

Arne Schmiede

Der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien im südafrikanischen Recht

**WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE
AUS DEM TECTUM VERLAG**
Reihe Rechtswissenschaften

WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE AUS DEM TECTUM VERLAG

Reihe Rechtswissenschaften

Band 95

Arne Schmieke

Der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien im südafrikanischen Recht

Tectum Verlag

Arne Schmieke

Der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten
an Immobilien im südafrikanischen Recht.

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag;
Reihe: Rechtswissenschaften; Bd. 95

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017

ISBN: 978-3-8288-6936-3

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-8288-4095-9 im Tectum Verlag erschienen.)

ISSN: 1861-7875

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XI
Vorwort.....	XV
§ 1 Einführung	1
A. Ziel dieser Arbeit.....	2
B. Das südafrikanische Recht	3
I. Geschichtlicher Überblick	4
1. Die Rezeption römisch-holländischen Rechts 1652 - 1795	4
2. Die Rezeption des englischen Common Law 1795 - 1910	9
3. <i>Bellum Juridicum</i> und Rechtsentwicklung bis heute	13
II. Rechtsquellen	17
C. Sachenrecht im Gefüge des südafrikanischen Privatrechts	18
I. Was unter „Sachenrecht“ in Südafrika zu verstehen ist.....	19
II. Sachenrechtliche Rechtsquellen	21
§ 2 Dingliche Rechte an Immobilien.....	23
A. Die Immobilie als Gegenstand dinglicher Rechte	23
I. Körperliche Immobilien	24
II. Unkörperliche Immobilien.....	28
B. Allgemeine Prinzipien und <i>numerus clausus</i>	30
I. Allgemeine Prinzipien des Sachenrechts	31
II. Kein <i>numerus clausus</i> dinglicher Rechte	35
C. Das südafrikanische Liegenschaftsregister.....	39
I. Historische Entwicklung	40
II. Publizität	43
III. Natur und Wirkung der Registrierung	44
D. Anerkannte dingliche Rechte an Immobilien.....	49
I. Eigentum.....	49
1. Allgemeines.....	50
2. Landeigentum.....	53
a) Historische Entwicklung.....	53
b) Beschränkung von Landeigentum	55

II. Dienstbarkeiten.....	60
1. Grunddienstbarkeiten.....	61
a) Städtische und ländliche Grunddienstbarkeiten.....	64
b) Restrictive Conditions.....	65
aa) Historische Entwicklung.....	66
bb) Inhalt.....	68
cc) Rechtsnatur.....	71
2. Beschränkt persönliche Dienstbarkeiten.....	72
III. Wohnungseigentum.....	76
1. Historische Entwicklung.....	77
2. Inhalt.....	78
3. Share Block Schemes.....	80
IV. Miete.....	81
V. Sonstige.....	84
1. Immobiliarsicherheiten.....	84
2. Initial Ownership.....	86
3. Mineralien- und Wasserrechte.....	87
a) Mineralienrechte.....	87
b) Wasserrechte.....	91
E. Trusts.....	93
F. (Immobilien-)Besitz.....	98
§ 3 Relevanz der Unterscheidung.....	101
A. Historische Entwicklung.....	101
B. Erwerb dinglicher und persönlicher Rechte an Immobilien.....	104
I. Dingliche Rechte.....	105
1. Dingliche Einigung.....	106
2. <i>Iusta causa traditionis</i>	108
3. Registrierung im <i>Deeds Registry</i>	111
II. Persönliche Rechte.....	112
1. Entstehung.....	112
2. Zession.....	115

C. Rechtsbehelfe des Eigentümers	117
I. Dingliche Rechtsbehelfe	118
1. <i>Rei vindicatio</i>	118
a) Anwendbarkeit.....	118
b) Beschränkungen.....	122
2. <i>Actio negatoria</i>	124
3. Sonstige.....	125
II. Deliktische und bereicherungsrechtliche Rechtsbehelfe	126
D. Doctrine of notice	127
I. Voraussetzungen	128
II. Anwendungsbeispiele	130
1. Doppelter Verkauf.....	131
2. Unregistrierte Dienstbarkeiten.....	134
3. Miete.....	137
III. Schlussfolgerung	138
E. Ausnahmsweise Registrierung persönlicher Rechte.....	140
I. Anerkannte Ausnahmen	141
1. Ergänzende Bedingungen.....	141
2. <i>Iura in personam ad rem acquirendam</i>	145
3. Sonstige.....	147
II. Schlussfolgerung	150
F. Schwierige Abgrenzungsfälle.....	151
I. Rechte, die in Bezug auf Immobilien eine aktive Handlungspflicht begründen.....	152
1. Ex parte Geldenhuys.....	152
2. Lorentz v Melle and others	155
3. Nel N.O. v Commissioner of Inland Revenue	156
4. Schwedhelm v Haumann.....	158
5. Van der Merwe v Wiese	160
II. Rechte im Zusammenhang mit Mineralienrechten.....	161
1. Ex parte Pierce and others.....	161
2. Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds	163

3. Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds.....	164
III. Sonstige	165
1. Cape Explosive Works Ltd. and another v Denel (Pty.) Ltd. and others	166
2. Fine Wool Products of South Africa v Director of Valuations.....	167
3. National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firststrand Bank Ltd.....	169
4. Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others	171
IV. Schlussfolgerung	173
 § 4 Ansätze zur Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien.....	177
A. Theoretische Ansätze.....	178
I. Klassische Theorie.....	178
II. Personalisierte Theorie	182
III. Theorie der subjektiven Rechte	189
1. Inhalt	190
2. Bewertung	192
IV. Sonstige	197
1. Prototypen-Theorie.....	198
2. Bedingungs-Test.....	201
a) Klassischer Ansatz	201
b) Moderner Ansatz.....	206
3. Alternative Ansätze	210
a) Parteiautonomie	210
b) Gesetzgeberische Intervention.....	212
c) Sonstige.....	214
B. Ansatz der Rechtsprechung.....	217
I. Subtraktions-Test.....	217
II. Anwendungsbeispiele	222
1. Geldzahlungspflichten	222
a) Ex parte Geldenhuys	223
b) Lorentz v Melle and others.....	224

c) Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds.....	227
d) Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds.....	229
e) Schlussfolgerung.....	231
2. Sonstige.....	233
a) Cape Explosive Works Ltd. and another v Denel (Pty.) Ltd. and another.....	233
b) National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firststrand Bank Ltd.....	237
c) Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others.....	239
d) Schlussfolgerung.....	242
3. Fazit.....	243
C. Zwischenergebnis.....	244
§ 5 Eigener Lösungsansatz.....	247
A. Theoretische Grundlage.....	247
I. Rechte, die in Bezug auf Immobilien eine Geldzahlungspflicht begründen.....	247
1. Potenzielle Dinglichkeit.....	248
2. Vorfrage – Bedingungen.....	249
3. Theoretischer Ansatz.....	251
II. Sonstige Rechte.....	254
1. Aktive Handlungspflichten in Bezug auf Grunddienstbarkeiten.....	255
2. Vorfrage – Bedingungen.....	258
3. Theoretischer Ansatz.....	258
a) Referenzen.....	258
b) Rechtfertigung für die Einschränkung des Parteiwillens.....	260
c) Theorie.....	265
B. Praktische Anwendung.....	268
I. Theorie der intrinsischen Verbindung.....	268
II. Vier-Ebenen-Theorie.....	271
C. Fazit.....	275

§ 6	Resümee.....	277
§ 7	English Summary	281
	Literaturverzeichnis	285
	Entscheidungsverzeichnis.....	311

Abkürzungsverzeichnis

A	Appellate Division of the Supreme Court of South Africa
ActJur	Acta Juridica
AD	South African Supreme Court Appellate Division Reports 1910-1946
ALJ	The Australian Law Journal
All SA	All South African Law Reports
AnnSurv	Annual Survey of South African Law
BaörV	Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht
Buch AC	Buchanan's Appeal Court Reports, Cape of Good Hope 1880-1910
C	Cape Provincial Division of the Supreme Court of South Africa
CC	Constitutional Court
Ch	Law Reports, Chancery Division (England and Wales)
CILSA	Comparative and International Law Journal of Southern Africa
CLJ	Cape Law Journal
ConveyBull	Conveyancing Bulletin – Bulletin vir aktevervaardiging
Cowp	Cowper's King's Bench Reports 1774-1778
CPD	Decisions of the Supreme Court of South Africa, Cape Provincial Division 1910-1946
D	Durban and Coast Local Division of the Supreme Court of South Africa
DRA	Deeds Registries Act 47 aus 1937
E	Eastern Cape Division of the Supreme Court of South Africa
EDC	Eastern District Court Reports, Cape of Good Hope 1880-1909
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
ER	English Reports 1220-1865

ESTA	Extension of Security of Tenure Act 62 aus 1997
Foord	Foord's Supreme Court Reports, Cape Colony 1880
FS	Festschrift
HRCLJSA	The Human Rights & Constitutional Law Journal of Southern Africa
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
JLH	The Journal of Legal History
JR	The Juridical Review
Koers	Koers – Bulletin for Christian Scholarship.
LQR	The Law Quarterly Review
MPRDA	Mineral and Petroleum Resources Development Act 28 aus 2002
N	Natal Provincial Division of the Supreme Court of South Africa
NC	Northern Cape Provincial Division of the Supreme Court
NLR	Natal Law Reports 1869-1910
NPD	South African Law Reports, Natal Provincial Division 1910-1946
Obiter	Obiter Law Journal
OPD	South African law Reports, Orange Free State Provincial Division, 1910-1946
PIE	Prevention of Illegal Eviction and Unlawful Occupation of Land Act 19 aus 1998
R	Rhodesia
RA	Romanistische Abteilung
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
SA	South African Law Reports
SAJHR	South African Journal on Human Rights
SALJ	South African Law Journal
SALT	The South African Law Times
SC	Juta's Supreme Court Reports 1880-1910
SCA	Supreme Court of Appeal
XII	

SEC	South Eastern Cape Local Division of the Supreme Court of South Africa
SR	Southern Rhodesia Law Reports
SRH	High Court of Southern Rhodesia
StellLR	Stellenbosch Law Review
SWA	Supreme Court of South West Africa
T	Transvaal Provincial Division of the Supreme Court of South Africa
THRHR	Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg
TLR	Tulane Law Review
TPD	South African Law Reports, Transvaal Provincial Division 1910-1946
TS	Reports of the Supreme Court of the Transvaal 1902-1910 / Transvaal Law Reports
TSAR	Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg / Journal of South African Law
TSC	Transkei Supreme Court
VOC	Vereenigde Niederländische Ostindien-Kompanie (Vereenigde Geoctroyeerde Oost-Indische Compagnie)
W	Witwatersrand Local Division of the Supreme Court of South Africa
ZAR	südafrikanische Rand
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZSS	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück mit dem Titel „Der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten in Bezug auf Immobilien im südafrikanischen Recht“ als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Oktober 2017 berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gebührt zunächst meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Christian von Bar*, FBA für seine fortwährende Unterstützung und wertvollen Anregungen. Seinem Lehrstuhlteam durfte ich über insgesamt fünf Jahre, zunächst als studentische und später als wissenschaftliche Hilfskraft, angehören. Darüber hinaus danke ich Herrn Professor Dr. *Hans Schulte-Nölke* für die Übernahme und rasche Anfertigung des Zweitgutachtens.

Ich hatte das große Glück, von Oktober bis Dezember 2016 am South African Research Chair in Property Law in Stellenbosch meine Recherchen betreiben zu dürfen. Dem gesamten Lehrstuhlteam um Professor Dr. *Zsa-Zsa Boggenpoel* und Dr. *Bradley Slade* bin ich für die herzliche Aufnahme sowie die Bereitstellung perfekter Forschungsbedingungen zu tiefem Dank verpflichtet. Nicht unerwähnt bleiben soll auch der leider zu früh verstorbene Professor Dr. *AJ van der Walt*, der mir den Aufenthalt in Stellenbosch erst ermöglichte, den ich jedoch persönlich nicht mehr treffen durfte. Die Finanzierung des Forschungsaufenthalts verdanke ich der Osnabrücker Sievert Stiftung für Wissenschaft und Kultur sowie der WMS Rechtsanwälte GbR.

Ich danke zudem meinem Bruder *Steffen Schmieke* für die Durchsicht des Manuskripts sowie einiger Hilfestellung, insbesondere bei der Übersetzung lateinischer Texte. Meiner Freundin *Danelle van Rooyen* danke ich für die liebevolle, stetige Ermutigung und die zahlreichen Entbehrungen, die sie für mich in Kauf nimmt. Meiner Großmutter *Therese Frerichs* danke ich dafür, dass sie mir ein Vorbild und Inspiration ist. Ganz besonderer Dank gebührt schließlich meinen Eltern *Meike* und *Rolf Schmieke*, denen ich diese Arbeit widme. Auf ihre bedingungslose Liebe und selbstlose Unterstützung konnte ich zu jeder Zeit zählen.

Arne Schmieke

Osnabrück, im Dezember 2017

§ 1 Einführung

Bekanntheit hat das südafrikanische Recht hierzulande insbesondere durch seine historisch bedingte Sonderstellung als „gemischte“ oder „hybride“ Rechtsordnung erlangt.¹ Diese nicht alltägliche Rechtsstruktur stellt aus rechtsvergleichender bzw. rechterschließender Perspektive einen besonderen Reiz dar. Wie hat sich das Recht in einem so geschichtlich geprägten Land wie Südafrika seit Besiedelung des Kaps der Guten Hoffnung durch die Niederländer Mitte des 17. Jahrhunderts entwickelt? Welche Rolle kommt dem später oktroyierten englischen Common Law zu? Und wie gestaltet sich die Rechtsanwendung im heutigen kulturellen Schmelztiegel Südafrika? Die Auseinandersetzung mit diesen Fragen machen das südafrikanische Recht zu einem überaus spannenden und lehrreichen Forschungsthema.

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist in großen Teilen das südafrikanische Sachenrecht. Im Rahmen des *europäischen* Einigungsprozesses ist zu beobachten, dass dieses Rechtsgebiet bisher eher ein Schattendasein führt. Das mag daran liegen, dass andere Rechtsgebiete auf der Prioritätenliste der Europäischen Kommission – aus sicherlich guten Gründen – Vorrang genießen. Gleichwohl ist auch das Sachenrecht seit jeher essenzieller Bestandteil des Privatrechts. Dies gilt insbesondere in kapitalistischen Gesellschaftsordnungen, in denen das Eigentum eine zentrale Rolle spielt. In der Wissenschaft ist die Erkenntnis, dass das Sachenrecht auch im Europäischen Privatrecht nicht vernachlässigt werden sollte, hingegen längst angekommen.² In Südafrika hat sich – wie noch zu sehen sein wird – ein ganz ähnlicher Einigungsprozess infolge kolonialer Einflüsse der Niederlande und des Vereinigten Königreichs auch auf dem Gebiet des Sachenrechts bereits vollzogen. Die zumindest potenzielle Relevanz der Erschlie-

¹ Koch/Magnus/Mohrenfels, Rechtsvergleichung, S. 283f. In Kischel, Rechtsvergleichung, S. 682f. werden die Strukturmerkmale der südafrikanischen Rechtsordnung vielsagend unter der Überschrift „*Sonderfall Südafrika*“ erörtert. Siehe zum historischen Ursprung § 1A.I.

² Insbesondere die Bücher acht und neun des 2009 veröffentlichten Draft Common Frame of Reference (DCFR) der Study Group on a European Civil Code sowie der Research Group on EC Private Law (Acquis Group) beschäftigen sich mit klassischen Themen des Sachenrechts (Acquisition and loss of ownership of goods; Proprietary security rights in movable assets). Die jüngste Veröffentlichung von *Christian von Bar* (Gemeineuropäisches Sachenrecht – Band I) leistet zudem insofern Pionierarbeit, als das Sachenrecht erstmalig als Teildisziplin des Europäischen Privatrechts entfaltet wird.

lung südafrikanischen Rechts für den europäischen Einigungsprozess kann somit nicht von der Hand gewiesen werden.³

A. Ziel dieser Arbeit

Das primäre Ziel der vorliegenden Forschungsarbeit ist es, durch eine umfassende Auswertung südafrikanischer Rechtsquellen die dort vorherrschende Herangehensweise hinsichtlich der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien zu erschließen. Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur wurden insbesondere im Laufe des vergangenen Jahrhunderts eine Vielzahl verschiedener Theorien zu dieser Frage entwickelt, sodass von einem veritablen Meinungsstreit zwischen höchsten rechtlichen Autoritäten gesprochen werden kann. Dessen strukturierte Darstellung sowie die Bewertung der jeweiligen Lösungsansätze stellt den wesentlichen Teil dieser Arbeit dar. Mit anderen Worten ist das Erkenntnisziel die umfassende Beschreibung dieser jahrzehntelang diskutierten Rechtsfrage in deutscher Sprache. Auf der Grundlage der so gewonnenen Erkenntnisse werden sodann in einem letzten Schritt eigene Überelgungen angestellt, in denen die positiven Befunde der vorherigen Analyse verwertet werden.

Eng verwoben mit dem Thema der Differenzierung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten ist die Frage, welche Landrechte in Südafrika im dortigen Liegenschaftsregister, dem *Deeds Registry*, eingetragen werden dürfen. Eintragungsfähig sind nämlich nur dingliche und grundsätzlich keine persönlichen Rechte.⁴ Zwar ist auch in Südafrika unbestritten, dass sich die Dinglichkeit eines Rechts nicht aus der Registerpraxis, sondern aus dem materiellen Grundstücksrecht ableitet.⁵ Insbesondere die südafrikanischen Gerichte befassen sich jedoch in der Regel nur dann mit der Frage nach der Dinglichkeit eines Rechts, wenn einem Eintragungsbegehren seitens des *Deeds Registry* nicht entsprochen wurde. Die vorliegende Forschungsarbeit beschränkt sich aus diesem Grund auf Rechte an Immobilien und klammert Mobiliarsachenrechte weitestgehend aus.

³ In diese Richtung argumentiert auch Raitz von Frentz, *Lex Aquilia*, S. 26-28. Entsprechende Andeutungen finden sich zudem schon bei Zimmermann/Visser, in: *Southern Cross*, S. 1 (1f.).

⁴ Sec. 63 Abs. 1 *Deeds Registries Act* 47 aus 1937. Zur ausnahmsweisen Möglichkeit der Registrierung persönlicher Rechte siehe § 3E.

⁵ Dies ergibt sich u.a. aus der Natur des südafrikanischen Registersystems. Siehe dazu umfassend § 2C.III.

Aus dieser Zielsetzung geht hervor, dass eines der grundlegendsten Themen und gleichzeitig eines der ältesten Probleme des südafrikanischen Privatrechts den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung darstellt. Generationen von hoch angesehenen südafrikanischen Rechtsgelehrten und Richtern haben sich bereits mit der Frage nach der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten auseinandergesetzt und dabei einen reichen Fundus an sachenrechtlichem Wissen generiert. Die Aufarbeitung dieses langwierigen Prozesses kann neben dem Verständnis des südafrikanischen Immobiliarsachenrechts auch zur Förderung des Bewusstseins für die eigene Rechtsauffassung auf diesem Gebiet beitragen.

Ein weiteres, nachrangiges Ziel dieser Arbeit ist es, durch die Wahl eines Themas, welches eine grundlegende Fragestellung im Zusammenhang mit dem südafrikanischen Immobiliarsachenrecht aufgreift, diese Materie einem deutschsprachigen Publikum zugänglich zu machen. Durch die Auswertung einschlägiger Literatur und Rechtsprechung wird ein Kompendium wesentlicher Grundzüge des südafrikanischen Grundstücksrechts in deutscher Sprache vorgelegt.

B. Das südafrikanische Recht

Das südafrikanische Recht in seiner heutigen Gestalt kann – wie bereits erwähnt – als sog. Mischrechtsordnung bezeichnet werden.⁶ Die Einflüsse unterschiedlicher europäischer Besetzungen des südlichen Kaps formen das Recht der heutigen Republik Südafrika. So kommen römisch-holländisches Recht und englisches Common Law auf einzigartige Weise nebeneinander, miteinander, ergänzend und beschränkend gleichzeitig zur Anwendung und werden mit einer Prise afrikanischem Gewohnheitsrecht angereichert, das einer vollkommen anderen Rechtskultur entspringt.⁷ Zum Verständnis dieses aus hiesiger Perspektive ungewohnten Dreiklangs ist es zunächst unerlässlich, sich mit der historischen Entwicklung des Rechts auseinanderzusetzen.⁸

⁶ Beinart, ActJur 1981, S. 7 (62); Erasmus, StellLR 5 (1994), 105 (106); Koch/Magnus/Mohrenfels, Rechtsvergleichung, S. 283f.; Palmer (Introduction), in: Mixed Jurisdictions, S. 3 (3-7); Redivivus, SALJ 82 (1965), S. 17 (19); van der Merwe, in: FS Stanislaw Kalus, S. 601 (602-605).

⁷ Du Plessis, StellLR 9 (1998), 338 (340f.); Erasmus, StellLR 5 (1994), 105 (106f.); van der Merwe (u.a.), in: Mixed Jurisdictions, S. 95-118; ders. TLR 78 (2003-2004), S. 257 (262-273).

⁸ So auch von Bar, RabelsZ 42 (1978), S. 87 (89).

I. Geschichtlicher Überblick

Die südafrikanische Rechtsgeschichte kann ganz grob in drei Phasen unterteilt werden, nämlich die Zeit der Rezeption des römisch-holländischen Rechts von 1652 bis 1795, die der Einflussnahme des englischen Common Law von 1796 bis 1910 sowie die Rechtsentwicklung von 1910 bis in die Gegenwart.⁹ Die Rechtsgeschichte spiegelt insofern auch die Kolonialgeschichte der Kapregion wider und ist Ausdruck des Einflusses, den sowohl die niederländische als auch die britische Besetzung auf das Land hatten.

1. Die Rezeption römisch-holländischen Rechts 1652 - 1795

Als ein Oberkaufmann der Vereinigten Niederländischen Ostindien-Kompanie¹⁰ mit Namen *Jan van Riebeeck* im Jahre 1652 das Kap der Guten Hoffnung erreichte und sich als erster Europäer dort permanent niederließ,¹¹ war dies der Beginn einer Epoche, die aus rechtlicher Perspektive als „Rezeption des römisch-holländischen Rechts in Südafrika“ überschrieben werden kann.¹² Zu dieser Zeit war die Region des heutigen Kapstadts noch beinahe ausschließlich von den vornehmlich als Jäger, Sammler und Viehzüchter lebenden Ureinwohnern Südafrikas, den KhoiSan, bevölkert.¹³ Die Niederlande waren die stärkste Handelsmacht zu dieser Zeit und ihre Ostindien-Kompanie das weltweit größte Handelsunternehmen.¹⁴ Dies führte nicht zuletzt dazu, dass die niederländischen Juristen im 17. Jahrhundert auch in der Entwicklung der Jurisprudenz eine Vorreiterrolle

⁹ Überdies könnte die Zeit seit Inkrafttreten der neuen Verfassung im Jahre 1996 als vierte Phase angesehen werden.

¹⁰ Im niederländischen Original *Vereenigde Geocroyeerde Oost-Indische Compagnie*, im Folgenden „VOC“.

¹¹ *Jan van Riebeeck* reiste mit seiner Frau und etwa 90 Mann. Seine Flotte bestand aus drei Schiffen und auf der Reise, die von der niederländischen Nordseeinsel Texel ausging und vier Monate dauerte, gab es eine Geburt und zwei Todesfälle. Für damalige Verhältnisse war dies eine sehr geringe Zahl an Toten und wurde als gutes Omen gewertet – Bilger, Südafrika, S. 37f. Fn. 5.

¹² So geschehen z.B. in: Walter, *Actio iniuriarum*, S. 31; Zimmermann, RHR, S. 4. Einen Überblick zum römisch-holländischen Recht bietet Zimmermann, in: *Das römisch-holländische Recht*, S. 9 (9-58).

¹³ Drechsel/Schmidt, Südafrika, S. 57; Fagan, in: *Southern Cross*, S. 33 (34). Der Begriff „KhoiSan“ ist eine *Mélange* aus zwei unterschiedlichen Bevölkerungsgruppen, den Khoikhoi und den San. Näher zu Unterschieden und Gemeinsamkeiten Marx, Südafrika, S. 15-18.

¹⁴ Hosten (u.a.), *Introduction*, S. 186; Thompson, *History*, S. 32f.

einnahmen und das noch heute in Südafrika äußerst einflussreiche römisch-holländische Recht prägten.¹⁵

Die Okkupierung der Tafelbucht diene ursprünglich nur einem ganz speziellen, beschränkten Zweck, nämlich der Versorgung von Schiffen auf den Weg nach Fernost mit frischem Gemüse, Obst, Getreide und Trinkwasser sowie der Verpflegung von Kranken.¹⁶ Größere Ambitionen wirtschaftlicher oder territorialer Art hegte die VOC seinerzeit zunächst nicht – zu groß war der Reiz und das Verlangen nach exotischen Produkten des orientalischen Marktes.¹⁷ Doch bereits im Jahre 1657 erkannten die Siedler, dass sich die Region auch wirtschaftlich ausbeuten ließ. So wurden einige Angestellte der Kompanie von ihrem Dienst freigestellt um als sog. „Freibürger“ das Land zu bewirtschaften.¹⁸ Zu ihrer Unterstützung wurden Sklaven insbesondere aus Ostafrika von den Niederländern an das Kap verschifft, die bei dem Aufbau einer Infrastruktur mithelfen sollten.¹⁹ Dies war auch für damalige Zeiten ein durchaus beachtlicher Vorgang, weil die Niederländer im 17. Jahrhundert ein überaus liberales Land waren und es Klassenunterschiede oder Sklaverei in der Gesellschaft längst nicht mehr gab.²⁰ Bei ihren Kolonien und Besetzungsgebieten wurde diese Haltung jedoch offensichtlich weniger ernst genommen.

Als *van Riebeeck* die Verwaltungszuständigkeit für die kleine Kolonie 1662 an seinen Nachfolger übergab, hatte sich bereits eine komplexe, unabhängige Gesellschaft entwickelt.²¹ Die offizielle Besetzungsgrenze verschob sich im Laufe der Jahrzehnte immer weiter gen Osten, so lag sie etwa 1682 in Stellenbosch, 1743 im rund 200 Kilometer entfernten Swellendam und 1803 bereits im Gebiet der heutigen Region Ostkap bei Uitenhage.²²

¹⁵ Erasmus spricht vom „Goldenen Zeitalter der niederländischen Jurisprudenz“ („Golden Age of Dutch Jurisprudence“) – StellLR 5 (1994), 105 (107).

¹⁶ Marx, Südafrika, S. 28; Selby, Short History, S. 23; Thompson, History, S. 33.

¹⁷ Fagan, in: Southern Cross, S. 33 (36).

¹⁸ Marx, Südafrika, S. 29; van der Merwe (u.a.), in: Mixed Jurisdictions, S. 95 (96); Zimmermann, RHR, S. 1. *Bilger* spricht in Anlehnung an ihre Haupttätigkeit von „Freibauern“ – Südafrika, S. 38.

¹⁹ Die Sklaven sollten u.a. beim Bau der Festung, von Anlegestellen, Straßen, Gemüsegärten, Obstplantagen und Ackerflächen helfen – Thompson, History, S. 33; Zimmermann, RHR, S. 1.

²⁰ Erasmus, StellLR 5 (1994), 105 (108).

²¹ Thompson, History, S. 33.

²² Davenport, Modern History, S. 31; Fagan, in: Southern Cross, S. 33 (36).

Durch die zunächst unerwartete Ausbreitung der holländischen Besetzung waren Konflikte mit den KhoiSan vorprogrammiert.²³ Einheimische, die sich dem Expansionsstreben ausgesetzt sahen, wurden vor die Wahl gestellt: entweder die reichhaltigen Wasserressourcen und fruchtbaren Weideländer der Kap-Halbinsel verlassen oder sich als Diener den Niederländern unterordnen.²⁴ Zwar wurden z.T. Kaufverträge über bestimmte Gebiete mit einheimischen Gruppierungen geschlossen, jedoch wurden auch zahllose Territorien ohne vorherige Verhandlung oder offizielle Gebietsabtretung vereinnahmt. Dies lag nicht etwa an der falschen Wahrnehmung der Niederländer, dass es sich bei den okkupierten Gebieten um herrenloses Niemandsland²⁵ handelt. Vielmehr war der Landraub Ausdruck des Selbstverständnisses, dass ihnen als überlegene Besatzer, die das Land kultiviert und militärisch befestigt haben, die Territorien auch zustünden.²⁶ Es folgten zum Teil kriegerische Auseinandersetzungen zwischen unterschiedlichen einheimischen Gruppen²⁷ und dem europäischen Besatzer, die jedoch zumeist infolge der deutlich überlegenen Bewaffnung und Kampffestaktik der Niederländer im Keime erstickt wurden.²⁸

Mit der territorialen Ausweitung des Besetzungsgebiets ging zudem einher, dass die KhoiSan sich dem von den Niederländern angewandten Recht unterwerfen mussten.²⁹ *Van Riebeeck* führte bereits zu Beginn der Besetzung ein rudimentäres Justizsystem ein, das personell zunächst nur aus ihm selbst und seinem Verwaltungspersonal bestand.³⁰ 1656 wurde ein eigenes Gericht am Kap eingerichtet (*Raad van Justitie*), das bis zum Ende der Besetzungszeit Bestand hatte.³¹ Die Qualität der Rechtsprechung dieses Gerichts litt jedoch zumindest in den ersten Jahren seines Bestehens daran, dass es ausschließlich mit Laienrichtern besetzt war.³² Ursprünglich sollten auch lediglich

²³ Bei Landung *van Riebeecks* konnte die Beziehung zu den KhoiSan noch als friedlich und gutmütig beschrieben werden. Die Niederländer waren sich ihres Mangels an Arbeitskraft bewusst und wollten sich angesichts des potenziellen Bedarfs an Unterstützung erst einmal wohlgesonnen gegenüber Einheimischen zeigen – Thompson, History, S. 36f.

²⁴ Thompson, History, S. 33, 49.

²⁵ Sog. *Res Nullius* oder *Terra Nullius*. So Bennett, in: Southern Cross, S. 65 (66); a.A. van der Merwe, in: FS Stanislaw Kalus, S. 601 (602).

²⁶ Fagan, in: Southern Cross, S. 33 (36f.).

²⁷ Insbesondere die San und die Khoikhoi.

²⁸ Bilger, Südafrika, S. 39-42; Thompson, History, S. 37.

²⁹ Van der Merwe, in: FS Stanislaw Kalus, S. 601 (602).

³⁰ Fagan, in: Southern Cross, S. 33 (38).

³¹ Erasmus, in: Southern Cross, S. 141 (144); Zimmermann, RHR, S. 1.

³² Sachs beschreibt die Qualität der frühen Gerichtsbarkeit plastisch wie folgt: „The first Court of Justice met in a hall in the centre of the Commander's earth-

Selbstverwaltungsangelegenheiten dort beschieden werden, jedoch wurde die Zuständigkeit im Laufe der Zeit auf Freibürger, Sklaven und die KhoiSan ausgeweitet.³³ Es lohnt sich, über diesen Vorgang einen Moment zu reflektieren, ist es doch beachtlich, dass vormals fremde Menschen auf einem fremden Kontinent auf einmal unter die Jurisdiktion eines von Niederländern betriebenen Systems fielen.³⁴ Diese Oktroyierung eigenen Rechts ist Ausdruck eines Überlegenheitsgefühls der Niederländer, welches dadurch genährt wurde, dass das Recht der nomadisch lebenden Ureinwohner insbesondere infolge von Analphabetismus kaum entwickelt war und bestenfalls als fragmentarisch beschrieben werden kann. Grundsätzlich hielten die stolzen Holländer³⁵ die KhoiSan zudem schlicht für unterlegen und bezeichneten sie als „Wilde“.³⁶

Doch welches Recht war es eigentlich, das die Niederländer mit nach Südafrika brachten? Hält man sich vor Augen, dass eine so umfassende Besetzung ursprünglich nicht geplant war, lässt sich schon erahnen, dass diese Frage nicht ganz einfach zu beantworten ist. Erschwerend kommt hier zur Geltung, dass es nicht etwa die Regierung der Vereinigten Niederlande war, die zur Invasion des südlichen Afrikas aufgerufen hat, sondern vielmehr bis zum Ende der Besetzungszeit im späten 18. Jahrhundert ein Direktorium der VOC mit der Verwaltung des Gebiets betraut war.³⁷ Eindeutig ist auf diese Frage zunächst zu

enwork fort. The setting was exotic, the judges untrained and the procedures, especially in criminal matters, barbarous by modern standards. Round the walls hung skins of lions and leopards and the polished horns of slain buck, whilst opposite the entrance stood the figure of a stuffed zebra.” – Justice, S. 17. Erst für die späte Besetzungszeit der Niederländer gibt es Nachweise dafür, dass auch Juristen, die etwa in Leiden (Niederlande) die Rechte studiert hatten, an dem Raad beschäftigt waren – Hosten (u.a.), Introduction, S. 188.

³³ Sachs, Justice, S. 18; van der Merwe, in: Mixed Jurisdictions, S. 95 (96). Die ersten gerichtlichen Entscheidungen in Fällen, die die KhoiSan betrafen, ergingen im Jahre 1672 – Fagan, in: Southern Cross, S. 33 (38); Marx, Südafrika, S. 49.

³⁴ Fagan schreibt in diesem Sinne: „Nothing better illustrates the changing nature of the Dutch settlement than the fact that the Khoikhoi, initially alien people, now began to fall under Dutch jurisdiction.” in: Southern Cross, S. 33 (38).

³⁵ Der Begriff „Holländer“ ist nicht etwa Ausdruck mangelnder Präzision des Bearbeiters. Vielmehr war die Provinz Holland in den Niederlanden diejenige, die mit Abstand am meisten Einfluss auf die VOC hatte und ganz überwiegend das Personal für die Schifffahrt stellte – Fagan, in: Southern Cross, S. 33 (39); Zimmermann, RHR, S. 5.

³⁶ Bilger, Südafrika, S. 38. Ausdruck der vermeintlichen Überlegenheit war zudem, dass etwa gemischte Ehen oder Konkubinate zwischen Niederländern und Khoikhoi strengen Restriktionen unterlagen – Fagan, in: Southern Cross, S. 33 (40).

³⁷ Erasmus, StellLR 5 (1994), 105 (109); Thompson, History, S. 40.

antworten, dass die von der am Kap installierten Regierung³⁸ erlassenen sog. *Kaapse Placaaten*, die sich mit alltäglichen, lokalen Problemen befassen, unmittelbar Geltung erlangten.³⁹ Darüber hinaus gab es in der niederländischen Handelsniederlassung im fernöstlichen Batavia,⁴⁰ von der die Besetzung am Kap ein Außenposten war,⁴¹ einen Generalgouverneur, der mit Gesetzgebungsmacht über bestimmte Machenschaften der VOC ausgestattet war und der u.a. auch ein Veto-Recht über die am Kap erlassenen *Placaaten* hatte.⁴² Dieser war seinerseits einem Direktorium untergeordnet, das die VOC insgesamt leitete.⁴³ Letzte Instanz war ein Gremium, das mit Gesetzgebungsmacht im aus den sieben Provinzen der ehemals Spanischen Niederlande bestehenden Staatenbund⁴⁴ ausgestattet war.⁴⁵ Fehlte es jedoch (wie in der Regel) an speziell erlassenen Vorschriften, so wurde das Recht der reichsten, einflussreichsten und (auch juristisch) am weitesten entwickelten Provinz der Niederlande angewandt – Holland.⁴⁶ Umfang und Einfluss des römischen Rechts in Südafrika wurden also durch das Maß der bereits erfolgten Rezeption in der Provinz Holland

³⁸ „Goewerneur-in-Rade aan die Kaap“ oder „Governor-in-Council at the Cape“. Jedoch ist zu beachten, dass es sich hierbei nicht um eine staatlich legitimierte Regierung, sondern um eine Art Direktorium der VOC handelte – Davenport, *Modern History*, S. 28; Erasmus, *StellLR* 5 (1994), 105 (109).

³⁹ Keine dieser *Placaaten* ist heute noch in Kraft – Davenport, *Modern History*, S. 28f.; Fagan, in: *Southern Cross*, S. 33 (40); Hosten (u.a.), *Introduction*, S. 191f.; Zimmermann, *RHR*, S. 3.

⁴⁰ Heute Jakarta (Hauptstadt von Indonesien).

⁴¹ Davenport, *Modern History*, S. 28.

⁴² Zimmermann, *RHR*, S. 3.

⁴³ Da dieses Direktorium 17 Mitglieder zählte, wurde es die *Heeren Zeventien* genannt – Zimmermann, *RHR*, S. 3.

⁴⁴ Die Republik der Vereinigten Niederlande.

⁴⁵ Der sog. *Staten Generaal* – Zimmermann, *RHR*, S. 2. Insgesamt zur Hierarchie der genannten Organe und deren Einfluss Hosten (u.a.), *Introduction*, S. 187-194.

⁴⁶ Die Rechte der sieben niederländischen Provinzen unterschieden sich z.T. beträchtlich. Es kann somit nicht ohne Weiteres von „niederländischem Recht“ gesprochen werden. Zimmermann stellt in diesem Zusammenhang zutreffend fest, dass die deutsche Bezeichnung dieses Rechts als „römisch-holländisches Recht“ zutreffender ist als der englische Begriff „roman-dutch law“ (*RHR*, S. 5). Formell wird die Anwendung des Rechts von Holland auf einen simplen Brief gestützt, den das Direktorium der VOC dem Generalgouverneur im Jahre 1621 übersandte und in dem festgelegt wurde, dass die Regionen, die von dem Generalgouverneur verwaltet werden (und dazu zählte später auch Südafrika), dem Recht der Provinz Holland unterliegen sollten. Die Legitimität dieses Briefes darf in Hinblick auf die weitreichenden Konsequenzen, die er für Südafrikas weitere Entwicklung hatte, durchaus ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Fagan, in: *Southern Cross*, S. 33 (38f.); van der Merwe (u.a.), in: *Mixed Jurisdictions*, S. 95 (95f.).

geprägt.⁴⁷ Neben dem römischen Recht wurde freilich auch sonstiges holländisches Recht rezipiert. So kam etwa ein Erlass vom 10. Mai 1529 über die Übertragung von Immobilienvermögen in Südafrika zur Geltung, der später Vorbild für den *Deeds Registries Act* aus 1937 werden sollte.⁴⁸

Neben Legislativakten kamen vor den Gerichten am Kap insbesondere angesehene Werke von niederländischen Gelehrten als Referenz zur Anwendung und dienten als eigene Rechtsquelle.⁴⁹ Zusammen mit der wachsenden Anzahl gelehrter Juristen, die im Laufe des 18. Jahrhunderts von den Niederlanden aus an das Kap auswanderten, trugen insbesondere diese Standardwerke zur Rezeption des römisch-holländischen Rechts in Südafrika bei.⁵⁰ Bis zum Jahre 1795 dauerte die Verwaltung der Kapregion durch die VOC an. Eine substanzielle Weiterentwicklung oder Individualisierung des römisch-holländischen Rechts am Kap war in dieser Zeit weder durch Gesetzgebung oder Lehre, noch durch Rechtsprechung zu verzeichnen.⁵¹ Die wenigen Anpassungen erfolgten in Form der *Placaaten* oder anderer Gesetzgebungsakte der unterschiedlichen Instanzen.⁵² So ist es äußerst treffend, die Zeit der niederländischen Besetzung in rechtlicher Sicht als „*Repositorium*“⁵³ für das römisch-holländische Recht anzusehen, das als Grundlage für eine später einsetzende, komplexere Auseinandersetzung mit dem Recht diente.

2. Die Rezeption des englischen Common Law 1795 - 1910

Dass wir die Rechtsordnung Südafrikas heute als „Mischrechtsordnung“ bezeichnen, ist der britischen Besetzung des Kaps im Jahre 1795 geschuldet. Es waren wieder einmal Vorgänge in Europa, die die Zukunft des heutigen Südafrika entscheidend beeinflussten. Im gleichen Jahr okkupierten französische Truppen die Vereinigten Niederlande und die Briten sahen den Seeweg zu ihrer seinerzeit wertvollsten Kolonie Indien gefährdet. Dies veranlasste sie zu einem Präven-

⁴⁷ Zum Umfang der Rezeption römischen Rechts in Holland siehe Zimmermann, RHR, S. 5.

⁴⁸ Siehe zum *Deeds Registries Act* ausführlich § 3B.I.3.

⁴⁹ Z.B. Hugo de Groot mit seinem berühmten Werk *Inleidinge tot de Hollandse Rechtsgeleerdheid* oder Isaac van den Bergh mit *Nederlands Advijtsboek* – Hosten (u.a.), Introduction, S. 192f.

⁵⁰ Van der Merwe (u.a.), in: *Mixed Jurisdictions*, S. 95 (96); ders. in: FS Stanislaw Kalus, S. 601 (602).

⁵¹ Zimmermann, RHR, S. 7.

⁵² Hosten (u.a.), Introduction, S. 194; Walter, *Actio iniuriarum*, S. 32f.

⁵³ Hosten (u.a.), Introduction, S. 194.

tivschlag am Kap.⁵⁴ Nach kurzem Widerstand wurde am 16. September 1795 durch den amtierenden Gouverneur JA Sluysken in Rustenburg⁵⁵ die Kapitulation unterzeichnet und das Kap ging in britische Hände über.⁵⁶ Mit Ausnahme eines kurzen Intermezzos von 1803 bis 1806, in dem die Niederländer⁵⁷ die Führung der Kolonie vorübergehend zurückerobert hatten,⁵⁸ waren die Briten bis zum Jahre 1910 formell verantwortlich für die Region.

Durch die Kontrollübernahme der Briten wurde die Entwicklung des Rechts in Südafrika von der in den Niederlanden abgekoppelt. Ohne die britische Invasion wäre es heute gut möglich, dass in Südafrika eine (modifizierte) Version des *Code Napoléon* von 1804 oder des *Burgerlijk Wetboek* von 1838⁵⁹ geltendes Recht wäre.⁶⁰ Ähnlich wie im Fall der VOC planten auch die Briten zunächst keine dauerhafte Besetzung. Dies wird dadurch deutlich, dass in der Kapitulationsurkunde von Rustenburg vermerkt war, dass die Rechte und Privilegien der niederländischen Siedler unberührt bleiben sollten.⁶¹ Kaum einen Monat später erklärten die Briten zudem, dass der *Raad van Justitie* auch weiterhin das bisher geltende, aus den Niederlanden rezipierte römisch-holländische Recht⁶² anzuwenden hatte.⁶³ Seit Lord Mansfield 1774 in *Campbell v Hall* entschieden hat, „that the laws of a conquered country continue in force, until they are altered by the conqueror“,⁶⁴ herrschte zu dieser Frage Klarheit. Zudem erkannten die Briten

⁵⁴ Unter der Leitung von *Admiral Elphinstone* wurde eine starke Flotte umgehend auf den Weg geschickt – Marx, Südafrika, S. 53; Selby, Short History, S. 34f.; Thompson, History, S. 52.

⁵⁵ Heute Rondebosch (südlicher Stadtteil von Kapstadt) und nicht etwa das erst 1851 gegründete Rustenburg in der Provinz Nordwest.

⁵⁶ Hosten (u.a.), Introduction, S. 195; Selby, Short History, S. 34f.; Zimmermann, RHR, S. 7.

⁵⁷ Genauer wäre es, hier zu sagen „in die Hände der Batavischen Republik“, die 1795 von Frankreich auf dem Staatsgebiet der ehemaligen Vereinigten Niederlande ausgerufen und 1806 in das Königreich der Niederlande umgewandelt wurde.

⁵⁸ Siehe hierzu Davenport, Modern History, S. 41f.; Hosten (u.a.), Introduction, S. 195f.

⁵⁹ Dies würde in der Sache keinen großen Unterschied machen, da auch das *Burgerlijk Wetboek* unter starkem Einfluss des *Code Napoléon* stand.

⁶⁰ Zimmermann, RHR, S. 7.

⁶¹ Botha, History of Law, S. 118f.; van der Merwe, in: FS Stanislaw Kalus, S. 601 (602); Zimmermann, RHR, S. 7.

⁶² Nicht etwa das Recht der indigenen Bevölkerung (KhoiSan), welches als unzivilisiert galt – van der Merwe (u.a.), in: Mixed Jurisdictions, S. 95 (106f.).

⁶³ Siehe Proclamation No. 61 v. 11.10.1795 bzgl. „*The Court of Justice*“ in Eybers, Documents, S. 97; zudem Cowen, ActJur 1959, S. 1 (1) und van der Merwe (u.a.), in: Mixed Jurisdictions, S. 95 (106f.).

⁶⁴ (1774) 1 Cowp 204, 98 ER 1045 (1047f.).

grundsätzlich an, dass das römisch-holländische Recht für alle gängigen Fragen des Lebens in einer zivilisierten Gesellschaft adäquate Lösungen bot.⁶⁵ Erst nach Wiedererlangung des Gebiets von den Niederländern in 1806 kristallisierte sich langsam heraus, dass Südafrika ein fester Bestandteil des britischen Empires werden sollte und kurze Zeit später wurden die indigene Bevölkerung, holländische und britische Siedler zu Untertanen der Krone erklärt.⁶⁶ Mit der fortschreitenden Anpassung der Lebensverhältnisse an britische Standards⁶⁷ ging auch die schrittweise Einführung des englischen Rechts einher.⁶⁸

Die Voraussetzungen für eine grundlegende Neuausrichtung des Rechts am Kap waren nach dem Ende der Herrschaft der VOC sehr gut. Insbesondere die geringe Anzahl an gelehrten Juristen, die bis zur Machtübernahme der Briten den Weg von den Niederlanden an das Kap gefunden hatten und der Umstand, dass am *Raad van Justitie* Laien judizierten, sorgten nicht gerade für eine anspruchsvolle Auseinandersetzung mit dem römisch-holländischen Recht, die zu einer akkuraten Anpassung an die Lebensverhältnisse im knapp 10.000 Kilometer entfernten Südafrika hätte führen können.⁶⁹ Diese geringe Entwicklungsstufe kam den Briten bei der Rezeption ihres eigenen Rechts zugute. Durch die erste und zweite *Charter of Justice*⁷⁰ wurde ein dem britischen sehr ähnliches System mit erstinstanzlichen *Magistrates' Courts* und dem *Cape Supreme Court*⁷¹ als Nachfolger des *Raad van Justitie* installiert, an dem nur noch Juristen mit Ausbildung an einer britischen Hochschule Recht sprechen durften.⁷² Gleichwohl

⁶⁵ Van der Merwe, in: FS Stanislaw Kalus, S. 601 (602).

⁶⁶ Drechsel/Schmidt, Südafrika, S. 60; Zimmermann, RHR, S. 8.

⁶⁷ Maßnahmen der Briten zur Verstetigung ihres Besitzanspruchs waren u.a. die Etablierung einer Verwaltungsstruktur, die Unterstützung der Einwanderung, die Intensivierung des landesinternen Handels und die territoriale Ausdehnung der Kolonie – Drechsel/Schmidt, Südafrika, S. 60; Zimmermann, RHR, S. 8.

⁶⁸ Zimmermann, RHR, S. 9.

⁶⁹ Zimmermann schreibt, dass die Rechtspflege, „verglichen mit europäischen Standards, recht primitiv“ war und dass „von einer wissenschaftlich inspirierten Rechtskultur am Kap für diese Zeit (...) nicht die Rede sein“ kann – RHR, S. 10f. Erasmus stellt fest: „The British were not impressed by the state of the administration of justice at the Cape.“ in: Southern Cross, S. 141 (146). Siehe ferner Cowen, ActJur 1959, S. 1 (1-19), der die Genese des römisch-holländischen Rechts anhand der Geschichte der Rechtsfakultät der Universität Kapstadt erläutert.

⁷⁰ Die erste Charter ist vom 24. August 1827 und wurde am 4. Mai 1834 von der zweiten Charter ersetzt – Erasmus, in: Southern Cross, S. 141 (146-149).

⁷¹ Zwischenzeitlich schlicht *Court of Justice*.

⁷² Cowen, ActJur 1959, S. 1 (8f.); Girvin, in: Southern Cross, S. 95 (96); Sachs, Justice, S. 32; van der Merwe, in: FS Stanislaw Kalus, S. 601 (602); Zimmermann, RHR, S. 11.

wurde in der zweiten *Charter* bekräftigt, dass grundsätzlich das in der Kolonie geltende Recht von den neu installierten Gerichten angewendet werden sollte und nicht etwa allein das englische Common Law.⁷³ Per Gesetz wurden in der Folge Teile der englischen Rechtsordnung, insbesondere im Bereich des Prozess-,⁷⁴ Familien-, Versicherungs-, Gesellschafts- und Handelsrechts, übernommen.⁷⁵

Neben diesem direkten Weg der Rezeption gab es jedoch noch weitere Kanäle, über die das englische Recht Einzug in den südafrikanischen Rechtsalltag fand. So führte etwa der Umstand, dass die in Großbritannien ausgebildeten Richter und Anwälte nicht gleichzeitig im römisch-holländischen Recht unterrichtet waren und die entsprechenden Schriften zudem größtenteils nur in niederländischer oder lateinischer Sprache zur Verfügung standen, dazu, dass im Zweifel auf englische Literatur und aus dem Studium bekannte Rechtssätze rekurriert wurde.⁷⁶ Gerechtfertigt wurde dieser Rückgriff dann entweder damit, dass es keinen Unterschied bei der Behandlung des Problems zwischen den beiden Rechtsordnungen gebe⁷⁷ oder dass das römisch-holländische Recht in diesem Punkt eine Regelungslücke aufweise.⁷⁸

Einen weiteren Beitrag zur Rezeption des englischen Rechts leistete der Gouverneur des Kaps *Lord Charles Somerset* im Jahre 1822, indem er Englisch als offizielle Amtssprache einführte und somit das Niederländische auch vor den Gerichten verschwand.⁷⁹ Des Weiteren führ-

⁷³ Sec. 31. Siehe Erasmus, in: *Southern Cross*, S. 141 (146).

⁷⁴ Zur Überlagerung des römisch-holländischen Rechts mit prozeduralen Regeln des englischen Common Law siehe ausführlich Erasmus, in: *Southern Cross*, S. 141-145.

⁷⁵ Z.B. *Ordinance* No. 72 1831, zur Einführung des englischen Jurysystems; No. 15 1845, zur Einführung des eigenhändigen Testaments; No. 6 1843 zur Einführung des Insolvenzrechts. Für eine Übersicht siehe van der Merwe, in: *FS Stanislawa Kalus*, S. 601 (603); ders. (u.a.), in: *Mixed Jurisdictions*, S. 95 (96f., 100f.); Zimmermann, *RHR*, S. 11f.

⁷⁶ Bodenstein sagte zu diesem Thema: „No collection, at least in South Africa, can boast of completeness, and few Advocates or Judges can spare the time, even if they possess the required knowledge of the languages, for a thorough research in the sources.“ *SALJ* 32 (1915), S. 337 (345).

⁷⁷ Siehe z.B. *Holland v Scott* (1881-1882) 2 EDC 307 (312): Hier wurde das spezielle deliktsrechtliche tort der *nuisance* aus dem englischen Recht rezipiert, mit der Begründung, dass das englische und das römisch-holländische Recht „in every respect similar“ seien.

⁷⁸ Zimmermann, *RHR*, S. 13f.

⁷⁹ Bilger, *Südafrika*, S. 92f.; Botha, *History of Law*, S. 120-122; Hahlo/Kahn, *System*, S. 576 (Fn. 58); van der Merwe, in: *Mixed Jurisdictions*, S. 95 (102). Zimmermann merkt in diesem Zusammenhang zu Recht an (*RHR*, S. 14): „Damit mußten

ten ganz praktische Gründe dazu, dass auch auf das englische Fallrecht zurückgegriffen wurde, ohne dass die Regel des *stare decisis* formell Gültigkeit in der Kolonie hatte.⁸⁰ Englische Präjudizien waren den Richtern – im Gegensatz zum deduktiven System des römisch-holländischen Rechts⁸¹ – bekannt und auch die Gesellschaft am Kap war immer stärker von britischen Einflüssen geprägt.⁸² Letztlich sorgte nur die Akademisierung der Rechtsstudien und die damit einhergehende Entstehung wissenschaftlicher Literatur am Kap dafür, dass das römisch-holländische Recht heute überhaupt noch angewandt wird.⁸³ Nach den Burenkriegen (1881, 1899 – 1902)⁸⁴ wurde im Jahre 1910 die Südafrikanische Union⁸⁵ gegründet, mit der die Okkupation der Briten formell beendet und Südafrika als selbstregiertes *Dominion* in das britische Commonwealth aufgenommen wurde, bevor es 1931 die Unabhängigkeit erlangte.⁸⁶

3. *Bellum Juridicum* und Rechtsentwicklung bis heute

Erwähnenswert ist zunächst, dass der *South Africa Act* aus 1909, mit dem das britische Parlament die Schaffung der Union beschloss, die Bildung einer *Appellate Division* als Rechtsmittelinstanz für den Su-

auch die Fachtermini des römisch-holländischen Rechts ins Englische übersetzt werden, obwohl es in vielen Fällen ein exaktes Äquivalent nicht gab. Wenn somit der nächstliegende englische Fachterminus gewählt wurde, so vergaß man hernach nur allzu rasch auch den dahinterstehenden römisch-holländischen Inhalt und verband schließlich mit dem Begriff auch den englisch-rechtlichen Inhalt.“

⁸⁰ Siehe zur Anwendung von Präjudizien in Südafrika Kotzé, SALJ 34 (1917), S. 280 (311-314).

⁸¹ Chanock schreibt: „[I]n reality during the nineteenth century, it [the roman-dutch law] was but a shadow little known to the few judges whose task it was to enforce it.“ Legal Culture, S. 157.

⁸² Zimmermann, RHR, S. 14f. Spannend ist in diesem Zusammenhang, dass der englische *Privy Council* als Rechtsmittelinstanz für den *Cape Supreme Court* fungierte und somit höchstes Gericht in Streitsachen zu römisch-holländischem Recht war – Erasmus, Southern Cross, S. 141 (144); G., SALJ 52 (1935), S. 277 (277-285).

⁸³ Cowen, ActJur 1959, S. 1 (2); Zimmermann, RHR, S. 15-18.

⁸⁴ Siehe hierzu Marx, Südafrika, S. 161-167; Selby, Short History, S. 134-150, 187-201; Welsh, History, S. 321-337.

⁸⁵ Die Union war ein Zusammenschluss der sich im Laufe der Jahre gebildeten britischen Provinzen Kap, Natal, Oranje-Freistaat und Transvaal.

⁸⁶ Umfassend zur Union Bilger, Südafrika, S. 369-373; Davenport, Modern History, S. 243-249; Eybers, Documents, S. lxxv-lxxxvii; Selby, History, S. 202-213; van der Merwe, in: FS Stanislawa Kalus, S. 601 (603); Welsh, History, S. 364-389. Zu Gerichten und Richtern in der Union siehe Girvin, in: Southern Cross, S. 95 (119-127).

preme Court vorsah,⁸⁷ die es sich seit jeher zur Aufgabe machte, ein einheitliches südafrikanisches Recht herauszubilden.⁸⁸ Dies war der erste Schritt in Richtung eines eigenen *Law of South Africa*, welches sich durch seine Eigenheiten sowohl vom römisch-holländischen als auch vom englischen System abgrenzt und den am südlichen Kap herrschenden Lebensverhältnissen Rechnung trägt.⁸⁹

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts erlebte das römisch-holländische Recht eine Renaissance in Südafrika. Durch die Universitätsgründungen in Kapstadt und Stellenbosch im Jahre 1916 wurden erstmals eigene Rechtsfakultäten und Lehrstühle für römisch-holländisches Recht geschaffen, die zu einer Wiederbelebung dieses Systems in Südafrika führten.⁹⁰ Auch die Gerichte, einschließlich der neugegründeten *Appellate Division*, vollzogen mitunter Kehrtwenden zuungunsten englischer Prinzipien.⁹¹ Es wurden zwar nicht unbedingt weniger englische Entscheidungen in den Urteilen der südafrikanischen Gerichte zitiert, ihnen kam jedoch keine zwingende Autorität, sondern vielmehr bloß persuasiver Charakter zu.⁹² Spätestens mit der 1948 erfolgten politischen Machtergreifung der burischen⁹³ Nationalisten wurde der Einfluss des römisch-holländischen

⁸⁷ Art. 96 South Africa Act (1909): Appellate Division of Supreme Court.

⁸⁸ In *Webster v Ellison* 1911 AD 73 (93), führt J Innes aus: „This Court would [...] have great difficulty in harmonising the Common Law throughout South Africa, which I have always regarded as one of its most important functions.“

⁸⁹ Südafrikanische Autoren werden nicht müde, die Eigenständigkeit ihres Rechts hervorzuheben, siehe z.B. Erasmus, *StellLR* 5 (1994), 105 (106); Hahlo/Kahn, *Union*, S. 49; Wille's *Principles*, S. 33. Eine entsprechende Anmerkung findet sich bei von Bar, *RabelsZ* 42 (1978), S. 87 (98).

⁹⁰ Von Bar, *RabelsZ* 42 (1978), S. 87 (96); Cowen, *ActJur* 1959, S. 1 (18); Zimmermann, *ZfRV* 27 (1985), S. 111 (123).

⁹¹ Z.B. *Peters, Flamman & Co. v Kokstad Municipality* 1919 AD 427 (435-437) – hier wurde eine langjährige, englischrechtlich geprägte Rechtsprechung zum Scheitern eines Vertrages („*frustration in contract*“) zugunsten eines zivilen Ansatzes aufgegeben: „Unfortunately the rules of the Civil Law appear to have been ignored in several cases on this subject which have come before our Courts, which have been guided entirely by the decisions of the English Courts.“ Siehe auch Hahlo/Kahn, *Union*, S. 43.

⁹² Lee, *SALJ* 41 (1924), S. 297 (297): „Since union the Appellate Division of the Supreme Court has been busy passing in review the jurisprudence of the four colonies now merged in the Union of South Africa. In this process one may detect a swing of the pendulum towards a revived interest in the original sources of the Roman-Dutch law. English decisions are cited no less often than before, but their force is rather persuasive than compelling.“

⁹³ Die *Buren* sind die Nachkommen der niederländischen Siedler in Südafrika.

Rechts zumindest im Bereich des Privatrechts fundamentiert und blieb bis heute erhalten.⁹⁴

Infolge der Zuwendung zum römisch-holländischen Recht entwickelte sich in akademischen Kreisen ein ausgeprägter Schulenstreit, das sog. *Bellum Juridicum*.⁹⁵ Die Vertreter der beiden vorherrschenden Rechtsschulen wurden je nach Standpunkt als Modernisierer und Antiquare,⁹⁶ bzw. als Besudeler⁹⁷ und Puristen bezeichnet.⁹⁸ Erstgenannte standen für eine Hinwendung zur englischen Rechtstradition ein, wie sie zur Zeit der britischen Besetzung bereits vorangetrieben wurde oder akzeptierten diese zumindest als natürliche Fortentwicklung und Anpassung an die derzeitigen Lebensverhältnisse.⁹⁹ Letztere wollten die Entwicklung hin zur Anglisierung des Rechtssystems z.T. nicht nur stoppen, sondern die bereits vollzogene Rezeption englischer Prinzipien am liebsten wieder rückgängig machen und bei Lückenhaftigkeit des eigenen Systems eher auf moderne Kodifizierungen Kontinentaleuropas als auf die englischen Rechtssätze zurückgreifen.¹⁰⁰ Jede Form der Angleichung an das englische Common Law wurde von ihnen als Zeichen der Degenerierung, kulturellen Entwertung und Verschmutzung des eigenen Rechts aufgefasst.¹⁰¹ Die Tatsache, dass die Muttersprache (und damit letztlich die Herkunft) der jeweiligen Vertreter beider Seiten offensichtlich Einfluss auf ihre Ansichten hatte, dürfte nicht verwundern. So waren die Puristen vorrangig afrikaanssprachige Akademiker, denen die ebenfalls afrikaanschen Rechtsfakultäten in Pretoria und Stellenbosch ein Forum boten, während die Verfechter des englischen Rechts an den englisch-

⁹⁴ Van der Merwe, in: FS Stanislaw Kalus, S. 601 (603f.); Walter, *Actio Iniuriarum*, S. 38.

⁹⁵ Mulligan, SALJ 69 (1952), S. 25-32; Palmer (Overview), in: *Mixed Jurisdictions*, S. 19 (39-44); Proculus, SALJ 68 (1951), S. 306 (306-313); van Blerk, THRHR 47 (1984), S. 255 (255-279); Zimmermann, ZfRV 27 (1985), S. 111 (123-126).

⁹⁶ Proculus, SALJ 68 (1951), S. 306 (306).

⁹⁷ Im Englischen *pollutionists* und im Afrikaansschen *besoedelaars*.

⁹⁸ Mulligan, SALJ 69 (1952), S. 25 (siehe bereits den Titel des Aufsatzes: „*Bellum Juridicum* (3): *Purists, Pollutionists and Pragmatists*“).

⁹⁹ Z.B. Lee, SALJ 47 (1930), S. 274 (280); Proculus, SALJ 68 (1951), S. 306 (309f.); Redivivus, SALJ 82 (1965), S. 17 (20-22); i.E. auch Hahlo/Kahn, *System*, S. 590-596. In *Feldmann (Pty.) Ltd. v Mall* 1945 AD 733 (776) hieß es noch im Jahre 1945: „*Where there is no difference in principle, our courts have always sought and obtained guidance from the decisions of the English courts.*“

¹⁰⁰ De Villiers, SALJ 49 (1932), S. 199 (199f.); Steyn, SALJ 48 (1931), S. 203 (205); X, CLJ 1 (1884), S. 272 (272).

¹⁰¹ Hahlo/Kahn, *Union*, S. 44; Palmer (Overview), in: *Mixed Jurisdictions*, S. 19 (40f.); Walter, *Actio Iniuriarum*, S. 38.

sprachigen Universitäten etwa in Kapstadt zu finden waren.¹⁰² Daraus lässt sich ablesen, dass das *Bellum Juridicum* keineswegs ein emotionsfreier, reiner Akademikerdiskurs war, sondern dass auch Kultur, Herkunft und Tradition eine Rolle spielten. Dass diese Aspekte den sachlichen Kern des Streits möglicherweise gar überwogen, kommt dadurch zum Ausdruck, dass sich letztlich weder die einen noch die anderen durchgesetzt haben. Vielmehr wurde insbesondere durch die tägliche Praxis der Gerichte ein pragmatischer Mittelweg gefunden, der neben dem römisch-holländischen Recht als Fundament zumindest auch diejenigen Teile des englischen Rechts berücksichtigt, die bereits fester Bestandteil des südafrikanischen Common Law geworden sind.¹⁰³ So sind auch heute noch in der südafrikanischen Rechtspraxis sowohl die römisch-holländischen als auch die englischen Einflüsse deutlich sichtbar.¹⁰⁴

Schließlich bleibt zu erwähnen, dass nach dem Ende der staatlich verordneten gesellschaftlichen und rechtlichen Rassentrennung (Apartheid) 1994¹⁰⁵ und der Wahl von *Nelson Rolihlahla Mandela* zum ersten schwarzen Präsidenten 1996 eine sehr fortschrittliche, an westlichen Vorbildern orientierte Verfassung in Kraft trat, die seither für die Gewährung von Rechtsstaatlichkeit und persönlichen Freiheiten in allen Rechtsgebieten sorgt¹⁰⁶ und neben dem südafrikanischen Common Law auch die indigenen Stammesrechte explizit anerkennt.¹⁰⁷

¹⁰² Van Blerk, THRHR 47 (1984), S. 255 (256f.).

