Mohr Siebeck

Review
Reviewed Work(s): Sakereg (Sachenrecht) by C. G. van der Merwe
Review by: Reinhard Zimmermann
Source: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 44. Jahrg., H. 2 (1980), pp. 407-411
Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG
Stable URL: https://www.jstor.org/stable/27876448
Accessed: 26-02-2024 10:57 +00:00

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at https://about.jstor.org/terms

This article is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0). To view a copy of this license, visit https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/.

JSTOR

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*

This content downloaded from 141.5.29.92 on Mon, 26 Feb 2024 10:57:03 +00:00
All use subject to https://about.jstor.org/terms

Beim internationalen Vollstreckungsrecht wäre wegen der überragenden Bedeutung eine etwas ausführlichere Darlegung des EG-Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommens von 1968 und des Unterhaltsvollstreckungsübereinkommens von 1958 zu wünschen. Angeregt sei, auch auf die Grundlagen der Rechtshilfe für ein ausländisches Vollstreckungsersuchen oder für eine Vollstreckung im Ausland etwas näher einzugehen; der auf S. 17 erörterte Fall der Zustellung an einen im Ausland wohnhaften Drittschuldner läßt die Problematik dieses Gebiets erkennen[2].

Im internationalen Konkursrecht steht Baur – im Einklang mit einem Teil der neueren Lehre[3] – dem Territorialitätsprinzip zu Recht kritisch gegenüber. Abgeschlossen wird das Zweite Buch mit einer instruktiven Darstellung des nicht leicht überschaubaren Kostenrechts in Konkurs- und Vergleichssachen sowie mit rechtstatsächlichen Angaben über Insolvenzverfahren und einem Ausblick auf Reformen des Insolvenzrechts.

Hamburg Gerhard Luther

van der Merwe, C. G., Sakereg (Sachenrecht). Durban: Butterworth 1979. 560 S.

F. C. von Savignys Recht des Besitzes liest bei uns allenfalls der Rechtshistoriker. In Südafrika haben dieses und andere Werke der historischen Rechtsschule, der Pandektistik und des usus modernus noch für das geltende Recht Erkenntniswert. Dies wird bei der Lektüre von van der Merwes „Sakereg" immer wieder deutlich. Wenn die südafrikanischen Gerichte sich etwa zur Frage der Weide-Servitut vorwiegend und ausdrücklich auf deutsche Quellen berufen, sind hiermit Autoren wie *Stryk, Glück, Leyser* und *Heineccius* gemeint (vgl. S. 352).

Das Werk von van der Merwe ist das erste Sachenrechtslehrbuch in Afrikaans; es ist nicht nur für Forschung und Lehre in Südafrika von großer Bedeutung, sondern auch für den deutschen Leser hochinteressant: ist Südafrika doch das einzige Land, in dem die gemeinrechtliche Tradition, die für uns durch das BGB weitgehend abgebrochen ist[1], bis heute lebendig fortdauert. Dabei kommt der Darstellung sehr zugute, daß van der Merwe, Ordinarius in Stellenbosch, Romanist ist; denn während in vielen anderen Rechtsbereichen englische Einflüsse das römisch-holländische Recht modifiziert und überlagert haben, gilt im Sachenrecht weithin das römische Recht, wie es infolge der Rezeption im 17. Jahrhundert in der niederländischen Provinz Holland angewendet wurde und von dort aus das geltende Recht der Kapkolonie geworden ist. Wenn van der Merwe so bei den einzelnen von ihm

---

[2] Vgl. auch OLG Frankfurt 11. 11. 1975, MDR 1976, 321 = IPRspr. 1975 Nr. 189.

[3] So u. a. *Müller-Freienfels*, Auslandskonkurs und Inlandsfolgen, in: Festschrift Hans Dölle (1964) II 359 ff.; *Thieme*, Inlandsvollstreckung und Auslandskonkurs: RabelsZ 37 (1973) 682 ff. (mit weiteren Hinweisen in N. 5 und 6).

