

Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht

Jörg Neuner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Neuner, Jörg. 2003. "Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht." *Archiv für die civilistische Praxis* 203 (1): 46–78. <https://doi.org/10.1628/000389903780265352>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright



Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht

von Prof. Dr. Jörg Neuner, Augsburg

Inhaltsübersicht

<i>I. Einleitung</i>	47
<i>II. Terminologisches</i>	48
<i>III. Privatrechtliche Ausprägungen</i>	48
1. Das Prinzip der Privatautonomie	48
a) Die Abschluß- und Inhaltsfreiheit	49
aa) Einschränkungen bei Kontrahierungspflichten	49
bb) Einschränkungen bei Dauerschuldverhältnissen	50
b) Die Testierfreiheit	52
aa) Die abstrakte Bestimmung des Erben	52
bb) Die konkrete Bestimmung des Organempfängers	53
2. Mehrheit von Gläubigern	54
a) Der abgeleitete Erwerb von Eigentum	54
b) Der Erwerb von beschränkt dinglichen Rechten	56
c) Der schuldrechtliche Anspruch	57
aa) Anteilsmäßige Kürzung	57
bb) Vorrangregelungen	59
d) Die Zwangsvollstreckung	60
aa) Die Einzelzwangsvollstreckung	60
bb) Das Insolvenzverfahren	61
3. Mehrheit von Schuldndern	62
a) Anteiliger Regress	62
b) Vorrangregelungen	63
4. Der gesetzliche Erwerb	64
a) Der Erwerb kraft Leistung	64
b) Der Erwerb kraft Okkupation	65
c) Der Erwerb kraft Besitzes	67
5. Das Nachbarrecht	67
a) Duldungspflichten	68
b) Gefährdungshaftung	69
<i>IV. Dogmatische Grundlagen</i>	69
1. Der Inhalt des Prioritätsgrundsatzes	69
a) Die rechtslogische Dimension	70
b) Die rechtstechnische Dimension	70
c) Die rechtsethische Dimension	71
2. Die Legitimation des Prioritätsgrundsatzes	71
a) Der Aspekt der Leistung	71
b) Der Aspekt des Bedürfnisses	72
c) Der Aspekt des Zufalls	73
d) Der Aspekt der Zeit	75

<i>3. Die Korrektur des Prioritätsgrundsatzes</i>	76
<i>a) Das öffentliche Recht</i>	76
<i>b) Das Steuerrecht</i>	77
<i>c) Das Verfassungsrecht</i>	77
<i>d) Das Europarecht</i>	77
<i>V. Schlußbetrachtung</i>	78

I. Einleitung

Im öffentlichen Recht erfolgt die Distribution knapper Güter nicht selten nach zeitlichen Kriterien, indem die Schnelligkeit oder das höhere Alter entscheidet. So werden beispielsweise Anträge auf Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen, auf Erteilung von Konzessionen oder auf Gewährung von Subventionen häufig in der Reihenfolge ihres Eingangs ungekürzt bedient.¹ Die Wurzeln dieses Prioritätsgedankens reichen zurück bis ins römische Recht, wo er vor allem für die Rangfolge konkurrierender Pfandrechte bestimmend war.² Auch im Mittelalter galt zum Beispiel für das Überqueren von Brücken oder für den Zugang zu öffentlichen Kundenmühlen jenes „Windhund-Verfahren“.³ Trotz dieser vielfältigen, geschichtlich überlieferten Ausprägungen ist fraglich, ob die Sentenz „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ tatsächlich eine verallgemeinerbare Verteilungsmaxime darstellt. Es wird zwar vermutlich niemand bestreiten, daß bei einem Wettrennen die Siegprämie dem Zeitschnellsten gebührt, doch stellen sich rasch Zweifel ein, wenn man an Warteschlangen denkt, die den Anstehenden keine realistischen Perspektiven eröffnen, während den beati possidentes ein umfassender Bestandschutz zuteil wird. Demgemäß mehren sich im öffentlichen Recht die Stimmen, die den Prioritätsgrundsatz kritisch hinterfragen.⁴ Die nachfolgenden Ausführungen haben das Ziel, aus dem Blickwinkel des Privatrechts die Anwendungsfelder des Prioritätsgrundsatzes zu beleuchten und auf ihre Legitimität hin zu untersuchen.

¹ Eine entsprechende Regelung enthält zum Beispiel § 27b Abs. 1 Nr. 2 LuftVG hinsichtlich der Vergabe von Start- und Landerechten auf Flugplätzen (sog. „Großvaterrechte“); siehe ferner die ausführlichen Nachweise bei Berg, *Der Staat* 15 (1976), S. 1 ff. (16); Voßkuhle, *Die Verwaltung* 32 (1999), S. 21 ff. (25 ff.).

² Siehe dazu näher Kaser, *Das Römische Privatrecht I*, 2. Aufl., 1971, S. 467 f.; Kunzel/Mayer-Maly, *Römisches Recht*, 4. Aufl., 1987, S. 208 f. m.w.N.

³ Siehe dazu näher Wacke, *JA* 1981, 94 ff. (94 f.) m. umf. N.; siehe ferner zum Rang von Pfandrechten nach der Zeit der Bestellung Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, 1985, S. 329 ff. m.w.N.

⁴ Vgl. Koenig, *Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung*, 1994, S. 224 ff.; Tomuschat, *Der Staat* 12 (1973), S. 433 ff. (444 ff.); Berg, *Der Staat* 15 (1976), S. 1 ff. (24 f.); Pitschas, *BayVBl.* 1982, 641 ff. (645 f.); Voßkuhle, *Die Verwaltung* 32 (1999), S. 21 ff. (28 ff.) m.w.N.

II. Terminologisches

Nähert man sich dem Prioritätsgrundsatz zunächst begrifflich, ist darunter traditionellerweise die rechtliche Besserstellung des zeitlich Ersten zu verstehen: „Prior tempore potior iure“ oder „first come, first served“. Von dieser Maxime des Altersvorzugs ist in der Gegenrichtung der Posterioritätsgrundsatz abzugrenzen, der beispielsweise zur Anwendung gelangt, wenn in Umkehrung des monarchischen Primogeniturprinzips das jüngste Kind erbrechtlich begünstigt wird.⁵ Ein anderes, aktuelleres Beispiel bildet § 443 HGB, wonach bei mehreren Pfandrechten an einem Frachtgut das spätere den Vorrang vor älteren genießt, um einen Anreiz zur werterhöhenden Weiterbeförderung zu schaffen.⁶ Daneben ist als Sonderfall des Prioritätsgrundsatzes noch das Anciennitätsprinzip herauszustellen, das an die frühere Geburt oder einen früheren Dienstteintritt, also an das höhere Lebens- oder Dienstalter, anknüpft. Veranschaulichen lässt sich dieses Prinzip anhand von § 1 Abs. 3 KSchG, der verlangt, daß im Rahmen der Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung die Dauer der Betriebszugehörigkeit mitberücksichtigt wird.⁷

III. Privatrechtliche Ausprägungen

Analysiert man im nächsten Schritt die einzelnen Ausformungen des Prioritätsgrundsatzes im Zivilrecht, lassen sich verschiedene Fallgruppen unterscheiden.

1. Das Prinzip der Privatautonomie

Den Ausgangspunkt bildet das systemprägende Prinzip der Privatautonomie, das besagt, daß jeder seine Rechtsverhältnisse in Selbstbestimmung zu gestalten vermag, und deshalb an sich auch frei darüber entscheiden kann, ob und inwieweit der Prioritätsgrundsatz Bedeutung erlangt.

⁵ Siehe zum „Jüngstenrecht“ näher Brauneder, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 2, 1978, Sp. 467 f.; zur „Primogenitur“ Weitzel, aaO., Bd. 3, 1984, Sp. 1950 ff. m.w.N.

⁶ Vgl. auch Wacke, JA 1981, 94 ff. (97 f.); Dubischar, in: Münchener Komm., HGB, 1997, Rz. 1 zu § 443.

⁷ Siehe dazu auch unten bei Fn. 18.

a) Die Abschluß- und Inhaltsfreiheit

Im näheren impliziert die Privatautonomie, daß der Prioritätsgrundsatz inhaltlich mit einem Rechtsgeschäft verknüpft werden kann und den Maßstab für eine entsprechende Verpflichtung bildet. So kann etwa ein Schenkungsversprechen oder ein Wettvertrag davon abhängig gemacht werden, daß jemand eine bestimmte Leistung als Erster erbringt. Im Falle einer Auslobung ist in § 659 Abs. 1 BGB sogar explizit normiert, daß die Belohnung demjenigen gebührt, welcher die Handlung zuerst vorgenommen hat. Diese Regelung orientiert sich folgerichtig aber nur am vermutlichen Parteiwillen und es können deshalb in einer Auslobung auch andere Bestimmungen getroffen werden.⁸ Ebenso können bereits im Rahmen der Abschlußfreiheit Prioritäten prinzipiell beliebig gesetzt werden. So kann beispielsweise ein Kino- oder Discothekenbesitzer es sich grundsätzlich frei aussuchen, ob er mit dem Ersten in der Warteschlange oder einem sonstigen Interessenten kontrahiert. Der Prioritätsgrundsatz steht allerdings nicht völlig uneingeschränkt zur Disposition der Privatrechtssubjekte, sondern es sind auch in diesem Kontext die notwendigen Grenzen der Privatautonomie zu beachten.

aa) Einschränkungen bei Kontrahierungspflichten

Eine erste Schranke bilden die allgemeinen privatrechtlichen Diskriminierungsverbote⁹, die gleichberechtigte Partizipationsmöglichkeiten im Rahmen des Prioritätsgrundsatzes verlangen. Demzufolge darf ein Anbieter beispielsweise einen Interessenten in der Warteschlange nicht allein deshalb ablehnen, weil er eine bestimmte Hautfarbe hat oder behindert ist.¹⁰

Die Privatautonomie wird ferner in jenen Ausnahmekonstellationen durch zwingende Prioritätsvorgaben eingeschränkt, in denen an sich ein genereller Kontrahierungzwang besteht, wegen einer überhöhten Nachfrage aber nur ein Teil der Interessenten bedient werden kann. Es betrifft dies insbesondere die Versorgung der Bürger mit lebensnotwendigen Gütern, sofern am Markt zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen.¹¹ In einem solchen Fall muß grundsätzlich sichergestellt sein, daß bereits das notwendige Auswahlverfahren distributiven Gerechtigkeitsanforderungen genügt. Demgemäß ist

⁸ Vgl. RGZ 167, 225 ff. (234 f.); *Sprau*, in: Palandt, BGB, 62. Aufl. (2003), Rz. 1 zu § 659; *Seiler*, in: Münchener Komm., BGB, 3. Aufl., 1997, Rz. 1 zu § 659.

⁹ Siehe näher *Neuner*, JZ 2003, 57 ff. (auch unter Berücksichtigung der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG).

¹⁰ Vgl. nur *Badura*, Staatsrecht, 2. Aufl. (1996), Rz. C 47 (S. 126); *Bork*, Allgemeiner Teil des BGB, 2001, Rz. 671; ausführlich *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 394 ff.

¹¹ Siehe dazu auch *Bleckmann*, DVBl. 1988, 938 ff. (945); *Medicus*, Schuldrecht I

zum Beispiel in § 12 Abs. 3 TPG festgelegt, daß menschliche Organe nach Maßgabe der medizinischen Erfolgsaussicht und Dringlichkeit zu vermitteln sind, wobei eine einheitliche Warteliste zu führen ist, die wiederum dem Prioritätsgrundsatz Geltung verschafft.¹²

Die iustitia distributiva ist des weiteren im Rahmen des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots gem. § 20 GWB zu berücksichtigen. Ein marktbeherrschendes Unternehmen hat danach die Auswahl unter mehreren Bewerbern nach angemessenen und fairen Bedingungen zu treffen. Es gilt dies beispielsweise für einen privaten Messeveranstalter, der die Zuteilung von Standplätzen willkürlich nach objektiven und nachvollziehbaren Kriterien vorzunehmen hat.¹³ Ebenso wie im öffentlichen Recht¹⁴ kann auch hier auf die Maxime „bekannt und bewährt“ zurückgegriffen werden,¹⁵ weil gerade ein privater Wirtschaftsbetrieb ein berechtigtes Interesse daran hat, mit solchen Vertragspartnern zu kooperieren, die sich in der Vergangenheit als verlässlich und unternehmensfördernd erwiesen haben und deren Beteiligung das traditionelle Bild der Veranstaltung prägt. Die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes darf allerdings nicht dazu führen, daß Neubewerber ad infinitum ausgeschlossen bleiben. Aus Gründen der Chancengerechtigkeit müssen Neubewerber vielmehr im Rahmen angemessener Quoten beteiligt werden.

bb) Einschränkungen bei Dauerschuldverhältnissen

Auch bei Dauerschuldverhältnissen gibt es zwingende Präferenzregelungen, die an das Alter anknüpfen. Den Schwerpunkt bildet das Arbeitsrecht mit seinen verschiedenen Ausprägungen des Anciennitätsgrundsatzes. Berücksichtigt man, daß niemand permanent ein Optimum an Leistung und Konzentration zu erbringen vermag, ist in der Folge einem Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung oder ein sonstiges Fehlverhalten umso eher nachzuse-

Allg. Teil, 13. Aufl., 2002, Rz. 84; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 8. Aufl., 1997, Rz. 33 f. zu § 34; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1998, S. 238 f.