¹⁰³ Von Bar, RabelsZ. 42 (1978), S. 87 (87f.); Erasmus, StellLR 5 (1994), S. 105 (112-116); Hahlo/Kahn, Union, S. 41-50; Mathews/Milton, SALJ 82 (1965), S. 31 (31f.); Redivivus, SALJ 82 (1965), S. 17 (20f.); Zimmermann, ZfRV 27 (1985), S. 111 (125f.); ders. RHR, S. 39-41. Hahlo/Kahn schreiben anschaulich über das englische Element im südafrikanischen Recht: „*To eliminate it would be as impossible as to eliminate Roman law from the fabric of European legal systems or to sort out the waters of the sea into the rivers whence they came.*“ Union, S. 47.

¹⁰⁴ Einen detaillierten Überblick über den Einfluss beider Systeme auf bestimmte Rechtsgebiete gibt Beinart, ActJur 1981, S. 7 (14-63).

¹⁰⁵ Sehr anschaulich zu Hintergründen und Entstehungsgeschichte der Apartheid als Mittel zur Reinerhaltung der weißen Rasse durch das burische Südafrikanertum Bilger, Südafrika, S. 465-509. Zur schrittweisen Einführung der Apartheid durch die Nationale Partei der Buren siehe etwa Davenport, Modern History, S. 541-578; Thompson, History, S. 182-194.

¹⁰⁶ Sec. 8 der Verfassung. Van der Merwe stellt zusammenfassend fest: „Consequently South Africa is left with a mixed legal system consisting of English public, procedural and commercial law, mostly Roman-Dutch private law and an omnipresent Constitution guaranteeing personal freedoms and the rule of law.“ FS Stanislawka Kalus, S. 601 (605).

¹⁰⁷ Sec. 39, 311 der Verfassung. Zum Einfluss der Verfassung siehe Wille's Principles, S. 34f.

II. Rechtsquellen

Aus der vorstehend aufgezeigten Komplexität der historischen Entwicklung des südafrikanischen Rechts und dem Umstand, dass es bis heute keine ernsthaften Versuche einer umfassenden Kodifizierung gab,¹⁰⁸ geht die für den Rechtsanwender missliche Lage hervor, dass eine Vielzahl von Rechtsquellen existiert, die das heutige *Law of South Africa* bilden.

Hilfestellung leistet zunächst die Verfassung von 1996. Sie enthält zwar keine abschließende Auflistung, erkennt jedoch bereits die Gesetzgebung, Rechtsprechung sowie Gewohnheits-¹⁰⁹ und indigene (Stammes-)Rechte als Rechtsquellen an.¹¹⁰ Daneben kommt insbesondere den Standardwerken klassischer Autoritäten des römisch-holländischen Rechts (*Old Authorities*), dem römischen Recht, gewissen etablierten (Handels-)Bräuchen, ausländischen Rechtsgrundsätzen (neben dem Vereinigten Königreich u.a. aus Frankreich, Deutschland und Österreich) sowie z.T. auch moderner juristischer Literatur Bedeutung im südafrikanischen Rechtswesen zu.¹¹¹

Zu unterteilen sind die Vorgenannten in zwingende (bzw. bindende) Quellen und solche, die nachrangig persuasiv zu der Rechtsfindung beitragen, an die ein Gericht also selbst im Falle ihrer Einschlägigkeit nicht gebunden ist. Die Verfassung ist z.B. eine zwingende Quelle, genau wie die sonstige Gesetzgebung sowie das Gewohnheits- und Stammesrecht. Die Hierarchie der unterschiedlichen zwingenden Quellen stellt sich im Wesentlichen wie folgt dar: Die Verfassung entfaltet ausweislich ihrer sec. 2, die sie als „*supreme law of the Republic*“ beschreibt, absolute Bindungswirkung. Die sonstige Gesetzgebung folgt in der Hierarchiepyramide der Verfassung nach und geht im Rang wiederum dem Gewohnheits- und Stammesrecht vor. Auf letzter Stufe stehen etwaige (Handels-)Bräuche, die die Gerichte nur dann

¹⁰⁸ Von Bar, *RabelsZ* 42 (1978), S. 87 (96); Beinart, *Act/Jur* 1971, S. 131 (131); Hahlo/Kahn, *Union*, S. 49; Lee, *SALJ* 41 (1924), S. 297 (306f.).

¹⁰⁹ Zum Begriff des südafrikanischen Common Law (i.e. Gewohnheitsrecht) schreibt Kischel: „[Der Begriff des Common Law] beschreibt das ganze in Südafrika geltende, ungeschriebene Recht europäischer Herkunft, also eben die so eigene Mischung aus römisch-holländischem und englischem Recht.“ – Rechtsvergleichung, S. 682. Das Common Law bildet mithin den klassischen Gegenpol zum Gesetzesrecht und wurde insbesondere durch die Rechtsprechung an südafrikanische Verhältnisse angepasst.

¹¹⁰ Sec. 8, 39, 173 und 211 der südafrikanischen Verfassung.

¹¹¹ Hahlo/Kahn, *Union*, S. 29-41; Hosten (u.a.), *Introduction*, S. 218-275; Kaser, *ZSS (RA)* 81 (1964), S. 1 (16); Wille's *Principles*, S. 35.

binden, wenn die anderen Quellen zu den aufgeworfenen Problemen schweigen.¹¹²

Rein persuasiv gelten insbesondere zeitgenössische juristische Literatur und ausländische Rechtssätze. Treten hier Widersprüche, Meinungsstreitigkeiten oder sonstige Konflikte auf, so sind die Gerichte nicht etwa an den jüngsten bzw. ältesten Beitrag gebunden oder zählen gar die Stimmen der jeweiligen Lager und folgen der meistvertretenen Meinung. Vielmehr wird der Weg eingeschlagen, der dem Gericht am sinnvollsten, billigsten und nach moderner Rechtsansicht gerechtesten erscheint.¹¹³ Die Rechtsprechung formt und entwickelt das Gewohnheitsrecht.¹¹⁴ Urteile höherer und höchster Gerichte haben zwingende Bindungswirkung gegenüber niedrigeren Instanzen und können in dieser Funktion als eigene Rechtsquelle angesehen werden, auch wenn der Grundsatz des *stare decisis* in Südafrika nicht so rigide zur Geltung kommt wie etwa in England und Wales.¹¹⁵

In diesem einzigartigen System verbindet sich also die englische, induktive Methode mit der deduktiven Herangehensweise des römischen Rechts.¹¹⁶ Das *Law of South Africa* umfasst eine Vielzahl von Quellen, die die Rechtsfindung nicht immer einfach machen.¹¹⁷ Das Zusammenspiel dieser eigentlich grundverschiedenen Systeme und das damit einhergehende Aufeinandertreffen unterschiedlicher Rechtsquellen gewährt gerade aus rechtsvergleichender Perspektive in besonderem Maße Aufschluss und verdient nicht zuletzt in Zeiten europäischer Rechtsvereinheitlichungsbestrebungen besondere Aufmerksamkeit.¹¹⁸

C. Sachenrecht im Gefüge des südafrikanischen Privatrechts

Was nun im Gefüge des südafrikanischen Privatrechts unter dem Terminus „Sachenrecht“ zu verstehen ist, erschließt sich nicht gleich auf den ersten Blick. Um diesbezüglich Unklarheiten vorzubeugen und den Anwendungsbereich sowie Rechtsquellen der dieser Arbeit

¹¹² Wille's Principles, S. 36.

¹¹³ Hahlo/Kahn, Union, S. 37; Kaser, ZSS (RA) 81 (1964), S. 1 (18f.).

¹¹⁴ Wille's Principles, S. 36.

¹¹⁵ So Hahlo/Kahn, Union, S. 29; Zimmermann, RHR, S. 54-56; zur genauen Bindungswirkung der unterschiedlichen Instanzen siehe Hosten (u.a.), Introduction, S. 224-234; Petersenn, Grundstückskauf, S. 31-34.

¹¹⁶ Von Bar, RabelsZ 42 (1978), S. 87.

¹¹⁷ Erasmus schreibt treffend „South African law has an incomparable richness in the sources it can draw upon.“ StellLR 5 (1994), 105 (113).

¹¹⁸ Diesen Zusammenhang stellte bereits *Raitz von Frentz* her – *Lex Aquilia*, S. 26-28; siehe zudem Fn. 3.

zugrunde liegenden Materie zu klären, folgt eine kurze Hinwendung zu diesem Thema.

I. Was unter „Sachenrecht“ in Südafrika zu verstehen ist

Im südafrikanischen Rechtswesen wird für das, was wir hierzulande als „Sachenrecht“ bezeichnen würden, in der Regel der Begriff *Property Law* (bzw. *Law of Property*) verwendet.¹¹⁹ Damit ist freilich längst nicht geklärt, was genau darunter zu verstehen ist. Das Wort *property* hat im Englischen eine Vielzahl von Bedeutungen, die es im Zusammenhang mit dem entsprechenden Rechtsgebiet zu ordnen und zu kanalisieren gilt.¹²⁰

Verwirrung könnte beim deutschen Rechtsanwender zunächst stiften, dass das *Law of Property* (afrikaans: *Vermoënsreg*) etwas anderes meint, als das *Law of Things* (afrikaans: *Sakereg*). Bei dem *Law of Things* handelt es sich nämlich nur um einen Unterfall des *Law of Property*, wenn auch den vielleicht wichtigsten. *Property* umfasst im gängigsten (Rechts-)Sprachgebrauch jeden Bestandteil des vorhandenen Vermögens, d.h. sowohl körperliche als auch unkörperliche Gegenstände wie Forderungen (persönliche Rechte), Gesellschaftsanteile, Dienstbarkeiten oder Patentrechte. Ein *Thing* ist hingegen als stets körperliches Objekt eines Rechts anzusehen.¹²¹ Das bedeutet, dass das *Law of Property* nicht nur das Recht in Bezug auf körperliche Gegenstände (dies würde man als *Law of Things* bezeichnen), sondern auch das Recht des geistigen Eigentums und schuldrechtliche Aspekte um-

¹¹⁹ So schon die Titel folgender Schriften: Badenhorst/Pienaar/Mostert, „The Law of Property“; Hall, „The Law of Property“; Mostert/Pope, „The Principles of the Law of Property in South Africa“; van der Merwe, „Law of Property“ in: Introduction to the Law of South Africa; van der Walt/Pienaar, „Introduction to the Law of Property“. Im Folgenden wird das deutsche Wort *Sachenrecht* synonym für den englischen Begriff *Law of Property* verwandt.

¹²⁰ Insbesondere drei Bedeutungen werden dem Begriff *property* zugemessen: Zunächst wird er synonym für das Eigentumsrecht an einem Rechtsgut verwandt; zweitens kann damit das Rechtsgut gemeint sein, auf das sich ein dingliches Recht bezieht; drittens bezieht der Terminus sich im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Schutz von *property* auf eine Vielzahl von rechtlichen Beziehungen, die vom Schutzbereich der *property clause* umfasst sind. Zum Konzept und Begriff des *property* siehe insbesondere Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 1-8; Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 5f.; van der Merwe, *Law of Property*, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 201 (202f.).

¹²¹ Ausnahmen siehe § 2A.II.

fasst.¹²² Eine Gleichsetzung des *Law of Property* mit dem *Patrimonial Law*, die sich letztlich beide als „Vermögensrecht“ übersetzen ließen, trifft gleichwohl inhaltlich nicht zu.¹²³ Zum Teil wird anstelle des *Law of Property* schlicht vom *Law of Things* als Begriff für das Sachenrecht gesprochen.¹²⁴ Dies kommt dem deutschen und auch dem afrikaansschen Sprachgebrauch zwar näher, löst das Problem der ungenauen Ausdrucksweise jedoch freilich nicht.

Hintergrund der Verwirrung dürfte sein, dass das Sachenrecht in der römischrechtlichen Unterteilung ein überaus weites Feld bestellte. Demnach umfasste das Privatrecht nur drei Kategorien, nämlich das Personenrecht, das Sachenrecht und das Aktionenrecht. Neben dem, was im deutschen Rechtssprachgebrauch als Sachenrecht¹²⁵ bezeichnet wird, waren in dieser Aufteilung auch das Erb- und Schuldrecht Teil des Sachenrechts.¹²⁶

Man steht also vor einer terminologischen Konfusion, die sich letztlich auch nicht aufklären lässt. Dies mündet dann in Erklärungsversuchen, die etwa eine „(...) *restricted interpretation, in terms of which the law of property corresponds with the law of things*“¹²⁷ vorschlagen oder es wird vage beschrieben: „*The law of property deals with the rights and actions of persons with regard to things and other forms of property, as well as other relations between persons and property.*“¹²⁸

Aus praktischen Gründen sollte zudem eine (gedankliche) Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Gegenständen im Rahmen des Sachenrechts vorgenommen werden. Dies erscheint insofern sinnvoll, als etwa das Recht zur Eigentumsübertragung zwischen Mobilien und Immobilien divergiert oder auch die Möglichkeit der Belastung mit dinglichen Rechten eine unterschiedliche rechtliche Ausgestaltung annimmt.¹²⁹ Die Abgrenzung zwischen Sachen- und Schuldrecht erfolgt über die Einordnung von Rechten als entweder

¹²² Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 2f; Maasdorp/Hall, *Law of Property*, S. 1; van der Merwe, *Law of Property*, in: *Introduction to the Law of South Africa*, S. 201 (202); Wille's *Principles*, S. 408-410.

¹²³ Siehe Mostert/Pope, *The Law of Property*, S. 7f. Dort wird beschrieben, dass das *Patrimonial Law* aus drei Teilen besteht: *Law of Property*, *Law of succession* und *Law of obligations (Contract and Delict)*.

¹²⁴ Hosten (u.a.), *Introduction*, S. 330; van der Merwe, *Things*, S. 3.

¹²⁵ Sprich das Recht der Sachen und dinglichen Rechte.

¹²⁶ Van Warmelo, *Roman Civil Law*, para. 85, 150.

¹²⁷ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 3.

¹²⁸ Van der Walt/Pienaar, *Introduction*, S. 8.

¹²⁹ Maasdorp/Hall, *Law of Property*, S. 1f.; Hosten (u.a.), *Introduction*, S. 331f.; van der Merwe, *Law of Property*, in: *Introduction to the Law of South Africa*, S. 201 (203).

dinglich oder persönlich und ist in Bezug auf Immobilien zentraler Gegenstand dieser Arbeit.¹³⁰

II. Sachenrechtliche Rechtsquellen

Wie bereits angedeutet,¹³¹ variieren die zur Verfügung stehenden und zu beachtenden Rechtsquellen in Südafrika je nach behandeltem Rechtsgebiet. Das heutige Sachenrecht ist in Südafrika der Teil des Privatrechts, in dem das römisch-holländische Recht am unberührtesten von Einflüssen des englischen Common Law geblieben ist.¹³² Das römisch-holländische Recht speist sich vornehmlich aus zwei Quellen, dem römischen und germanischen Recht.¹³³ Insbesondere das römische Recht bildet heute noch die dogmatische Grundlage des südafrikanischen Sachenrechts. Dies zeigt sich beispielsweise an der klaren Differenzierung zwischen Eigentum und Besitz sowie zwischen Eigentum und beschränkt dinglichen Rechten. Auch etwa das Recht des originären Eigentumserwerbs sowie die unterschiedlichen Erscheinungsformen der Realsicherheiten folgen dem römischrechtlichen Vorbild.¹³⁴

Aber auch die germanische Rechtstradition zeigt sich etwa bei der Betonung des Unterschieds in der rechtlichen Behandlung von beweglichen und unbeweglichen Sachen oder bei dem abgeleiteten Erwerb von Grundstückseigentum durch Registrierung.¹³⁵ Auch wenn das englische Recht nur eine untergeordnete Rolle im Rahmen des Sachenrechts spielt, so gibt es doch Beispiele für dessen Einfluss. Diverse Formen der Landpacht, wie etwa die sog. *perpetual quitrent*¹³⁶ oder das 99-jährige Erbpachtrecht sowie das Institut des *attornments*, das

¹³⁰ Siehe § 4 und § 5.

¹³¹ Siehe § 1B.II.

¹³² Carey Miller, in: Southern Cross, S. 727 (727); Hahlo/Kahn, Union, S. 571; Mostert/Pope, Law of Property, S. 15; Schreiner, Contribution, S. 40; van der Merwe, Things, S. 6; ders. (u.a.), in: Mixed Jurisdictions, S. 95 (169).

¹³³ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 6f.

¹³⁴ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 7; Carey Miller, in: Southern Cross, S. 727 (727); van der Merwe, Law of Property, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 201 (201); ders., Things, S. 6.

¹³⁵ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 7; van der Merwe, Things, S. 6.

¹³⁶ Die *perpetual quitrent* ist eine Eigenkreation aus englischen Kolonialzeiten, durch die Privatpersonen für unerschlossenes Land ein quasi unbegrenztes Pachtrecht erhielten, um dieses Land unter der Bedingung zu erschließen, dass es zum Wohle des Staates erhalten bleibt. Offiziell wurde dieses Recht in den 1930er Jahren abgeschafft und z.T. wurden Rechtsinhaber durch Gesetze zu Eigentümern erklärt – van der Merwe, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 201 (238).

eine fiktive Übergabe beim abgeleiteten Eigentumserwerb im Dreipersonenverhältnis regelt, gehen zum Beispiel auf englisches Recht zurück.¹³⁷

Darüber hinaus haben auch Rechtsprechung und Gesetzgebung im Laufe der Jahre ihre Spuren im Sachenrecht hinterlassen. In Abwesenheit eines *numerus clausus* der Sachenrechte¹³⁸ haben Gerichte insbesondere neue Formen von Dienstbarkeiten oder Anpassungen im Bereich des abgeleiteten Eigentumserwerbs an moderne gesellschaftliche Gegebenheiten vorgenommen.¹³⁹ Im Bereich der Gesetzgebung ist insbesondere der *Deeds Registries Act*¹⁴⁰ hervorzuheben, der das südafrikanische Grundbuchsystem ordnet und von dem später noch ausführlich die Rede sein wird.¹⁴¹

Alle soeben dargestellten Rechtsquellen müssen im Lichte der südafrikanischen Verfassung von 1996 ausgelegt und angewandt werden. Existierende gewohnheits- und gesetzesrechtliche Regelungen zum Sachenrecht müssen unter Berücksichtigung des Geistes und der Ziele der neuen Verfassung überdacht und in Einklang mit der Gründung eines neuen, billigen Regimes gebracht werden, das wesentlichen Verfassungsgrundsätzen entspricht.¹⁴² Hervorzuheben ist hier insbesondere die *property clause* aus sec. 25, die in Verbindung mit dem Gleichheitssatz der sec. 9 die verfassungsmäßig legitimierte Umkehrung von Jahrzehnten der rassistischen und ökonomischen Diskriminierung betreiben soll.¹⁴³

¹³⁷ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 7; van der Merwe, *Things*, S. 6. Umfassend zur Interpenetration des englischen Common Law im südafrikanischen Sachenrecht siehe van der Merwe, TLR 78 (2003-2004), S. 257 (257-290).

¹³⁸ Siehe § 2B.II.

¹³⁹ Van der Merwe, *Things*, S. 7.

¹⁴⁰ 47 aus 1937, letztmalig geändert durch den *Deeds Registries Amendment Act* 5 aus 2006 (in Kraft seit 19. Juli 2006), im Folgenden „DRA“.

¹⁴¹ Siehe u.a. grundsätzlich zum Registersystem in Südafrika § 2C.

¹⁴² Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 7; Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 15f.; van der Walt/Pienaar, *Introduction*, S. 7f.

¹⁴³ Van der Merwe (u.a.), in: *Mixed Jurisdictions*, S. 95 (189-193).

§ 2 Dingliche Rechte an Immobilien

Im südafrikanischen Privatrecht werden im Wesentlichen und ohne Anspruch auf Vollständigkeit vier Gruppen von Rechtsobjekten unterschieden, denen vier korrespondierende Rechte gegenüberstehen: Sachen (dingliche Rechte), Ansprüche (persönliche Rechte), immaterielle Güter (Immaterialgüterrechte) und Persönlichkeitsinteressen (Persönlichkeitsrechte).¹⁴⁴ Zur Definition eines dinglichen Rechts ist es zunächst also notwendig, die genaue Bedeutung des Rechtsobjekts „Sache“ und speziell der Immobilie zu klären.

Die Charakteristika, welche für die Anerkennung eines dinglichen Rechts ausschlaggebend sind, werden im Rahmen der Erörterung der in Südafrika angeführten Abgrenzungstheorien für die Frage nach der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien herausgearbeitet.¹⁴⁵ Diese setzen sich u.a. mit Fragen zur Absolutheit dinglicher Rechte¹⁴⁶ sowie deren Bewährung im Dreipersonenverhältnis¹⁴⁷ auseinander.

A. Die Immobilie als Gegenstand dinglicher Rechte

Das römische Recht unterteilte das Privatrecht in drei Kategorien: Rechte in Bezug auf Personen, Handlungen und Sachen (i.e. *res*).¹⁴⁸ Demnach wurde unter einer Sache im (Privat-)Rechtssinne alles verstanden, was nicht etwa eine Person oder Handlung darstellte. Diese sehr weite Definition der Sache¹⁴⁹ ist in der heutigen Rechtswirklichkeit des südafrikanischen Privatrechts nicht mehr aktuell. Vielmehr wurde eine praktische Lösung für die Frage entwickelt, wie eine Sache und damit der Gegenstand des Sachenrechts definiert werden soll. Demzufolge muss eine Sache als Objekt dinglicher Rechte folgende Charakteristika aufweisen: Körperlichkeit, unpersönliche Natur, Existenz als unabhängige und individuelle Einheit, Empfänglichkeit für menschliche Kontrolle sowie Wert und Nutzen für das

¹⁴⁴ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 14; van der Vyver, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert, S. 201 (231f.).

¹⁴⁵ Siehe § 4.

¹⁴⁶ Insbesondere im Rahmen der sog. personalisierten Theorie – § 4A.II.

¹⁴⁷ Insbesondere im Rahmen der sog. Theorie der subjektiven Rechte – § 4A.III.

¹⁴⁸ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 13; Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 20.

¹⁴⁹ In der südafrikanischen Rechtswissenschaft wird uneinheitlich z.T. von „*property*“ und überwiegend von „*thing*“ als Gegenstand von Sachenrechten gesprochen. Die genaue Bezeichnung ist letztlich jedoch (insbesondere in Hinblick auf Immobilien) nicht entscheidend, solange klar ist, dass es sich um die Bezugsobjekte für dingliche Rechte handelt.

Rechtssubjekt.¹⁵⁰ Mit dieser allgemeinen Definition als Ausgangspunkt werden weitere Klassifizierungen vorgenommen. So wird etwa danach differenziert, ob eine Sache als Gegenstand privaten oder öffentlichen Eigentums fungiert¹⁵¹ oder ob es sich um eine einheitliche oder zusammengesetzte Sache handelt.¹⁵² Über allem steht letztlich die Erkenntnis, dass eine Sache das Bezugsobjekt für dingliche Rechte darstellt.¹⁵³

I. Körperliche Immobilien

Für hiesige Zwecke ist zunächst die Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen relevant. Zwar ist die Körperlichkeit eines der Bestandteile der heute gängigen Definition, es wurden jedoch im Laufe der Zeit auch einige unkörperliche Gegenstände als Rechtsobjekte dinglicher Rechte von Rechtsprechung und Gesetzgebung anerkannt. Dies gilt insbesondere für die Forderungspfändung¹⁵⁴ sowie sonstige subjektive Rechte.¹⁵⁵ Körperliche Sachen sind

¹⁵⁰ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 14-22; Mostert/Pope, Law of Property, S. 20-25; Sonnekus, in: Dingliche Rechtspositionen und Verkehrsschutz, S. 101 (116f.); van der Vyver, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert, S. 201 (231); van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 14-17; Wille's Principles, S. 412-416.

¹⁵¹ Sachen, die nicht Gegenstand privaten Eigentums sein können werden noch einmal unterklassifiziert in gemeinschaftliche Sachen (*res omnium communes*), Sachen in staatlichem Eigentum (*res publicae*), Sachen im Eigentum von Körperschaften (*res universitatis*) und Sachen im Eigentum von Religionsgemeinschaften (*res divini iuris*) – Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 25-31; Hahlo/Kahn, Union, S. 572; Hosten (u.a.), Introduction, S. 330f.

¹⁵² Mostert/Pope, Law of Property, S. 35-38; Wille's Principles, S. 420. Für eine lange Liste von Klassifizierungen und Unterklassifizierungen siehe Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 24-43; Mostert/Pope, Law of Property, S. 28-40; van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 17-23; Wille's Principles, S. 416-427.

¹⁵³ Von Bar schreibt (Gemeineuropäisches Sachenrecht, Rn. 84): „Sachen schließlich sind (...) solche Gegenstände des Rechtsverkehrs (bzw. solche Güter), an denen drittwirksame Rechte begründet werden können, eben Sachenrechte.“

¹⁵⁴ Es wird bei der Sicherungszession in Südafrika zwischen der klassischen Forderungspfändung (*in securitatem debiti*) und der sog. „out-and-out Zession“ unterschieden. In Van Zyl N.O. v Look Good Clothing CC (1996) 1 All SA (SEC) 305 (308) wird der Unterschied wie folgt beschrieben: „In the case of an out-and-out cession it is intended that the cessionary will step into the shoes of the cedent for all purposes. In such a case the cessionary acquires all the cedent's rights against the debtor in respect of the obligation ceded and the cedent no longer has any rights which he can enforce against the debtor. A cession in securitatem debiti, on the other hand, is more aptly described as a pledge to secure a debt owing by the cedent to the cessionary. In the case of a cession of this nature the cedent retains a reversionary interest in the ceded right, which

fühl- oder greifbar, materiell, können berührt und durch Sinne wahrgenommen werden, wohingegen unkörperlichen Sachen diese Eigenschaften fehlen. Beispiele für körperliche Sachen sind Bücher, Fahrzeuge, Häuser oder Lebensmittel. Unkörperliche Sachen sind z.B. jegliche Formen von Energie wie Licht oder Wärme und eben Rechte.¹⁵⁶

Die Einordnung in körperliche und unkörperliche Sachen ist zudem Grundlage für die an dieser Stelle wichtigste Klassifizierung einer Sache als beweglich oder unbeweglich, da grundsätzlich nur körperliche Sachen diesen Kategorien zugeordnet werden können.¹⁵⁷ Insbesondere für den Eigentumserwerb ist die Frage von Bedeutung, ob es sich bei der Sache um eine Immobilie handelt. So geht der abgeleitete Erwerb bei beweglichen Sachen durch die Übergabe bzw. ein entsprechendes Surrogat, gepaart mit einer Einigung zwischen den Parteien vorstatten, während es bei Immobilien neben der Willensübereinkunft einer Registrierung im *Deeds Registry* bedarf.¹⁵⁸ Ein weiterer Unterschied findet sich etwa im Bereich der Kreditsicherung. Immobilien können durch die Registrierung von z.B. Hypotheken belastet werden, während bei beweglichen Sachen in der Regel eine Pfändung vorgenommen werden muss.¹⁵⁹ Ferner gibt es im südafrikanischen

entitles him to recover it when the secured debt is paid and gives him the right to recover from the cessionary any excess received by the cessionary from the debtor."

¹⁵⁵ Die vorliegende Forschungsarbeit beschäftigt sich mit Rechten an körperlichen Immobilien, sodass eine vertiefte Hinwendung zu der Frage, ob auch unkörperliche Gegenstände Sachen im Rechtssinne sein können, nicht erfolgt. Dogmatisch erscheint es jedoch schwierig zu argumentieren, dass ein Recht Gegenstand eines anderen Rechts sein soll. Praktisch ist dies jedoch z.B. durch sec. 69 Abs. 3, 4 DRA anerkannt, wonach die hypothekarische Belastung einer (persönlichen) Dienstbarkeit zulässig ist. Van der Merwe und Pope schreiben dazu: „[O]ne reaches the illogical result that a right is considered the object of another right and the traditional definition of a real right as conferring direct physical powers over a thing in favour of a person becomes nonsensical. However, legal development is influenced more by policy considerations than by dogma and legal practice has recognised several instances of real rights with other real rights or even personal rights as objects.“ in: Wille's Principles, S. 412. Siehe auch Mostert/Pope, Law of Property, S. 21f.; van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 15.

¹⁵⁶ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 14; Mostert/Pope, Law of Property, S. 21; van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 15.

¹⁵⁷ Ausnahmen siehe § 2A.II.

¹⁵⁸ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 175-239; Mostert/Pope, Law of Property, S. 188-214; van der Merwe, Things, S. 252-298; van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 140-161; Zimmermann, RHR, S. 163-165.

¹⁵⁹ Bewegliche Sachen können in Südafrika zudem mit einer sog. notariellen Bürgschaft belastet werden. Diese wird wie etwa eine Hypothek gem. sec. 61(1) DRA durch Registrierung errichtet und dient der Absicherung einer

Minderjährigkeitsrecht eine Regelung, die besagt, dass Immobilien, die im Eigentum eines Minderjährigen stehen und mehr als 250.000 südafrikanische Rand¹⁶⁰ wert sind, nur dann von den Eltern oder einem Betreuer übertragen oder belastet werden dürfen, wenn es eine förmliche Anordnung dafür durch den zuständigen *High Court* gibt.¹⁶¹ Zudem determiniert der Charakter der Sache im Internationalen Privatrecht das anwendbare Recht¹⁶² und die Zuständigkeit der Gerichte.¹⁶³ Auch außerhalb des Privatrechts ist die Frage von Bedeutung, ob eine Sache beweglich ist oder nicht. So kann der Tatbestand des Diebstahls im Strafrecht etwa nur durch Wegnahme einer beweglichen Sache erfüllt werden.¹⁶⁴

Körperliche bewegliche Sachen können von einem Ort an den anderen ohne Beschädigung oder Identitätsverlust bewegt werden, während Immobilien eine solche Beweglichkeit nicht inhärent ist.¹⁶⁵ Unbewegliche Sachen bzw. Immobilien, sind also Landeinheiten und alles, was dauerhaft mit diesen verbunden ist sowie Wohnungseigentumseinheiten. Bäume, die in der Erde wurzeln sowie auch Mineralien und Metalle, die noch nicht aus dem Boden extrahiert wurden, sind mithin unbewegliche Sachen. Löst man jedoch diese Verbindung mit dem Untergrund, so werden sie zu beweglichen Sachen.¹⁶⁶

Wann bewegliche Sachen durch eine künstliche Fixierung mit der Immobilie dadurch ihre Identität verlieren, dass sie ein integraler Bestandteil der unbeweglichen Sache werden, hängt *prima facie* an drei Faktoren: objektiv an der Natur der Sache sowie der Art und Weise

Schuld. Ein Schuldner kann durch dieses Sicherungsmittel bewegliche Sachen zur Kreditsicherung belasten, ohne sie an den Gläubiger zu übergeben. Die notarielle Bürgschaft ist seit 1993 durch den *Security by Means of Movable Property Act* 57 aus 1993 geregelt. Siehe zur notariellen Bürgschaft Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 384-390; Wille's Principles, S. 651-653.

¹⁶⁰ Wechselkurs 1 EURO = 16,79 ZAR (Stand: 26. Oktober 2017).

¹⁶¹ Bei Immobilien, die weniger als 250.000 südafrikanische Rand wert sind, genügt unter Umständen die Zustimmung des *Masters of the High Court* der jeweiligen Region – sec. 80 *Administration of Estates Act* 66 aus 1965.

¹⁶² Für Immobilien gilt das *lex loci rei sitae* und für bewegliche Sachen das *lex loci domicilii* – sec. 66(1)(a) des *Magistrates' Court Act* 32 aus 1944.

¹⁶³ Bei Immobilien ist grundsätzlich der Belegenheitsort ausschlaggebend, wohin gegen das Gericht bei Mobilien größeren Spielraum hat, andere Umstände zu berücksichtigen.

¹⁶⁴ Für eine Übersicht der Felder, in denen die Unterscheidung relevant wird, siehe van der Walt/Pienaar, *Introduction*, S. 20f.; Wille's Principles, S. 424f.

¹⁶⁵ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 34; Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 33; van der Merwe, *Things*, S. 20; Wille's Principles, S. 421.

¹⁶⁶ Maasdrop/Hall, *Law of Property*, S. 2; Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 33; van der Walt/Pienaar, *Introduction*, S. 20.

der Verbindung und subjektiv am Willen des Eigentümers der beweglichen Sache zur Zeit ihrer Verbindung.¹⁶⁷

Gleichwohl verbleiben Bedenken, wenn das, was in Südafrika als „unbewegliche Sache“ anerkannt ist, unter die o.g. gängige Sachdefinition subsumiert wird.¹⁶⁸ Insbesondere das Kriterium der Existenz als unabhängige und individuelle Einheit scheint in Bezug auf Grundstücke nur schwer konstruierbar. Denn die Unabhängigkeit und Individualität eines Grundstücks ergibt sich erst durch die Vermessung und spätere Eintragung im Grundbuch.¹⁶⁹ Die Landschaft verändert sich grundsätzlich durch eine solche Parzellierung nicht in ihrer Substanz. Es entsteht mithin im Gegensatz zu einer realen, tatsächlich physisch abgrenzbaren Sache eine normative Sache, welche sodann als Gegenstand dinglicher Rechte fungieren kann.¹⁷⁰ Ähnliche Schwierigkeiten bei der Subsumtion ergeben sich für das Kriterium der Körperlichkeit, wenn man dieses so auslegt, dass dadurch ein Gegenstand für Immobiliarsachenrechte entstehen soll.¹⁷¹ Um den dargestellten Konflikt zwischen der Zusammensetzung eines Grundstücks und der

¹⁶⁷ *CJ Innes* führt aus: „*The thing must be in its nature capable of acceding to realty, there must be some effective attachment (whether by mere weight or by physical connection) and there must be an intention that it should remain permanently attached.*“ – *Macdonald Ltd. v Radin NO & The Potchefstroom Dairies and Industries Co Ltd*. 1915 AD 454 (466). Siehe auch *Senekal v Roodt* 1983 (2) SA (T) 602 (606f.); *Falch v Wessels* 1983 (4) SA (T) 172 (178f.); *Trust Bank van Afrika Bpk. v Western Bank Bpk. en andere N.N.O.* 1978 (4) SA (A) 281 (295); *Standard-Vacuum Refining Co. of S.A. (Pty.) Ltd. v Durban City Council* 1961 (2) SA (A) 669 (677); *Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property*, S. 34; *Carey Miller*, SALJ 101 (1984), S. 205 (205-211).

¹⁶⁸ Charakteristika einer Sache sind – zur Wiederholung – die folgenden: Körperlichkeit, unpersönliche Natur, Existenz als unabhängige und individuelle Einheit, Empfänglichkeit für menschliche Kontrolle sowie Wert und Nutzen für das Rechtssubjekt – § 2A.

¹⁶⁹ Diesbezüglich zum europäischen Sachenrecht von Bar, *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, Rn. 179f.

¹⁷⁰ Der Begriff der normativen Sache ist bei von Bar a.a.O. entnommen.

¹⁷¹ Von Bar a.a.O. Rn. 180: „Grundstücke i.S.d. Sachenrechts sind zwar Sachen, denen wie der Landschaft, aus der sie normativ herausgeschnitten werden, ein physisches Substrat innewohnt. (...). Das bedeutet aber nicht, dass Grundstücke der Stofflichkeit des zu ihnen gehörenden Bodens auch schon ihre Eigenschaft als Sache verdanken. Das Gegenteil ist der Fall. Ihr Bodenelement verschafft ihnen, genau besehen, nicht einmal Körperlichkeit. Man kann auf einem Acker zwar stehen und sich die Schuhe schmutzig machen; in diesem Sinne ließe sich also sagen, es handele sich bei ihm um eine ‚körperliche‘ Sache. Das ist indes nicht der Körperlichkeitsbegriff, auf den es für die Zwecke des Sachenrechts entscheidend ankommt. Für dieses besteht die vorrangige Aufgabe vielmehr darin, überhaupt erst einmal einen ‚Körper‘, d.h. normativ eine sachenrechtsfähige räumliche Einheit zu schaffen.“

in Südafrika gängigen Definition für eine Sache zu entgehen, könnte man *von Bar* folgend im Falle eines Grundstücks von einer „*normativen Sache mit physischem Substrat*“ sprechen.¹⁷²

II. Unkörperliche Immobilien

In Südafrika ist heutzutage darüber hinaus anerkannt, dass auch unkörperliche Sachen (insbesondere Rechte) beweglich oder unbeweglich sein können.¹⁷³ Als Begründung wird in der Regel lediglich ausgeführt, dass das Recht eine solche Einteilung bevorzuge oder dass der Gesetzgeber dies wohl vorgesehen habe.¹⁷⁴ Folgt man den Gesetzen der Logik, so verbietet sich eine Einordnung als „unkörperliche unbewegliche Sache“ eigentlich und so sahen es wohl auch einige römisch-holländischen Juristen.¹⁷⁵ Denn ein Recht ist nun mal ein Denkgebilde und jegliche Verkörperung (etwa in Form einer Urkunde) begründet in der Regel nicht die Existenz des Rechts, sondern nur dessen Beweis.¹⁷⁶

Freilich liegt der Ursprung dieses Konzepts in der Abhängigkeit der Rechte von den entsprechenden Rechtsobjekten, gegenüber denen sie bestehen. Die praktische Notwendigkeit geht darauf zurück, dass das römisch-holländische Recht sowohl die römische Einteilung in körperliche und unkörperliche Sachen als auch die germanische Distinktion zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen rezipiert hat.¹⁷⁷ Da letztere Einordnung zur Auslösung verschiedener Rechtsfolgen führte, wurde es notwendig, dass unkörperliche Sachen als Bestandteile eines Vermögens ebenfalls dieser Klassifizierung unterlie-

¹⁷² Umfassend dazu von Bar a.a.O. Rn. 179-182.

¹⁷³ Ex parte Master of the Supreme Court 1906 TS 563 (565-569); Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 35; Hahlo/Kahn, Union, S. 572; Wille's Principles, S. 421.

¹⁷⁴ CJ Innes schreibt schlicht: „I think our law would favour the division of such rights into one or other of the above categories wherever possible.“ – Ex parte Master of the Supreme Court 1906 TS 563 (566).

¹⁷⁵ Van der Keessel führt aus: „By the law of Holland, as under the Roman Law, incorporeal things, where the law or the will of the owner has given no direction to the contrary, are not comprehended under movables or immovable, as in the case of legacies, agreements and mortgages.“ – Ex parte Master of the Supreme Court 1906 TS 563 (566); Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 35; Mostert/Pope, Law of Property, S. 34; van der Merwe, Things, S. 41.

¹⁷⁶ Van der Merwe schreibt (Things, S. 41): „In practice, however, incorporeals are frequently classified as either movables or immovables. This classification is illogical since the criterion of mobility is inapplicable to incorporeals which can by no means be moved.“

¹⁷⁷ Wessels, History, S. 475-477.

gen. So gab es insbesondere im Erb-, Familien- und Insolvenzrecht bestimmte Regelungen, die zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen unterschieden.¹⁷⁸ Diese Regelungen bestehen jedoch heute nicht mehr und bieten allenfalls für die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten einen Anhaltspunkt. Dafür gibt es jedoch mittlerweile hinreichend eigene Herangehensweisen,¹⁷⁹ so dass auch hier kein zwingendes Bedürfnis an der Aufrechterhaltung dieser Konstruktion besteht. Insbesondere kann, auch nach Ansicht der großen Mehrheit der südafrikanischen Autoritäten, nicht pauschal vertreten werden, dass alle Rechte, die in Bezug auf eine (körperliche) Immobilie bestehen und somit nach diesem Verständnis als unbewegliche Rechte eingestuft werden müssten, auch gleichzeitig dingliche Rechte darstellten.¹⁸⁰ Die historisch gewachsene Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Rechten ist auch von keiner praktischen Relevanz, da nicht die Beweglichkeit, sondern der dingliche oder persönliche Charakter des Rechts etwa für die Registrierung im *Deeds Registry* entscheidend ist. Rechte können somit heute schlicht als Rechte bezeichnet werden, ohne dass die wenig intuitive Formulierung der (Un)Beweglichkeit von Rechten angestrengt werden müsste. Diese Differenzierung ist heute obsolet.¹⁸¹

Setzt man nun gleichwohl voraus, dass es eine entsprechende Distinktion geben muss, sind die zugrunde liegenden Unterscheidungskriterien alles andere als einfach herauszukristallisieren.¹⁸² Der Grundsatz lautet, dass persönliche Rechte beweglich und dingliche Rechte entweder beweglich oder unbeweglich sind.¹⁸³ Im Falle dinglicher Rechte kommt es sodann darauf an, ob ihr Gegenstand eine (körperliche) Immobilie oder eine (körperliche) bewegliche Sache ist. Im ersteren Fall gilt das Recht auch als unbeweglich und im letzteren entspre-

¹⁷⁸ Ex parte Master of the Supreme Court 1906 TS 563 (566); van der Merwe, Things, S. 41; Wille's Principles, S. 421f.

¹⁷⁹ Deren Analyse den Schwerpunkt dieser Arbeit ausmacht.

¹⁸⁰ So wird es jedoch von den Vertretern der sog. „Theorie der subjektiven Rechte“ gesehen, siehe § 4A.III.1.

¹⁸¹ Van der Merwe (Things, S. 41) argumentiert zwar ähnlich, stellt die Einordnung als unbewegliches oder bewegliches Recht jedoch nicht grundsätzlich infrage.

¹⁸² J Wessels schreibt bereits 1911: „For certain purposes all rights have to be classified under the head of movables and immovables. This division is time-honoured, though somewhat arbitrary, and it is difficult to enunciate a crisp principle which will enable us to say what are and what are not immovables. Custom, precedent, and, to a large extent, the nature of the right, are the determining factors.“ – Princess Estate and Gold Mining Co., Ltd. v Registrar of Mining Titles 1911 TPD 1066 (1073).

¹⁸³ Perumal v Messenger of the Court and others 1953 (2) SA (N) 734 (738f.); Hahlo/Kahn, Union, S. 572; Wessels, History, S. 477.

chend als beweglich.¹⁸⁴ Es wurden z.B. dauerhafte Mietrechte an (körperlichen) Immobilien, die als dingliche Rechte eingestuft werden,¹⁸⁵ Pachtrechte in Bezug auf Mineralien (Bodenschätze),¹⁸⁶ bestimmte persönliche- und Grunddienstbarkeiten an Immobilien¹⁸⁷ oder ein Vindikationsanspruch in Bezug auf registrierte Immobilien¹⁸⁸ als unkörperliche, unbewegliche Sachen anerkannt.¹⁸⁹

B. Allgemeine Prinzipien und *numerus clausus*

Einige grundlegende Prinzipien sind auch in Südafrika charakteristisch für sämtliche Sachenrechte.¹⁹⁰ Freilich ist nicht ausgeschlossen, dass bestimmte Sachenrechte nicht alle nachfolgend dargelegten Eigenschaften vorweisen. Dies bleibt vielmehr einem idealen Prototyp des dinglichen Rechts vorbehalten.¹⁹¹ Ferner darf die Sinnhaftigkeit und Zweckmäßigkeit der Aufstellung von Prinzipien durchaus angezweifelt werden.¹⁹² Insbesondere die Anpassungsfähigkeit dinglicher Rechte an moderne gesellschaftliche Verhältnisse leidet unter starren Regeln.¹⁹³ Für die hier verfolgten Zwecke können sie jedoch durchaus einen Mehrwert generieren. Sie dienen als Orientierungshilfe und

¹⁸⁴ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 35f.; Wille's Principles, S. 422.

¹⁸⁵ Sec. 102 Abs. 1 „immovable property“ b) *DRA*; *Heynes Mathew Ltd. v Gison*, N.O. 1950 (1) SA (C) 13 (15f.); *Ex parte Master of the Supreme Court* 1906 TS 563 (567); siehe § 2D.IV.

¹⁸⁶ *Ex parte Pierce and others* 1950 (3) SA (O) 628 (634); *Ex parte Mackenzie*, N.O. and another 1950 (3) SA (O) 507 (512f.); siehe § 2D.V.3.

¹⁸⁷ *Fine Wool Products of South Africa Ltd. v Director of Valuations* 1950 (4) SA (E) 490 (499); *Woman v Hughes* 1948 (3) SA (A) 495 (501f.).

¹⁸⁸ *Princess Estate and Gold Mining Co., Ltd. v Registrar of Mining Titles* 1911 TPD 1066 (1074).

¹⁸⁹ Auflistungen finden sich etwa bei *van der Merwe*, *Things*, S. 42f.; Wille's Principles, S. 423f.

¹⁹⁰ Auseinandersetzungen mit Sachenrechtsprinzipien finden sich z.B. bei *van der Merwe*, *Things*, S. 56; *ders./Pienaar/de Waal*, *South Africa*, S. 54-58; *Westermann*, *TSAR* 2011, S. 1-15; Wille's Principles, S. 410.

¹⁹¹ *Van der Merwe*, a.a.O.

¹⁹² Kritisch zu solchen allgemeinen Sachenrechtsprinzipien äußert sich von Bar, *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, Rn. 19.

¹⁹³ Wille's Principles, a.a.O. Interessant ist, dass bei Wille und auch bei Westermann (a.a.O.) als Beleg für die Sachenrechtsprinzipien beinahe ausschließlich deutsche Quellen angegeben werden. Ähnlich wird bei *van der Merwe* (a.a.O.) beinahe nur auf niederländische Quellen verwiesen. Es handelt sich bei den Grundprinzipien mithin nicht etwa um spezifische, dem südafrikanischen Recht inhärente Phänomene, sondern um Anleihen aus dem deutschen und niederländischen Recht bzw. der deutschen und niederländischen Rechtsliteratur.

vermitteln zumindest ein schemenhaftes Bild dafür, wann ein Sachenrecht vorliegt, ohne freilich in schwierigen Abgrenzungsfällen eine große Hilfe darzustellen.¹⁹⁴

Besondere Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz des *numerus clausus* dinglicher Rechte in Südafrika zu, dessen fehlende Anerkennung die Grundlage für die Relevanz des Themas der vorliegenden Forschungsarbeit darstellt.

I. Allgemeine Prinzipien des Sachenrechts

Zunächst gilt in Südafrika der Grundsatz, dass dingliche Rechte eine absolute Natur haben. Das bedeutet, dass sie grundsätzlich gegenüber jedermann durchgesetzt werden können und nicht nur gegenüber einer einzelnen Person oder abgrenzbaren Gruppe von Personen.¹⁹⁵ Anders formuliert ist ein Recht dann als absolut zu bezeichnen, wenn ihm keine spezifische Pflicht einer vom Inhaber des Rechts verschiedenen Person entspricht.¹⁹⁶ Gegenüber einem relativen Recht existiert hingegen stets eine entsprechende Verpflichtung des Schuldners.¹⁹⁷ Die vollkommene Absolutheit aller dinglichen Rechte in diesem Sinne wird in Südafrika nachdrücklich bestritten.¹⁹⁸ Als Ansatzpunkte für eine Aufweichung der Absolutheit werden insbesondere zwei Beispiele angeführt. Zum einen unterliegt auch die Durchsetzung dinglicher Rechte etwa öffentlich-rechtlichen Beschränkungen, Nachbarschaftsrechten sowie beschränkt dinglichen und persönlichen Rechten Dritter. Zum anderen haben auch persönliche Rechte insofern absoluten Charakter, als sie von Dritten respektiert werden müssen und so etwa eine vorsätzliche Verletzung vertraglich gesicherter Rechtspositionen zu einem Anspruch aus unerlaubter Handlung führen kann.¹⁹⁹ Es sei jedoch daran erinnert, dass die Sachenrechtsprinzipien lediglich

¹⁹⁴ Von Bar (a.a.O.) schreibt anschaulich: „Man kann sie [die Sachenrechtsprinzipien] mit dem farblich hervorgehobenen Eintrag überregionaler Verkehrsverbindungen auf modernen Landkarten vergleichen. Sie gewähren einen Überblick zur schnellen Orientierung. Wegen ihrer großen Einprägsamkeit tragen sie wirkmächtig zu der Kontinuität vieler nationaler Sachenrechtsordnungen bei.“

¹⁹⁵ Auf der Absolutheit baut die sog. personalisierte Theorie für die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien auf, siehe § 4A.II.

¹⁹⁶ Von Bar, Gemeineuropäisches Sachenrecht, Rn. 20.

¹⁹⁷ Von Bar, a.a.O.

¹⁹⁸ Für unterschiedliche Ansichten hinsichtlich der Absolutheit dinglicher Rechte in Europa siehe von Bar, Gemeineuropäisches Sachenrecht, Rn. 20-26.

¹⁹⁹ Siehe ausführlich zur beschränkten Geltung der Absolutheit die kritischen Ausführung zur personalisierten Theorie unter § 4A.II.

als Orientierung dienen sollen und keinen Anspruch auf absolute Einhaltung entfalten. Betrachtet man die Absolutheit aus einer anderen Perspektive, so ist sie nicht nur Ausdruck von Stärke in dem Sinne, dass Sachenrechte gegenüber jedermann durchgesetzt werden können. Vielmehr kommt dadurch auch eine besondere Verletzlichkeit zum Ausdruck, da jedermann theoretisch in der Lage ist, das Recht zu verletzen. Dies ist bei relativen persönlichen Rechten insofern anders, als lediglich die an dem Rechtsverhältnis beteiligten Personen potenziell auch eine Verletzungshandlung begehen können.²⁰⁰

Zweitens ist die Publizität, insbesondere des Übertragungsakts, zu nennen. Ist man im Besitz einer beweglichen Sache, so wird (widerlegbar) angenommen, dass man auch der Eigentümer ist. Bei der Übertragung von beweglichen Sachen ist zudem eine Übergabe und bei Immobilien eine Eintragung im Grundbuch notwendig. *Reid* sieht in diesem Punkt eines der Hauptunterscheidungsmerkmale zwischen dinglichen und persönlichen Rechten. Er begründet das Bedürfnis an Publizität so, dass dingliche Rechte „die Welt“ betreffen und diese somit auch über bestehende Sachenrechte in Kenntnis gesetzt werden müsse.²⁰¹

Drittens folgt das südafrikanische Recht interessanterweise dem Abstraktionsprinzip.²⁰² Das dingliche Rechtsgeschäft bleibt demnach unabhängig von einem zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag. Dieses Prinzip wird als Bestärkung oder auch Auswuchs des Publizitätsgrundsatzes angesehen, denn eine Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts wird nicht publik gemacht und Dritte, die auf die Wirksamkeit des dinglichen Geschäfts vertrauen, werden geschützt.²⁰³ Die bedingungslose Anerkennung des Abstraktionsprinzips ist in Südafrika jedoch keinesfalls selbstverständlich. In älteren südafrikanischen Gerichtsentscheiden aus dem späten 19. sowie frühen 20. Jahrhundert wird offensichtlich von einem Zusammenhang zwischen der Causa und dem dinglichen Rechtsgeschäft ausgegangen und somit dem

²⁰⁰ Von Bar fasst insoweit zusammen (Gemeineuropäisches Sachenrecht, Rn. 26): „Sachenrechte sind also zwar stärker, aber auch gefährdeter als Schuldrechte. Jene bedürfen folglich eines andersartigen Schutzes als diese.“

²⁰¹ ActJur 1997, S. 225 (235).

²⁰² *AXZS Industries v A F Dreyer (Pty.) Ltd. and others* 2004 (4) SA (W) 186 (196); *Mvusi v Mvusi N.O. and others* 1995 (4) SA (TSC) 994 (999); *Trust Bank van Afrika Bpk. v Western Bank Bpk. en andere N.N.O* 1978 (4) SA (A) 281 (282); *Commissioner of Customs and Excise v Randles Brothers and Hudson Ltd.* 1941 AD 369 (411); Scholtens, *SALJ* 74 (1957), S. 280 (280); van der Merwe, *Things*, S. 258-261.

²⁰³ Van der Merwe, *Things*, S. 56; Wille's Principles, S. 411f.

Kausalprinzip gefolgt.²⁰⁴ Lord CJ de Villiers schreibt 1892 insoweit unmissverständlich: „*It is clear that where a party seeks to have property transferred from one person to another, there must be a *justa causa* for such transfer, be it sale, exchange, or any other dealing which can by law effect such transfer.*”²⁰⁵ Ob dies jedoch infolge einer bewussten Gefolgschaft für das Kausal- im Gegensatz zum Abstraktionsprinzip erfolgte, lässt sich nicht mit letzter Sicherheit aufklären. Zumindest teilweise kann davon ausgegangen werden, dass die zu dieser Zeit vertretenen Ansichten nicht als Ausfluss rechtsdogmatischer Überzeugung entstanden sind, sondern vielmehr mit den persönlichen Vorlieben und dem Geltungsbedürfnis der jeweils zuständigen Richter zusammenhängen.²⁰⁶

Darüber hinaus kannten auch namhafte römisch-holländische Gelehrte zum Teil Ausnahmen von dem Grundsatz, dass das dingliche Rechtsgeschäft unabhängig von der Causa ist. So wurde dem ursprünglichen Eigentümer ein Vindikationsanspruch selbst gegen einen gutgläubigen Dritten zugestanden, wenn dieser die Sache von einer Person erworben hat, die den Eigentümer beim Abschluss des schuldrechtlichen Grundgeschäfts arglistig täuschte. Dies wurde damit begründet, dass die zugrunde liegende Causa nach damaligem Verständnis von Anfang an unwirksam war und nicht etwa ein durch Anfechtung zu durchbrechender Schwebezustand bestand.²⁰⁷ Diese Grundsätze wurden zum Teil sogar noch in späteren Urteilen bis in

²⁰⁴ Lucas' Trustee v Ismail and Amod 1905 TS 239 (243); Municipality of Boshof v Kerkeraad of Boshof 1893 CLJ 252 (253); Preston and Dixon v Biden's Trustee (1880-1884) 1 Buch AC 322 (329f.); Beyers v McKenzie 1880 Foord 125 (127). Für eine Übersicht zur Entwicklung der Rechtsprechung auf diesem Gebiet siehe Carey Miller, Ownership, S. 128-130.

²⁰⁵ Municipality of Boshof v Kerkeraad of Boshof a.a.O. (253). Ders. schreibt zudem in Beyers v McKenzie a.a.O. S. 127: „There must be some valid cause, such as donation, sale or other contract, to make the delivery an effective transfer of the property; and, in the present case, there being no such contract, the property never passed (...).“

²⁰⁶ In Bezug auf die oben zitierte Textstelle von Lord de Villiers in Beyers v McKenzie (a.a.O.) schreibt Carey Miller vielsagend: „This is a characteristic dictum from Lord de Villiers whose judgments are notable for decisiveness, typically in a context of sparing recourse to the authorities of Roman-Dutch law. Another factor in the early tendency in South African law towards a form of final legal rule determined through case-law, following the English pattern, was of course the scope available to judges to leave their own individual mark on legal development. The influence of Lord de Villiers exemplifies this factor to a marked degree“, in: Southern Cross, S. 727 (736).

²⁰⁷ Scholtens, SALJ 1957, S. 280 (286f.); van der Merwe, Things, S. 258.

die 1960er Jahre in Südafrika angewandt.²⁰⁸ Es handelt sich dabei allerdings um Einzelfälle, die vermutlich darauf zurückzuführen sind, dass immer wieder Bezug auf römisch-holländische Rechtsquellen genommen und dabei die aktuellere Rechtsentwicklung aus den Augen verloren wurde.

Seither wird das Kausalprinzip jedoch nicht mehr angewandt und es finden sich keine neueren Quellen, die noch auf diesem Standpunkt stehen. Insofern kann man guten Gewissens behaupten, dass es absolut herrschende Meinung und ständige Rechtsprechung südafrikanischer Gerichte ist, dass dem Abstraktionsprinzip und nicht dem Kausalprinzip gefolgt wird. Es macht überdies keinen Unterschied hinsichtlich der Anwendung des Abstraktionsprinzips, ob die infrage stehende Sache beweglich oder unbeweglich ist.²⁰⁹

Viertens lassen sich dingliche Rechte im Gegensatz etwa zu Persönlichkeitsrechten frei auf Erben und Zessionare übertragen. Ausgenommen von diesem Grundsatz sind beschränkt persönliche Dienstbarkeiten.²¹⁰

Fünftens ist der Bestimmtheitsgrundsatz zu nennen, der vorschreibt, dass dingliche Rechte nur in Bezug auf genau individualisierte Sachen bestehen können. Das bedeutet, dass eine Person kein generelles Eigentumsrecht über all seine Vermögensgegenstände hat, sondern ein eigenes Eigentumsrecht für jeden einzelnen Vermögensgegenstand. Genauso kann eine Person zwar schuldrechtlich sein gesamtes Ver-

²⁰⁸ *J Murray* geht in *Kopelowitz v West and others* 1954 (4) SA (W) 296 (300) im Grunde von der gleichen Annahme aus, wenn auch mit umgekehrten Vorzeichen. Mittlerweile war anerkannt, dass eine arglistige Täuschung nicht *ex lege* zur Unwirksamkeit des Vertrages führt, sondern nur im Falle einer Anfechtung durch den Berechtigten: „As (...) *there was a clear and deliberate intention on the two parties to enter into the present contract with normal results as indicated, the fact that the contract was the result of a fraudulent representation (express or implied) is not enough to vitiate the transaction ab initio, and to put applicant into the same position as if West had stolen the £1,000 from him. Until the contract has been avoided by the applicant as the aggrieved party (it would be voidable at his election) a transfer following on such contract would be made ex justa causa, and would be sufficient to confer good title on West*“. Eine ähnliche Andeutung lässt sich bei *Forsdick Motors Ltd. v Lauritzen and another* 1967 (3) SA (N) 249 (254) finden.

²⁰⁹ Zu der Frage, ob der Eigentumsübergang bei beweglichen und unbeweglichen Sachen unterschiedlichen Prinzipien folgen sollte, schreibt *J Stafford* in *Brits and another v Eaton N.O. and others* 1984 (4) SA (T) 728 (734f.): „*In my view there can be no difference in principle when it comes to deciding whether ownership in immovable property passes.*“ Zustimmend *Klerck N.O. v Van Zyl and Maritz N.N.O. and another and related cases* 1989 (4) SA (SEC) 263 (273).

²¹⁰ Siehe § 2D.II.2.

mögen veräußern, allerdings bedarf es für den Eigentumsübergang jeweils eines eigenen dinglichen Übertragungsakts.²¹¹

II. Kein *numerus clausus* dinglicher Rechte

Ein weiterer Sachenrechtsgrundsatz ist der sog. *numerus clausus* der Sachenrechte. Schon das römische Recht kannte ein solch geschlossenes System dinglicher Rechte. Damals anerkannt waren das Eigentum (*dominium*), Dienstbarkeiten (*servitutes*), Pfandrechte (*pignus*), Hypotheken (*hypotheca*), ewige Mietrechte (*emphyteusis*) und Überbauten (*superficies*).²¹² Mit Aufkommen des Feudalismus im Mittelalter entstanden eine Vielzahl neuer Rechte an Ländereien zugunsten von Feudalherren wie etwa das Recht, eine jährliche Abgabe einzuziehen oder Jagd- und Fischereirechte. Die Rezeption dieser neuen dinglichen Rechte zunächst im germanischen und später auch im römisch-holländischen Rechte führte zu einem Bruch des vormals geschlossenen Systems.²¹³

Obwohl es einen Feudalismus nach europäischer Façon in Südafrika nie gegeben hat, kennt das südafrikanische Recht keinen strikten *numerus clausus* dinglicher Rechte, sodass neue dingliche Rechte theoretisch unbegrenzt entstehen können.²¹⁴ Fraglich ist jedoch, welche Gründe sich dafür ins Feld führen lassen. „Entscheidet“ sich eine

²¹¹ Siehe zu den Prinzipien insgesamt van der Merwe, Things, S. 56; ders./Pienaar/de Waal, South Africa, S. 54-58; Westermann, TSAR 2011, S. 1-15; Wille's Principles, S. 410-412.

²¹² Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 47f.; van Warmelo, Roman Civil Law, paras. 192, 269, 299, 317f.; Wille's Principles, S. 431.

²¹³ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 48; van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (803); ders. Things, S. 57; van Warmelo, ActJur 1959, S. 84 (87f.); Wille's Principles, S. 431.

²¹⁴ Denel (Pty.) Ltd. v Cape Explosive Works Ltd. and another 1999 (2) SA (T) 419 (434); Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 48; Mostert/Pope, Law of Property, S. 44; Mostert/Verstappen, in: MSPL, S. 351 (353); Scott, CILSA 39 (2006), S. 152 (165); van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (802); Wille's Principles, S. 431f. Von einem „virtual *numerus clausus* of real rights“, in dessen Rahmen neue dingliche Rechte nicht ohne Weiteres anerkannt werden sprechen von der Merwe/Pienaar/de Waal, South Africa, S. 54f. In einigen Bereichen, die das Sachenrecht betreffen, herrscht jedoch auch in Südafrika eine Art *numerus clausus*. So z.B. im Bereich des abgeleiteten und originären Erwerbs dinglicher Rechte – Mostert/Verstappen, in: MSPL, S. 351 (353); van der Merwe/Pienaar/de Waal, South Africa, S. 54f. Ob es jedoch Sinn ergibt, den Begriff des *numerus clausus* in jedem Bereich zu verwenden, in dem rechtliche Vorgaben zur Einhaltung bestimmter Grundsätze gemacht werden, sei an dieser Stelle dahingestellt.

Rechtsordnung dafür oder dagegen, ein geschlossenes System dinglicher Rechte anzuerkennen?

Der restriktive Ansatz eines *numerus clausus*, unter dessen Regenschaft nur eine limitierte Anzahl von Erscheinungsformen dinglicher Rechte bestehen kann, soll vordergründig für Rechtssicherheit sorgen. Überlässt man es – wie in Südafrika – letztlich dem Gutdünken der Gerichte, ob ein Grundstücksrecht dinglicher Natur und somit registrierungsfähig ist oder nicht, so entsteht ein hohes Maß an Rechts- und Planungsunsicherheit.²¹⁵ Inhalt eines *numerus clausus* dinglicher Rechte wäre zum einen, dass nur anerkannte dingliche Rechte konstituiert werden können (Typenzwang) und zum anderen, dass der Inhalt dieser Rechte vorgegeben ist und nicht der Autonomie der Parteien überlassen wird (Typenfixierung).²¹⁶ Bestünde ein geschlossenes System im südafrikanischen Recht, so wäre die vorliegende Forschungsarbeit weitestgehend obsolet und die Frage nach der Registrierbarkeit wäre in den meisten Fällen schnell beantwortet. Es soll zudem unterbunden werden, dass ein Eigentümer durch unnütze Belastung einer Sache sämtliche Rechtsnachfolger bindet und die Verkehrsfähigkeit der Sache entsprechend eingeschränkt wird. Dies steht im krassen Gegensatz zu der schier grenzenlosen Privatautonomie im Vertragsrecht. Durch den *numerus clausus* wird die Privatautonomie somit eingeschränkt. Darüber hinaus wird eine Anpassung an moderne Entwicklungen und neu auftretende Umstände zumindest nicht unerheblich erschwert.²¹⁷ Ohne einen *numerus clausus* wird es dem Rechtsanwender ermöglicht, die Rechtsgestaltung an seine speziellen Bedürfnisse anzupassen.²¹⁸

Es kann freilich nicht davon gesprochen werden, dass es in Südafrika eine bewusste „Entscheidung“ unter Abwägung von Vor- und Nachteilen auf diesem Gebiet gegeben hat. Vielmehr wurde das durch den Feudalismus geöffnete römisch-holländische System rezipiert und

²¹⁵ Mostert/Pope, Law of Property, S. 341; van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (802).

