Aufsatz ZR

Prof. Dr. Arndt Kiehle*

Rechtsgrundabhängigkeit der Konvaleszenz?

DOI 10.1515/jura-2017-0171

Dass es auch im geltenden deutschen Recht trotz der vom BGB vollzogenen Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft und der Abstraktion der Verfügung vom Verpflichtungsgeschäft nicht abwegig erscheint, eine Rechtszuständigkeit von schuldrechtlichen Forderungen abhängig zu machen, zeigt die Diskussion um die Rechtsgrundabhängigkeit der Konvaleszenz von Verfügungen gemäß § 185 II 1 Var. 2 und Var. 3 BGB. Dank der Untersuchung Hagens wird heute vielfach sowohl für den Fall des einer Verfügung eines Nichtberechtigten nachfolgenden Erwerbs des betroffenen Gegenstands durch den Verfügenden als auch für den Fall der Beerbung des verfügenden Nichtberechtigten durch den Berechtigten die Auffassung vertreten, Konvaleszenz trete nur ein, wenn der Verfügende bzw. sein Erbe zur Rechtsverschaffung verpflichtet ist. Hagen glaubt, § 185 II 1 Var. 3 biete für eine solche Interpretation mit dem Erfordernis der unbeschränkten Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten einen Ansatzpunkt.¹ Die eine bestehende Pflicht fordernde Auslegung stehe auch im Einklang mit dem römischen und gemeinen Recht, das dem Erwerber in den beiden genannten Konstellationen nur dann eine erfolgreiche Verteidigung mit der *exceptio rei venditae et traditae* gegen die Vindikation des Eigentümers der vom Nichtberechtigten veräußerten Sache ermöglicht habe, wenn »ein wirksames Verpflichtungsgeschäft« und damit »eine noch zu erfüllende Verbindlichkeit« vorlagen.² Eine solche Rechtsgrundabhängigkeit der *exceptio rei venditae et traditae* des römischen und gemeinen Rechts wird heute allgemein angenommen.³

¹ Hagen, AcP 167 (1967), 481, 482f. Insoweit zustimmend Pletscher, Genehmigung und Konvaleszenz des Rechtsgeschäfts, Dissertation Mannheim 2000, S. 133 unten; Gehrmann, Das Problem der Konvaleszenz, Dissertation Hamburg 1963, S. 134. Dagegen Finkenauer, in: FS Picker, 2010, S. 201, 213f.; Kuhn, »Heilung kraft Haftung« gemäß § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 3 BGB, 2009, S. 17f.

² Hagen, AcP 167 (1967), 481, 484f.

*Kontaktperson: Arndt Kiehle, Professor für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte an der Ruhr-Universität Bochum.

Im 19. Jahrhundert war die Abhängigkeit dieser Einrede von einer Verpflichtung dagegen umstritten. Die Befürworter eines *causa-Erfordernisses*⁴ wurden teils scharf kritisiert, so z. B. von Huschke: »Diese Ansicht scheint mir auf einer völligen Verkenntung der *exceptio rei venditae et traditae* zu beruhen, als läge in ihr die Geltendmachung einer Obligation. ... diese Einrede (hat) ... mit der obligatorischen Seite der etwa vorausgegangenen *causa traditionis* gar nichts zu schaffen ...«⁵ Die Kritiker hielten anstelle einer Verpflichtung zur Übereignung (bzw. anstelle der Eviktionshaftung des Verkäufers) eine Bindung des Berechtigten an die Verfügung des Nichtberechtigten für ausreichend, die sich ihrer Auffassung nach aus seiner Stellung als Erbe des Verfügenden⁶ oder aus dem Verbot

³ Harder, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, hrsg. von Reinhard Zimmermann, 1999, S. 637, 640f. (zum römischen Recht); HKK/Finkenauer, §§ 182–185, Rn. 18, vor Fn. 144, 2003; Pletscher, Genehmigung und Konvaleszenz des Rechtsgeschäfts, Dissertation Mannheim 2000, S. 135f.; Gehrmann, Das Problem der Konvaleszenz, Dissertation Hamburg 1963, S. 18, Fn. 4.

