGB.

⁷ *M. Wolf* JuS 1975, 710, 710; *ders.* JuS 1976, 104, 104 f.; *Larenz/M. Wolf/Neuner* BGB AT § 26 Rn. 30 ff.; *Roggendorff* MittRhNotk 1981, 29, 31.

⁸ Rvgl.Hwb. VI/Wengler 468 f.

⁹ Zur analogen Anwendung der Surrogationsvorschriften auf Verfügungen des Nachlassverwalters oder Testamentsvollstreckers *M. Wolf* JuS 1975, 710, 715. Dazu auch *Strauch* 220 f.; *Muscheler* Haftungsordnung 266. Für den Alleinerben siehe *Staudinger/Marotzke* § 1978 Rn. 17. Gegen eine Analogie, aber im Ergebnis ohne Unterschied *Schmidt-Kessel* WM 2003, 2086, 2088. Ausführliche Darstellung des Streitstands bei *Dauner-Lieb* 102 ff.

Zur Untergruppe der dinglichen Surrogation bei Sondervermögen zählt auch § 2019 I BGB.¹⁰ Die Vorschrift knüpft an § 2018 BGB an, wonach der Erbe „von jedem, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (Erbschaftsbesitzer), die Herausgabe des Erlangten verlangen“ kann (sog. Erbschaftsanspruch). § 2019 I BGB erweitert die Herausgabepflicht des Erbschaftsbesitzers auf dasjenige, „was der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft erwirbt.“ Das Erworbene gilt „[a]ls aus der Erbschaft erlangt“.

Die Erbschaft in den Händen des Erbschaftsbesitzers ist nicht zwingend ein echtes Sondervermögen.¹¹ Erbschaft und eigenes Vermögen des Erben werden zwar im alltäglichen Sprachgebrauch unterschieden, ein rechtlicher Unterschied besteht jedoch nur in bestimmten Fällen. Das Vermögen des Erblassers (die Erbschaft) geht mit dessen Tod automatisch auf den Erben über (§ 1922 I BGB) und wird zum Bestandteil seines allgemeinen Vermögens. Eine rechtliche Trennung erfolgt nur ausnahmsweise, insbesondere durch die Beschränkung der Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten.¹²

Dennoch ähnelt die Erbschaft in den Händen des Erbschaftsbesitzers einem Sondervermögen des Erben. Der Erbschaftsanspruch ist nach herrschender Auffassung ein Gesamtanspruch. Er bezieht sich auf die Erbschaft als Gesamtheit und besteht neben den Singularansprüchen (z.B. § 985 BGB), die der Erbe bezüglich der Einzelgegenstände gegen den Erbschaftsbesitzer hat, vgl. § 2029 BGB.¹³ Zum Zweck der Herausgabe an den Erben behandeln die §§ 2018 ff. BGB die Erbschaft als rechtliche Einheit.¹⁴ Überdies geht § 2019 I BGB offenbar davon aus, dass ein Surrogat der Erbschaft zugeordnet werden kann.¹⁵ Dies wird vor allem im zweiten Absatz deutlich, wo auf die Zugehörigkeit einer Forderung zur Erbschaft abgestellt wird.

¹⁰ Siehe etwa *Sieg* Zeitschr. f. d. ges. Versicherungsw. 1991, 175, 175; *M. Wolf* JuS 1975, 710, 710.

¹¹ Ein ähnliches Problem stellt sich bei § 1646 I BGB. Obwohl die Vorschrift die Zuordnung eines Erwerbs der Eltern zum allgemeinen Vermögen des Kindes regelt, wird sie zur dinglichen Surrogation bei Sondervermögen gezählt. So etwa *Strauch* 66. § 1646 I BGB ist aber schon keine Surrogation im vorliegenden Sinn, da der Tatbestand den Willen der Eltern voraussetzt, für das Kindesvermögen zu erwerben.

¹² *Larenz/M. Wolf/Neuner* BGB AT § 26 Rn. 31; *M. Wolf* JuS 1975, 710, 711.