²¹⁶ Van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (802).

²¹⁷ Mostert/Verstappen, in: MSPL, S. 351 (351f.); van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (803); ders. Things, S. 8; Wille's Principles, S. 410.

²¹⁸ Mostert/Pope, Law of Property, S. 341: „[I]n the absence of a closed system, the law is inherently more flexible, and the options inherently less certain. The fact that a *numerus clausus* of real rights does not exist enables users to customise arrangements to suit their specific needs. This possibility, however, leads to greater uncertainty as to whether customised arrangements translate into registrable land rights. Although a closed systems approach advances legal certainty, adaptation to modern conditions is made more difficult.“

später dem Einfluss des englischen Common Law ausgesetzt.²¹⁹ So kam es etwa dazu, dass das römisch-holländische *erfpagrecht* durch die englische Rechtsfigur der *perpetual quitrent*, einer Art ewiger Landpacht, ersetzt wurde.²²⁰

Wollte man Kategorien der anerkannten dinglichen Rechte in Südafrika benennen, so wären diese wohl Eigentum, Dienstbarkeiten, Pfandrechte, Grundpfandrechte, dauerhafte Mietrechte, Erbpachtrechte, Landpachtrechte, Bergbau- und Abbaurechte in Bezug auf Mineralien sowie Wohnungseigentum und weitere dingliche Rechte in Bezug auf Gebäudeteile.²²¹ Sowohl innerhalb als auch außerhalb des Rahmens dieser Kategorien sind in Südafrika weitere dingliche Rechte entweder durch Gesetzgebung²²² oder höchstrichterliche Entscheidung entstanden.²²³

Es versteht sich von selbst, dass die Anerkennung neuer dinglicher Rechte auch in Südafrika nicht nach Belieben erfolgen kann, sondern bestimmten Voraussetzungen unterliegt.²²⁴ Dies hat u.a. zur Folge,

²¹⁹ Van der Merwe, Things, S. 57.

²²⁰ Ferner wurde z.B. das römisch-holländische *opstalreg* (Überbaurecht) von der englischen *leasehold* ersetzt – van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (804); ders. Things, S. 57.

²²¹ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 48f.; van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (803f.); ders. Things, S. 57. Die Kategorien finden sich auch in Art. 3 Abs. 1 des DRA wieder. Mit Blick auf die jüngste Entscheidung des südafrikanischen *Supreme Court of Appeal* in *Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others* ((2015) 1 All SA (SCA) 562) will *Tuba* zudem eine neue Kategorie dinglicher Rechte ausgemacht haben, nämlich Bedingungen von Hauseigentümergeinschaften (THRHR 79 (2016)): „[T]he Supreme Court of Appeal’s conclusion that the embargo conditions, with their obligations to pay outstanding fees and levies ‘take away from the owner’s dominium’ and are therefore a real right, arguably implies a new set of real rights in the form of [home owners’ association] conditions. HOA conditions may, henceforth, be recognised as a new set of real rights.“

²²² Z.B. durch den *Sectional Titles Act* aus 1971, der die Begründung von Wohnungseigentum ermöglichte oder durch den *Black Communities Development Act* aus 1986, der es „fähigen Schwarzen“ („competent Blacks“) erlaubt, sich unter bestimmten Umständen bei der zuständigen lokalen Behörde um eine Registrierung des Mietbesitzes („leasehold“) über ein Grundstück zu bemühen, das sie bewohnen. Das Registerzertifikat ermächtigt den Inhaber zu einem dem Eigentümer beinahe gleichstehenden Umgang mit dem Grundstück. Nach einer Gesetzesänderung ist es nun sogar möglich, den registrierten Mietbesitz unter bestimmten Umständen in Eigentum umzuwandeln. Für einen weiteren Überblick über neu geschaffene dingliche Rechte durch Gesetzgebung siehe van der Merwe, Things, S. 58f.

²²³ Van der Merwe, Things, S. 58.

²²⁴ Die Herausarbeitung der genauen Voraussetzungen ist Gegenstand dieser Forschungsarbeit. Ein eigener Lösungsansatz findet sich unter § 5.

dass sich der Inhalt eines neu kreierten dinglichen Rechts stark an dem eines bereits etablierten dinglichen Rechts orientiert, welches so- dann die Grundlage für seine Anerkennung darstellt.²²⁵ Der frucht- barste Boden für Neuschöpfungen durch Gerichte liegt im Bereich der Dienstbarkeiten. Bei Grunddienstbarkeiten kommt es nicht etwa dar- auf an, dass das infrage stehende Recht in einen vorgegebenen Typus passt,²²⁶ sondern dass es bestimmte abstrakte Eigenschaften aufweist, um als Dienstbarkeit anerkannt zu werden.²²⁷ Und auch im Bereich beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten wird das Feld der im Rah- men des römischrechtlichen *numerus clausus* anerkannten Rechte²²⁸ im südafrikanischen Recht erweitert.²²⁹

Es werden z.T. auch Elemente persönlicher- und Grunddienstbarkei- ten kombiniert. Diese Neuschöpfungen werden sodann unter der Ka- tegorie der „unregelmäßigen Dienstbarkeiten“ zusammengefasst.²³⁰ Beispiele hierfür sind etwa die Dienstbarkeiten *trekpath* und *outspan*. Das *right of trekpath* erlaubt es dem Inhaber, Vieh und Schafe über ei- nen genau festgelegten Streifen auf fremdem Land zu treiben, auf dem die Tiere auch grasen und getränkt werden dürfen.²³¹ Der Inha- ber der Dienstbarkeit *outspan* darf seine Zugtiere losschirren und auf dem belasteten Land ruhen und grasen lassen.²³² Diese unregelmässi- gen Dienstbarkeiten vereinen also Elemente von beschränkt persönli- chen und Grunddienstbarkeiten dergestalt, dass sie zwar inhaltlich eigentlich Grunddienstbarkeiten darstellen, diese jedoch zugunsten

²²⁵ Mostert/Pope, Law of Property, S. 237; van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (802).

²²⁶ D.h. es gibt keinen *numerus clausus* – Van der Merwe v Wiese 1948 (4) SA (C) 8 (30).

²²⁷ De Waal, in: Southern Cross, S. 785 (789-803); Wille's Principles, S. 593-597.

²²⁸ I.e. Nießbrauch (*usufructus*), Gebrauch (*usus*), Wohnrecht (*habitatio*) und Dienste von Sklaven und Tieren (*operae servorum et animalium*) – de Waal, in: Southern Cross, S. 785 (788); du Plessis, Roman Law, S. 163-167; van Warmelo, Roman Civil Law, paras. 281-285; Wille's Principles, S. 604.

²²⁹ Durban City Council v Woodhaven Ltd. and others 1987 (3) SA (A) 555 (559); Botha, De Jure 28 (1995), S. 201 (201-203); Wille's Principles, S. 604.

²³⁰ Sog. *servitutes irregulares* oder *irregular servitudes* sind Dienstbarkeiten mit dem Inhalt einer Grunddienstbarkeit, die zugunsten einer Person in ihrer Funktion als solche und nicht als Eigentümerin eines anderen Grundstücks errichtet werden – de Waal, in: Southern Cross, S. 785 (810); van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (804); Wille's Principles, S. 604.

²³¹ Van Heerden v Pretorius 1914 AD 69 (74); de Waal, in: Southern Cross, S. 785 (805).

²³² De Waal, in: Southern Cross, S. 785 (805); van der Merwe, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 201 (226). Siehe zur Dienstbarkeit *outspan* auch Schre- ve v Minister of Agriculture 1974 (3) SA (E) 76 (77f.).

einer bestimmten Person bestellt werden und nicht an die Eigentümerstellung am dienenden Grundstück anknüpfen.²³³

Anhand des dargestellten Beispiels der Dienstbarkeiten lassen sich die Vorzüge und Nachteile eines offenen Systems wunderbar ablesen. Zum einen kann ein spezielles Bedürfnis mit einem ebenso speziellen Recht bedacht werden. Auf der anderen Seite gibt es eine Vielzahl von Fällen, bei denen die Einordnung als dingliches Recht unsicher ist. Umso wichtiger ist es, auch bei einem offenen System klare und universelle Kriterien zu haben, die die Einordnung zumindest erleichtern.²³⁴

C. Das südafrikanische Liegenschaftsregister

Für die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien kommt dem Liegenschaftsregister eine zentrale Rolle zu. Diese ergibt sich jedoch weniger daraus, dass sich die Dinglichkeit an der Registereintragung ablesen lässt. Die Bestimmung der Dinglichkeit bleibt Aufgabe des materiellen Grundstücksrechts. Jedoch wird der objektive Teil der Übertragung dinglicher Rechte an Immobilien durch die Registrierung im *Deeds Registry*, dem südafrikanischen Liegenschaftsregister, vollzogen und eintragungsfähig sind grundsätzlich nur dingliche Rechte. Dies ergibt sich direkt aus dem südafrikanischen *Deeds Registries Act*.²³⁵ In diesem Gesetzeswerk finden sich darüber hinaus umfassende administrative Vorschriften rund um den dinglichen Rechtserwerb mit Bezug auf Immobilien.

Das jeweils zuständige der insgesamt neun in Südafrika befindlichen Grundbuchämter²³⁶ befindet sich innerhalb des Jurisdiktionsgebiets des für den Belegenheitsort der Immobilie zuständigen *High Court*.²³⁷ Geleitet werden sie von einem Registerbeamten, welcher vom zustän-

²³³ De Waal, in: Southern Cross, S. 785 (810); van der Merwe/de Waal, Law of Servitudes, para. 242 Fn. 2. Näheres zu (unregelmäßigen) Dienstbarkeiten im Abschnitt § 2D.II.

²³⁴ Siehe zu den unterschiedlichen Theorien § 4 und § 5.

²³⁵ 47 aus 1937.

²³⁶ Bloemfontein, Johannesburg, Kapstadt, Kimberley, King William's Town, Pietermaritzburg, Pretoria, Vryburg und Umtata (zuzüglich lokaler Ableger).

²³⁷ Dieser Grundsatz erwächst aus dem Prinzip *coram iudice rei sitae* (die Übertragung muss vor dem Gericht stattfinden, in dessen Bezirk sich die Immobilie befindet). Mittlerweile werden Grundbuchangelegenheiten nicht mehr vom Gericht oder Richter selbst, sondern vom Grundbuchamt und dem entsprechenden Registerbeamten durchgeführt – Mostert/Pope, Law of Property, S. 211.

digen Minister für ländliche Entwicklung und Landreform ernannt wird.²³⁸

I. Historische Entwicklung

Die Geschichte der Landregistrierung in Südafrika beginnt mit der Landung *Jan van Riebeecks* am Südkap im Jahre 1652.²³⁹ Die indigene Bevölkerung kannte das Konzept von privatem Eigentum an Ländereien nicht und betrachtete alle in dem jeweiligen Stammesgebiet befindlichen Landeinheiten als dem Stamm als solchen gehörend. Somit erübrigte sich auch jeder Gedanke an eine Publizierung von Landrechten.²⁴⁰ In Europa war man zu dieser Zeit schon deutlich weiter.²⁴¹ Sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden wurde zumin-

²³⁸ Sec. 2 Abs. 1 lit. b DRA – „Registrar of Deeds“. Jedem obersten Registerbeamten stehen einige Vertreter und Assistenten zur Seite, die im Wesentlichen die gleichen Rechte besitzen. Die Pflichten des obersten Registerbeamten sind in sec. 3 DRA aufgeführt. Zwar ist dieser kein Richter im formellen Sinne und die Grundbuchämter befinden sich nicht mehr innerhalb der Gerichte, jedoch ist die Arbeit sehr juristisch geprägt und hat zum Teil weitreichende juristische Konsequenzen. Siehe umfassend Badenhorst/Pienaar/Mostert, S. 215f.; Nel, Jones' Conveyancing, S. 12-22.

²³⁹ Für eine ausführliche historische Herleitung der heute geltenden Prinzipien der Landregistrierung siehe Denoon, SALJ 60 (1943), S. 179 (179-187), 457 (457-467); ders. SALJ 61 (1944), S. 4 (4-13); ders. SALJ 62 (1945), S. 458 (458-467); Lee, Introduction, S. 139f.; Nel, Jones' Conveyancing, S. 1-11; Wessels, History, S. 490-501.

²⁴⁰ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 202; Nel, Jones' Conveyancing, S. 3.

²⁴¹ Zu Zeiten *Kaiser Justinians* wurde hinsichtlich der Übertragung von Land kein Unterschied zu der Übertragung von beweglichen Sachen gemacht, sodass auch keine zusätzlichen Formalitäten oder Publizitätsakte gefordert wurden – siehe zur Geschichte der Landübertragung im römischen Recht insgesamt Wessels, History, S. 490-492. Insbesondere das Germanische Recht leistete jedoch Vorschub für das heute noch praktizierte Publizitätsprinzip. So wurde die Übertragung von Landstücken durch die Ausführung eines symbolischen Aktes vollzogen. Die jeweils notwendige Zeremonie musste vom Käufer und Verkäufer unter Zeugen durchgeführt werden. Zum Teil wurden Landübertragungen vor der Stammesversammlung ausgeführt. Die symbolischen Akte dienten zum einen dazu, die Installation des neuen Eigentümers sowie zum anderen die Aufgabe des Eigentums durch den bisherigen Eigentümer nach außen hin kundzutun. Die Ausgestaltung der symbolischen Akte variierte von Stamm zu Stamm. Zum Teil wurde etwa ein Stück Erde, ein Grashalm, ein Ast oder auch ein Speer übergeben, um den Eigentumsübergang vor Zeugen zu symbolisieren. Danach wurden die Grenzen des übertragenen Landstücks von den Parteien mit den Zeugen abgelaufen und schließlich zog der alte Eigentümer unter Niederlegung eines mitgeführten Stabes einsam von dannen – Hahlo/Kahn, System, S. 347f.

dest im späten 15. Jahrhundert bereits ein System praktiziert, bei dem Alt- und Neueigentümer eines Landstücks vor einer offiziellen Stelle (in der Regel dem zuständigen Gericht) erscheinen und aussagen mussten, dass eine Landübertragung stattgefunden hat. Dies wurde sodann in einem speziell dafür vorgesehenen Buch vermerkt und an drei Sams- oder Kirchentagen öffentlich proklamiert.²⁴² *Kaiser Karl V.* legte mit einem Erlass vom 10. Mai 1529 schließlich für das gesamte Staatsgebiet des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nationen u.a. fest, dass niemand sich mehr anmaßen solle, eine Immobilie zu übertragen, außer vor einem Richter und an dem Ort, an dem sich die Immobilie befindet. Alle diesem Grundsatz zuwiderlaufenden Geschäfte seien null und nichtig.²⁴³ Dieser Erlass kann als so etwas wie die Geburtsstunde der modernen Registrierungspraxis von Landrechten bezeichnet werden. In den Vereinigten Niederlanden erging 1580 ein politischer Erlass, der u.a. vorsah, dass Landübertragungen im „Land-Buch“ registriert werden müssen.²⁴⁴ Durch die im Zuge der Kolonialisierung erfolgte Rezeption des römisch-holländischen Rechts hatten diese Vorschriften auch direkten Einfluss auf das in Südafrika herrschende System.

Nach Beginn der niederländischen Besetzung Südafrikas verlief die Etablierung eines gefestigten Registerwesens eher schleppend. Erst im Jahre 1714, also über 60 Jahre nach der Landung der niederländischen Ostindien-Kompanie, wurde ein offizielles Registrierungssystem in der Kapkolonie begründet.²⁴⁵ Alle bis dahin vollzogenen Landübertragungen sowie existierende Landrechte mussten rückwirkend in das Register eingetragen werden. Das bis dahin geführte Nachweissystem war weder einheitlich noch vollständig oder chronologisch geordnet und litt insgesamt unter einer vernachlässigten Verwaltung.²⁴⁶

Nach zaghaften Reformbestrebungen seitens der niederländischen Verwaltung kam erst mit Übernahme der Briten neues Leben in das Registerwesen.²⁴⁷ Insbesondere eine Proklamation des Gouverneurs der Kapkolonie *John Francis Cradock* aus dem Jahre 1813, durch die die

²⁴² *Frye's (Pty.) Ltd. v Ries* 1957 (3) SA (A) 575 (582); Lee, Introduction, S. 139.

²⁴³ „Henceforth no one shall presume to sell, charge, convey, alienate, or hypothecate any houses, lands, plots of grounds, tithes, tijnzen (...), or other immovable property except before the Judge and in the place where the goods are situated'. All sales, &c., which do not comply with this provision are to be null and of no effect.“ – Lee, Introduction, S. 139. Siehe auch Hahlo/Kahn, Union, S. 590; Wille's Principles, S. 534.

²⁴⁴ Lee, Introduction, S. 139.

²⁴⁵ Wessels, History, S. 499

²⁴⁶ Denoon, SALJ 60 (1943), S. 179 (184f.); ders. SALJ 61 (1944), S. 4 (4f.).

²⁴⁷ Denoon, SALJ 61 (1944), S. 4 (11-13); Nel, Jones' Conveyancing, S. 4-6.

Katastervermessung als Basis für den Registereintrag eingeführt wurde, hat bis in die heutige Zeit spürbare Auswirkungen.²⁴⁸ Im Jahre 1828 wurde das Registerwesen in der Kapregion vom Gerichtswesen losgelöst und es wurde erstmals ein separates Registeramt mit eigenen Registerbeamten installiert,²⁴⁹ bevor 1844 ein eigenes Landregister eingeführt wurde, welches von rechtlich geschulten sog. *Conveyancers* gepflegt wurde.²⁵⁰ Dieses System verbreitete sich seit 1844 in weiten Teilen Südafrikas und seit Schaffung der Union im Jahre 1910 gab es Bestrebungen, ein einheitliches Registersystem zu schaffen. Mit dem heute noch gültigen *Deeds Registries Act* wurde dieses Vereinheitlichungsstreben 1937 vollendet. Das Gesetz ist somit das Ergebnis eines langwierigen Prozesses und ein Kompromiss zur Vereinheitlichung unterschiedlicher Systeme.²⁵¹ Er fußt als solcher nicht auf einer gezielten wissenschaftlichen Ausarbeitung oder Planung. Gleichwohl ist das südafrikanische Registerwesen heute bekannt für seine hohe Genauigkeit und Vollständigkeit.²⁵² Dies ist nicht zuletzt dem traditionell hergebrachten Umstand zu verdanken, dass sowohl der oberste Registerbeamte, als auch seine Stellvertreter und Assistenten hinreichend juristisch geschult sein müssen und vor ihrer Ernennung zumindest sieben Jahre im Grundbuchamt gearbeitet haben müssen.²⁵³

²⁴⁸ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 204; Nel, Jones' *Conveyancing*, S. 4f.

²⁴⁹ Das Amt wurde seinerzeit zusammengelegt mit dem Register für Sklaven und wurde bekannt als Amt zur Registrierung von Sklaven und Urkunden („*Registrar of Slaves and Deeds*“) – Denoon, SALJ 60 (1943), S. 457 (457); Hahlo/Kahn, *Union*, S. 591; Nel, Jones' *Conveyancing*, S. 3.

²⁵⁰ Denoon, SALJ 60 (1943), S. 457 (460). Heute beschreibt die Bezeichnung „*Conveyancer*“ in Südafrika einen Juristen, der für die Parteien die vor dem Grundbuchamt notwendigen Dokumente ausfertigt und beglaubigt. Er kann mit dem in Deutschland für entsprechende Zwecke tätigen Notar verglichen werden.

²⁵¹ Carey Miller, *Ownership*, S. 165f.

²⁵² „The South African system of land registration is the product of a gradual process of development which commenced with colonisation and still continues. This contrasts with, for example, the Torrens system which was introduced into various countries and which was properly planned and scientifically developed right from the outset. The South African system is, nevertheless, renowned for the high degree of accuracy and completeness (...).“ – Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 205.

²⁵³ Sec. 2 (2) DRA: „No person shall be appointed as chief registrar, registrar, deputy registrar or assistant registrar of deeds (...), unless he has passed the diploma iuris examination or an examination deemed by the Minister (...) to be equivalent thereto, and has served in the administrative division of the public service in one or more deeds registries for a period of not less than seven years (...).“

II. Publizität

Sec. 7 Abs. 1 des *Deeds Registries Act* besagt, dass jedermann unter bestimmten Umständen das Recht hat, Einsicht in das Grundbuch und andere öffentliche Register zu nehmen und nach Wunsch auch Kopien anzufertigen. Dieser Absatz ist Ausdruck des in Südafrika geltenden Publizitätsprinzips,²⁵⁴ welches in Bezug auf Immobilien im Grundbuch seinen Niederschlag findet. Der Charakter von dinglichen Rechten als sog. absolute Rechte, die nicht nur gegenüber einem Transaktionspartner, sondern in Bezug auf eine Sache potenziell gegenüber jedermann durchsetzbar sind,²⁵⁵ macht es notwendig und sinnvoll, die Existenz eines dinglichen Rechts an Immobilien sowie seinen Inhaber gegenüber der Öffentlichkeit kundzutun. Dies wird dadurch erreicht, dass jedes Landstück vermessen und die Grenzen genau abgesteckt werden. Diese Parzellierung findet sich in penibel geführten Plänen und Grundrissen im Liegenschaftsregister wieder. Das so erzeugte sog. Katastersystem sorgt für hinreichende Klarheit und Rechtssicherheit zur Identifizierung von Grundstücken und sonstigen Immobilien, an denen dingliche Rechte bestehen.²⁵⁶

In Südafrika folgt man im Zusammenhang mit der Publizität der sog. *doctrine of constructive notice*, also sinngemäß dem Grundsatz der vermuteten Kenntnis.²⁵⁷ Gemäß diesem Grundsatz wird angenommen, dass jede Person Kenntnis von solchen dinglichen Rechten hat, die im Grundbuch abgebildet sind. Dieser Maxime sollte trotz der allgemeinen Anerkennung jedoch nicht zu viel Bedeutung beigemessen werden. Denn der Schutz durch das Grundbuch besteht nicht infolge des bloßen Umstands, dass ein Recht im Grundbuch abgebildet ist, sondern weil durch die Registrierung der objektive Teil des dinglichen Übertragungsaktes vollzogen wird und somit ein dingliches Recht entstanden ist, welches es zu schützen gilt.²⁵⁸

Darüber hinaus kann man die vermutete Kenntnis nur zum Schutz des im Grundbuch verzeichneten Rechts einwenden. Das schließt jedoch nicht aus, dass etwa eine Haftung wegen Vertragspflichtverletzung bejaht werden kann, auch wenn sich die vertragsbrüchige Partei

²⁵⁴ Siehe allgemein zum Publizitätsprinzip § 2B.I.

²⁵⁵ Siehe § 2B.I. Zur eingeschränkten Geltung des Absolutheitsgrundsatzes in Südafrika siehe § 4A.II.

²⁵⁶ Carey Miller, in: *Southern Cross*, S. 727 (754f.); Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 211

²⁵⁷ Eine umfassende Diskussion zur Bedeutung des Grundsatzes und dessen Anwendbarkeit in Südafrika findet sich in *Frankel Pollak Vinderine Inc. v Stanton* N.O. 2000 (1) SA (W) 425 (432-438).

²⁵⁸ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 81f.

im Nachhinein auf im Grundbuch verbrieft Rechte und Tatsachen beruft.²⁵⁹ Alles andere liefe auch auf treuwidriges Verhalten dergestalt hinaus, dass man in Kenntnis der im Grundbuch abgebildeten Rechtslage zunächst handelt und sich nachher auf die Unwirksamkeit infolge Nichtbeachtung der Rechtslage beruft (*venire contra factum proprium*).²⁶⁰

III. Natur und Wirkung der Registrierung

Es stellt sich ferner die Frage nach der Natur und Wirkung der Registrierung, welche insbesondere beim gutgläubigen Erwerb eine große Rolle spielt.²⁶¹ Im Wesentlichen wird zwischen zwei unterschiedlichen Systemen unterschieden, dem positiven und dem negativen.²⁶² Bei einem positiven System übernimmt der Staat quasi eine Garantie dafür, dass die im Grundbuch abgebildete Rechtslage korrekt ist.²⁶³ Ein potenzieller Erwerber eines Grundstücks kann sich somit im Rahmen der Erforschung der aktuellen Rechtslage auf das Grundbuch verlassen und muss sich nicht mit etwaigen „versteckten“ Rechten oder Interessen auseinandersetzen, die aus dem Register nicht hervorgehen.²⁶⁴ Dies hat zur Folge, dass sich ein gutgläubiger Erwerber auf die

²⁵⁹ In *Frye's (Pty.) Ltd. v Ries* 1957 (3) SA (A) 575 war die Beklagte Miteigentümerin eines Grundstücks. Sie vermietete einen Teil des Grundstücks (samt Kaufoption) an ein Unternehmen, ohne vorher die Zustimmung der anderen Miteigentümerinnen einzuholen. Diese verweigerten die nachträgliche Genehmigung, so dass die Beklagte ihre Vertragspflicht nicht erfüllen konnte. Sie berief sich auf die *doctrine of constructive notice* und darauf, dass der Kläger hätte wissen müssen, dass weitere Zustimmungen notwendig sind. Das Gericht verwarf diesen Einwand und führte wie folgt aus (a.a.O. 583): „*It is quite clear, (...) that registration is intended to protect the real rights of those persons in whose names such rights are registered in the Deeds Office. It is obvious that the Deeds Office is a source of information concerning such rights, but the real function of registration is the protection of the persons in whose names real rights have been registered. Such rights are maintainable against the whole world, but that does not mean that every person in the world must be deemed to know the ownership of every real right registered at the Deeds Office.*”

²⁶⁰ So ähnlich Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 82.

²⁶¹ Ein umfassender Vergleich von positivem und negativem System mit dem Ergebnis, dass letztlich der Schutz des gutgläubigen Erwerbers der markanteste Unterschied ist, findet sich bei Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 230-234.

²⁶² Carey Miller, in: *Southern Cross*, S. 727 (751-754); ders./Pope, *Land Title*, S. 53-55; Wille's *Principles*, S. 536-538.

²⁶³ Man kann also von einem „*Spiegelprinzip*“ oder „*mirror principle*“ sprechen, da das Register eine genaue Spiegelung der bestehenden Rechte gegenüber dem Land ist – Ruoff, *ALJ* 26 (1952), S. 118 (118-121).

²⁶⁴ Dies wird auch als „*Vorhangprinzip*“ („*curtain principle*“) bezeichnet: Das Register ist der Vorhang, auf dem alle relevanten Informationen hinsichtlich der an

sich aus dem Grundbuch ergebenden Informationen verlassen kann und der wahre Eigentümer sein Eigentum unwiderruflich verliert, wenn er nicht vor dem Rechtsübergang auf den gutgläubigen Dritten eine Grundbuchberichtigung veranlasst. Dies stellt für den Staat insofern ein Risiko dar, als er für die Korrektheit der zur Verfügung gestellten Informationen einsteht und im Falle einer Unrichtigkeit zur Entschädigung des wahren Eigentümers verpflichtet ist.²⁶⁵

Südafrika folgt jedoch einem negativen System der Landregistrierung,²⁶⁶ in dem es keine staatliche Garantie für die Richtigkeit des Grundbuchs gibt. Die entscheidende Frage, die zur Unterscheidung zwischen einem positiven und einem negativen System gestellt werden muss, ist folglich, ob die Registrierung für die als Rechtsinhaber eingetragene Person eine staatliche gewährte Garantie darstellt.²⁶⁷ Man kann bei einem Register, das auf einem negativen System basiert, insofern davon sprechen, dass es sich um ein Urkundenregister und nicht um ein Rechte- oder Titelregister handelt.²⁶⁸ Entschädigungen für eine fehlerhafte Registrierung schließt der *Deeds Registries Act* explizit aus.²⁶⁹ Dieser Ansatz nimmt im Gegensatz zum positiven System eine umgekehrte Wertung dergestalt vor, dass nicht der gut-

dem jeweiligen Landstück bestehenden Rechte abgebildet sind und man muss sich nicht damit befassen, was hinter dem Vorhang liegt – Ruoff, ALJ 26 (1952), S. 162 (162-165).

²⁶⁵ Dies wird von Ruoff als „Versicherungsprinzip“ („insurance principle“) bezeichnet – ALJ 26 (1952), S. 194 (194-198). Zustimmung zu allen Prinzipien äußern sich Cooke, Land Registration, S. 9; Simpson, Land Law, S. 22.

²⁶⁶ Oudekraal Estates (Pty.) Ltd. v City of Cape Town and others 2002 (6) SA (C) 573 (588f.); Cape Explosive Works Ltd. v Denel (Pty.) Ltd. 2001 (3) SA (SCA) 569 (579); Knysna Hotel CC v Coetzee N.O. 1998 (2) SA (SCA) 743 (753); Bobbert, ConveyBull 4 (1990), S. 5 (6); Hahlo/Kahn, Union, S. 592. Nicht so sicher in der genauen Einordnung sind sich Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 235-238; Mostert, in: Modern Studies, S. 3 (3f.); und auch Simpson, Land Law, S. 105: „Since there is no country in which land parcels are more closely defined than in South Africa, and since no transaction in land there can be effected without being registered under the parcel to which it relates, the only reason for classifying the South African system as deeds rather than title registration would appear to be that, technically, it is not the fact of registration which proves title but the document of transfer if duly registered. But does this make any real difference in practice if the registrar is required to satisfy himself that a deed is in order before he accepts it for registration, and to reject it if he is not satisfied, particularly if the deed itself when registered has the effect of title? We suggest that it is misleading to classify the South African system as a deeds system (...). To all intents and purposes it is registration of title (...).“

²⁶⁷ Carey Miller/Pope, Land Title, S. 53; Simpson, Land Law, S. 15.

²⁶⁸ So Carey Miller, in: Southern Cross, S. 727 (751). Siehe auch Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 229 Fn. 295.

²⁶⁹ Sec. 99.

gläubige Erwerber, sondern der tatsächliche Rechtsinhaber gestärkt wird.

Das negative System führt dazu, dass die im Grundbuch abgebildete Rechtslage nicht immer mit der tatsächlichen Rechtslage übereinstimmt. Zunächst können dingliche Rechte an Immobilien in vielerlei Weise erlangt werden, ohne dass eine entsprechende Eintragung im Register erfolgt. In diesen Fällen würde der wahre Rechtsinhaber sich gegenüber einem gutgläubigen Erwerber vor Gericht durchsetzen. Man denke nur an die Enteignung,²⁷⁰ die Ersitzung²⁷¹ oder eine Heirat in Gütergemeinschaft.²⁷² Ferner kann ein Recht auch erlöschen, ohne dass es unmittelbar zu einer entsprechenden Löschung im Grundbuch kommt, z.B. durch bewusste Aufgabe des dinglichen Rechts oder Verschmelzung (*confusio*).²⁷³ Freilich ist dem neuen Rechtsinhaber in diesen Fällen dringend zu empfehlen, dass er sich schnellstmöglich um eine Korrektur der entsprechenden Registereinträge kümmert. Aber zumindest in der Übergangszeit oder in dem Fall, dass eine Korrektur (bewusst oder unbewusst) nicht vorgenommen wird, bildet das Grundbuch nicht die tatsächliche Rechtslage ab.²⁷⁴ Darüber hinaus können trotz sorgfältigster Prüfung bei der Ausfertigung der Übertragungsurkunde und der auch sonst ordnungsgemäßen Pflege des Grundbuchs durch den Registerbeamten Fehler auftreten.²⁷⁵ Es kann schließlich nicht kategorisch ausgeschlossen werden, dass einer der an der Transaktion beteiligten Parteien (unerkannt) die Geschäftsfähigkeit fehlte, die Zustimmung unter arglistiger Täuschung, Drohung

²⁷⁰ Sec. 8 *Expropriation Act* 63 aus 1975.

²⁷¹ So geschehen z.B. in *Ex parte Menzies et Uxor* 1993 (3) SA (C) 799 (805); *Ex parte Puppli* 1975 (3) SA (D) 461 (464) und *Du Toit and others v Furstenberg and others* 1957 (1) SA (O) 501 (503-506).

²⁷² *Ex parte Menzies et Uxor* 1993 (3) SA (C) 799 (807); *Ex parte Puppli* 1975 (3) SA (D) 461 (464); *Union Government (Minister of Justice) v Bolam* 1927 AD 467 (472). Siehe insgesamt Hahlo/Kahn, *Union*, S. 591f.; Nathan, *Property*, para. 560.

²⁷³ Das Erlöschen durch Verschmelzung („*merger*“) kommt dann in Betracht, wenn der Inhaber eines Grundpfandrechts (in der Regel einer Hypothek) Eigentümer der belasteten Immobilie wird – Wille’s *Principles*, S. 537.

²⁷⁴ Von einer dauerhaften Unterlassung der Eintragung sollte jedoch abgesehen werden. Es ist nämlich möglich, dass unter bestimmten Umständen und nach einer gewissen Zeit die Berufung auf das Eigentumsrecht ohne Eintragung im Register verwirkt (*estopped*) ist – siehe *Apostoliese Geloofsending van Suid-Afrika (Maitland Gemeente) v Capes* 1978 (4) SA (C) 48 (49).

²⁷⁵ Sec. 3 Abs. 1 lit. (y) DRA schreibt insofern vor: „The registrar shall, subject to the provisions of this Act, keep (...) such registers containing such particulars as are necessary for the purpose of carrying out the provisions of this Act or any other law and of maintaining an efficient system of registration calculated to afford security of title and ready reference to any registration deed.“

oder einem sonstigen den freien Willen des Beteiligten nicht nur unerheblich beeinflussenden Verhalten erfolgte oder dass der tatsächliche Wille dem Geschriebenen widerspricht.²⁷⁶ Auch in diesen Fällen obsiegt der tatsächliche Rechtsinhaber gegenüber dem *bona fide* Erwerber, der das Recht von dem im Grundbuch ausgewiesenen Inhaber ableitet.²⁷⁷

Der wichtigste Grund dafür, dass in Südafrika nicht etwa dem positiven System gefolgt wird, sondern das Grundbuch im Wesentlichen lediglich ein Abbild der im Rahmen der Rechteübertragung eingereichten Urkunden darstellt, ist die Art und Weise, wie dingliche Rechte an Immobilien übertragen werden. Für diese Übertragung ist ein dinglicher Vertrag notwendig, also eine Übereinstimmung des Willens beider Parteien.²⁷⁸ Aus der dem Registerbeamten vorgelegten Übertragungsurkunde ergibt sich zwar ein entsprechender Wille der Parteien, allerdings kann es niemals absolute Sicherheit geben, dass der abgebildete auch dem tatsächlichen Willen entspricht. Folgt man mithin einem System, in dem der tatsächliche Wille der Parteien bei der Übertragung von dinglichen Rechten eine Rolle spielt, so ist die Aufrechterhaltung eines positiven Systems schlicht nicht tragbar.²⁷⁹

Es lässt sich nach alledem festhalten, dass die Registrierung zweierlei Wirkung hat. Zum einen ist sie konstitutiver Bestandteil der Übertragung von dinglichen Rechten und zum anderen dient sie als Beweismittel in Form eines öffentlich zugänglichen Registers für dingliche Rechte an Immobilien.²⁸⁰ Letzteres soll zum einen verhindern, dass ein

²⁷⁶ In *Preller v Jordaan* 1956 (1) SA (A) 483 (483, 496) wurden z.B. folgende Umstände als hinreichend dafür angesehen, dass der ursprüngliche Eigentümer eine Rückübertragung seiner Bauernhöfe gegen seinen Arzt und dessen Kinder erwirken konnte: „*An elderly farmer in his declaration against his former medical practitioner and the latter's son and daughter averred that at a time when he was old and sick and bodily, spiritually and mentally weak and exhausted, he had been influenced in an improper and unlawful manner by his doctor, who was also his adviser, to give and transfer to him four farms to be administered by him for the benefit of the farmer's wife and the labourers on the farm and that he would never have done so had he not been so weak and exhausted and totally under the influence of the doctor.*“

²⁷⁷ Dazu, dass das Grundbuch eben nicht „*onwederlegbaar*“ ist, siehe *CJ Innes in African and European Investment Co. Ltd. v Warren and others* 1924 AD 308 (320f.).

²⁷⁸ Dazu umfassend § 3B.I.1.

²⁷⁹ *Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property*, S. 236.

²⁸⁰ J King schreibt insofern in *Ex parte Menzies et Uxor* 1993 (3) SA (C) 799 (806): „It is in my view essential, in interpreting the complex provisions of the Deeds Registries Act, and in applying them to the present matter, to bear in mind that the deeds registry system and the role of the Registrar has developed historically to achieve precisely the above-stated dual object, i.e.: on the one hand, to serve as

Grundstück zweimal an unterschiedliche Personen übertragen wird bzw. dingliche Rechte an Immobilien mehrfach bestellt werden, und zum anderen gewährleisten, dass Gläubiger des Grundstückseigentümers ihre Ansprüche in Bezug auf das Grundstück geltend machen können, bevor der Eigentümer dieses durch den öffentlichen Prozess der Registrierung veräußert.²⁸¹ Gleichwohl ist es Ausdruck des negativen Systems, dass sich die Dinglichkeit eines Rechts nicht zwingend anhand der Registereintragung ablesen lässt. Vielmehr ergibt sich diese ausschließlich aus dem materiellen Grundstücksrecht. Ein weiterer Effekt der Registrierung ist, dass sich praktische Abgrenzungsfälle für die Frage, ob ein Recht dinglicher oder persönlicher Natur ist, beinahe ausschließlich auf Grundlage der Frage ergeben, ob eine Eintragung im *Deeds Registry* vorgenommen werden darf.²⁸²

Cooke spricht der Landregistrierung darüber hinaus eine „ethische Dimension“²⁸³ insofern zu, als ein perfektes Registersystem in der Realität einer für Menschen geschaffenen Rechtsordnung ein gewisses Potenzial für Unterdrückung in sich berge. Einigen Menschen sei der Zugang zu Landregistern infolge von Ignoranz, Armut oder Diskriminierung stets verwehrt. Der Schutz für diese Menschen sinke mit der zunehmenden Genauigkeit und Akkuratheit des Registers.²⁸⁴ Gerade in einem Land wie Südafrika, in dem bis vor etwas mehr als 20 Jahren eine staatlich verordnete rassistische Diskriminierung auch

the public and quasi-judicial forum in which transfers of title are accomplished by the registration of duly executed deeds; and on the other hand to maintain as far as practicable an accurate public record of titles.“ Siehe dazu auch Mostert, in: *Modern Studies*, S. 3 (4).

²⁸¹ J Wessels schreibt insofern in *Houtpoort Mining and Estate Syndicate Ltd. v Jacobs* 1904 TS 105 (109): „There can therefore be but little doubt that the registration coram iudice loci rei sitae was for the purpose of publicity, partly that land should not be sold twice over to different purchasers, and partly so that persons who had any claim upon the land might assert these claims before the purchaser took possession.“ Zustimmung fanden diese Ausführungen in *Ex parte Menzies et Uxor* 1993 (3) SA (C) 799 (803) und *Frye’s (Pty.) Ltd. v Ries* 1957 (3) SA (A) 575 (582).

²⁸² Beispielsfälle finden sich unter § 3F.

²⁸³ Cooke, *Land Registration*, S. 12-14 („*Land Registration: The Ethical Dimension*“).

²⁸⁴ A.a.O. S. 12: „Yet the perfect register should cause us some misgivings. However satisfying it is in theory, as soon as it is translated into the reality of a human legal system it is seen to have an appalling potential for oppression. It is simply not possible for all dealings with land to be carried out on the register; accordingly, the more complete the register, the less protection is given to people who cannot use it. And there will always be people who, because of ignorance, poverty, or discrimination, cannot use a register of title and who therefore cannot acquire rights, or are deprived of those they hold.“

in Hinblick auf den Zugang zu Landrechten praktiziert wurde, ist diese Dimension nicht gänzlich von der Hand zu weisen.²⁸⁵

D. Anerkannte dingliche Rechte an Immobilien

Grundlage und Ausgangspunkt für die Anerkennung neuer dinglicher Rechte an Immobilien bilden solche Sachenrechte, die in der süd-afrikanischen Sachenrechtsordnung etabliert sind.

I. Eigentum

*„There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe.“*²⁸⁶ Diese berühmte Beschreibung des Eigentums von Sir William Blackstone lässt bereits den beinahe mystischen Charakter dieses scheinbar wichtigsten aller Sachenrechte erahnen und beschreibt anschaulich den Stellenwert, den das Eigentum sowohl in der Sachenrechtsordnung als auch für eine Gesellschaft innehaben kann.

Erstmalig Erwähnung fand das Eigentum in Südafrika kurz nach der Landung Jan van Riebeecks am südlichen Kap in einem seiner Tagebücher, in dem er am 21. Februar 1657 beschrieb, dass bestimmte Ländereien an Freibürger der VOC übergehen sollten und dass dieses Land *„will (...) remain their property forever to do with it as they like, that is, they may sell, lease or otherwise alienate it, subject to notice being given to the Commander or his authorised representative (...)“*²⁸⁷ Der Tag, an dem kurze Zeit später die erste Eigentumsurkunde²⁸⁸ ausgestellt wurde (14. April 1657), ging als *„Geburtsstunde des heutigen südafrikanischen Systems des privaten Landeigentums“* in die Geschichte ein.²⁸⁹ Seitdem ist viel passiert in Südafrika. Ereignisse politischer, sozioökonomischer und (rechts-)historischer Natur haben das Eigentum, wie es

²⁸⁵ A.a.O. S. 13: „Somehow the South African registration system must be harnessed or adapted in order to turn insecure statuses into secure and marketable rights; we have yet to see how this will be achieved (...)“

²⁸⁶ Blackstone, Commentaries (Vol. 2), S. 1.

²⁸⁷ Englische Übers. aus dem Niederländischen in Thom, Journal of JvR, Vol. II, S. 91.

²⁸⁸ Im Englischen *title deed*.

²⁸⁹ *„14 April 1657 is die geboortedatum van ons hedendaagse stelsel van private eiendomsreg op grond (...)“* – Heyl, Grondregistrasie, S. 9. Eine englische Übers. findet sich bei Milton, in: Southern Cross, S. 657 (657).

in heutiger Form existiert, geprägt.²⁹⁰ Es hat nicht mehr viel mit dem Institut gemein, welches einst im römischen Recht dem Inhaber die vollkommene Verfügungsgewalt über eine Sache einräumte.²⁹¹ Und auch mit dem Recht namens Eigentum, welches unter Einfluss des germanischen und römisch-holländischen Rechts im 17. Jahrhundert in Südafrika rezipiert wurde, verbindet das heutige Eigentum nur noch eine entfernte Verwandtschaft.²⁹²

1. Allgemeines

Um eine Idee davon zu bekommen, was heute in Südafrika unter dem *terminus technicus* „Eigentum“ („ownership“) zu verstehen ist, wäre es zunächst hilfreich, eine passende Definition zu formulieren. Doch auch und gerade im Fall des Eigentums ist dieses Vorhaben nicht ganz einfach zu bewältigen.²⁹³ Dass eine Definition vielleicht aber gar nicht so wichtig ist, kann man folgendem Umstand entnehmen: Wie bereits erwähnt, hat sich das Eigentum des heutigen Südafrika in vielerlei Hinsicht von dem Eigentum der Antike, des Mittelalters und der frühen Neuzeit emanzipiert. Gleichwohl gelten auch heute noch die von *Bartolus de Saxoferrato* und *Hugo de Groot* entwickelten Definitionen als einflussreichste Quellen für die heute gängigste Beschreibung des Eigentums.²⁹⁴ Erstgenannter hielt das Eigentum für „das Recht, über eine körperliche Sache in jeder Hinsicht zu verfügen, sofern es nicht durch das Gesetz verboten ist“²⁹⁵ und Letzterer sagte: „Eigentum ist voll-

²⁹⁰ Milton, in: Southern Cross, S. 657 (657-659); Mostert/Pope, Law of Property, S. 89f.

²⁹¹ Im lat. *plena in re potestas*. Siehe zum Eigentum im römischen Recht du Plessis, Roman Law, S. 155-159; van Warmelo, Roman Civil Law, paras. 192-210.

²⁹² Zur Entwicklung des Eigentums über die Jahrhunderte in Südafrika siehe Lewis, ActJur 1985, S. 241 (258-262).

²⁹³ Mostert/Pope schreiben zutreffend: „No single useful legal definition of ownership can serve all communities in all circumstances at all times.“ – Law of Property, S. 91. Ähnlich äußern sich auch Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 91.

²⁹⁴ Lewis schreibt über das Eigentum: „[W]hen one looks at the content of the right, particularly in relation to land, it will be seen that it is a paltry right so whittled away by legislation in the past century that it cannot be equated with the ownership of classical Roman law or even the right as it was envisaged by the Roman-Dutch writers.“ – ActJur 1985, 241 (242). Siehe ferner Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 91; Pienaar, TSAR 1986, S. 295 (301).

²⁹⁵ Im Lat. „*dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur*“. Jedoch haben wir bereits gesehen, dass es Eigentum – entgegen der Definition von *Saxoferrato* – im südafrikanischen Recht auch in Bezug auf unkörperliche Sachen geben kann (siehe § 2A.II); Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 94.

kommen, wenn jemand mit der Sache verfahren kann wie er möchte, sofern es durch das Gesetz erlaubt ist.“²⁹⁶ Der Gehalt beider Definitionen findet sich wieder, wenn Eigentum von der *Transvaal Provincial Division* des südafrikanischen *Supreme Court* wie folgt definiert wird: „Das Eigentumsrecht ist das umfassendste dingliche Recht, das eine Person in Bezug auf eine Sache innehaben kann. Der Ausgangspunkt mit Bezug auf Immobilien ist, dass eine Person mit und auf dieser Immobilie verfahren kann, wie es ihr gefällt. Diese offensichtlich uneingeschränkte Freiheit ist jedoch nur eine Halbwahrheit. Die absolute Verfügungsgewalt eines Eigentümers ist durch die gesetzlichen Beschränkungen dieser Befugnis limitiert.“²⁹⁷ Das Eigentum ist demnach ein absolutes Recht,²⁹⁸ auch wenn der Inhaber mit seinem Eigentum infolge von öffentlich-rechtlichen Beschränkungen, Nachbarschaftsrechten oder subjektiven Rechten Dritter nicht vollkommen nach freiem Belieben verfahren kann.²⁹⁹ In Bezug auf Grundstücke spiegelte sich diese Eigenschaft in den Grundsätzen *superficies solo cedit*³⁰⁰ und *cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos*³⁰¹

²⁹⁶ Im Niederländischen „Volle is den Eigendom waer door iemand met de zake alles mag doen nae sijn geliefte ende t' sijnen bate dat by de wetten onverboden is.“ – de Groot, *Inleidinge*, II. 3 (10).

²⁹⁷ Im afrikaanischen Original heißt es: „Eiendomsreg is die mees volledige saaklike reg wat 'n persoon ten opsigte van 'n saak kann hê. Die uitgangspunt is dat 'n persoon, wat 'n onroerende saak aanbetref, met en op sy eiendom kann maak wat hy wil. Hierdie op die oog af ongebonde vryheid is eigter 'n halwe waarheid. Die absolute beskikkingsbevoegdheid van 'n eienaar bestaan binne die perke wat die reg daarop plaas.“ – *Gien v Gien* 1979 (2) SA (T) 1113 (1120). In der englischen Übers. heißt es: „The right of ownership is the most comprehensive real right that a person can have in respect of a thing. The point of departure is that a person can, in respect of immovable property, do with and on his property as he pleases. This apparently unfettered freedom is, however, a half-truth. The absolute power of an owner is limited by the restrictions imposed thereupon by the law.“ – Übers. aus Neethling/Potgieter/Visser, *Law of Delict*, S. 114.

²⁹⁸ Siehe zum Begriff des absoluten Eigentums van der Walt, in: *Das römisch-holländische Recht*, S. 485 (519f.).

²⁹⁹ In *Gien v Gien* (Fn. 297) schreibt Spoelstra: „Geen eienaar het dus altyd 'n onbeperk te bevoegdheid om na vrye welbehae en goeëdunke sy eiendomsbevoegdhede ten aansien van sy eiendom uit te oefen nie“, was in etwa so viel heißt wie: Kein Eigentümer hat daher jemals die uneingeschränkte Macht darüber, sein Eigentumsrecht in Bezug auf die entsprechende Sache nach seinem freien Ermessen und Belieben auszuüben. Van der Merwe schreibt zur Absolutheit des Eigentums: „The only periods in history when ownership was regarded as almost absolute and unencumbered were probably at the beginning and end of the Roman period and again after the French Revolution.“ – *Things*, S. 152 mit weiteren Erklärungen zum eben genannten Zitat. Zu Beschränkungen des (Land-)Eigentums siehe auch den nächsten Abschnitt (§ 2D.I.2.b))

³⁰⁰ Im Deutschen: „Der Überbau weicht dem Boden“, womit der Grundsatz beschrieben wird, dass bisher bewegliche Sachen, die mit dem Grundstück untrennbar

wider. Das Eigentum stellt ferner das einzige Recht dar, das in Bezug auf eigene Sachen existiert (*ius in re propria*). Beschränkt dingliche Rechte wie Dienstbarkeiten, Grundpfandrechte oder sonstigen Pfandrechte, können lediglich an fremden Sachen bestehen (*ius in re aliena*).³⁰²

Typische Eigenschaften, die im Zusammenhang mit dem Eigentum immer wieder hervorgehoben werden, sind etwa, dass es sich bei dem Eigentum um eine Art „Mutterrecht“ unter den dinglichen Rechten handelt, welches die umfassendste Kontrolle über eine Sache ermöglicht,³⁰³ die zeitliche Unbeschränktheit³⁰⁴ oder die Unabhängigkeit des Eigentums im Vergleich zu beschränkt dinglichen Rechten.³⁰⁵

Es verleiht dem Inhaber eine Reihe von Befugnissen und Berechtigungen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind insbesondere die Rechte zur Nutzung (*ius utendi*), zur Fruchtziehung (*ius fruendi*), zur freien Verfügung (*ius disponendi*), zum Verbrauch und zur Zerstörung (*ius abutendi*), zum Widerstand gegen unrechtmäßige Beeinträchtigungen (*ius negandi*), zum Besitz (*ius possidendi*) und darauf, das Eigentum von jedem unrechtmäßigen Besitzer zurückzufordern (*ius vindicandi*)³⁰⁶ zu nennen.³⁰⁷ Tatsächlich ist die Zahl der Befugnisse, die sich in dem Rechtsbündel Eigentum kumulieren, unendlich. Man könnte sich dies bildlich anhand eines Blätterteigs mit einer sichtbar

verbunden werden, rechtlich Teil dieses Grundstücks werden – du Plessis, Roman Law, S. 193; van Warmelo, Roman Civil Law, para. 318.

³⁰¹ Im Deutschen: „Derjenige, der den Grund besitzt, dem gehört er bis zum Himmel und zur Hölle.“, womit der Grundsatz beschrieben wird, dass der Grundstückseigentümer auch Eigentümer der Luft über und der Erde unter dem Grundstück ist. Dieser Grundsatz wurde in Südafrika durch Gesetzgebung jedoch eingeschränkt. Öffentlich-rechtliche Gesetze wie etwa der *Aviation Act* 74 aus 1962 oder der *Atmospheric Pollution Prevention Act* 45 aus 1965 schränken das Eigentumsrecht für den Luftraum über dem Grundstück ein. Siehe insgesamt Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 92 Rn. 12.

³⁰² Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 92; Mostert/Pope, Law of Property, S. 42.

³⁰³ Maasdorp/Hall, Law of Property, S. 27; Mostert, Constitutional Protection, S. 179.

³⁰⁴ Mostert/Pope, Law of Property, S. 93.

³⁰⁵ Siehe insgesamt Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 93; Mostert/Pope, Law of Property, S. 92-95.

³⁰⁶ Chetty v Naidoo 1974 (3) SA (A) 13 (20).

³⁰⁷ Auflistungen siehe z.B. bei Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 92f.; Delpont, Property Practice, S. 15-16/2; Maasdorp/Hall, Law of Property, S. 27; van Warmelo, Roman Civil Law, para. 192; Wille's Principles, S. 470.

komplexen Struktur, teilbaren Substanz und einer unendlichen, unzählbaren Zahl von Schichten vorstellen.³⁰⁸

Gleichwohl wird es dem Eigentum nicht gerecht, wenn gesagt wird, dass es nur die Summe aller dinglichen Rechte ist, die man in Bezug auf (körperliche) Sachen haben kann.³⁰⁹ Diese Aussage vermag zwar anschaulich das Ausmaß der Kontrolle abzubilden, die ein Eigentümer über eine Sache hat. Das Eigentum ist jedoch mehr als nur die Summe seiner Einzelteile.³¹⁰ Dies kann mit der sog. „Elastizität des Eigentums“ belegt werden. Demnach ist es gleichgültig, wie vieler (Teil-)Rechte sich der Eigentümer entledigt, er behält immer eine Art Heimfallanspruch und alle Rechte fallen letztlich wieder zurück zum Eigentümer.³¹¹ Die Tendenz in der modernen südafrikanischen Jurisprudenz geht eher dahin, das Eigentum als selbständiges Recht anzusehen, welches dem Inhaber eine Reihe von Befugnissen („powers“) verleiht.³¹²

2. Landeigentum

Für die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien ist besonders das Landeigentum von Bedeutung. Insbesondere ein Blick auf die Schranken des Landeigentums hilft bei der Einordnung dieses *per definitionem* unbeschränkten Rechts.

a) Historische Entwicklung

Wie bereits im vorigen Abschnitt erwähnt,³¹³ handeln die ersten Aufzeichnungen zum römisch-holländischen Konzept des Eigentums in Südafrika beinahe ausschließlich vom Landeigentum.³¹⁴ Allerdings sind durchaus Zweifel angebracht, ob die ausnahmslos aus Laien be-

³⁰⁸ Siehe Mostert/Pope: „Using flaky pastry as a metaphor to explain this understanding of ownership, the pastry must contain a limitless number of layers where the texture is visibly complex, the substance splittable and sharable, and the layers genuinely uncountable.“ – Law of Property, S. 93.

³⁰⁹ So aber Maasdorp: „[O]wnership is the sum total of all the real rights which a person can possibly have to and over corporeal property (...)“ – Law of Things, S. 27.

³¹⁰ Hosten (u.a.), Introduction, S. 337.

³¹¹ MEC for Local Government and Finance, KwaZulu Natal v North Central & South Central Local Councils, Durban and others (1999) All SA (N) 5 (17f., 32); Lewis, Act/Jur 1985, S. 241 (242); Mostert/Pope, Law of Things, S. 93; van der Merwe, Things, S. 152; Wille's Principles, S. 470.

³¹² De Waal, in: Southern Cross, S. 785 (787); van der Merwe, Things, S. 151f.

³¹³ § 2D.I.1.

³¹⁴ Milton, in: Southern Cross, S. 657 (659).

stehende Verwaltung der Kapkolonie im 17. und 18. Jahrhundert das Eigentum auch wirklich als das umfassende Recht interpretierte, wie es etwa von *de Groot* definiert wurde.³¹⁵ Wahrscheinlicher ist es, dass mit dem von *van Riebeeck* beschriebenen Recht eher eine Art abgesichertes Miet- bzw. Pachtverhältnis im lehensrechtlichen Sinne gemeint war, welches die Besatzer den Freibürgern gewährten.³¹⁶ Tatsächlich scheint es so, dass Landeigentum zu Zeiten der niederländischen Besetzung nur unter der Bedingung ausgegeben wurde, dass die VOC eine Steuer oder Abgabe finanzieller oder auch materieller Art fordern konnte.³¹⁷

Auch nach der Übernahme der Briten 1795 blieb das bestehende System der Landgewährung zunächst unverändert.³¹⁸ Was sich jedoch sehr wohl änderte, war die Terminologie. So wurden (Rechts-)Begriffe aus dem Niederländischen nicht wortwörtlich, sondern vielmehr funktionell, sprich in Anlehnung an das äquivalente Rechtskonzept des Common Law ins Englische übersetzt. Aus dem niederländischen *eigendom* wurde nicht etwa *ownership*, sondern *freehold*, was im englischen Recht eine Art Pacht über das Land eines Feudalherrn durch einen ehrhaften Bürger³¹⁹ beschreibt, der keine servilen Dienste oder Abgaben zu leisten hat.³²⁰ Im Laufe der Zeit wurde durch die englischen Kolonialherren insbesondere das Common Law-Institut der *perpetual quitrent*, eine Art ewige Landpacht, rezipiert.³²¹ Erst im Laufe des 19. Jahrhunderts wuchs in der Bevölkerung das Bewusstsein, dass Land auch unabhängig von der Staatsmacht im individuellen, privaten Eigentum stehen kann.³²² Die *perpetual quitrent* gab es in Südafrika noch in den 1930er Jahren, bevor sie durch den *Abolition of Quitrent Act*³²³ aus rein praktischen Erwägungen abgeschafft wurde.³²⁴

³¹⁵ De Groot, Inleidinge, II. 3 (10).

³¹⁶ So auch Davenport, ActJur 1985, 53 (55); Milton, in: Southern Cross, S. 657 (660).

³¹⁷ Milton, in: Southern Cross, S. 657 (661).

³¹⁸ Duly, British Land Policy at the Cape, S. 21-32; Milton, in: Southern Cross, S. 657 (664).

³¹⁹ Im Englischen *freeman*.

³²⁰ Milton, in: Southern Cross, S. 657 (664f. Fn. 57).

³²¹ Erstmals eingeführt durch eine Proklamation des Gouverneurs am Kap, *Sir John Cradock*, vom 6. August 1813 – Duly, British Land Policy at the Cape, S. 48f.; Foster/Tennant/Jackson, Statutes, S. 481-485.

³²² Milton, in: Southern Cross, S. 657 (670f.).

³²³ 54 aus 1934.

³²⁴ Der Einzug der regelmäßigen Pacht wurde durch das Finanzministerium schlicht als zu großer Aufwand und nicht mehr profitabel eingestuft – Denoon, SALJ 65 (1948), S. 362 (367).

Eine besondere Rolle für die Ausgestaltung des Grundstücks- und Landeigentums spielte in Südafrika die Zeit der Apartheid.³²⁵ Merkmale dieses kruden Systems der Unterdrückung waren, dass „weiße“ gegenüber „schwarzen“ Landrechten eine Vorrangstellung innehatten und es Mitgliedern der nicht-weißen Mehrheit schlicht unmöglich war, in bestimmten Gebieten Eigentum an Land zu erwerben.³²⁶ Bis 1991 war das gesamte System des Landeigentums von einer Gesetzgebung geprägt, die Rassentrennung zur Grundlage hatte. Insbesondere der *Group Areas Act*,³²⁷ welcher das Recht, Eigentum an bestimmten Ländereien zu erwerben, einer bestimmten Gruppe von Menschen vorhielt, ist an dieser Stelle zu nennen.³²⁸ Die große Mehrzahl der auf rassistischer Ideologie basierenden Landrechte wurde durch den *Abolition of Racially Based Land Measures Act*³²⁹ im Rahmen der südafrikanischen Landreform³³⁰ zum Ende der Apartheid hin aufgehoben.³³¹

Als Gegenstück zu dieser Zeit der strukturellen Unterdrückung und Ungleichheit bedeutete die Einführung der neuen südafrikanischen Verfassung im Jahre 1996 auch für die Entwicklung des privatrechtlichen Instituts Eigentum einen signifikanten Einschnitt. Seither muss sich (auch) privates Eigentum daran messen lassen, ob es den Veränderungen in der Gesellschaft gerecht wird und eine aktive Rolle an deren Mitgestaltung einnimmt.³³²

b) Beschränkung von Landeigentum

Die vom Eigentum umfassten Rechte und Befugnisse gelten freilich auch für das Landeigentum.³³³ Die Reichweite des Eigentums in Bezug auf Grundstücke und sonstige Immobilien lässt sich am ehesten durch eine Betrachtung der existierenden Beschränkungen dieses

³²⁵ Zur Ideologie der Apartheid siehe Preißler, Landrechte, S. 26-28.

³²⁶ Zu Hintergründen und Entwicklung von Landeigentum zu Zeiten der Apartheid siehe Preißler, Landrechte, S. 3-6; van der Walt, Koers 64 (2/3) 1999, S. 259 (261-264).

³²⁷ 36 aus 1983.

³²⁸ Siehe dazu umfassend Nopens, Die rechtliche Ausgestaltung der Apartheid; Preißler, Landrechte, S. 8-16.

³²⁹ 108 aus 1991.

³³⁰ Z.B. Carey Miller/Pope, Land Title, S. 241-281; van der Walt, CPC, S. 149-163; ders. THRHR 61 (1998), S. 400 (402-414).

³³¹ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 588.

³³² Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers 2005 (1) SA (CC) 217 (226f.); Wille's Principles, S. 471f.

³³³ Lewis, ActJur 1985, S. 241 (243-258).

Rechts konkret fassen. Im Wesentlichen können drei Kategorien von Beschränkungen unterschieden werden, nämlich öffentlich-rechtliche Beschränkungen, Nachbarschaftsrechte und subjektive Rechte Dritter.³³⁴

Öffentlich-rechtliche Beschränkungen werden in aller Regel durch Gesetze implementiert. Das zugrunde liegende Prinzip ist, dass das Recht des Einzelnen hinter den Interessen der Gemeinschaft im Konfliktfall zurücktreten muss.³³⁵ Dabei ist danach zu unterscheiden, ob die Beschränkungen durch einfache Gesetze oder die südafrikanische Verfassung auferlegt wurden. Zunächst findet sich in sec. 25 der Verfassung eine (negative) Eigentumsgarantie.³³⁶ Einschränkungen ergeben sich zum einen aus sec. 25 selbst und zum anderen aus dem allgemeinen Einschränkungsvorbehalt in sec. 36.³³⁷ Auch in Südafrika wird dabei zwischen Enteignungen (sec. 25 Abs. 2) sowie Inhalts- und Schrankenbestimmungen (sec. 25 Abs. 1) unterschieden.³³⁸ Der Grund für diese Unterscheidung liegt darin, es dem Staat zu ermöglichen, den Gebrauch von Eigentum zu regulieren, ohne dass das Damoklesschwert der Haftung gegenüber betroffenen Eigentümern über jeder Maßnahme schwebt.³³⁹ Grundsätzlich dürfen sowohl eine Enteignung als auch sonstige Beschränkungen des Eigentums nur nach allgemein anwendbarem Recht erfolgen.³⁴⁰ „Recht“ i.d.S. kann sowohl Gesetzesrecht als auch Gewohnheitsrecht sein. „Allgemein anwendbar“ muss das Recht sein, um Individuen vor einer diskriminierenden Sonderbehandlung im Einzelfall zu schützen.³⁴¹ Darüber hinaus darf die Beeinträchtigung nicht willkürlich erfolgen (sec. 25 Abs. 1). Von „Willkür“ kann dann gesprochen werden, wenn die Beeinträchtigung launenhaft und unvorhersehbar sowie entgegen anerkannter Kategorien der Vernunft erfolgt.³⁴²

³³⁴ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 95.