⁴ Deutlich Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht, 1883, S. 281f.; Strohal, JheringJb 27 (1889), 335, 419f., 365f.; Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht, Erster Band, 2. Auflage 1860, S. 525, mit Fn. 53; Epstein, Das Verhältnis des § 185 Abs. 2 B.G.B. zur gemeinrechtlichen *exceptio rei venditae et traditae*, Dissertation Leipzig 1904, S. 9f., 14f., 17ff., 38 unten; Dilthey, Vergleich der Wirkungen der gemeinrechtlichen *exceptio rei venditae et traditae* mit B.G.B. § 185 Abs. 2, Dissertation Erlangen 1900, S. 17, 21, vgl. aber auch S. 47, Fn. 207: »... die Stellung des Erwerbers basiert nicht nur auf dem obligatorischen Bande ...«; vgl. auch Krüger, Beiträge zur Lehre von der *exceptio doli*, Erstes Heft, Das Verhältnis der *exceptio doli (generalis)* zur *exceptio rei venditae et traditae* und zur *exceptio pacti*, 1892, S. 61, Fn. 75, 89f., 226.

⁵ Huschke, AcP 62 (1879), 320, 342f., mit Fn. 19, gegen Jhering, JheringJb 2 (1858), 67, 154, und Windscheid, der später (Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 9. Auflage 1906, § 197, Fn. 1 a, S. 1006) nur den »Ton der Bemerkung« zurückweist.

⁶ Vgl. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Ein Commentar, Zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung, 1819, S. 435, Nr. II (vgl. aber sogleich Fn. 8), und trotz seiner in Fn. 4 belegten Auffassung Dilthey, Vergleich der Wirkungen der gemeinrechtlichen *exceptio rei venditae et traditae* mit B.G.B. § 185 Abs. 2, Dissertation Erlangen 1900, S. 9 (der Erbe muss »eine Verfügung seines Erblassers ... als die seinige gelten lassen«), sowie Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 9. Auflage 1906, § 172, Nr. 1 a. E., S. 886 (der Erbe trete »in die Übertragung« ein). Ganz ähnlich auch die Erklärung des § 185 II 1 Var. 3 durch Boehmer, in: Die Reichsgerichtspraxis

widersprüchlichen Verhaltens desjenigen, der zunächst selbst verfügte und später die betroffene Sache zu Eigentum erwarb,⁷ ergeben konnte. Beide Meinungen beruhen auf viel älteren Ansätzen. Die Lehre von der Erforderlichkeit einer causa geht auf den Gedanken zurück, dass der Verkäufer, der dem Käufer wegen Eviktion haften würde, diese Haftung nicht selbst durch Vindikation der Sache herbeiführen dürfe und könne.⁸ Die *exceptio rei venditae et traditae* stünde so dem *dolo petit*-Einwand sehr nahe.⁹ Die Gegenauffassung verhindert durch Gewährung der *exceptio rei venditae et traditae* dagegen ein *venire contra factum proprium* des Verfügenden.¹⁰ Hinweise darauf,

dass im römischen oder gemeinen Recht hinsichtlich des Zwecks der indirekten, durch Einrede geschützten »Konvaleszenz« zwischen den beiden Konstellationen der Beerbung des Nichtberechtigten durch den Berechtigten und des Rechtserwerbs seitens des Nichtberechtigten differenziert worden wäre, finden sich soweit ersichtlich nicht.¹¹

Für die Auslegung des § 185 II 1 ist das historische Argument demzufolge nur dann unmittelbar hilfreich, wenn den Beratungen zum BGB Näheres über den Zweck der Konvaleszenz zu entnehmen sein sollte. Johow beschränkte sich in der Begründung seines Teilentwurfs zum Sachenrecht im Wesentlichen darauf, auf die Regelungen des gemeinen Rechts zu verweisen. Lediglich der Umstand, dass er statt einer bloßen Einrede des Erwerbers in § 134 seines Entwurfs den Erwerb des Rechts durch denselben vorschlug, wurde unter Bezugnahme auf die insoweit übereinstimmenden Vorschriften des § 254 sächsisches BGB und des Art. 92 des dritten Teils des bayerischen Entwurfs näher erläutert.¹²