[1] Vgl. aber *Mayer-Maly*, JZ 1971, 1 ff.

This content downloaded from 141.5.29.92 on Mon, 26 Feb 2024 10:57:03 +00:00
All use subject to https://about.jstor.org/terms

besprochenen Rechtsinstituten die Entwicklung vom römischen Recht aus nachzeichnet, ist dies nicht nur obligatorisch-geschichtliche Einleitung, sondern hat unmittelbare Bedeutung für das geltende Recht. Dabei wird auch deutlich, unter welchen Einflüssen das Recht fortentwickelt und den modernen Gegebenheiten angepaßt worden ist.

Für den historisch interessierten ausländischen Juristen hat dabei das Eindringen in das südafrikanische Sachenrecht oft genug den Charakter einer spannenden Entdeckungsreise. So findet er etwa unter der Bezeichnung „mandament van spolie" (88 ff.) ein Rechtsinstitut, das auf die ganz unscheinbare Wurzel des canon redintegranda[2] zurückgeht. Von *Savigny* und den Pandektisten bekämpft[3], setzte sich auch bei uns der auf dieser Grundlage entwickelte erweiterte Besitzschutz (der gegenüber dem römischen Recht auch etwa Detentoren zugute kam) in der Rechtsprechung durch und prägte hernach die §§ 858 ff. BGB. Das auf der Spolienklage basierende „mandament van spolie" ist heute Hauptpfeiler des Besitzschutzes in Südafrika. Es handelt sich um einen Rechtsbehelf, der einer möglichst raschen Wiederherstellung einer durch verbotene Eigenmacht gestörten Besitzposition dient. Daß hierfür nicht mehr nur eine Wegnahme clam oder vi Voraussetzung ist, beruht übrigens auf dem Einfluß eines deutschen Juristen des usus modernus, des Wittenberger Professors *Augustin Leyser*[4]. In *Mpunga* v. *Malaba*[5] ist angedeutet, daß der Besitzschutzbehelf solchen Personen nicht zugute kommt, die wir als Besitzdiener bezeichnen würden. Zu Recht ablehnend registriert van der Merwe (92) die jüngste zum mandament van spolie ergangene Entscheidung[6], bei der es um die Tragweite der Rechtsfolge, der Wiederherstellung des status quo ante, geht (wir haben dieselben Probleme bei der Abgrenzung von Beseitigung und Schadenersatz): hier war der Beklagte verurteilt worden, abgerissene Wohnungen wieder aufzubauen und die Kläger dadurch in ihrem Besitz zu restituieren. Bei dieser sehr weitgehenden Entscheidung, deren Hintergrund eines der drängendsten sozialpolitischen Probleme Südafrikas bildet, dürften politische Erwägungen die maßgebende Rolle gespielt haben: Schutz der farbigen Arbeitnehmer, die in den Außenbezirken, hier: Kapstadts, mit ihren Familien in illegal errichteten Siedlungen wohnen, vor dem allzu rüden staatlichen Eingriff des Abbruchs.

Das deutsche Recht ist im Ausland für sein Abstraktionsprinzip bekannt. Interessant ist, daß auch dem südafrikanischen Sachenrecht der Abstraktionsgrundsatz zugrunde liegt (van der Merwe rechnet zu den prägenden Leitprinzipien das numerus-clausus-, das Abstraktions-, das Publizitäts-, das Bestimmtheits- und das Übertragbarkeitsprinzip: 9 ff.). Aus den eingehenden Ausführungen auf S. 204 ff. wird freilich deutlich, daß das südafrikanische Recht hier – bedingt durch die unklare Situation im klassischen römischen Recht und das Verständnis des schillernden Begriffes der

[2] C. 3. q. 1. c. 3 Decretum Gratiani.
[3] Vgl. etwa *Savigny*, Das Recht des Besitzes (1837) 455 ff.
[4] Vgl. etwa *Nino Bonino* v. *De Lange*, 1906 T. S. 120, 122.
[5] *Mpunga* v. *Malaba*, 1959 (1) S. A. 113 (C).
[6] *Fredericks & Another* v. *Stellenbosch Divisional Council*, 1977 (3) S. A. 113 (C).