¹² Siehe näher *Schreiber/Haverich*, DÄBl. 2000, A-385 f.; *Nickel/Schmidt-Peisigke/Sengl*, Transplantationsgesetz, 2001, Rz. 9 ff. zu § 12 TPG; kritisch zu Art. 12 Abs. 3 TPG in bezug auf das Bestimmtheitsgebot sowie den Parlamentsvorbehalt *Gutmann/Fateh-Moghadam*, NJW 2002, 3365 ff.

¹³ Vgl. HansOLG Hamburg, WuW/E DE-R 213 ff. (214) – Dentalmesse; *Schultz*, in: *Langen/Bunten*, Komm. zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 9. Aufl., 2000, Rz. 175 zu § 20; *Lübbert*, in: *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 1999, Rz. 31 zu § 28.

¹⁴ Vgl. BVerwG, GewArch 1984, S. 265 f. (266); OVG Hamburg, GewArch 1987, S. 303 ff. (305); *Koenig*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung (oben Fn. 4), S. 135 ff.

¹⁵ Vgl. OLG Celle, WuW/E 3897 ff. – Kunstmesse; einschränkend *Markert*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., 2001, Rz. 161 zu § 20 („nur ganz ausnahmsweise“).

hen, je länger er in dem Betrieb arbeitet. Die Betriebsseniorität bildet daher im Rahmen der Billigkeitshaftung bei mittlerer Fahrlässigkeit ein Entlastungsmoment¹⁶ und muß auch bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung anlässlich einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung miteinbezogen werden.¹⁷ Die Dauer der Betriebszugehörigkeit ist des weiteren bei Ansprüchen aus betrieblicher Altersversorgung gem. §§ 1 ff. BetrAVG zu berücksichtigen, weil das Ruhegeld ein Entgelt für erbrachte Leistungen darstellt. Gerade an dieser Vergünstigung wird allerdings auch ein potentieller Nachteil des Anciennitätsgrundsatzes in Form einer erheblichen Mobilitäts einschränkung erkennbar, denn Arbeitnehmer laufen bei einem Betriebswechsel Gefahr, ihre Privilegien zu verlieren. § 1 BetrAVG erklärt deshalb bestimmte Anwartschaften für unverfallbar. Eine Anbindung an die Betriebsseniorität bzw. an das Lebensalter besteht ferner bei den Kündigungsfristen gem. § 622 BGB, der Abfindungshöhe gem. § 10 KSchG sowie der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG.¹⁸ Partiell lässt sich auch hier leistungsbezogen mit der erbrachten Betriebstreue und der Entlastung des Arbeitgebers von der Einarbeitung neuer Mitarbeiter argumentieren. Im Vordergrund stehen jedoch soziale Schutzerwägungen. Diese werden von dem Umstand geleitet, daß ältere Arbeitnehmer in der Regel im Betrieb besonders stark verwurzelt und existentiell eingebunden sind. Zudem haben ältere Beschäftigte tendenziell verringerte Chancen am Arbeitsmarkt und können erhebliche versorgungsrechtliche Nachteile erleiden. Diese Problemsicht darf freilich den Blick dafür nicht trüben, daß die Entlassung eines jungen Arbeitnehmers mitunter eine noch größere individuelle Härte darstellen und wesentlich gravierendere gesamtgesellschaftliche Gefahren mit sich bringen kann.¹⁹ Auch unter wirtschaftlichen Aspekten trifft einen jungen Familienvater der Arbeitsplatzverlust unter Umständen deutlich härter im Vergleich zum wohl situierten Kollegen kurz vor Erreichen des Rentenalters. Bei der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG sind daher neben der Betriebsseniorität und dem Lebensalter auch andere Sozialdaten,

¹⁶ Vgl. BAG, AP Nrn. 92, 106 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; *Preis*, in: Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2003, Rz. 16 zu § 619 a BGB; *Brox/Rüthers*, Arbeitsrecht, 15. Aufl., 2002, Rz. 102; *Woltreck*, DB 1964, 1263 ff. (1265).

¹⁷ Vgl. BAG, NJW 1985, 1853; BAG, EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 51; *Etzel*, in: Gemeinschaftskomm. zum KSchG, 5. Aufl., 1998, Rz. 434 zu § 1 KSchG; *Fischermeier*, aaO., Rz. 236, 241, 446 zu § 626 BGB.

¹⁸ Siehe zur Bedeutung der Seniorität auch *Däubler*, FS Gnade, 1992, S. 95 ff. (96 ff.); *Elster*, Local Justice, 1992, S. 75 f., 125; weitere gesetzliche Regelungen finden sich namentlich im Altersteilzeitgesetz sowie in § 14 Abs. 3 TzBfG.

¹⁹ Siehe zur Ambivalenz der Betriebsseniorität bzw. des Lebensalters auch *Gamillscheg*, Arbeitsrecht, Bd. I, 8. Aufl., 2000, S. 651 f.; *Stahlhake/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 7. Aufl., 1999, Rz. 667a ff.; *Ascheid*, RdA 1997, 333 ff. (336 f.).

namentlich Unterhaltsverpflichtungen, mitzuberücksichtigen.²⁰ Des weiteren können zum Beispiel rentennahe Arbeitnehmer von Sozialplanleistungen ausgeschlossen bleiben, sofern sie wirtschaftlich hinreichend abgesichert sind.²¹ Das Anciennitätsprinzip darf ferner auch nicht zu geschlechts- oder familien spezifischen Diskriminierungen führen, so daß zum Beispiel im Wege verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung Kindererziehungszeiten bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeit einzubeziehen sind.²²

b) Die Testierfreiheit

Als besondere Form der Privatautonomie ist im weiteren noch auf die Testierfreiheit einzugehen. Diese ist dadurch gekennzeichnet, daß der Erblasser willkürlich verfahren und nach Belieben Dritte, beispielsweise sein ältestes Kind, begünstigen oder benachteiligen kann.

aa) Die abstrakte Bestimmung des Erben

Ein Detailproblem besteht darin, ob eine letztwillige Verfügung auch ganz abstrakt den Erstgeborenen, eben nur deshalb, weil er Erstgeborener ist, privilegieren darf. Es könnte dies zweifelhaft sein, weil und sofern hierin eine Diskriminierung der anderen Kinder i.S.v. Art. 3 Abs. 3 GG zu sehen ist. Für ein Vorrecht des Erstgeborenen können jedoch Sachgründe, wie die größere Lebenserfahrung, sprechen. Der Erblasser kann außerdem das legitime Interesse verfolgen, den Besitz, beispielsweise ein Unternehmen oder einen Bauernhof, in einer Hand zu erhalten. Ungeachtet dieser sachlichen Aspekte bedeutet die Heranziehung des Primogeniturprinzips ganz generell keine unzulässige privatrechtliche Ausgrenzung,²³ weil nicht an offenkundige persönliche Eigenschaften oder Vorgegebenheiten, wie das Geschlecht oder die Rasse, angeknüpft wird, sondern an einen bloß relativen, primär innerfamiliären Umstand, nämlich den Altersunterschied zu den Geschwistern. Die Primogenitur verkörpert deshalb auch kein Differenzierungskriterium, das im Sinne einer verallgemeinerbaren Handlungsmaxime geeignet erscheint, bestimmte Bevölkerungsteile gezielt aus dem Privatrechtsverkehr auszuschließen. Ein

²⁰ Siehe dazu nur *Ascheid*, in: Erfurter Komm. (oben Fn. 16), Rz. 488 ff. zu § 1 KSchG; *Dorndorf*, in: Heidelberger Komm. zum KSchG, 4. Aufl., 2001, Rz. 1059 ff. zu § 1.

²¹ Vgl. BAG, NZA 1997, 165 ff. (166 f.).

²² Vgl. auch *Dütz*, Arbeitsrecht, 7. Aufl., 2002, Rz. 339.

²³ Siehe dazu auch *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 11), S. 150 ff.; *ders.*, JZ 2003, 57 ff. (62).

Vorrecht des Erstgeborenen ist von den Geschwistern mithin eher schicksalhaft vor dem Hintergrund zu sehen, daß der Erblasser kraft seiner Privatautonomie die Erbfolge auch willkürlich durch Losentscheid oder sonstige Zufälligkeiten hätte bestimmen können.²⁴

bb) Die konkrete Bestimmung des Organempfängers

Ein weiteres Detailproblem, das sich vor allem in bezug auf die Testierfreiheit stellt, betrifft die Frage, ob ein Organspender den Empfänger der Spende selbst bestimmen darf. An sich hat die Vergabe von vermittlungspflichtigen Organen gem. § 12 TPG nach spezifisch distributiven Kriterien unter Berücksichtigung des Prioritätsgrundsatzes zu erfolgen.²⁵ Kann demgegenüber ein Erblasser von Todes wegen verfügen, daß eines seiner Organe an der Warteliste vorbei seinem erkrankten Kind zugute kommt? Nach wohl überwiegender Meinung ist dies unzulässig, weil das Transplantationsgesetz eine Gleichbehandlung derjenigen Patienten zu erreichen versucht, die ein Spenderorgan benötigen.²⁶ Dieser Standpunkt berücksichtigt jedoch nicht hinreichend, daß menschliche Organe kein Allgemeingut sind²⁷ und die Empfängerbestimmbarkeit vielfach eine *conditio sine qua non* für die Organspende bildet, was der Spender in der letztwilligen Verfügung auch entsprechend deutlich zum Ausdruck bringen kann. Die Alternative besteht daher nicht in einer sachgerechten Organvermittlung an den hilfsbedürftigsten Patienten gem. § 12 TPG, sondern aufgrund des postmortalen Persönlichkeitsschutzes in überhaupt keiner Organentnahme. Nimmt man hinzu, daß einer Manipulation des Spenderwillens durch das Verbot des Organhandels gem. § 17 TPG i.V.m. § 134 BGB vorgebeugt wird und bei der Lebendspende gem. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG ohnehin nur zugunsten enger Vertrauenspersonen verfügt werden darf, ist zumindest in bezug auf diesen begrenzten Personenkreis eine postmortale Empfängerbestimmung als zulässig zu erachten. Andernfalls würde unter Umständen auch gegen das Gebot der Subsidiarität der Lebendspende²⁸ verstößen werden, da der Spender nicht mehr seinen Tod abwarten könnte, um einem nahen Angehörigen zu helfen.

²⁴ Siehe zur Möglichkeit des Losentscheids *Edenhofer*, in: Palandt (oben Fn. 8), Rz. 7 zu § 2065, Rz. 1 zu § 2154 m.w.N.

²⁵ Vgl. auch schon oben bei Fn. 12.

²⁶ Siehe etwa *Walter*, FamRZ 1998, 201 ff. (205); *Nickel*, Die Entnahme von Organen und Geweben bei Verstorbenen zum Zwecke der Transplantation, Diss. Bonn, 1999, S. 151 m.w.N.

²⁷ Siehe dazu auch unten bei Fn. 74 ff.; a. A. in bezug auf Organe Verstorbener *Steinvorth*, in: Brudermüller/Seelmann, Organtransplantation, 2000, S. 149 ff. (157 f.).

²⁸ Siehe zur Nachrangigkeit der Lebendspende näher *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*, Transplantationsgesetz (oben Fn. 12), Rz. 9 ff. zu § 8.

2. Mehrheit von Gläubigern

Ruft man sich nochmals das Prinzip der Privatautonomie in Erinnerung, ist kennzeichnend, daß ein Privatrechtssubjekt grundsätzlich mit beliebig vielen Interessenten und mit jeweils beliebigem Inhalt Rechtsgeschäfte vornehmen kann. Diese Gestaltungsfreiheit hat mitunter zur Folge, daß ein Schuldner Verpflichtungen eingeht, die er gar nicht oder nur teilweise zu erfüllen vermag. Bei solchen Fällen subjektiver oder objektiver Unmöglichkeit kann zwangsläufig ein Konkurrenzverhältnis zwischen mehreren Prätendenten auftreten.

a) Der abgeleitete Erwerb von Eigentum

Nimmt man zum Einstieg in die Problematik das simple Beispiel einer Zeitungsannonce, in der ein Auto zum Verkauf angeboten wird, ist unstreitig, daß derjenige das Eigentum erlangt, dem es als Erstem übertragen wird, während alle späteren Interessenten insoweit leer ausgehen. Spricht eine Rechtsordnung den einzelnen Privatrechtsakteuren subjektive Rechte zu, wie etwa die exklusive Verfügbarkeit über ihr Eigentum, kann dieselbe Befugnis nicht ohne Widerspruch zugleich Dritten eingeräumt werden. Möchte der ursprüngliche Eigentümer deshalb im Nachhinein den PKW einem höheren Bieter überlassen, scheitert eine Eigentumsübertragung kraft eigener Kompetenz des Veräußerers schon daran, daß niemand mehr Rechte auf einen anderen übertragen kann, als er selbst hat.²⁹ Diese Feststellung schließt nicht aus, daß der Gesetzgeber die Interessen des Erwerbers höher bewertet als die des Eigentümers, doch setzt ein gutgläubiger Erwerb de lege lata einen besonderen Vertrauenstatbestand, die Gutgläubigkeit des Dritten sowie verschiedentlich die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins voraus.