Gottfried von Schmitt nahm in seinen Erbrechts-Teilentwurf folgenden § 320 auf: »(I) Die Verbindlichkeit des Erben erstreckt sich, wenn die Erbschaft voll zureicht oder von demselben zur vollen Haftung übernommen ist, auf die Anerkennung der Verfügungen, welche von dem Erblasser über Gegenstände getroffen sind, die zu dem eigenen Vermögen des Erben gehören, jedoch nicht in weiterem Umfange, als der Erblasser gebunden war. (II) Für andere Fälle bleibt der Entschädigungsanspruch des dritten Erwerbers als Erbschaftsgläubigers unberührt.«¹³ Was wegen der Verwendung des Ausdrucks »Verbindlichkeit« und der Bezugnahme auf die Haftung des Erben auf den ersten Blick wie ein Indiz für die

im deutschen Rechtsleben, Dritter Band, 1929, S. 216, 301: der Erbe »rückt ... in die durch die Verfügung des Erblassers geschaffene Bindungslage ein«; Wieling, Sachenrecht, Band 1, Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Auflage 2006, § 9 VI c, S. 327 f.; Harder, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, hrsg. von Reinhard Zimmermann, 1999, S. 637, 648 f.; Finkenauer, in: FS Picker, 2010, S. 201, 222 oben; dagegen Wacke, ZRG RA 114 (1997), 197, 201 f.

7 Leonhard, JheringJb 17 (1879), 183, 190 f., 193 f., mit Fn. 4, 216, Fn. 1 (»Grundsatz ..., daß Jedermann zu seinem Worte stehen muß«); vgl. auch Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 9. Auflage 1906, § 172, Fn. 5, S. 885 (der Veräußerer darf »sich nicht mit seiner eigenen Willenserklärung in Widerspruch setzen«), und § 197, S. 1006 (»Verpflichtung« des Verfügenden, »zu der abgegebenen Erklärung zu stehen«); ferner, allerdings unter Betonung des Verpflichtungsgeschäfts, Krüger, Beiträge zur Lehre von der *exceptio doli*, Erstes Heft, Das Verhältnis der *exceptio doli* (generalis) zur *exceptio rei venditae et traditae* und zur *exceptio pacti*, 1892, S. 61 f., 89 f., 226.

8 Vgl. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Ein Commentar, Zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung, 1819, S. 434 f. Zur Herkunft dieses Arguments Ranieri, *Alienatio convalescit*, Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto dell' Europa continentale, Milano 1974, S. 11 ff., dessen Darstellung von der Glosse des Accursius ausgeht; Wacke, ZRG RA 114 (1997), 197, 225 f. (mit Kritik an Ranieri in Fn. 100), 209 f. (zu D. 21, 2, 17 ff.); Ogorek, ZRG RA 93 (1976), 519, 520 f. Die Entwicklung vom Eviktionshaftungsargument hin zum Erfordernis einer bestehenden Pflicht ist erkennbar bei Mommsen, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, 1876, S. 297 f., § 246: der Erbe tritt in die »Verbindlichkeit des Erblassers (ein)«, auch dann, wenn der verkaufende Erblasser wegen des Sachentzugs ausnahmsweise nicht haften würde. Da z. B. auch der beschenkte Erwerber geschützt werden sollte und der Schenker »regelmäßig« wegen Eviktion nicht haftete, wurde der Eviktionsansatz häufig angegriffen, vgl. etwa v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Erster Band, 7. Auflage 1863, S. 661 f.

9 Vgl. (auch zu § 185 II 1 Var. 3) Wacke, ZRG RA 114 (1997), 197, 199, mit Fn. 9, 229. Wacke, 231, möchte für das geltende Recht sogar dann Konvaleszenz ausschließen, wenn der Erbe und somit auch der Erblasser etwa bei schenkweiser Verfügung dem Erwerber nicht für Rechtsmängel (zu denen Wacke hier offenbar auch die Nichtverschaffung des Eigentums zählt) haften. Für Streichung des § 185 II 1 Var. 3 de lege ferenda Wacke, JZ 2001, 380, 386.

10 Vgl. (auch zu § 185 II 1 Var. 2) Wacke, ZRG RA 114 (1997), 197, 197 f., 224, 229 unten, der sich für das geltende Recht dennoch auch in

diesem Fall für Rechtsgrundabhängigkeit der Konvaleszenz ausspricht (203 f.). Mayer-Maly, TRG 45 (1977), 194, 195, warnt davor, »den Unterschied zwischen ... (der eviktionsorientierten Konzeption) und der am Verbot des *venire contra factum proprium* ausgerichteten Haltung [zu] ... überschätzen ...«; ähnlich schon Ogorek, ZRG RA 93 (1976), 519, 521 oben.