³³⁵ Colonial Development (Pty.) Ltd. v Outer West Local Council 2002 (2) SA (N) 589 (611).

³³⁶ Sec. 25 Abs. 1: „No one may be deprived of property except in terms of law of general application, and no law may permit arbitrary deprivation of property.“

³³⁷ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 96.

³³⁸ Siehe dazu anschaulich Mostert/Pope, Law of Property, S. 121f. sowie umfassend van der Walt, CPL, Chapter 4 und 5.

³³⁹ Steinberg v South Peninsula Municipality 2001 (4) SA (SCA) 1243 (1246).

³⁴⁰ In sec. 25 (1) und 36 (1) heißt es „law of general application“.

³⁴¹ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 97f. sowie umfassend van der Walt, CPL, S. 232-237.

³⁴² Siehe umfassend dazu, u.a. mit rechtsvergleichenden Ausführungen zum US-amerikanischen, deutschen sowie dem Recht des Vereinigten Königreichs First

Es existiert eine weite Bandbreite von einfachgesetzlichen Limitierungen des Landeigentums und eine umfassende Diskussion ist in diesem Rahmen nicht erforderlich. Beispiele für entsprechende Gesetze sind etwa der *Expropriation Act*,³⁴³ welcher notwendig ist, da Enteignungen durch den Staat nicht auf der Basis ungeschriebenen Common Laws erfolgen dürfen;³⁴⁴ der *Subdivision of Agricultural Land Act*,³⁴⁵ welcher die unökonomische Unterteilung von landwirtschaftlich genutztem Land untersagt; der *Advertising on Roads and Ribbon Development Act*,³⁴⁶ der unter anderem die Anzeige von Werbung im Sichtbereich öffentlicher Straßen reglementiert; der *Fencing Act*,³⁴⁷ der das Einzäunen von landwirtschaftlichen Betrieben zwingend vorschreibt; der *National Forests Act*,³⁴⁸ welcher Regelungen zur Forstwirtschaft enthält oder der *National Key Points Act*,³⁴⁹ der Eigentümern vorschreibt, bestimmte Gebiete im Auftrag der nationalen Sicherheit für besondere Sicherungsmaßnahmen freizugeben, die vom amtierenden Verteidigungsminister der Republik zu sog. *National Key Points*³⁵⁰ erklärt wurden. Eigentumsrechte in Bezug auf Wohngrundstücke werden z.B. durch den *Rental Housing Act*,³⁵¹ der die Vermietung bestimmter Gebäude reguliert; den *Atmospheric Pollution Prevention Act*,³⁵² der u.a. die Emission schädlicher Gase oder die Luftverschmutzung durch Rauch beschränken soll; den *Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act*,³⁵³ welcher neben der Regelung von Räumungen auch lokalen Behörden das Recht gibt, Eigentümer zur Ausübung ihres Besitzrechts zu zwingen oder das Stadtplanungsrecht,³⁵⁴ begrenzt.

National Bank of SA Ltd. t/a Webank v Minister of Finance 2002 (4) SA (CC) 768 (797-811) sowie auch van der Walt, CPL, S. 237-288.

³⁴³ 63 aus 1975.

³⁴⁴ Ein neues Enteignungsgesetz („Expropriation Bill“) wurde im Mai 2016 vom südafrikanischen Parlament verabschiedet.

³⁴⁵ 70 aus 1970.

³⁴⁶ 21 aus 1940.

³⁴⁷ 31 aus 1963.

³⁴⁸ 84 aus 1998.

³⁴⁹ 102 aus 1980.

³⁵⁰ Dazu gehören heute etwa das Parlamentsgebäude oder die opulente Villa des Staatspräsidenten *Jacob Zuma* („Nkandla“). Aber auch privates Eigentum kann durch einfache Erklärung zu einem solchen *Key Point* erklärt werden.

³⁵¹ 50 aus 1999.

³⁵² 45 aus 1965.

³⁵³ 19 aus 1998.

³⁵⁴ Hierzu ausführlich Milton, ActJur 1985, S. 267 (267-277).

Nachbarschaftsrechte sind eine heterogene Sammlung kasuistischer Regeln aus dem Sachen- und Deliktsrecht.³⁵⁵ Ein Nachbar ist der Eigentümer eines angrenzenden Grundstücks und die Nachbarschaftsrechte rühren aus dieser unmittelbaren räumlichen Nähebeziehung her.³⁵⁶ Die Rechte des Eigentümers werden durch ähnliche Nutzungs- und Genussrechte des Nachbarn beschränkt.³⁵⁷ Ziel dieser Beschränkung ist ein Ausbalancieren konfligierender Interessen zwischen Eigentümer und Nachbar.³⁵⁸ Der größte Anwendungsbereich der Nachbarschaftsrechte in Südafrika ergibt sich aus dem Störungsrecht (*law of nuisance*), welches aus dem englischen Common Law rezipiert wurde,³⁵⁹ im Laufe der Zeit jedoch einen eigenen, wieder mehr am römischen Recht orientierten und auf südafrikanische Verhältnisse angepassten Charakter entwickelt hat.³⁶⁰ Das Störungsrecht kann als das Rechtsgebiet bezeichnet werden, welches den konzeptionellen Apparat dafür liefert, eine Situation rechtlich zu entscheiden, in der ein Eigentümer eines Grundstücks sich so verhält, dass er tatsächlich oder potenziell Schaden (oder Verletzungen, Unannehmlichkeiten) gegenüber dem Eigentümer eines angrenzenden Grundstücks verursacht.³⁶¹ Eine (privatrechtliche)³⁶² Störung kann z.B. in der Versperrung von (Sonnen-)Lichtquellen oder Wegerechten, Umleitungen von Wasserströmen, Lärm- oder Geräuschbelästigungen, Rauch oder ähnlichen Beeinträchtigungen liegen.³⁶³ Stehen nun also zwei Rechte in Konflikt zueinander, so müssen sie gegeneinander abgewogen werden. Zu prüfen ist, ob eine bestimmte Aktivität des Grundstückseigentümers unter den gegebenen Umständen angemessen und im Lichte der

³⁵⁵ Derek van der Merwe, in: Southern Cross, S. 759 (759); Wille's Principles, S. 476.

³⁵⁶ Milton, ActJur 1969, S. 123 (123).

³⁵⁷ East London Western Districts Farmers' Association v Minister of Education and Development Aid 1989 (2) SA (A) 63 (66).

³⁵⁸ Milton, ActJur 1969, S. 123 (123).

³⁵⁹ Milton, a.a.O. (138-149); Derek van der Merwe, in: Southern Cross, S. 759 (759).

³⁶⁰ Jaffey, SALJ 87 (1979), S. 436 (436-456); Zimmermann, RHR, S. 158f.

³⁶¹ Derek van der Merwe, in: Southern Cross, S. 759 (759): „The law of nuisance may be defined as that branch of the law which provides the conceptual apparatus needed to adjudicate upon a situation where the occupant of fixed property, in the course of using that property, conducts himself in such a way in or on such property, as to cause actual or potential damage (or injury or discomfort) to the occupant of neighbouring or nearby fixed property.“

³⁶² Im Unterschied zu einer öffentlich-rechtlichen oder gesetzlichen Störung – Derek van der Merwe, in: Southern Cross, S. 759 (759).

³⁶³ Milton, ActJur 1969, S. 123 (142f.).

überwiegenden Ansicht in der Gesellschaft sozialverträglich ist.³⁶⁴ Die Prüfung der Angemessenheit muss anhand objektiver Kriterien erfolgen. Der Ort des Geschehens, die Person des Gestörten und des Störers, der soziale Nutzen der störenden Aktivität, weniger störende Alternativen sowie die Proportionalität von Nutzen und Schaden formen die zu treffende Entscheidung.³⁶⁵ Ist eine Störung nachgewiesen, so gibt es zwei Rechtsbehelfe: ein untersagendes Interdikt, dass die weitere Ausübung der störenden Tätigkeit verbietet oder Schadensersatz, sofern eine vermögensmindernde Einbuße festgestellt werden kann.³⁶⁶ Andere zu berücksichtigende Beschränkungen im Rahmen des Nachbarschaftsrechts sind etwa die Rechte und Pflichten bei gemeinsamen Grundstücksgrenzen, Hausfriedensbruch oder der Überhang.³⁶⁷

Schließlich beschränken subjektive Rechte Dritter an oder in Bezug auf das infrage stehende Grundstück das Landeigentum. Sowohl beschränkt dingliche Rechte als auch vertragliche Rechte, die entweder durch den Eigentümer selbst oder seinen Rechtsvorgänger gewährt wurden, sind in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen.³⁶⁸

Wie vorstehend dargestellt, ist das Landeigentum also in vielerlei Hinsicht kein unbeschränktes Recht an dem Grundstück. Gleichwohl bleibt es die weitreichendste Berechtigung an Landeinheiten, die das südafrikanische Recht kennt. Es ist der Ausgangspunkt für alle sonstigen dinglichen Rechte. Dies wird unter anderem an dem insbesondere von den südafrikanischen Gerichten angewandten, viel zitierten und im Verlauf dieser Arbeit noch näher beleuchteten Subtraktions-Test (*subtraction from dominium test*) deutlich, der Sachenrechte daran erkennen will, ob sie eine Subtraktion vom Eigentumsrecht darstellen.³⁶⁹ Auch die nachstehend beschriebenen, anerkannten beschränkt dinglichen Rechte können nur verstanden werden, wenn das Eigentum als gedanklicher Fixpunkt für die Bestimmung von Sachenrech-

³⁶⁴ Wright and another v Cockin and others 2004 (4) SA (E) 207 (215); Three Rivers Ratepayers Association and others v Northern Metropolitan Local Council and another 2000 (4) SA (W) 377 (380); van der Merwe/Blumberg, StellLR 9 (1998), S. 351 (352); Wille's Principles, S. 478.

³⁶⁵ Van der Merwe/Blumberg, StellLR 9 (1998), S. 351 (352-357); Wille's Principles, S. 478-481.

³⁶⁶ Wille's Principles, S. 481f.

³⁶⁷ Mostert/Pope, Law of Property, S. 139-145; Derek van der Merwe, in: Southern Cross, S. 759 (759).

³⁶⁸ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 96; Hahlo/Kahn, Union, S. 580.

³⁶⁹ Siehe § 4B.

ten zugrunde gelegt wird. Eine Dienstbarkeit³⁷⁰ an einem Grundstück ergibt originär keinen Sinn, wenn kein übergeordnetes, absolut wirkendes Recht an dem dienenden Grundstück existiert.

II. Dienstbarkeiten

Auch in Südafrika sind Dienstbarkeiten eine anerkannte Kategorie im Rahmen beschränkt dinglicher Rechte. Sie bestehen stets in Bezug auf eine fremde Sache und lassen sich grob in Grunddienstbarkeiten (*praedial servitudes*) und beschränkt persönliche Dienstbarkeiten (*personal servitudes*) unterteilen. Diese Unterteilung geht auf das römische Recht zurück³⁷¹ und hat bis heute in Südafrika Bestand.³⁷²

Wie schon im Abschnitt zum Eigentum zu beobachten war, herrscht in der südafrikanischen Jurisprudenz offensichtlich ein generelles Bedürfnis, anhand von Definitionen Sicherheit in Hinblick auf den Umgang mit abstrakten Rechtsinstituten zu gewinnen. Allerdings wird die Formulierung einer allgemeingültigen Definition insbesondere dann schwierig, wenn unterschiedliche Sprachen und sogar Rechtsordnungen zusammenspielen. In Südafrika muss theoretisch für die Rechtsfindung eine Quellenanalyse in vier unterschiedlichen Sprachen vorgenommen werden – Latein (römisches Recht), Niederländisch (römisch-holländisches Recht), Englisch (englisches Common Law sowie modernes südafrikanisches Recht) und Afrikaans (modernes südafrikanisches Recht). Ohne Definition einer Dienstbarkeit wurde noch im römischen Recht gearbeitet.³⁷³ In einem der Frühwerke zum Sachenrecht aus Südafrika von dem noch heute verehrten *Sir AFS Maasdorp* wurden Dienstbarkeiten in starker Anlehnung an Werke römisch-holländischer Juristen wie *Johannes Voet*³⁷⁴ als „a detachment of some of the rights of ownership from the ownership of some particular property and either conferring them upon a person other than the owner, or attaching them as an adjunct to the ownership of another separately owned property“ definiert.³⁷⁵ Im Lichte der Ausfüh-

³⁷⁰ Siehe § 2D.II.

³⁷¹ Du Plessis, Roman Law, S. 159-167; van Warmelo, Roman Civil Law, para. 269.

³⁷² Hahlo/Kahn, Union, S. 600.

³⁷³ Bei van Warmelo, Roman Civil Law, paras. 269-285 existieren daher Abschnitte, die sich anstelle einer allgemeingültigen Definition etwa mit den „*elements common to praedial servitudes*“ befassen.

³⁷⁴ Siehe zu *Johannes Voet* etwa Zimmermann, in: Das römisch-holländische Recht, S. 9 (39-42).

³⁷⁵ Maasdorp/Hall, Law of Property, S. 146 – auf Deutsch etwa: „Eine Abtrennung einiger der Eigentumsrechte vom Eigentum an einer bestimmten Sache und entweder deren Gewährung zugunsten einer vom Eigentümer verschiedenen

rungen zum Eigentum wird allerdings auch schnell die Problematik dieser Definition klar. Den Ausgangspunkt bildete für *Maasdorp* nämlich, dass das Eigentum eine Art Bündel von Rechten darstellt, von dem man einzelne Rechte abspalten kann. Diese Interpretation wird in Südafrika heute praktisch nicht mehr vertreten.³⁷⁶ Erachtet man eine Definition für notwendig, so kann man sich heute eher an den Ausführungen des *Supreme Court*³⁷⁷ orientieren: „*A servitude is (...) a right belonging to one person in the property of another entitling the former either to exercise some right or benefit in the property or to prohibit the latter from exercising one or other of his normal rights of ownership. (...) It is an example of a ius in re aliena; it diminishes an owner's dominium in a thing.*“ In dieser Definition wird im Gegensatz zu den Ausführungen von *Maasdorp* zumindest die Problematik um die fragwürdige Definition des Eigentums als bloße Summe seiner Rechte semantisch vermieden.³⁷⁸

1. Grunddienstbarkeiten

Eine Grunddienstbarkeit ist in Südafrika ein beschränkt dingliches Recht, welches zugunsten des Eigentümers eines dominanten Grundstücks (*praedium dominans*) gegenüber einem dienenden Grundstück (*praedium serviens*) besteht.³⁷⁹ Die Grunddienstbarkeit ist untrennbar mit dem dominanten Grundstück verbunden, geht zusammen mit dem Eigentum an diesem über und belastet das dienende Grundstück unabhängig von dessen Eigentümer.³⁸⁰ Wie auch in anderen Bereichen des Sachenrechts, kennt das südafrikanische Recht bei Grunddienstbarkeiten keinen strengen *numerus clausus* und die Zahl der po-

Person oder deren Anheftung als Zusatz zum Eigentum an einer anderen, in fremdem Eigentum stehenden Sache.“

³⁷⁶ De Waal, in: *Southern Cross*, S. 785 (787); van der Merwe, *Things*, S. 151f. Siehe auch § 2D.I.1. Gleichwohl verwendet auch das höchste südafrikanische Gericht, der *Supreme Court of Appeal*, das Bild vom Rechtebündel mit Bezug auf Eigentum (*Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others* (2015) 1 All SA (SCA) 562 (para. 22)): „*It is established that ownership comprises a bundle of rights or competencies which include the right to use or exclude others from using the property or to give others rights in respect thereof*“

³⁷⁷ *Lorentz v Melle and others* 1978 (3) SA (T) 1044 (1049).

³⁷⁸ *Badenhorst/Pienaar/Mostert*, *Law of Property*, S. 321; de Waal, in: *Southern Cross*, S. 785 (787); van der Merwe/de Waal, *Law of Servitudes*, para. 215; *Wille's Principles*, S. 592f.

³⁷⁹ *Malan v Ardconnel Investments (Pty.) Ltd.* 1988 (2) SA (A) 12 (37).

³⁸⁰ *Badenhorst/Pienaar/Mostert*, *Law of Property*, S. 321f.; van der Merwe/de Waal, *Law of Servitudes*, para. 220; *Wille's Principles*, S. 593.

tenziell neuen Konstellationen ist theoretisch unbegrenzt.³⁸¹ Um jedoch einer ungehinderten Verbreitung von Grunddienstbarkeiten und der damit einhergehenden Belastung der jeweils betroffenen Grundstücke vorzubeugen, gibt es einen Kriterienkatalog, dessen Einhaltung Voraussetzung für die Anerkennung als Grunddienstbarkeit ist.³⁸² Es besteht zudem eine widerlegbare Vermutung dahingehend, dass das Eigentum lastenfrei und damit auch frei von Dienstbarkeiten ist. Somit muss die Person, die sich auf eine Dienstbarkeit beruft, ihre Existenz durch den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der folgenden Kriterien beweisen.³⁸³

Erstens müssen zwei Grundstücke existieren, die im Eigentum unterschiedlicher Personen stehen.³⁸⁴ Zweitens muss eine Grunddienstbarkeit für den Eigentümer des dominanten Grundstücks nützlich sein. Dies bedeutet, dass das infrage stehende Recht in Bezug auf das dienende Grundstück einen Vorteil oder Nutzen für den Eigentümer darstellen muss und nicht lediglich seinem persönlichen Vergnügen dienen darf.³⁸⁵ Um dieser Voraussetzung zu genügen, bedarf es einer gewissen räumlichen Nähe zwischen dem dominanten und dem dienenden Grundstück.³⁸⁶ Drittens muss der durch das dienende Grundstück generierte Nutzen von dauerhafter Natur sein, d.h. die Inanspruchnahme des Grundstücks muss sich auf eine diesem anhaftende, permanente Eigenschaft oder ein permanentes Attribut beziehen.³⁸⁷ Viertens muss die Grunddienstbarkeit entweder den Inhaber dazu berechtigen, etwas mit oder auf dem dienenden Grundstück zu tun (positive Grunddienstbarkeit) oder der anderen Seite auferlegen, von einer bestimmten Handlung auf ihrem Grundstück abzusehen (negative Grunddienstbarkeit). Grundsätzlich darf der Eigentümer des die-

³⁸¹ Lorentz v Melle and others 1978 (3) SA (T) 1044 (1050f.); Alexander v Johns 1912 AD 431 (437); Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 321; Hahlo/Kahn, Union, S. 601; van Warmelo, Roman Civil Law, para. 272; Wille's Principles, S. 593.

³⁸² Van den Berg v Dart and Another 1949 (4) SA (T) 884 (884f.); de Waal, in: Southern Cross, S. 785 (789-803); Wille's Principles, S. 593-596.

³⁸³ Northview Properties (Pty.) Ltd. v Lurie 1951 (3) SA (A) 688 (696); Mostert/Pope, Law of Property, S. 26; van der Merwe/de Waal, Law of Servitudes, para. 218.

³⁸⁴ Lorentz v Melle and others 1978 (3) SA (T) 1044 (1049).

³⁸⁵ Lorentz v Melle and others 1978 (3) SA (T) 1044 (1049); Bisschop v Stafford 1974 (3) SA (A) 1 (11); Hollmann and another v Estate Latre 1970 (3) SA (A) 638 (644f.).

³⁸⁶ De Waal, in: Southern Cross, S. 785 (790-792); Gordon/de Waal, in: Mixed Legal Systems, S. 735 (738); Wille's Principles, S. 593f.

³⁸⁷ Lorentz v Melle and others 1978 (3) SA (T) 1044 (1049); de Waal, in: Southern Cross, S. 785 (793-795); Wille's Principles, S. 594.

nenden Grundstücks also nicht mit einer aktiven Handlungspflicht belastet werden (sog. Passivitätsprinzip).³⁸⁸

Für die Registrierung kann in jedem Fall auf sec. 63 Abs. 1 Hs. 2 des *Deeds Registries Act* zurückgegriffen werden. Demnach ist u.a. auch die Registrierung eines Rechts, das dem Eigentümer des dienenden Grundstücks eine aktive Handlungspflicht auferlegt, oder einer entsprechenden Bedingung möglich, wenn ein solches Recht oder eine solche Bedingung nach der Meinung des Registerbeamten ein registrierbares Recht sinnvoll ergänzt oder sonstwie unterstützt.³⁸⁹ Auf den dinglichen Charakter eines solchen Rechts bzw. einer solchen Bedingung kommt es insofern nicht an.

Zum Teil wird noch die Unteilbarkeit einer Grunddienstbarkeit als fünfte Voraussetzung genannt.³⁹⁰ Unteilbarkeit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Grunddienstbarkeit jedem Teil des dominanten Grundstücks anhaftet und jeden Teil des dienenden Grundstücks beschränkt. Ein Miteigentümer eines dominanten Grundstücks kann eine zu seinen Gunsten bestehende Grunddienstbarkeit nicht etwa in Hinblick auf seinen Eigentumsanteil aufgeben und ebenso wenig nur für seinen Anteil erwerben.³⁹¹ Relevant wird die Unteilbarkeit, wenn das dominante Grundstück aufgeteilt wird. Besteht etwa zulasten des dienenden Grundstücks A ein Wegerecht zugunsten des dominanten Grundstücks B und Grundstück B wird aufgeteilt in Grundstücke X, Y und Z, so haben die Eigentümer der Grundstücke X, Y und Z allesamt ein Wegerecht zulasten des Grundstücks A. Das gleiche Prinzip gilt für den Fall, dass Grundstück B unterteilt wird in Grundstücke L, M und N. Allerdings gilt in diesem Fall die Einschränkung, dass wenn das Wegerecht nur für einen abgegrenzten Bereich etwa auf Grundstück L gilt, freilich auch nur dieser Teil belastet ist.³⁹²

Hinsichtlich der systematischen Einordnung der Unteilbarkeit ist es jedoch richtig, zu sagen, dass sie weniger eine Voraussetzung als

³⁸⁸ De Waal, in: Southern Cross, S. 785 (799-803). Mehr dazu insbesondere unter § 3F.I und § 5A.II.1.

³⁸⁹ Im englischen Wortlaut heißt es: „Provided that a deed containing such a condition as aforesaid may be registered if, in the opinion of the registrar, such condition is complementary or otherwise ancillary to a registrable condition or right contained or conferred in such deed.“ Siehe § 3E.I.1.

³⁹⁰ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 325f.; van der Merwe/de Waal, *Law of Servitudes*, para. 221.

³⁹¹ Wille's Principles, S. 597.

³⁹² Beispiel angelehnt an *Smith v Mukheiber and others* 2001 (3) SA (SCA) 591 (595). Siehe auch Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 325f.

vielmehr eine Eigenschaft oder Charakteristik von Grunddienstbarkeiten darstellt.³⁹³ Man kann es sich nämlich nicht aussuchen, ob die Grunddienstbarkeit unteilbar ist oder nicht. Die Konsequenz wäre in diesem Fall, dass man absurde antizipatorische Gedankengänge vornehmen müsste, bevor eine Registrierung erfolgt. Warum sollte man sich dazu entschließen, eine zukünftige, hypothetische Teilung des dominanten Grundstücks vorzunehmen und einem bestimmten, abgetrennten Teilstück für den Fall der Aufspaltung das entsprechende Recht zuzuschreiben? Dies wäre nämlich die Alternative dazu, zu sagen, dass die Grunddienstbarkeit unteilbar sein soll. Daher liegt schon sobald alle sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind eine Grunddienstbarkeit vor, die dann unteilbar im beschriebenen Sinne ist. Doch gerade das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist oftmals unklar und bietet so Spielraum für die Anerkennung neuer Kategorien von Grunddienstbarkeiten.

a) Städtische und ländliche Grunddienstbarkeiten

In Südafrika wird kategorisch zwischen städtischen (*urban*) und ländlichen (*rural*) Grunddienstbarkeiten unterschieden. Gradmesser für die Unterscheidung ist das jeweils dominante Grundstück und der Zweck seiner Nutzung. Wird auf ihm Landwirtschaft betrieben, so bezeichnet man die zugunsten dieses Grundstücks bestehenden Grunddienstbarkeiten als ländlich, während solche, die in Bezug auf ein Grundstück bestehen, das zu Wohn-, Handels-, industriellen- oder sonstigen nicht-landwirtschaftlichen Zwecken genutzt wird, städtisch sind.³⁹⁴

Ländliche Grunddienstbarkeiten sind etwa Wegerechte, Weiderechte für Vieh oder das typisch südafrikanische *right of trekpath*.³⁹⁵ Städtische Grunddienstbarkeiten sind z.B. das Recht, die Höhe eines benachbarten Gebäudes zu begrenzen, um den Lichteinfall oder Ausblick sicherzustellen³⁹⁶ oder das Recht, einen Balkon oder sonstigen Vorbau über dem Grundstück des Nachbarn zu unterhalten.³⁹⁷

³⁹³ De Waal, in: Southern Cross, S. 785 (789-803); Hahlo/Kahn, Union, S. 603; Hosten (u.a.), Introduction, S. 348; Wille's Principles, S. 597.

³⁹⁴ Gordon/de Waal, in: Mixed Legal Systems, S. 735 (738); Hahlo/Kahn, Union, S. 603; Wille's Principles, S. 597.

³⁹⁵ Siehe dazu § 2B.II.

³⁹⁶ Kruger v Downer 1976 (3) SA (W) 172 (173); de Groot, Inleidinge, II. 34 (20).

³⁹⁷ S.A. Hotels Ltd. v City of Capetown 1932 CPD 229; de Groot, Inleidinge, II. 34 (22). Für eine umfassende Darstellung sowie zahlreiche Anwendungsbeispiele für beide Kategorien siehe Voet, Commentary, S. 438-476.

An diesem Punkt stellt sich die Frage, welchem Zweck die Unterscheidung zwischen städtischen und ländlichen Dienstbarkeiten dient.³⁹⁸ Lediglich die Namensgebung hat sich historisch etabliert und geht bereits auf das *Corpus Iuris Civilis* von Kaiser Justinian zurück.³⁹⁹ Ursprünglich war die Unterscheidung etwa im Bereich der Ersitzung relevant und die Voraussetzung der räumlichen Nähe zwischen den infrage stehenden Grundstücken wurde bei ländlichen Grunddienstbarkeiten strikter gehandhabt.⁴⁰⁰ Wenn jetzt gesagt wird, dass sowohl städtische als auch ländliche Grunddienstbarkeiten meistens positiver und nur einige städtische Grunddienstbarkeiten negativer Natur sind,⁴⁰¹ so ist dies als Beobachtung durchaus anzuerkennen. Eine zentrale Rolle nimmt die Unterscheidung im heutigen südafrikanischen Dienstbarkeitenrecht jedoch nicht ein.⁴⁰²

b) Restrictive Conditions

Eine südafrikanische Besonderheit im Grunddienstbarkeitenrecht sind die sog. *restrictive conditions*.⁴⁰³ Sie bilden eine wichtige (Unter-)Kategorie im Rahmen der (städtischen) Grunddienstbarkeiten. Um nicht durch die sehr deskriptive Bezeichnung dieser Kategorie in Verwirrung zu geraten, sollte zunächst festgehalten werden, dass hiermit nicht etwa jede Beschränkung von (Grundstücks-)Eigentum im Allgemeinen gemeint ist, sondern eben nur ein Unterfall von bestimmten Grunddienstbarkeiten.⁴⁰⁴ Die Terminologie ist insgesamt

³⁹⁸ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 326; Hahlo/Kahn, *Union*, S. 603; Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 246.

³⁹⁹ Der Bezug zu Kaiser Justinian ergibt sich z.B. aus Birks/McLeod, *Justinian's Institutes*, S. 60f.; Thomas, *The Institutes*, S. 84f.; Watson, *The Digest*, S. 252-264 und van Warmelo, *Roman Civil Law*, para. 271. Siehe ferner als Nachweis dafür, dass die Unterscheidung bereits im römischen Recht vorgenommen wurde du Plessis, *Roman Law*, S. 161f. Aus diesen Quellen lässt sich ebenfalls ableiten, dass es schon im römischen Recht keinen Grund rechtlicher Natur für die Unterscheidung gab und sich das Problem lediglich innerhalb der Nomenklatur abspielte.

⁴⁰⁰ De Waal, *TSAR* 1990, S. 186 (206); Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 246.

⁴⁰¹ So Wille's *Principles*, S. 597.

⁴⁰² Daher haben Gordon und de Waal recht, wenn sie schreiben „[I]t appears that there is very little, if any, difference between urban and rural servitudes in the modern law and it would seem possible to discard the distinction other than as something to be aware of in reading the authorities and as a convenient enough label under which to list examples of well recognised servitudes.“ – in: *Mixed Legal Systems*, S. 735 (740).

⁴⁰³ Am ehesten wohl mit „beschränkende Bedingungen“ zu übersetzen.

⁴⁰⁴ Badenhorst, Pienaar und Mostert sprechen von *restrictive conditions* im engeren und im weiteren Sinne – *Law of Property*, S. 343. Ebenso Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 255.

sehr uneinheitlich. In der Entscheidung *Camps Bay Ratepayers and Residents Association and others v Minister of Planning, Culture and Administration, Western Cape and others*⁴⁰⁵ benutzte Richter J Griesel die Begriffe „*restrictive conditions*“, „*restrictive title deed conditions*“, „*title deed conditions*“, „*restrictive title conditions*“ und „*conditions of title*“ abwechselnd und synonym für ein und dasselbe Phänomen.⁴⁰⁶

aa) Historische Entwicklung

Ausgangs- und Entstehungspunkt für die *restrictive conditions* war der große Diamanten- und Goldrausch in Südafrika in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Die arme Bevölkerung strömte in Massen in die rohstoffreichen Gegenden, etwa in das Gebiet des heutigen Johannesburg südlich der Hauptstadt Pretoria. Um die chaotische Expansion der Städte und die rasante Entstehung neuer sog. Townships halbwegs zu kontrollieren, suchte man nach brauchbaren rechtlichen Mechanismen und fand sie zunächst im englischen Common Law.⁴⁰⁷ Dort existierten seit der Zeit der Industriellen Revolution sog. *restrictive covenants*, die in Form von Verträgen zugunsten Dritter die Stadtentwicklung ordnen sollten. Demnach schließt etwa der Stadtentwickler Verträge mit allen in dem Gebiet befindlichen Grundstückseigentümern und verpflichtet diese, zugunsten aller bestimmte Beschränkungen ihres eigenen Eigentums hinzunehmen. Das gleiche Prinzip galt für Großgrundbesitzer, die ihr Land in mehrere Einheiten unterteilten und mit jedem Erwerber eines Teilstücks entsprechende Verträge zu schließen hatten.⁴⁰⁸ Ziel der *restrictive covenants* war es, den Wert des Landes und dessen Attraktivität zu bewahren.⁴⁰⁹ Im Jahre 1848 kam es in England zu einer richtungsweisenden Entscheidung in *Tulk v Moxhay*.⁴¹⁰ Das Gericht ordnete die Durchsetzung eines negativen *restrictive covenants* als Recht an dem Land einer anderen Person

⁴⁰⁵ 2001 (4) SA (C) 294.

⁴⁰⁶ Siehe zum Hintergrund van Wyk, THRHR 65 (2002), S. 642 (643f.).

⁴⁰⁷ Van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (805). Zur historischen Entwicklung der *restrictive conditions* in Südafrika siehe AMA van Wyk, Restrictive Conditions, S. 7-48; van Wyk, TSAR 1992, S. 280 (281-283).

⁴⁰⁸ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 343; van Wyk, TSAR 1992, S. 280 (281). Die historische Entwicklung in England und Südafrika stellt Joubert anschaulich dar in Malan and another v Ardconnel Investments (Pty.) Ltd. 1988 (2) SA (A) 12 (33-39). Einen Überblick zur Natur der *restrictive conditions* findet sich bei Hayton, LQR 87 (1971), S. 539 (540-546). Ausführlich wird sie erläutert von AMA van Wyk, Restrictive Conditions, S. 72-106.

⁴⁰⁹ Bradbrook/Neave, Easements and Restrictive Covenants, S. 194-196; van Wyk, TSAR 1992, 280 (281).

⁴¹⁰ (1848) 41 ER 1143.

ein und nicht als Vertrag. Somit wurde aus diesem Institut kurzerhand auf Billigkeitsebene eine Dienstbarkeit gemacht und der Weg für die Verbreitung in die Vereinigten Staaten, Australien und eben Südafrika war geebnet.⁴¹¹

In Südafrika wurde in den 1880er Jahren das erste Mal mit *restrictive covenants* operiert. Durch die massenhafte Besiedelung der Vorstadtgebiete um die Jahrhundertwende mussten Regelungen hinsichtlich der Nutzung und Bebauung von Grundstücken geschaffen werden, um einen rapiden Verfall der Marktwerte zu vermeiden. Dies geschah – ganz nach englischem Vorbild – in Form von Verträgen zwischen Grundstückseigentümer und -erwerber zugunsten Dritter. In diesen Verträgen verpflichteten sich die Käufer dazu, bestimmte Eigenschaften und Charakteristiken des Areals, in dem sich das Grundstück befand, zu erhalten. Diese Nutzungsbeschränkungen wurden sodann in das entsprechende Register eingetragen.⁴¹² Im Laufe der Zeit wurde jedoch die Starrheit der *covenants* zu einem Problem und sie konnten der aufkommenden Vielfalt der Landnutzung in den Townships nicht mehr gerecht werden.⁴¹³ Daraufhin sahen sich einige Provinzen zum Handeln veranlasst und entwickelten eigene Stadtplanungssysteme. Es wurden Vorschriften dazu erlassen, dass stadtplanerische Vorgaben, die das Grundeigentum in bestimmter Art und Weise beschränken, grundsätzlich im jeweiligen Liegenschaftsregister eingetragen werden können. Die Einschränkung auf die starren Vorgaben der *restrictive covenants* wurde dadurch aufgehoben und es kann von der Geburtsstunde der heutigen *restrictive conditions* gesprochen werden. Die erste Provinz, die in diesem Bereich tätig wurde, war bezeichnenderweise die Provinz Transvaal⁴¹⁴ im Jahre 1908.⁴¹⁵ Die neuen Gesetze galten jedoch lediglich für neu entstehende Townships bzw. erst ab dem Tag ihrer Veröffentlichung.⁴¹⁶ Insofern können *restrictive covenants* auch heute bei sehr alten Grundstücken in Townships theoretisch noch Anwendung finden.⁴¹⁷

⁴¹¹ AMA van Wyk, *Restrictive Conditions*, S. 8f.; van Wyk, TSAR 1992, 280 (281).

⁴¹² Van Wyk, a.a.O. (281f.).

⁴¹³ Floyd, *Town Planning*, S. 42; Pavlich, SALJ 95 (1978), S. 102 (107); van Wyk, TSAR 1992, S. 280 (281f.).

⁴¹⁴ Die Provinz Transvaal existierte bis zur Umbildung 1994. Sie umfasste Teile der heutigen Provinzen Gauteng, Nordwest, Mpumalanga und Limpopo im Nordosten der Republik und damit die wichtigste Industrieregion des Landes.

⁴¹⁵ *Townships Amendment Act* 34 aus 1909. Es folgten der Oranje Freistaat (*Township and Hamlet Ordinance* 6 aus 1928), die Kapprovinz (*Townships Ordinance* 33 aus 1934) und Natal (*Private Township and Town-Planning Ordinance* 10 aus 1934).

⁴¹⁶ *Joyce & McGregor, Ltd. v The Surveyor-General* 1929 CPD 325 (328).

⁴¹⁷ Van Wyk, TSAR 1992, S. 280 (282f.).

Wird heute also von *restrictive conditions* gesprochen, so sind davon sowohl die ursprünglichen *restrictive covenants* als auch die später entstandenen und heute nach wie vor verwendeten⁴¹⁸ Titelbedingungen umfasst. Es sei noch angemerkt, dass unter dem Begriff „Township“ zwar richtigerweise typische Wohngegenden in großen Städten zu verstehen sind. Jedoch sind damit nicht nur die heute landläufig als Township bezeichneten, völlig verarmten Wellblechhüttensiedlungen in den Außenbezirken südafrikanischer Städte gemeint. Vielmehr ist darunter alles zu verstehen, was ursprünglich primär als Wohngegend genutzt wurde. Dies wird etwa dadurch deutlich, dass in *Camps Bay Ratepayers and Residents Association and others v Minister of Planning, Culture and Administration, Western Cape and others*⁴¹⁹ der kapstädter Stadtteil *Camps Bay* als „Township“ bezeichnet wird.⁴²⁰ *Camps Bay* ist mittlerweile ein Nobelviertel direkt an der Atlantikküste, das jedes Jahr eine Vielzahl von Touristen aus aller Welt lockt und in dem sich aufgrund horrender Grundstückspreise nur die gut betuchte Bevölkerung niederlassen kann.

bb) Inhalt

Restrictive conditions sind beschränkt dingliche Rechte,⁴²¹ die zum Zeitpunkt der Gründung eines Townships vom ursprünglichen Eigentümer oder Stadtplaner gegenüber allen oder einer bestimmten Anzahl von Grundstücken in einem genau bezeichneten Areal des Townships implementiert werden und die freie Ausübung der Eigentumsrechte an den Grundstücken zugunsten aller anderen Grundstückseigentümer beschränken.⁴²² Zur Bestimmung, ob *restrictive con-*

⁴¹⁸ Im Lichte des immer umfassender anwendbaren öffentlichen Planungsrechts und der schier unzählbar großen Zahl von illegalen Landnutzungen in den Townships wurde die Legitimität dieser privatrechtlichen Institute vom Ministerium für Stadtplanung des Western Cape in *Camps Bay Ratepayers and Residents Association and others v Minister of Planning, Culture and Administration, Western Cape and others* (2001 (4) SA (C) 294 (324)) angezweifelt. Allerdings hat sich Richter *J Griesel* klar gegen diese Ansicht positioniert (a.a.O. (324f.)). Auch heute kommt den *restrictive conditions* insbesondere im Bereich der Erhaltung eines spezifischen Charakters einer Nachbarschaft noch Bedeutung zu. Sie haben denselben Status und dieselbe rechtliche Wirkung wie Grunddienstbarkeiten und zudem Vorrang vor öffentlich-rechtlichen Instrumenten wie z.B. Bauplänen – so auch van Wyk, THRHR 65 (2002), S. 642 (646f.).

⁴¹⁹ 2001 (4) SA (C) 294.

⁴²⁰ A.a.O. S. 303f.

⁴²¹ Näheres zur Rechtsnatur siehe 0.

⁴²² Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 344f.; Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 255f.; van der Walt/Pienaar, *Introduction*, S. 284.

ditions vorliegen, wurden ursprünglich auch von südafrikanischen Gerichten die Kriterien aus der englischen Entscheidung *Elliston v Reacher*⁴²³ zu *restrictive covenants* herangezogen.⁴²⁴ Zu beachten ist, dass der von der *Chancery Division* des *High Court of Justice* entschiedene Fall auf Billigkeitsrecht (*equity*) gründete. Demnach mussten für die Einordnung als *restrictive covenant* alle infrage stehenden Grundstücke vom gleichen Verkäufer stammen; alle Grundstücke den gleichen Bedingungen ausgesetzt sein; der Verkäufer mit den Bedingungen einen Vorteil für alle Grundstücke in dem infrage stehenden Areal bezwecken und alle zukünftigen Eigentümer oder deren Rechtsvorgänger die Grundstücke vom ursprünglichen Verkäufer unter der Annahme gekauft haben, dass die Bedingungen für alle anderen Grundstücke in dem relevanten Areal von Nutzen seien.⁴²⁵

Im Laufe der Zeit brach sich jedoch vor südafrikanische Gerichte die Erkenntnis Bahn, dass die vorstehenden Kriterien nicht als strikte Voraussetzungen für das Vorliegen von *restrictive conditions* nach südafrikanischer Façon geeignet sind. Zu unterschiedlich sind die auf der einen Seite auf Billigkeitsrecht beruhenden *restrictive covenants* und die auf der anderen Seite überwiegend als Grunddienstbarkeit eingestuft⁴²⁶ *restrictive conditions*.⁴²⁷ Gleichwohl dienen die Vorgaben der *Chancery Division* weiterhin als nicht bindende Anhaltspunkte für die Gerichte. Insbesondere die Frage, ob die registrierten Beschränkungen dazu dienen sollen, allen Grundstücken im Township zu nutzen, bleibt von großer Bedeutung.⁴²⁸

Beispiele für *restrictive conditions* sind, dass alle Grundstücke nur zu Wohnzwecken genutzt werden dürfen; dass pro Grundstück nur ein Wohnhaus mit gewöhnlichen Anbauten errichtet werden darf; oder dass keine Garage auf dem Grundstück erbaut werden darf, die dem

⁴²³ (1908) 2 Ch 374.

⁴²⁴ Die Anwendbarkeit der Kriterien in Südafrika wurde in *Alexander v Johns* 1912 AD 431 (433f.) bestätigt.

⁴²⁵ *Elliston v Reacher* a.a.O. S. 374f.

⁴²⁶ Siehe dazu nachfolgend §2 D.II.1.b)cc).

⁴²⁷ *Malan and another v Ardconnel Investments (Pty.) Ltd.* 1988 (2) SA (A) 12 (36f.); *Swiss Hotels (Pty.) Ltd. v Pedersen and others* 1966 (1) SA (C) 197 (202); *Hahlo/Kahn, Union*, S. 605; *Wille's Principles*, S. 603.

⁴²⁸ *BEF (Pty.) Ltd. v Cape Town Municipality and others* 1983 (2) SA (C) 387 (393); *Swiss Hotels (Pty.) Ltd. v Pederson and others* a.a.O. 202; *Kleyn v Theron* 1966 (3) SA (T) 264 (270); *Ex parte Vinkati Investments (Pty.) Ltd. and others* 1965 (4) SA (W) 421 (426-430); *Ex parte Will G. Hare (Pty.) Ltd.* 1958 (4) SA (C) 416 (418f.); *Blanckenberg and another v Forbes* 1955 (3) SA (C) 170 (176); *Badenhorst/Pienaar/Mostert*, *Law of Property*, S. 349.

Eigentümer zu anderen als gewöhnlichen Nutzungszwecken dient.⁴²⁹ Des Weiteren wird auch ein Grundbucheintrag, der vorschreibt, dass alle Grundstücke nur zu Handels- und Geschäftszwecken, jedoch nicht als Warenlager, Vergnügungs- oder Versammlungsstätte, Tankstelle, Industriegrundstück oder Hotel genutzt werden dürfen, als *restrictive condition* und somit als Grunddienstbarkeit eingestuft.⁴³⁰ Ein weiteres Beispiel und gleichzeitig Zeugnis für die rassistische Diskriminierung zu Zeiten der Apartheid sind *restrictive conditions*, die es Mitgliedern bestimmter ethnischer Gruppen verboten, entweder Eigentum an bestimmten Grundstücken zu erwerben oder diese zu bewohnen und zu bewirtschaften.⁴³¹ In *Swiss Hotels (Pty.) Ltd. v Pedersen and others*⁴³² geht es insoweit um mehrere *restrictive conditions*, von denen eine wie folgt lautete: „*That though they may buy and own land and houses, and let and sell them, yet no Malays, Asiatics, Kaffirs or people known and understood in the Colony by the term ‘coloured people’ shall have the right or be permitted to live in or occupy any house or shop on any lot or lots on this estate, save only as such necessary domestics as the master or mistress of the dwelling-house may require for his or her purpose.*“ Sonstige typische *restrictive conditions* verbieten etwa die Anpflanzung von Bäumen mit oberflächlich wachsenden Wurzeln; schreiben vor, dass die Dächer aller Häuser im Township mit Ziegeln, Schindel, Schiefer oder Stroh gedeckt sein müssen; oder machen Angaben dazu, dass jeder Eigentümer es erlauben muss, dass die Abwasserleitungen anderer Grundstücke sofern notwendig über das eigene Grundstück verlaufen dürfen.⁴³³

Die Beispiele zeigen, dass *restrictive conditions* ganz überwiegend Beschränkungen beinhalten, die typischerweise im öffentlich-rechtlichen Bauplanungsrecht zu verorten sind, wie etwa die Bebauung zu Wohn- oder Geschäftszwecken oder die Erhaltung einer einheitlichen Optik des Wohngebiets. Allerdings spielen auch solche Vorgaben eine Rolle, die üblicherweise durch privatrechtliche Grunddienstbarkeiten geregelt werden, wie das Verbot des Pflanzens bestimmter Bäume oder die Verpflichtung, Leitungen über dem eigenen Grundstück zu dulden.

⁴²⁹ Van Rensburg N.O. and another v Nelson Mandela Metropolitan Municipality and others 2008 (2) SA (SEC) 8 (para. 7).

⁴³⁰ Ex parte Vinkati Investments (Pty.) Ltd. and others 1965 (4) SA (W) 421 (421).

⁴³¹ *Restrictive conditions* rassistischen Inhalts zählen zu den ersten ihrer Art und spielen somit eine bedeutende Rolle bei der Entwicklung dieser Rechte – Floyd, Town Planning, S. 41f.

⁴³² 1966 (1) SA (C) 197 (198).

⁴³³ Siehe weitere Beispiele bei Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 344f.

cc) Rechtsnatur

Schon die *restrictive covenants* wurden in frühen Gerichtsurteilen nicht als eigene Klasse dinglicher Rechte angesehen, sondern als Grunddienstbarkeiten.⁴³⁴ Diese Ansicht wurde später von den Gerichten übernommen, die sich mit solchen Beschränkungen auseinandergesetzt haben, die auf die Gesetzgebung der einzelnen Provinzen Anfang des 20. Jahrhunderts zurückgingen, sprich den *restrictive conditions*.⁴³⁵ Auch die überwiegende Mehrzahl des südafrikanischen Schrifttums hat sich dieser Meinung angeschlossen.⁴³⁶ Insbesondere *Jeannie van Wyk* sowie *AMA van Wyk* bilden jedoch die Opposition zu dieser Ansicht und halten die Unterschiede zwischen *restrictive conditions* und sonstigen Grunddienstbarkeiten für zu groß. Sie plädiert dafür, *restrictive conditions* als ein Recht *sui generis* einzustufen.⁴³⁷ Dies begründet sie etwa damit, dass *restrictive conditions* bauplanerische Werkzeuge seien und Grunddienstbarkeiten nicht. Zudem werde bei *restrictive conditions* jedes Grundstück gleichzeitig als dominant und dienend gewertet, während bei Grunddienstbarkeiten jeweils verschiedene Grundstücke diese Positionen bekleideten. Ferner bedürfe es für die Nützlichkeit des dienenden Grundstücks gegenüber dem dominanten Grundstück einer gewissen räumlichen Nähe, welche bei *restrictive conditions* nicht notwendig vorläge. Vielmehr sei es möglich, dass bei einem großen Township zwei Grundstücke weit auseinanderlügen.⁴³⁸ Die angebrachte Kritik ist durchaus berechtigt. Es bestehen nicht unerhebliche Unterschiede zwischen „normalen“ Grunddienstbarkeiten und den *restrictive conditions*. Letztlich ist dies in Abwesenheit eines *numerus clausus* dinglicher Rechte aber nur ein Streit um die Nomenklatur, da die grundsätzliche Einordnung als dingliches Recht nicht infrage gestellt wird.

⁴³⁴ Berger v Bloemfontein Town Council 1935 OPD 115 (117f.); Alexander v Johns 1912 AD 431 (437); Hattingh v Robertson (1904) 21 SC 273 (276f.).

⁴³⁵ Van Rensburg N.O. and another v Nelson Mandela Metropolitan Municipality and others 2008 (2) SA (SEC) 8 (para. 8); Malan v Ardconnel Investments (Pty.) Ltd. 1988 (2) SA (A) 12 (36-38); Titty's Bar and Bottle Store (Pty.) Ltd. v ABC Garage (Pty.) Ltd. 1974 (4) SA (T) 362 (367f.); Ex parte Millsite Investment Co (Pty.) Ltd. 1965 (2) SA (T) 582 (584f.); Ex parte Zimba Holdings (Pty.) Ltd. 1948 (4) SA (T) 774 (777).

⁴³⁶ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 345f.; Mostert/Pope, Law of Property, S. 256f.; Wille's Principles, S. 602.

⁴³⁷ AMA van Wyk, Restrictive Conditions, S. 99-106; van Wyk, THRHR 65 (2002), S. 642 (646f.); dies. Planning Law, S. 18f.; dies. De Jure 25 (1992), S. 270 (288).

⁴³⁸ AMA van Wyk, a.a.O.; van Wyk, THRHR 65 (2002), S. 642 (647); dies. Planning Law, S. 19f.; dies. De Jure 25 (1992), S. 270 (283f.).

Neben der förmlichen Einordnung ist zu beachten, dass *restrictive conditions* sowohl eine privatrechtliche als auch einen öffentlich-rechtliche Dimension haben. Der öffentlich-rechtliche Charakter wird bereits dadurch deutlich, dass sie ihren Ursprung in den Gesetzen zur Regelung der Townships haben.⁴³⁹ Darüber hinaus ist zu beachten, dass neben der reziproken Bindung aller Bewohner eines bestimmten Areals auch die zuständige Kommunalverwaltung um die Existenz der bestehenden *restrictive conditions* wissen und ihrem Inhalt entsprechend handeln muss.⁴⁴⁰ Insbesondere im öffentlich-rechtlichen Bauplanungsrecht sind diese besonderen Dienstbarkeiten zu beachten. *Restrictive conditions* operieren also vornehmlich zwischen Individuen im privatrechtlichen Sinne, strahlen jedoch ins öffentliche Recht aus.⁴⁴¹ Werden Bau- oder Flächennutzungspläne erlassen, die in Konflikt mit bereits registrierten *restrictive conditions* stehen, so genießen die *restrictive conditions* Vorrang.⁴⁴² Gibt eine Verwaltungseinheit also die Zustimmung für eine konkrete Grundstücksnutzung oder stellt gar eine Baugenehmigung für ein Grundstück aus, das mit *restrictive conditions* beschwert ist, so ist dieser Hoheitsakt null und nichtig, soweit er den *restrictive conditions* inhaltlich zuwiderläuft.⁴⁴³

2. Beschränkt persönliche Dienstbarkeiten

Schließlich existieren ganz der römischrechtlichen Tradition folgend auch im südafrikanischen Recht beschränkt persönliche Dienstbarkeiten.⁴⁴⁴ Wie bereits erwähnt, unterliegen diese ebenfalls keinem strikten *numerus clausus*, sondern stehen der Schöpfung neuer Kategorien grundsätzlich offen.⁴⁴⁵

Eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit ist ein dingliches Recht, welches zulasten entweder eines dienenden Grundstücks oder einer

⁴³⁹ Mostert/Pope, Law of Property, S. 258; van Wyk, Planning Law, S. 20.

⁴⁴⁰ Van Rensburg N.O. and another v Nelson Mandela Metropolitan Municipality and others 2008 (2) SA (SEC) 8 (para. 8).

⁴⁴¹ Mostert/Pope, Law of Property, S. 258.

⁴⁴² Van Rensburg N.O. and another v Nelson Mandela Metropolitan Municipality and others 2008 (2) SA (SEC) 8 (para. 8); Malan v Ardconnel Investments (Pty.) Ltd. 1988 (2) SA (A) 12 (40); Enslin v Vereeniging Town Council 1976 (3) SA (T) 443 (447); Kleyn v Theron 1966 (3) SA (T) 264 (271f.).

⁴⁴³ Enslin v Vereeniging Town Council 1976 (3) SA (T) 443 (447); Mostert/Pope, Law of Property, S. 259.

⁴⁴⁴ Du Plessis, Roman Law, S. 163-167; van Warmelo, Roman Civil Law, paras. 279-285.

⁴⁴⁵ Siehe § 2B.II. Zudem Texas Co (SA) Ltd. v Cape Town Municipality 1926 AD 467 (473).

beweglichen Sache gewisse Vorteile für eine bestimmte Person vorsieht.⁴⁴⁶ Neben dem Umstand, dass eine persönliche Dienstbarkeit auch in Bezug auf bewegliche Sachen existieren kann, ist der größte Unterschied zur Grunddienstbarkeit der, dass sie zugunsten des Inhabers in seiner Eigenschaft als Person und nicht als Eigentümer eines zweiten Grundstücks besteht. Somit ist die persönliche Dienstbarkeit untrennbar mit der Person des Rechtsinhabers verbunden und erlischt bei natürlichen Personen spätestens mit deren Tod und bei juristischen Personen entweder mit deren Auflösung oder nach maximal 100 Jahren.⁴⁴⁷ Infolge ihrer engen Bindung an die Person des Inhabers können persönliche Dienstbarkeiten auch nicht etwa durch Zession übertragen werden.⁴⁴⁸ Diese Ansicht trifft zumindest auf die römisch-rechtlichen Kategorien der persönlichen Dienstbarkeiten, nämlich Nießbrauch (*usufructus*), Nutzung (*usus*) und das Wohnrecht (*habitatio*) zu.⁴⁴⁹ Daneben wird vertreten, dass andere persönliche Dienstbarkeiten nur dann unübertragbar seien, wenn dem Parteiwillen entnommen werden könne, dass die Dienstbarkeit untrennbar mit der Person des Inhabers verbunden sei.⁴⁵⁰

Neben den bereits erwähnten Kategorien des römischen Rechts existieren in Südafrika noch weitere anerkannte beschränkt persönliche Dienstbarkeiten. Als wichtigste Kategorie sind die bereits erwähnten unregelmäßigen Dienstbarkeiten zu nennen, die persönliche und Grunddienstbarkeiten vereinen.⁴⁵¹ Ferner können auch *restrictive conditions* in einem Township so eng mit der Person des Grundstücksei-

⁴⁴⁶ Lorentz v Melle and others 1978 (3) SA (T) 1044 (1049); Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 338f.; Gordon/de Waal, in: Mixed Legal Systems, S. 735 (753); Mostert/Pope, Law of Property, S. 248; Wille's Principles, S. 604.

⁴⁴⁷ Letsitele Stores (Pty.) Ltd. v Roets and others 1958 (2) SA (T) 224 (226f.); Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 338f.; Gordon/de Waal, in: Mixed Legal Systems, S. 735 (753). In Durban City Council v Woodhaven Ltd. and others 1987 (3) SA (A) 555 (562) wird infrage gestellt, ob die dem römisch-holländischen Recht entnommene 100-Jahres-Regel im südafrikanischen Recht noch Anwendung finden sollte.

⁴⁴⁸ Durban City Council v Woodhaven Ltd. and others 1987 (3) SA (A) 555 (561); Badenhorst/Pienaar/Mostert, S. 322; Mostert/Pope, Law of Property, S. 248.

⁴⁴⁹ Mangels praktischer Relevanz wurde das Recht auf Dienste von Sklaven und Tieren (*operae servorum et animalium*) ausgelassen.

⁴⁵⁰ Domanski, SALJ 105 (1988), S. 205 (209); Hall/Kellaway, Servitudes, S. 163.

⁴⁵¹ Siehe § 2B.II.

gentümers verbunden sein, dass sie als persönliche Dienstbarkeiten gelten.⁴⁵²

Bei den sog. unregelmäßigen Dienstbarkeiten besteht ein Recht zulasten eines (dienenden) Grundstücks und zugunsten einer Person. Dies folgt zunächst der Regel, da Grunddienstbarkeiten auch zugunsten einer Person, nämlich dem jeweiligen Eigentümer des dominanten Grundstücks bestehen. Bei den unregelmäßigen Dienstbarkeiten kommt es jedoch nicht auf die Eigentümerstellung an, sondern vielmehr auf die Person als solche. Daher werden unregelmäßige Dienstbarkeiten auch grundsätzlich als beschränkt persönliche Dienstbarkeiten und nicht als Grunddienstbarkeiten eingestuft.⁴⁵³ Inhaltlich gewähren sie dem Inhaber ein Recht, welches regelmäßig im Rahmen von Grunddienstbarkeiten vorkommt, sodass von einer Melange der beiden üblichen Kategorien von Dienstbarkeiten gesprochen werden kann. Die üblicherweise im Rahmen des *numerus clausus* vorgeschriebene Typenfixierung wird somit durchbrochen.

Beispiele finden sich zahlreich in der südafrikanischen Rechtsprechung. Zu nennen sind etwa bestimmte Handelsrechte in Bezug auf ein Grundstück⁴⁵⁴ sowie die an eine bestimmte Person gekoppelten Rechte eine Bahntrasse,⁴⁵⁵ unter- und überirdisch Stromkabel⁴⁵⁶ oder Abwasserkanäle und -rohre auf einem Grundstück zu legen.⁴⁵⁷ Die meisten Grunddienstbarkeiten können auf diese Weise auch als beschränkt persönliche Dienstbarkeiten ausgestaltet werden. Grundsätzlich wird dabei im Zweifelsfall die Intention der beteiligten Parteien den Ausschlag geben. Kann diese nicht durch die vorliegenden Dokumente und Registereinträge klar ermittelt werden, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Dabei geht eine widerlegbare Vermutung dahin, dass es sich bei Zweifelsfällen um eine persönliche Dienstbarkeit handeln würde. Dies wird damit begründet, dass

⁴⁵² Jonordon Investment (Pty.) Ltd. v De Aar Drankwinkel (Edms.) 1969 (2) SA (C) 117 (125f.); de Waal, in: Southern Cross, S. 785 (810); van der Merwe/de Waal, Law of Servitudes, para. 242; Wille's Principles, S. 604.

⁴⁵³ De Waal, in: Southern Cross, S. 785 (810); Mostert/Pope, Law of Property, S. 248; van der Merwe/de Waal, Law of Servitudes, para. 242 Fn. 2. Siehe auch § 2B.II.

⁴⁵⁴ Armstrong (in his capacity as representative of Lloyds Underwriters) v Bhamjee 1991 (3) SA (A) 195 (201); Bhamjee en 'n ander v Mergold Beleggings 1983 (4) SA (T) 555 (557); Letsitele Stores (Pty.) Ltd. v Roets and others 1958 (2) SA (T) 224 (226).

⁴⁵⁵ Texas Co (SA) Ltd. v Cape Town Municipality 1926 AD 467 (473f.).

⁴⁵⁶ Smit N.O. v Die Meester 1959 (4) SA (T) 13 (13).

⁴⁵⁷ Vestin Eshowe (Pty.) Ltd. v Town Council of the Borough of Eshowe 1978 (3) SA (N) 546 (549f.).

eine Grunddienstbarkeit das Eigentum schwerer belaste, da sie unabhängig von der Person des Eigentümers und zeitlich unbeschränkt bestehe und Dienstbarkeiten im Zweifelsfall restriktiv, d.h. so auszulegen seien, dass sie den Grundstückseigentümer nicht mehr belasteten als notwendig.⁴⁵⁸

Eine denkwürdige Entscheidung in Sachen persönliche Dienstbarkeiten ist im Minderheitenvotum von *JA Joubert in Erlax Properties (Pty.) Ltd. v Registrar of Deeds and others*⁴⁵⁹ zu finden. In dem Fall geht es um Wohnungseigentum und das Recht desjenigen, der ursprünglich Alleineigentümer eines Gebäudes war und dieses in mehrere eigentumsfähige Wohnungen unterteilt hat,⁴⁶⁰ das Gebäude entweder durch einen Anbau um weitere eigentumsfähige Wohnungen zu erweitern oder neue Wohnungen in bestehenden Räumlichkeiten zu installieren, die bisher im Gemeineigentum standen. Die Registrierbarkeit dieses Rechts ist in *sec. 25 Sectional Titles Act*⁴⁶¹ gesetzlich festgeschrieben und somit auch die Anerkennung, dass es sich dabei um ein dingliches Recht handelt.⁴⁶² *Joubert* kommt zu dem Schluss, dass das Recht alle Elemente einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit beinhalte und folglich als solche zu qualifizieren sei.⁴⁶³ Diese kontroverse Ansicht blieb freilich nicht ohne Opposition. Wieder war es u.a. *Jeannie van Wyk*, die gegen eine Einordnung als (persönliche oder Grund-) Dienstbarkeit und für ein dingliches Recht eigener Art plädierte.⁴⁶⁴ Die Ansicht von *van Wyk* verdient in diesem Fall uneingeschränkt Beifall. Es ist zwar nicht abzustreiten, dass das Recht zugunsten einer bestimmten Person (in diesem Fall einer juristischen Person) besteht, allerdings ist zu beachten, dass der Zweck einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit darin liegt, das Grundstück eines anderen zu eige-

⁴⁵⁸ *Jonordon Investment (Pty.) Ltd. v De Aar Drankwinkel (Edms.) Bpk. and others* 1969 (2) SA (C) 117 (125f.); *Willoughby's Consolidated Co. Ltd. v Copthall Stores Ltd.* 1918 AD 1 (16); *Badenhorst/Pienaar/Mostert*, *Law of Property*, S. 341f.; *Mostert/Pope*, S. 248. Dazu, dass grundsätzlich eine restriktive Interpretation von Dienstbarkeiten dergestalt angezeigt ist, dass im Zweifel eine Vermutung besteht, dass sie nicht bestehen, siehe *Kleyn v Theron* 1966 (3) SA (T) 264 (270); *Ex parte Will G. Hare* 1958 (4) SA (C) 416 (419).

⁴⁵⁹ 1992 (1) SA (A) 879 (886f.) – siehe die Analyse von *Badenhorst*, *THRHR* 63 (2000), S. 499 (507f.).

⁴⁶⁰ Der sog. „Entwickler“ oder „developer“, siehe *sec. 1 Sectional Titles Act* 95 aus 1986.

⁴⁶¹ 95 aus 1986.

⁴⁶² Dies ist i.Ü. auch im Schrifttum anerkannt, siehe *van Wyk*, *THRHR* 56 (1993), S. 136 (139f.).

⁴⁶³ A.a.O. (887).

⁴⁶⁴ *Van Wyk*, *THRHR* 56 (1993), S. 136 (142). Siehe zudem bereits *van der Merwe/Butler*, *Sectional Titles*, S. 203 Fn. 39 und S. 205 Fn. 45.

nen Gunsten zu nutzen. Das Recht zur schrittweisen Erweiterung eines Wohnungseigentumsplans berechtigt hingegen den Entwickler dazu, Wohnungseigentum an einem Gebäude in Phasen zu erschaffen. Diese beiden Zielsetzung lassen sich nur schwerlich als kongruent bezeichnen.⁴⁶⁵ Es ist zudem nicht ersichtlich, warum es nach der Feststellung, dass es sich um ein dingliches Recht handelt und somit die Registrierbarkeit sichergestellt wurde, noch einer genauen Zuordnung zu einer der klassischen Kategorien bedarf. Es ist legitim, diesen letzten gedanklichen Schritt zu überspringen und die Einordnung als dingliches Recht *sui generis* hinzunehmen. Zwar kennt das südafrikanische Recht auch im Bereich der beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten keinen *numerus clausus*. Jedoch sollte dies im Ergebnis nicht dazu führen, dass jedes nicht näher zuzuordnende Recht als Dienstbarkeit eingeordnet wird und diese zu einer Art Auffangssachenrecht verkommt.