Tritt in sonstigen Fällen der Veräußerung durch einen Nichtberechtigten ausnahmsweise eine Konvaleszenz durch Rückerwerb oder Beerbung ein, ordnet § 185 Abs. 2 S. 2 BGB an, daß bei mehreren Verfügungen die frühere Verfügung wirksam ist. Diese Bestimmung ist wiederum nur konsequent, weil auch bei einem Handeln als Berechtigter durch die erste Verfügung ein Verlust der Rechtszuständigkeit eingetreten wäre. Ebenso folgerichtig ist aus § 185 Abs. 2 S. 2 BGB der Umkehrschluß abzuleiten, daß bei einer Konvaleszenz im Wege der Genehmigung durch den Berechtigten der Prioritätsgrundsatz keine Anwendung findet. Denn der Berechtigte kann ohnehin nach Belieben darüber befinden, ob er überhaupt zustimmt, und muß entsprechend

²⁹ Vgl. *Mugdan*, Bd. I, S. 505, Bd. III, S. 968; vgl. auch schon *Dig.* 50, 17, 54 (*Ulpian*); preuß. ALR Einl. § 101; siehe ferner *Wacke*, JA 1981, 94 ff. (95 f.).

seiner Abschlußfreiheit deshalb auch seinen Rechtsnachfolger als Eigentümer willkürlich bestimmen können.³⁰ Komplettiert wird der Schutz des Ersterwerbers schließlich durch § 161 Abs. 1 BGB, der bereits für den Fall einer aufschiebend bedingten Verfügung die Kompetenz des bisherigen Rechtsinhabers beschränkt³¹ und jede weitere Verfügung grundsätzlich für unwirksam erklärt.

Etwas komplexer wird das Eingangsbeispiel, wenn der ursprüngliche Eigentümer das Auto zunächst telefonisch an einen Interessenten verkauft, anschließend jedoch den PKW an einen höher bietenden Dritten veräußert und übergibt.³² Während in anderen Rechtsordnungen der Eigentumsübergang nach dem Konsensualprinzip bereits mit dem Zustandekommen des Kaufvertrags erfolgt,³³ hat sich der deutsche Gesetzgeber mit guten Gründen für das Trennungs- und Abstraktionsprinzip entschieden, um vor allem ein besonders hohes Maß an Rechts- und Verkehrssicherheit zu gewährleisten.³⁴ Der Prioritätsgrundsatz wird vom Privatrechtsgesetzgeber mithin insoweit ausgestaltet, als derjenige Eigentum erwirbt, der als Erster das Verfügungsgeschäft abschließt. Wie § 408 BGB bestätigt, gilt der Vorrang der ersten Verfügung grundsätzlich auch für Mehrfachabtretungen von bestehenden oder zukünftigen Forderungen.³⁵ Voraussetzung für die Priorität des ersten Verfügungsgeschäfts ist allerdings stets, daß dessen dinglicher Vertrag wirksam geschlossen wurde. Daran fehlt es zum Beispiel nach der herrschenden Vertragsbruchtheorie bei einer Kollision zwischen einer Globalzession und einem verlängerten Eigentumsvorbehalt, so daß ausnahmsweise nicht der zeitlich frühere Geldkreditgeber, sondern der Warenkreditgeber gesichert wird.³⁶

³⁰ Vgl. auch *Fuchs-Wissemann*, DRiZ 1982, 373 ff. (379); *Heinrichs*, in: Palandt (oben Fn. 8), Rz. 10 zu § 185.

³¹ Vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts (oben Fn. 11), § 50 Rz. 65; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, Bd. 2, 3. Aufl., 1979, § 39, 3a.

³² Siehe zum Doppelverkauf sowie zur historischen Rechtsfigur des „ius ad rem“ eingehend *Dubischar*, JuS 1970, 6 ff.

³³ Siehe näher *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 28 ff. m.w.N.

³⁴ Vgl. *Wieling*, ZEuP 2001, 301 ff. (301 ff.); *Grigoleit*, AcP 199 (1999), S. 379 ff. (381 ff.); *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (oben Fn. 33), S. 728 ff.

³⁵ Vgl. BGH, NJW 1982, 571 f. (571); *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. IV, 1976, S. 591; *Schwab/Prütting*, Sachenrecht, 30. Aufl., 2002, Rz. 403; einschränkend unter dem Gesichtspunkt des „Barvorschusses“ *Larenz/Cana里斯*, Schuldrecht, Bd. II/2, 13. Aufl., 1994, S. 97 f.

³⁶ Vgl. BGH, NJW 1999, 2588 ff. (2589); *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht, 2. Aufl., 1987, Rz. 424 ff.; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 5. Aufl., 1999, Rz. 1433 ff.; kritisch zur Durchbrechung des Prioritätsprinzips namentlich *Wolf/Haas*, ZHR 154 (1990), S. 64 ff. (65 ff.).

b) Der Erwerb von beschränkt dinglichen Rechten

Die Regelungen bei der Eigentumsübertragung gelten mutatis mutandis auch für den Erwerb von beschränkt dinglichen Rechten. Jene Rechte sind vom Gesetzgeber wie das Eigentum mit einer *erga omnes*-Wirkung ausgestattet und stehen ursprünglich zur privatautonomen Disposition des jeweiligen Eigentümers. Genauso wie ein Darlehensnehmer beispielsweise einen Gegenstand nur einmal zur Sicherheit übereignen kann, vermag er alternativ den Gegenstand auch nur einmal in unbelaßter Form als Pfand zu bestellen.³⁷ Das Gesetz sieht zwar die Option vor, Sachen oder Grundstücke ein zweites Mal zu belasten, doch ist dies dann nur noch in einem vorbelasteten Zustand möglich. Bei solchen Mehrfachbelastungen können sich die Befugnisse der einzelnen Gläubiger untereinander sowie im Verhältnis zum Eigentümer partiell, insbesondere in bezug auf Ausübungskompetenzen, überschneiden.³⁸ Es gilt dies jedoch nicht für den entscheidenden Aspekt der vorrangigen Befriedigung des älteren Rechts, da ein Pfandrecht akkurat zu diesem Zweck rechtsgeschäftlich bestellt wird³⁹ und als dingliches Recht auch eine entsprechende Wirkung entfaltet.

Demgemäß hat der Gesetzgeber für beschränkt dingliche Rechte an Grundstücken und Grundstücksrechten in § 879 Abs. 1 BGB den Prioritätsgrundsatz normiert, der gem. § 883 Abs. 3 BGB auch für die Vormerkung gilt und sich gem. § 17 GBO bis ins Grundbuchrecht hinein auswirkt. Analoge Regelungen gelten für die Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen gem. § 1209 BGB sowie für Pfandrechte an Rechten gem. § 1273 Abs. 2 BGB. Vergegenwärtigt man sich, daß die dingliche Belastung als solche auf einer privatautonomen Initiative beruht, ist es nur konsequent, daß auch die Rangordnung grundsätzlich der Disposition der Parteien unterliegt.⁴⁰ Im übrigen gibt es hinsichtlich der gesetzlichen Ausgestaltung des Prioritätsgrund- satzes namentlich im Immobiliarsachenrecht die Besonderheit, daß gem. § 879 Abs. 2 BGB die Eintragung für das Rangverhältnis auch dann maßgebend ist, wenn die Einigung erst später zustande kommt. Des weiteren ist insbesondere an die berühmte Kontroverse über die Geltung des Tempus- oder

³⁷ Vgl. auch *Wilhelm*, JZ 1990, 501 ff. (502); *Wacke*, in: Münchener Komm., BGB, 3. Aufl., 1997, Rz. 12 zu § 879.

³⁸ Vgl. *Grunsky*, Rangfragen bei dinglichen Rechten, 1963, S. 5 ff.; *Stadler*, AcP 189 (1989), S. 425 ff. (429 f.); *Dettmar*, Materielle und formelle Funktion des Rangs im Grundstückssachenrecht, Diss. Marburg, 1977, S. 28 ff.

³⁹ Siehe zum Rang als selbständiges Verfügungsobjekt auch *Jungwirth*, Der vereinbarte Rang von Grundstücksrechten, 1990, S. 41 ff.

⁴⁰ Vgl. *Stadler*, AcP 189 (1989), S. 425 ff. (450); *Wieling*, Sachenrecht, 4. Aufl., 2001, S. 312 f.; einschränkend die h. M. allerdings in bezug auf § 1209 BGB; siehe *Wiegand*, in: *Staudinger*, Komm. zum BGB, 13. Bearb. 1997, Rz. 9 zu § 1209 m.w.N.

Locusprinzips zu erinnern.⁴¹ Solche rechtstechnischen Detailprobleme bedürfen hier indes keiner Vertiefung.

Von der rechtsgeschäftlichen Bestellung eines beschränkt dinglichen Rechts ist dessen Entstehung aufgrund gesetzlicher Anordnung zu unterscheiden. Während bei der rechtsgeschäftlichen Bestellung eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung nicht intendiert wird, sofern der erste Gläubiger die Einräumung eines dinglichen Rechts zu seinen Gunsten durchzusetzen vermochte, könnte der Gesetzgeber zum Beispiel bei konkurrierenden Vermieterpfandrechten nach der Maxime *par condicio creditorum* verfahren oder wie im Frachtrecht gem. § 443 HGB das später entstandene Pfandrecht privilegieren. Der Gesetzgeber hat sich indes auch hier prinzipiell für den Prioritätsgrundsatz entschieden. Zu erwähnen ist namentlich der Verweis des § 1257 BGB beim gesetzlichen Pfandrecht auf § 1209 BGB. Es erscheint diese Harmonisierung auch systemkonform, weil gesetzliche Pfandrechte häufig den mutmaßlichen Parteiwillen widerspiegeln und zudem in der Einzelzwangsvollstreckung der Prioritätsgrundsatz ebenfalls gilt.⁴²

c) *Der schuldrechtliche Anspruch*

Wendet man den Blick vom Verfügungsgeschäft zurück zum schuldrechtlichen Anspruch, befindet man sich wieder in der Wettraufsituation zwischen mehreren Gläubigern, weil und sofern der Schuldner nur eingeschränkt zur Leistung imstande ist. Diese Zugriffskonkurrenz erfährt eine Relativierung, wenn der Schuldner lediglich anteilmäßig oder von vorneherein nur nach einer bestimmten Rangfolge zu leisten hat.

aa) *Anteilmäßige Kürzung*

Eine anteilmäßige Kürzung kann zunächst bei einer beschränkten Gattungsschuld in Betracht kommen. Das Problem stellt sich, wenn zum Beispiel ein Verkäufer 60 % seines Vorrats an einen Gläubiger und die restlichen 40 % an einen anderen Gläubiger veräußert hat und noch vor der Auslieferung die Hälfte des Vorrats durch Zufall zerstört wird. Ebenso wie bei einem Doppelverkauf hat es der Verkäufer auch hier selbstverständlich in der Hand, wem er das verbliebene Eigentum überträgt. Die dogmatische Schwierigkeit besteht vielmehr darin, ob der Verkäufer gegenüber demjenigen, der zuerst seinen Anspruch geltend macht, nur anteilmäßig zu erfüllen braucht, ohne gleich-

⁴¹ Siehe dazu etwa *Stadler*, AcP 189 (1989), S. 425 ff. (440 ff.); *Wacke*, in: Münchener Komm. (oben Fn. 37), Rz. 15 ff. zu § 879.

⁴² Vgl. unten bei Fn. 58 ff.

zeitig wegen partieller Nichterfüllung zu haften. Keine Lösung zeichnet sich dabei aus der Perspektive der Gläubiger ab, denn diese verfolgen jeweils egoistische tragische Ziele und lassen sich nicht im Sinne einer Interessengemeinschaft definieren.⁴³ Es besteht hier die gleiche Relativität der Rechtsverhältnisse wie etwa beim Doppelverkauf. Infolgedessen ist die Blickrichtung zu wechseln und zu fragen, ob der Schuldner aufgrund von Treu und Glauben partiell die Leistung verweigern darf. Das Dilemma, daß der Schuldner sich gegenüber sämtlichen Gläubigern gleichermaßen verpflichtet hat, rechtfertigt als solches aber noch keine Einwendung gem. § 242 BGB, sondern es besitzt prinzipiell jeder Gläubiger einen ungekürzten Anspruch, den es nach dem Prioritätsgrundsatz zu verfolgen gilt. Eine Entlastung ist erst dann gerechtfertigt, wenn der Schuldner den Teiluntergang nicht verschuldet hat⁴⁴ und er außerdem in seiner Rolle als Mangelverwalter keinen Gläubiger benachteiligt.⁴⁵ Da der Schuldner zu sämtlichen Gläubigern gleichermaßen in einem Pflichtenverhältnis steht, muß er eine gerechte Aufteilung vornehmen, um sich gegenüber jedem auf Treu und Glauben berufen zu können. Der Schuldner darf also nicht einen Gläubiger begünstigen, weil dieser zum Beispiel sein Stammkunde ist, sondern ist als distributive Instanz gehalten, die einzelnen Gläubiger gleich zu behandeln und deren Forderungen anteilmäßig zu befriedigen.⁴⁶ Nur dann entgeht der Schuldner Sekundäransprüchen und kann gem. § 242 BGB die volle Leistung gegenüber den einzelnen Gläubigern verweigern.⁴⁷

Dieser Rechtsgedanke läßt sich darüber hinaus verallgemeinern und auf ähnliche Konstellationen übertragen. So sind beispielsweise im Rahmen der Notbedarfseinrede des Schenkens gem. § 519 BGB mehrere gleichzeitige Schenkungsversprechen anteilmäßig zu kürzen.⁴⁸ Auch hier hat der Schen-

⁴³ So aber namentlich *G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 138 ff.; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, Teilb. 2, 8. Aufl., 2000, S. 340; zutreffend hingegen *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 251 f.