11 Vgl. Wacke, ZRG RA 114 (1997), 197, 211, 214, 230, der das Fehlen einer solchen seiner Meinung nach gebotenen Differenzierung bedauert; D. 21, 3, 1, pr. und 1, wo der Fall der Beerbung des Nichtberechtigten durch den Berechtigten ohne weiteres dem des nachträglichen Erwerbs seitens des Verfügenden gleichgestellt wird: »... idem erit dicendum« (= ..., ist dasselbe zu sagen).

12 Vgl. Johow bei Schubert, Hrsg., Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, Teil 1, 1982, S. 894 f. § 134 ist abgedruckt auf S. 36.

13 Abgedruckt bei Schubert, Hrsg., Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Teil 1, 1984, S. 67.

Abhängigkeit der Konvaleszenz von einer auf den Erben übergehenden Pflicht des Erblassers zur Verfügung wirkt, verliert diese Bedeutung, wenn man v. Schmitts Erklärung heranzieht: »Anlangend die Bindung des Erben an Handlungen des Erblassers, welche sich auf das eigene Vermögen des Erben beziehen (§. 320 des gegenwärtigen Entwurfs), so ist es wohl ungenau von einem Uebergang der Haftung des Erblassers auf den Erben zu reden. Vielmehr ist es die Vermischung [des Vermögens] des Erben mit dem erbschaftlichen Vermögen, welche von dem Gesetze mit rückbezüglicher Wirkung bekleidet, d. h. so betrachtet wird, als seien zu der Zeit, in welcher jene Handlungen vorgenommen wurden, bereits die Vermögen des Erben und des Erblassers unter einem Subjekte in der Person des Erben zu einem unvermischten Ganzen vereinigt gewesen.«¹⁴ Konvaleszenz tritt demnach nicht deshalb ein, weil der Erbe zur Verfügung verpflichtet ist, sondern weil die Verfügung des Erblassers ihm als eigene zugerechnet wird. An anderer Stelle wird ergänzt, dass der Erbe »gegenüber dem dritten Erwerber aus dem bezüglichen Geschäfte des Erblassers, gleichviel, ob dieser zur Eviktionsleistung verbunden war oder nicht, weder vindizieren noch kondizieren kann, da auch der zur Eviktionsleistung nicht Verpflichtete Nichts vornehmen darf, wodurch dem Erwerber die Sache entzogen wird ...«¹⁵ Der Ausschluss der Kondiktion wird aber nicht ausnahmslos gelten, denn der Erbe ist »doch nicht in weiterem Umfang gebunden, als es der Erblasser war. War die Verfügung schon für den Erblasser ... anfechtbar, so ist sie es auch für den Erben ...«¹⁶ Fehlt es an einer causa, ist somit auch der Erbe zur »Anfechtung« mittels Kondiktion in der Lage. Dem Verfasser des Erbrechtsteilentwurfs schwebte im Ergebnis eine auf der Bindung des Erben an die Verfügung des Erblassers beruhende, rechtsgrundunabhängige Konvaleszenz vor.¹⁷

¹⁴ v. Schmitt bei Schubert, Hrsg., Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Teil 2, 1984, S. 117 ff.

¹⁵ v. Schmitt bei Schubert, Hrsg., Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Teil 2, 1984, S. 142, allerdings unter Berufung auf Mommsen, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, 1876, S. 297 f., der durchaus auch im Sinne der Notwendigkeit einer Pflicht des Erben verstanden werden kann, vgl. hier oben Fn. 8.

¹⁶ v. Schmitt bei Schubert, Hrsg., Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Teil 2, 1984, S. 142.

¹⁷ Vgl. im Ergebnis zutreffend Pletscher, Genehmigung und Konvaleszenz des Rechtsgeschäfts, Dissertation Mannheim 2000, S. 159 ff.