Die genannten Beispiele im Rahmen der beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten illustrieren ein weiteres Mal, wie flexibel in der südafrikanischen Jurisprudenz mit der Einordnung von Rechten in sachenrechtliche Kategorien umgegangen wird. Die Frage, ob es sich überhaupt um ein dingliches Recht handelt, ist zwar regelmäßig beantwortet und der neuralgische Punkt liegt in der richtigen Kategorisierung. Gleichwohl zeigt sich auch hier, wie umfassend in Südafrika von der Abwesenheit eines *numerus clausus* und der damit verbundenen Erschaffungshoheit für neue dingliche Rechte Gebrauch gemacht wird. Dies erscheint oft etwas willkürlich, ist jedoch immer im Lichte der besonderen Verhältnisse sowohl der südafrikanischen Rechtsgeschichte als auch der aktuell herrschenden gesellschaftlichen Verhältnisse zu sehen.

III. Wohnungseigentum

Das Wohnungseigentum (*sectional title*) bietet sich insofern für eine genauere Betrachtung im Zuge der Erörterung dinglicher Rechte an Immobilien an, als der südafrikanische Gesetzgeber dieses Rechtsinstitut erst in den 1970er Jahren geschaffen hat und es sich somit um ein verhältnismäßig junges Phänomen handelt. Welche Intention dabei verfolgt wurde und wie die inhaltliche Ausgestaltung in das bestehende Sachenrechtssystem integriert wurde, kann Aufschluss darüber geben, in welchem Ausmaß aus Sicht des Gesetzgebers von hergebrachten Sachenrechtsstandards abgewichen werden kann, um eine Anpassung an gesellschaftliche Verhältnisse zu ermöglichen.

⁴⁶⁵ Van Wyk, THRHR 56 (1993), S. 136 (142f.).

1. Historische Entwicklung

Ausfluss des Grundsatzes *superficies solo cedit* ist es, dass das römische Recht kein Eigentum an einzelnen Gebäudeteilen kannte.⁴⁶⁶ Die Möglichkeit, ein Gebäude oder Grundstück im Rahmen des Eigentums nicht nur als Ganzes zu betrachten, sondern auch Teile davon eigentumsfähig zu stellen, findet sich erstmalig im germanischen Gewohnheitsrecht in der Gestalt von Konstruktionen wie Geschosseigentum, Stockwerkseigentum (*propriété par étages*), Herbergsrecht oder Kellerrecht. Diese oder ähnliche Formen des Teileigentums an einem Ganzen waren in weiten Gebieten von Frankreich, Italien, der Schweiz, Deutschland und den südlichen Niederlanden anerkannt.⁴⁶⁷

Im römisch-holländischen Recht setzte sich jedoch die römische Tradition fort, sodass letztlich auch im südafrikanischen Common Law zunächst kein Wohnungseigentum vorgesehen war.⁴⁶⁸ Im germanischen Recht gaben hauptsächlich sozioökonomische Gründe den Ausschlag für eine rechtliche Ausgestaltung der o.g. Teileigentumsrechte.⁴⁶⁹ Diese sind auch heute noch der Hintergrund der Regelung in Südafrika und lassen sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen: knapper Wohnraum. Im mittelalterlichen Europa waren es Verteidigungsmauern, die um eine Stadt gebaut wurden und somit den Wohnraum eingrenzten. Im Nachkriegsdeutschland zu Zeiten der Einführung des Wohnungseigentumsgesetzes 1951 waren tausende Häuser zerstört und Flüchtlinge strömten nach Westdeutschland. In Südafrika Mitte des 20. Jahrhunderts waren die Probleme insgesamt weniger akut, die Erschließung neuen Wohnraums wurde gleichwohl infolge der voranschreitenden Industrialisierung und Urbanisierung des Landes u.a. wegen der hohen Kosten für die Entwicklung zusätzlicher Townships und Errichtung neuer Gebäude immer schwieriger.⁴⁷⁰ Im Jahre 1971 hat der südafrikanische Gesetzgeber schließlich nach langer Debatte den ersten *Sectional Titles Act*⁴⁷¹ erlassen, welcher 1986 vom zweiten *Sectional Titles Act*⁴⁷² abgelöst wurde, der bis heute in Kraft ist.⁴⁷³

⁴⁶⁶ Cowen, CILSA 6 (1973), S. 1 (20f.); van der Merwe/Butler, *Sectional Titles*, S. 5-7.

⁴⁶⁷ Cowen, CILSA 6 (1973), S. 1 (27f.).

⁴⁶⁸ Zur Geschichte und Entwicklung siehe umfassend Cowen, CILSA 6 (1973) S. 1 (1-35).

⁴⁶⁹ Cowen, CILSA 6 (1973), S. 1 (27f.).

⁴⁷⁰ Van der Merwe, CILSA 7 (1974), S. 165 (165-169).

⁴⁷¹ 66 aus 1971.

⁴⁷² 95 aus 1986.

⁴⁷³ Zuletzt geändert am 30. Juli 2015.

2. Inhalt

Durch den *Sectional Titles Act* wurde in Südafrika ein neues dingliches Recht geschaffen, das in den bis dahin vorhandenen Kategorien nicht verortet werden konnte. Damit verbunden entstand auch ein neues Sachenrechtsobjekt: eine Einheit, die aus einem bestimmten Gebäudeteil sowie aus den Gemeinschaftsräumen des Gebäudes und dem Grundstück besteht. An dem abgegrenzten Gebäudeteil (i.e. der Wohnung) besteht Sondereigentum und an den gemeinschaftlichen Räumlichkeiten und dem Grundstück Miteigentum. Dabei ist das Sondereigentum die Haupt- und die Miteigentumsrechte Nebenkompenten des Wohnungseigentums. Weiterhin ist die verpflichtende Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft, die als juristische Person für die Verwaltung der gesamten Wohnungseigentumsanlage verantwortlich ist, Bestandteil des Wohnungseigentums.⁴⁷⁴ Die drei Elemente des Wohnungseigentums (Alleineigentum an der Wohnung, Miteigentum an den gemeinschaftlichen Räumlichkeiten und dem Grundstück sowie die Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft) sind untrennbar miteinander verbunden, können nicht einzeln veräußert werden und beeinflussen sich wechselseitig.⁴⁷⁵

Neben der bereits erwähnten Knappheit an erschwinglichem Wohnraum schafft das Wohnungseigentum auch Abhilfe für das soziale und psychologische Bedürfnis des Eigentums am eigenen Heim, dient Eigentümern als Wertanlage und Schutz vor der Inflation und bietet einen Anreiz für die Neuentwicklung von Stadtzentren und Wohnsiedlungen. Auch wenn Wohnungseigentum ursprünglich insbesondere Wohnzwecken diente, wird es heute auch für kommerzielle und industrielle Zwecke sowie für die Einrichtung von Ferienwohnungen genutzt.⁴⁷⁶ Insofern ist die südafrikanische Bezeichnung für das gerade beschriebene Phänomen (*Sectional Title*)⁴⁷⁷ präziser als der im deutschen Sprachgebrauch gängige Begriff des Wohnungseigentums.

Die Rechte des Wohnungseigentümers werden durch den *Sectional Titles Act*, die Vorschriften des zugrunde liegenden Wohnungseigentumsanlageplans und der Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft beschränkt. Insofern stellt sich die Frage, ob hier noch von

⁴⁷⁴ Cowen, Act/Jur 1985, S. 333 (334f.); Mostert/Pope, Law of Property, S. 101; van der Merwe/Butler, Sectional Titles, S. 25-43; Zimmermann, RHR, S. 182f. Siehe zur Struktur der Wohnungseigentümergeinschaft ausführlich van der Merwe/Danschke, ZMR 1997, S. 197 (197-199).

⁴⁷⁵ Van der Merwe, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 201 (222).

⁴⁷⁶ Van der Merwe, a.a.O.

⁴⁷⁷ Etwa „Teilberechtigung“ im Deutschen.

„Eigentum“ die Rede sein kann. Dies ist trotz der Bezeichnung als *Sectional Title* auch in Südafrika anerkannt.⁴⁷⁸ Doch zwischen dem gewöhnlichen (Grundstücks-)Eigentum und dem Wohnungseigentum bestehen einige erhebliche Unterschiede.⁴⁷⁹ Der (alleinige) Grundstückseigentümer muss sich nicht etwa den Beschlüssen und Pflichten im Rahmen einer Wohnungseigentümergeinschaft unterwerfen, wie etwa der Pflicht zu einer monatlichen Abgabe oder der grundsätzlich persönlichen Haftung der Mitglieder für Schulden der Gemeinschaft.⁴⁸⁰ Die Anhänge 8 und 9 zum *Sectional Titles Act* sehen zudem Verwaltungs- und sogar Verhaltensregeln für die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft vor. Darüber hinaus verstößt das Wohnungseigentum gegen hergebrachte Prinzipien des römischen Rechts, die über Jahrhunderte Bestand hatten und insbesondere im römischrechtlich geprägten südafrikanischen Sachenrecht gewürdigt wurden, wie etwa dem bereits erwähnte Grundsatz *superficies solo cedit*. Auch das Prinzip, dass der Eigentümer eines Grundstücks auch Eigentümer der Luft über und der Erde unter dem Grundstück ist (*cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos*), wird durch die Annahme von Eigentum an einem dreidimensionalen Raum mit nicht nur vertikalen, sondern auch horizontalen Grenzen innerhalb eines Gebäudes negiert.⁴⁸¹

Die Beschränkungen sind somit mannigfaltig und von dem, was einst als *plena in re potestas* bezeichnet wurde, ist nicht mehr viel übrig. Jedoch ist dies kein zwingender Nachweis dafür, dass das Wohnungseigentum den Titel „Eigentum“ zu Unrecht im Namen trägt. Wie bereits gesehen, unterliegt das Recht des Eigentümers im heutigen südafrikanischen Recht ebenso einer Vielzahl von Beschränkungen unterschiedlicher Herkunft und Natur.⁴⁸² Ob die Namensgebung nun angemessen ist oder nicht, darüber lässt sich streiten. Letztlich handelt

⁴⁷⁸ Enger an der deutschen Bezeichnung wird mitunter auch von „*Apartment Ownership*“, „*Sectional Ownership*“ oder „*Condominium*“ gesprochen – Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 101; van der Merwe, *CILSA* 7 (1974), S. 165 (165f.); ders. in: *Introduction to the Law of South Africa*, S. 201 (222).

⁴⁷⁹ Cowen sagt zur Einführung des *Sectional Titles Act*: „The Sectional Titles Act 1971 stung us all out of complacency and lethargy. It challenged – some would say struck at – the foundations of the Roman-Dutch system of ownership of land, and of lesser real rights in land; and it no less aggressively compelled a modification of our much valued and respected system of registering such rights in the country’s deeds registries.“ – ActJur 1985, S. 333 (334).

⁴⁸⁰ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 445.

⁴⁸¹ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 446; Pienaar, *CILSA* 20 (1987), S. 94 (100).

⁴⁸² Siehe § 2D.I.2.b). Zusammenfassend auch Lewis, ActJur 1985, S. 241 (244–248).

es sich bei dem Wohnungseigentum unstreitig und unzweifelhaft um ein dingliches, registrierbares Recht. Was bleibt ist die Erkenntnis, dass der Gesetzgeber sich bei entsprechendem Bedarf durch gesellschaftliche Entwicklungen nicht scheut, selbst tätig zu werden und neue dingliche Rechte zu erschaffen.

Das Wohnungseigentum zeigt damit anschaulich, dass politische und sozioökonomische Opportunitäten vom Gesetzgeber im Zweifel höher gewertet werden als dogmatische Stringenz oder das Aufrechterhalten von Prinzipien des römischen und römisch-holländischen Rechts. Diese Erkenntnis spielt bei der Grundsatzfrage, wann ein dingliches und wann ein persönliches Recht an Immobilien vorliegt, durchaus eine nicht zu unterschätzende Rolle. Klar ist hingegen auch, dass ein gesetzgeberischer Federstreich nicht als Grund dafür taugt, alles bisher Dagewesene zu ignorieren. Wohnungseigentum durchbricht Grundsätze wie etwa *superficies solo cedit*. Dies bedeutet jedoch im Umkehrschluss nicht, dass diese Regel auf einmal falsch ist und für das (Land-)Eigentum an sich keine Bedeutung mehr hat. Vielmehr ist das Wohnungseigentum durch seine Eigenheiten lebendiges Zeugnis dafür, dass das Recht an sich kein starrer Körper ist, der sich ausschließlich an der Vergangenheit zu orientieren hat. Die Anpassungsfähigkeit verleiht dem Recht eine höhere Legitimität und Authentizität.

3. Share Block Schemes

Eine weitere Form von Landrechten, die jedoch kein dingliches Recht darstellt, ist als Alternative zum Wohnungseigentum in Südafrika anerkannt. Die sog. *share block schemes* gehen auf den *Share Blocks Control Act*⁴⁸³ zurück und sind strukturell mit dem Wohnungseigentum verwandt.

Der Erwerber eines *share block* erhält einen Gesellschaftsanteil an einer juristischen Person, die entweder Eigentum an einem Gebäude oder Grundstück hat oder ein entsprechendes Mietrecht (sog. *share block company*) und gleichzeitig ein exklusives Nutzungsrecht z.B. an einem bestimmten Teil des Gebäudes wie einer Wohnung, einem Büro oder Geschäftsräumen. Die Anteilseigner haben zudem – ebenso wie Wohnungseigentümer – gewisse Rechte und Pflichten im Rahmen der Administration der entsprechenden Einheiten. Das Nutzungsrecht ist persönlicher, also nicht dinglicher Natur und wird als solches auch nicht im Grundbuch eingetragen. Allerdings verleiht es dem Inhaber

⁴⁸³ 59 aus 1980.

sehr weitreichende, insbesondere mit dem Wohnungseigentum bereits vergleichbare Rechte. So kann mit dem infrage stehende Gebäude- oder Grundstücksteil in der Regel nach Belieben verfahren werden, er kann z.B. vermietet oder gewinnbringend verkauft werden.⁴⁸⁴

Gleichwohl bleibt dieses Recht persönlicher Natur und genießt als solches nicht den Schutz des Grundbuchs. Es sprechen jedoch gute Gründe für den Erwerb von *share blocks* im Vergleich zum Wohnungseigentum. Steuerliche Vorteile sowie ein gewisser Inflationsschutz machen *share blocks* zu einer flexiblen und dennoch attraktiven Alternative zum Wohnungseigentum. Infolge der mangelnden Notwendigkeit, die Formalitäten des Liegenschaftsregisters durchlaufen zu müssen, ist die Errichtung eines *share block schemes* günstiger und zeitsparender im Vergleich zum Wohnungseigentum. Mangels Eintragung im Grundbuch ist jedoch z.B. die Bestellung von Hypotheken oder sonstigen Grundpfandrechten nicht möglich. Auch die gegenseitige finanzielle Abhängigkeit der *share block*-Inhaber von der *share block company* stellen einen Nachteil gegenüber dem Wohnungseigentum dar.⁴⁸⁵

IV. Miete

Ein weiteres in Südafrika anerkanntes dingliches Recht ist die Miete von Immobilien. Zu unterscheiden sind grundsätzlich die dauerhafte Miete (*long lease*)⁴⁸⁶ und die kurzfristige Miete (*short-term lease*). Dass die Miete von Grundstücken und Gebäuden ein dingliches Recht darstellen kann, geht auf den römisch-holländischen Grundsatz *huur gaat*

⁴⁸⁴ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 494-496; Carey Miller/Pope, *Land Title*, S. 224-238; Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 103f.; Wille's *Principles*, S. 586.

⁴⁸⁵ Gleichwohl schreiben Badenhorst/Pienaar/Mostert (*Law of Property*, S. 507f.): „Block shareholders are therefore indeed to all intents and purposes 'owners', although their means of generating wealth by utilising the immovable property might differ from conventional land law practice, because the nature of their rights is classified in traditional common-law terms as personal.“ Zu Vor- und Nachteilen dieses Konzepts siehe ebd., S. 507-509.

⁴⁸⁶ Der Begriff der „Erbpacht“ wurde bewusst vermieden, da die *long lease* kaum etwas mit der lehensrechtlichen Erbpacht, die in Deutschland seit 1947 verboten ist, gemein hat. Auch das heute noch existierende Erbbaurecht ist nicht mit der *long lease* vergleichbar.

voor koop⁴⁸⁷ zurück, der seine Wurzeln im germanischen und niederländischen Gewohnheits- und Gesetzesrecht hat.⁴⁸⁸

Die dauerhafte Miete setzt voraus, dass ein Mietvertrag über ein bestimmtes Grundstück oder sonstige Immobilien für mindestens zehn Jahre oder für die Lebensdauer des Mieters abgeschlossen wird oder dass die Mietdauer seitens des Mieters auf mindestens zehn Jahre verlängert werden kann. Dies ergibt sich aus sec. 1 Abs. 2 des *Formalities in Respect of Leases of Land Act*.⁴⁸⁹ Um zu einem dinglichen Recht aufzusteigen und somit gegenüber einem Gläubiger oder Rechtsnachfolger des Vermieters wirksam zu sein, muss die dauerhafte Miete im Grundbuch eingetragen werden.⁴⁹⁰ Im Falle der Nichtregistrierung des Mietrechts erhält der Mieter für die ersten zehn Jahre ebenfalls eine dingliche Rechtsposition, sofern er in Besitz der Mietsache ist.⁴⁹¹

Eine kurzfristige Miete liegt vor, wenn die Mietdauer weniger als zehn Jahre beträgt, sprich wenn keine dauerhafte Miete i.S.v. sec. 1 Abs. 2 des *Formalities in Respect of Leases of Land Act* vorliegt. Im Falle einer kurzfristigen Miete von Immobilien liegt zunächst lediglich ein persönliches Recht auf Verschaffung des Besitzes vor. Zur Erlangung einer auf die Dauer der Miete beschränkten dinglichen Rechtsposition bedarf es, trotz der theoretischen Möglichkeit, keiner Eintragung im Grundbuch, sondern lediglich der Inbesitznahme.⁴⁹² Ab diesem Zeitpunkt ist der Mieter durch die Regel *huur gaat voor koop* geschützt und erlangt nach südafrikanischem Verständnis ein beschränkt dingliches

⁴⁸⁷ Zu Deutsch etwa „Miete kommt vor Kauf“ bzw. „Kauf bricht nicht Miete“. Siehe dazu umfassend Cooper, *Landlord and Tenant*, S. 273-311.

⁴⁸⁸ Dieser ist z.B. auch in Deutschland im § 566 BGB (Kauf bricht nicht Miete) zu finden – Mignoel Properties (Pty.) Ltd. v Kneebone 1989 (4) SA (A) 1042 (1051f.); van der Merwe, in: *Introduction to the law of South Africa*, S. 201 (238); van der Walt/Pienaar, *Introduction*, S. 326; Wille's Principles, S. 626.

⁴⁸⁹ 18 aus 1969.

⁴⁹⁰ *Shell Rhodesia (PVT) Ltd. v Eliasov N.O.* 1979 (3) SA (R) 915 (919); *Kes-sooperasedh en 'n ander v Essop en 'n ander* 1970 (1) SA (A) 265 (285f.); *Bodasingh's Estate v Suleman* 1960 (1) SA (N) 288 (290f.); van der Merwe, in: *Introduction to the law of South Africa*, S. 201 (239). Siehe auch sec. 77 DRA. Für die förmliche Wirksamkeit der Miete gegenüber Gläubigern oder Rechtsnachfolgern genügt gem. sec. 1 Abs. 1, 2 *Formalities in Respect of Leases of Land Act* 18 aus 1969 auch, dass der Gläubiger bzw. Rechtsnachfolger im Zeitpunkt der Kreditvergabe bzw. der Eigentumserlangung Kenntnis von der dauerhaften Miete hatte.

⁴⁹¹ Van der Merwe, in: *Introduction to the law of South Africa*, S. 201 (239).

⁴⁹² *Shell Rhodesia (PVT) Ltd. v Eliasov N.O.* 1979 (3) SA (R) 915 (919); *Kes-sooperasedh en 'n ander v Essop en 'n ander* 1970 (1) SA (A) 265 (285f.); *Bodasingh's Estate v Suleman* 1960 (1) SA (N) 288 (290); *Con v Weil* 1950 (2) SA (C) 415 (418f.); *Badenhorst/Pienaar/Mostert*, *Law of Property*, S. 431f.; van der Merwe, in: *Introduction to the law of South Africa*, S. 201 (239); Wille's Principles, S. 627.

Recht. Insbesondere bei der kurzfristigen Miete darf jedoch bezweifelt werden, ob die Einordnung als dingliches Recht legitim ist oder ob lediglich von einem besonders geschützten persönlichen Recht gesprochen werden sollte.⁴⁹³ Es entsteht letztlich sowohl bei der dauerhaften als auch bei der kurzfristigen Miete durch die bloße Übernahme der physischen Herrschaft ein dingliches Recht an einer Immobilie. Die Erlangung einer dinglichen Rechtsposition erfolgt normalerweise durch Registrierung im Grundbuch, welche auch der kurzfristigen Miete grundsätzlich offensteht, jedoch insbesondere aus Kostengründen in der Praxis quasi nicht vorkommt.⁴⁹⁴ Sowohl dauerhafte als auch kurzfristige Miete sind darüber hinaus für den Fall, dass weder eine Registrierung noch eine Inbesitznahme erfolgte, durch die *doctrine of notice* vor bösgläubigem lastenfreien Erwerb Dritter geschützt.⁴⁹⁵ Insbesondere für die nicht registrierte, kurzfristige Miete darf selbst nach dem liberalen südafrikanischen Verständnis von dinglichen Rechten bezweifelt werden, ob diese Einordnung akkurat ist.⁴⁹⁶

Kontrovers wird zudem die Frage diskutiert, ob auch die Miete von bestimmten Grundstücks- oder Gebäudeteilen im Grundbuch registrierbar ist. *Sonnekus* spricht sich dagegen aus, mit dem gewichtigen Argument, dass bei Gewährung eines dinglichen Rechts durch die bloße (dauerhafte) Miete etwa einer Wohnung die gesamte Wohnungseigentumsgesetzgebung überflüssig gewesen wäre.⁴⁹⁷ Sofern in Einklang mit sec. 13 *Sectional Titles Act* ein eigenes Wohnungseigentumsregister eröffnet wurde, ist die Registrierung von Mieten einzelner Gebäudebestandteile nämlich unproblematisch möglich.⁴⁹⁸ Anders sieht dies jedoch südafrikanische *Supreme Court*. 1986 wurde in *Kain v Khan*⁴⁹⁹ ausgeführt, dass jedes Gebäude ein Teil des Grundstücks sei, auf dem es stehe und damit auch jeder Gebäudeteil als Teil des Grundstücks gelten müsse. Daraus folge, dass auch jede Miete eines Gebäudeteils eine Grundstücksmiet und damit grundsätzlich nach sec. 77 des *Deeds Registries Act* eintragungsfähig sei.⁵⁰⁰ Aus der einschlägigen Gesetzgebung ergibt sich keine eindeutige Antwort zu

⁴⁹³ So sehen es van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 327.

⁴⁹⁴ Van der Walt/Pienaar, a.a.O.

⁴⁹⁵ Zur *doctrine of notice* siehe § 3D. Zudem van der Merwe, in: Introduction to the law of South Africa, S. 201 (239).

⁴⁹⁶ Siehe zur mangelnden Aussagekraft der Einordnung der kurzfristigen Miete als dingliches Recht in Bezug auf andere dingliche Rechte § 5A.II.3.a).

⁴⁹⁷ *Sonnekus*, TSAR 1987, S. 223 (236). In die gleiche Kerbe schlagen Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 510.

⁴⁹⁸ Delpert, Property Practice, S. 257; Nel, Jones' Conveyancing, S. 396.

⁴⁹⁹ 1986 (4) SA (C) 251 (256f.).

⁵⁰⁰ Zustimmend ohne weitere Begründung Delpert, Property Practice, S. 257.

dieser Frage. Der *Deeds Registries Act* sieht in sec. 77 weder explizit die Registrierbarkeit von Gebäude- bzw. Grundstücksteilen vor, noch wird diese ausdrücklich ausgeschlossen. In der Registrierungspraxis werden Anfragen zur Registrierung solcher Rechte heute vom Registerbeamten abgelehnt.⁵⁰¹ Diese Haltung geht wohl auf eine Entscheidung des Chief Registrars aus dem Jahre 1963 zurück, der die Registrierung von Mietrechten in Bezug auf Gebäudeteile ablehnte.⁵⁰²

Letztlich sprechen die besseren Argumente dafür, solche Mietrechte nicht dem Schutze des Grundbuchs zu unterstellen, sofern kein entsprechendes Wohnungseigentumsregister existiert. Die Argumentation des *Supreme Court* greift etwas zu kurz und die dort begonnene Kausalkette könnte beliebig fortgeführt werden. Man denke nur etwa an eine Küche oder ein Bad, welche fest in einer Wohnung verbaut wurden. Diese müssten dann konsequenterweise, sofern der Vermieter sie an den Mieter weitergibt, ebenso einer separaten Eintragung im Grundbuch zugänglich sein. Um solch absurde Ergebnisse zu vermeiden, sollte die Eintragungsfähigkeit auf Grundstücke und darauf befindliche Gebäude beschränkt bleiben.

V. Sonstige

Immobiliarsicherheiten gehören zu den klassischen Kategorien dinglicher Rechte und das sog. *Initial Ownership* ist nach dem Wohnungseigentum ein weiteres Beispiel für eine Neuschaffung eines dinglichen Rechts durch den südafrikanischen Gesetzgeber. Mineralienrechte sind schließlich häufig Gegenstand schwieriger Abgrenzungsfragen in Hinblick auf die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien vor südafrikanischen Gerichten.⁵⁰³

1. Immobiliarsicherheiten

Eine seit jeher anerkannte Kategorie von dinglichen Rechten sind die Immobiliarsicherheiten. Im Wesentlichen existieren die Hypothek (*mortgage*), die in unterschiedlicher Form und Ausgestaltung als akzessorische Kreditsicherheit dient, ein gerichtliches Pfandrecht (*judicial pledge*) sowie unterschiedliche Zurückbehaltungsrechte.⁵⁰⁴ Immo-

⁵⁰¹ Nel, Jones' Conveyancing, S. 396.

⁵⁰² Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 510.

⁵⁰³ Siehe § 3F.II.

⁵⁰⁴ Umfassend etwa Maasdorp/Hall, Law of Property, S. 211-233; van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 290-324; Wille's Principles, S. 630-665.

liarsicherheiten können entweder durch Vereinbarung, kraft Gesetzes oder auch durch Gerichtsentscheid entstehen.⁵⁰⁵

Allgemein lassen sich vier Merkmale herausarbeiten, die dingliche Sicherheiten (*real security*) von sonstigen beschränkt dinglichen Rechten unterscheiden. Durch eine dingliche Sicherheit (sowohl an Mobilien als auch an Immobilien) wird erstens im Gegensatz etwa zur Dienstbarkeit kein Nutzungs- oder Genussrecht an einer Sache begründet, sondern lediglich eine Sicherheit. Zweitens ist die Sicherheit akzessorisch mit einem bestehenden schuldrechtlichen Anspruch verbunden, der sich sowohl aus Vertrag, aber auch aus Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung ergeben kann. Daraus folgt insbesondere, dass wenn der zugrunde liegende Anspruch nicht entstanden ist, die Sicherheit auch nicht entsteht. Drittens führt die dingliche Sicherheit im Falle des Zahlungsverzugs zu der Möglichkeit, die Sache zugunsten des Gläubigers zu verwerten. Schließlich lässt sich auch die Unteilbarkeit von dinglichen Sicherheiten als distinktive Eigenschaft bezeichnen. Demnach sichert etwa eine Hypothek den gesamten akzessorischen schuldrechtlichen Anspruch und das gesicherte Grundstück bleibt bis zur gesamten Begleichung der akzessorischen Schuld belastet, sofern die Parteien sich nicht anderweitig einigen.⁵⁰⁶

Eine detaillierte Darstellung der einzelnen Immobiliarsicherheiten, insbesondere der Hypothek mit allen Varianten und Untervarianten würde an dieser Stelle den Rahmen sprengen und auch nicht zielführend sein. Im Bereich der Registrierung von Kreditsicherheiten sind bisher keine schwierigen Abgrenzungsfälle vor südafrikanischen Gerichten aufgetaucht. Dafür lassen sich zwei Hauptgründe nennen. Zunächst ist die Unterscheidung zwischen (beschränkt) dinglichen und persönlichen bzw. schuldrechtlichen Kreditsicherheiten (insbesondere der Bürgschaft) in der Regel nicht problematisch. Die Frage, ob ein Dritter im Wege der Bürgschaft einen Kredit des Gläubigers zugunsten des Schuldners absichern oder ob der Schuldner oder ein Dritter etwa eine Hypothek zur Kreditsicherung an einem Grundstück bestellen möchte, wird in den meisten Fällen nicht zu einer Kontroverse führen. Zweitens sind die Grundpfandrechte wohl die Kategorie der beschränkt dinglichen Rechte in Südafrika, bei der am ehesten von einem einheitlichen System oder *numerus clausus* gesprochen werden kann, auch wenn ein solcher formell nicht anerkannt wird.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ Mostert/Pope, Law of Property, S. 298; Wille's Principles, S. 631.

⁵⁰⁶ Badenhorst/Pienaar/Mostert, S. 358; Mostert/Pope, Law of Property, S. 299-301; van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 293.

⁵⁰⁷ De Waal, EJCL 3.3 (1999) (2.); van der Merwe, Things, S. 6. Mostert und Verstappen bezogen sich bei folgendem Zitat aus MSPL, S. 351 (354) u.a. auf din-

Bereits das römische Recht, welches bis heute das dogmatische Fundament des südafrikanischen Sachenrechts bildet, kannte die Kategorien *pignus* (Pfandrechte) und *hypotheca* (Hypotheken).⁵⁰⁸ Zwar hat es zweifelsfrei eine Weiterentwicklung im Lichte der Anpassung an gesellschaftliche Umstände und Bedürfnisse gegeben,⁵⁰⁹ jedoch sind die oben beschriebenen klassischen Elemente stets eingehalten worden, sodass die Einordnung als beschränkt dingliche Rechte nie ernsthaft infrage stand.

Daraus folgt eine verhältnismäßig hohe Rechtssicherheit auf dem Gebiet der Immobiliarsicherheiten, sodass ein Bedürfnis zur Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Rechten nicht im gleichen Maße besteht wie etwa im Bereich von Dienstbarkeiten. Zudem führt die Beibehaltung hergebrachter Prinzipien dazu, dass die Aussagekraft von Immobiliarsicherheiten in Hinblick auf die einzuhaltenden Grundsätze bei der Neuschaffung dinglicher Rechte verhältnismäßig gering ausfällt.

2. Initial Ownership

Ein weiteres Recht an Immobilien wurde 1995 im Zuge der Landreform in Südafrika geschaffen. Das sog. *Initial Ownership*⁵¹⁰ geht auf eine gesetzgeberische Initiative im Rahmen des *Development Facilitation Act*⁵¹¹ zurück und verleiht dem Rechtsinhaber so etwas wie vorläufiges Eigentum oder ein Anwartschaftsrecht bei einem gestuften Eigentumserwerb.⁵¹²

Initial Ownership ist gem. sec. 62 Abs. 2 *Development Facilitation Act* im Grundbuch registrierbar, sodass in dieser Hinsicht kein Bedarf zur Klärung der Frage besteht, ob es sich um ein dingliches Recht handelt. Gleichwohl lohnt sich ein Blick auf die Befugnisse des Inhabers dieses Rechts, welche in sec. 62 Abs. 4 aufgelistet sind: das betreffende Grundstück kann gleich einem Eigentümer besetzt und genutzt werden; (vollwertiges) Eigentum kann an dem Grundstück erworben werden; das Anwartschaftsrecht kann unter bestimmten Vorausset-

gliche Sicherheiten: „*South African law rejects the numerus clausus principle in relation to real rights: a small number of real rights (taken from Roman law) are accepted as trite (...)*.“ Dies ergibt sich aus der angehängten Fn. 24.

⁵⁰⁸ Du Plessis, Roman Law, S. 302-304; van der Merwe, Things, S. 6, 57; van Warmelo, Roman Civil Law, paras. 304-315.

⁵⁰⁹ Mostert/Pope, Law of Property, S. 333.

⁵¹⁰ Am ehesten als „vorläufiges Eigentum“ ins Deutsche zu übersetzen.

⁵¹¹ 67 aus 1995, sec. 62.

⁵¹² Carey Miller/Pope, Land Title, S. 434-443; Wille's Principles, S. 587f.

zungen durch Hypotheken oder beschränkt persönliche Dienstbarkeiten belastet und auch veräußert werden.

Die Befugnis, Eigentum an dem Grundstück zu erwerben, ist eine Rechtsposition, die gegenüber der Allgemeinheit durchsetzbar ist und somit zumindest in die Nähe eines vollwertigen dinglichen Rechts gerückt wird. Vom vollwertigen Eigentum unterscheidet sich das vorläufige Eigentum etwa dadurch, dass neben dem Verkaufsrecht in Bezug auf die Anwartschaft keine weiteren Verbrauchs- oder Verwertungsrechte bezüglich des Grundstücks gewährt werden, die einem vollwertigen Eigentümer gewöhnlich zustehen.⁵¹³

3. Mineralien- und Wasserrechte

In keinem relevanten südafrikanischen Sachenrechtslehrbuch fehlen Ausführungen zu Rechten an Bodenschätzen wie Mineralien, Erdöl oder auch Wasser.⁵¹⁴ Auch auf diesem Gebiet haben sich durch gesetzgeberisches Tätigwerden in nicht allzu ferner Vergangenheit Neuentwicklungen in Hinblick auf den dinglichen Charakter solcher Rechte ergeben. Zudem kam es insbesondere im Zusammenhang mit Mineralienrechten immer wieder zu schwierigen Abgrenzungsfällen hinsichtlich der korrekten rechtlichen Einordnung.⁵¹⁵

a) Mineralienrechte

Mineralien- und Erdölrechte werden in Südafrika mittlerweile weitestgehend durch den *Mineral and Petroleum Resources Development Act*⁵¹⁶ reguliert. Zunächst ist zu klären, was genau unter dem Terminus „Mineralien“ zu verstehen ist. Der MPRDA stellt in sec. 1 eine Legaldefinition. Demnach ist ein Mineral jede Substanz, egal ob fest, flüssig oder gasförmig, die natürlicherweise in oder auf der Erde oder in oder unter Wasser auftritt und welche durch einen geologischen Prozess geformt wurde oder diesem ausgesetzt war, einschließlich Sand, Gestein, Kies, Ton, Erde und jegliches Mineral, welches in

⁵¹³ Siehe zur Rechtsnatur des *Initial Ownership* Carey Miller/Pope, Land Title, S. 441f.

⁵¹⁴ Z.B. Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 667-741; Mostert/Pope, Law of Property, S. 265-294; van der Merwe, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 201 (236f.); ders. Sakereg, S. 551-581; van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 331-334.

⁵¹⁵ Siehe § 3F.II.

⁵¹⁶ 28 aus 2002, im Folgenden „MPRDA“

Reststoffhalden und -deponien⁵¹⁷ auftritt. Nicht umfasst sind Wasser, welches nicht zum Zwecke der Extrahierung von Mineralien entnommen wird, Erdöl und Torf.⁵¹⁸

Sodann ist der Frage nachzugehen, wer Inhaber von Mineralienrechten ist.⁵¹⁹ Ausgangspunkt ist der Grundsatz *cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos*, der besagt, dass dem Grundstückseigentümer auch die Luft über und die Erde unter dem Grundstück gehört.⁵²⁰ Dieser Grundsatz wurde in Südafrika in Bezug auf Bodenschätze bereits zu Zeiten der britischen Besatzung durchbrochen.⁵²¹ Der MPRDA spricht in sec. 3 Abs. 1 mittlerweile davon, dass Mineralien und Erdöl-Ressourcen das gemeinsame Erbe aller Südafrikaner sind und dass der Staat als Verwalter dieser Bodenschätze zugunsten aller Südafrikaner auftritt.⁵²² Damit wissen wir, dass der Staat die noch nicht extrahierten Bodenschätze verwaltet. Ungeklärt bleibt jedoch die Frage, wer Eigentümer ist oder ob diese Formulierung den Staat gar zum Eigentümer machen soll. Über diese Frage herrscht ein Meinungsstreit in der südafrikanischen Jurisprudenz.⁵²³ Letztlich kann davon ausgegangen werden, dass durch den MPRDA und die darin festgehaltene Verwalterstellung des Staates eine neue Form von Staatseigentum geschaffen wurde und die Bezeichnung als „Verwalter“ als semantische Fehlleitung zu werten ist.⁵²⁴ Die zugrunde liegenden Eigentumsrechte des Grundstücks- oder Landeigentümers

⁵¹⁷ Gemeint sind solche Reststoffhalden und -deponien, die für Abfälle, die im Zusammenhang mit dem Abbau von Mineralien entstehen, speziell geschaffen wurden.

⁵¹⁸ „‘Mineral’ means any substance, whether in solid, liquid or gaseous form, occurring naturally in or on the earth or in or under water and which was formed by or subjected to a geological process, and includes sand, stone, rock, gravel, clay, soil and any mineral occurring in residue stockpiles or in residue deposits, but excludes (a) water, other than water taken from land or sea for the extraction of any mineral from such water; (b) petroleum; or (c) peat.“

⁵¹⁹ Der Begriff „Eigentümer“ wird bewusst vermieden. Dazu Näheres im Text.

⁵²⁰ Anglo Operations Ltd. v Sandhurst Estates (Pty.) Ltd. 2007 (2) SA (SCA) 363 (371).

⁵²¹ Britisches Kolonialrecht sah vor, dass „königliche Mineralien“ (i.e. wertvolle Steine, Gold und Silber) im Eigentum der Krone standen, auch wenn das Land, in oder auf dem sich die Mineralien befanden, in privatem Eigentum stand – Mostert/Pope, Law of Property, S. 269.

⁵²² Im englischen Original: „Mineral and petroleum resources are the common heritage of all the people of South Africa and the State is the custodian thereof for the benefit of all South Africans.“

⁵²³ Siehe für die unterschiedlichen Meinungen Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 672f.; Mostert/Pope, Law of Property, S. 270-272.

⁵²⁴ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 672f.; Mostert/Pope, Law of Property, S. 272.

bestehen in der Theorie zwar fort, haben allerdings keinen signifikanten praktischen Nutzen mehr. Ein wirtschaftlicher Nutzen kann jedoch über den sog. *owners' share* akquiriert werden, nach dem der Eigentümer an den Lizenzgebühren oder sonstigen Einkünften im Zusammenhang mit der Vergabe von Mineralienrechten vom Staat beteiligt werden muss.⁵²⁵

Der Staat muss die optimale Erschließung von Ressourcen vorantreiben und kann in dieser Rolle gegen die unrechtmäßige Ausbeutung von Bodenschätzen vorgehen. Die Regelungen des MPRDA sind jedoch nicht abschließend, sodass das Common Law ergänzend herangezogen wird und dem Landeigentümer somit weiterhin Rechtsschutz etwa gegen unrechtmäßige Grabungs- und Schürfarbeiten auf seinem Land zustehen.⁵²⁶

Schließlich bleibt zu klären, welche Rechte an Mineralien und Erdöl der Staat verwalten kann. Nach ursprünglichem Common Law-

⁵²⁵ Siehe bis zur Einführung des MPRDA z.B. sec. 19 *Precious Stones Act* 44 aus 1927 und dazu Fischer, *AnnSurv* 1960, S. 227 (227). Ferner auch *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds* 1953 (1) SA (O) 600 (600f.). Lizenzgebühren werden gegenüber dem Staat z.B. nach sec. 19 Abs. 2 lit. f) MPRDA für die Gewährung von Schürfrechten fällig. Ob der Landeigentümer auch unter dem Regime des MPRDA für die Ausübung von Mineralienrechten auf seinem Boden entschädigt werden muss, ohne dass er einen konkreten Schaden geltend machen kann, ist weder in dem Gesetz selbst vorgeschrieben noch bisher höchstrichterlich entschieden. Für das Bestehen einer entsprechenden Entschädigungspflicht spricht ein jüngeres Urteil des südafrikanischen Verfassungsgerichts in *City of Tshwane Metropolitan Municipality v Link Africa (Pty.) Ltd. and others* 2015 (6) SA (CC) 440. Das Gericht hatte in diesem Fall darüber zu entscheiden, ob ein Landeigentümer für die Verlegung von Glasfaserkabeln auf seinem Grundstück zu entschädigen ist. Nach dem in diesem Fall einschlägigen *Electronic Communications Act* 36 aus 2005 (sec. 22) muss die Erlaubnis des Landeigentümers nicht eingeholt werden. Eine Entschädigung des Eigentümers ist wie beim MPRDA nicht gesetzlich vorgesehen. Das Gericht befand u.a. wie folgt (para. 102): „Both private law and public law recognise that the law may grant to one person a right in the property of another, entitling the former to use and enjoy that person's property or to prevent the latter from exercising certain entitlements flowing from the usual rights of ownership. But where the law imposes this obligation on land-owners, it requires fair procedures and equitable compensation in appropriate circumstances. This finds expression in the principles applicable to a right of way of necessity (via necessitatis) in private property law. In public law, it is not uncommon that legislation may provide for compensation to be paid when exercising the kind of rights at issue here.“

⁵²⁶ Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 272. In Bezug auf den strukturell zum MPRDA vergleichbaren *Electronic Communications Act* 36 aus 2005 siehe insofern *City of Tshwane Metropolitan Municipality v Link Africa (Pty.) Ltd. and others* 2015 (6) SA (CC) 440 (para. 110): „[T]he common law does not bump its head against (and is therefore not 'trumped' by) the Act.“

Verständnis umfasste ein Mineralienrecht das Recht, Land zu betreten, auf diesem zu graben und zu schürfen und die Mineralien zu entnehmen sowie alle Nebenrechte, die zur Extrahierung von Mineralien befähigen.⁵²⁷ Sec. 3 Abs. 2 lit. a MPRDA gibt nunmehr vor, dass der Staat u.a. folgende Rechte in Bezug auf Mineralien gewähren, ausstellen, verweigern, kontrollieren, verwalten und lenken⁵²⁸ kann: Erkundungserlaubnisse, Schürfrechte, Entnahmegewährungen oder Grabungsrechte.⁵²⁹ Daraus folgt, dass jegliche Rechte an Mineralien nur durch staatliche Gewährung entstehen können und nicht etwa durch den entsprechenden Grundstücks- oder Landeigentümer.⁵³⁰ In früheren Urteilen wurden die Mineralienrechte als eine (persönliche) Quasi-Dienstbarkeit eingestuft.⁵³¹ Sie unterscheiden sich jedoch insofern von beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten, als sie nicht auf eine bestimmte Person beschränkt und frei übertragbar sind und auch von Grunddienstbarkeiten, da für sie kein dominantes und dienendes Grundstück benötigt wird.⁵³² Insofern scheint eine Einordnung als dingliches Recht *sui generis* eher angezeigt.⁵³³ Sec. 5 Abs. 1 sieht *expressis verbis* vor, dass es sich bei den genannten Rechten um beschränkt dingliche Rechte in Bezug auf das Mineral oder Erdöl und das entsprechende Landstück handelt. Der MPRDA sieht zudem die Registrierbarkeit dieser Rechte in einem separaten Register vor.⁵³⁴

Letztlich bleibt zu klären, wer Eigentümer der extrahierten Mineralien wird, sobald sie als bewegliche Sachen dem Boden entnommen wurden. Sobald die Extrahierung stattgefunden hat, gelten die allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätze des südafrikanischen Common Law, da der MPRDA zu dieser Frage schweigt. Gemäß diesen Grundsätzen erlangt der Inhaber der Mineralienrechte automatisch

⁵²⁷ Mostert/Pope, Law of Property, S. 267.

⁵²⁸ Im englischen Original: „grant, issue, refuse, control, administer and manage.“

⁵²⁹ Im englischen Original: „reconnaissance permission, prospecting right, permission to remove, mining right, mining permit, retention permit, technical co-operation permit, reconnaissance permit, exploration right and production right.“ Diese Auflistung entspricht im Wesentlichen auch den in Kapitel 6 des MPRDA aufgeführten Rechten an Erdöl.

⁵³⁰ Van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 333f.

⁵³¹ Manganese Corporation Ltd. v South African Manganese Ltd. 1964 (2) SA (W) 185 (189); South African Railways & Harbours v Transvaal Consolidated & Exploration Co. Ltd. 1961 (2) SA (A) 467 (481, 491).

⁵³² Van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 332; Wille's Principles, S. 621f.

⁵³³ Wille's Principles, S. 621.

⁵³⁴ Siehe z.B. sec. 11 Abs. 4, 19 Abs. 2, 25 Abs. 2 und 82 Abs. 2. Registrierungen werden im Detail durch den *Mining Titles Registration Act* 16 aus 1967 reguliert.

das Eigentum an extrahierten Mineralien.⁵³⁵ Es bedarf mithin keines separaten Übertragungsaktes unter Mitwirkung des Staates oder des Grundstückseigentümers.

Auch im Bereich der Mineralien- und Erdölrechte kann beobachtet werden, dass römischrechtliche Grundsätze im südafrikanischen Recht zwar rechtshistorisch und auch für das Verständnis eine wesentliche Rolle spielen, es jedoch mittlerweile eher die Regel als die Ausnahme ist, dass diese insbesondere durch gesetzgeberisches Wirken durchbrochen werden. Beachtenswert ist zudem, dass Rechte an Bodenschätzen grundsätzlich zunächst in einer Art Staatseigentum stehen und die Rechtsgewährung nur über eine Beantragung bei der zuständigen Behörde erfolgen kann, während der Grundstückseigentümer nicht mit einbezogen werden muss. Diese Konstruktion lässt sich so herleiten, dass grundsätzlich das südafrikanische Volk von den natürlichen Ressourcen des Landes profitieren soll, als solches aber nicht rechtsfähig ist. Die Gemeinnützigkeit wird höher gewertet als das Recht des Einzelnen, mit seinem Grund- oder Landstück nach Belieben zu verfahren und den vollen Nutzen daraus zu ziehen.

b) Wasserrechte

Im Zusammenhang mit dem Rohstoff Wasser stellen sich in sachenrechtlicher Hinsicht ähnliche Fragen wie bei Mineralien und sonstigen (knappen) Ressourcen. Gerade Wasser ist in Südafrika aufgrund der Knappheit ein sensibles Thema.⁵³⁶

Das Common Law, welches zusammen mit dem *Water Act*⁵³⁷ bis in die 1990er Jahre die Rechte an Wasser in Südafrika regulierte, kannte neben Staatseigentum auch noch *privates Eigentum an Wasser*.⁵³⁸ Heute bilden der *Water Services Act*⁵³⁹ und der *National Water Act*⁵⁴⁰ im Wesentlichen den rechtlichen Rahmen. Diese beiden Gesetzeswerke führten in den späten 1990er Jahren unter den Eindrücken der neuen Verfassung dazu, dass private Kontrolle von Wasser gänzlich abgeschafft

⁵³⁵ Trojan Exploration Co. (Pty.) Ltd. and another v Rustenburg Platinum Mines Ltd. and others 1996 (4) SA (A) 499 (509f.); Van Vuren and others v Registrar of Deeds 1907 TS 289 (294).

⁵³⁶ Per internationaler Definition herrscht in Südafrika mit lediglich knapp über 1.200 Kilolitern Wasser pro Person per annum akute Wasserknappheit, siehe Thompson, *Water Law*, S. 7-14.

⁵³⁷ 54 aus 1956.

⁵³⁸ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 717f.; Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 284; Thompson, *Water Law*, S. 89f.

⁵³⁹ 108 aus 1997.

⁵⁴⁰ 36 aus 1998.

und die Verwaltung von Wasserrechten komplett dem Staat übertragen wurde. Dieser handelt nun als Verwalter und ist für die gerechte Verteilung von Wasser unter Einbeziehung von Ökologie- und Nachhaltigkeitsgesichtspunkten verantwortlich.⁵⁴¹

Die alltägliche Nutzung von Wasser im Haushalt, Garten, für Tiere oder auch zur Feuerlöschung bedarf keiner gesonderten Lizenz oder Genehmigung.⁵⁴² Jegliche Nutzung, die gesetzlich beschränkt, eingegrenzt oder verboten wurde, bedarf hingegen einer vorherigen behördlichen Lizenzierung.

Darüber hinaus sieht der *National Water Act* unter bestimmten Voraussetzungen die Gewährung von Dienstbarkeiten vor, sofern dies notwendig ist, um einer zur Wassernutzung befugten (natürlichen oder juristischen) Person den Zugang zum Wasser durch die Belastung fremden Landeigentums effektiv zu ermöglichen. Gem. sec. 127 kann sowohl die Gewährung von beschränkt persönlichen als auch Grunddienstbarkeiten beantragt werden. *Expressis verbis* werden die Dienstbarkeiten *abutment*, *aqueduct* und *submersion* aufgeführt. *Abutment*⁵⁴³ berechtigt den Inhaber eines Wasserwerks dazu, in fremdem Eigentum stehende Flussbetten oder -ufer sowie angrenzende Grundstücke zur Wasserförderung zu nutzen. Die Dienstbarkeit *aqueduct*⁵⁴⁴ berechtigt wiederum den Inhaber eines Wasserwerks dazu, fremdes Land zur Ablenkung und Abstrahierung von Wasser zu nutzen und die *submersion*⁵⁴⁵ gewährt das Recht zur Flutung fremder Ländereien.⁵⁴⁶ Sowohl für den Landeigentümer als auch für den Rechtsinhaber ergeben sich bestimmte Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten, die in sec. 128 aufgeführt sind und im Wesentlichen der reibungslosen Durchsetzbarkeit der Dienstbarkeit unter Berücksichtigung der legitimen Interessen des Landeigentümers und somit dem aus dem Common Law herrührenden Prinzip der Verhältnismäßigkeit dienen.⁵⁴⁷

⁵⁴¹ Siehe nur die Präambel des *National Water Act* 36 aus 1998.

⁵⁴² Sec. 22 Abs. 1 lit. a) i.V.m. Schedule 1 *National Water Act* 36 aus 1998.

⁵⁴³ Zu Deutsch etwa „Angrenzungen“.

⁵⁴⁴ Zu Deutsch etwa „Wasserleitung“ oder „Aquädukt“.

⁵⁴⁵ Zu Deutsch etwa „Überschwemmung“.

⁵⁴⁶ Sec. 126 *National Waters Act* 36 aus 1998. Zu der vormals existenten Möglichkeit, Dienstbarkeiten im Zusammenhang mit Wasser nach Common Law zu bestellen, siehe Maasdorp/Hall, *Law of Property*, S. 119-124.

⁵⁴⁷ Siehe umfassend Thompson, *Water Law*, S. 567-573 und kursorisch Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 735f.

E. Trusts

Ein Rechtsinstitut, welches gängigerweise im Grenzgebiet zwischen Sachen- und Schuldrecht verortet wird, ist der Trust. Wenn von einem Trust die Rede ist, so entsteht reflexartig eine Assoziation mit dem Trust englischer Façon, mit seiner typischen Dichotomie aus rechtlichem und auf Billigkeit beruhendem Eigentum.⁵⁴⁸ Wäre dieses Verständnis des Trusts zwingend, so gäbe es im südafrikanischen Recht keine Trusts. Zwar wurde das englische Common Law in Teilen rezipiert,⁵⁴⁹ jedoch blieb das südafrikanische Recht insbesondere beim Eigentum der römischrechtlichen Tradition treu. Demnach ist es nicht vorstellbar, dass es zwei Arten oder Formen von Eigentum gleichzeitig in Bezug auf ein und dieselbe Sache gibt. Diesem Verständnis folgend war und ist eine vollkommene Rezeption des englischen Trusts in Südafrika ausgeschlossen.⁵⁵⁰

Charakteristisch für den Trust ist jedoch neben der Aufspaltung des Eigentums auch die Trennung zwischen der normalerweise dem Eigentümer zustehenden Kontrolle über die Sache oder das Vermögen (*trust property*)⁵⁵¹ und den mit dem Eigentum verbundenen Vorteilen. Das Prinzip, dass einem Treuhänder eine Sache zur Verwaltung nach gewissen Maßgaben zugunsten einer bestimmten Person übertragen wird, ist auch dem südafrikanischen Recht nicht fremd.⁵⁵² Vielmehr

⁵⁴⁸ „*Legal and equitable ownership*“ – De Waal, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 169 (187); Hahlo, SALJ 78 (1961), S. 195 (195); Hosten (u.a.), Introduction, S. 374 Fn. 103. Eine Übersicht zum Trust nach englischem Common Law findet sich z.B. bei Cameron, *Honoré's Law of Trusts*, S. 24f.; Honoré, in: Southern Cross, S. 849 (849f.); Hudson, *Equity & Trusts*, S. 45-54; sowie zum *equitable ownership* Pearce/Stevens, *Law of Trusts*, S. 94-97.

⁵⁴⁹ Siehe § 1B.2.

⁵⁵⁰ Braun v Blann and Botha N.N.O. and another 1984 (2) SA (A) 850 (859): „[T]he English law of trusts with its dichotomy of legal and equitable ownership (...) was not received into our law. The English conception of an equitable ownership, distinct from, but co-existing with, the legal ownership is foreign to our law.“ Siehe auch Cameron (u.a.), *Honoré's Law of Trusts*, S. 272f.; Hahlo, SALJ 78 (1961), S. 195 (195); Zimmermann, RHR, S. 199.

⁵⁵¹ Eine Legaldefinition des *trust property* enthält sec. 1 Trust Property Control Act 57 aus 1988: „‘trust property’ or ‘property’ means movable or immovable property, and includes contingent interests in property, which in accordance with the provisions of a trust instrument are to be administered or disposed of by a trustee.“ Es kann also aus jeglichem Vermögensgegenstand bzw. jeglicher Gruppe von Vermögensgegenständen bestehen, gleichviel, ob beweglich oder unbeweglich, körperlich oder unkörperlich – Cameron (u.a.), *Honoré's Law of Trusts*, S. 242; du Toit, *Trust Law*, S. 7.

⁵⁵² Hahlo, SALJ 78 (1961), S. 195 (195f.). Bereits das in der Kapkolonie zu Beginn der englischen Besetzung Anfang des 19. Jahrhunderts geltende römisch-holländische Recht kannte Rechtsinstitute, die dem Trust englischer Art ähnelten

ist das südafrikanische Rechtssystem ein Paradebeispiel für eine Mischrechtsordnung mit einem ausgeprägten Trust-Recht, welches sowohl auf gesetzgeberischem Tätigwerden als auch auf richterlicher Rechtsentwicklung fußt.⁵⁵³ Typische Beispiele für treuhänderische Rechtsverhältnisse sind seit jeher die Vermögensverwaltung für Verstorbene, Minderjährige, Verschollene, Insolvente, Geistesranke oder sonstige Personen, deren Interessen z.B. vor Gericht oder gegenüber Nachlasspflegern vertreten werden müssen.⁵⁵⁴ Zwar ist in Südafrika keine Totalrezeption des Trusts nach Common Law-Verständnis erfolgt, für die Briten spielte dieses Institut jedoch bereits bei ihrer Eroberung der Kapkolonie Anfang des 19. Jahrhunderts eine zentrale Rolle.⁵⁵⁵ So wurde im bestehenden römisch-holländisch geprägten Rechtssystem nach Möglichkeiten gesucht, den Trust zu integrieren. Zunächst wurde versucht, den testamentarischen Trust in das Korsett des artverwandten Fideikommisses zu zwingen und den *inter vivos* Trust als Vertrag zugunsten Dritter zu behandeln.⁵⁵⁶ In einer der ersten Gerichtsentscheidungen zum Trust in der Südafrikanischen Union fasste CJ Innes die ambivalente Stellung des testamentarischen Trusts im südafrikanischen Rechtssystem des frühen 20. Jahrhunderts wie folgt zusammen: „[T]he English law of trusts forms, of course, no portion of our jurisprudence (...) but it does not follow that testamentary dispositions couched in the form of trusts cannot be given full effect in our own law.“⁵⁵⁷

Neben einer Reihe von Legislativakten seit Entstehen der Union im Jahre 1910⁵⁵⁸ waren es insbesondere die Gerichte, welche die konkrete Ausgestaltung des Trusts und damit auch die Frage danach, in welchem Umfang die Rezeption des britischen Verständnisses erfolgen sollte, bestimmten.⁵⁵⁹ Die Fragen, die sich den Gerichten im Zusammenhang mit Trusts stellten, waren vielfältig. Es wurde beispielsweise

– Honoré, in: Southern Cross, S. 849 (849f.). Zur Entwicklung des Trusts unter englischer Regentschaft bis zur Einführung der Union siehe ebd., S. 851-863.

⁵⁵³ De Waal, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 169 (187).

⁵⁵⁴ Honoré, a.a.O. S. 849.

⁵⁵⁵ Zimmermann spricht davon, dass Trusts seit der Landung der Briten Anfang des 19. Jahrhunderts ein „*vertrauter Bestandteil der hiesigen juristischen Landschaft*“ seien – RHR, S. 197. Zur Geschichte der Rezeption des Trusts in Südafrika siehe umfassend Du Toit, Trust Law, S. 13-20.

⁵⁵⁶ De Waal, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 169 (187).

⁵⁵⁷ Estate Kemp and others v McDonald’s Trustee 1915 AD 491 (499).

⁵⁵⁸ Administration of Estates Act 24 aus 1913; Trust Moneys Protection Act 34 aus 1934; Administration of Estates Act 66 aus 1965; Trust Property Control Act 57 aus 1988. Siehe zusammenfassend Honoré, a.a.O. S. 863-867.

⁵⁵⁹ Zur Entwicklung des Trusts durch Gerichte und den Gesetzgeber siehe du Toit, Trust Law, S. 20f.

entgegen der englischen Regelung⁵⁶⁰ lange Jahre von südafrikanischen Gerichten entschieden, dass einem Treuhänder testamentarisch kein Auswahlrecht (*power of appointment*) hinsichtlich der begünstigten Personen übertragen werden könne und dieses Recht einem Fideikommissherren vorbehalten sei.⁵⁶¹ Diese Rechtsprechung wurde im Jahre 1984 durch ein Urteil der *Appellate Division* zumindest aufgebrochen, in dem gesagt wurde, dass die Regelungen hinsichtlich der Auswahl aus dem Fideikommiss in analoger Anwendung auch auf einen Treuhänder angewendet werden können.⁵⁶² Heutzutage ist anerkannt, dass auch dem Treuhänder⁵⁶³ und sogar den durch den Trust begünstigten Personen⁵⁶⁴ das Auswahlrecht übermittelt werden kann.⁵⁶⁵

Ein anderes Beispiel für eine zumindest vorübergehende Abweichung von englischen Prinzipien ist die Rechtsprechung zu der Frage, inwiefern treuhänderisch verwaltetes Vermögen als separat vom privaten Vermögen anzusehen ist. Entgegen der britischen Unterscheidung zwischen treuhänderisch verwaltetem und privatem Vermögen wurde noch Mitte des 20. Jahrhunderts von südafrikanischen Gerichten geurteilt, dass diese beiden Vermögensmassen eine Einheit bildeten und der aus dem Treuhandverhältnis Begünstigte im Falle der Insolvenz des Treuhänders lediglich einen gleichberechtigten Anspruch habe.⁵⁶⁶ Hier waren sich die Gerichte allerdings seit jeher uneinig und es gab auch Entscheide, die zur gleichen Zeit bereits in eine andere

⁵⁶⁰ Zur englischen Regelung siehe umfassend Pearce/Stevens, *Law of Trusts*, S. 379-405.

⁵⁶¹ *Westminster Bank Ltd. N.O. and others v Zinn N.O.* 1938 AD 57 (65, 78); *Union Government (Minister of Finance) v Olivier* 1916 AD 74 (89f.); *Honoré, a.a.O.* S. 869f.

⁵⁶² *Braun v Blann and Botha N.N.O. and another* 1984 (2) SA (A) 850 (866f.). Ist der Auswählende gleichzeitig Treuhänder, so muss jedoch die Gruppe von potenziell Begünstigten bzw. das mit der Begünstigung zu erreichende Ziel von vornherein feststehen, siehe a.a.O. S. 867.

⁵⁶³ *Tijmstra N.O. v Blunt-MacKenzie N.O. and others* 2002 (1) SA (T) 459 (462).

⁵⁶⁴ *Levin and another v Gutkin, Fisher and Schneier N.N.O. and others* 1997 (3) SA (W) 267 (273).

⁵⁶⁵ *Du Toit, Trust Law*, S. 114f.

⁵⁶⁶ *Hansen's Estate v Commissioner for Inland Revenue* 1956 (1) SA (A) 398 (405f.); *Ex parte Estate Kelly* 1942 OPD 265 (271): „[A] person who has deposited money with another may vindicate it, if he has deposited it as a corpus, i.e., enclosed in a separate receptacle or sealed in some way. If he merely paid over the money, however, he has only a concurrent claim in case of the bailee's insolvency. In the absence of some special covenant in respect of the deposit, this seems to me in accordance with principle." Ebenso (wenn auch mit Bedenken) Zimmermann, RHR, S. 199.

Richtung deuteten.⁵⁶⁷ Nach einigen zwischenzeitlichen Anpassungen wurde 1988 vom Gesetzgeber schließlich explizit geregelt, dass das treuhänderisch verwaltete Vermögen keinen Bestandteil des privaten Vermögens des Treuhänders darstellt.⁵⁶⁸ Der Treuhänder kann also dem Trust in privater Funktion ein Geschenk machen, welches er dann in offizieller Funktion entgegenzunehmen und zu verwalten hat.⁵⁶⁹ Damit ist sichergestellt, dass im Falle der Insolvenz des Treuhänders das treuhänderisch verwaltete Vermögen (*trust property*) nicht in die Insolvenzmasse fällt.⁵⁷⁰

Ein weiterer Anwendungsbereich für Trusts ist in Südafrika das Gesellschaftsrecht. Unternehmen werden als Trusts gegründet und so wird etwa im Vergleich zu Personengesellschaften grundsätzlich eine auf das Treuhandvermögen beschränkte Haftung des Treuhänders sichergestellt.⁵⁷¹ Diese generell für Trust-Verhältnisse anerkannte be-

⁵⁶⁷ In *Incorporated Law Society, Transvaal v Visse and others* 1958 (4) SA (T) 115 (118, 122) heißt es etwa: „The very essence of a trust is the absence of risk. (...) [I]t is imperative that trust moneys in the possession of an attorney should be available to his clients the instant they become payable and that they are generally payable before and not after demand. (...) Money standing to the credit of such trust account in the bank enjoys special protection particularly in the event of death or insolvency, because (...) such amount does not form part of the assets of the attorney and is not liable to attachment at the instance of any creditor of the attorney. Only the excess which remains after the payment of the claims of all persons whose moneys have, or should have, been deposited in such trust account, is deemed to form part of the assets of such attorney.“ In die gleiche Kerbe schlägt das ca. ein Jahr später ergangene Urteil zu einem inter vivos Trust des High Court aus Südrhodesien (heutiges Simbabwe), *Ex parte Milton N.O.* 1959 (3) SA (SRH) 357 (349): „The precise juristic niche into which to place a purely administrative trust created by contract, such as the present is (...) still a matter of doubt. It would seem that in certain instances it is regarded as possessing some sort of quasi personality (...)“

⁵⁶⁸ Durch den Trust Property Control Act 57 aus 1988. Dort heißt es in sec. 12: „Trust property shall not form part of the personal estate of the trustee except in so far as he as the trust beneficiary is entitled to the trust property.“ So auch bereits Joubert, SALJ 92 (1975), S. 22 (25): „It follows therefore that, according to our law of trusts, trust assets, the ownership of which is formally vested in a trustee in his representative capacity as trustee for purposes of administration and in respect of which the trustee has personally no beneficial interest, do not merge with the private assets of the trustee to become assets in his personal or private estate.“ Zustimmend Beinart, JLH 1 (1980), S. 6 (36f.).