This content downloaded from 141.5.29.92 on Mon, 26 Feb 2024 10:57:03 +00:00
All use subject to https://about.jstor.org/terms

iusta causa traditionis – einen Wandlungsprozeß durchgemacht hat: während einer Reihe von Entscheidungen aus dem Ende des vergangenen Jahrhunderts ein kausales Verständnis des Eigentumsübergangs zugrunde liegt, werden heute faktisch keine weiteren Anforderungen als die dingliche Einigung (und Übergabe oder Übergabesurrogat) gestellt. Daß es für den Eigentumsübergang auf einen wirksamen Rechtsgrund nicht ankommt, wird, wie van der Merwe anmerkt (207 f.), allerdings teilweise durch den noch weitergeschleppten Gebrauch kausaler Terminologie etwas verschleiert. Von diesem Ausgangspunkt kritisiert van der Merwe zu Recht die Entscheidungen einiger Provinzialgerichte, die darauf abstellen, ob das Verpflichtungsgeschäft nichtig (dann kein Eigentumsübergang) oder nur vernichtbar ist. Diese Entscheidungen stehen offenbar unter dem Einfluß einer nicht unbedeutenden Zahl römisch-holländischer Autoren, die für den Fall des Betruges Nichtigkeit des Vertrages und Unwirksamkeit auch der Übereignung annahmen; sie stehen aber in deutlichem Widerspruch zu dem von der Appellate Division anerkannten Leitprinzip.

Was das Übergabeerfordernis anbetrifft, so sind neben der traditio vera vier Formen der – im Mittelalter so genannten – traditio ficta anerkannt, die aus dem römischen Recht stammen (210 ff.): die clavium traditio, die traditio longa manu, die traditio brevi manu und das constitutum possessorium (das auch in Südafrika in dogmatisch zweifelhafter Weise zum Zwekke von Sicherungsübereignungen „mißbraucht" wird; vgl. 486 ff.)[7]. Aus dem englischen Recht ist als fünfte Variante das „attornment" übernommen. Es geht hier um die in § 931 BGB geregelte Situation, daß ein Dritter im Besitz der Sache ist. Voraussetzung ist hier ein dreiseitiger Vertrag zwischen Zedent, Zessionar und Besitzer. Dieses Übergabesurrogat ist neuerdings[8] so ausgeweitet worden, daß van der Merwe einen langen Abschnitt der Frage widmet (220 ff.), ob damit nicht in Wahrheit eine weitere, neue Form der Übergabe anerkannt worden ist. Trotz schwerwiegender dogmatischer Bedenken begrüßt van der Merwe diese Rechtsfortbildung als handelsverkehrsfreundlich. Freilich wird aus seinen Ausführungen wie auch bereits aus der Entscheidung des Appellationsgerichts deutlich, daß dieser Weiterentwicklung des attornment dort Grenzen gezogen sind, wo die Position des besitzenden Dritten beeinträchtigt wird (vgl. §§ 936 III, 986 II BGB).

Den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs kommt auch eine weitere durch Übernahme eines englisch-rechtlichen Instituts erzielte Rechtsfortbildung entgegen. Als allgemeines Prinzip gilt in Südafrika noch heute das römisch-rechtliche ubi rem meam invenio ibi vindico. Nur in ganz beschränktem Maße waren im Anschluß an die Rezeption Ausnahmefälle anerkannt (van der Merwe 246 ff. zählt neun Fälle auf), die auf die germanische Regel des mobilia non habent sequelam zurückgeführt werden können. Das wichtigste Instrument zum Schutz gutgläubiger Erwerber ist aber neuerdings die Rechtsfigur des estoppel. Freilich reichen bloße Besitzverschaffung und gu-

[7] Zum constitutum possessorium neuerdings – von *van der Merwe* nicht mehr berücksichtigt – *Sonnekus*, T. S. A. R. 1979, 41 ff., 119 ff.