Die erste Kommission hat einen womöglich gegenteilig zu interpretierenden Antrag nicht angenommen¹⁸ und sich ausdrücklich dafür entschieden, dass die Konvaleszenz einer Forderungsabtretung »ohne Rücksicht darauf, ... ob eine Verpflichtung zur Abtretung vorlag oder nicht,« eintreten soll.¹⁹ Eine solche Regelung ist keineswegs »perplex«, so dass der Wille der an der Beratung des BGB Beteiligten nicht schon allein aus diesem Grund als unbeachtlich gelten kann.²⁰

In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des BGB finden sich zwar (weiterhin) Äußerungen, in denen die Verpflichtung des Verfügenden mit dem Grund der Konvaleszenz in Verbindung gebracht wird,²¹ aber eine klare Stellungnahme zugunsten der Rechtsgrundabhängigkeit der Konvaleszenz fehlt.²² Ein Verstoß gegen Treu und Glauben, der den frühen Bearbeitern des § 185 II 1 entscheidend erscheint,²³ kann nach dem bisher Gesagten durchaus auch ohne Ver-

¹⁸ Vgl. Jakobs/Schubert, Hrsg., Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, 1985, S. 715.

¹⁹ Vgl. Jakobs/Schubert, Hrsg., Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil, 2. Teilband, 1985, S. 958; Mugdan, Hrsg., Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, 1899, S. 76 unten. Dazu Pletscher, Genehmigung und Konvaleszenz des Rechtsgeschäfts, Dissertation Mannheim 2000, S. 155 ff.; Finkenauer, in: FS Picker, 2010, S. 201, 209, 213.

²⁰ Anders jedoch Hagen, AcP 167 (1967), 481, 485 ff. Strohal, JheringJb 27 (1889), 335, 420 ff., sah dagegen trotz seiner generellen Kritik am Abstraktionsprinzip in den Normen des ersten Entwurfs eine Entscheidung zugunsten einer abstrakten Konvaleszenz. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, qualifizierte § 185 II 1 Var. 3 schon in der 1. Auflage 1965 (unverändert in der 3. Auflage 1979 sowie der 4. Auflage 1992), S. 916, mit Fn. 6, als »Heilung kraft Haftung«, die allerdings (nur) wegen des entgegenstehenden Willens der »Verfasser des BGB« »nicht von dem Bestehen einer Verbindlichkeit« abhängt.

²¹ Vgl. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, 9. Auflage 1903, S. 415: der Verfügende würde »wider Treu und Glauben gegen seine eigene verpflichtende Erklärung verstoßen«; Wiethoff, Vergleich der gemeinrechtlichen exceptio rei venditae et traditae mit § 185 Abs. 2 BGB, Dissertation Rostock 1903, S. 54: »Tritt ... der Erbe die Erbschaft an, so übernimmt er damit auch sämtliche Verpflichtungen seines Erblassers, hier diejenige, dem Erwerber Eigentum zu verschaffen.«

²² Im Gegenteil für die Rechtsgrundunabhängigkeit der Konvaleszenz nach § 185 II wohl Epstein, Das Verhältnis des § 185 Abs. 2 B.G.B. zur gemeinrechtlichen exceptio rei venditae et traditae, Dissertation Leipzig 1904, S. 38 f., lit. b, wiewohl auf S. 40 behauptet wird, dass sich die Fälle des § 185 II 1 Var. 2 und 3 »in ihren Voraussetzungen mit den beiden analogen Tatbeständen (decken), bei denen die exc. r. v. et tr. Anwendung findet.«

²³ So neben Endemann (siehe Fn. 21) auch Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, 1900, S. 372, nach Fn. 10.

pflichtung des Verfügenden bejaht werden, denn der Verfügende setzt sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch, wenn er die Verfügung später nicht mehr gelten lassen möchte.²⁴

Eine Interpretation oder teleologische Reduktion des § 185 II 1 Var. 2 und Var. 3, die die Konvaleszenz ausschließt, wenn eine Verpflichtung zur Verfügung nicht besteht, müsste deshalb darlegen, dass die Abstraktion von einer solchen Pflicht nicht interessengerecht ist.