⁵⁶⁹ *Shahmahomed v Hendriks and others* 1920 AD 151 (154-160); Cameron (u.a.), *Honoré's Law of Trusts*, S. 71.

⁵⁷⁰ Cameron (u.a.), *Honoré's Law of Trusts*, S. 70f., 559; du Toit, *Trust Law*, S. 108f.

⁵⁷¹ Honoré, in: *Southern Cross*, S. 849 (871).

schränkte Haftung des Treuhänders für Treuhandschulden⁵⁷² steht im Gegensatz zu der englischen Regelung, wonach Treuhänder grundsätzlich auch mit ihrem privaten Vermögen haften müssen.⁵⁷³ Bei Verletzung der treuhänderischen Pflichten haftet der Treuhänder jedoch auch nach südafrikanischem Recht mit seinem privaten Vermögen.⁵⁷⁴

Letztlich verbleibt noch die Frage nach der Rechtsnatur des Trusts, welche in Südafrika jedoch deutlich weniger Brisanz birgt als etwa im englischen Common Law. Denn das südafrikanische System lehnt – wie bereits erwähnt – eine Aufspaltung des Eigentums jeglicher Art ab. Das Resultat ist, dass im Falle eines gewöhnlichen Trusts⁵⁷⁵ der Treuhänder vollkommen unstreitig Eigentümer des Treuhandvermögens ist und der Begünstigte einen lediglich schuldrechtlichen bzw. persönlichen Anspruch gegen den Treuhänder hat.⁵⁷⁶ Insofern ist der Trust im südafrikanischen Recht für die Frage nach der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten von weniger

⁵⁷² Ehrlich v Rand Cold Storage and Supply Co. Ltd. 1911 TPD 170 (170, 172, 183); Re Estate Potgieter 1908 TS 982 (983, 1000-1007); Standard Bank v Jacobsohn's Trustee (1899) 16 SC 352 (353f.); Du Toit, Trust Law, S. 103. Für Ausnahmen von diesem Grundsatz, insbesondere bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung der treuhänderischen Sorgfaltspflicht, siehe du Toit, Trust Law, S. 103-107.

⁵⁷³ Ehrlich v Rand Cold Storage and Supply Co. Ltd. 1911 TPD 170 (172, 183); Honoré, a.a.O. S. 859.

⁵⁷⁴ Umfassend zu zivil- und strafrechtlichen sowie administrativen Folgen eines Fehlverhaltens des Treuhänders siehe Cameron (u.a.), Honoré's Law of Trusts, S. 361-416; du Toit, Trust Law, S. 103-107.

⁵⁷⁵ Der Hinweis auf den „gewöhnlichen“ Trust rührt daher, dass es in Südafrika auch sog. *ownership-trusts*, bei denen das (alleinige) Eigentum auf den Treuhänder übergeht und der sog. *bewind trust* existieren, nach dem der Begünstigte gleichzeitig Eigentümer der jeweiligen Vermögensgegenstände werden kann und der Treuhänder diese lediglich verwaltet. Letztere Konstruktion ist zwar unüblich, aber durchaus rechtlich zulässig. Das häufigste Anwendungsbeispiel für den *bewind trust* liegt bei einem testamentarischen Trust, der vorsieht, dass z.B. die Kontrolle über ein Grundstück erst dann auf eines der Kinder des Testators übergehen soll, wenn es ein bestimmtes Alter (z.B. 25 Jahre) erreicht hat. Das Kind kann gleichwohl schon vorher vom Treuhänder die Übertragung des Eigentums verlangen, obwohl dieser bis zum Erreichen der Altersgrenze Kontrolle über das Grundstück ausübt. Doch auch in diesen Sonderfällen findet nach südafrikanischem Recht niemals eine Aufspaltung des Eigentums nach englischem Vorbild statt – Cameron (u.a.), Honoré's Law of Trusts, S. 272f.; de Waal, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 169 (187); du Toit, Trust Law, S. 179f.

⁵⁷⁶ Commissioner for Inland Revenue v Lazarus' Estate and another 1958 (1) SA (A) 311 (321-323); Estate Kemp and others v McDonald's Trustee 1915 AD 491 (503, 506, 510); Beinart, J.L.H 1 (1980), S. 6 (35); De Waal, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 169 (187); Du Toit, Trust Law, S. 119f.; Cameron (u.a.), Honoré's Law of Trusts, S. 558; Hosten (u.a.), Introduction, S. 374; Zimmermann, RHR, S. 199.

großem Interesse als im englischen Common Law, bei dem insbesondere das auf Billigkeit beruhende, geteilte Eigentum des Treuhänders an den verwalteten Vermögensgegenständen den besonderen Reiz in Hinblick auf diese Frage ausmacht. Durch die Aufteilung von privatem und treuhänderisch verwaltetem Vermögen des Treuhänders ist der persönliche Anspruch eines Begünstigten gegen den Treuhänder jedoch besonders geschützt. Insofern wurde in älteren südafrikanischen Gerichtsentscheidungen laut darüber nachgedacht, diesem Anspruch dinglichen Charakter zuzusprechen.⁵⁷⁷ Diese Ansicht fand und findet jedoch keinen Zuspruch mehr, sodass der persönliche Charakter heutzutage einhellig anerkannt ist.⁵⁷⁸ Man könnte allenfalls von einem besonders geschützten persönlichen Recht sprechen.⁵⁷⁹

F. (Immobilien-)Besitz

Eine Auseinandersetzung mit dinglichen Rechten wäre schlicht unvollständig, wenn nicht auch der Besitz zumindest cursorisch erörtert würde. Die viel diskutierte Frage, ob Besitz eine faktische Gegebenheit bzw. eine Tatsache oder ein (dingliches) Recht darstellt, wird auch im südafrikanischen Rechtswesen leidenschaftlich und umfassend diskutiert.⁵⁸⁰ Einigkeit herrscht insofern, als bestimmte Rechte aus dem Besitz folgen bzw. mit diesem in Zusammenhang stehen.⁵⁸¹ Wesentlicher Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit sind Rechte an Immobilien, in diesem Fall also der Immobilienbesitz. Ohne zu weit vorzugreifen, kann gesagt werden, dass der reine Immobilienbesitz auch in Südafrika kein im Grundbuch eintragungsfähiges Recht ist. Gleichwohl generiert eine nähere Betrachtung der Diskussion um die Rechtsnatur des Besitzes nützliche Erkenntnisse über den Charakter dinglicher Rechte in Südafrika.

Zunächst ist festzuhalten, dass Besitz – ganz nach römischrechtlicher Tradition – auch in Südafrika aus zwei Elementen besteht: physische bzw. körperliche Kontrolle über eine Sache durch eine Person (*corpus*)

⁵⁷⁷ Ex parte Estate Kelly 1942 OPD 265 (272). In *Lucas' Trustee v Ismail and Amod* 1905 TS 239 (242-244) wurde der dingliche Charakter zwar in Erwägung gezogen, jedoch letztlich abgelehnt.

⁵⁷⁸ Siehe Fn. 576.

⁵⁷⁹ So Cameron (u.a.), *Honoré's Law of Trusts*, S. 559: „The beneficiary may be said to have a protected right in personam.“

⁵⁸⁰ Schon römisch-holländische Juristen wie *Hugo de Groot*, *Johannes Voet*, *Johannes van der Linden* und *Ulrich Huber* stritten über die Frage nach der (Rechts-)Natur des Besitzes. Siehe dazu van Warmelo, *ActJur* 1959, S. 84 (86f.).

⁵⁸¹ Siehe z.B. Forder, *SALJ* 103 (1986), S. 83 (97-102); Maasdorp/Hall, *Law of Property*, S. 12.

sowie dem inneren Willen, Sachherrschaft über diese auszuüben (*animus*).⁵⁸² Zu unterscheiden ist zwischen berechtigtem und unberechtigtem Besitz. Eine Person mit Besitzrecht (*ius possidendi*) kann die Wiedereinräumung des Besitzes von jedermann verlangen. Der rein tatsächliche Besitzer ohne Besitzrecht hat lediglich die Rechte und Privilegien, die aus der reinen Tatsache des Besitzes folgen (*ius possessionis*).⁵⁸³

Sowohl in der südafrikanischen Literatur als auch in der Rechtsprechung wird die Meinung vertreten, dass Besitz ein dingliches Recht ist.⁵⁸⁴ Auf der anderen Seite wird etwa vertreten, dass der Besitz ein bloßes Anhängsel des Sachenrechts⁵⁸⁵ oder ein Recht eigener Art⁵⁸⁶ darstellt. Vorherrschend scheint die Ansicht zu sein, zwischen dem Besitz als rein faktischer Position und den aus dem Besitz folgenden Rechten zu unterscheiden.⁵⁸⁷ Die hierfür vorgebrachte Argumentationslinie lautet wie folgt. Der Anspruch auf Besitz ist oftmals lediglich eine Folge aus einem oder mehreren (anerkannten) dinglichen Rechten (i.e. *ius possidendi*). Bei vorliegendem Besitzrecht ist der Besitz jedoch nur eine Folge aus einem (nicht notwendigerweise dinglichen)⁵⁸⁸ Recht. Auf der anderen Seite deutet der Umstand, dass auch dem unrechtmäßigen Besitzer einige Besitzschutzansprüche selbst gegen den Eigentümer zustehen, darauf hin, dass hier ein eigenständiges Recht zugrunde liegen muss.⁵⁸⁹ Dies führt jedoch insofern zu Unbehagen, als der unrechtmäßige Besitzer (z.B. Hausbesetzer) ein Recht haben

⁵⁸² De Groot, Inleidinge, II. 2 (2); Hahlo/Kahn, Union, S. 574; Maasdorp/Hall, Law of Property, S. 12; Wille's Principles, S. 449-452.

⁵⁸³ Zur Unterscheidung zwischen *ius possidendi* und *ius possessionis* siehe näher Joubert, SALJ 79 (1962), S. 130 (130f.).

⁵⁸⁴ Chiloane v Maduenyane 1980 (4) SA (W) 19 (22f.); Buchholtz v Buchholtz 1980 (3) SA (W) 424 (425); Matthee v Schietekat 1959 (1) SA (C) 344 (347); Forder, SALJ 103 (1986), S. 83 (99-102); Lee, Introduction, S. 121f.; Massdorp/Haal, Law of Property, S. 12; van Warmelo, ActJur 1959, S. 84 (88).

⁵⁸⁵ De Vos, ActJur 1959, 184 (199): „*aanhangsel tot die Sakereg*“.

⁵⁸⁶ Siehe Kleyn/Boraine, Law of Property, S. 111; Schoeman, Law of Property, S. 116.

⁵⁸⁷ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 274f.; de Groot, Inleidinge, II. 2 (1); Kleyn/Boraine, The Law of Property, S. 113; van der Walt, THRHR 53 (1990), S. 316 (321-324); Wille's Principles, S. 446.

⁵⁸⁸ Auch der Entleiher hat z.B. ein Recht zum Besitz.

⁵⁸⁹ Dieser Gedanke entstammt der sog. „Theorie der subjektiven Rechte“, wonach jedem Rechtsbehelf ein eigenes Recht zugrunde liegen muss. Siehe van der Vyver, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert, S. 201 (201-246); van der Walt, THRHR 53 (1990), S. 316 (316-329); ders. THRHR 55 (1992), S. 170 (190-192). Zur Theorie in Bezug auf die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten siehe § 4A.III.

würde und man somit semantisch widersprüchlich von einem unrechtmäßigen Recht sprechen müsste. Um all dies zu vermeiden, wird eben davon ausgegangen, dass der Besitz an sich nur ein faktischer Zustand ist, der gewisse Rechte nach sich zieht.⁵⁹⁰

Fest steht, dass der Besitz auch im südafrikanischen Rechtsgefüge eine Sonderstellung innehat. Die Einordnung des Besitzes wird nicht ohne Grund seit jeher kontrovers diskutiert und lässt so manchen resignierend auf die rein akademische Natur dieser Frage hinweisen.⁵⁹¹ Es spricht einiges dafür, der Mehrheitsmeinung zu folgen und insbesondere die Relevanz der Frage, ob der Besitz ein dingliches Recht darstellt, nicht zu überschätzen. Die im Zuge dieser Arbeit diskutierten Theorien zur Abgrenzung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien⁵⁹² taugen zudem nicht als Gradmesser für eine Einordnung des Besitzes. Sie sind insbesondere auf die Abgrenzung von persönlichen Rechten und beschränkt dinglichen Rechten in Gestalt von Dienstbarkeiten oder ähnlichen dinglichen Rechten *sui generis* konzipiert, da hier die größte praktische Relevanz liegt.

⁵⁹⁰ Siehe zusammenfassend Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 274f.

⁵⁹¹ Forder schätzt realistisch ein: „It is unrealistic to try to answer the general question ‘Is possession a real right’“, SALJ 103 (1986), S. 83 (98); Hahlo und Kahn sagen: „It is not possible to give any general dogmatic definition of possession in South African law as the meaning of this concept is dependent on the context in which and the purpose for which it is used“ – Union, S. 574. Siehe zudem Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 273; Wille’s Principles, S. 446.

⁵⁹² Siehe § 5.

§ 3 Relevanz der Unterscheidung

Zur Illustrierung der Relevanz der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien behaupten *Mostert* und *Pope*, dass es eine „*Hierarchie der Rechte*“ innerhalb des Grundstücksrechts gebe, die auf dem durch das Grundbuch hervorgerufenen Schutz fuße.⁵⁹³ In Pyramidenform wird das Eigentum als Spitze dargestellt, beschränkt dingliche Rechte bilden den Mittelteil und alle sonstigen nicht-dinglichen Rechte das Fundament. Eine Hierarchie bringt eine Rangordnung zum Ausdruck, sodass dingliche Rechte nach dieser Lesart höherrangig, stärker und schutzintensiver sind als persönliche Rechte.⁵⁹⁴

Zu beachten ist, dass relevante Abgrenzungsfälle hauptsächlich im Grenzgebiet zwischen beschränkt dinglichen Rechten, die an Immobilien bestehen, und artverwandten persönlichen Rechten auftreten und nicht etwa bei der Frage nach der rechtlichen Einordnung des Eigentums.⁵⁹⁵ Dies schließt freilich nicht aus, dass z.B. Grundsätze, die im Rahmen des Eigentums entwickelt wurden *mutatis, mutandis* für andere dingliche Rechte ebenso zur Anwendung kommen.

Gemein haben dingliche und persönliche Rechte zunächst, dass sie zusammen mit Immaterialgüterrechten die Vermögensbestandteile eines Rechtssubjekts bilden. Insofern bestimmen sowohl dingliche als auch persönliche Rechte die Kreditwürdigkeit des Rechtssubjekts.⁵⁹⁶

A. Historische Entwicklung

Die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten erwächst letztlich aus dem Umstand, dass es gängigerweise, zumindest in Rechtsordnungen mit römischrechtlichem Ursprung, eine Distinktion zwischen Sachen- und Schuldrecht gibt. Dies lässt sich auf das römische Aktionensystem zurückführen, in dem u.a. zwischen *actiones in rem* und *actiones in personam* unter-

⁵⁹³ Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 47 – „*hierarchy of rights*“.

⁵⁹⁴ Mostert, in: *Modern Studies*, S. 3 (5f.): „For purposes of publicity of land use and control, ownership and limited real rights rank higher than other rights, because they are registrable. Therefore, they represent better, more secure forms of title, because they can be protected by real remedies. Moreover, because of their publication through registration, they are enforceable in many situations, against a multitude of persons. Within this hierarchy model of landownership, rights other than ownership and registrable real rights rank low, and accordingly do not enjoy the same kind of publicity or protection.“

⁵⁹⁵ Van der Walt, *THRHR* 55 (1992), S. 170 (179).

⁵⁹⁶ Sonnekus, in: *Dingliche Rechtsposition und Verkehrsschutz*, S. 101 (103f.).

schieden wurde.⁵⁹⁷ Dieses im Wesentlichen auf eine prozessuale Bewältigung von Rechtsstreitigkeiten gestützte System diente als Vorbild für die später vorgenommene Unterteilung des materiellen Zivilrechts, insbesondere durch mittelalterliche Kommentatoren wie *Bartolus de Saxoferrato*.⁵⁹⁸ Die *actio in rem* schützte das, was wir heute als dingliche Rechte bezeichnen würden, etwa das Eigentum, Pfandrechte oder Dienstbarkeiten. In diesen Aktionen legte der Kläger lediglich dar, dass er in Bezug auf eine bestimmte Sache ein Recht hat. Dieses Recht hatte dann gegenüber jedermann Bestand. Für die Geltendmachung einer *actio in personam* musste hingegen dargelegt werden, dass man ein Recht gegenüber einer anderen, spezifischen Person (dem Beklagten) hatte und eine Drittwirkung war grundsätzlich ausgeschlossen.⁵⁹⁹

Das römische Recht kannte – im Gegensatz zum heutigen südafrikanischen System – einen strengen *numerus clausus* dinglicher Rechte.⁶⁰⁰ Die Anzahl dinglicher Rechte war jedoch nicht deswegen begrenzt, weil man diesen eine besondere Qualität oder überlegene Eigenschaften zuschrieb, sondern schlicht deshalb, weil die gesellschaftlichen Umstände zu der Zeit keine weiteren Sachenrechte erforderten. Hätte der soziale Nutzen eines bestimmten Rechts ein höheres Schutzniveau erfordert, so wären vermutlich auch weitere dingliche Rechte anerkannt worden.⁶⁰¹ In der postklassischen Zeit des sog. Vulgarrechts im 3./4. Jahrhundert n. Chr. blieb auch das Sachenrecht nicht vom qualitativen Verfall des Rechtswesens verschont. So wurden jegliche Ansprüche, die auf die Zahlung von Geld gerichtet waren, als *actiones personales* bezeichnet. Auf der anderen Seite standen solche Ansprüche, deren Objekt eine körperliche Sache außer Geld war. Die *actio in rem* wurde also für sämtliche Ansprüche verwendet, die eine körperliche Sache zum Gegenstand hatten, gleichviel, ob dem Anspruch ein nach heutigem Verständnis persönliches oder dingliches Recht zu-

⁵⁹⁷ Feenstra, JR 1982, S. 106 (106); Reinsma, Het Onderscheid, S. 197; Scholtens, ActJur 1958, S. 163 (165); Scott, CILSA 39 (2006), S. 152 (165); van der Merwe/Pienaar/de Waal, South Africa, S. 102; van der Vyver, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert, S. 201 (203f.); van Warmelo, ActJur 1959, S. 84 (84f.); ders. Roman Civil Law, paras. 166. *Van der Walt* widerspricht dieser Ansicht vehement und nennt die Annahme, dass die römischen Aktionen Vorreiter der heutigen dinglichen und persönlichen Rechte sind, eine „oversimplified assumption“, THRHR 55 (1992), S. 170 (172f.).

⁵⁹⁸ Siehe insbesondere van Warmelo, ActJur 1959, S. 84 (84-86). Zu *Bartolus* siehe Scholtens, ActJur 1958, S. 163 (163).

⁵⁹⁹ Van Warmelo, ActJur 1959, S. 84 (84f.).

⁶⁰⁰ Siehe § 2B.II.

⁶⁰¹ Van Warmelo, ActJur 1959, S. 84 (87).

grundelag. Der Hauptunterschied zur klassischen Denkweise war, dass im Vulgarrecht nicht auf den Rechtsgrund, also das zugrunde liegende Recht (i.e. die Anspruchsgrundlage) geschaut wurde, sondern lediglich eine Orientierung an dem infrage stehenden Rechtsobjekt erfolgte.⁶⁰²

Diese Ungenauigkeiten wurden im Laufe des Mittelalters ausgemerzt. Dem einflussreichen deutschen Juristen *Johannes Apel* wird zugeschrieben, dass er in seinem *magnum opus*, den *Methodica*,⁶⁰³ einen Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten insofern bereits Mitte des 16. Jahrhunderts etabliert hat, als er das Privatrecht in Sachen- und Schuldrecht unterteilte.⁶⁰⁴ Die endgültige gedankliche Transformation der römischen Aktionen hin zu materiellen Rechten, wie es sie heute auch in Südafrika gibt, vollzog sich in einem langwierigen Prozess, insbesondere über den römisch-holländischen Vordenker *Hugo de Groot* Anfang des 17. Jahrhunderts,⁶⁰⁵ bis in das 19. Jahrhundert und dem Wirken von deutschen Pandektisten wie *Anton Thibaut*, *Alois von Brinz* und *Bernhard Windscheid*.⁶⁰⁶

Vor südafrikanischen Gerichten wurde die Frage nach der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien erstmals gegen Ende des 19. Jahrhundert in einer Entscheidung des *Supreme Court* diskutiert.⁶⁰⁷ Intensive Auseinandersetzungen spezifisch zu diesem Thema finden sich zudem etwa in Aufsätzen von *Wille* aus den 1930er Jahren⁶⁰⁸ oder von *van Warmelo* aus dem Jahre 1959.⁶⁰⁹

⁶⁰² Siehe zu den *actiones in rem* und *in personam* im Vulgarrecht ausführlich Levy, *West Roman Vulgar Law*, S. 219-232. In Hinblick auf die beschriebene Orientierung am Rechtsobjekt schreibt Levy (a.a.O. S. 221): „[O]n the one side there are those actions which are directed toward the recovery of an individual thing (*res specialis*) (...), while on the other side there are the *actiones personales*, i.e. those actions which hold a person liable (*persona pulsetur*). If the latter alternative is to have any meaning at all, it can only refer to those actions in which no particular thing or aggregate of things constitutes the subject of the lawsuit, hence actions for money (...).“

⁶⁰³ *Methodica dialectics ratio ad jurisprudentiam accomodata* (1535).

⁶⁰⁴ Feenstra, JR 1982, S. 106 (107), ders. *Ius in re*, S. 17-19; van der Vyver, in: *Huldigingsbundel vir WA Joubert*, S. 201 (206).

⁶⁰⁵ Siehe zu *de Groot* insbesondere van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (174-177).

⁶⁰⁶ Siehe dazu insbesondere van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (172-178); zudem van der Vyver, in: *Huldigingsbundel vir WA Joubert*, S. 201 (202-206); *Wille's Principles*, S. 428. Feenstra sieht diese Transformation bereits als Werk der sog. Postglossatoren (i.e. Kommentatoren) an, JR 1982, S. 106 (106-120).

⁶⁰⁷ *Consistory of Steytlerville v Bosman* (1892-1893) 10 SC 67 (69f.).

⁶⁰⁸ SALT 1 (1932), S. 6f., 36f.

⁶⁰⁹ ActJur 1959, S. 84.

Das Vorstehende verdeutlicht, dass sich diese Forschungsarbeit nicht etwa mit einem neuen Problem befasst, welches durch moderne gesellschaftliche Entwicklungen entstanden ist oder dessen Behandlung in der bisherigen Jurisprudenz ein Schattendasein geführt hätte. Es ist ein altes, jedoch ewig junges Problem, das insbesondere in Bezug auf Immobilien nie an Relevanz verloren hat. Sprachlich elegant und inhaltlich vollkommen zutreffend schrieb *van Warmelo*⁶¹⁰ bereits vor beinahe 60 Jahren: „[E]ven the most familiar things or concepts are never the worse for renewed scrutiny and for being, figuratively speaking, dusted and tidied. Matters of an intellectual nature, especially those which are, to use a Gallicism, the most accepted, should always be subjected to re-examination and scrutiny by the holy goddess of Doubt.“

B. Erwerb dinglicher und persönlicher Rechte an Immobilien

Ein entscheidender Unterschied zwischen (beschränkt-) dinglichen und persönlichen Rechten liegt in den rechtlichen Voraussetzungen für ihre Entstehung und Übertragung. Eine lehrbuchhafte Darstellung aller diesbezüglichen Feinheiten erfolgt zugunsten einer problemorientierten Erörterung der wichtigsten Merkmale an dieser Stelle nicht.

Bei dinglichen Rechten wird je nachdem, ob das Recht mit oder ohne Zutun des Rechtsvorgängers neu kreiert oder ob es bereits existiert und lediglich übertragen wird, ein Unterschied zwischen originärem und abgeleitetem Rechtserwerb gemacht.⁶¹¹ Der originäre Erwerb ist jedoch lediglich mit Bezug auf das Eigentum relevant. Im Falle beschränkt dinglicher Rechte muss bereits von vornherein Eigentum oder das zu übertragende dingliche Recht bestehen und der gegenwärtige Rechtsinhaber oder der Eigentümer müssen an dem Übertragungsakt mitwirken.⁶¹² Zudem spielt der originäre Erwerb bei beweglichen Sachen eine weitaus größere Rolle als bei Immobilien.

⁶¹⁰ ActJur 1959, S. 84 (84).

⁶¹¹ In *Unimark Distributors (Pty.) Ltd. v ERF 94 Silvertondale (Pty.) Ltd.* 1999 (2) SA (T) 986 (1000) stellt *AJ van der Westhuizen* die strikte Unterscheidung zwischen originärem und abgeleitetem Erwerb süssfisant infrage: „[T]he rigid distinction between the original and derivative ways of acquisition of property might well be questionable, in spite of its usefulness for the purposes of basic classifications and explanations in textbooks.“ Siehe auch *Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property*, S. 71.

⁶¹² Siehe zum originären Eigentumserwerb *C. G. van der Merwe*, in: *Southern Cross*, S. 701 (701-725).

I. Dingliche Rechte

Südafrika folgt bei der Übertragung von Sachenrechten ganz der römisch-holländischen Tradition.⁶¹³ Das bedeutet, dass das dingliche Rechtsgeschäft, sprich die Übertragung oder der Erwerb des beschränkt dinglichen Rechts, von dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis zu unterscheiden ist. Durch den Abschluss eines Kaufvertrags wird somit noch kein sachenrechtlicher Rechtstransfer vollzogen und es bedarf eines separaten Rechtsgeschäfts. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn das schuldrechtliche und das sachenrechtliche Rechtsgeschäft zeitgleich, etwa bei einem Alltagsgeschäft, erfolgen.⁶¹⁴ Die sich hieraus ergebende Dichotomie aus schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft ist Ausfluss des auch in Südafrika geltenden Abstraktionsprinzips.⁶¹⁵

Der abgeleitete Erwerb von dinglichen Rechten an Immobilien hat grob gesagt zwei Voraussetzungen, eine subjektive und eine objektive, die zu einem bestimmten Zeitpunkt gemeinsam vorliegen müssen. Zum einen bedarf es einer bestimmten subjektiven Willensübereinkunft oder Einigung zwischen den beteiligten Parteien (*animus*) und zum anderen eines objektiven Übertragungsaktes (*corpus*), der bei Immobilien in Form der Eintragung in das Liegenschaftsregister seinen Niederschlag findet.⁶¹⁶

⁶¹³ Die „holländischen“ Einflüsse auf das römische Recht sind auf diesem Gebiet jedoch sehr überschaubar, sodass hier im Wesentlichen römisches Recht zur Anwendung kommt. Auch englisches Common Law hat – wie so oft auf dem Gebiet des Sachenrechts – keinen signifikanten Einfluss auf die Methoden der Übertragung von dinglichen Rechten in Südafrika genommen – Carey Miller, in: Southern Cross, S. 727 (727f.); Lee, Introduction, S. 130. Zum Teil wird insofern auch nur von römischem Recht gesprochen (Scholtens, SALJ 74 (1957), S. 280 (280)): „Our law following Roman law, distinguishes between the contractual relation or, more generally, the circumstances underlying the intention to transfer ownership by traditio, and the passing of ownership itself.“

⁶¹⁴ De Wet v Santam Bpk 1996 (2) SA (A) 629 (638); Lendalease Finance (Pty.) Ltd. v Corporacion de Mercaedo Agricola and others 1976 (4) SA (A) 464 (489); Cornelissen N.O. v Universal Caravan Sales (Pty.) Ltd. 1971 (3) SA (A) 158 (179); Ambassador Factors Corporation v K. Koppe & Co. 1949 (1) SA (T) 312 (318); Scholtens, SALJ 74 (1957), S. 280 (280); Wille's Principles, S. 520; siehe auch sec. 16 DRA.

⁶¹⁵ Siehe § 2B.I.

⁶¹⁶ Info Plus v Scheelke and another 1998 (3) SA (SCA) 184 (189); Wille's Principles, S. 520.

1. Dingliche Einigung

Zunächst muss die zu übertragende Sache verkehrsfähig sein (*res in commercio*).⁶¹⁷ Dies schließt solche Sachen aus, die nicht im Eigentum von privatrechtlichen Subjekten stehen können, wie z.B. im staatlichen Eigentum stehende Ländereien (*res publicae*)⁶¹⁸ oder auch unkörperliche Gegenstände wie etwa Rechte (*res incorporales*).⁶¹⁹ Sec. 3 Abs. 1 lit. (c) bis (s) DRA benennt zudem mögliche Rechtsgeschäfte, die im Zusammenhang mit einer Immobilie infrage kommen. Im Wesentlichen kann der eingetragene Eigentümer demnach sein Eigentum übertragen, mit beschränkt dinglichen Rechten belasten oder auch sonstige Rechte an Immobilien (wie etwa einen Mietvertrag) registrieren lassen.

Es bedarf zum Zeitpunkt der Registrierung seitens des Übertragenden der Intention, das infrage stehende dingliche Recht zu übertragen und seitens des Empfängers einen entsprechenden Willen, das Recht zu erlangen.⁶²⁰ Damit ist der von der Causa unabhängige dingliche Vertrag beschrieben, dessen Existenz seit den 1980er Jahren⁶²¹ in der südafrikanischen Jurisprudenz anerkannt ist.⁶²²

⁶¹⁷ Van Warmelo, Roman Civil Law, para. 152. Nicht zu verwechseln sind die verkehrsfähigen Sachen mit der Voraussetzung des *commercium* für die Stellung als Eigentümer. Demnach konnten nach römischem Recht nur römische Bürger und solche, denen *commercium* gewährt wurde, Eigentümer einer Sache sein. Freilich hätte der römische Handel ohne die Möglichkeit, auch Nicht-Römern Eigentum zu gewähren, nicht florieren können. Daher gab es für diese eine eigene Form des Eigentums, das sog. *peregrinus* oder zu Deutsch etwa „Wanderfalkeneigentum“ (im Englischen „*peregrine ownership*“). Dieses wurde nicht nach zivilen Regeln, sondern nach völkerrechtlichen Grundsätzen (*ius gentium*) erworben. Über die genauen Unterschiede zwischen dem klassischen *dominium* und *peregrinus* ist wenig bekannt. Siehe dazu etwa Du Plessis, Roman Law, S. 156.

⁶¹⁸ Du Plessis, Roman Law, S. 152.

⁶¹⁹ Lee, Introduction, S. 138. Zu den *res incorporales* siehe du Plessis, Roman Law, S. 151f.; van Warmelo, Roman Civil Law, para. 159.

⁶²⁰ Dreyer and another N.N.O. v AXZS Industries (Pty.) Ltd. 2006 (5) SA (SCA) 548 (554-558); Absa Bank Ltd. t/a Bankfin v Jordashe Auto CC 2003 (1) SA (SCA) 401 (407); Chong Sun Wood Products Pte Ltd. v K&T Trading Ltd. and another 2001 (2) SA (D) 651 (656); Info Plus v Scheelke and another 1998 (3) SA (SCA) 184 (189); Mvusi v Mvusi N.O. and others 1995 (4) SA (TSC) 994 (999); Concor Construction (Cape) (Pty.) Ltd. v Santambank Ltd. 1993 (3) SA (A) 930 (933); Trust Bank van Afrika Bpk. v Western Bank Bpk. en andere N.N.O. 1978 (4) SA (A) 281 (281f.).

⁶²¹ Air-Kel (EDMS) Bpk. h/a Merkel Motors v Bodenstein en 'n ander 1980 (3) SA (A) 917 (922).

⁶²² Der dingliche Vertrag wird in Südafrika landläufig mit dem afrikaanischen Begriff „*saaklike ooreenkoms*“ beschrieben (auch in der englischen Literatur und englischen Gerichtsentscheiden). Vor der gerichtlichen Anerkennung des dingli-

Darüber hinaus müssen sowohl der Übertragende als auch der Empfänger die nötige Geschäftsfähigkeit besitzen, um das dingliche Recht zu übertragen.⁶²³ Minderjährige oder sonst beschränkt geschäftsfähige Personen unterliegen somit in Hinblick auf den dinglichen Vertrag den gleichen Beschränkungen wie auch in Bezug auf die zugrunde liegende Causa. Schließlich muss die Übertragung entweder vom Inhaber des betroffenen dinglichen Rechts ausgeführt werden oder von einem entsprechend bevollmächtigten Vertreter.⁶²⁴ Das bedeutet, dass eine Person, die zwar rechtmäßig und wirksam einen schuldrechtlichen Vertrag über den Verkauf eines ihr nicht gehörenden Grundstücks abschließen kann und somit der vertraglichen Verpflichtung zur Eigentumsübertragung ausgesetzt ist, nicht gleichzeitig auch wirksam das Eigentum auf den Käufer übertragen kann.⁶²⁵ Dieser Grundsatz geht letztlich auf die römischrechtliche Regel *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* zurück, welche besagt, dass niemand mehr Rechte auf einen anderen übertragen kann, als er selbst innehat.⁶²⁶ Diese Maxime wird ob ihrer Tragweite und grundsätzlichen Bedeutung auch als „Goldene Regel des Sachenrechts“ bezeichnet.⁶²⁷ Ausfluss dieses Grundsatzes ist u.a., dass im südafrikanischen Recht kein gutgläubiger Erwerb als Sondertatbestand des abgeleiteten Rechtserwerbs in Hinblick auf dingliche Rechte existiert.⁶²⁸

chen Vertrages gab es zwar vereinzelt Stimmen in der Literatur, die auf dessen Existenz hingewiesen haben (z.B. Scott, TSAR 1979, S. 48 (48-52)), die Gerichte verwiesen jedoch lediglich auf die Intention der beteiligten Parteien, ein bestimmtes Recht zu übertragen bzw. zu erhalten (z.B. Cornelissen N.O. v Universal Caravan Sales (Pty.) Ltd. 1971 (3) SA (A) 158 (179)).

⁶²³ Mvusi v Mvusi N.O. and others 1995 (4) SA (TSC) 994 (999).

⁶²⁴ Absa Bank Ltd. t/a Bankfin v Jordashe Auto CC 2003 (1) SA (SCA) 401 (407); Desai N.O. v Desai and others 1996 (1) SA (A) 141 (148); Mvusi v Mvusi N.O. and others 1995 (4) SA (TSC) 994 (999); Air-Kel (EDMS) Bpk. h/a Merkel Motors v Bodensteyn en 'n ander 1980 (3) SA (A) 917 (922); Lee, Introduction, S. 137; Carey Miller, in: Southern Cross, S. 727 (728-734).

⁶²⁵ Der Verkäufer müsste sich in diesem Fall entweder zunächst selbst das Eigentum beschaffen oder so auf den tatsächlichen Eigentümer einwirken, dass dieser das Eigentum wirksam auf den Käufer überträgt – Badenhorst/Pienaar/Mostert, S. 73.

⁶²⁶ Van Warmelo, Roman Civil Law, paras. 243, 251. Alternativ auch *nemo dat quod non habet* („Niemand kann geben, was er nicht hat“) – du Plessis, Roman Law, S. 180.

⁶²⁷ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 73.

⁶²⁸ LG Hamburg v. 25.06.1998, Az. 302 O 16/98 (=RIW 1998, S. 892 (893)); Sonnekus, in: Dingliche Rechtspositionen und Verkehrsschutz, S. 101 (119).

2. *Iusta causa traditionis*

Trotz der heute existierenden allgemeinen Anerkennung, dass das südafrikanische Recht dem Abstraktions- und nicht dem Kausalprinzip folgt,⁶²⁹ wird erstaunlicherweise die Notwendigkeit einer weiteren Voraussetzung diskutiert, nämlich der sog. *iusta causa traditionis*. Was genau damit gemeint ist und ob die *iusta causa* überhaupt als eigene Voraussetzung anzuerkennen ist oder etwa bereits durch den wirklichen dinglichen Vertrag verwirklicht wird, bedarf einer näheren Betrachtung. Ins Deutsche übersetzt kann von „Rechtsgrund der Übertragung“ gesprochen werden. Doch eine rein sprachliche Übersetzung führt freilich nur selten zu dem gewünschten Ergebnis. Vielmehr ist der Terminus auf seine Bedeutung hin zu überprüfen.

Es ist zunächst denkbar, dass es sich dabei um das zugrunde liegende schuldrechtliche Rechtsgeschäft (i.e. die *Causa*) handelt, bzw. dass die *Causa* in vernünftiger oder angemessener Form (*reasonable cause*) bestehen muss.⁶³⁰ Dies wäre etwa dann nicht der Fall, wenn der zur Eigentumsübertragung verpflichtende schuldrechtliche Vertrag (z.B. Kaufvertrag) infolge arglistiger Täuschung zustande gekommen ist. Somit wäre die Frage danach, ob eine *iusta causa* notwendig ist, gleichbedeutend mit der Frage, ob dem Kausal- oder dem Abstraktionsprinzip gefolgt wird oder ob es vielleicht so etwas wie ein „eingeschränktes Abstraktionsprinzip“ gibt.⁶³¹

Man kann darunter jedoch auch etwas anderes verstehen und somit die Bedeutung über die Frage nach Kausal- oder Abstraktionsprinzip hinaus erweitern. Eine in dieser Hinsicht aufschlussreiche Entscheidung stammt bereits aus dem Jahre 1941. In *Commissioner of Customs*

⁶²⁹ Siehe § 2B.I.

⁶³⁰ So Wille's Principles, S. 522.

⁶³¹ Ein „eingeschränktes Abstraktionsprinzip“ könnte etwa so aussehen, dass das dingliche von dem schuldrechtlichen Rechtsgeschäft zwar grundsätzlich unabhängig ist, sich allerdings bestimmte Nichtigkeitseründe in Bezug auf die *Causa* auch auf das dingliche Geschäft auswirken. So könnte z.B. auf der einen Seite ein Kaufvertrag, der zwischen einem (gerade noch) Minderjährigen und einem voll Geschäftsfähigen geschlossen wird und somit (schwebend) unwirksam ist, ohne Auswirkung auf das dingliche Rechtsgeschäft bleiben, während ein durch arglistige Täuschung entstandener Vertrag auch zur Unwirksamkeit der Eigentumsübertragung führt. Insofern könnte von einem „sittlichen Makel“ gesprochen werden. In der Regel wird nur der Fall der arglistigen Täuschung (*fraud*) in der einschlägigen Literatur diskutiert. Wo die Grenze jedoch verlaufen soll, sprich, wann ein entsprechender Makel neben der arglistigen Täuschung noch vorliegen soll, ist unklar. Siehe spezifisch zu diesem Thema Scholtens, SALJ 74 (1957), S. 280 (280-295).

and *Excise v Randles Brothers and Hudson Ltd.*⁶³² schrieb JA Centlivres wie folgt: „[I]t is clear, I think, that a wide meaning must be given to the words ‘*iusta causa*’ (...), and that all that these words mean (...) is that the legal transaction preceding the *traditio* may be evidence of an intention to pass and acquire ownership. But there may be direct evidence of an intention to pass and acquire ownership and, if there is, there is no need to rely on a preceding legal transaction in order to show that ownership has, as a fact, passed. To put it more briefly it seems to me that the question whether ownership passed depends on the intention of the parties and such intention may be proved in various ways.” Daraus ergibt sich, dass die *iusta causa* nicht etwa neben der Übergabe und dem (mittlerweile anerkannten) dinglichen Vertrag eine zusätzliche Voraussetzung für den abgeleiteten Erwerb von Eigentum ist, sondern schlicht eine alternative Beschreibung des dinglichen Vertrags.⁶³³ Denkt man den Gedanken von Centlivres nämlich zu Ende, so steht letztlich die Erkenntnis, dass neben dem Publizitätsakt (Übergabe bzw. Registrierung) noch eine weitere Voraussetzung vorliegen muss, nämlich ein subjektives Element – der dingliche Vertrag.⁶³⁴ Wie bereits angedeutet, hat es in Südafrika einige Zeit gedauert, bis das Kind (i.e. der dingliche Vertrag) auch tatsächlich beim Namen genannt wurde und jeder letzte Zweifel konnte erst im Jahre 1980 ausgeräumt werden.⁶³⁵ Oppositionslos ist zudem der Umstand, dass der dingliche Vertrag, genau wie die *Causa* auch, seinerseits nicht an Wirksamkeitsmängeln leiden darf.⁶³⁶ Die *iusta causa traditionis* ist somit eher als Etappe zu bewerten auf dem Weg zu der Erkenntnis, dass es in einem vom Abstraktionsprinzip dominierten Rechtssystem neben dem Publizitätsakt einer separaten dingliche Ei-

⁶³² 1941 AD 369 (411).

⁶³³ Auch JA Watermeyer schreibt in derselben Entscheidung a.a.O. (398f.): „If the parties desire to transfer ownership and contemplate that ownership will pass as a result of the delivery, then they in fact have the necessary intention and the ownership passes by delivery. It was contended, however, on behalf of the appellant that delivery accompanied by the necessary intention on the part of the parties to the delivery is not enough to pass ownership; that some recognized form of contract (a *causa habilis* as Voet (...) puts it) is required in addition (...). I do not agree with that contention. The *habilis causa* referred to by Voet means merely an appropriate *causa*, that is, either an appropriate reason for the transfer or a serious and deliberate agreement showing an intention to transfer.”

⁶³⁴ Mit Bezug zum römischen Recht schlägt *van Warmelo* in die gleiche Kerbe, Roman Civil Law, paras. 252f.; ebenso Evans-Jones/MacCormack, in: New Perspectives, S. 99 (101).

⁶³⁵ Siehe § 3B.1.1.

⁶³⁶ Zu denken ist etwa an dingliche Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen oder solche, die infolge eines Irrtums angefochten werden oder von einem nicht autorisierten Stellvertreter durchgeführt wurden – siehe ausführlich Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 79f.

nigung zwischen den Parteien bedarf. Sie stellt somit mitnichten eine eigene Voraussetzung dar, sondern geht vollkommen darin auf, dass ein wirksamer dinglicher Vertrag zusätzlich zu der Causa geschlossen werden muss.⁶³⁷ Eine Verbindung zwischen Causa und dinglichem Geschäft besteht somit nur insofern, als etwa ein Kaufvertrag ein Indiz für das Vorliegen des zur Übertragung des dinglichen Rechts notwendigen dinglichen Vertrags sein kann. Eine Abhängigkeit im Rechtssinne besteht jedoch nicht.

Jedoch spielt die Causa gerade bei der Registrierung von dinglichen Rechten an Immobilien im *Deeds Registry* eine verhältnismäßig große Rolle. Dies rührt daher, dass der Urkundsbeamte für die Registrierung ein zugrunde liegendes Rechtsgeschäft identifizieren können muss, um z.B. sicherzustellen, dass steuerrechtliche Vorgaben eingehalten wurden.⁶³⁸ Allerdings ist es in der Regel nicht notwendig, dass dieses Rechtsgeschäft etwa unanfechtbar oder auch nur wirksam ist. Zudem sieht sec. 28 Abs. 2 des *Alienation of Land Act*⁶³⁹ vor, dass jede Veräußerung von Land, welche nicht den Anforderungen an eine wirksame Übertragungsurkunde entspricht, gleichwohl dann *ab initio* wirksam ist, wenn der Erwerber alle ihm nach der Urkunde oder dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft obliegenden Leistungen erbracht hat. War also von beiden Parteien gewollt, dass das Eigentum an dem Grundstück übergehen soll, so tritt die Rechtsänderung unabhängig von etwaigen schuldrechtlichen Verträgen ein. Insofern ist ein Verstoß oder auch nur eine Aufweichung des Abstraktionsprinzips bei der Übertragung von dinglichen Rechten an Immobilien nicht feststellbar.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle noch erwähnt, dass die Unwirksamkeit der Causa lediglich in Hinblick auf die Übertragung des dinglichen Rechts keine Auswirkungen hat. Der ohne Rechtsgrund Bereicherte sieht sich freilich einem einschlägigen Kondiktionsanspruch des ursprünglichen Eigentümers ausgesetzt, sodass er

⁶³⁷ Carey Miller, *Ownership*, S. 167: „In the earlier case law relating to the acquisition of land the courts emphasized the requirement of *justa causa* traditionis (...). Until well into the present century there was no room for any distinction but, more recently, the analysis has tended to abandon the requirement of a causal basis for the passing of ownership in the development of a theory of acquisition based upon the real ('saaklike') agreement.“

⁶³⁸ Der *Transfer Duty Act* 40 aus 1949 sieht etwa bei bestimmten Transaktionen mit Immobilien die Entrichtung einer Transaktionsgebühr vor.

⁶³⁹ 68 aus 1981.

das Eigentum, welches er z.B. infolge eines arglistig erschilderten Kaufvertrages erlangt hat, wieder rückübertragen muss.⁶⁴⁰

3. Registrierung im *Deeds Registry*

Zur Veranschaulichung des objektiven Teils der Übertragung dinglicher Rechte wird im Folgenden kurz der gewöhnliche Ablauf des Registrierungsprozesses bei der Übertragung von Eigentum skizziert.⁶⁴¹ Liegt eine wirksame dingliche Einigung vor, so ist die Registrierung der letzte Schritt zur Übertragung eines dinglichen Rechts an einer Immobilie.

Die Befolgung aller notwendigen Voraussetzungen muss sich aus den eingereichten Dokumenten und insbesondere aus der von den Parteien unterzeichneten Übertragungsurkunde für den Registerbeamten ergeben.⁶⁴² Nachdem die Übertragungsurkunde eingehend geprüft wurde, wird sie in der Regel von dem von den Parteien bestellten Conveyancer⁶⁴³ oder vom bisherigen Eigentümer im Beisein des Registerbeamten ausgefertigt. Daraufhin attestiert der Registerbeamte

⁶⁴⁰ Im Zusammenhang mit dem bereicherungsrechtlichen Anspruch werden in Südafrika zwei Ausnahmen diskutiert. Zum einen soll dieser nicht bestehen, wenn der Leistungsaustausch infolge eines „illegalen Vertrags“ (siehe dazu Lubbe/du Plessis, in: *Introduction to the Law of South Africa*, S. 243 (251-254)) erfolgte und der Antragsteller seinerseits schändlich (*disgraceful*) gehandelt hat. Dieser Grundsatz wird mittlerweile allerdings nicht mehr strikt angewandt. Vielmehr kann eine Ausnahme von der Ausnahme gemacht werden, um Ungerechtigkeit zu vermeiden oder die öffentliche Ordnung zu wahren – siehe *Jajbhay v Cassim* 1939 AD 537 (544), wo es heißt: „[T]he rule expressed in the maxim *in pari delicto potior conditio defendentis* is not one that can or ought to be applied in all cases, that it is subject to exceptions which in each case must be found to exist only by regard to the principle of public policy.“ Zum anderen werden Ausnahmen diskutiert, wenn der schuldrechtliche Vertrag lediglich infolge von Nichtbeachtung einschlägiger Formvorschriften unwirksam ist und beide Vertragsparteien ihre jeweils fälligen Leistungen ordnungsgemäß erbracht haben. Siehe insgesamt Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 77f.

⁶⁴¹ Siehe zum Prozedere umfassend Carey Miller/Pope, *Land Title*, S. 70f.; Nel, Jones' *Conveyancing*, S. 175-181; van der Walt/Pienaar, *Introduction*, S. 157-160. Für alternative Formen der Übertragung von Grundstückseigentum wie etwa den gesetzlichen Eigentumsübergang siehe Nel, Jones' *Conveyancing*, S. 92f. Allgemein zum Liegenschaftsregister siehe § 2C.

⁶⁴² Die Übertragungsurkunde muss u.a. folgende Angaben enthalten: Vorbereitungszertifikat des Conveyancers, Präambel, Rubrum (enthält die Causa), Übertragungsklausel (enthält Angaben zum neuen Rechtsinhaber), Beschreibung der Sache, Gegenleistung, Hinweis auf den Registereintrag – van der Walt/Pienaar, *Introduction*, S. 158f.

⁶⁴³ Siehe Fn. 250.

durch Unterschrift die Ausfertigung der Urkunde sowohl auf dem Original als auch auf einer Kopie.

Der Zeitpunkt der Unterschrift des Registerbeamten kann formell als „Registrierung“ angesehen werden und ist somit entscheidend für den Rechtsübergang.⁶⁴⁴ Gleichzeitig wird die bisherige Übertragungs-urkunde indossiert und durch die neue Urkunde ersetzt.⁶⁴⁵

II. Persönliche Rechte

Im Rahmen der Entstehung und Übertragung dinglicher Rechte an Immobilien bedarf es – wie gesehen – eines Zweiklangs zwischen einem subjektiven (dinglicher Vertrag) und einem objektiven (Registrierung) Element. Bei persönlichen Rechten ist – ähnlich wie bei dinglichen Rechten auch – zunächst zwischen der originären Entstehung (durch Vertragsschluss) und der Übertragung (durch Zession) zu unterscheiden. Der große Unterschied zwischen dem originären Erwerb von Eigentum im Vergleich zur originären Entstehung persönlicher Rechte liegt darin, dass ersterer unabhängig von einem (dinglichen) Vertrag zwischen Erwerber und Rechtsvorgänger erfolgt und letztlich nur der Wille des Erwerbers den Ausschlag gibt.⁶⁴⁶

Sowohl bei der Entstehung als auch bei der Übertragung persönlicher Rechte an Immobilien bedarf es keiner Eintragung in das Grundbuch. Insofern gibt es das für dingliche Rechte obligatorische objektive Element in dieser Form bei persönlichen Rechten nicht. Formvorschriften führen zum Teil zwar dazu, dass eine objektive, verkörperte Version des Vertrages vorliegt, jedoch erfüllt diese – wie noch zu sehen sein wird – andere Funktionen als die Registrierung.

1. Entstehung

Persönliche Rechte entstehen nicht durch Registrierung, sondern durch eine Einigung bzw. ein *meeting of the minds* zwischen den Parteien.⁶⁴⁷ Es ist mithin zu fragen, unter welchen Umständen in Südafrika ein solcher Vertrag im schuldrechtlichen Sinne zustande kommt. Letztlich wurde der wichtigste Unterschied – die fehlende Registrie-

⁶⁴⁴ Sec. 13 Abs. 1 DRA.

⁶⁴⁵ Sec. 13 Abs. 3 DRA.

⁶⁴⁶ Sonnekus, in: Dingliche Rechtspositionen und Verkehrsschutz, S. 101 (118).

⁶⁴⁷ Lubbe/du Plessis, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 243 (245).

rung – bereits genannt, sodass an dieser Stelle ein kursorischer Überblick über die prägenden Elemente des Vertragsschlusses hinreicht.⁶⁴⁸

Eine Einigung wird in der Regel durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen namens Angebot und Annahme erzielt, die einen hinreichenden Rechtsbindungswillen (*animus contrahendi*) erkennen lassen. Darüber hinaus müssen die Parteien geschäftsfähig sein. Minderjährige bis sieben Jahre sind nicht geschäftsfähig und Jugendliche zwischen sieben und 21 Jahren sind beschränkt geschäftsfähig. Ferner können etwa Geisteskrankheit oder ein Drogen- bzw. Alkoholrausch die Geschäftsfähigkeit beeinträchtigen. Im Einklang mit dem römisch-rechtlichen Grundsatz *impossibilia nulla est obligatio*⁶⁴⁹ darf die Vertragserfüllung grundsätzlich nicht von Anfang an unmöglich sein. Ist dies der Fall, so ist der Vertrag grundsätzlich von Anfang an nichtig.⁶⁵⁰ Der Inhalt oder die Ausführung des Vertrages darf überdies nicht illegal sein. Eine Illegalität liegt entweder vor, wenn der Vertrag dem öffentlichen Interesse derart widerspricht, dass bei einer Abwägung die Vertragsfreiheit zurückstehen würde (*contra bonos mores*)⁶⁵¹ oder wenn es ein gesetzliches Verbot gibt. Gründe für einen Verstoß gegen das öffentliche Interesse sind etwa der Schutz des gerichtlichen Verfahrens oder des freien Handels.⁶⁵²

⁶⁴⁸ Für umfassende Darstellungen hinsichtlich der Voraussetzungen zum Vertragsschluss siehe z.B. Christie/McFarlane, *Law of Contract*, S. 21-104; Hackwill, *Sale of Goods*, S. 5-22; Hosten (u.a.), *Introduction*, S. 386-399; Kerr, *Law of Contract*, S. 29-311; Lee/Honoré (u.a.), *Law of Obligations*, S. 21-36; Lubbe/du Plessis, in: *Introduction to the Law of South Africa*, S. 243 (245-255).

⁶⁴⁹ Van Warmelo, *Roman Civil Law*, paras. 639-641.

⁶⁵⁰ Einige wenige Ausnahmen von diesem Grundsatz sind anerkannt. Die wichtigste ist, dass eine Partei vor Vertragsschluss die Undurchführbarkeit des Vertrages in Betracht gezogen hat und keine entsprechenden Gegenmaßnahmen getroffen hat. In diesen Fällen ist eine Haftung wegen Vertragsverletzung denkbar – *Wilson v Smith* 1956 (1) SA (W) 393 (396).

⁶⁵¹ Die Illegalität in dem Fall, dass der Inhalt oder die Ausführung *contra bonos mores* ist, wird in Südafrika synonym für den Verstoß gegen das öffentliche Interesse verwandt – *Sasfin (Pty.) Ltd. v Beukes* 1989 (1) SA (A) 1 (8); *Aquilius*, SALJ 58 (1941), S. 337 (344): „*In a sense (...), all illegalities may be said to be immoral and all immorality and illegality contrary to public policy. It follows, therefore, that a contract need not conflict with one of these concepts exclusively (...).*“ In die gleiche Kerbe schlägt Hackwill: „*The distinction between contracts which are contrary to public policy and those which are contra bonos mores is ill-defined, and both may conveniently be dealt with as contracts prohibited by the Common Law.*“ – *Sale of Goods*, S. 21.

⁶⁵² Lubbe/du Plessis, in: *Introduction to the Law of South Africa*, S. 243 (252f.).

Grundsätzlich herrscht im südafrikanischen Vertragsrecht Formfreiheit, d.h. Verträge können auch mündlich geschlossen werden.⁶⁵³ Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Parteien eine bestimmte Schriftform vereinbaren oder eine solche gesetzlich vorgeschrieben ist. Letzteres ist im Falle des Verkaufs von Grundstücken der Fall. Der *Alienation of Land Act*⁶⁵⁴ sieht vor, dass eine Veräußerung von Land stets in Form einer schriftlichen Urkunde erfolgen muss, die von beiden Parteien unterschrieben wurde, um wirksam zu sein.⁶⁵⁵ Allerdings führt hier die Durchführung des Vertrages, sprich die Erfüllung der vertraglichen Pflichten, zur rückwirkenden Wirksamkeit des Vertrages.⁶⁵⁶ Ist eine bestimmte Form gesetzlich vorgesehen oder treffen die Parteien eine entsprechende Einigung, so ist die Einhaltung der Form konstitutiv für den Vertragsschluss. Eine bloße Willensübereinstimmung reicht sodann nicht aus. Wird ein bestehender Vertrag jedoch lediglich schriftlich ausgefertigt, um dessen Nachweis zu erleichtern, so ist die Schriftform kein konstitutives Element und dient lediglich der Beweissicherung.⁶⁵⁷

Man könnte gleichwohl darüber nachdenken, ob zumindest bei der gesetzlich vorgesehenen Schriftform eine Parallele zu der Registrierung dinglicher Rechte an Immobilien besteht. Hier bedarf es ebenfalls eines konstitutiven objektiven Elements, nämlich der Ausfertigung einer schriftlichen Urkunde. Jedoch unterscheidet sich dieses Dokument nicht unerheblich von der Registrierung. Zunächst werden die schuldrechtlichen Urkunden nicht systematisch in einem öffentlichen Register erfasst. Schuldrechtliche Transaktionen in Bezug auf Grundstücke unterliegen nicht dem Publizitätszwang. Daher ist die Veräußerungsurkunde auch nicht öffentlich zugänglich. Darüber hinaus unterscheiden sich die Beweggründe für die Notwendigkeit eines objektiven Elements bei dinglichen Rechten auf der einen und persönlichen Rechten auf der anderen Seite. Bei der Registrierung von dinglichen Rechten an Immobilien liegt der Gedanke zugrunde, dass das Recht theoretisch gegenüber jedermann Wirkung entfaltet und insofern ein Publizitätsakt vollzogen werden muss. Die Registrierung

⁶⁵³ Siehe umfassend zu Formvorschriften im südafrikanischen Vertragsrecht Christie/McFarlane, *Law of Contract*, S. 105-129.

⁶⁵⁴ 68 aus 1981.

⁶⁵⁵ Sec. 2 Abs. 1: „No alienation of land (...) shall (...) be of any force or effect unless it is contained in a deed of alienation signed by the parties thereto (...).“

⁶⁵⁶ Sec. 28 Abs. 2: „Any alienation which does not comply with the provisions of section 2(1) shall in all respects be valid ab initio if the alienee had performed in full in terms of the deed of alienation or contract and the land in question has been transferred to the alienee.“

⁶⁵⁷ Hosten (u.a.), *Introduction*, S. 398f.

schützt den Rechtsinhaber vor unrechtmäßigen (gutgläubigen) Erwerben und lässt eine Abänderung der eingetragenen Rechte gegen seinen Willen in der Regel nicht zu. Eine schuldrechtliche Urkunde dient den Parteien im Gegensatz dazu hauptsächlich als Beweismittel dafür, dass eine großvolumige Transaktion mit entsprechend schwerwiegenden Leistungspflichten stattgefunden hat. Sie hat darüber hinaus eine Warnfunktion, indem sie die Parteien zur schriftlichen Reflektion des mündlich vereinbarten veranlasst. Außer in wenigen Ausnahmefällen⁶⁵⁸ ist die Registrierung von persönlichen Rechten nicht möglich. Die hier aufgezeigten Unterschiede machen deutlich, dass es im Rahmen der technischen Ausführung der Registrierung auf der einen und der Aufsetzung einer Veräußerungsurkunde auf der anderen Seite erhebliche Unterschiede gibt sowie dass auch die Beweggründe und Rechtsfolgen grundlegend verschieden sind.

2. Zession

Die Übertragung von persönlichen Rechten erfolgt im Wege der Zession. Diese findet durch eine Einigung des derzeitigen Rechtsinhabers, dem Zedenten, mit dem neuen Erwerber, dem Zessionar, statt. Einer Zustimmung des von dem Recht betroffenen Schuldners bedarf es hingegen nicht.⁶⁵⁹ Die Zession soll die Übertragung von persönlichen Rechten als unkörperliches Vermögen erleichtern.⁶⁶⁰ Die Interessen des Schuldners werden freilich auf umfassende Weise geschützt.⁶⁶¹ Sämtliche persönliche Rechte können im Wege der Zession übertragen werden, es sei denn, dass es ein gesetzliches oder vertrag-

⁶⁵⁸ Siehe dazu § 3E.

⁶⁵⁹ Christie/McFarlane, Law of Contract, S. 463-471.

⁶⁶⁰ Lubbe/du Plessis, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 243 (271).

⁶⁶¹ So kann der Schuldner, der in gutem Glauben ist und nichts von der Zession weiß, seine Schuld gegenüber dem bisherigen Gläubiger (dem Zedenten) mit befreiender Wirkung begleichen. Dies wird mit dem Grundsatz der Verwirkung (*estoppel*) dergestalt begründet, dass der Zessionar, der es fahrlässigerweise unterlässt, den Schuldner über die Zession zu informieren, sich nicht im Nachhinein darauf berufen kann, dass die Leistung des Schuldners gegenüber dem Zedenten unwirksam ist – Nienaber, ActJur 1964, S. 99 (120-122.). Darüber hinaus geht das Recht so auf den Zessionar über, wie es seitens des Zedenten bestand. Somit kann der Schuldner gegenüber dem Zessionar grundsätzlich jegliche Einwendungen vorbringen, die ihm gegenüber dem Zedenten zustanden (z.B. Verjährung) – Hosten (u.a.), Introduction, S. 412.

liches Abtretungsverbot gibt oder dass die Rechte höchstpersönlicher Natur sind.⁶⁶²

Die Einigung darüber, dass ein Recht auf eine bisher unbeteiligte dritte Person übergehen soll, ist dinglicher Natur. Auch wenn sie häufig mit dem zugrunde liegenden Vertrag zusammenfällt, aus dem die Verpflichtung zur Übertragung des Rechts erwächst (i.e. die Causa), ist sie formell streng von diesem zu unterscheiden.⁶⁶³ Der dingliche Charakter erwächst aus dem Umstand, dass durch die Zession direkt eine Rechtsänderung, nämlich die Übertragung des jeweiligen Rechts, herbeigeführt wird. Sie unterscheidet sich insofern von der zugrunde liegenden Causa, als diese lediglich die Verpflichtung zur Rechtsänderung begründet, ohne diese selbst herbeizuführen.⁶⁶⁴

Neben der dinglichen Einigung über die Zession bedarf es keiner weiteren Voraussetzung.⁶⁶⁵ Bestimmte Formvorschriften existieren grundsätzlich nicht.⁶⁶⁶ Auch eine Registrierung oder ein sonstiger Publizitätsakt sind nicht notwendig, sodass insbesondere eine Notifizierung des Schuldners unterbleiben kann.⁶⁶⁷ Die Einigung muss den gewöhnlichen, bereits hinreichend diskutierten Voraussetzungen genügen, um wirksam zu sein.⁶⁶⁸

Zu beachten ist, dass der englische Begriff der Zession (*Cession*) in Südafrika ganz offensichtlich nicht als *terminus technicus* ausschließlich für die Übertragung von persönlichen Rechten durch Einigung verwandt wird, sondern dass er allgemein auch bei der Übertragung von dinglichen Rechten gebraucht wird.⁶⁶⁹ So spricht etwa der *Deeds Registries Act*⁶⁷⁰ von „*cessions of real rights*“.⁶⁷¹ Dabei ist klar, dass es neben der dinglichen Einigung einer entsprechenden Eintragung in das *Deeds Registry* bedarf, um ein dingliches Recht – etwa eine Dienstbarkeit – zu übertragen. Gleichwohl wurde diese Formulierung auch von südafrikanischen Gerichten übernommen. In *Lief N.O. v Dett-*

⁶⁶² Höchstpersönlicher Natur („*highly personal character*“) sind etwa Unterhalts- oder Schmerzensgeldansprüche –Lubbe/du Plessis, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 243 (271).

⁶⁶³ Hosten (u.a.), Introduction, S. 411; Nienaber, a.a.O. (103).

⁶⁶⁴ Nienaber, a.a.O. (103).

⁶⁶⁵ Lief N.O. v Dettmann 1964 (2) SA (A) 252 (259).

⁶⁶⁶ Botha v Fick 1995 (2) SA (A) 750 (751f.).

⁶⁶⁷ Lubbe/du Plessis, in: Introduction to the Law of South Africa, S. 243 (272).