⁴⁴ A. A. G. *Hueck*, aaO., S. 143.

⁴⁵ A. A. E. *Wolf*, JuS 1962, 101 ff. (104 f.).

⁴⁶ Vgl. auch RGZ 84, 125 ff. (129 f.); 91, 312 f. (313); *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2 (oben Fn. 43), S. 339 f. (unter Hinweis auf die bruchteilige Verringerung bei Teilverlust gem. § 7 Abs. 2 S. 1 DepotG); *Medicus*, Bürgerl. Recht, 19. Aufl., 2002, Rz. 256; *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, S. 602.

⁴⁷ Der Schuldner darf ferner grundsätzlich auch nicht einen für sich selbst vorgesehenen Anteil zurück behalten, doch gehört das zur geordneten Fortführung des Betriebs Erforderliche gem. § 157 BGB von vornherein nicht zum Gegenstand der Veräußerung; vgl. RGZ 91, 312 f. (313); zustimmend *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I, 1987, S. 155.

⁴⁸ Vgl. auch *Cremer*, in: *Staudinger*, Komm. zum BGB, 13. Bearb. 1995, Rz. 12 zu § 519; *Mühl/Teichmann*, in: *Soergel*, Komm. zum BGB, 12. Aufl., 1998, Rz. 7 zu § 519; *Kollbosser*, in: *Münchener Komm.*, BGB, 3. Aufl., 1995, Rz. 6 zu § 519.

ker nicht die Option, gegenüber einem einzelnen Versprechensempfänger die Einrede voll umfänglich zu erheben. § 519 BGB verkörpert eine soziale Schutznorm zu Lasten der jeweiligen Versprechensempfänger,⁴⁹ so daß sich ein willkürliches Vorgehen des Schenkers verbietet und gleichzeitig entstandene Ansprüche nach distributiven Grundsätzen, d. h. anteilmäßig, zu befriedigen sind.⁵⁰ Das gleiche gilt des weiteren auch in bezug auf Unterhaltsverpflichtungen. Reicht das Einkommen und Vermögen nicht aus, um mehreren Personen Unterhalt zu gewähren, sind die Ansprüche von gleichrangig Berechtigten grundsätzlich anteilig herabzusetzen.⁵¹ Eine Auswahlfreiheit des Verpflichteten ist wiederum abzulehnen, weil bereits die Inanspruchnahme auf sozialen Erwägungen beruht und deshalb auch die Verteilung sachgerecht vorgenommen werden muß.⁵²

bb) Vorrangregelungen

Der Gesetzgeber kann des weiteren durch spezielle Rangordnungen einen Wettbewerb um die Erfüllung partiell ausschließen. Den Schwerpunkt bildet das Unterhaltsrecht, das in den §§ 1582, 1609, 1615 I Abs. 3 BGB komplexe Konkurrenzbestimmungen enthält.⁵³ Danach genießt namentlich der erste Ehegatte grundsätzlich Vorrang vor dem derzeitigen Ehegatten. Für diese Privilegierung des früheren Partners ist primär bestimmd, daß dessen Anspruch schon besteht und ein neuer Ehegatte damit rechnen muß, daß seinem Unterhaltsanspruch der des Geschiedenen vorgeht.⁵⁴ Entgegen dem Altersvorzug in § 1582 BGB wird in § 1609 BGB die jüngere Generation bevorzugt. Der Hauptgrund für diese Deszendenterprivilegierung liegt in der Annahme, daß die Bedürftigkeit in der Kindheit im allgemeinen größer ist als im Alter, und findet eine gesetzesimmanente Bestätigung in der erbrechtlichen Privilegierung der absteigenden Linie gem. § 1924 Abs. 1 i.V.m. § 1930 BGB.⁵⁵ Eine

⁴⁹ Siehe zum Normzweck näher *Cremer*, in: Staudinger (oben Fn. 48), Rz. 1 zu § 519; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 11), S. 242.

⁵⁰ A. A. *Seiler*, in: Erman, BGB, 10. Aufl., 2000, Rz. 4 zu § 519; *Vollkommer*, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., 2003, Rz. 1 zu § 519.

⁵¹ Vgl. BGH, NJW 1988, 1722 ff. (1724); *Martiny*, Unterhaltsrang und -rückgriff, Bd. I, 2000, S. 421; *Diederichsen*, in: Palandt (oben Fn. 8), Rz. 3 zu § 1609.

⁵² Einverständliche Änderungen sind allerdings grundsätzlich zulässig; vgl. *Martiny*, Unterhaltsrang und -rückgriff, Bd. I (oben Fn. 51), S. 425 m.w.N.

⁵³ Siehe dazu eingehend *Martiny*, Unterhaltsrang und -rückgriff, Bd. I (oben Fn. 51), S. 416 ff.

⁵⁴ Vgl. BGH, NJW 1986, 2054 ff. (2056); *Schlüter*, Familienrecht, 9. Aufl., 2001, Rz. 211; besondere Härten können gegebenenfalls gem. § 1579 Nr. 7 BGB gemildert werden; siehe *Dieckmann*, in: Erman (oben Fn. 50), Rz. 28 zu § 1579.

⁵⁵ Vgl. *Martiny*, Unterhaltsrang und -rückgriff, Bd. I (oben Fn. 51), S. 569.

weitere Vorrangregelung enthält § 519 Abs. 2 BGB, wonach bei mehreren Schenkungsversprechen der früher entstandene Anspruch hinsichtlich der Notbedarfseinrede vorgeht. Der Prioritätsgrundsatz dient dabei offenkundig dem Bestandsschutz, indem die bereits länger bestehende Forderung begünstigt wird.⁵⁶ Ebenso wie bei den unterhaltsrechtlichen Vorrangregelungen kann der Schuldner auch hier nicht zu Lasten Dritter über den Rang bestimmen, da es sich um eine soziale Schutznorm handelt.⁵⁷

d) Die Zwangsvollstreckung

Besteht eine Zugriffskonkurrenz, weil spezielle Vorrangregelungen oder Kürzungsmöglichkeiten fehlen, verlagert sich der Wettstreit der Gläubiger in den Bereich der Zwangsvollstreckung, sofern der Schuldner nicht erfüllt.

aa) Die Einzelzwangsvollstreckung

Variiert man das Beispiel des Doppelverkaufs in dem Sinne, daß der Verkäufer noch Eigentümer der Sache ist, wird gem. §§ 883 Abs. 1, 894 Abs. 1, 897 Abs. 1 ZPO derjenige Eigentümer, der als Erster ein entsprechendes Urteil erstreitet und zu dessen Gunsten der Gerichtsvollzieher die Sache wegnimmt.⁵⁸ Das gleiche gilt, wenn sich ein Käufer die Erfüllung seines Anspruchs durch eine einstweilige Verfügung gem. §§ 935, 938 Abs. 2 ZPO sichert, indem er die Eintragung einer Vormerkung gem. § 885 BGB oder ein gerichtliches Veräußerungsverbot gem. §§ 135, 136 BGB erwirkt.⁵⁹ Auch in sämtlichen anderen Bereichen der Einzelzwangsvollstreckung dominiert der Prioritätsgrundsatz:⁶⁰ Bei der Vollstreckung in bewegliche Sachen und Forde-

⁵⁶ Siehe dazu auch unten bei Fn. 72 f.

⁵⁷ Der dem Prioritätsprinzip des § 519 Abs. 2 BGB zuwiderhandelnde Schenker verliert deshalb seine Notbedarfseinrede; vgl. Cremer, in: Staudinger (oben Fn. 48), Rz. 11 zu § 519; Mühl/Teichmann, in: Soergel (oben Fn. 48), Rz. 6 zu § 519 (mit dem zutreffenden Hinweis, daß der Schenker noch die Möglichkeit hat, gem. § 528 BGB das an den „jüngeren“ Gläubiger bereits Geleistete herauszuverlangen); a. A. Zeranski, Der Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkens, 1998, S. 20 Fn. 26 m.w.N.

⁵⁸ Ebenso wie bei einer Verfügung durch den Schuldner verbleibt den Gläubigern mit einem späteren Titel auch hier gem. § 893 ZPO nur ein Schadensersatz.

⁵⁹ Die Wirksamkeit eines Verfügungsverbots wird dabei gem. § 135 Abs. 1 BGB durch ein konkurrierendes späteres Verfügungsverbot nicht tangiert, da anderenfalls der Sicherungszweck entfiele; vgl. Kohler, in: Staudinger, Komm. zum BGB, 13. Bearb., 1996, Rz. 80 zu § 135; Foerste, AcP 193 (1993), S. 275 ff. (277); a. A. Wieling, JZ 1982, 839 ff. (841 f.).

⁶⁰ Vgl. Stürner, ZZP 99 (1986), S. 291 ff. (322 f.); Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., 1997, S. 66 ff., 786 ff.; Siebert, Das Prioritätsprinzip in der Einzelzwangsvollstreckung, Diss. Göttingen, 1988, S. 3 ff.

rungen gilt § 804 Abs. 3 ZPO; im Rahmen der Vollstreckung in unbewegliches Vermögen gilt für die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung § 11 Abs. 2 ZVG sowie für die Zwangshypothek §§ 17, 45 GBO, § 879 BGB. Schließlich entfaltet auch das Arrestpfandrecht gem. § 930 Abs. 1 S. 2 ZPO die Wirkungen des § 804 ZPO und die Arresthypothek erfolgt gem. § 932 ZPO wiederum durch Eintragung einer Sicherungshypothek. Durchbrechungen des Prioritätsgrundsatzes gibt es nur ausnahmsweise, wie etwa in dem für die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger offen stehenden Vorrechtsbereich des § 850d Abs. 2 ZPO, wo analog dem materiellen Unterhaltsrecht primär distributive Kriterien maßgeblich sind.⁶¹

Analysiert man die einzelzwangsvollstreckungsrechtlichen Prioritätsregelungen ist signifikant, daß vielfach nur sachenrechtliche Wertungen konsequent fortgeführt werden. Die Zwangsvollstreckung ist aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols zwar dem öffentlichen Recht zuzuordnen, doch handelt es sich im Kern um eine privatrechtliche Korrektur der Güterzuordnung.⁶² Dogmatisch geht es mithin nicht um eine sachgerechte Verteilung staatlicher Güter, sondern um die Zuweisung von Fremdmitteln an die einzelnen Gläubiger. Zugunsten des Prioritätsgrundsatzes spricht im übrigen, daß die Gläubigerinitiative honoriert und zugleich die Gefahr einer Übersicherung vermindert wird, was wiederum auch einen gesamtwirtschaftlichen Vorteil darstellt.⁶³

bb) Das Insolvenzverfahren

Nach geltendem Recht wird der Prioritätsgrundsatz erst in der Insolvenz von der Maxime *par condicio creditorum* abgelöst. Dieser Systemwechsel liegt darin begründet, daß der Schuldner in jenem Stadium seine Vermögensverhältnisse nicht mehr zu steuern vermag.⁶⁴ Es versagt die Schuldnerautonomie und der Prioritätsgrundsatz verliert seine privatautonome Legitimation.

⁶¹ Eine weitere Ausnahme bildet z. B. § 168 Nr. 1 GVGA; dazu kritisch Rosenberg/Gaul/Schilkens, *Zwangsvollstreckungsrecht* (oben Fn. 60), S. 68 f.

⁶² Vgl. Gaul, Rpfleger 1971, 1 ff. (6 f.); Welbers, *Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz*, Diss. Düsseldorf, 1991, S. 164 ff. m.w.N.

⁶³ Vgl. Stürner, ZZP 99 (1986), S. 291 ff. (326 ff.); ders., DGVZ 1985, 6 ff. (11); Siebert, *Das Prioritätsprinzip in der Einzelzwangsvollstreckung* (oben Fn. 60), S. 61 ff.; kritisch Schlosser, ZZP 97 (1984), S. 121 ff. (122 ff.).

⁶⁴ Vgl. Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 2. Aufl., 1998, S. 20 ff.; Welbers, *Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz* (oben Fn. 62), S. 180 ff. m.w.N.; siehe ferner zur Maximierung der Haftungsmasse durch ein Kollektivverfahren Eidenmüller, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, 1999, S. 17 ff.

Ein solches Unvermögen des Schuldners kann zwar auch schon im Zeitpunkt der Einzelzwangsvollstreckung vorliegen, doch bietet in diesem Fall die Eingriffstrias aus Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO, Rückschlagsperre gem. § 88 InsO sowie gerichtlichen Sicherungsmaßnahmen gem. § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO ein hinreichendes Korrektiv. Der Wetlauf der Gläubiger setzt sich also in der Zwangsvollstreckung grundsätzlich fort und wird erst durch die Handlungsunfähigkeit des Schuldners beendet.