Hagen führt dazu aus, das Abstraktionsprinzip sei generell »ein recht grobes Mittel« des Verkehrsschutzes. »Denn der Rechtsverlust des Veräußerers rechtfertigt sich bei mangelhafter causa niemals aus dem Verhältnis des Veräußerers zum Ersterwerber ... Erst die Schutzwürdigkeit der Folgerwerber ... kann ... schwerer wiegen als das Erhaltungsinteresse des veräußernden Eigentümers. Die Unvollkommenheit der Lösung durch das Abstraktionsprinzip liegt darin, daß es den Rechtsverlust des Eigentümers schon bei der (rechtsgrundlosen) Veräußerung an den Ersterwerber herbeiführt ...«²⁵ Aus dieser allgemeinen Kritik des Abstraktionsprinzips leitet Hagen ab, dieses Prinzip könne bereits de lege lata nur »im Bereich der Privatautonomie« und dort, wo »aus Gründen der Verkehrssicherheit ... eine entsprechende Anwendung der Regeln über das rechtsgeschäftliche Handeln« erforderlich ist, Geltung beanspruchen.²⁶ Eine derartige entsprechende Anwendung sei in den Fällen der Konvaleszenz aber gerade nicht zulässig, denn diese werde eben nur in Konstellationen relevant, in denen der redliche Erwerb vom Nichtberechtigten mangels hinreichender, das Bewahrungsinteresse des Eigentümers überwiegender Schutzwürdigkeit des Erwerbers scheitert.²⁷

Diese Argumentation überzeugt nicht. Im Grundfall der rechtsgrundlosen Verfügung des Berechtigten kann man den Rechtsverlust nur dann mit der Privatautonomie rechtfertigen, wenn man akzeptiert, dass ein Wille des Verfügenden, das Recht unabhängig von der Wirksamkeit einer entsprechenden Verpflichtung aufzugeben, anzunehmen ist. Hagen bestreitet das jedoch zumindest impli-

zit, wenn er im Verhältnis des Veräußerers zum Erwerber eine Legitimation des Abstraktionsprinzips vermisst. Seine Forderung nach Rechtsgrundabhängigkeit der Konvaleszenz wird damit zu einer »punktförmigen Korrektur«, deren Begrenzung nicht nachvollziehbar ist.²⁸ Hinzu kommt, dass auch die Konvaleszenz auf der zunächst unwirksamen Verfügung und damit auf dem Willen des Verfügenden beruht.²⁹ Das zeigt sich deutlich daran, dass die Konvaleszenz nur die Nichtberechtigung des Verfügenden heilt, nicht aber (andere) Mängel des Verfügungsgeschäfts als solchen wie etwa Geschäftsunfähigkeit des Verfügenden, fehlende Einigung zwischen Verfügendem und Erwerber etc.³⁰

²⁸ Vgl. Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage 2016, Rn. 1031, zu § 185 II 1 Var. 2; Harder, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, hrsg. von Reinhard Zimmermann, 1999, S. 637, 650, zu § 185 II 1 Var. 2 und 3; Wieling, Sachenrecht, Band 1, Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Auflage 2006, § 9 VI b, S. 327; MünchKomm/Bayreuther, § 185, Rn. 51, 7. Auflage 2015; Bamberger/Roth/Bub, § 185, Rn. 13, Online-Aktualisierung November 2016; Bolten, JA 2000, 374, 377 f., Nr. 5 a; Finkenauer, in: FS Picker, 2010, S. 201, 221 f.