¹³ Ein Überblick zum Streitstand zur Rechtsnatur des Erbschaftsanspruchs findet sich bei *Muscheler* ErbRZ 2009, 38, 45 ff.; ausführlicher *Maurer* 12 ff. Siehe zum gemeinen Recht *Dernburg* Pandekten III § 172 3.

¹⁴ *Windmüller* 66; *Muscheler* ErbRZ 2009, 38, 45. Vgl. überdies Rvgl.Hwb. VI/*Wengler* 468 f.

¹⁵ *Stiebitz* 128 f.; *Josef Kohler* ArchBürgR 22 (1903) 1, 9 (der Erbschaftsbesitzer wird als Inhaber zweier Vermögen behandelt). Ähnlich zur Erbschaftsklage im gemeinen Recht *ders.* KrVJSchr. 19 (1877) 498, 498. Vgl. auch *Bellermann* 22 f.

B. Rechtsgeschäftliche dingliche Surrogation

Die Surrogationstatbestände des BGB können ferner nach der Art des Ersetzungsvorgangs unterschieden werden.

Ein Gegenstand kann aus unterschiedlichen Gründen an die Stelle eines anderen treten.¹⁶ Wird eine Sache rechtswidrig und schuldhaft zerstört, erwirbt ihr Eigentümer automatisch den Anspruch aus § 823 I BGB gegen den Schädiger. Auslöser des Erwerbs ist ein Realakt des Schädigers. Wird eine fremde Sache wirksam veräußert, verliert der Eigentümer sein Recht durch ein Rechtsgeschäft. Auch der Kaufpreis, d.h. das Surrogat, wird durch ein Rechtsgeschäft erlangt. Ein Mischfall liegt vor, wenn eine fremde Forderung wirksam eingezogen wird. Die Forderung erlischt gesetzlich¹⁷, der geleistete Gegenstand wird durch Rechtsgeschäft erworben.

Die Tatbestände der dinglichen Surrogation bei Sondervermögen unterscheiden nach der Art des Erwerbs. Das BGB verwendet unterschiedliche Klauseln, um etwas Erworbenes einem Sondervermögen zuzuordnen. Diese Klauseln werden offenbar stets in derselben Bedeutung gebraucht, sodass eine einheitliche Auslegung geboten ist.¹⁸

- Die sog. *regelmäßige Surrogationsklausel*¹⁹ betrifft den nicht-rechtsgeschäftlichen Erwerb. Sie zerfällt in zwei selbstständige Tatbestände. Bestandteil des betreffenden Sondervermögens wird, was auf Grund eines zum Sondervermögen gehörenden Rechts (*Rechtssurrogation*)²⁰ und was als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Sondervermögen gehörenden Gegenstands (*Ersatzsurrogation*) erworben wird. Die regelmäßige Surrogationsklausel findet sich in allen Vorschriften über die Surrogation bei Sondervermögen außer § 2019 I BGB.
- Eine rechtsgeschäftliche dingliche Surrogation wird in § 2019 I BGB und § 2111 I 1 Var. 3 BGB angeordnet. Zur Erbschaft gehört hiernach, was der Vorerbe durch ein Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft *erwirbt* (*Mittelsurrogation*).
- Als Fall der rechtsgeschäftlichen dinglichen Surrogation wird überdies die sog. *Beziehungsklausel* der §§ 1418 II Nr. 3 Var. 3, 1473 I Var. 3, 1638 II Var. 3, 2041 S. 1 Var. 3 BGB bezeichnet. Zum Sondervermögen gehört demnach, was durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf das Sondervermögen bezieht.

¹⁶ Rvgl.Hwb. VI/Wengler 465.

¹⁷ Siehe § 11 Fn. 75.

¹⁸ *Beyer* 211; *Menken* 107 f., 118, 124, 130; *Strauch* 127; *Martinek* ZGR 1991, 74, 76 f. Vgl. auch Prot. II 709.

¹⁹ Kritisch zu diesem Begriff *Strauch* 126. *Brox/Walker* ErbR Rn. 601 ff. sprechen vom einfachen Ersetzungserwerb.

²⁰ In der Literatur hat sich die Bezeichnung als Rechtssurrogation durchgesetzt. Von Folgerwerb spricht dagegen etwa *Coester-Waltjen* JURA 1996, 24, 25.