[8] *Caledon & Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer* v. *Wentzel en 'n Ander*, 1972 (1) S. A. 270 (A).

This content downloaded from 141.5.29.92 on Mon, 26 Feb 2024 10:57:03 +00:00
All use subject to https://about.jstor.org/terms

ter Glaube auch hier nicht aus. Hinzu kommen muß vor allem ein spezifischer, durch den Eigentümer veranlaßter Vertrauenstatbestand, der den unrechtmäßig Verfügenden in den Augen eines redlichen Dritten als Eigentümer erscheinen läßt. Umstritten ist, ob dem wahren Eigentümer insoweit schuldhaftes Verhalten angelastet werden können muß[9]. Van der Merwe gibt zu dieser Frage selbst keine eigene Stellungnahme ab, scheint aber der jüngeren Entscheidung des Appellationsgerichts die maßgebende Bedeutung beizumessen (252).

Überhaupt sieht van der Merwe – wie in einem case-law-System auch selbstverständlich – seine Hauptaufgabe in systematisierender Erfassung und Einordnung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze. Das schließt jedoch gelegentliche Kritik an instanzgerichtlichen Entscheidungen nicht aus. Ausführlich und mit guten Gründen nimmt er z. B. gegen die Entscheidung *Van der Merwe* v. *Wiese* Stellung[10] (533 ff.) und verteidigt in diesem Zusammenhang das Grundprinzip des „servitus in faciendo consistere nequit", welches das Recht der Grunddienstbarkeiten seit der Zeit des klassischen römischen Rechts beherrscht. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks hatte in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall als Teil einer servitus aquaehaustus die der Wasserverschaffung dienende Windpumpe instandhalten und täglich 200 Gallonen Wasser an das beherrschende Grundstück liefern sollen.

Den Servituten widmet van der Merwe ein besonders eingehendes Kapitel; hier leben römisch-rechtliche Institute und Prinzipien noch in sehr starkem Maße fort. Interessant ist, wie sich aus dem „iter ad sepulchrum" die allerdings recht verworrenen Grundsätze zum Notweg herausgebildet haben. „Trekpad" und „Uitspan" sind Servituten, die im Hinblick auf die speziellen Gegebenheiten einer „trekkenden" Pioniergesellschaft entwickelt und anerkannt worden sind. Erstere gewährt das Recht, mit dem Vieh, das unterdessen weiden darf, über eine Breite von bis zu 800 Schritt über ein fremdes Grundstück zu ziehen; im Falle von „uitspan" darf der Eigentümer des herrschenden Grundstücks sein Zugvieh auf dem fremden Grundstück ausspannen, saufen und weiden lassen. Im Bereich der persönlichen Dienstbarkeiten hat das südafrikanische Recht den römischen numerus clausus durchbrochen und eine Reihe sogen. servitutes irregulares anerkannt.

All dies ist nur eine kleine Auswahl von Entwicklungen und Einzelheiten, mit denen das südafrikanische Sachenrecht aufwartet. Das Buch van der Merwes bietet hier eine vorbildliche klare und übersichtliche Darstellung; die gründlichen Nachweise eröffnen ohne Schwierigkeit die Möglichkeit zur Vertiefung. Die Prägnanz wird sicherlich auch durch die sehr einfache und direkte, aller sprachlichen Umschweife abholde Sprache gefördert. Für den an elegante Formulierungen gewöhnten Ausländer mag allenfalls die häufige Verwendung der Einteilungsworte erstens, zweitens etc. etwas holzschnitthaft wirken.

---

[9] Bejahend *Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd.* v. *Douglas*, 1956 (3) S. A. 420 (A), 427; stark einschränkend *Johaadien* v. *Stanley Porter (Paarl) (Pty.) Ltd.*, 1970 (1) S. A. 394 (A), 409.