3. Mehrheit von Schuldndern

Einen Wetlauf kann es theoretisch auch in der umgekehrten Situation unter mehreren Schuldndern geben.

a) Anteiliger Regress

Zu einer Konkurrenz könnte es theoretisch führen, wenn bei einer Gesamtschuld demjenigen ein voller Rückgriff auf die übrigen Schuldner zu stünde, der den Gläubiger als Erster befriedigt. Eine solche Begünstigung des am schnellsten Leistenden ist indes abzulehnen. Den Ausgangspunkt bildet das Relativitätsprinzip, wonach eine schuldrechtliche Beziehung grundsätzlich nur zwischen dem Gläubiger und dem einzelnen Schuldner besteht. An diesem bilateralen Verhältnis ändert eine Schuldnermehrheit zunächst nichts, so daß der Gläubiger an sich von jedem Schuldner die ungeteilte Leistung verlangen kann. Zu einem unbilligen Ergebnis führt erst eine Überkompenstation, wenn der Gläubiger mehr bekommt als ihm zusteht, beispielsweise entgegen dem Ausgleichsgedanken den Schaden doppelt ersetzt bekomme. Es geht somit lediglich um die Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung und nicht um eine Aufteilung oder Mangelverwaltung nach distributiven Grundsätzen.⁶⁵ In der weiteren Folge müssen die nicht in Anspruch genommenen Schuldner schon deshalb einen anteilmäßigen Ausgleich leisten, weil und sofern jeder gegenüber dem Gläubiger verpflichtet war und durch eine Befriedigung des Gläubigers entsprechend begünstigt wird. Eine solche Schuldnermehrheit läßt sich darüber hinaus auch nicht mit einer Gläubigermehrheit, etwa beim Doppelverkauf, vergleichen. Während bei letzterer jeder seine Vorteile selbstbestimmt am Markt suchen und dabei anderen Konkurrenten zuvor kommen kann, würde die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes bei einer Mehrzahl von Schuldndern zu einem Schuldverhältnis zu Lasten Dritter führen. Hinzu kommt, daß der Gläubiger die einzelnen Aus-

⁶⁵ A. A. Schanbacher, AcP 191 (1991), S. 87 ff. (99 f.), der die Zuweisung des Ausfalls bei mehreren Sicherern der „zuteilenden Gerechtigkeit“ zuordnet.

gleichspflichten durch die Geltendmachung der Forderung gegenüber einem bestimmten Schuldner gezielt steuern könnte. Dies wäre indes offenkundig sachwidrig, da der Gläubiger insoweit keine Verteilungsfunktion inne hat, sondern die berühmte Paschastellung einnimmt.

Auch de lege lata ist deshalb namentlich in § 426 Abs. 1 BGB angeordnet, daß Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander grundsätzlich zu gleichen Anteilen verpflichtet sind. Das gleiche gilt gem. § 774 Abs. 2 BGB für Mitbürger sowie gem. § 1225 S. 2 BGB für mehrere Verpfändner.⁶⁶ Konsequenterweise gelten diese Regressgrundsätze gleichermaßen für den gesetzlich nicht näher geregelten Ausgleich zwischen einem dinglichen und einem persönlichen Sicherungsgeber.⁶⁷ Die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes wäre auch hier deplaziert.⁶⁸

Im übrigen kann der Gesetzgeber ein potentielles Konkurrenzverhältnis bereits durch die Anordnung einer bloßen Teilschuld ausschließen.⁶⁹ Ein Beispiel hierfür bildet § 1606 Abs. 3 BGB, wonach mehrere gleich nahe Verwandte in bezug auf Unterhaltsverpflichtungen von vorneherein lediglich anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen haften.

b) Vorrangregelungen

Der Gesetzgeber hat des weiteren die Möglichkeit, zwischen verschiedenen potentiellen Schuldern Vorrangrelationen zu bestimmen. Entsprechende Regelungen findet man vor allem im Unterhaltsrecht gem. §§ 1584, 1586a Abs. 2, 1606, 1608, 1615 I Abs. 3 S. 2 BGB.⁷⁰ So sind beispielsweise gem. § 1606 Abs. 1 BGB die Abkömmlinge vor den Verwandten der aufsteigenden Linie unterhaltpflichtig. Die Hauptgründe für die Belastung der jüngeren Generation sind darin zu sehen, daß diese in der Regel von ihren Eltern bereits Unterstützung erfahren hat und die Inanspruchnahme ein Äquivalent

⁶⁶ Eine Ausnahme besteht lediglich bei der Gesamthypothek gem. § 1173 Abs. 1 BGB; siehe zum Sondercharakter dieser Vorschrift Hüffer, AcP 171 (1971), S. 470 ff. (478 f.).

⁶⁷ Vgl. BGHZ 108, 179 ff. (181 ff.); Larenz/Canaris, Schuldrecht, Bd. II/2 (oben Fn. 35), S. 16 ff.; Medicus, Bürgerl. Recht (oben Fn. 46), Rz. 941 m.w.N.

⁶⁸ Anders Mertens/Schröder, Jura 1992, 305 ff. (309 ff.); ebenso unzutreffend ist aus den oben im Text genannten Gründen die andere Extremansicht, die dem zuerst in Anspruch Genommenen überhaupt keinen Regressanspruch zubilligt; vgl. Selb, in: Münchener Komm., BGB, 2. Aufl., 1985, Rz. 3 zu § 426, der diese Auffassung jedoch mittlerweile wieder aufgegeben hat (vgl. aaO., seit 3. Aufl., 1994).

⁶⁹ Siehe dazu näher Selb, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern, 1984, S. 18 ff.

⁷⁰ Siehe dazu näher Martiny, Unterhaltsrang und -rückgriff, Bd. I (oben Fn. 51), S. 192 ff.

für die erbrechtliche Bevorzugung bildet.⁷¹ Weitere Vorrangregelungen findet man im Schenkungsrecht. Gem. § 528 Abs. 2 sowie § 2329 Abs. 3 BGB haftet unter mehreren Beschenkten der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist.⁷² Begünstigt wird danach jeweils der frühere Erwerb und es dient der Prioritätsgrundsatz abermals dem Bestandschutz.⁷³

4. Der gesetzliche Erwerb

Eine zentrale Bedeutung erlangt der Prioritätsgrundsatz ferner im Bereich der gesetzlichen Rechtsgüterzuordnung. Es gilt dies allerdings nicht für jene Fundamentalpositionen, die von der klassischen Naturrechtslehre als angeborene Rechte bezeichnet werden⁷⁴ und die auch nach der Konzeption des BGB sowie des Grundgesetzes dem Menschen allein kraft seines Menschseins zustehen.⁷⁵ Darunter fallen namentlich das Leben, der Körper, die Ehre und zudem im Ansatz die Privatautonomie.⁷⁶ Hinsichtlich des gesetzlichen Erwerbs sonstiger Güter, wie etwa des Eigentums, kennt das geltende Privatrecht unterschiedliche Voraussetzungen. Die gesetzlichen Vorgaben erlauben eine Systematisierung jedoch nur schwerpunktmäßig, da allenthalben Überschneidungen zu verzeichnen sind.

a) Der Erwerb kraft Leistung

Einen ersten Erwerbsgrund bildet der Aspekt der Leistungserbringung. So kann beispielsweise derjenige, der in mühevoller Forschertätigkeit als Erster eine Erfindung gemacht hat, diese durch ein Patent oder Gebrauchsmuster

⁷¹ Vgl. *Derleder*, in: Alternativkomm. zum BGB, 1981, Rz. 2 zu § 1606; *Martiny*, Unterhaltsrang und -rückgriff, Bd. I (oben Fn. 51), S. 209, 272 f.

⁷² Bei mehreren gleichzeitigen Beschenkten muß der Schenker richtigerweise zunächst anteilig gegen alle Schuldner vorgehen und kann sich nicht in voller Höhe beliebig an einzelne Beschenkte wenden, wie die Parallelen bei § 519 sowie § 1606 Abs. 3 BGB belegen; vgl. *Heiter*, JR 1995, 313 ff. (316); a. A. die h. M.: vgl. BGHZ 137, 76 ff. (80, 82); BGH, NJW 1991, 1824 f.; *Kollhosser*, in: Münchener Komm., BGB (oben Fn. 48), Rz. 16 zu § 528; *Cremer*, in: Staudinger (oben Fn. 48), Rz. 11 zu § 528.

⁷³ Vgl. auch BGH, NJW 1991, 1824 f. (1825) unter Hinweis auf die Zehnjahresfrist des § 529 Abs. 1 BGB.

⁷⁴ Siehe dazu näher *Olivecrona*, ARSP 59 (1973), S. 197 ff. (198 f.); *Dreier*, Eigentum in rechtsphilosophischer Sicht, in: ders., Recht – Staat – Vernunft, 1991, S. 168 ff. (171) m.w.N.

⁷⁵ Siehe näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 11), S. 64 ff., 129 ff. m.w.N.

⁷⁶ Siehe zu letzterer näher *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 6 ff.; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 11), S. 224 m.w.N.

umfassend schützen lassen. Einen ähnlichen Schutz bietet auch das Geschmacksmustergesetz, wohingegen das Urheberrecht keine Ausschlußwirkung entfaltet und die Priorität nur insofern relevant wird, als sich damit eine Nachbildung begründen läßt.⁷⁷ Teleologisch ist kennzeichnend, daß jeweils eine schöpferische Leistung durch ein subjektives Recht abgesichert wird, auch wenn man sich einschränkend im Klaren sein muß, daß die Welt, einschließlich ihrer Entdeckungen, stark vom Zufall mitregiert wird.⁷⁸ Der Leistungsgedanke erfährt darüber hinaus eine Relativierung, wenn mehrere unabhängig voneinander dieselbe Erfindung machen. Das Recht auf das Patent oder Gebrauchsmuster steht in diesem Fall gem. § 6 Abs. 3 PatG, § 13 Abs. 3 GebrMG demjenigen zu, der die Erfindung zuerst beim Patentamt anmeldet.⁷⁹

b) Der Erwerb kraft Okkupation

Anstelle einer Leistungserbringung kann auch die einseitige Appropriation durch den zeitlich Ersten einen Erwerbsgrund bilden. Im Sachenrecht erlangt die prima occupatio als Verteilungsmodus indes nur eine peripherie Bedeutung. Das Hauptanwendungsgebiet ist die Aneignung herrenloser Sachen und Tiere gem. §§ 958 ff. BGB,⁸⁰ wobei diese Bestimmungen aber vor allem durch spezielle Jagd- und Fischereigesetze überlagert werden.⁸¹

⁷⁷ Siehe näher z. B. *Rebbinder*, Urheberrecht, 12. Aufl., 2002, Rz. 49, 97; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Aufl., 2001, Rz. 63.

⁷⁸ Siehe dazu aus historischer Sicht *Cb. Meier*, in: Eifler/Moser/Thimm, Zufall, 1995, S. 105 ff.; aus philosophischer Sicht *O. Marquard*, Apologie des Zufälligen, 1996, S. 117 ff.; aus naturwissenschaftlicher Sicht *J. Monod*, Zufall und Notwendigkeit, 7. Aufl., 1985, S. 23 ff.

⁷⁹ Zur weiteren Veranschaulichung eines Erwerbs kraft Arbeitsleistung sei noch § 950 BGB angeführt, der den Interessenkonflikt zwischen Stoffeigentümer und Verarbeiter zugunsten von letzterem entscheidet (vgl. näher *Rothkegel*, Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, 1974, S. 1 ff.; 27 ff.). Im Wirtschaftsverkehr tritt der Aspekt der Arbeitsleistung indes regelmäßig zurück, da es gem. § 950 BGB auf die Herstellereigenschaft ankommt und sich der Interessenwiderstreit typischerweise zwischen Kreditgeber und Warenlieferant abspielt (vgl. nur BGHZ 56, 88 ff., 90 f.; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Aufl., 1999, Rz. 13 f. zu § 53). Im übrigen handelt es sich beim Eigentumserwerb kraft Spezifikation um einen Fall der Umverteilung, bei dem ein zeitliches Konkurrenzverhältnis lediglich zwischen mehreren potentiellen Verarbeitern auftreten kann.

⁸⁰ Vgl. nur *Baur/Stürner*, Sachenrecht (oben Fn. 79), Rz. 67 ff. zu § 53.