Auf Grundlage des vorliegend verwendeten Surrogationsbegriffs ordnen jedoch die Rechtssurrogations- und die Beziehungsklausel keine dingliche Surrogation an. Die Beziehungsklausel scheidet als Surrogationstatbestand deshalb aus, weil sich ein Rechtsgeschäft nur dann auf das betreffende Sondervermögen bezieht, wenn es subjektiv und objektiv damit in Zusammenhang steht. Erforderlich ist der Wille des Erwerbers, für das Sondervermögen zu erwerben. Das Element der Willensunabhängigkeit des Surrogationserwerbs ist somit nicht erfüllt.²¹ Überdies kann eine objektive Beziehung zum Sondervermögen auch dann vorliegen, wenn das Erworbene nicht an die Stelle eines ausgeschiedenen Gegenstands tritt.²²

Die Untersuchung der rechtsgeschäftlichen dinglichen Surrogation bezieht sich daher auf die Mittelsurrogation nach den §§ 2019 I, 2111 I 1 Var. 3 BGB.

C. Dingliche Wirkung

Das BGB kennt das Surrogationsprinzip mit zwei unterschiedlichen Wirkungsweisen: die schuldrechtliche und die dingliche Surrogation.

Bei einer schuldrechtlichen Surrogation wird der Vermögensverlust durch den Erwerb eines Anspruchs auf Übertragung des Surrogats ausgeglichen. Dazu kann es kommen, wenn die geschuldete Leistung unmöglich wird. Verkauft N sein Auto an B und wird das Auto noch vor Lieferung von Unbekannten gestohlen, ist N – statt zu liefern – gemäß § 285 I BGB verpflichtet, B etwaige Surrogate herauszugeben, also etwa einen Versicherungsanspruch abzutreten. Nach herrschender Auffassung ordnet auch § 816 I 1 BGB eine

²¹ Nach h.M. umfasst § 2041 S. 1 Var. 3 BGB allerdings die Mittelsurrogation. Eingehend dazu unten S. 104 f.

²² Aus demselben Grund ist die Bezeichnung des § 582a II 2 BGB als dingliche Surrogation problematisch (so aber Staudinger/*Emmerich/Schaub* § 582a Überschrift vor Rn. 22; MüKo-BGB/*Harke* § 582a Rn. 5; MüKo-BGB/*Pohlmann* § 1048 Rn. 6; *Maurer* 101). Hiernach erwirbt der Verpächter das Eigentum an Sachen, die der Pächter anschafft und dem Inventar des verpachteten Grundstücks einverleibt. Parallelregelungen finden sich für den Nießbrauch an einem Grundstück (§ 1048 I 2 Hs. 2 BGB) und für die Vorerbschaft (§ 2111 II BGB). Diesen Vorschriften mag zwar die Vorstellung zugrunde liegen, dass die neu angeschafften Stücke ausgeschiedenes oder verbrauchtes Inventar ersetzen, so *M. Wolf* JuS 1976, 32, 32; MüKo-BGB/*Harke* § 582a Rn. 5. Im Tatbestand schlägt sich dies aber nicht nieder, denn der Eigentumserwerb erfolgt allein durch Anschaffung und Einverleibung der Sache in das Inventar (MüKo-BGB/*Harke* § 582a Rn. 5). Eine tatsächliche Ersetzung ist nicht erforderlich, vgl. zu § 2111 II BGB: MüKo-BGB/*Grunsky* § 2111 Rn. 27; Staudinger/*Avenarius* § 2111 Rn. 33; *Brox/Walker* ErbR Rn. 610. Die genannten Vorschriften beruhen also allenfalls auf dem Surrogationsgedanken, sind aber keine Ausprägungen des Surrogationsprinzips, vgl. *Welle* 15 f. Anders aber *Lange/Kuchinke* ErbR § 41 III. 3. (Surrogationsfälle „mit stärkster Wirkung, bei denen es weder auf die Herkunft der Mittel noch auf die Bezogenheit des Erwerbsgeschäfts noch [...] auf den Willen des Handelnden ankommt.“).

schuldrechtliche Surrogation an.²³ Wer unberechtigt über einen fremden Gegenstand verfügt, hat die erlangte Gegenleistung an den Berechtigten herauszugeben.²⁴ Weitere Tatbestände der schuldrechtlichen Surrogation finden sich in § 816 II BGB und in § 2374 BGB. Alle Fälle haben gemeinsam, dass der Surrogationsbegünstigte nur einen Anspruch auf das Surrogat erwirbt. Für den Erwerb des Surrogats ist noch ein Vollzugsgeschäft nötig.