⁶⁶⁸ Nienaber, a.a.O. (104).

⁶⁶⁹ Hahlo/Kahn, Union, S. 489; a.A. sind Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 395: „*‘cession’ denotes the transfer of a claim or a personal right.*“

⁶⁷⁰ 47 aus 1937.

⁶⁷¹ Sec. 14 Abs. 1 lit. a.

mann⁶⁷² schreibt JA van Wyk: „*Cession of real rights in land requires registration, but cession of a debt under a bond, being an incorporeal movable, requires no more than an agreement to cede.*“ Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass die Zession ein Synonym für einen dinglichen Vertrag ist und nicht etwa auf die Beschreibung des Übertragungsaktes von persönlichen Rechten beschränkt ist. Demgegenüber steht eine Aussage von Nienaber, der behauptet: „*Since cession is the transfer of a right by agreement, it follows that as soon as something beyond the mere agreement is required by law in order to convey the right, one is no longer dealing with cession but with some other recognized form of transfer.*“⁶⁷³ Diese beiden Standpunkte lassen sich nicht miteinander vereinbaren. Der Mehrwert einer Streitentscheidung läge jedoch lediglich in der Erkenntnis, ob man die dingliche Einigung stets als Zession bezeichnen kann oder nur dann, wenn es um die Übertragung von persönlichen Rechten geht. Da das Wort *cession* sowohl in Gerichtsurteilen als auch in Gesetzen vielfach pauschal für die Übertragung von Rechten, ohne eine Beschränkung auf persönliche Rechte, gebraucht wird, kann – auch aus praktischen Erwägungen – davon ausgegangen werden, dass das Wort in Südafrika nicht als *terminus technicus*, sondern als Synonym für Rechteübertragung im Allgemeinen zu verstehen ist.

Damit wurde eine Gemeinsamkeit bei der Übertragung von dinglichen und persönlichen Rechten herausgearbeitet, nämlich die Notwendigkeit einer dinglichen Einigung (und der Umstand, dass diese in beiden Fällen als Zession bezeichnet werden darf). Der wesentliche Unterschied in Hinblick auf Rechte an Immobilien ist die Formfreiheit bei der Übertragung persönlicher Rechte auf der einen und die Notwendigkeit der Registrierung dinglicher Rechte auf der anderen Seite.

C. Rechtsbehelfe des Eigentümers

Neben dem durch das Grundbuch gewährten Schutz der registrierten dinglichen Rechte stehen dem Eigentümer besondere Rechtsbehelfe zu, die ihn gegen Beeinträchtigungen seines Eigentumsrechts schützen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dinglichen, deliktischen und bereicherungsrechtlichen Rechtsbehelfen. Dem Forschungsgegenstand entsprechend wird nachfolgend ein besonderes Augenmerk auf Schutzrechte zugunsten des Land- bzw. Grundstückseigentümers gelegt.

⁶⁷² 1964 (2) SA (A) 252 (259).

⁶⁷³ ActJur 1964, S. 99 (104).

I. Dingliche Rechtsbehelfe

Grundsätzlich dienen dingliche Rechtsbehelfe dem Eigentümer in zweierlei Hinsicht. Zum einen sorgen sie dafür, dass er die abhandengekommene physische Kontrolle über sein Eigentum wiedererlangt (*rei vindicatio*) und zum anderen dienen sie der Abwehr von Störungen (*actio negatoria*).

1. *Rei vindicatio*

Das Vindikationsrecht ist das Kernrecht des Eigentümers, welches direkt aus dem Recht zum Besitz des Eigentümers abgeleitet wird.⁶⁷⁴ Gleichwohl wurde bereits erörtert, dass das Eigentum einigen Beschränkungen unterliegt und nicht mehr als vollkommen umfassendes Recht angesehen werden kann.⁶⁷⁵ Dies spiegelt sich durch eine Reihe von Beschränkungen, denen der Eigentümer bei der Geltendmachung der *rei vindicatio* ausgesetzt ist, wider.

a) Anwendbarkeit

Die *rei vindicatio* oder Eigentumsklage berechtigt den Eigentümer einer Immobilie dazu, diese vom gegenwärtigen unrechtmäßigen Besitzer herauszuverlangen, gleichviel, ob der Besitzer gutgläubig ist,⁶⁷⁶ seine Zustimmung erteilt oder für den Besitz bezahlt hat.⁶⁷⁷ Die *rei vindicatio* ist der wichtigste Rechtsbehelf für den Eigentümer und geht auf den Grundsatz zurück, dass es der Natur des Eigentums entspricht, dass der Besitz einer Sache normalerweise vom Eigentümer ausgeübt werden soll.⁶⁷⁸ Bei Immobilien muss die *rei vindicatio* in Form einer Räumungsklage (*action for ejectment*) erhoben werden.⁶⁷⁹

⁶⁷⁴ De Groot schrieb schon in seiner Inleidinge II. 3 (1): „Eigendom is het toebehooren van een zaeck waer door iemand, schoon het bezit niet hebbende, 't zelve vermag rechtelick te bekomen.“ Lee bezeichnet das Vindikationsrecht als „the most signal quality of ownership“ – Introduction, S. 121.

⁶⁷⁵ Siehe § 2D.I.2.b).

⁶⁷⁶ Mngadino N.O. v Ntuli and others 1981 (3) SA (D) 478 (484f.).

⁶⁷⁷ Chetty v Naidoo 1974 (3) SA (A) 13 (20); van der Merwe, Things, S. 299; van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 163-171. Zur Geschichte der *rei vindicatio* siehe Milton, in: Southern Cross, S. 657 (685-689).

⁶⁷⁸ JA Jansen schreibt in Chetty v Naidoo a.a.O.: „It is inherent in the nature of ownership that possession of the res should normally be with the owner, and it follows that no other person may withhold it from the owner unless he is vested with some right enforceable against the owner (e.g., a right of retention or a contractual right).“ Siehe auch Betta Eiendomme (Pty.) Ltd. v Ekple-Epoh 2000 (4)

Die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Geltendmachung einer *rei vindicatio* sind erstens, dass der Antragsteller Eigentümer der Sache ist;⁶⁸⁰ zweitens, dass sich die Sache bei Geltendmachung des Anspruchs im Besitz des Antragsgegners befindet⁶⁸¹ und drittens, dass die zu vindizierende Sache noch existiert und klar identifizierbar ist.⁶⁸² Es spielt dabei keine Rolle, ob der Eigentümer den Besitz freiwillig aus der Hand gegeben hat oder dieser gegen seinen Willen genommen wurde. Ein gutgläubiger Dritter, der die Sache von einer Person erhalten hat, die ihrerseits etwa durch Miete oder Pacht in den Besitz der Immobilie gekommen ist, muss die Immobilie genauso herausgeben bzw. räumen, wie illegale Besatzer, die sich gewaltvoll in Besitz gebracht haben.⁶⁸³ Der Eigentümer muss ferner keine Fahrlässigkeit oder sonst unrechtmäßigen Besitz seitens des Anspruchsgegners nachweisen oder dass er ein vertragliches Recht hat, das Eigentum zurückzufordern.⁶⁸⁴ Wenn der Besitzer jedoch seinerseits ein Besitzrecht aus einem Vertrag mit dem Eigentümer ableitet, so muss der Eigentümer belegen, dass die Vereinbarung nicht länger wirksam ist.⁶⁸⁵

SA (W) 468 (475); Pareto Ltd. and others v Mythos Leather Manufacturing (Pty.) Ltd. 2000 (3) SA (W) 999 (1001f.); van der Walt, SAJHR 18 (2002), S. 372 (384).

⁶⁷⁹ Joubert and others v Van Rensburg and others 2001 (1) SA (W) 753 (800); Port Elizabeth Municipality v Peoples Dialogue on Land and Shelter and others 2000 (2) SA (SEC) 1074 (1079-1081); Australita Estates (Pty.) Ltd. v Rix 1984 (1) SA (C) 500 (500-505); Amavuba (Pty.) Ltd. v Pro Nobis Landgoed (Edms.) Bpk. and others 1984 (3) SA (N) 760 (761-767); Turpin, SALJ 74 (1957), S. 145 (145-148).

⁶⁸⁰ Hartland Implemente (Edms.) Bpk. v Enal Eiendomme BK en andere 2002 (3) SA (NC) 653 (664); Unimark Distributors (Pty.) Ltd. v Erf 94 Silvertondale (Pty.) Ltd. 1999 (2) SA (T) 986 (996); Chetty v Naidoo 1974 (3) SA (A) 13 (20); Ruskin N.O. v Thiergen 1962 (3) SA (A) 737 (744).

⁶⁸¹ Hartland Implemente (Edms.) Bpk. v Enal Eiendomme BK en andere 2002 (3) SA (NC) 653 (664); Unimark Distributors (Pty.) Ltd. v Erf 94 Silvertondale (Pty.) Ltd. 1999 (2) SA (T) 986 (996, 1011); Mehlape v Minister of Safety and Security 1996 (4) SA (W) 133 (136); Chetty v Naidoo 1974 (3) SA (A) 13 (20); Vulcan Rubber Works (Pty.) Ltd. v South African Railways and Harbours 1958 (3) SA (A) 285 (289).

⁶⁸² Unimark Distributors (Pty.) Ltd. v Erf 94 Silvertondale (Pty.) Ltd. 1999 (2) SA (T) 986 (996, 1010f.).

⁶⁸³ *CJ Centlivres* schreibt in Bezug auf bewegliche Sachen anschaulich in *Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd. v Douglas* 1956 (3) SA (A) 420 (425E): „If I seek to recover my property from a man in the street, he cannot be heard to say that he is under no obligation to restore it to me because he bought it from a third person and paid for it under the belief that that person was the owner of it because I allowed him to be in possession of it.“

⁶⁸⁴ *Shimuadi v Shirungu* 1990 (3) SA (SWA) 344 (347f.); *Chetty v Naidoo* 1974 (3) SA (A) 13 (20).

⁶⁸⁵ *Majola v Ibhayi City Council* 1990 (3) SA (E) 540 (546); *Chetty v Naidoo* 1974 (3) SA (A) 13 (21).

Die Anwendung der *rei vindicatio* in Bezug auf Immobilien ist heutzutage zum einen geprägt durch den Einfluss der südafrikanischen Verfassung⁶⁸⁶ und zum anderen insbesondere durch den *Prevention of Illegal Eviction and Unlawful Occupation of Land Act*.⁶⁸⁷ Seit Inkrafttreten des PIE im Jahre 1998 werden das Prozedere und die Beschränkungen, die im Zusammenhang mit der Räumung von Immobilien zu beachten sind, weitestgehend durch dieses Gesetz bestimmt. Jedoch verbleibt ein gewisser, nicht zu vernachlässigender Anwendungsbe- reich für das Common Law-Institut der *rei vindicatio*. Eine genaue Abgrenzung, wann der PIE und wann die *rei vindicatio* anzuwenden ist, ergibt sich nicht direkt aus dem Gesetz. Der Wille des Gesetzgebers war offensichtlich, diese Abgrenzung der Rechtsprechung zu überlas- sen. Die Gerichte setzten nach Erlass des Gesetzes zunächst einen Fo- kus auf die Frage, welche Ziele der PIE verfolgt, um daraus herzulei- ten, in welchen Fällen die Vorschriften auszulegen und anzuwenden sind.⁶⁸⁸ Insgesamt lässt sich sagen, dass der PIE im Schatten der zu dieser Zeit neuen Verfassung und der dadurch gestärkten Grundrech- te eine Verbesserung der Rechtsposition der Besatzer und die Ver- meidung von illegalen Räumungen zum Ziel hat.⁶⁸⁹

Nach Analyse der einschlägigen Rechtsprechung und der Vorschrif- ten des PIE lässt sich zusammenfassend sagen, dass die *rei vindicatio* dann zur Anwendung kommt, wenn die infrage stehende Immobilie geschäftlich, zum Handel oder industriell, sprich nicht als Wohnraum

⁶⁸⁶ Insbesondere sec. 26 Abs. 3: „No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances.“

⁶⁸⁷ 19 aus 1998, im Folgenden „PIE“.

⁶⁸⁸ Hier gingen die Befunde der Gerichte zum Teil weit auseinander. Auf der ei- nen Seite wurde vertreten, dass der PIE nur in Fällen der klassischen Hausbeset- zung („classical squatting“) anzuwenden sei, also dann, wenn der oder die Besat- zer zu keinem Zeitpunkt mit Zustimmung des Eigentümers die Immobilie in Be- sitz hatten (siehe *Ellis v Viljoen* 2001 (4) SA (C) 795 (800-802); *Ross v South Penin- sula Municipality* 2000 (1) SA (C) 589 (598f.)). Auf der anderen Seite wurde zum Teil auch anerkannt, dass solche Fälle unter den PIE fielen, bei denen zunächst eine Zustimmung des Eigentümers vorlag, diese später jedoch weggefallen ist. Dies war insbesondere bei sog. „holding over cases“ der Fall, bei denen die Grund- lage für das Recht zum Besitz (z.B. Mietvertrag) ab- bzw. ausgelaufen ist. Dies kann auch der Fall sein, wenn ein vormaliger Eigentümer im Wege der Zwangs- vollstreckung sein Haus und Grundstück verloren hat und sich weigerte, dies zu räumen (siehe *Bekker and another v Jika* 2002 (4) SA (E) 508 (509-517)).

⁶⁸⁹ Für eine umfassende Herleitung und Darstellung der vermeintlichen Ziele so- wie der Vorgehensweise bei Räumungsklagen nach dem PIE siehe Baden- horst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 250-253.

für Menschen genutzt wird;⁶⁹⁰ der Eigentümer – in welcher Form auch immer – zu einem gewissen Zeitpunkt seine Zustimmung zu der Besetzung der Immobilie gegeben hat, gleichviel, ob die Zustimmung mittlerweile weggefallen ist;⁶⁹¹ oder wenn der Beklagte allgemein nicht der Definition eines „unrechtmäßigen Besetzers“ („*unlawful occupier*“) des PIE⁶⁹² entspricht.⁶⁹³ Die Vorschriften des PIE finden hingegen insbesondere bei Räumungen von Wohnhäusern; bei der Besetzung von brachliegenden Grundstücken; oder bei der Erbauung von Anlagen oder Gebäuden ohne gültige Baugenehmigung Anwendung.⁶⁹⁴ In jedem Fall bedeutete der PIE einen gravierenden Einschnitt und eine spürbare Minderung des Anwendungsbereichs des klassischen südafrikanischen Common Law-Instituts der *rei vindicatio*. Gleichwohl spielt sie auch heute noch eine Rolle und die Vorschriften des PIE sind eher als Ergänzung und auch Beschränkung der *rei vindicatio* für die Fälle zu verstehen, in denen das Gesetz zur Anwendung kommt.

Die Herausgabe nach der *rei vindicatio* erfolgt samt der mit der Immobilie verbundenen Früchte. Dabei hat der gutgläubige Besitzer nur solche Früchte herauszugeben, die er noch nicht verbraucht hat, während der bösgläubige Besitzer auch Ersatz für verzehrte Früchte zu leisten hat.⁶⁹⁵

⁶⁹⁰ JA Harms entschied in *Ndlovu v Ngcobo, Bekker and another v Jika* 2003 (1) SA (SCA) 113 (124f.): „It follows that buildings or structures that do not perform the function of a form of dwelling or shelter for humans do not fall under PIE and since juristic persons do not have dwellings, their unlawful possession is similarly not protected by PIE.“

⁶⁹¹ Siehe z.B. *Ellis v Viljoen* 2001 (4) SA (C) 795 (801f.).

⁶⁹² Sec. 1 (xi): „‘unlawful occupier’ means a person who occupies land without the express or tacit consent of the owner or person in charge, or without any other right in law to occupy such land, excluding a person who is an occupier in terms of the Extension of Security of Tenure Act, 1997, and excluding a person whose informal right to land, but for the provisions of this Act, would be protected by the provisions of the Interim Protection of Informal Land Rights Act, 1996 (Act No. 31 of 1996).“

⁶⁹³ *Pope* weist darauf hin, dass es trotz der Definition in sec. 1 (xi) alles andere als eindeutig ist, was genau unter einem „*unlawful occupier*“ i.S.d. Norm zu verstehen ist – SALJ 119 (2002), S. 709 (711-714).

⁶⁹⁴ Für eine detaillierte Herleitung der Anwendungsbereiche des PIE auf der einen und der *rei vindicatio* auf der anderen Seite siehe *Badenhorst/Pienaar/Mostert*, *Law of Property*, S. 247-250.

⁶⁹⁵ *Wille's Principles*, S. 540.

b) Beschränkungen

Dem Besitzer stehen jedoch eine Reihe von Verteidigungsmöglichkeiten zu. Zunächst kann der Besitzer freilich einwenden, dass die vom Eigentümer vorgebrachten Tatsachen (*facta probanda*) nicht zutreffen. Der Antragsgegner kann sich so etwa durch den Nachweis entlasten, dass er selbst oder ein Dritter Eigentümer der Immobilie ist⁶⁹⁶ oder dass die Immobilie veräußert oder zerstört wurde, bevor die *rei vindicatio* geltend gemacht wurde.⁶⁹⁷ Ferner kann sich der Besitzer auf ein vorrangiges Recht zum Besitz berufen, welches er aus einem Vertrag ableitet (*ius possidendi*).⁶⁹⁸ Ob das Berufen auf ein *ius possidendi* eines Dritten als Verteidigung angeführt werden kann ist fraglich, im Ergebnis aber zu verneinen.⁶⁹⁹

Neben den faktischen Einwendungen des Besitzers spielen gesetzliche und sonstige (Common Law-) Beschränkungen der *rei vindicatio* eine nicht minder große Rolle. Die wichtigste Beschränkung, die der Eigentumsklage aus dem Common Law entgegengestellt wird, ist der Grundsatz der Verwirkung.⁷⁰⁰ Demnach kann der Eigentümer seine

⁶⁹⁶ Ncume v Kula (1905) 19 EDC 338 (340).

⁶⁹⁷ Mngadino N.O. v Ntuli and others 1981 (3) SA (D) 478 (484); Street v Regina Manufacturers (Pty.) Ltd. 1960 (2) SA (T) 646 (648).

⁶⁹⁸ Pareto Ltd. and others v Mythos Leather Manufacturing (Pty.) Ltd. 2000 (3) SA (W) 999 (1001f.); Shimuadi v Shirungu 1990 (3) SA (SWA) 344 (348f.).

⁶⁹⁹ In Wille's Principles, S. 540 heißt es dazu: „To argue that contractual divestment of the *ius possidendi* results in no loss for the owner when the property is transferred to a third person, is to confuse the English tort of trespass with the Romanist proprietary *rei vindicatio*. The argument also ignores the elasticity of ownership in terms of which the *ius possidendi* reverts to the owner whenever the third party holder of the Roman notion of the *ius possidendi* acts in conflict with the terms of the agreement.“ In die gleiche Kerbe schlägt Turpin, SALJ 74 (1957), S. 145 (147): „It was held in Thomas v. Guirguis (...) that in an *actio for ejectment* based on ownership, if the defendant can prove that the plaintiff has parted with possession to a third party the plaintiff's claim must fail even if the defendant's possession is wrongful. (...) This is a curious result if the plaintiff's claim is essentially vindicatory. The claim rests on ownership and no plea of *ius tertii* can be appropriate. The plea of *ius tertii* in cases of trespass in English law is appropriate because the plaintiff's case is founded on right of possession, and the defendant escapes by showing that someone else has a right of possession superior to that of the plaintiff.“ Siehe dazu auch Morkels Transport (Pty.) Ltd. v Melrose Foods (Pty.) Ltd. and another 1972 (2) SA (W) 464 (480).

⁷⁰⁰ Im Englischen *doctrine of estoppel* – dazu insbesondere Lewis, SALJ 103 (1986), S. 69 (69-82); Sonnekus, in: Dingliche Rechtspositionen und Verkehrsschutz, S. 101 (119f.); van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 167-171. Die Verwirkung ist darüber hinaus auch die wichtigste Ausnahme von dem Grundsatz, dass man nicht mehr Rechte auf einen anderen übertragen kann als man selber hat (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Es herrscht überdies ein (akademi-

Sache dann nicht vindizieren, wenn er sie einer anderen Person überlassen hat und ein gutgläubiger Dritter infolge des Verhaltens des Eigentümers darauf schließen konnte, dass die andere Person auch Eigentümerin der Sache geworden ist oder dass sie vom Eigentümer mit Verfügungsmacht ausgestattet wurde.⁷⁰¹ Das Vorliegen der Voraussetzungen einer Verwirkung wird jedoch alles andere als vorschnell angenommen.⁷⁰² So bedarf es einer durch die fahrlässige Handlung oder ein sonstiges fahrlässiges Verhalten des Eigentümers hervorgerufenen Vorstellung, dass die andere Person verfügungsbefugt ist, auf die sich der Dritte auch verlassen hat und die den kausalen Grund für den vom Eigentümer erlittenen Nachteil darstellt. Hervorzuheben ist das Verschuldenselement, welches von den südafrikanischen Gerichten als Grundlage für die wirksame Einwendung der Verwirkung angesehen wird und welche als Korrektiv für die ansonsten unverhältnismäßig starke Beschränkung des Vindikationsrechts und damit eines der Kernrechte des Eigentümers dient.⁷⁰³ Es sollte zudem beachtet werden, dass die Verwirkung rein negative Wirkung hat und nur als Verteidigung im Rahmen des Vindikationsanspruchs dient. Dies führt dazu, dass man nicht etwa mit Berufung auf die Verwirkung behaupten kann, dass man Eigentum an der Immobilie erworben hat. Vielmehr verleiht sie lediglich eine Art verstärktes Besitzrecht und ist somit keine alternative Form des abgeleiteten Eigentumserwerbs.⁷⁰⁴

Weitere gesetzliche Beschränkungen der *rei vindicatio* sind neben dem PIE z.B. der *Extension of Security of Tenure Act*,⁷⁰⁵ welcher besondere

scher) Streit darüber, inwiefern die Verwirkung, die ursprünglich dem englischen Recht entnommen wurde (schon der Name: „estoppel“), noch immer vom englischen Rechtsverständnis geprägt ist und in welchem Umfang römisch-holländische Einflüsse eine Rolle spielen. Siehe zur englischen Prägung *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty.) Ltd.* 1970 (1) SA (A) 394 (409f.). Der römisch-holländische Einfluss wird in *Sunday v Surrey Estate Modern Meat Market (Pty.) Ltd.* 1983 (2) SA (C) 521 (533) hervorgehoben. Siehe allgemein dazu Blecher, SALJ 94 (1974), S. 1 (5); Carey Miller, in: *Southern Cross*, S. 727 (731f.).

⁷⁰¹ Blecher, SALJ 94 (1974), S. 1 (1).

⁷⁰² *JA Holmes* schreibt in *Oakland Nominees (Pty.) Ltd. v Gelria Mining & Investment Co. (Pty.) Ltd.* 1976 (1) SA (A) 441 (452) vielsagend: „*Our law jealously protects the right of ownership and the correlative right of the owner in regard to his property (...)*“ Ähnlich wird argumentiert in *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) Pty.) Ltd.* 1970 (1) SA (A) 394 (409); *Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd. v Douglas* 1956 (3) SA (A) 420 (427); Carey Miller, in: *Southern Cross*, S. 727 (734); Lewis, SALJ 103 (1986), S. 69 (75).

⁷⁰³ *Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd. v Douglas* 1956 (3) SA (A) 420 (427).

⁷⁰⁴ Carey Miller, in: *Southern Cross*, S. 727 (733); van der Walt/Pienaar, *Introduction*, S. 170.

⁷⁰⁵ 62 aus 1997.

Regeln für die Räumung von Grundstücken in ländlichen Gebieten vorsieht, die von einkommensschwachen Personen bewohnt werden und deren Mietverträge oder sonstigen Wohnrechte rechtmäßig aufgelöst wurden oder der *Land Reform (Labour Tenants) Act*,⁷⁰⁶ der bei solchen Landbewohnern anwendbar ist, die Ernte- oder Weiderechte in Bezug auf das Grundstück innehaben oder -hatten, die sie von ihrer Eltern- oder Großelterngeneration übernommen haben.

Darüber hinaus gibt es noch vereinzelt Einschränkungen des Vindikationsrechts, wie etwa dass das Eigentum an einer Immobilie, welches im Rahmen einer Zwangsversteigerung an einen gutgläubigen Dritten übergegangen ist, nicht vindiziert werden kann.⁷⁰⁷ Sonstige Einschränkungen beziehen sich vorrangig auf bewegliche Sachen und können somit an dieser Stelle unerwähnt bleiben.⁷⁰⁸

2. *Actio negatoria*

Ein Grundstückseigentümer kann gegen jede Person, die auf dem Grundstück eine Dienstbarkeit, die tatsächlich nicht besteht oder deren Grenzen in rechtlicher Hinsicht überschritten werden, oder ein sonstiges Recht ausüben möchte, welches eine physische Beeinträchtigung des Grundstücks bedeuten würde, den dinglichen Rechtsbehelf der *actio negatoria* erheben.⁷⁰⁹ Man könnte auch sagen, dass dieser Rechtsbehelf zur Abwehr jeglicher physischen Beeinträchtigung von Grundstücken dient.

Für die erfolgreiche Geltendmachung muss der Kläger sein Eigentum nachweisen; darlegen, dass das betroffene Grundstück existiert und identifizierbar ist; sowie belegen, dass das Verhalten des Beklagten seine Rechte verletzt, entweder durch die exzessive Nutzung eines bestehenden beschränkt dinglichen Rechts oder durch die Behauptung eines tatsächlich nicht existierenden solchen Rechts.⁷¹⁰

Rechtsfolge der erfolgreichen Geltendmachung der *actio negatoria* kann z.B. sein, dass der Beklagte jegliche Bauwerke von dem Grund-

⁷⁰⁶ 3 aus 1996.

⁷⁰⁷ Joosub v J I Case SA (Pty.) Ltd. (now known as Construction & Special Equipment Co. (Pty.) Ltd.) and others 1992 (2) SA (N) 665 (675); Sookdeyi and others v Sahadeo and others 1952 (4) SA (A) 568 (570-572); Lange and others v Liesching and others 1880 Foord 55 (58f.).

⁷⁰⁸ Siehe für eine Auflistung Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 260-262.

⁷⁰⁹ Botha v Minister of Lands and another 1965 (1) SA (A) 728 (740); J.H. Wade v A.M. Paruk (1904) 25 NLR 219 (223).

⁷¹⁰ Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 226; Wille's Principles, S. 541f.

stück entfernen muss.⁷¹¹ Ferner kann ein Feststellungsurteil ergehen⁷¹² sowie Schadensersatz⁷¹³ oder eine Sicherheit gegen zukünftige Beeinträchtigungen erlangt werden.⁷¹⁴ Insbesondere bei bereits registrierten Dienstbarkeiten wird infrage gestellt, ob die *actio negatoria* noch zur Anwendung kommt oder von bestehenden Alternativen wie der einstweiligen Verfügung (*interdict*) oder der *actio legis Aquiliae* konsumiert wird.⁷¹⁵ Formell abgeschafft ist sie jedenfalls trotz des Schattendaseins, welches sie in der heutigen südafrikanischen Rechtspraxis führt, noch nicht.

3. Sonstige

Weitere dingliche Rechtsbehelfe sind die sowohl dem Eigentümer als auch dem Besitzer zustehende einstweilige Verfügung und das Feststellungsurteil.

Die einstweilige Verfügung ist eine summarische Gerichtsentscheidung, die für gewöhnlich bei Eilbedürftigkeit beantragt wird und die eine Person entweder dazu auffordert, etwas zu tun oder zu unterlassen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen oder zu verhindern. Für die einstweilige Verfügung bedarf es folgender Voraussetzungen: ein bestehendes dingliches Recht; eine ungerechtfertigte Verletzung des Rechts, die zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch fort dauert oder die

⁷¹¹ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 262; Wille's Principles, a.a.O.

⁷¹² Badenhorst/Pienaar/Mostert, a.a.O.

⁷¹³ J.H. Wade v A.M. Paruk (1904) 25 NLR 219 (223). J Van Heerden ließ in der Entscheidung Moller v South African Railways and Harbours 1969 (3) SA (N) 374 (381) die Frage offen, ob die *actio negatoria* in Hinblick auf Schadensersatz durch die *actio legis Aquiliae* ersetzt wurde.

⁷¹⁴ J.H. Wade v A.M. Paruk (1904) 25 NLR 219 (223f.).

⁷¹⁵ Dies wird in Botha v Minister of Lands and another 1965 (1) SA (A) 728 (741) offengelassen. Allerdings ist nicht ersichtlich, warum der bloße Akt der Registrierung einen Unterschied in Hinblick auf die Anwendung der *actio negatoria* machen sollte – so auch Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 263 Fn. 218. Siehe insgesamt zu der Frage, ob dieser Rechtsbehelf heute in Südafrika noch eine Daseinsberechtigung hat Moller v South African Railways and Harbours 1969 (3) SA (N) 374 (381); J.H. Wade v A.M. Paruk (1904) 25 NLR 219 (223f.). Carey Miller geht so weit zu sagen (Ownership, S. 343): „Given that the package of remedies, under the *actio negatoria*, is no longer available to an owner, there would seem to be little point in the action and it is not surprising that it has fallen into obsolescence in modern law.“ Badenhorst/Pienaar/Mostert entgegenen dem jedoch zu Recht wie folgt: „But from the plaintiff's point of view, it is not simply immaterial which of these remedies lies. For example, to succeed with the *actio legis Aquiliae* fault has to be proved. Also the requisites for an *interdict* differ. It is submitted that the obsolescence of a remedy in favour of an alternative one must not lightly be inferred if it is to the prejudice of the claimant.“ Law of Property, S. 263

hinreichend wahrscheinliche Aussicht darauf, dass eine entsprechende Verletzung in der Zukunft eintreten wird; die Verletzung muss seitens des Rechtsinhabers einen Schaden verursachen; und es darf kein anderer gleichwertig effektiver Rechtsbehelf zur Verfügung stehen.⁷¹⁶

In einem Feststellungsurteil werden die Rechte und Pflichten von streitenden Parteien festgelegt, bevor eine tatsächliche Verletzung eines dinglichen Rechts eintritt. Es bedarf insofern des Nachweises über ein gegenwärtig oder zukünftig existierendes dingliches Recht, über welches gestritten wird sowie überzeugender Gründe, warum die Umstände es notwendig machen, dass ein Feststellungsurteil die Beilegung des Streits herbeiführt.⁷¹⁷

II. Deliktische und bereicherungsrechtliche Rechtsbehelfe

Als deliktische Rechtsbehelfe stehen dem Eigentümer die *condictio furtiva*, die *actio ad exhibendum* und insbesondere die *actio legis Aquiliae* zur Verfügung.⁷¹⁸ Die beiden erstgenannten Rechtsbehelfe spielen entweder nur bei beweglichen Sachen eine Rolle (*condictio furtiva*)⁷¹⁹ oder sind mittlerweile im südafrikanischen Recht weitestgehend obsolet (*actio ad exhibendum*).⁷²⁰ Insofern wird an dieser Stelle nur eine kurze Darstellung der wichtigsten Merkmale der *actio legis Aquiliae* erfolgen.

Die *actio legis Aquiliae* ist eine Art Generaltatbestand, der immer dann zu einer Kompensation des Eigentümers führt, wenn die in seinem Eigentum stehende Sache rechtswidrig und schuldhaft zerstört oder beschädigt wird. Es bedarf eines Tuns oder Unterlassens des Beklagten, der schuldhaft und rechtswidrig einen Vermögensschaden des Eigentümers (einschließlich eines rein wirtschaftlichen Schadens) verursacht.⁷²¹

Zu beachten ist, dass trotz größerer Einflüsse des englischen Common Law im Bereich des südafrikanischen Deliktsrechts das englische In-

⁷¹⁶ Mostert/Pope, Law of Property, S. 84f.; van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 172.

⁷¹⁷ Van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 172f.

⁷¹⁸ Siehe insgesamt zu allen deliktischen Rechtsbehelfen Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 263-267; Mostert/Pope, Law of Property, S. 227-229; Wille's Principles, S. 542-546.

⁷¹⁹ Siehe dazu Visser, Unjustified Enrichment, S. 661-665.

⁷²⁰ Siehe zur *actio ad exhibendum* Blecher, SALJ 95 (1978), S. 341 (341-346).

⁷²¹ Siehe dazu umfassend Raitz von Frentz, Lex Aquilia, S. 410-438.

stitut der *conversion* in Südafrika keine Anerkennung gefunden hat.⁷²² Daraus folgt, dass ein gutgläubiger Besitzer keine Schadensersatzansprüche befürchten muss, selbst wenn er fahrlässig gehandelt hat. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein gutgläubiger Besitzer bis zu dem Zeitpunkt, in dem er seine Fehlvorstellung erkennt, ernsthaft daran glaubt, Eigentümer zu sein und somit die Freiheit genießen muss, mit der betroffenen Sache nach Belieben zu verfahren.⁷²³

Schließlich kann dem Eigentümer ein bereicherungsrechtlicher Anspruch (*condictio sine causa*) für den Fall zustehen, dass ein gutgläubiger Dritter das Eigentum ohne Rechtsgrund und ohne Gegenleistung (*ex causa lucrativa*) erlangt hat.⁷²⁴ In diesem Fall hat der Dritte das herauszugeben, was er durch Verbrauch oder Veräußerung der Sache erlangt hat und was eigentlich dem Eigentümer zustehen würde.⁷²⁵

D. Doctrine of notice

Ein aufschlussreiches Kapitel in Hinblick auf die Hierarchie von dinglichen und persönlichen Rechten ist die sog. *doctrine of notice*.⁷²⁶ Vorweggenommen werden kann an dieser Stelle, dass der Grundsatz, dass dingliche Rechte höherrangig zu bewerten sind und sich gegenüber persönlichen Rechten durchsetzen, durch die *doctrine of notice* in bestimmten Fällen durchbrochen wird. Ausgangspunkt ist die römischrechtliche *Maxime*, dass es niemandem erlaubt ist, aus seiner Bösgläubigkeit einen Vorteil oder Nutzen zu ziehen (*nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*). Dies gilt auch im südafrikanischen Sachenrecht und führt unter der *doctrine of notice* dazu, dass derjenige, der ein dingliches Recht erwirbt und Kenntnis von einem zuvor von seinem Rechtsvorgänger an einen Dritten gewährten gleichlautenden persönlichen Recht hat, dieses nicht zu seinen eigenen Gunsten unbeachtet lassen kann. Um den Konflikt zwischen dem

⁷²² Westeel Engineering (Pty.) Ltd. v Sidney Clow & Co. Ltd. 1968 (3) SA (T) 458 (462); Morobane v Bateman 1918 AD 460 (467); Van der Westhuizen v McDonald and Mundel 1907 TS 933 (941f.).

⁷²³ So Wille's Principles, S. 544.

⁷²⁴ Nedcor Bank Ltd. v ABSA Bank and another 1995 (4) SA (W) 727 (730); Campbell v Blue Lime Association Ltd. 1918 TPD 309 (312).

⁷²⁵ Siehe umfassend Visser, Unjustified Enrichment, S. 665-680.

⁷²⁶ Eine passende Übers. ins Deutsche für dieses Institut zu finden fällt nicht leicht. Eine wörtliche Übers. könnte etwa „Doktrin der Kenntnis“ lauten und eine funktionale Übers. könnte „gutgläubiger lastenfreier Erwerb“ sein. Allerdings trifft insbesondere die funktionale Übers. – wie zu sehen sein wird – nur einen Teil des Regelungsgehalts der *doctrine of notice*, sodass im Folgenden weiter mit dem englischen Titel verfahren wird.

früheren persönlichen Recht und dem dinglichen Recht aufzulösen, muss der neue Titelinhaber das persönliche Recht dann respektieren, wenn er vor dem Rechtserwerb Kenntnis davon hatte.⁷²⁷

I. Voraussetzungen

Grundlage für die Anwendbarkeit der *doctrine of notice* ist, dass seitens des Erwerbers eines dinglichen Rechts Kenntnis eines früheren persönlichen Rechts besteht, welches durch die Entstehung des dinglichen Rechts beeinträchtigt würde. Zunächst wurde als theoretische Grundlage und Legitimation der *doctrine of notice* eine betrügerische Absicht des Erwerbers des dinglichen Rechts verlangt.⁷²⁸ Mittlerweile ist jedoch anerkannt, dass die tatsächliche⁷²⁹ Kenntnis des persönlichen Rechts oder zumindest *dolus eventualis* in Hinblick auf dessen Bestehen⁷³⁰ ausreicht. Es bedarf mithin nicht etwa einer Schädigungsabsicht.⁷³¹

⁷²⁷ Burchell, SALJ 91 (1974), S. 40 (45); Lubbe, ActJur 1997, S. 246 (247); McKerron, SALT 4 (1935), S. 178 (178); Scholtens, SALJ 70 (1953), S. 22 (22). Eine Auflistung der einschlägigen Rechtsprechung, die die Anerkennung der *doctrine of notice* reflektiert, ergibt sich aus den nachfolgenden Anwendungsbeispielen. Mulligan widerspricht dem Regelungsgehalt der *doctrine of notice*: „*The two sales, being on an equal footing, the second purchaser is within his rights in accepting transfer, and is guilty of no bad faith in doing so.*“ – SALJ 65 (1948), S. 65 (76).

⁷²⁸ Reynders v Rand Bank Bpk. 1978 (2) SA (T) 630 (637); Kessooopersadh en 'n ander v Essop en 'n ander 1970 (1) SA (A) 265 (277f.); Grant and another v Stonestreet and others 1968 (4) SA (A) 1 (20); Senekal v Home Sites (Pty.) Ltd. 1947 (4) SA (W) 726 (729); De Jager v Sisana 1930 AD 71 (74, 84). In Ridler v Gartner 1920 TPD 249 (259f.) heißt es: „*There must be an element of deceit, an element of chicanery in the transaction, before the Court will set it aside on the ground of knowledge. It must be perfectly clear to the Court that the person who alleges that he bought a clean transfer knew perfectly well and did not expect that he would get a clean transfer except by his fraud. Any other view of the law would be extremely dangerous and would dig away the very foundations upon which our whole system of registration is based.*“

⁷²⁹ Ein Kennenmüssen oder sonstige bloß konstruierte Kenntnis ist hingegen nicht ausreichend – Contract Forwarding (Pty.) Ltd. v Chesterfin (Pty.) Ltd. 2003 (2) SA (SCA) 253 (258).

⁷³⁰ JA Ogilvie Thompson schreibt in Grant and another v Stonestreet and others 1968 (4) SA (A) 1 (20): „*Although, unlike in English Law, the doctrine of constructive knowledge has, in our law, little or no application in enquiries of this kind (...), the statement (...) that, if a person wilfully shuts his eyes and declines to see what is perfectly obvious, he must be held to have had actual notice, appears to me to be sound in principle and to merit the approval of this Court.*“ Ähnlich äußerte sich auch J Page in Dhayanundh v Narain 1983 (1) SA (N) 565 (576).

⁷³¹ Cussons en andere v Kroon 2001 (4) SA (SCA) 833 (839); Associated South African Bakeries (Pty.) Ltd. v Oryx & Vereinigte Bäckereien (Pty.) Ltd. en andere 1982 (3) SA (A) 893 (910); Kazazis v Georgiades en andere 1979 (3) SA (T) 886

Das persönliche Recht muss ferner durch eine Einigung zustande gekommen sein, die allen Wirksamkeitserfordernissen Folge leistet. Lange Zeit schien darüber hinaus klar, dass es sich bei dem zu schützenden persönlichen Recht immer um ein potenziell dingliches Recht, d.h. ein solches handeln muss, welches zum Erwerb eines dinglichen Rechts berechtigt (*ius in personam ad rem acquirendam*). Solche persönlichen Rechte, die nicht in einem dinglichen Recht münden, wären demnach von dem Schutz der *doctrine of notice* nicht umfasst.⁷³² Es scheint jedoch mittlerweile eine Tendenz zu geben, den Anwendungsbereich auch für sonstige persönliche Rechte zu öffnen.⁷³³ Selbst wenn man die *doctrine of notice* somit nicht nur bei potenziell dinglichen Rechten anwenden kann, wird bei solchen gleichwohl der größte praktische Anwendungsbereich liegen.⁷³⁴

Die Verletzung des persönlichen Rechts wird als unerlaubte Handlung eingestuft⁷³⁵ und muss somit nach den Maßstäben des südafrikanischen Deliktsrechts beurteilt werden.⁷³⁶ Ausgelöst wird die *doctrine of notice* mit der Erlangung des dinglichen Rechts und der gleichzeitigen Kenntnis des früheren persönlichen Rechts. Bezüglich des relevanten Zeitpunkts für die Kenntniserlangung herrscht jedoch Unklarheit. Insbesondere die Frage, ob die *doctrine* auch dann zur Anwendung gelangt, wenn der Erwerber bei Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages (bspw. Kaufvertrag über ein Grundstück) noch keine Kenntnis von dem früheren persönlichen Recht hatte, diese je-

(893); Lubbe, ActJur 1997 S. 246 (249f.); Cooper schreibt einleuchtend (Landlord and Tenant, S. 287): „[S]uch conduct is clearly not fraud, since fraud is a misrepresentation on which a person acts to his detriment, and a purchaser who takes transfer knowing of an earlier sale of the property does not thereby make any representation to the first purchaser, nor does the transfer of the property to the second purchaser cause the first purchaser to act to his detriment.“

⁷³² So etwa Low Water Properties (Pty.) Ltd. and another v Wahloo Sand CC 1999 (1) SA (SEC) 655 (663); Vansa Vanadium SA Ltd. v Registrar of Deeds and others 1997 (2) SA (T) 784 (797); Grant and another v Stonestreet and others 1968 (4) SA (A) 1 (24); Willoughby's Consolidated Co. Ltd. v Cophthall Stores Ltd. 1918 AD 1 (15f.).

⁷³³ Bei Hassam v Shaboodien and others 1996 (2) SA (C) 720 (725) werden z.B. schuldrechtliche Vorkaufsrechte mit einbezogen. Siehe auch Cussons en andere v Kroon 2001 (4) SA (SCA) 833 (840) und De Jager v Sisana 1930 AD 71 (74) sowie die Diskussion bei Lubbe, ActJur 1997, S. 246 (255) über ältere Entscheidungen, die ebenfalls bei solchen persönlichen Rechten die *doctrine of notice* angewendet haben, die nicht zu der Erlangung eines dinglichen Rechts berechtigen.

⁷³⁴ Siehe als Nachweis die typischen Anwendungsbeispiele unter § 3D.II.

⁷³⁵ Im Englischen *wrongful act* – Hassam v Shaboodien and others 1996 (2) SA (C) 720 (728). Im Afrikaanschen: *onregmatig opgetree het* – Cussons en andere v Kroon 2001 (4) SA (SCA) 833 (840).

⁷³⁶ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 87.

doch bis zum Vollzug der Eigentumsübertragung durch Registrierung erlangt hat, ist noch nicht abschließend höchstrichterlich entschieden worden.⁷³⁷ Insbesondere in älteren südafrikanischen Urteilen wird durchaus die Meinung vertreten, dass es auf den Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Vertrages und nicht auf den dinglichen Vollzug ankommt.⁷³⁸ Allerdings scheint es überzeugender und vor allem in dogmatischer Hinsicht korrekt zu sein, für die Kenntnis ausschließlich auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Übertragung des dinglichen Rechts abzustellen.⁷³⁹ Stellt man lediglich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab, so kann es bspw. zu der unbefriedigenden Situation kommen, dass zwei Parteien, die beide mit dem bisherigen Eigentümer einen Kaufvertrag über ein Grundstück abgeschlossen haben und erst nach Vertragsschluss von dem jeweils anderen Kaufvertrag erfahren, nur dann wirksam Eigentum erlangen können, wenn sie schneller als der andere die Registrierung im *Deeds Registry* vornehmen. Zwar ist die Anwendbarkeit des Grundsatzes *qui prior est tempore, potior est jure* in Bezug etwa auf Doppelverkäufe nicht unumstritten,⁷⁴⁰ jedoch scheint die Anwendung auf den beschriebenen Fall der Kenntniserlangung zwischen Abschluss der Causa und Erlangung des Eigentums angemessen.⁷⁴¹

II. Anwendungsbeispiele

Anhand von einigen Anwendungsbeispielen, die Urteilen südafrikanischer Gerichte entlehnt sind, wird die Tragweite deutlich, die die *doctrine of notice* in Hinblick auf die Hierarchie zwischen persönlichen und dinglichen Rechten spielt.

⁷³⁷ Lubbe, ActJur 1997, S. 246 (253f.).

⁷³⁸ *Frye's (Pty.) Ltd. v Ries* 1957 (3) SA (A) 575 (582); *Senekal v Home Sites (Pty.) Ltd.* 1947 (4) SA (W) 726 (729f.); *Jansen v Fincham* 1892 (9) SC 289 (293); so auch Mulligan, SALJ 65 (1948), S. 564 (575-577).

⁷³⁹ So *Wahloo Sand BK v Trustees, Hambly Parker Trust*, en andere 2002 (2) SA (A) 776 (787); *Menezes v McGaili* 1971 (2) SA (C) 12 (14); *Strydom en 'n ander v De Lange en 'n ander* 1970 (2) SA (T) 6 (7); *Badenhorst/Pienaar/Mostert*, Law of Property, S. 87; *Cooper, Landlord and Tenant*, S. 284-287; *McKerron*, SALT 4 (1935), S. 178 (181); *Mostert/Pope*, Law of Property, S. 59; *Scholtens*, SALJ 70 (1953), S. 22 (31-34).

⁷⁴⁰ Mulligan, SALJ 65 (1948), S. 564 (567f.) schreibt: „The maxim, if it can properly be called such, is not one of general application. (...) Therefore if a thing has been sold separately at different times to two persons, it is not the one who bought first, but, the purchase price having been paid or credit given, it is he to whom the thing has been transferred (tradita) who can vindicate it.“

⁷⁴¹ So auch *Wahloo Sand BK v Trustees, Hambly Parker Trust*, en andere 2002 (2) SA (A) 776 (784, 787f.); *Mostert/Pope*, Law of Property, S. 59.

1. Doppelter Verkauf

Der wohl in der Literatur am meisten diskutierte Anwendungsfall der *doctrine of notice* ist der doppelte Verkauf von Immobilien.⁷⁴² Aber auch die südafrikanischen Gerichte haben sich mehrfach mit dieser Situation befasst.⁷⁴³ Der grundlegende Sachverhalt ist schnell erklärt. A verkauft sein Grundstück an B und bevor es zu einer Eintragung im Liegenschaftsregister kommt, verkauft er das gleiche Grundstück an C. Die *doctrine of notice* wird in dem Moment relevant, wenn C die Eintragung im *Deeds Registry* vornimmt und somit die Durchsetzung des schuldrechtlichen Anspruchs des B grundsätzlich unmöglich machen würde. Wusste C zum Zeitpunkt der Eintragung des Eigentumsrechts im Grundbuch von dem früheren persönlichen Recht des B, so muss er dieses trotz der erfolgten Eintragung respektieren.

Doch wie „respektiert“ er das persönliche Recht des B, sprich wie operiert die *doctrine of notice* im Falle von Doppelverkäufen? Denkbar sind mehrere Varianten. Erstens könnte das Eigentum zunächst wirksam durch die Registrierung auf C übergegangen sein und der Anspruch des B gegen A auf Eigentumsverschaffung besteht nun gegenüber C fort. In einer zweiten Variante könnte die Eigentumsübertragung von A auf C von Anfang an unwirksam sein bzw. durch Anfechtung des B (rückwirkend) unwirksam werden und der Anspruch des B auf Eigentumsverschaffung besteht unverändert gegenüber A fort. In diesem Fall bedürfte es zudem einer Grundbuchberichtigung, da der C bereits als Eigentümer im *Deeds Registry* eingetragen ist. Drittens wäre noch eine Rückabwicklung dergestalt vorstellbar, dass C das Eigentum zunächst zurück auf A und dieser dann wiederum auf B überträgt.

Überwiegend vertreten wird die zweite Variante in der Form, dass B ein Anfechtungsrecht gegenüber dem späteren Kauf und der Eigentumsübertragung zwischen A und C hat und sodann die Eintragung

⁷⁴² Siehe z.B. Burchell, SALJ 91 (1974), S. 40 (40-46); McKerron, SALT 4 (1935), S. 178 (178-182); Mulligan, SALJ 65 (1948), S. 564 (564-577); ders. SALJ 70 (1953), S. 299 (299-307); Scholtens, SALJ 70 (1953), S. 22 (22-34); ders. SALJ 71 (1954), S. 71 (71-86).

⁷⁴³ *Cussons en andere v Kroon* 2001 (4) SA (SCA) 833 (839); *Tiger-Eye Investments (Pty.) Ltd. and another v Riverview Diamond Fields (Pty.) Ltd.* 1971 (1) SA (C) 351 (358); *Tschirpigg and another v Kohrs* 1959 (3) SA (N) 287 (289). In *Hofgaard v Registrar of Mining Rights, Stephenson and D’Elboux* 1908 TS 650 (653-655) ist sich *J Curlewis* nicht ganz sicher, ob es sich um einen doppelten Verkauf oder um ein Vorkaufsrecht und einen Kaufvertrag handelt und lässt die Frage letztlich offen.

des Eigentums an sich selbst verlangen kann.⁷⁴⁴ Die Terminologie hinsichtlich des Anfechtungsrechts des B ist jedoch nicht ganz einheitlich und es kann nicht abschließend geklärt werden, ob die Anfechtung *ex tunc* oder *ex nunc* wirkt.⁷⁴⁵ In älteren Quellen wird sich jedoch auch für die mit der ersten Variante beschriebenen Handhabung, dass B sich direkt an den C wenden kann, ausgesprochen.⁷⁴⁶ Diese Haltung wurde zuletzt im Jahr 2007 wieder vom *Supreme Court of Appeal* aufgegriffen und auf der Basis von Billigkeit für anwendbar erklärt.⁷⁴⁷ Für die überwiegend vertretene Meinung spricht jedoch, dass es letztlich in der Hand des B, also des Inhabers des früheren, „besseren“ Rechts liegt, im Falle der bösgläubigen Rechtserlangung durch C für eine Durchsetzung der von der *doctrine of notice* geförderten Rechtslage zu sorgen. Ihm würde in diesem Fall zugutekommen, dass er von dem Kauf, sofern er es sich zwischenzeitlich anders überlegt hat, schlicht dadurch Abstand nehmen kann, dass er die Geschäfte zwi-

⁷⁴⁴ *Cussons en andere v Kroon* 2001 (4) SA (SCA) 833 (839); *Tiger-Eye Investments (Pty.) Ltd. and another v Riverview Diamond Fields (Pty.) Ltd.* 1971 (1) SA (C) 351 (358); *McGregor v Jordaan and another* 1921 CPD 301 (308); Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 84; Burchell, SALJ 91 (1974), S. 40 (43f.); Lubbe, ActJur 1997, S. 246 (256); Mulligan, SALJ 65 (1948), S. 564 (564).

⁷⁴⁵ Im Englischen wird z.T. davon gesprochen, dass dem Inhaber des früheren persönlichen Rechts ein Recht auf „*cancelling the transfer*“ zusteht (Burchell, SALJ 91 (1974), S. 40 (44); ebenso *Tiger-Eye Investments (Pty.) Ltd. and another v Riverview Diamond Fields (Pty.) Ltd.* 1971 (1) SA (C) 351 (358)); an anderer Stelle heißt es: „*In the case of successive sales, this has been taken to mean that the prior purchaser who has not yet obtained delivery is entitled to have a transfer or delivery to a subsequent purchaser with knowledge set aside.*“ – Lubbe, ActJur 1997, S. 246 (256). Die afrikaansschen Formulierung ist nahe an der von Burchell: „*Waar A sy goed aan B verkoop en daarna dieselfde goed verkoop en oordra aan C, wat bewus was van die regte van B, is B geregtig op kansellering van die verkoping en van die oordrag van die goed, op grond daarvan dat die verkoper en C geag word op 'n bedrieglike wyse tenor hom op te getree het (...).*“ – *Cussons en andere v Kroon* 2001 (4) SA (SCA) 833 (839).

⁷⁴⁶ McKerron, SALT 4 (1935), S. 178 (180); Scholtens, SALJ 70 (1953), S. 22 (22). Auch in *Tschirpig and another v Kohrs* 1959 (3) SA (N) 287 (289) wird offensichtlich davon ausgegangen, dass der Inhaber des früheren persönlichen Rechts direkt an den Inhaber des späteren Rechts herantreten kann: „*The authorities in our law establish, in my opinion, that subsequent purchasers in this situation cannot insist upon acquiring transfer and, even more important, cannot shelter behind the apparently inviolate rights conferred upon them by registration of transfer to protect them from attack by the prior purchaser.*“

⁷⁴⁷ *Bowring N.O. v Vrededorp Properties CC and another* 2007 (5) SA (SCA) 391 (394-398) – hier ist jedoch zusätzlich zu beachten, dass neben dem doppelten Verkauf auch die Gewährung einer unregistrierten Dienstbarkeit zugunsten des Inhabers des früheren Rechts und zulasten des späteren Käufers eine Rolle spielte. Sodann erging die Entscheidung auf Basis von Billigkeit (*equity*).

schen A und C nicht anfecht und keine Übertragung auf sich selbst verlangt.

Dagegen spricht jedoch, dass es bei einer konsequenten Durchsetzung des Grundsatzes *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* eigentlich nicht zu dem Ergebnis kommen sollte, dass der bösgläubige spätere Käufer letztlich doch das Eigentum behalten kann. Der Anreiz für den C, die Eintragung trotz Kenntnis des früheren persönlichen Rechts des B gleichwohl vorzunehmen und damit das Missbrauchspotenzial insgesamt, wäre deutlich geringer, wenn von vornherein feststünde, dass er niemals wirksam das Eigentum an der Sache erlangen kann. Zudem bewirkt eine zwischenzeitliche Eigentümerstellung des C, dass die Immobilie im Insolvenzfall Ansprüchen von Dritten ausgesetzt sein kann und somit belastet werden könnte. Ebenso könnte der C etwa eine Hypothek an dem erworbenen Grundstück bestellen und diese auch eintragen lassen, wenn er zwischenzeitlich Eigentümer wird.

Die Konsequenz aus dieser Kritik wäre, dass die zweite Variante mit der ersten Untervariante anwendbar sein sollte, nämlich, dass zumindest die Eigentumsübertragung von Anfang an nicht stattgefunden hat bzw. unwirksam ist. Dies wird in dieser Form jedoch weder in Literatur noch in der Rechtsprechung Südafrikas so explizit vertreten.⁷⁴⁸ Die beschriebenen Problemstände für den Fall, dass der C zwischenzeitlich Eigentümer wird, sind bisher in den vor Gericht behandelten Sachverhalten mutmaßlich noch nicht aufgetreten. Insofern war die von der herrschenden Meinung vertretenen Lösung stets ausreichend und interessengerecht. Das ändert jedoch nichts daran, dass die hier vertretene Ansicht zu einem umfassenden Schutz des Inhabers des früheren persönlichen Rechts führt. Einzig in *Bowring N.O. v Vrededorp Properties CC and another* wurde auf der Grundlage von *equity* für eine direkte Geltendmachung der Ansprüche des ersten Käufers gegenüber dem zweiten Käufer, welcher mittlerweile im Grundbuch als Eigentümer eingetragen war, und damit für eine vorübergehende Eigentümerstellung des C votiert.⁷⁴⁹ Allerdings ergab sich diese Lösung

⁷⁴⁸ Einzig die Ausführungen von *AJ Harcourt* in *Tschirpigg and another v Kohrs* 1959 (3) SA (N) 287 (289) könnte man dahingehend interpretieren, dass von vornherein kein Eigentum zugunsten des bösgläubigen Zweiterwerbers zustande gekommen ist. Interessant ist dabei, dass es bei dieser Entscheidung gerade um einen doppelten Verkauf einer Immobilie ging: „*The authorities in our law establish, in my opinion, that subsequent purchasers in this situation cannot insist upon acquiring transfer (...).*“

⁷⁴⁹ 2007 (5) SA (SCA) 391 (397f.).

aus den Umständen des konkreten Falls⁷⁵⁰ und basierte auf einer Billigkeitsentscheidung, die für die Herleitung allgemeiner Prinzipien nicht taugt. JA Brand sagt in seinem Votum zudem selbst, dass die Entscheidung mitnichten so zu interpretieren sei, dass der Inhaber des früheren Rechts stets die Eigentumsübertragung vom Inhaber des sekundären Rechts verlangen könne, welcher mittlerweile im Grundbuch als Eigentümer ausgewiesen sei.⁷⁵¹ Vielmehr appelliert er dafür, die Frage nach der Handhabung des Problems im Lichte der Billigkeit grundsätzlich offen zu lassen und je nach Einzelfall die jeweils billigste Lösung zu formulieren.⁷⁵² Solange sichergestellt ist, dass dem Inhaber des sekundären Rechts kein Vorteil sowie dem Inhaber des primären Rechts kein Nachteil aus der Registrierung des sekundären Rechts erwächst, ist dagegen freilich nichts einzuwenden.

2. Unregistrierte Dienstbarkeiten

Ein zweiter Anwendungsfall der *doctrine of notice* tritt dann auf, wenn A und B vereinbaren, dass B eine (beschränkt persönliche oder praediale) Dienstbarkeit zulasten des Grundstücks des A bestellen kann. In diesem Fall besteht zunächst ein schuldrechtlicher Anspruch des B gegenüber A, dass dieser bei der Registrierung der Dienstbarkeit kooperiert.⁷⁵³ Sobald die Dienstbarkeit eingetragen ist, gilt sie auch gegenüber Rechtsnachfolgern des A und ist durch das Grundbuch geschützt. Das im Rahmen der *doctrine of notice* relevante Problem tritt jedoch dann auf, wenn A das Grundstück an C verkauft, bevor die Eintragung der Dienstbarkeit vorgenommen wird und C sich weigert, die Dienstbarkeit zugunsten des B eintragen zu lassen. Denn der Anspruch des B auf Mitwirkung an der Registrierung besteht trotz des später dinglichen Charakters der Dienstbarkeit zunächst einmal nur gegenüber A, sodass C grundsätzlich nicht gebunden wäre. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, findet die *doctrine of notice* wiederum dergestalt Anwendung, dass auf die Kenntnis des C abgestellt wird.⁷⁵⁴

⁷⁵⁰ Siehe Fn. 747 und § 3D.II.2.

⁷⁵¹ „My suggestion is not that in the successive-purchaser situation B should always be allowed to claim transfer directly from C.” – a.a.O. S. 397.

⁷⁵² A.a.O.: „The doctrine of notice is an equitable remedy and its manner of application should be determined largely by what is considered to be equitable to all concerned in the circumstances of the particular case.”

⁷⁵³ Hall/Kellaway, *Servitudes*, S. 162.

⁷⁵⁴ *Bowring N.O. v Vrededorp Properties CC and another* 2007 (5) SA (SCA) 391 (394); *Dhayanundh v Narain* 1983 (1) SA (N) 565 (576); *Grant and another v Stonestreet and others* 1968 (4) SA (A) 1 (16-25); *Van den Berg en 'n ander v Van Ton-*

Ein neuerer Fall, welcher vor dem südafrikanischen *Supreme Court of Appeal* entschieden wurde, vereinte die Probleme des doppelten Verkaufs und einer unregistrierten Dienstbarkeit. In *Bowring N.O. v Vrededorp Properties CC and another*⁷⁵⁵ wurde nicht bestritten, dass der Inhaber des späteren Rechts (der zweite Käufer) Kenntnis von den Rechten des früheren Käufers hatte. Zur Debatte stand die Frage, ob der Inhaber des früheren Rechts (*Vrededorp*) sich zur Geltendmachung seines Rechts auf Eigentumsübertragung direkt an den zweiten Käufer (*Bowring*) und mittlerweile eingetragenen Eigentümer halten kann oder ob er sich an seinen ursprünglichen Vertragspartner (den einstigen Eigentümer) wenden muss. Darüber hinaus verlangte *Vrededorp* die Eintragung einer Grunddienstbarkeit zulasten eines an das infrage stehende Grundstück angrenzenden Grundstücks, welches ebenfalls im Eigentum von *Bowring* stand. Dieser zweite Anspruch ergibt freilich nur dann Sinn, wenn zunächst entschieden wird, dass *Vrededorp* die Eigentumsübertragung verlangen kann. Andernfalls wäre er nicht Eigentümer des dominanten Grundstücks und es gäbe keine Basis für die Erteilung der Dienstbarkeit. Die *doctrine of notice* musste mithin gleich doppelt angewendet werden und das Gericht entschied letztlich konsequent, dass infolge der Kenntnis über das frühere Recht das Eigentum direkt von *Bowring* auf *Vrededorp* übertragen werden musste und dass *Bowring* zudem die Eintragung der Dienstbarkeit gewähren musste.⁷⁵⁶

Auch bei unregistrierten Dienstbarkeiten stellt sich jedoch mitunter bei der Anwendung der *doctrine of notice* die Frage, ob es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Eintragung des neuen Rechtsinhabers ankommt.⁷⁵⁷ Richtig ist wiederum, nicht lediglich auf den Abschluss der Causa, sondern auf den Übertragungsvorgang selbst abzustellen, sprich die Registrierung im *Deeds Registry*. In *Ridler v Gartner*⁷⁵⁸ führt J Wessels diesbezüglich bereits im Jahre 1920 überzeugend aus: „*I do not wish to say that the knowledge must always be at the date of purchase, and at the date of purchase only. I can very well understand that a person with the intention of deceiving, with sufficient*

der 1963 (3) SA (T) 558 (564); *Senekal v Home Sites (Pty.) Ltd.* 1947 (4) SA (W) 726 (729-732); *Jansen v Fincham* 1892 (9) SC 289 (293).

⁷⁵⁵ 2007 (5) SA (SCA) 391.

⁷⁵⁶ A.a.O. 395-399.

⁷⁵⁷ JA Ogilvie Thompson lässt die Frage in *Grant and another v Stonestreet and others* 1968 (4) SA (A) 1 (16) explizit offen: „In the circumstances of this case, there is no material difference between Grant’s knowledge at the date of purchase and the date when he took transfer: I accordingly do not pause to consider which of those dates should, in law, be regarded as decisive.“

⁷⁵⁸ 1920 TPD 249 (260).

knowledge to put him on his guard and to know what he is really buying, can enter into a transaction which is apparently honest when in fact he is trying to avail himself of a fraud. If such a person, with apparently defective knowledge at purchase but with full knowledge before transfer, seeks to get a clean transfer, the Court would not assist him. Therefore it is unnecessary for us to say that in no case can the date of transfer be taken as the date at which we are to see what the purchaser's knowledge was.“ Es führt nicht zuletzt zu untragbaren Beweisproblemen für den Kläger, wenn er nachweisen muss, dass ein Beklagter, der unstreitig in Kenntnis der unregistrierten Dienstbarkeit die Eigentumsübertragung vorgenommen hat, diese Kenntnis auch tatsächlich bei Abschluss des Kaufvertrags und nicht erst später erlangt hat. Ein umfassender Schutz des Inhabers des früheren Rechts kann nur dann erzielt werden, wenn auch die zwischenzeitliche Kenntniserlangung von der *doctrine of notice* umfasst wird. Freilich ist es eine Bürde für den Käufer, der bei Vertragsschluss noch gutgläubig war, später verpflichtet zu werden, eine sein neues Grundstück belastende Dienstbarkeit einzutragen. Jedoch gibt es für diese Fälle vertragliche Rechtsbehelfe im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer wie etwa Schadensersatz oder Rücktritt.⁷⁵⁹ In Anknüpfung an die Ausführungen von J Wessels ist es als ebenso betrügerisch zu werten, dass man sehenden Auges eine Eintragung im Liegenschaftsregister vornimmt, die frühere Rechte Dritter unberücksichtigt lässt, wie wenn man entsprechend bösgläubig den zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag abschließt. Zwar galt zum Zeitpunkt der Entscheidung in *Ridler v Gartner* noch als herrschende Meinung, dass der Inhaber des späteren Rechts in betrügerischer Absicht gehandelt haben muss,⁷⁶⁰ jedoch kann auch dann nichts anderes gelten, wenn man auf die positive Kenntnis ohne Schädigungsabsicht abstellt. Denn im Ergebnis verändert sich für den Inhaber der Dienstbarkeit rein gar nichts dadurch, dass der Käufer nicht in Schädigungsabsicht, sondern aus reinem Eigennutz gehandelt hat.