⁸¹ Ein weiteres, zumindest ähnliches Anwendungsfeld bildet der Schatzfund gem. § 984 BGB, für den nach h. M. jedoch die Begründung von Eigenbesitz nicht erforderlich ist; vgl. *Gursky*, in: *Staudinger*, BGB, 13. Bearb., 1995, Rz. 6, 11 zu § 984; *Wieling*, Sachenrecht, Bd. I, 1990, S. 511. Auch diese Vorschrift wird stark überlagert von lan-

Eine wesentlich größere Bedeutung erlangt der Aspekt der Erstaneignung hingegen im Namens- und Markenrecht. So ist anerkannt, daß bei der Verwendung von zwei gleichen Wahlnamen der Prioritätsjüngere grundsätzlich unbefugt im Sinne von § 12 BGB handelt.⁸² Damit korrespondierend ist im Firmennamensrecht der Prioritätsgrundsatz in § 30 HGB explizit normiert. § 30 HGB ist überdies zwingend, weil neben dem Individualschutz ganz allgemein der Rechtsverkehr vor Verwechslungen bewahrt werden soll.⁸³ Der räumliche Geltungsbereich von § 30 HGB beschränkt sich indes auf denselben Ort oder dieselbe Gemeinde, so daß diese Norm in der Praxis weitgehend von § 15 i.V.m. § 6 MarkenG verdrängt wird, wo ein umfassender Schutz von Marken und Kennzeichen nach Maßgabe des Prioritätsgrundsatzes verankert ist.⁸⁴

Insgesamt zeigt sich somit, daß auch heute noch der ursprüngliche Erwerb vielfach auf dem Erfordernis der *prima occupatio* beruht. Partiell können zwar Aspekte des Verkehrsschutzes, des Besitzstandsschutzes sowie der Eigenleistung hinzutreten, doch ist als Erwerbsgrund ausreichend und maßgeblich, daß der Okkupant der Erste war. Ein weiteres aktuelles Beispiel hierfür bildet die Vergabepraxis von Internet-Domains. In Übereinstimmung mit den allgemeinen Internet-Standards vergibt auch das deutsche Internet Network Information Center Domain-Names nach dem Kriterium des zeitlichen Vorrangs.⁸⁵ Da diese Institution als eingetragene Genossenschaft bei der Zuteilung von Domains eine faktische Monopolstellung einnimmt, muß sie gem. § 20 Abs. 1 GWB die Vergabe nach sachgerechten Aspekten ausrichten.⁸⁶ Wie ein Vergleich mit § 30 HGB sowie § 6 MarkenG zeigt, genügt die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes prinzipiell den kartellrechtlichen Anforderungen. Zweifelhaft ist allerdings, ob dies auch für die Verwendung von Gattungsbe- griffen wie etwa „mitwohnzentrale.de“ gilt. Der BGH sieht in einer solchen Registrierung grundsätzlich kein unzulässiges Vorgehen.⁸⁷ Signifikant ist

desrechtlichen Ausgrabungs- und Denkmalschutzgesetzen; vgl. *Gursky*, aaO., Rz. 21 zu § 984 m. umf. N.

⁸² Vgl. BGH, NJW 1993, 459 ff. (460); *Schwerdtner*, in: Münchener Komm., BGB, 4. Aufl., 2001, Rz. 216 zu § 12; *Heinrichs*, in: Palandt (oben Fn. 8), Rz. 26 zu § 12.

⁸³ Vgl. BGHZ 46, 7 ff. (11); *Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Aufl., 2000, Rz. 1 zu § 30; *Canaris*, Handelsrecht, 23. Aufl., 2000, Rz. 28 zu § 11.

⁸⁴ Vgl. *Canaris*, Handelsrecht (oben Fn. 83), Rz. 31 ff. zu § 11; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl., 1999, S. 185 ff.

⁸⁵ Siehe näher *Bettinger/Freytag*, CR 1999, 28 ff. (29 ff.).

⁸⁶ Vgl. auch *Kröger/Gimmy*, Handbuch zum Internetrecht, 2000, S. 373 f.; *Nordemann/Czychowski/Grüter*, NJW 1997, 1897 ff. (1899 ff.); siehe dazu auch schon oben bei Fn. 13.

⁸⁷ BGHZ 148, 1 ff. (10: Wettbewerber sind „allein dem Gerechtigkeitsprinzip der Priorität unterworfen“); bestätigt durch BGH, JZ 2002, 1052 ff. (1054).

gleichwohl, daß allgemeine Begriffe einer Sprachgemeinschaft exklusiv besetzt werden, um Interessentenströme zu kanalieren, ohne daß dies durch den Schutz eines Namens oder Kennzeichens gerechtfertigt wäre. Es erscheint daher sachgerechter, bei solchen Domains den Prioritätsgrundsatz einzuschränken und Mitbewerbern einen Teilhabeanspruch in Form der Einrichtung von Hyperlinks zu gewähren.⁸⁸

c) Der Erwerb kraft Besitzes

Sofern es sich nicht um einen Ersterwerb handelt, sondern um eine Umverteilung zwischen zwei Privatrechtssubjekten, läßt das Gesetz eine bloße Okkupation als Erwerbsgrund nicht ausreichen. Erforderlich ist vielmehr ein schutzwürdiges Interesse auf Seiten des Erwerbers, das insbesondere durch Besitz begründet werden kann. Sieht man vom gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten ab, bei dem es auf den Besitz bzw. die Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers ankommt, verlangt das Gesetz vielfach eine längere Besitzzeit für den späteren Rechtserwerb. In den Vordergrund tritt damit der Schutz einer entsprechenden Kontinuitätserwartung. Hauptbeispiel ist die Ersitzung gem. §§ 900, 937 ff., 1033 BGB.⁸⁹ Auch der Erwerb von Fundgütern setzt gem. § 973 BGB eine gewisse Besitzzeit voraus.⁹⁰ Der Erwerb erfolgt hier also jeweils nicht bereits durch die Aneignung nach Maßgabe des Prioritätsgrundsatzes, sondern erst in Anbetracht des mit dem Besitz verbundenen Bestandsschutzinteresses. Derjenige, der eine Sache zuerst in Besitz genommen hat, wird im übrigen durch die Eigentumsvermutung gem. § 1006 BGB bevorzugt und es gilt im Verhältnis zu späteren Besitzern gem. § 1007 BGB wiederum der Prioritätsgrundsatz.

5. Das Nachbarrecht

Der Prioritätsgrundsatz kann schließlich vor allem im Nachbarrecht relevant werden, weil und sofern der alteingesessene Eigentümer Privilegien genießt. De lege lata ist ein solcher Schutz jedoch zu Recht nicht vorgesehen.

⁸⁸ Vgl. auch *Viefhues*, in: Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht, 2000, Teil 6, Rz. 219 ff.

⁸⁹ Selbst bei der Tabularersitzung gem. § 900 BGB, bei der es auf Gutgläubigkeit nicht ankommt, wird das Kontinuitätsinteresse mitgeschützt, da das Grundstück nicht irgendeinem zugesprochen wird, sondern allein dem Eigenbesitzer; vgl. *Finkenauer*, Eigentum und Zeitablauf – das dominium sine re im Grundstücksrecht, 2000, S. 103 ff. (105).

⁹⁰ Vgl. *Gursky*, in: Staudinger (oben Fn. 81), Rz. 1 zu § 973; *Bassenge*, in: Palandt (oben Fn. 8), Rz. 1 zu § 973; a. A. *Wieling*, Sachenrecht (oben Fn. 81), S. 499 m.w.N.; siehe ferner zur Kontroverse um die Rechtsnatur des Eigentumserwerbs beim Fund *Gursky*, aaO., Rz. 4 ff. zu § 973.

a) Duldungspflichten

Ein Bestandsschutz kommt zunächst unter dem Aspekt erhöhter Duldungspflichten in Betracht. Denkbar wäre dies beispielsweise im Verhältnis zwischen den bisherigen und später hinzuziehenden Wohnungseigentümern, doch erlaubt § 14 Nr. 3 WEG keine entsprechende Interpretation. In ähnlicher Weise stellt sich die Problematik bei § 906 Abs. 2 BGB unter dem Topos der Gebietsvorbelastung, wenn etwa eine Wohnbebauung an einen landwirtschaftlichen Betrieb oder ein Fabrikgelände heranrückt. Eine Duldungspflicht des Heranziehenden besteht dabei insoweit, als die Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benutzung herbeigeführt wird. In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung kommt es bei der Beurteilung der Ortsüblichkeit aber nicht auf die Priorität des emittierenden Betriebs an, sondern auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.⁹¹ Den dogmatischen Ausgangspunkt bildet § 903 BGB, wonach der Eigentümer andere von jeder Einwirkung auf die Sache ausschließen kann.⁹² Hiervon macht § 906 BGB eine sozialadäquate Ausnahme, die von den Grundstückseigentümern wechselseitig verlangt, bestimmte ortsübliche Beeinträchtigungen hinzunehmen. § 906 BGB intendiert indes keine Umverteilung im Sinne einer Sonderbelastung nach Maßgabe des rein zufälligen Aspekts der Erstbebauung. Die Situation lässt sich zudem nicht mit dem Bestandsschutz etwa bei einer Ersitzung vergleichen, weil es hier nicht um das Eigentum an der Sache selbst, sondern deren Umweltbezug geht. Der eingreifende Nachbar kennt deshalb auch von Anfang an potentielle Gegeninteressen, und ein Vertrauen, das Eigentum Dritter zukünftig übermäßig beeinträchtigen zu können, ist im Privatrecht grundsätzlich nicht schutzwürdig, ebensowenig wie ein Wettlauf um die Erstbebauung. Schutzwürdig ist allerdings das öffentlich-rechtliche Vertrauen auf eine korrekte Bauplanung. Insoweit haben die Betroffenen namentlich die Möglichkeit, den Bebauungsplan im Wege eines Normenkontrollverfahrens anzugreifen, und es kommen überdies Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzung in Betracht.⁹³ Im Privatrecht stehen sich hingegen zwei gleichberechtigte Grundstückseigentümer gegenüber. Es gibt daher weder eine Präponderanz aufgrund der selbstbestimmten Erstnutzung eines Grund-

⁹¹ Vgl. RGZ 64, 363 ff. (364 ff.); BGHZ 15, 146 ff. (148) m.w.N.; siehe aus der Literatur grundsätzlich auch *H. Roth*, in: Staudinger, Komm. zum BGB, 13. Aufl., 1996, Rz. 191 ff. zu § 906 m. umf. N.; tendenziell anders aber nunmehr *ders.*, JZ 2002, 245 ff. (246 f.); zweifelnd auch *H. Hagen*, FS Medicus, 1999, S. 161 ff. (174 f.).

⁹² Vgl. RGZ 64, 363 ff. (365).

⁹³ Vgl. BGHZ 92, 34 ff. (36 ff.); siehe ferner eingehend *H. Hagen/A. Lorenz*, in: Erman (oben Fn. 50), Rz. 22 zu § 906; kritisch zur Benachteiligung von Newcomern aus immissionsschutzrechtlicher Sicht namentlich *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, 1995, S. 23 ff. (83 ff.).

stücks noch eine Subordination infolge der selbstbestimmten Nutzungsänderung des Nachbargrundstücks⁹⁴.

b) Gefährdungshaftung

Ebensowenig wie der Prioritätsgrundsatz bei Duldungspflichten eine Rolle spielt, gilt dies folgerichtig auch für Schadensersatzansprüche wegen einer Gefährdungshaftung.⁹⁵ Eine Inanspruchnahme gem. § 1 UmweltHG oder nach den §§ 25 ff. AtomG kann daher beispielsweise nicht mit dem Hinweis abgelehnt oder reduziert werden, daß der Geschädigte sich sehenden Auges in der Nähe der bereits bestehenden Anlage niedergelassen hat. Insbesondere greift das Argument der freiwilligen Interessenexponierung nicht.⁹⁶ Es wird dies sofort deutlich, wenn man etwa den Haftungsausschluß gem. § 8a StVG a.F. betrachtet, der seinen Grund darin fand, daß jemand freiwillig zu einem unprofessionellen Fahrzeuglenker ins Auto steigt oder eine unentgeltliche Beförderung genießt. Der hinzuziehende Nachbar nutzt indes nur das ihm zustehende Eigentum und macht von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch. Die Forderung nach einem Ausweichen der Gefahr wäre daher hier gleichzusetzen mit einem einseitigen Eingriff in Freiheitsrechte und entspricht deshalb auch nicht dem Sinn und Zweck einer Gefährdungshaftung.

IV. Dogmatische Grundlagen

Nachdem die einzelnen privatrechtlichen Ausprägungen des Prioritätsgrundsatzes dargestellt wurden, lassen sich nunmehr einige allgemeine Feststellungen treffen.

1. Der Inhalt des Prioritätsgrundsatzes

Hinsichtlich der inhaltlichen Aussagekraft des Prioritätsgrundsatzes haben sich im wesentlichen drei Abstufungen herauskristallisiert.⁹⁷

⁹⁴ Einschränkend unter dem Aspekt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unlängst BGH, NJW 2001, 3119 ff.; der Hinweis auf ein „Eigenverschulden an dem Entstehen des nachbarrechtlichen Konflikts“ (aaO. S. 3121) ist indes dogmatisch verfehlt, da der Nachbar allein von seiner Eigentumsfreiheit Gebrauch macht, ohne Dritte zu beeinträchtigen.

⁹⁵ A. A. Petersen, Duldungspflicht und Umwelthaftung, 1996, S. 22 ff.

⁹⁶ A. A. Petersen, aaO., S. 24 ff.