Bei der dinglichen Surrogation wird das Surrogat automatisch demjenigen Vermögen zugeordnet, das den Verlust erlitten hat. Ein Übertragungsakt ist überflüssig, weil ihn das Gesetz schon vollzogen hat.²⁵ Im Beispiel würde B also ohne weiteren Vollzugsakt Gläubiger des Versicherungsanspruchs. Die dingliche Wirkung erlangt vor allem Bedeutung, wenn der Ersetzende insolvent ist. Würde der Versicherungsanspruch automatisch B zugeordnet, könnten die Gläubiger des N nicht mehr in den Anspruch vollstrecken.

Ein allgemeines dingliches Surrogationsprinzip ist dem BGB unbekannt.²⁶ Eine dingliche Surrogation wird nur in speziellen Konstellationen angeordnet. § 2019 I BGB betrifft nur die rechtsgeschäftliche Ersetzung von Erbschaftsgegenständen durch einen Erbschaftsbesitzer. § 2111 I 1 Var. 3 BGB erfasst nur die rechtsgeschäftliche Ersetzung von Erbschaftsgegenständen durch einen Vorerben. Ersetzt eine andere Person Erbschaftsgegenstände, tritt keine dingliche Surrogation ein.

Außerdem zeigen die beiden Vorschriften, dass die Surrogationstatbestände anhand ihrer Wirkung in zwei weitere Unterfälle unterteilt werden können. Veräußert ein Vorerbe eine Erbschaftssache, ergänzt die dingliche Surrogation lediglich die allgemeinen Erwerbsregeln. Der Vorerbe wird ohnehin Eigentümer der Gegenleistung, § 2111 I 1 Var. 3 BGB ordnet sie aber dem Sondervermögen Erbschaft zu. § 2111 I 1 Var. 3 BGB regelt also, welchem der beiden in Betracht kommenden Vermögen – der Erbschaft oder dem freien Vermögen – das Eigentum zugeordnet wird.²⁷ Dies ist eine *Surrogation*

²³ v. Caemmerer, in: FS Lewald (1953) 443, 446; Coester-Waltjen JURA 1996, 24, 25.

²⁴ Zum Streitstand unten S. 85 ff.

²⁵ Welle 15; Coester-Waltjen JURA 1996, 24, 24.

²⁶ Coester-Waltjen JURA 1996, 24, 25; Lange/Kuchinke ErbR § 41 I. 1.; Hawellek 9; vgl. auch BGHZ 33, 66, 72. Die Gründe hierfür sind schwierig zu benennen. Lange/Kuchinke a.a.O. führen dies auf die Streitigkeiten der gemeinrechtlichen Lehre zurück. Wengler nimmt etwa an, die dingliche Surrogation stehe in gewissem Widerspruch zum Gedanken des gutgläubigen Erwerbs. Das germanisch-rechtliche Denken hätte sich selbst widersprochen, wenn es einen nach außen überhaupt nicht feststellbaren Rechtserwerb des Eigentümers der veräußerten Sache an der Gegenleistung hätte annehmen sollen, Rvgl.Hwb VI/Wengler 466. Seine Schlussfolgerung würde jedenfalls eine Erklärung dafür bieten, warum gerade das englische Recht, das einen gutgläubigen Erwerb nur in engen Grenzen anerkennt (siehe unten S. 29 ff.), sehr surrogationsfreundlich eingestellt ist. Allerdings wird die dingliche Surrogation von einigen englischen Autoren gerade als Ausgleich für den gutgläubigen Erwerb angesehen (siehe unten S. 170).

²⁷ Windmüller 10 ff.