[10] *van der Merwe* v. *Wiese*, 1948 (4) S. A. 8 (C).

This content downloaded from 141.5.29.92 on Mon, 26 Feb 2024 10:57:03 +00:00
All use subject to https://about.jstor.org/terms

Abschließend sei noch besonders auf den Abschnitt über die Wet op Deeltitels (Sectional Titles Act) hingewiesen (271 ff.). Wie sich anhand der Ausführungen van der Merwes in manchen Einzelheiten ergibt, besteht hier ein starker Einfluß durch das deutsche Wohnungseigentumsgesetz. Freilich ist diese Rezeption nicht direkt erfolgt, sondern hat einen Umweg über den Strata Titles Act von New South Wales in Australien genommen.

Hamburg Reinhard Zimmermann

Helm, Johann Georg, Frachtrecht, Güterbeförderung auf der Straße. Berlin und New York: de Gruyter 1979. VII, 591 S.

Es handelt sich bei diesem Werk um eine Sonderausgabe des Großkommentars zum HGB (3. Aufl. Bd. V), in der die §§ 425–452 HGB über das Frachtgeschäft kommentiert werden. Die ursprüngliche Anwendungsbreite dieses 6. Abschnittes des HGB erstreckte sich auf das gesamte sogen. Landfrachtrecht, also auf alle Transportarten außer dem Luft- und Seetransport, auf „. . . die Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern. . ." (§ 425).

Für die frachtrechtlichen Beziehungen der Binnenschiffahrt wurde das HGB-Frachtrecht bereits mit seiner Inkraftsetzung durch das Binnenschifffahrtsgesetz (BSchG) in ein Subsidiärrecht der Lückenfüllung zurückgedrängt, ein Prozeß, der sich im Verlaufe der weiteren Entwicklung von Sonderfrachtrechten sowohl auf alle Landtransportträger erstreckte als auch eine zunehmende Aushöhlung des einheitlichen Landfrachtrechts zur Folge hatte. Der Verfasser war angesichts dieser Rechtssituation vor eine Aufgabe gestellt, bei deren Erfüllung er die Grenzen traditioneller Gesetzeskommentierung verlassen mußte, was er zum Vorteil aller Benutzer des Buches auch getan hat.

Das 591 Seiten umfassende Werk besteht gewissermaßen aus zwei Teilen. Im ersten Teil werden die frachtrechtlichen Bestimmungen des HGB kommentiert (S. D 1–D 210). Der zweite Teil besteht aus sechs Anhängen, die Text und Kommentierung folgender Spezialregelungen enthalten: Güterkraftverkehrsgesetz (GüKG), Kraftverkehrsordnung für den Güterverkehr mit Kraftfahrzeugen (KVO), Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßenverkehr (CMR), Beförderungsbedingungen für den Möbelverkehr (BefBMö), Allgemeine Beförderungsbedingungen für den gewerblichen Güternahverkehr mit Kraftfahrzeugen (AGVB), Güternahverkehr der Eisenbahnen auf der Straße.

Beide Teile stehen nicht losgelöst nebeneinander und sind auch nicht nur durch bloße Verweisungen verbunden. Es werden bei der Behandlung der Rechtsnormen des HGB sowohl die Fälle praktischer Subsidiäranwendung für die einzelnen Transportarten herausgearbeitet – selbstverständlich, soweit vorhanden, mit aktuellen Rechtsprechungsbelegen –, als auch die Regelungsdifferenzen zwischen HGB-Recht und Spezialfrachtrecht angemerkt. Bei diesen rechtsvergleichenden Hinweisen werden u. a. auch das CIM- und das Warschauer Abkommen in Bezug genommen. (Der speziell am Binnen-

This content downloaded from 141.5.29.92 on Mon, 26 Feb 2024 10:57:03 +00:00
All use subject to https://about.jstor.org/terms