⁹⁷ Siehe dazu im Ansatz auch schon *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 43.

a) Die rechtslogische Dimension

In seiner schwächsten Form kommt dem Prioritätsgrundsatz keine eigenständige normative Bedeutung zu, sondern er ist nur Ausdruck einer rechtslogischen Konsequenz. Erkennt das Gesetz den Grundsatz der Privatautonomie an, steht damit als Teilkompetenz auch der Prioritätsgrundsatz prinzipiell zur Disponibilität der Privatrechtssubjekte und tritt als Verteilungsmaxime hinter das Selbstbestimmungsrecht zurück. Zu beachten ist lediglich, daß der Gesetzgeber beispielsweise durch Kontrahierungszwänge Einschränkungen vorzunehmen vermag. Der Prioritätsgrundsatz kann ferner im Zusammenhang mit der Anerkennung subjektiver Rechte an die Prämisse anknüpfen, daß niemand mehr Rechtsmacht übertragen kann, als er selbst hat. Die Aussagekraft des Prioritätsgrundsatzes beschränkt sich in diesem Fall auf die triviale Feststellung, daß ein Recht nur einmal an den zeitlich Ersten übertragen werden kann und alle späteren Interessenten leer ausgehen. Zu beachten ist allerdings auch hier, daß der Gesetzgeber insbesondere durch die Einführung gutgläubigen Erwerbs sowie durch spezielle Anforderungen an den dinglichen Vertrag Dritte zu schützen vermag.

b) Die rechtstechnische Dimension

Der Prioritätsgrundsatz wirft des weiteren keine Verteilungsprobleme im engeren Sinn auf, sofern er nur aus der rechtstechnischen Ausgestaltung eines privatrechtlich intendierten Gütertauschs resultiert. Solche gesetzlichen Regelungen haben zwar eine grundrechtliche Relevanz, doch ist kennzeichnend, daß der Staat nicht als verteilende Instanz auftritt, sondern lediglich aus Gründen der allgemeinen Rechtssicherheit zu bestimmen hat, unter welchen Voraussetzungen eine dingliche Rechtsänderung definitiv eintritt. Der Gesetzgeber hat dabei einen Gestaltungsspielraum und kann den Eigentums-erwerb des Käufers zum Beispiel bereits mit Vorliegen eines schlichten Konsenses oder erst mit Übergabe der Sache erfolgen lassen. Je nachdem ist bei konkurrierenden Käufern dann entweder derjenige der Erste, welcher die Einigung herbeiführte oder erst der, der den Besitz an der Sache erlangt. Gemeinsam ist beiden Alternativen, daß der Gesetzgeber den Prioritätsgrundsatz nicht einführt, sondern lediglich privatautonome Optionen ausformt. Entsprechende Regelungen sind mithin auch keine Anwendungsfälle der iustitia distributiva.

c) Die rechtsethische Dimension

Eine spezifisch rechtsethische Dimension erlangt der Prioritätsgrundsatz erst dort, wo er jenseits privatautonomer Rechtsgestaltung als eigenständige Verteilungsmaxime fungiert. An diesem Punkt berührt sich auch die privatrechtliche Problemstellung mit der öffentlich-rechtlichen Diskussion, in der zum Teil kritisch eingewandt wird, daß „das Prioritätsprinzip (...) im Grunde nichts anderes als kaschierte Willkür (sei) und sich auf keinen Fall generalisieren (lässe), wenn es einmal notwendig wird, die menschlichen Lebenschancen zu verwalten.“⁹⁸ Umgekehrt wird der Vorzug des Zuerstkommenden aber auch als „evident gerechtes Ordnungsprinzip“ bezeichnet, „das jedem Kind einleuchtet.“⁹⁹ Analysiert man daraufhin die Legitimation des Prioritätsgrundsatzes als privatrechtlichen Distributionsmaßstab, ergibt sich ein differenziertes Bild.

2. Die Legitimation des Prioritätsgrundsatzes

Der Prioritätsgrundsatz kann zum einen eine materiale Entscheidungsregel in dem Sinn verkörpern, daß der zeitlich Erste unter Sachgesichtspunkten eine Privilegierung verdient. Er kann zum anderen aber auch nur eine formale Entscheidungsregel beinhalten. Darüber hinaus zeigt sich, daß viele Sachargumente doppelwertig sind.

a) Der Aspekt der Leistung

Einen entscheidenden Sachgesichtspunkt bildet zunächst das Kriterium der Leistung, wonach demjenigen, der eine bestimmte Tätigkeit verrichtet, auch die Erträge zustehen.¹⁰⁰ Zu denken ist etwa an technische Erfindungen, wissenschaftliche Werke, handwerkliche Fertigungen, aber auch an das Absolvieren einer entbehrungsreichen Wartezeit^{100a}, um in den Genuß einer erhofften Leistung zu gelangen. Für eine Berücksichtigung des Prioritätsgrundsatzes spricht in diesem Kontext ganz generell der Subsidiaritätsgedanke, der verlangt, daß sich jeder Bürger vorrangig selbst um die Befriedigung seiner Bedürfnisse kümmert und demgemäß einen Anspruch auf das hat, was er

⁹⁸ Tomuschat, *Der Staat* 12 (1973), S. 433 ff. (455).

⁹⁹ Wacke, JA 1981, 94 ff. (94).

¹⁰⁰ Siehe dazu grundlegend Locke, *Two Treatises of Government*, 1698, insb. The Second Treatise, Chap. V (Of Property), §§ 25 ff.; siehe ferner zur Arbeitstheorie von Locke eingehend Brandt, *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant*, 1974, S. 69 ff.; Kersting, *Theorien der sozialen Gerechtigkeit*, 2000, S. 322 ff.

^{100a} Siehe zum Beispiel in bezug auf Organtransplantationen Gutmann/Land, in: Brudermüller/Seelmann, *Organtransplantation* (oben Fn. 27), S. 87 ff. (97) m.w.N.

durch seinen persönlichen Einsatz hervorbringt.¹⁰¹ Darüber hinaus übernehmen Leistungsträger oftmals ein höheres Maß an Verantwortung und können auch insofern eine Kompensation erwarten. Aus Sicht der Sozietät kommt noch entscheidend hinzu, daß dem Einzelnen gegenüber Anreize geschaffen werden, von der Allgemeinheit erwünschte Dienste zu verrichten.¹⁰²

Zugleich führt eine Überbetonung des Leistungselements allerdings auch zu Gerechtigkeitsdefiziten. Es werden nämlich tendenziell jene benachteiligt, die über keine hinreichenden körperlichen oder geistigen Kapazitäten verfügen, während umgekehrt angeborene Fähigkeiten schwerlich als eigene Verdienste gewertet werden können.¹⁰³ Das Ergebnis ist eine Ausgrenzung der Schwachen und eine Zementierung von Ungleichheiten. In der historischen Entwicklung hat sich die *Lockesche* Arbeitstheorie daher auch als Basistheorie des Kapitalismus erwiesen, zumal sie durch die Zulässigkeit von Lohnarbeit und den Einsatz von Geld praktisch kaum Erwerbsschranken kennt.¹⁰⁴

b) Der Aspekt des Bedürfnisses

Der Prioritätsgrundsatz kann statt durch Leistung auch durch die besondere Bedürftigkeit des zeitlich Ersten gerechtfertigt sein.¹⁰⁵ Am stärksten schutzwürdig erscheint beispielsweise derjenige, der in ein Arbeitsverhältnis am längsten eingebunden ist. Auch bei Warteschlangen spricht eine Vermutung dafür, daß derjenige, der am längsten auf eine Operation oder sonstige Leistung wartet, am bedürftigsten ist.

Evenso wie der Aspekt der Leistung darf indes auch das Kriterium der Bedürftigkeit nicht überbewertet werden. Dies gilt ganz allgemein in bezug auf die Rechtfertigung des Altersvorzugs mit dem relativ größten Bedürfnis, denn das Alter ist eben nur ein Detailgesichtspunkt und es können beispielsweise auch jüngere Arbeitnehmer spezifische Schutzbedürfnisse haben. Des weiteren führt eine Verabsolutierung der Bedürfnisgerechtigkeit zu erhebli-

¹⁰¹ Siehe näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 11), S. 110 f.; *Spieker*, Legitimitätsprobleme des Sozialstaats, 1986, S. 222 ff.

¹⁰² Vgl. nur *Koller*, GS Tammelo, 1984, S. 97 ff. (112 f.); *Kerber/Westermann/Spörlein*, in: *Böckle* (u.a.), Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft, Teilbd. 17, 1981, S. 5 ff. (54 f.).

¹⁰³ Vgl. *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 345; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 279 ff. m.w.N.; siehe im übrigen zur Bedeutung des Zufalls bereits oben bei Fn. 78.

¹⁰⁴ Vgl. *Dreier*, JuS 1996, 580 ff. (582).

¹⁰⁵ Vgl. auch *Elster*, Local Justice (oben Fn. 18), S. 74; siehe ferner zur „Bedürfnisgerechtigkeit“ *Kerber/Westermann/Spörlein*, in: *Böckle* (u.a.), Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft (oben Fn. 102), S. 5 ff. (48 ff., 57 ff.).

chen Mißbrauchspotentialen und gesamtgesellschaftlich zu fehlenden Anreizinstrumentarien.¹⁰⁶ Auch dem scheinbar Begünstigten selbst können Nachteile entstehen, wenn man etwa an die Mobilitätseinschränkungen im Arbeitsrecht denkt.

c) Der Aspekt des Zufalls

Sofern keine materialen Kriterien der Leistung oder Bedürftigkeit die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes rechtfertigen, kann dessen Legitimation als formale Entscheidungsregel in Betracht kommen. Diesen Ansatz verfolgt jene historisch tradierte Okkupationstheorie, die für die Rechtmäßigkeit des Eigentumserwerbs die Erstaneignung des Besitzes für maßgeblich erklärt.¹⁰⁷ Die ursprüngliche Appropriation ist danach zwar noch kein hinreichender Erwerbsgrund, sondern wird erst durch die volonté général mit einem „Ver-nunfttitel“ ausgestattet, doch übernimmt die prima occupatio die Rolle des Verteilungsschlüssels und es entscheidet über die Legitimation von Eigentum letztlich allein der Altersvorzug.¹⁰⁸

Bei einem solchen formalen Verständnis besteht die Hauptschwierigkeit darin, daß der Prioritätsgrundsatz eine bloße Modalität des Zufalls verkörpern kann. Zufall und Kontingenz sind indes Faktoren, die über Rationalität und Gerechtigkeit nichts aussagen.¹⁰⁹ Einem Richter ist es deshalb selbst bei schwierigen Rechtsfällen versagt, zum Würfel zu greifen, sondern die Rechtsfindung hat sich zumindest von der regulativen Idee einer einzig richtigen Antwort leiten zu lassen.¹¹⁰ Eine Apologie des Zufälligen wäre weder mit dem Wissenschaftsanspruch noch mit dem Selbstverständnis der Jurisprudenz vereinbar.

Diese kritischen Feststellungen bedeuten nicht, daß das Recht den Zufall ignorieren kann. So bedarf es beispielsweise Gefahrtragungsregelungen für

¹⁰⁶ Besonders kritisch namentlich *Kersting*, Theorien der sozialen Gerechtigkeit (oben Fn. 100), S. 161, 223, 238, 344 u.ö.

¹⁰⁷ Siehe insbesondere (der späte) *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, §§ 1 ff.; siehe dazu auch *Brandt*, Eigentumstheorien von Grotius bis Kant (oben Fn. 100), S. 167 ff., 180 ff.; *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, 1984, S. 113 ff.

¹⁰⁸ Vgl. *Zotta*, in: *Saage*, Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant, 2. Aufl., 1994, S. 9 ff. (17 ff.); *Saage*, aaO., S. 48 ff.

¹⁰⁹ Siehe zur Ideengeschichte der Begriffe „Zufall“ und „Kontingenz“ näher *Renz*, Zufall und Kontingenz, Diss. Tübingen, 1996, S. 7 ff.

¹¹⁰ Siehe dazu eindringlich *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 30 ff.; daneben gilt aus Gründen der Orientierungssicherheit allerdings auch das (konservative) *Perelmansche* Trägheitsprinzip, das besagt, daß eine bestehende Rechtsprechungspraxis nicht ohne hinreichenden Grund wieder aufgegeben werden darf; vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1983, S. 216 f., 242 f.

eine durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit der Leistung. Das Recht kann sich ferner auch nicht über die Gegebenheiten hinwegsetzen, daß bestimmte Güter unteilbar sind. Müssen solche Güter unter mehreren Prätendenten aufgeteilt werden, kann das Losverfahren einen sinnvollen Ausweg bieten.¹¹¹ Eine entsprechende Regelung gibt es namentlich bei der Auslobung gem. § 659 Abs. 2 S. 2 BGB. Als Alternative kommt allerdings auch ein marktnäheres Procedere, nämlich ein Verkauf oder eine Versteigerung unter den Beteiligten, in Betracht. Ein solches Verfahren ist beispielsweise gem. § 753 BGB bei der Auflösung einer Gemeinschaft vorgesehen. Das Los entscheidet gem. § 752 S. 2 BGB lediglich, um gleiche Teile unter die Teilhaber zu verteilen. Dieser Losentscheid ist unter Gerechtigkeitsaspekten wiederum unbedenklich, da der Inhalt in Form gleichmäßiger Verteilung bereits feststeht und nur eine abschließende Dezision getroffen werden muß. Zusammenfassend ist somit zu vermerken, daß aufgrund faktischer Verteilungsschwierigkeiten, wozu auch Praktikabilitätserwägungen zählen, eine Entscheidung nach Zufallskriterien gerechtfertigt sein kann.¹¹² Das gleiche gilt, falls eine Dezision ausnahmsweise im Verkehrs- oder Individualinteresse, etwa zur Unterscheidbarkeit von Firmennamen, geboten ist.¹¹³

Der Normalfall ist indes nicht durch die Notwendigkeit von Dezision geprägt, sondern durch das Erfordernis gerechter Verteilung. Die Geschichte von *Buridans* berühmten Esel, der zwischen zwei Heuhaufen verhungerte, weil er sich nicht für einen entscheiden konnte, hat keineswegs eine paradigmatische Bedeutung. Der alltägliche Problemfall liegt vielmehr genau umgekehrt, daß ein Heuhaufen unter zwei Eseln aufzuteilen ist. Mangels hinreichender Differenzierungskriterien ist in einem solchen Fall, also bei mehreren Prätendenten, nach dem Kopf-Prinzip der Gleichheit zu verfahren. Eine Bestätigung findet dieser Aufteilungsmodus, wenn man sich etwa den *Rawls-schen* Urzustand mit seinem „Schleier des Nichtwissens“ als theoretische Entscheidungssituation vor Augen führt.¹¹⁴ In diesem Sinne hat der Gesetzgeber zum Beispiel im Erbrecht in den §§ 1924 ff., 2073, 2091 BGB die egalitäre Gerechtigkeit zum Distributionsmaßstab erhoben. Der Grundsatz, daß im Zweifel zu gleichen Teilen aufzuteilen ist, kommt ferner in den §§ 420, 659

¹¹¹ Vgl. *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit (oben Fn. 103), S. 412; *Berg*, Der Staat 15 (1976), S. 1 ff. (22 f.); speziell zur Vergabe von Standplätzen auf Messen *Markert*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB (oben Fn. 15), Rz. 161 zu § 20.