²⁹ Vgl. Harder, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, hrsg. von Reinhard Zimmermann, 1999, S. 637, 646 oben (zur Verfügung des Erblassers); Habersack, JZ 1991, 70, linke Spalte, mit Fn. 4 (hinsichtlich § 185 II 1 Var. 2). Hagen, AcP 167 (1967), 481, 501 ff., hält dem bezüglich § 185 II 1 Var. 2 entgegen, der »Geltungsgrund [sei] nicht in der Privatautonomie zu suchen, sondern in der rechtlichen Bewertung des vorausgegangenen Verhaltens des Nichtberechtigten«; insoweit prinzipiell zustimmend Pletscher, Genehmigung und Konvaleszenz des Rechtsgeschäfts, Dissertation Mannheim 2000, S. 137 f. Das Verbot des venire contra factum proprium, auf das Hagen, 502 f., zunächst abstellt, hat seinen wesentlichen Grund in dieser Konstellation aber doch ebenfalls in der Bindung des Verfügenden an seinen bereits erklärten Willen. Der anschließende »Umkehrschluß aus dem Satze ›dolo petit, qui petit, quod statim redditurus est‹ ...: Unredlich handelt nicht, wer einen Rechtsverlust vereitelt, dessen Rückgängigmachung er nach der gesetzlichen Ausgleichsordnung ohnehin sofort verlangen könnte«, berücksichtigt nicht ausreichend, dass sich der Gesetzgeber doch auch durch das Abstraktionsprinzip für einen Rechtsübergang trotz sofortiger bereicherungsrechtlicher Rückgewährpflicht entschieden hat. Die Stellungnahme Habersacks, JZ 1991, 70, 72, linke Spalte, lit. bb), mit Fn. 23, im Falle des § 185 II 1 Var. 3 könne das Abstraktionsprinzip mangels eines rechtsgeschäftlichen Verkehrstatbestandes unbeachtet bleiben, übersieht, dass die konvaleszierende Verfügung auch hier sehr wohl im rechtsgeschäftlichen Verkehr getroffen wurde; vgl. insoweit treffend Pletscher, Genehmigung und Konvaleszenz des Rechtsgeschäfts, Dissertation Mannheim 2000, S. 140 f. Im Übrigen müsste Habersack bei einer Beerbung des Berechtigten durch den Verfügenden, also in einem Fall des § 185 II 1 Var. 2, folgerichtig gleichfalls eine bestehende Verpflichtung verlangen.

³⁰ Vgl. Epstein, Das Verhältnis des § 185 Abs. 2 B.G.B. zur gemeinrechtlichen exceptio rei venditae et traditae, Dissertation Leipzig 1904, S. 28 f. Das gilt heute offenbar als so selbstverständlich, dass es kaum mehr ausdrücklich gesagt wird; eine Ausnahme stellt der Nomoskommentar/Staffhorst, § 185, Rn. 23, 3. Auflage 2016 (der die Be-

²⁴ Vgl. Wiethoff, Vergleich der gemeinrechtlichen exceptio rei venditae et traditae mit § 185 Abs. 2 BGB, Dissertation Rostock 1903, S. 53: der Verfügende »könnte ... entgegen seinem früher gegebenen Wort handeln. Da dies aber gegen Treu und Glauben verstossen würde,« tritt Konvaleszenz ein.

²⁵ Hagen, AcP 167 (1967), 481, 489.

²⁶ Hagen, AcP 167 (1967), 481, 491 (ff.).

²⁷ Hagen, AcP 167 (1967), 481, 492 f. Vgl. dagegen den Einwand Pletschers, Genehmigung und Konvaleszenz des Rechtsgeschäfts, Dissertation Mannheim 2000, S. 139 f., dass die Interessen eines dritten wahren Berechtigten keine Rolle mehr spielen, sobald der verfügende Nichtberechtigte das Recht erlangt.

Im Ergebnis ist die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten weder nach § 185 II 1 Var. 2 noch nach Var. 3 rechtsgrundabhängig.³¹ Die typischerweise beste-

rechti gung dort mit der Verfügungsbefugnis gleichsetzt). Käme es jedoch maßgeblich auf eine bestehende Verpflichtung des (zunächst) Nichtberechtigten an, müsste die Notwendigkeit einer abgesehen von der Nichtberechtigung wirksamen Verfügung an sich näher begründet werden.