¹¹² Vgl. auch *Depenheuer*, JZ 1993, 171 ff. (176 ff.); *Calabresi/Bobbitt*, Tragic Choices, 1978, S. 44.

¹¹³ Siehe auch BVerfGE 84, 9 ff. (24) zur Bestimmung der Reihenfolge von Doppelnamen bei Kindern im Wege des Losverfahrens (anders jetzt § 1617 Abs. 2 BGB).

¹¹⁴ Vgl. *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit (oben Fn. 103), S. 140 ff.; siehe ferner z. B. *Koller*, GS Tammelo, 1984, S. 97 ff. (105 ff.) m.w.N.

Abs. 2 S. 1, 742, 920 Abs. 1 S. 2 BGB zum Ausdruck.¹¹⁵ Auch wenn es sich hierbei nicht um Fälle eines originären Erwerbs handelt, verbirgt sich dahinter ein verallgemeinerbares Prinzip. Es erscheint daher folgerichtig, zum Beispiel Gattungsbegriffe im Internet nicht nach dem Grundsatz „first come, first served“ zu schützen, sondern unter den Interessenten im Wege von Hyperlinks aufzuteilen.¹¹⁶

d) Der Aspekt der Zeit

Es wäre eine unzulässige Reduktion, die Legitimität des Prioritätsgrundsatzes allein im Hinblick auf den ursprünglichen Erwerbsakt zu bestimmen. Als weiterer Legitimationsfaktor kann vielmehr der Aspekt der Zeit hinzukommen. Dieser kann sich zunächst mit dem Leistungsgedanken verbinden, wenn beispielsweise der Firmenname im Laufe der Zeit den erworbenen good will des Unternehmens verkörpert. Darüber hinaus können die Beteiligten Kontinuitätserwartungen entwickeln, die ebenfalls schutzwürdig sind.¹¹⁷ Ein solches schutzwürdiges Interesse hat beispielsweise ein privater Messeveranstalter, der seine Standplätze an bereits bewährte Kunden erneut vermieten möchte. Auch für den gutgläubigen Besitzer einer Sache muß irgendeinmal Rechtsfrieden und Rechtssicherheit eintreten und deshalb nach einer bestimmten Zeit eine Ersitzung stattfinden.

Diese speziellen Ausprägungen schutzwürdiger Kontinuitätserwartungen leiten über zu dem allgemeinen Topos der Besitzstandsgerechtigkeit. Die Besitzstandsgerechtigkeit versteht sich gleichsam von selbst, soweit es um den Schutz ursprünglich legitim erworbener Rechte geht.¹¹⁸ Sie verlangt aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens aber auch solche Rechte grundsätzlich zu respektieren, die im Lichte anderer Gerechtigkeitspostulate als nicht ganz legitim erworben erscheinen.¹¹⁹ Es kann des weiteren der häufige Fall eintreten, daß sich die Rechtmäßigkeit des Erwerbs historisch nicht mehr rekonstruieren läßt und insoweit das Postulat nach Rechtssicherheit ebenfalls greift.¹²⁰

Ein Hauptkritikpunkt gegen die Besitzstandsgerechtigkeit liegt demgemäß darin, daß sie originäre Gerechtigkeitsaspekte vernachlässigt und an das

¹¹⁵ Siehe dazu auch *G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht (oben Fn. 43), S. 23 ff.

¹¹⁶ Vgl. dazu auch schon oben bei Fn. 88.

¹¹⁷ Siehe dazu auch *Neunen*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 11), S. 105 f., 265.

¹¹⁸ Vgl. *Zacher*, FS Maihofer, 1988, S. 669 ff. (687); *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (oben Fn. 97), S. 25 f.

¹¹⁹ Vgl. *Koller*, GS Tammelo, 1984, S. 97 ff. (115).

¹²⁰ Vgl. nur *F. Bydlinski*, FS Mayer-Maly, 1996, S. 108 ff. (135).

bloße Faktum des Besitzes anknüpft. Der zweite Kritikpunkt bezieht sich auf den damit verbundenen Bestandsschutz und dessen Verteilungswirkung in der Zeit.¹²¹ Davon betroffen ist sowohl der Einzelne unter dem Aspekt der Chancengleichheit als auch die Sozietät als Ganzes unter dem Aspekt der Systemverbesserung. Es tritt also der Widerstreit zwischen Bewahrung des Bestehenden und Förderung des Werdenden, jenes Spannungsverhältnis zwischen Tradition und Innovation, zu Tage.

3. Die Korrektur des Prioritätsgrundsatzes

In der Gesamtschau hat sich gezeigt, daß mit dem Prioritätsgrundsatz zum Teil legitime rechtsethische Ziele verbunden sind. Andererseits kollidiert der Prioritätsgrundsatz aber partiell mit fundamentalen Gerechtigkeitspostulaten. Zur Korrektur solcher Auswirkungen gibt es verschiedene privatrechts-transzendente Möglichkeiten.

a) Das öffentliche Recht

Eine erste Option besteht darin, daß bestimmte Rechtsgüter von vorneherein nicht der Privatrechtsordnung, sondern einer öffentlich-rechtlichen Ordnung unterstellt werden. Dabei sind zwar gegenläufige Grundrechte zu berücksichtigen, doch werden diese nicht verletzt, wenn für die Allgemeinheit lebensnotwendige Güter zur Sicherung überragender Gemeinwohlbelange und zur Abwehr von Gefahren öffentlich-rechtlich verwaltet werden.¹²² Es steht daher mit der Verfassung in Einklang, daß das Wasserhaushaltsgesetz zur Sicherung einer funktionsfähigen Wasserbewirtschaftung das Grundwasser einer vom Oberflächeneigentum getrennten öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung unterstellt hat. Des weiteren hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise zu Recht entschieden, daß kulturhistorisch oder wissenschaftlich bedeutsame Funde, die herrenlos sind oder deren Eigentümer nicht ermittelt werden kann, mit ihrer Entdeckung in das Eigentum der öffentlichen Hand fallen, sofern die Länder dies bestimmen.¹²³

¹²¹ Vgl. nur *Voßkuhle*, *Die Verwaltung* 32 (1999), S. 21 ff. (34) m.w.N.

¹²² Vgl. BVerfGE 58, 300 ff. (339); siehe ferner eingehend, insbesondere unter Berücksichtigung der amerikanischen Public Trust Doctrine, *Kube*, Eigentum an Naturgütern, 1999, S. 15 ff. m. umf. N.

¹²³ Vgl. BVerfG, NJW 1988, 2593 f.

b) Das Steuerrecht

Eine andere Korrekturmöglichkeit privatrechtlich bedingter Asymmetrien bietet das Steuerrecht. Das Privatrecht eignet sich als Medium der Umverteilung nämlich nur eingeschränkt, weil und sofern einzelne Privatrechts-subjekte rein zufällig belastet werden. Dies kann vor allem bei sozialen Schutzmaßnahmen unvermeidlich sein. Grundsätzlich ist jedoch das Steuerrecht das wesentlich sachgerechtere Medium, da es eine gleichmäßige, nach individueller Leistungsfähigkeit ausgerichtete Belastung ermöglicht.¹²⁴ Es gilt folglich zu verhindern, daß zufälligen Ergebnissen des Prioritätsgrundsatzes mit zufälligen Gegenmaßnahmen begegnet wird.

c) Das Verfassungsrecht

Die einzelnen privatrechtlichen Ausprägungen des Prioritätsgrundsatzes sind ferner uneingeschränkt verfassungsrechtlich überprüfbar. Die Kontrolle umfaßt die Funktion der Grundrechte als Eingriffsverbote und Schutzgebote ebenso wie deren Schutzrichtung als Freiheits-, Gleichheits- und soziale Rechte.¹²⁵ Außerdem sind vor allem zur Sicherung der Gemeinwohlbelange die Staatsstrukturprinzipien, insbesondere die Sozialstaatsklausel, zu berücksichtigen. Allfällige Bedenken, daß eine solche Überprüfungsmöglichkeit die Strukturen und die Eigenständigkeit des Privatrechts zerstört, sind hinfällig, wenn man sich richtigerweise auf eine Evidenzkontrolle beschränkt^{125a}. Ohne diese Option würde sich indes die Frage stellen, was vom Verfassungsstaat überhaupt noch übrig bleibt, wenn nicht einmal der Eigentumserwerb kraft Okkupation sowie sonstige Zufälligkeiten des Prioritätsgrundsatzes mit dem Willen des *pouvoir constituant* vereinbar sein müssen.

d) Das Europarecht

Die privatrechtlichen Prioritätsbestimmungen müssen schließlich auch noch dem primären und sekundären Gemeinschaftsrecht entsprechen. Eine besondere Bedeutung erlangt dabei die neue Richtlinie 2000/78/EG zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, deren ausdrücklicher Zweck

¹²⁴ Vgl. näher *Zacher*, DÖV 1970, 3 ff. (13 f.); *Neuner*, NJW 2000, 1822 ff. (1823).

¹²⁵ Siehe dazu auch *Koenig*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung (oben Fn. 4), S. 351 ff., 394 ff.; *Voßkuhle*, Die Verwaltung 32 (1999), S. 21 ff. (34 ff.); speziell zur Einzelzwangsvollstreckung *Welbers*, Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz (oben Fn. 62), S. 60 ff., 119 ff.; speziell zu Altersgrenzen *Nussberger*, JZ 2002, 524 ff. (525 ff.).

^{125a} Vgl. näher *Neuner*, in: *Diederichsen/Sellert*, Das BGB im Wandel der Epochen, 2002, S. 131 ff. (151) m.w.N.

gem. Art. 1 darin liegt, eine Diskriminierung wegen des Alters zu bekämpfen.¹²⁶ In Art. 6 erfolgt allerdings eine sachnotwendige Einschränkung, sofern Ungleichbehandlungen „objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind.“

V. Schlußbetrachtung

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der Prioritätsgrundsatz kein Rechtsprinzip im Sinne eines Optimierungsgebots verkörpert. Er besagt als solcher nur, daß der zeitlich Erste privilegiert wird, ohne den Altersvorzug inhaltlich zu determinieren. Der Prioritätsgrundsatz kann deshalb mitunter einen sozialen Schutz implizieren, wenngleich er im Kern einen Grundpfeiler der sogenannten „Privatrechtsgesellschaft“¹²⁷ bildet: Er fördert die Privatiniziative, indem er etwa bei der Einzelzwangsvollstreckung oder beim Eigentumserwerb den Schnellsten begünstigt; er kennt keine Solidarität und ist deshalb mit dem Grundsatz der Relativität der Rechtsverhältnisse eng verbunden; er baut auf der Privatautonomie auf und erlangt sowohl auf der schuldrechtlichen wie der sachenrechtlichen Ebene eine entsprechende Bedeutung. Insoweit ist der Prioritätsgrundsatz jeweils zugleich im geltenden Privatrecht zentral verankert. Andererseits enthält das Privatrecht aber auch soziale Schutzbestimmungen und bildet durch diese ein Korrektiv zur reinen „Privatrechtsgesellschaft“.¹²⁸ Darüber hinaus ist es vordringliche Aufgabe des Sozialstaats, diejenigen zu unterstützen, die sich mangels Chancengleichheit oder aus sonstigen Gründen nicht als Erste plazieren können. Dem Zufall ist trotz allem noch breiter Raum gelassen. Es beginnt dann jener Bereich, wo sich vornehmlich die Religion zur Kontingenzbewältigung empfehlen möchte.¹²⁹ Gleich an mehreren Stellen in der Bibel liest man denn auch den Satz: „Die Letzten werden die Ersten sein und die Ersten die Letzten“.¹³⁰

¹²⁶ Siehe zu möglichen Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht *Bauer*, NJW 2001, 2672 ff. (2673 f.); *Thüsing*, NZA 2001, 1061 ff. (1063 f.).

¹²⁷ Siehe zu diesem Begriff näher *F. Bydlinski*, Das Privatrecht im Rechtssystem einer „Privatrechtsgesellschaft“, 1994, S. 62 ff.; *Canaris*, FS *Lerche*, 1993, S. 873 ff. (874 ff.); grundlegend *Böhm*, ORDO 17 (1966), S. 75 ff.

¹²⁸ Siehe näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 11), S. 237 ff. m. umf. N.

¹²⁹ Vgl. *H. Lübbe*, in: *Eifler/Moser/Thimm*, Zufall (oben Fn. 78), S. 83 ff. (94 f.).

¹³⁰ Vgl. Mt 20, 16; 19, 30; Mk 10, 31; 9, 35; Lk 13, 30.