31 Wie hier im Ergebnis Pletscher, Genehmigung und Konvaleszenz des Rechtsgeschäfts, Dissertation Mannheim 2000, S. 131 ff., zusammenfassend S. 169; Harder, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, hrsg. von Reinhard Zimmermann, 1999, S. 637 ff.; Wieling, Sachenrecht, Band 1, Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Auflage 2006, § 9 VI b und c, S. 327 f.; Staudinger/Gursky, § 185, Rn. 66 und 79, Bearbeitung 2014; Bamberger/Roth/Bub, § 185, Rn. 13 und 16, Online-Aktualisierung November 2016; HKK/Finkenauer, §§ 182–185, Rn. 18, 2003; Finkenauer, in: FS Picker, 2010, S. 201, 213 f., 221 ff. (zu § 185 II 1 Var. 3); Kuhn, »Heilung kraft Haftung« gemäß § 185 Abs. 2 S. 1 Fall 3 BGB, 2009, S. 17 ff. (zu § 185 II 1 Var. 3); Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage 2016, Rn. 1724 und 1725 mit Fn. 19; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, seit der 10. Auflage 2012 (jetzt auch 11. Auflage 2016), § 54, Rn. 39; Danwerth, *JURA* 2014, 559, 563; Staudinger Eckpfeiler des Zivilrechts/Schiemann, 2014, Rn. C 238; BeckOGK/Klinck, § 929, Rn. 119, 123, Stand Dezember 2016; BeckOGK/Regenfus, § 185, Rn. 101 ff., 142 ff., Stand Oktober 2016; Wilhelm, Sachenrecht, 5. Auflage 2016, Rn. 881, Fn. 1566; a. A. für beide Fälle außer Hagen auch Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016, Rn. 1425, 1428, 2614, 2616; Gehrmann, Das Problem der Konvaleszenz, Dissertation Hamburg 1963, S. 133 ff., 20; Soergel/Leptien, § 185, Rn. 27 und 30, 13. Auflage 1999; Palandt/Ellenberger, § 185, Rn. 11, 76. Auflage 2017; Hk/Dörner, § 185, Rn. 11 und 14, 9. Auflage 2017; bis zur 12. Auflage 2008 Erman/Palm, § 185, Rn. 11 und 13; a. A. für § 185 II 1 Var. 3 sogar die h. M., z. B. BGH NJW 1994, 1470, 1471, Nr. 3 c; MünchKomm/Bayreuther, § 185, Rn. 59, 7. Auflage 2015; Erman/Maier-Reimer, § 185, Rn. 28 und 25, 14. Auflage 2014; Habersack, JZ 1991, 70, 71 f.; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage 1997, § 51, Rn. 33, mit Fn. 32 (die 9. Auflage 2004, § 51, Rn. 30, mit Fn. 35, dürfte noch

hende Pflicht des Verfügenden zu seiner Verfügung ist nur insofern von Belang, als ein dinglicher Erwerb, der stets oder in der Regel bereicherungsrechtlich rückabgewickelt werden müsste, ohne besondere Gründe für eine solche Lösung in der Tat unbefriedigend wäre.³² Da es sich so aber nicht verhält, bleibt der Verfügende an seine Willenserklärung gebunden, was zur Wirksamkeit der Verfügung führt, sobald eine Beeinträchtigung des Berechtigten dadurch nicht mehr möglich ist. Der Erbe tritt in die Bindung des Verfügenden ein.

ebenso zu verstehen sein, obwohl der Beleg »a. A. Hagen ...« verwirrt); Bülow, WM 1998, 845, 845 f.; wohl auch Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage 2016, Rn. 1032; vgl. bereits RGZ 110, 94, 95: »Der gesetzgeberische Grund für die Vorschrift des § 185 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 3 liegt darin, daß im Falle der unbeschränkten Erbenhaftung eine Vereinigung von Recht und Pflicht in der Person des Erben eintritt. Er kann deshalb von dem Dritten, dem der Erblasser eine ihm (dem Erben) gehörige Sache übertragen hat, diese nicht zurückverlangen, weil er sie, wenn er sie zurückerhielte, wegen der auf ihn übergegangenen Herausgabepflicht des Erblassers an den Dritten zurückgeben müßte.« Mit erbrechtlichen Argumenten gegen eine Rechtsgrundabhängigkeit der Konvaleszenz nach § 185 II 1 Var. 3 Ebel, NJW 1982, 724, 725 ff.

32 Anders noch Kiehnlé, Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens in der württembergischen Pfandgesetzgebung von 1825/1828 und im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2004, S. 102 oben, mit Fn. 126, wo ich den »Grund« der Konvaleszenz im Anschluss an Hagen in der »Fortdauer der vom Verfügenden typischerweise eingegangenen Verpflichtung« gesehen habe. Ob die Pflicht »als Voraussetzung der Konvaleszenz ... gelten darf,« konnte ich dort freilich offenlassen. Als einen Zweck oder Grund der Konvaleszenz bezeichnet allerdings z. B. auch Staudinger/Gursky, § 185, Rn. 60 und 77, Bearbeitung 2014, die automatische Erfüllung der regelmäßig gegebenen Pflicht zur Verfügung, obwohl er in Rn. 66 und 79, m. E. mit Recht, eine Auslegung, die das tatsächliche Vorliegen einer solchen Verbindlichkeit im Einzelfall fordern würde, ablehnt.