⁷⁵⁹ Siehe umfassend dazu Christie/McFarlane, *Law of Contract*, S. 521-564.

⁷⁶⁰ *Reynders v Rand Bank Bpk.* 1978 (2) SA (T) 630 (637); *Kessooopersadh en 'n ander v Essop en 'n ander* 1970 (1) SA (A) 265 (277f.); *Grant and another v Stonestreet and others* 1968 (4) SA (A) 1 (20); *Senekal v Home Sites (Pty.) Ltd.* 1947 (4) SA (W) 726 (729); *De Jager v Sisana* 1930 AD 71 (74, 84). In *Ridler v Gartner* 1920 TPD 249 (259f.) heißt es: „*There must be an element of deceit, an element of chicanery in the transaction, before the Court will set it aside on the ground of knowledge. It must be perfectly clear to the Court that the person who alleges that he bought a clean transfer knew perfectly well and did not expect that he would get a clean transfer except by his fraud. Any other view of the law would be extremely dangerous and would dig away the very foundations upon which our whole system of registration is based.*“

3. Miete

Wie bereits gesehen, hat auch ein Mietrecht in Südafrika dann dinglichen Charakter, wenn der Grundsatz *huur gaat voor koop* zur Anwendung kommt.⁷⁶¹ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Mietrecht in das *Deeds Registry* eingetragen wird oder der Mieter die Mietsache in Besitz nimmt. Bevor jedoch diese gesicherte Rechtsposition erreicht wird, steht dem Mieter lediglich ein persönliches Recht zu, welches ihm einen Anspruch ausschließlich gegenüber dem Vermieter auf Besitzverschaffung gibt. Wenn in dem Zeitraum zwischen Abschluss des Mietvertrages und der Inbesitznahme bzw. Registrierung des Mietrechts nun ein Verkauf der entsprechenden Immobilie stattfindet, so würde dem neuen Eigentümer grundsätzlich unbelastetes Eigentum übertragen werden. Auch hier setzt jedoch die *doctrine of notice* an und schützt nach den mittlerweile bekannten Grundsätzen den Inhaber des früheren Mietrechts bei Bösgläubigkeit des neuen Eigentümers.⁷⁶²

Akzeptiert man, dass auch die Miete einer Immobilie in Südafrika unter bestimmten Umständen ein dingliches Recht darstellt,⁷⁶³ so ist die Anwendung der *doctrine of notice* nur folgerichtig. Denn auch hier wird ein potenziell dingliches Recht vor dem bösgläubigen Inhaber eines späteren Rechts geschützt. Wird festgestellt, dass der neue Eigentümer Kenntnis von der Mietvereinbarung hatte, so muss er zum einen die Inbesitznahme durch den Mieter zulassen und zudem die notwendige Mitwirkung bei Registrierung des Mietrechts im Grundbuch gewähren.

⁷⁶¹ Siehe § 2D.IV.

⁷⁶² *Kain v Khan* 1986 (4) SA (C) 251 (255); *Kessooopersadh en 'n ander v Essop en 'n ander* 1970 (1) SA (A) 265 (278); *Total South Africa (Pty.) Ltd. v Xypteras and another* 1970 (1) SA (T) 592 (598).

⁷⁶³ Äußerst kritisch dazu Sonnekus, TSAR 1987, S. 223 (236): „A contract of letting and hiring should in principle create obligations between parties and should not create real rights. Most authorities justify this departure from principle in South African law by reference to the adagium 'huur gaat voor koop'. Although the adagium was received from Roman-Dutch law, it is questionable whether all the Roman-Dutch writers adhered to the view that the lessee acquires some real right to the leased property. It might prove to be yet another case of confused classification in South African law and that the 'passport' provided by the Dutch adagium actually clouded the true character of the right of the lessee and contributed to the faulty classification of a personal right as a real right.“ Siehe dazu die Diskussion unter § 2D.IV.

III. Schlussfolgerung

Die zu Beginn dieses Abschnitts angesprochene Pyramide, welche die dinglichen Rechte hierarchisch über den persönlichen Rechten einordnet,⁷⁶⁴ bedarf durch die *doctrine of notice* sicher keiner grundsätzlichen Neustrukturierung dergestalt, dass persönliche Rechte auf die gleiche Ebene gehoben werden. Die *doctrine* ist ein auf Billigkeitsrecht basierender Ausnahmetatbestand und in der überwältigenden Mehrzahl der Fälle wird sich das dingliche Recht gegenüber dem persönlichen Recht weiterhin durchsetzen. Und doch führt diese Ausnahme dazu, dass an der Allmachtstellung der Sachenrechte mit rauer Hand gekratzt wird.

Die persönlichen Rechte, welche in der Regel in einem dinglichen Recht münden, erhalten bei entsprechender Kenntnis des Inhabers des späteren Rechts eine Art Schutzschild, der sie selbst gegen das eigentlich höherwertige Eigentum schützt. Dieser Schutzschild ist nicht etwa Ausfluss dogmatischer Stringenz, sondern ganz im Gegenteil fußt er auf Billigkeit. Die aus dem englischen Recht entlehnte *equity* führt im Rahmen der *doctrine of notice* tatsächlich dazu, dass zum Teil unbillige und willkürliche Ergebnisse vermieden werden. Ohne den Rückgriff auf dieses Institut käme es etwa bei doppelten oder vielfachen Verkäufen von Grundstücken für die Erlangung des Eigentums darauf an, wer als erstes die Registrierung vornimmt. Missbrauch und Korruption wären Tür und Tor geöffnet.

Darüber hinaus verdient der bösgläubige Rechtsinhaber nicht den Schutz der Rechtsordnung. Besteht bei Erlangung des Eigentums die Kenntnis, dass dieses Eigentum nicht unbelastet ist, so müssen die Konsequenzen entweder akzeptiert werden oder es muss sich bei demjenigen schadlos gehalten werden, mit dem tatsächlich kontrahiert wurde. Im Falle des doppelten Verkaufs sollte dieser Gedanke dazu führen, dass der Inhaber des späteren Rechts zu keinem Zeitpunkt selbst Eigentümer wird, gleichviel, ob er im Grundbuch als solcher eingetragen ist oder nicht.

Jedoch kommt man bei der Analyse eines lediglich auf Billigkeitsrecht basierenden Instruments nicht ohne Kritik aus. Der Ansatzpunkt für diese Kritik ist das Abstraktionsprinzip. Es wurde bereits hinreichend diskutiert, dass auch in Südafrika – nach einigen Ungereimtheiten diesbezüglich in der Rechtsprechung – die Trennung und Abstraktheit von schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft vollzogen wird.⁷⁶⁵ Gewährt man nun dem Inhaber eines persönlichen Rechts, die

⁷⁶⁴ Siehe § 3.

⁷⁶⁵ Siehe § 2B.I.

Entstehung eines dinglichen Rechts zuungunsten eines anderen zu blockieren, so verstößt dieser Ansatz gegen das Abstraktionsprinzip. Denn der Grund, warum eine solche Blockade möglich ist, stellt auch für den blockierten Rechtserwerber die Causa dar. Hätte er ein früheres persönliches Recht, so stünde dem dinglichen Rechtserwerb nichts im Wege. Insofern beeinflusst etwa der Kaufvertrag das dingliche Vollzugsgeschäft. Mithin kann nicht mehr von einer Abstraktheit zwischen Causa und dinglichem Rechtsgeschäft gesprochen werden. Fehlende Stringenz bei der Anwendung von Rechtsprinzipien fordert stets ein schwerwiegendes Opfer: die Rechtssicherheit. Strukturprinzipien wie das Abstraktionsprinzip dienen unter anderem als Orientierung bei der Lösung schwieriger Rechtsfragen. Tastet man deren Geltung bewusst an, so verlieren sie an Autorität und Authentizität. Daher sollten Ausnahmen, die auf Billigkeit fußen, einen genau definierten und abgrenzbaren Anwendungsbereich haben, um die Gefahr eines folgenschweren Dammbbruchs zu verhindern.

Zudem sollte es gute Gründe geben, warum eine Ausnahme gemacht wird und diese Gründe sollten nicht nur einzelfallbezogen entwickelt werden, sondern mit Blick auf die Konsequenzen für eine abstrakte Vielzahl von Fällen. Diese Rahmenbedingungen werden im Fall der *doctrine of notice* weitestgehend eingehalten. Die Voraussetzungen und Anwendungsfälle sind hinreichend klar abgesteckt und die legitimen Gründe für die Formulierung dieser Ausnahme wurden vorstehend erörtert. Die Gefahr eines Dammbbruchs oder eines nachhaltigen Autoritätsverlusts für das Abstraktionsprinzip besteht mithin bisher nicht bzw. nicht in einem Maße, welches die Gründe für die Hinnahme der *doctrine of notice* überwiegt. Allerdings sollte zum Schutze der Rechtssicherheit einer Öffnung des Anwendungsbereichs für solche persönlichen Rechte, die nicht in einem dinglichen Recht münden, widersprochen werden. Die Grenzen würden im Falle der Zulassung einer entsprechenden Liberalisierung der Anwendung verschwimmen und es wäre nicht oder nur schwer vorhersehbar, wie ein Streitfall letztlich rechtlich entschieden wird.

Die Abgrenzung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten ist und bleibt relevant, daran ändert auch die *doctrine of notice* nichts. Sie fördert die Notwendigkeit einer Abgrenzung sogar insofern, als in der Regel nur solche persönlichen Rechte in Bezug auf eine Immobilie geschützt sind, die letztlich zur Übertragung eines dinglichen Rechts führen. Der konkrete Fall, dass ein unregistriertes Recht, dessen dinglicher Charakter nicht feststeht, gegenüber einem neuen Eigentümer einzutragen war und dieser sich der Kooperation verweigert, ist zwar mutmaßlich bisher vor südafrikanischen Gerichten nicht aufgetreten,

er ist jedoch gut vorstellbar. In diesem Fall käme es jedoch nur dann auf den dinglichen Charakter etwa der potenziellen Dienstbarkeit an, wenn die *doctrine of notice* ausschließlich *iura in personam ad rem acquirendam* schützt. Auf diesem Gebiet gab es – wie aufgezeigt – in der jüngeren Vergangenheit eine Tendenz der südafrikanischen Gerichte, den Anwendungsbereich der *doctrine of notice* auch auf bestimmte sonstige persönliche Rechte zu erweitern. Hier liegt mithin ein weiterer Grund, die *doctrine of notice* nicht gegenüber jeder beliebigen Art von persönlichen Rechten zu öffnen. Letztlich würde es ansonsten auf die einzelfallorientierte Entscheidung des Richters und die aus seiner Sicht billige und gerechte Lösung ankommen.

Festzuhalten ist, dass die südafrikanische Rechtsordnung in bestimmten Fällen bereit ist, den Nimbus der unantastbaren dinglichen Rechte zu durchbrechen. Dies wird durch die Existenz der *doctrine of notice* sowie die jüngste Tendenz der Gerichte belegt, ihren Anwendungsbereich eher auszuweiten als einzuschränken. Für die Abgrenzung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien könnte die *doctrine of notice* eine restriktive Haltung bei der Anerkennung neuer dinglicher Rechte zur Folge haben. Denn auch persönliche Rechte genießen gegenüber dinglichen Rechten in bestimmten Situationen den Schutz der Rechtsordnung. Allerdings würde dieses Argument insofern zu kurz greifen, als zwar klassische Anwendungsfälle der *doctrine* anerkannt sind und auch konsequent von den Gerichten umgesetzt werden. Allerdings gibt es bisher keine Präzedenz für solche Fälle, in denen der Charakter des infrage stehenden Rechts noch nicht feststeht. Ob die Gerichte im Wege der Billigkeit solchen persönlichen Rechten Schutz gewähren, die zwar einer Dienstbarkeit ähneln, jedoch nicht alle hergebrachten Voraussetzungen erfüllen, um den Status eines dinglichen Rechts zu erlangen, ist mehr als fraglich. Insofern taugt die *doctrine of notice* nicht als Argument für eine restriktive Handhabung bei der Anerkennung dinglicher Rechte. Zum Schutze der Rechtssicherheit sollte zudem die hier vorgenommene Durchbrechung des Abstraktionsprinzips nicht auf die Spitze getrieben werden. Es ist somit zu fordern, dass lediglich solche persönlichen Rechte den Schutz der *doctrine of notice* genießen, die zur Erlangung eines dinglichen Rechts berechtigen.

E. Ausnahmsweise Registrierung persönlicher Rechte

Der *Deeds Registries Act* schreibt in sec. 63 Abs. 1 grundsätzlich vor, dass persönliche Rechte nicht registrierbar sind. Dieser Grundsatz kennt jedoch Ausnahmen, welche sich zum Teil ebenfalls aus Abs. 1 ergeben und zum Teil als Ausfluss einer ständigen Registerpraxis ent-

standen sind. Die Möglichkeit der Registrierung persönlicher Rechte wirft eine Reihe von Fragen auf: Welche persönlichen Rechte können registriert werden? Erlangen die persönlichen Rechte durch die Registrierung dinglichen Charakter? Welche Folgen hat die versehentliche Registrierung eines persönlichen Rechts, welches nicht unter die anerkannten Ausnahmetatbestände zur Registrierung fällt? Diesen Fragen wird im Folgenden nachgegangen.

I. Anerkannte Ausnahmen

Neben der explizit in sec. 63 Abs. 1 Hs. 2 DRA vorgesehenen Ausnahme von dem Grundsatz, dass persönliche Rechte nicht registriert werden können, wird zudem ein genauerer Blick auf die Frage geworfen, ob die Registrierung von *iura in personam ad rem acquirendam*, also solchen persönlichen Rechten, die infolge der Registrierung dinglichen Charakter erlangen, eine weitere Ausnahme von diesem Grundsatz darstellt.

1. Ergänzende Bedingungen

Zunächst gibt sec. 63 Abs. 1 Hs. 2 DRA vor, dass solche persönlichen Rechte registriert werden können, die nach der Meinung des Registerbeamten eine ergänzende oder sonst unterstützende Bedingung für das registrierbare dingliche Recht darstellen.⁷⁶⁶ Zu den Auswirkungen der Registrierung auf die Natur der Rechte schweigt der *Deeds Registries Act*. Diese Ausnahme zur mangelnden Registrierungsfähigkeit persönlicher Rechte besteht nicht bereits seit Inkrafttreten des DRA im Jahre 1937, sondern wurde später infolge einer ständigen Rechtsprechungspraxis eingefügt.⁷⁶⁷

⁷⁶⁶ „(...) a deed (...) may be registered if, in the opinion of the registrar, such condition is complementary or otherwise ancillary to a registrable condition or right contained or conferred in such deed.“

⁷⁶⁷ Sec. 10 des *General Law Amendment Act* 62 aus 1973 – siehe dazu van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (810-812). Vor Einfügung der Ausnahme hat z.B. die *Orange Free State Provincial Division* des *Supreme Court* in *Ex parte Geldenhuys* 1926 OPD 155 (165f.) entschieden: „This direction of the will therefore does not constitute a real right and is not per se registrable. And yet it is intimately connected with a direction which is registrable, as already decided. If the direction as to the time of the partition and the drawing of lots were registered, without the direction as to the payment of the £200, the result would be an incorrect representation, and an imperfect picture of the testamentary direction, which would be most misleading to strangers who may purchase undivided shares from the children before the partition takes place. It seems to me therefore that in the special circumstances of the case the difficulty can only be solved by registering the entire clause of the will.“

Die Ausnahmen zur Unregistrierbarkeit persönlicher Rechte führen freilich nicht dazu, dass diese *per se* registrierungsfähig sind.⁷⁶⁸ Wann persönliche Rechte eine ergänzende oder sonst unterstützende Bedingung für das registrierbare dingliche Recht⁷⁶⁹ darstellen, wird in der südafrikanischen Jurisprudenz nicht anhand von abstrakten Kriterien, sondern im Wege einer einzelfallbezogenen Bewertung ermittelt.⁷⁷⁰ Dies ist insofern auch unproblematisch, als die unstreitig persönlichen Rechte durch die Registrierung im Zuge der sec. 63 Abs. 1 DRA nicht zu dinglichen Rechten aufsteigen, sondern ihren Charakter als rein persönliche Rechte beibehalten.⁷⁷¹ Die Registrierung hat somit nicht *ipso iure* konstitutive Wirkung in Hinblick auf die Begründung neuer dinglicher Rechte.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang jedoch die Frage, ob solche persönlichen Rechte, die durch Registrierung zu einem dinglichen Recht aufsteigen (*iura in personam ad rem acquirendam*), durch die Eintragung als ergänzende oder unterstützende Bestimmungen i.S.v. sec. 63 Abs. 1 DRA den Rechtscharakter eines dinglichen Rechts erwerben.⁷⁷² Dies würde dazu führen, dass quasi beiläufig dingliche Rechte entstehen, ohne dass dies von den Parteien notwendig gewollt ist.⁷⁷³ Diese Sichtweise bzw. Handhabung ist jedoch entschieden abzu-

⁷⁶⁸ Low Water Properties (Pty.) Ltd. and another v Wahloo Sand CC 1999 (1) SA (SEC) 655 (662) – zustimmend Mbodla, SALJ 116 (1999), 485 (487f.).

⁷⁶⁹ Im englischen Original heißt es in sec. 63 Abs. 1: „No deed, or condition in a deed, purporting to create or embodying any personal right, and no condition which does not restrict the exercise of any right of ownership in respect of immovable property, shall be capable of registration: Provided that a deed containing such a condition as aforesaid may be registered if, in the opinion of the registrar, such condition is complementary or otherwise ancillary to a registrable condition or right contained or conferred in such deed.“

⁷⁷⁰ In Denel (Pty.) Ltd. v Cape Explosive Works Ltd. and another 1999 (2) SA (T) 419 (438) wird zur Bestimmung der Bedeutung der Vorschrift des sec. 63 Abs. 1 DRA auf ein Wörterbuch zurückgegriffen: „According to Funk and Wagnall New Practical Standard Dictionary ancillary means ‘subordinate; auxiliary; subservient’. (...) Complementary is defined in the same dictionary as follows: ‘1. Serving as a complement: helping to constitute a whole or to supply a lack; completing; complemental. 2. Mutually providing each other’s needs.’“

⁷⁷¹ Low Water Properties (Pty.) Ltd. and another v Wahloo Sand CC 1999 (1) SA (SEC) 655 (662); Ex parte Menzies et Uxor 1993 (3) SA (C) 799 (806); Nel N.O. v Commissioner of Inland Revenue 1960 (1) SA (A) 227 (235); Ex parte Geldenhuys 1926 OPD 155 (165f.).

⁷⁷² Mit dieser Frage auseinandergesetzt wurde sich u.a. in: Vansa Vanadium SA Ltd. v Registrar of Deeds and others 1997 (2) SA (T) 784 (797); Lorentz v Melle and others 1978 (3) SA (T) 1044 (1054f.); De Jager v Sisana 1930 AD 71 (84f.); Registrar of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd. 1930 AD 169 (180).

⁷⁷³ Insofern weist Mbodla richtigerweise darauf hin, dass die im Zusammenhang mit sec. 63 Abs. 1 DRA wichtigste Entscheidung nicht die zwischen persönlichen

lehnen. Es war nicht die Intention des Gesetzgebers, durch die Einfügung der Ausnahme in sec. 63 Abs. 1 Hs. 2 DRA willkürliche Ergebnisse zu produzieren. Hintergrund der Vorschrift ist vielmehr eine Problemstellung, die im Zusammenhang mit (Grund-)Dienstbarkeiten auftritt. Die *Maxime servitus in faciendo consistere nequit* beschreibt die grundsätzliche Passivität von Dienstbarkeiten, d.h. der Inhaber des dienenden Grundstücks kann nur zur passiven Duldung zugunsten des Eigentümers des dominanten Grundstücks verpflichtet werden und ihm kann keine eigene aktive Handlungspflicht auferlegt werden.⁷⁷⁴ Gleichwohl trat häufig der praktische Fall auf, dass die Dienstbarkeit mit einer aktiven Handlungspflicht des Inhabers des dienenden Grundstücks verbunden wurde. In den Fällen *Schwedhelm v Hauman*⁷⁷⁵ und *Van der Merwe v Wiese*⁷⁷⁶ ging es jeweils um eine Grunddienstbarkeit, die es dem Eigentümer des dominanten Grundstücks erlaubte, das dienende Grundstück zu betreten, um dort von einem Brunnen oder einer sonstigen Wasserquelle zu schöpfen (*servitus aquaehaustus*).⁷⁷⁷ Diese Dienstbarkeit sollte zusammen mit zusätzlichen Verpflichtungen für den dienenden Eigentümer registriert werden, die diesem im Wesentlichen die Wasserbeschaffung und Instandhaltung der eingerichteten Rohrleitungen auferlegten.⁷⁷⁸ Darüber, dass solche Verpflichtungen zwar auf schuldrechtlicher, aber nicht auf dinglicher Ebene vereinbart werden können, folglich also, dass der oben beschriebenen Passivitäts-Grundsatz eingehalten werden muss, herrscht in der südafrikanischen Jurisprudenz weitestgehend Einigkeit.⁷⁷⁹ Um eben auch die Möglichkeit zu haben, entspre-

und dinglichen Rechten, sondern zwischen *ius in personam* und *ius in personam ad rem acquirendam* ist – SALJ 116 (1999), 485 (487f.).

⁷⁷⁴ Siehe Anwendungsbeispiele unter § 3F.I. Allgemein de Waal, in: Southern Cross, S. 785 (799-803).

⁷⁷⁵ 1947 (1) SA (E) 127.

⁷⁷⁶ 1948 (4) SA (C) 8.

⁷⁷⁷ Siehe zur *servitus aquaehaustus* Hall/Kellaway, Servitudes, S. 102f.

⁷⁷⁸ Siehe jeweils a.a.O. auf der ersten Seite die Sachverhaltsangaben.

⁷⁷⁹ De Waal, in: Southern Cross, S. 785 (799-803); Hall/Kellaway, Servitudes, S. 136; Jordan, SALJ 75 (1958), S. 181 (181-188); van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (811). Lediglich der große römisch-holländische Jurist *Johannes Voet* vertrat die Meinung, dass es eine einzige Ausnahme zu diesem Grundsatz gäbe, nämlich die sog. Dienstbarkeit der Bürdentragung (*servitus oneris ferendi*), wonach der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Pflicht hat, eine gemeinsame Wand oder eine sonstige gemeinsame Stütze instand zu halten – Voet, Commentary, S. 439: „The special point about it, which makes it serious beyond other servitudes, is that the owner of the servient tenement is bound not merely to suffer but also to do something, namely to repair the party-wall or pillar, and to make it equal for always to the task of carrying the burden either by shoring or by renewal.“ Siehe dazu de Waal, in: Das römisch-holländische Recht, S. 567 (585f.); ders. in: Southern Cross, S. 785 (799f.) De

chende Vereinbarung schuldrechtlicher Natur der Vollständigkeit halber im Grundbuch zu registrieren, wurde sec. 63 Abs. 1 DRA um einen Halbsatz ergänzt.

Daraus folgt, dass der Vertragspartner und ursprüngliche Eigentümer des dienenden Grundstücks aus dem Vertrag ganz normal verpflichtet ist, die ihm obliegenden Handlungen vorzunehmen, jedoch nicht auch automatisch der Rechtsnachfolger, gleichviel, ob das persönliche Recht registriert wurde oder nicht.⁷⁸⁰ Eine Bindung des Rechtsnachfolgers kommt nur dann in Betracht, wenn dieser die entsprechenden Pflichten explizit akzeptiert.⁷⁸¹ Eine weitere Möglichkeit der Bindung des Rechtsnachfolgers an die aktive Handlungspflicht wird für den Fall diskutiert, dass dieser das Grundstück in positiver Kenntnis aller der Grunddienstbarkeit anhaftenden Umstände und somit auch der schuldrechtlichen aktiven Handlungspflichten erwirbt.⁷⁸² Dies wäre ein weiterer Anwendungsfall der *doctrine of notice* für ein persönliches Recht, welches nicht bei Registrierung zu einem dinglichen Recht aufsteigt und ist als solcher abzulehnen.⁷⁸³ Man würde dem persönlichen Recht, welches als Ergänzung des dinglichen Rechts mitregistriert wird, einen zu prominenten Status und quasi-dinglichen Charakter verleihen, wenn man die *doctrine of notice* in diesem Fall anwenden würde. Vielmehr sollte die Registrierung nicht dazu führen, dass sich der Eigentümer des dominanten Grundstücks aus der Verantwortung für die Verhandlung von persönlichen Rechten gegenüber neuen Grundstückseigentümern und somit neuen Vertragspartnern stellen kann, indem er sie als Bedingung für eine Dienstbarkeit eintragen lässt.

Im Lichte dieser Dynamik sollte die Erweiterung der sec. 63 Abs. 1 DRA bewertet werden und dieser Ausgangsfall der aktiven Handlungspflichten im Zusammenhang mit einer Dienstbarkeit sollte als Maßstab für die Anwendung der Ausnahme fungieren. Damit ist ausgeschlossen, dass beliebige, nicht im Zusammenhang mit dem dinglichen Recht stehende persönliche Rechte registriert werden. Es bedarf eines inneren Zusammenhangs, der es nach den Gesetzen

Waal lehnt diese Ansicht jedoch ab (a.a.O.): „*Voet probably interpreted the contents of this servitude incorrectly. There is also no sign that Voet received support for this interpretation from any other Roman-Dutch author.*“

⁷⁸⁰ Van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (811).

⁷⁸¹ Low Water Properties (Pty.) Ltd. and another v Wahloo Sand CC 1999 (1) SA (SEC) 655 (664).

⁷⁸² De Waal, in: Southern Cross, S. 785 (803 Fn. 149); van der Merwe, SALJ 119 (2002), S. 802 (811).

⁷⁸³ Siehe Argumente für eine restriktive Praxis bei der Anwendung der *doctrine of notice* unter § 3D.III.

der Logik vorschreibt, dass das persönliche Recht zusammen mit dem dinglichen Recht im Grundbuch aufgeführt wird. Das Aussparen der schuldrechtlichen Verpflichtungen muss ein Gefühl der Unvollkommenheit und Lückenhaftigkeit hervorrufen, welches es nicht zulässt, die Registrierung ohne entsprechenden Hinweis auf das persönliche Recht vorzunehmen.

Darüber hinaus kann das mitregistrierte persönliche Recht in keinem Fall durch die Registrierung dinglichen Charakter erlangen und die *doctrine of notice* darf ebenfalls nicht zur Anwendung kommen, um zu verhindern, dass das persönliche Recht quasi-dinglichen Charakter erhält. Beinahe von selbst versteht sich in diesem Zusammenhang, dass versehentlich bzw. zu Unrecht registrierte persönliche Rechte, d.h. solche, die nach den aufgezeigten Maßstäben nicht ergänzend oder sonst unterstützend für das dingliche Recht wirken, keinen dinglichen Charakter durch die Registrierung erlangen.

Es drängt sich nach alledem die Frage nach der grundsätzlichen Notwendigkeit der Erweiterung des DRA um eine Vorschrift, die die Registrierung persönlicher Rechte erlaubt, nachdrücklich auf. Es scheint fragwürdig, ob das Streben nach Vollständigkeit und Übersichtlichkeit es rechtfertigt, dass durch eine interpretationsoffen formulierte Vorschrift eine Vielzahl von Problemen konstruiert wird, die sich im Anschluss an die Registrierung persönlicher Rechte stellen. Durch die Registrierung erfolgt keine Erweiterung der Rechtswirkung des persönlichen Rechts dergestalt, dass es etwa auch gegenüber Rechtsnachfolgern gilt. Ferner könnte durch eine Mitregistrierung persönlicher Rechte insofern Rechtsunsicherheit erzeugt werden, als es – insbesondere im Falle aktiver Handlungspflichten im Zusammenhang mit einer Grunddienstbarkeit – zu Unklarheiten dahingehend kommt, welcher Teil der registrierten Urkunde das dingliche und welcher das ergänzende persönliche Recht betrifft. Zumindest eine entsprechend klare Kennzeichnung im Register ist somit unbedingt angezeigt.

2. *Iura in personam ad rem acquirendam*

Über die persönlichen Rechte, welche ein Recht zur Erlangung eines dinglichen Rechts verleihen und somit infolge der Registrierung dinglichen Charakter erlangen, wurde im Zusammenhang mit der Ausnahme in sec. 63 Abs. 1 Hs. 2 DRA bereits gesprochen. Es stellt sich darüber hinaus allerdings die Frage, ob diese Gruppe grundsätzlich eine Ausnahme von der Regel darstellt, dass keine persönlichen Rechte registriert werden dürfen. Denn technisch gesehen sind diese Rech-

te vor der Registrierung lediglich persönlicher Natur und erlangen erst durch den Akt der Registrierung ihren dinglichen Charakter.

So schrieb CJ De Villiers in *Regiser of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd.*⁷⁸⁴ in dieser Hinsicht: „*That personal rights, jura in personam, are not capable of registration is a truism. (...) But that does not apply to the class of personal rights which are known as jura in personam ad rem acquirendam (...). This class of right (...) is a personal right until registration, when it is converted into a real right by such registration.*“ Diese Auffassung fand in der Folge in Rechtsprechung und Literatur einige Anhänger.⁷⁸⁵ Der damit beschriebene Sachverhalt könnte bspw. wie folgt lauten: A und B schließen einen Kaufvertrag über das Grundstück des A ab. Durch den Kaufvertrag erlangt B das Recht, die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück von A zu verlangen. Dieses Recht ist rein persönlicher Natur und darauf gerichtet, dass mit Vollzug des Übertragungsaktes ein dingliches Recht zugunsten des B entsteht. In dem Moment, wo die Eintragung im Register stattfindet, erlischt das persönliche Recht und das dingliche Recht Eigentum entsteht. Das vormalige Recht des B, die Eigentumsübertragung von A zu verlangen, wird als *ius in personam ad rem acquirendam* bezeichnet, was wörtlich übersetzt so viel wie „Recht gegenüber einer Person zum Erwerb einer Sache“ bedeutet.

Doch stellt diese bestimmte Art von Rechten tatsächlich eine Ausnahme von dem Prinzip dar, dass persönliche Rechte nicht registriert werden können? Der Grund, warum B in dem Beispiel Eigentümer des Grundstücks wird, ist der Übertragungsakt, welcher durch die Registrierung der Übertragungsurkunde vollzogen wird und nicht etwa die Registrierung eines zuvor persönlichen Rechts.⁷⁸⁶ In den allermeisten Fällen wird der Registrierung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück eine darauf gerichtete schuldrechtliche Einigung vorangehen. Insofern von einer „Ausnahme“ zu sprechen, ergibt schon deswegen keinen Sinn, als damit die Regel beschrieben wird und einer Ausnahme grundsätzlich eine gewisse Besonder- oder Eigenheit inhärent ist.

⁷⁸⁴ 1930 AD 169 (180).

⁷⁸⁵ Ex parte Menzies et Uxor 1993 (3) SA (C) 799 (806); Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds 1953 (1) SA (O) 600 (602, 608); Ex parte Zunckel 1937 NPD 295 (297f.); Nel, Jones' Conveyancing, S. 208; van der Merwe, Sakereg, S. 85-87; ders. Things, S. 74.

⁷⁸⁶ So auch Badenhorst/Coetser, De Jure 24 (1991), S. 375 (378); Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 67; van der Merwe, Things, S. 75f. Fn. 17.

Dieser Fall unterscheidet sich zudem fundamental von dem zuvor beschriebenen des ergänzenden persönlichen Rechts, welches als solches neben einem unstreitig dinglichen Recht mitregistriert wird. In Anwendungsfällen der sec. 63 Abs. 1 DRA wird nämlich der Charakter des persönlichen Rechts nicht angetastet und es erlischt nicht mit der Registrierung, sondern bleibt wie bisher als persönliches Recht weiter bestehen. Es ist letztlich kein inhaltliches Problem, ob man in dem Fall der *iura in personam ad rem acquirendam* eine anerkannte Ausnahme von der grundsätzlichen Unregistrierbarkeit persönlicher Rechte sieht oder nicht. Vieles spricht dagegen, allerdings entstehen durch diesen Konflikt keine praktischen oder theoretischen Nöte. Es ist nämlich unstreitig, dass das persönliche Recht erlischt und ein dingliches Recht entsteht bzw. übertragen wird. Die Frage nach dem Charakter des persönlichen Rechts nach der Registrierung stellt sich somit überhaupt nicht. Der Streit darüber, ob nun eine weitere Ausnahme der grundsätzlichen Unregistrierbarkeit persönlicher Rechte vorliegt, ist somit letztlich ein Scheingefecht ohne sachlichen Gehalt.

3. Sonstige

Neben den erwähnten (vermeintlichen) Ausnahmen sieht sec. 63 Abs. 2 DRA zudem vor, dass das Verbot der Registrierung persönlicher Rechte aus Abs. 1 insbesondere nicht für Bedingungen in Hypothekenanleihen oder Mietvereinbarungen gilt.⁷⁸⁷ Das bedeutet, dass in diesen Fällen ohne die sonst notwendige innere Verbundenheit zwischen dinglichem und persönlichem Recht eine Mitregistrierung des persönlichen Rechts vorgenommen werden kann. Auch diese persönlichen Rechte erlangen durch die Registrierung freilich keinen dinglichen Charakter.⁷⁸⁸

Eine weitere Besonderheit, die in diesem Zusammenhang Erwähnung finden sollte, ist die Erfassung von bestimmten Ratenkaufverträgen über Grundstücke zu Wohnzwecken⁷⁸⁹ im *Deeds Registry*. Der Ali-

⁷⁸⁷ Darüber hinaus verweist sec. 63 Abs. 2 auf sec. 3 Abs. 1 lit. (c) und (p) DRA. Dort geht es insbesondere um staatliche Gewährungen sowie die Vermietung von Grundstücken durch den Staat und zudem weitere Formen der Miete („*notarial leases, sub leases, and cessions of leases or of sub-leases, of land, and notarial cessions of underhand leases or sub-leases of land, (...) and notarial amendments of such leases and sub-leases, and notarial renewals and notarial cancellations of such leases and sub-leases and notarial releases of any part of the property leased*“).

⁷⁸⁸ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S.67; van der Merwe, *Sakereg*, S. 84; ders. *Things*, S. 73.

⁷⁸⁹ Voraussetzungen sind mehr als zwei Raten und eine Laufzeit von über einem Jahr – sec. 1 Abs. 1 *Alienation of Land Act*.

enation of Land Act⁷⁹⁰ schreibt diese in sec. 20 vor. Zu beachten ist, dass es sich hierbei nicht um eine Registrierung, sondern um eine Erfassung des Kaufvertrags (*recording of contract*) handelt.⁷⁹¹ Infolge einer solchen Erfassung, die innerhalb von drei Monaten nach Abschluss des Ratenkaufvertrags durch den Verkäufer veranlasst werden muss, erlangt der Käufer, welcher erst mit Zahlung der letzten Rate Eigentümer wird, eine prioritäre Stellung, die dem Eigentum schon sehr nahekommt. Ihm werden sowohl bei einem Verkauf des Grundstücks im Rahmen der Zwangsvollstreckung als auch bei einer Insolvenz des Verkäufers Vorzugsrechte eingeräumt.⁷⁹² Man kann also davon sprechen, dass dem Käufer mit dem Abschluss des Kaufvertrags trotz Eigentumsvorbehalts des Verkäufers bereits eine gesicherte Rechtsposition zusteht, welche durch die Erfassung im Register geschützt wird. Die Bezeichnung dieses Rechts als Anwartschaftsrecht liegt nahe. Es verwundert nicht, dass dieses Anwartschaftsrecht in Südafrika bereits dann als vollwertiges dingliches Recht anerkannt wird, wenn die Erfassung im Register vorgenommen wurde.⁷⁹³

Schließlich diskutiert *van der Merwe* eine weitere Gruppe von Rechten als ausnahmsweise registrierbare persönliche Rechte.⁷⁹⁴ Die *onera realia* sind persönliche Rechte, welche durch die Registrierung ebenfalls dinglichen Charakter erlangen.⁷⁹⁵ Welche Rechte jedoch konkret unter diese Bezeichnung zu fassen sind, ist unklar. *Van der Merwe* beschreibt sie als Reallasten germanischen Ursprungs, welche dem Grundstückseigentümer infolge seiner Stellung als Eigentümer bestimmte persönliche Pflichten, wie eine (jährliche) Zahlung an einen Dritten⁷⁹⁶ oder auch die Entwicklung bzw. Bestellung des Grund-

⁷⁹⁰ 68 aus 1981.

⁷⁹¹ *Van der Merwe* spricht von einer Vor-Registrierung („*Pre-Registration*“) SALJ 119 (2002), S. 802 (812f.).

⁷⁹² Siehe sec. 20 Abs. 5 und 22 *Alienation of Land Act*. Zusammenfassend *van der Merwe*, SALJ 119 (2002), S. 802 (812f.); *van Rensburg/Treisman*, *Alienation of Land Act*, S. 151-159.

⁷⁹³ *Van der Merwe*, SALJ 119 (2002), S. 802 (813): „From the foregoing it is clear that this statutory right of the purchaser embodies all the main characteristics of a real right, namely protection against third parties, preference on insolvency and the application of the prior in tempore principle. Thus another real right sui generis was born out of the need to improve the disadvantageous position of a certain category of persons.“ Zustimmend *Badenhorst/Pienaar/Mostert*, *Law of Property*, S. 69.

⁷⁹⁴ *Van der Merwe*, *Things*, S. 75; *ders.* SALJ 119 (2002), S. 802 (813).

⁷⁹⁵ *Van der Merwe*, a.a.O.

⁷⁹⁶ *Nel N.O. v Commissioner for Inland Revenue* 1960 (1) SA (A) 227 (232f.); *Registrar of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd.* 1930 AD 169 (180); *Ex parte*

stücks in einer bestimmten Weise,⁷⁹⁷ auferlegen.⁷⁹⁸ Es scheint sich bei den *onera realia* mithin um solche Rechte zu handeln, die dem Eigentümer aktive Handlungspflichten auferlegen. Im Bereich der Dienstbarkeiten wurde bereits erläutert, dass Rechte, die eine aktive Handlungspflicht begründen, in der Regel als persönliche Rechte neben der eigentlichen Dienstbarkeit mitregistriert werden.⁷⁹⁹ Und auch bei solchen Einschränkungen, die das Eigentum selbst bzw. dessen Ausübung betreffen, kann zumindest darüber diskutiert werden, ob diese tatsächlich – wie *van der Merwe* anregt – durch die Registrierung dinglichen Charakter erlangen. Die Gerichte zeigen sich zumindest zurückhaltend in dieser Hinsicht.⁸⁰⁰ Für den Fall, dass die *onera realia* tatsächlich durch die Registrierung zu dinglichen Rechten aufsteigen, handelt es sich tatsächlich um eine eigene Ausnahme von dem Grundsatz der Unregistrierbarkeit persönlicher Rechte. Der Unterschied zu der Handhabung der *iura in personam ad rem acquirendam* liegt darin, dass bei diesen infolge der Registrierung ein schuldrechtlicher Anspruch auf Einräumung oder Übertragung eines dinglichen Rechts erlischt und ein dingliches Recht entsteht. Bei den *onera realia* würde das gleichlautende persönliche Recht durch die Registrierung hingegen in ein dingliches Recht umgewandelt. Doch auch dann, wenn diese Rechte nicht durch die Registrierung in ihrem Rechtscharakter verändert werden, läge hier eine Ausnahme.

Das große Problem ist jedoch die Unbestimmtheit dieser Gruppe von Rechten. Einzig in *Registrar of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd.*⁸⁰¹ wird der Begriff *onera realia* explizit verwendet. Auch *van der Merwe* gibt zu, dass es kaum eine einheitliche Klassifizierung gibt und

Geldenhuis 1926 OPD 155 (156-161); *Hollins v Registrar of Deeds* 1904 TS 603 (604f., 607).

⁷⁹⁷ In *Benoni Town Council v Minister of Agricultural Credit and Land Tenure* 1978 (1) SA (T) 978 (979) wurde das Land vom Kläger an den Beklagten unter der Bedingung übertragen, dass dort eine afrikaanssche Mittelschule oder sonstige Bildungseinrichtung entsteht.

⁷⁹⁸ *Van der Merwe*, a.a.O.

⁷⁹⁹ Siehe § 3E.I.1.

⁸⁰⁰ In *Nel N.O. v Commissioner for Inland Revenue* 1960 (1) SA (A) 227 (232f.) und auch in *Registrar of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd.* 1930 AD 169 (180) wurde die Frage explizit offengelassen. In *Ex parte Geldenhuis* 1926 OPD 155 (165f.) wurde die Zahlung von £200 nicht als dingliches Recht anerkannt. In *Benoni Town Council v Minister of Agricultural Credit and Land Tenure* 1978 (1) SA (T) 978 (986-993) wird das Problem um den Rechtscharakter der Bedingung offensichtlich nicht erkannt oder für nicht wichtig genug erachtet, um dem genauer nachzugehen.

⁸⁰¹ 1930 AD 169 (180).

die genauen Voraussetzungen unbekannt sind.⁸⁰² Der Rechtssicherheit zuträglich wäre es sicher nicht, diese Gruppe von Rechten bei allen in diesem Zusammenhang bestehenden Unklarheiten als Ausnahmetatbestand anzuerkennen. Die bisher veröffentlichten Entscheidungen ergingen ohne gegenseitige Bezugnahme und unter Berücksichtigung der jeweiligen Einzelfallumstände. Insbesondere im Lichte der eher ablehnenden Haltung der Gerichte, die als *onera realia* bezeichneten Beschränkungen des Eigentums als dingliche Rechte anzuerkennen, kann davon ausgegangen werden, dass alle relevanten Fälle von sec. 63 Abs. 1 DRA abgedeckt werden und es einer eigenen Kategorisierung nicht bedarf.

II. Schlussfolgerung

Die Existenz von Ausnahmetatbeständen zu dem Grundsatz, dass persönliche Rechte in Südafrika nicht im Liegenschaftsregister eingetragen werden dürfen, ruft im ersten Moment die Assoziation hervor, dass die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten verwässert wird und vielleicht sogar an Relevanz verliert. Keine noch so bedeutende Ausnahme stellt die grundsätzliche Bedeutung der Unterscheidung zwischen Schuld- und Sachenrecht infrage. Allerdings könnte eine entsprechende Registerpraxis die Unterscheidung im Einzelfall obsolet machen und die sonst notwendige Trennschärfe aufweichen.

Eine genauere Betrachtung der Tragweite und rechtlichen Konsequenzen der ausnahmsweisen Registrierung persönlicher Rechte zeichnet jedoch ein anderes Bild als das intuitiv assoziierte. Zunächst ist der Anwendungsbereich für die Ausnahmetatbestände relativ gering. Lediglich eng mit dem dinglichen Recht verwobene schuldrechtliche Verpflichtungen sowie einige wenige weitere Ausnahmen werden bei der Registrierung berücksichtigt. Solche persönlichen Rechte, die lediglich die Causa für den späteren dinglichen Rechtserwerb darstellen, sind nicht als eigener Ausnahmetatbestand anzuerkennen. Viel wichtiger ist jedoch, dass sich am Charakter der Rechte als rein relative Verpflichtung durch die Registrierung nichts ändert. Eine über die bloße Veröffentlichung hinausgehende Wirkung ist nicht zu verzeichnen. Lediglich der Einheitlichkeit und Vollständigkeit der registrierten Urkunden ist diese Praxis zuträglich.

Faktische Konsequenzen sind freilich nicht auszuschließen. Ein Registerbeamter wird das, was bisher im Grundbuch vermerkt ist, ernst-

⁸⁰² Van der Merwe, a.a.O.

nehmen und kaum weitere Rechte eintragen, die den bereits registrierten widersprechen. Diese faktische Wirkung ist real und sollte nicht unerwähnt bleiben. Gleichwohl wird ein Gericht dem Register weniger Autorität zukommen lassen und bei der Analyse der tatsächlichen Rechtslage nicht blind auf die Eintragungen vertrauen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass Südafrika einem negativen System in Form eines Urkundenregisters folgt, welches den tatsächlichen Rechtsinhaber anstelle des im Register abgebildeten bevorzugt.⁸⁰³

Das Schutzniveau für persönliche Rechte wird durch die Registrierung lediglich faktisch erhöht. Auf theoretischer, rechtlicher Ebene ergibt sich keine neue Perspektive für die Bewertung einer Hierarchie zwischen dinglichen und persönlichen Rechten. Das Bedürfnis für einen wirksamen und trennscharfen theoretischen Ansatz zur Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Rechten wird durch die teilweise Registrierung persönlicher Rechte sogar noch verstärkt. Es ist beispielsweise bei aktiven Handlungspflichten sowohl im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten als auch mit dem Eigentum (*onera realia*) von größter Bedeutung, genau zwischen dinglichem Recht und mitregistrierter schuldrechtlicher Verpflichtung zu unterscheiden. Wenn nämlich das Grundbuch für den Eigentümer die Verpflichtung vorsieht, das Grundstück in einer bestimmten Art und Weise zu bestellen, so ist es für den Rechtsnachfolger von zentraler Bedeutung, ob diese Verpflichtung nur gegenüber dem bisherigen Eigentümer oder abstrakt für jeden künftigen Rechtsnachfolger gilt. Gleiches gilt für Inhaber einer Grunddienstbarkeit, Mieter oder Hypothekare. So wird nicht nur widerlegt, dass die Registrierung persönlicher Rechte die Relevanz der Unterscheidung zu dinglichen Rechten aufweicht, sondern ins Gegenteil verkehrt. Ob dem Gesetzgeber diese Verschärfung des Problems durch die Ergänzung der sec. 63 Abs. 1 DRA bewusst war, lässt sich nachträglich nicht feststellen und kann auch dahinstehen.

F. Schwierige Abgrenzungsfälle

Ein Blick auf schwierige Abgrenzungsfälle, die insbesondere im Laufe des vergangenen Jahrhunderts, aber auch in jüngerer Vergangenheit von südafrikanischen Gerichten entschieden wurden, verdeutlicht die Problematik um die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien. Die aufgeführten Urteile sind eine nicht abschließende Auswahl aus besonders prägnanten Praxisfällen zu diesem Thema.

⁸⁰³ Siehe § 2C.III.

Der *modus operandi*, dem dieser Abschnitt folgt, sieht im Wesentlichen so aus, dass der Sachverhalt kursorisch dargestellt und das im Fall auftretende Problem bezüglich der Einordnung des Rechtscharakters gesondert herausgestellt wird. Das von dem Gericht im Einzelfall gefundene Ergebnis ist genau wie der dafür gewählte theoretische Ansatz zunächst zweitrangig. Diese Thematik wird unter ständiger Bezugnahme auf die nachfolgend dargestellte Rechtsprechung sowie die einschlägige Literatur an späterer Stelle erörtert.⁸⁰⁴

I. Rechte, die in Bezug auf Immobilien eine aktive Handlungspflicht begründen

Die erste Gruppe von Beispielsfällen, bei denen eine Abgrenzung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien relevant wurde, kann unter die Kategorie der Rechte gefasst werden, die in Bezug auf Immobilien eine aktive Handlungspflicht begründen. Es sind insbesondere Dienstbarkeiten, bei denen solche Handlungspflichten auftreten.⁸⁰⁵ Auf diesem Gebiet ist eine Reihe von Entscheidungen im letzten Jahrhundert ergangen, von denen einige im Folgenden skizziert werden. In den ersten drei Fällen geht es um eine Geldzahlung, die an die Stellung als Eigentümer eines Grundstücks geknüpft ist und deren Einordnung als Grunddienstbarkeit bzw. beschränkt persönliche Dienstbarkeit oder dingliches Recht *sui generis* infrage steht. Darüber hinaus wird anhand zweier Beispiele der Fall diskutiert, ob Leistungspflichten, die im Zusammenhang mit einer Grunddienstbarkeit zur Wasserabschöpfung stehen und aktive Pflichten des Inhabers des dienenden Grundstücks begründen, als dingliches Recht registrierungsfähig sind.

1. Ex parte Geldenhuys

Bereits mehrfach war die Rede von dem Fall *Ex parte Geldenhuys*, welcher 1926 von der *Orange Free State Provincial Division* des südafrikanischen *Supreme Court* entschieden wurde.⁸⁰⁶ Auch die südafrikanische Literatur setzt sich im Zusammenhang mit der hier infrage stehenden

⁸⁰⁴ Siehe § 4B.II.

⁸⁰⁵ Jedoch ist insbesondere bei der in diesem Zusammenhang äußerst wichtigen Gruppe der Geldzahlungspflichten, die z.B. an die Eigentümerstellung in Bezug auf ein Grundstück anknüpfen, nicht abschließend geklärt, ob diese als Dienstbarkeiten oder dingliche Rechte *sui generis* einzustufen sind. Daher wird diese Gruppe vorliegend neutral als „Rechte“ bezeichnet und nicht als „Dienstbarkeiten“.

⁸⁰⁶ 1926 OPD 155.

Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten immer wieder mit dieser Entscheidung auseinander.⁸⁰⁷

Der Sachverhalt stellt sich im Wesentlichen wie folgt dar: Die Eheleute *Geldenhuys* haben ein gemeinschaftliches Testament aufgesetzt, welches unter anderem zwei Bestimmungen hinsichtlich der Vererbung der im (Mit-)Eigentum der Testatoren stehenden Ländereien enthält. Das Grundeigentum, welches von den Eheleuten als landwirtschaftlicher Betrieb genutzt wurde, sollte mit dem Tod eines Ehegatten zunächst als Bruchteilseigentum auf die ehelichen Kinder übergehen. Dieser Eigentumsübergang wurde zum einen unter die Bedingung gestellt, dass das Land in dem Zeitpunkt vermessen und nach Vorgabe des überlebenden Testators in gleiche Teile parzelliert wird, in dem das erste Kind die Volljährigkeit erreicht. Eine weitere Bedingung sah zum anderen vor, dass der Nachkomme, auf dessen Landstück sich der Bauernhof befindet, seinen Geschwistern jeweils eine einmalige Summe von £200 zahlen muss. Nach dem Tod der Ehefrau beantragte der überlebende Ehemann die Eintragung des Eigentumsübergangs inklusive der beschriebenen Bedingungen auf die Kinder im *Deeds Registry*.⁸⁰⁸ Der zuständige Registerbeamte lehnte die Registrierung beider Bedingungen mit den Argumenten ab, dass es sich dabei zum einen um persönliche Rechte handle und sie zum anderen nur gegenüber den Erben gälten und nicht etwa gegenüber Rechtsnachfolgern, welche den Miteigentumsanteil vor der Unterteilung erwürben.⁸⁰⁹

Das Problem, welches sich dem Gericht stellte, war, die in dem Testament vorgesehenen Bedingungen rechtlich einzuordnen und somit zu entscheiden, ob eine Registrierung vorgenommen werden kann. Das Gericht fällte ein differenziertes Urteil. Zunächst wurde entschieden, dass die Bedingung der Aufteilung der Miteigentumsanteile zu einem bestimmten Zeitpunkt (Erreichen der Volljährigkeit des ältesten Nachkommens) ein beschränkt dingliches Recht darstelle und somit eintragungsfähig sei.⁸¹⁰

In Bezug auf die Geldzahlungspflicht wurde nicht *expressis verbis* davon gesprochen, dass es sich dabei um eine Grunddienstbarkeit mit aktiver Handlungspflicht handeln könnte, allerdings sind bis auf den Grundsatz der Passivität alle Voraussetzungen dafür erfüllt.⁸¹¹ Es exi-

⁸⁰⁷ Siehe z.B. Carey Miller/Pope, *Land Title*, S. 102f.; de Waal, in: *Southern Cross*, S. 795 (800f.); ders. *EJCL* 3.3 (1999); Mostert/Verstappen, in: *MSPL*, S. 351 (367f.); van der Walt, *Casebook*, S. 10-17; ders./Pienaar, *Introduction*, S. 32-35.

⁸⁰⁸ A.a.O. S. 156f.

⁸⁰⁹ A.a.O. S. 162.

⁸¹⁰ A.a.O. S. 164f.

⁸¹¹ Siehe zu den Voraussetzungen § 2D.II.1.

stiert ein dienendes sowie mehrere dominante Grundstücke (das mit dem Bauernhof und die jeweils anderen), die Verpflichtung ist intrinsisch mit dem Grundstück und nicht mit der Person des Verpflichteten verbunden und das Eigentumsrecht könnte insofern durch die Geldzahlungspflicht beeinträchtigt sein, als der Eigentümer grundsätzlich keine Gegenleistung für die Ausübung seines Eigentums an der Sache entrichten muss. Gleichwohl wurde entschieden, dass es sich bei der Verpflichtung eines bestimmten Erben zur Zahlung von £200 an seine Geschwister nicht etwa um eine beschränkt persönliche oder Grunddienstbarkeit, sondern lediglich um ein persönliches Recht handele, welches jedoch zur Wahrung der Vollständigkeit und Einheitlichkeit mitregistriert werden könne.⁸¹²

Die Rechtsprechung hinsichtlich der Registrierung von Geldzahlungsverpflichtungen ist jedoch insgesamt uneinheitlich. In *Registrar of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd.*⁸¹³ wurde die Registrierung einer mit dem Grundstückseigentum verbundenen Zahlungsverpflichtung als dingliches Recht, im Gegensatz zu *Ex parte Geldenhuys*, zugelassen. Allerdings reichte die in diesem Zuge vorgetragene Argumentation nicht über einen Hinweis auf eine entsprechende Registerpraxis hinaus.⁸¹⁴ Darüber hinaus wurde der dinglicher Charakter entsprechender Geldzahlungsverpflichtungen auch in weiteren Fällen anerkannt, bei denen die Argumentation über den Verweis auf eine entsprechende Registerpraxis hinausreichte.⁸¹⁵

⁸¹² A.a.O. S. 165f.

⁸¹³ 1930 AD 169 (180).

⁸¹⁴ A.a.O. sagte das Gericht, dass die Registrierung der dort relevanten Geldzahlungsverpflichtungen „*has been sanctioned by usage and practice in the Transvaal.*“

⁸¹⁵ J Brink schrieb in *Ex parte Pierce and others* 1950 (3) SA (O) 628 (635): „I hold the view that an obligation to pay money imposed on the owner of land qua owner out of the proceeds of the land may well be regarded as a diminution of the ownership and as creating real rights.“ Siehe dazu ferner § 3F.II.1. In Bezug auf Lizenzgebühren, die ein Eigentümer an den Staat zahlen muss, wenn er auf seinem Grundstück Schürfarbeiten zur Gewinnung von wertvollen Metallen vornimmt, wurde in *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds* 1953 (1) SA (O) 600 (604) ebenfalls der dingliche Charakter anerkannt: „Under sec. 1 of the Transvaal Act the right of mining for, and disposing of, all precious metals is vested in the Crown. The Common Law vests in the owner of the land the ownership of, and the right to mine for, and dispose of, such metals. (...) Sec. 1 of the Act, therefore brings about a subtraction by statute from the Common Law rights of the owner in these respects and derogates, or subtracts something, from the dominium of the land in favour of the Crown.“ Siehe dazu ferner § 3F.II.2. J King entschied in *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds* 1990 (4) SA (C) 614 (617): „In my view one of the rights of ownership is the *jus disponendi* or right of alienation and if this right is limited in the sense that

2. Lorentz v Melle and others

Eine weitere prägnante Entscheidung in Bezug auf die Einordnung von Geldzahlungspflichten als Grunddienstbarkeit erging Ende der 1970er Jahre in der *Transvaal Provincial Division* des *Supreme Court* mit *Lorentz v Melle and others*.⁸¹⁶

Die Väter der streitenden Parteien (*Johannes Gerard van Boeschoten*, Vater des erstinstanzlichen Klägers; *Henricus Lorentz*, Vater des erstinstanzlich Beklagten) erwarben im Jahre 1905 zu gleichen Miteigentumsanteilen ein Grundstück im Gebiet um Pretoria, welches das Mittelstück eines größeren landwirtschaftlichen Betriebs namens *Zwartkop* darstellte. Das Grundstück sollte unterteilt werden und neben dem Miteigentumsanteil sollten sowohl *van Boeschoten* als auch *Lorentz* einen Anteil zum alleinigen Eigentum erhalten. Die Parteien setzten eine entsprechende notarielle Urkunde auf, die zusätzlich zum Eigentumserwerb noch einige weitere Bedingungen enthielt. Neben Regelungen u.a. in Bezug auf Jagd-, Mineralien-, Wasser- und Wege-rechte wurde eine Klausel vereinbart, die für beide Parteien vorsah, dass dem jeweils anderen Teil, sofern der im Alleineigentum stehende Anteil als Wohngebiet („*township*“) ausgebaut wird, die Hälfte des Nettogewinns aus den Verkäufen von einzelnen Grundstücken in diesem Wohngebiet zusteht.⁸¹⁷ Etwa 60 Jahre später stritten sich die Nachfahren der ursprünglichen Parteien, ob die Zahlungsverpflichtung auch sie als Rechtsnachfolger trifft oder lediglich zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien Geltung entfalten konnte.

Richter *J Nestadt* analysiert umfassend die Frage, ob es sich bei der Zahlungsverpflichtung um eine Grunddienstbarkeit handelt. Dabei macht er Zugeständnisse, indem er zugunsten des Beklagten annimmt, dass es sich bei der Geldzahlungspflicht nicht um eine aktive Handlungspflicht handele und dass selbst wenn es doch eine solche wäre, gleichwohl eine Grunddienstbarkeit infrage käme. Darüber hinaus wird zugestanden, dass der Wert des (vermeintlich) dominanten Grundstücks sich erhöhe, wenn eine Gewinnbeteiligung an Einnahmen aus dem dienenden Grundstück bestehe.⁸¹⁸

the owner is precluded from obtaining the full fruits of the disposition it can be said that one of his rights of ownership is restricted.” Siehe dazu ferner § 3F.II.3.

⁸¹⁶ 1978 (3) SA (T) 1044.

⁸¹⁷ A.a.O. S. 1045f.

⁸¹⁸ A.a.O. S. 1051f.: „I will assume in respondent’s favour that the obligation to pay over one-half of the profits is not to be regarded as one in *faciendo* and that even if it is, it could still be a *praedial servitude* (...). Also one must accept that if the right to participate in the township profits attaches to the land it would enhance the value thereof.”

Letztendlich wird jedoch abgelehnt, die Gewinnbeteiligung als Grunddienstbarkeit einzuordnen. Als Begründung wird angeführt, dass aus der Bedingung nicht zweifelsfrei hervorgehe, dass die Verpflichtung zur Gewinnbeteiligung des jeweils anderen Teils dem Grundstück anhaften soll und nicht der Person. Als Beleg dafür wird ein fiktives Szenario angeführt: Eine Partei könnte nach der Ausweisung eines Wohngebiets auf dem Grundstück und dem Verkauf einzelner Grundstücke insolvent werden und der Gewinn aus den Grundstücksverkäufen vor der Anmeldung der Insolvenz eingestrichen worden sein. In diesem Fall beantwortet *Nestadt* die Frage, was für ein Recht dem anderen Grundstückseigentümer (*Lorentz* oder *van Boeschoten*) in Bezug auf den Gewinn des jeweils anderen zustehen würde, so, dass in dieser Situation lediglich ein persönliches Recht denkbar sei.⁸¹⁹

Damit wird nicht nur festgelegt, dass es sich bei Geldzahlungspflichten nicht um Grunddienstbarkeiten handeln kann, sondern darüber hinaus auch, dass solche Zahlungspflichten grundsätzlich nur relativ wirken können.⁸²⁰ Auch eine Einordnung als beschränkt persönliche Dienstbarkeit würde somit für Geldzahlungspflichten grundsätzlich ausscheiden, da sie nach dieser Auffassung nicht nur an die Person des Verpflichteten, sondern auch an die des Berechtigten gebunden sind.

3. *Nel N.O. v Commissioner of Inland Revenue*

Ein weiterer Fall, der sich mit der Zahlung einer regelmäßigen Geldrente an eine bestimmte Person und dem Rechtscharakter dieser Verpflichtung befasste, ist *Nel N.O. v Commissioner for Inland Revenue*.⁸²¹ Für die den lokalen Ablegern übergeordnete *Appellate Division of the Supreme Court* entschied *JA Ramsbottom* 1960 über den folgenden Sachverhalt.

Im Jahre 1947 schenkte *Christoffel Andreas Nel* seinem damals 13-jährigen Sohn *Christoffel Andre Nel* vier Immobilien und übertrug ihm das Eigentum. Diese Eigentumsübertragung erfolgte mit Aus-

⁸¹⁹ A.a.O. S. 1052.

⁸²⁰ A.a.O. S. 1052: „The right (and obligation) under consideration, so it appears to me, is essentially a personal one sounding in money and cannot be equated to the servitudes referred to. (...) [T]his for the reason that the conditional obligation to pay attaches of necessity not to the land (which is not burdened) but merely to the owner thereof. His rights are curtailed but not in relation to the enjoyment of the land in the physical sense.“

⁸²¹ 1960 (1) SA (A) 227.

nahme einer Immobilie unter vier Bedingungen. Zunächst wurde dem Vater ein lebenslanges Nießbrauchrecht an den Immobilien gewährt. Zudem wurde vorgesehen, dass der Sohn im Falle des Todes seines Vaters seiner Mutter *Johanna Catherina Nel* zeit ihres Lebens ein Nießbrauchrecht an den Immobilien gewähren sowie monatlich eine Summe von £20 zahlen muss und dass diese Verpflichtungen in einer notariellen Urkunde festzuhalten sind. Der Vater verstarb 1954 und die Erben sahen sich gemäß dem damals gültigen *Death Duties Act*⁸²² mit der Zahlung von Erbschaftssteuer konfrontiert. In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage nach dem dinglichen Charakter der Rentenzahlung, da der *Death Duties Act* vorgibt, dass „Nießbrauchrechte sowie andere ähnliche Rechte“⁸²³ in Bezug auf Grundstücke bei der Berechnung des steuerpflichtigen Nachlasses des Verstorbenen nicht berücksichtigt werden, wenn der überlebende Ehegatte mit dem Tod des anderen ein Nießbrauchrecht oder ein anderes ähnliches Recht am gleichen Grundstück erwirbt. *Johanna Catherina Nel* gab als Berufungsklägerin vor, dass sowohl das Nießbrauchrecht als auch die Rentenzahlung als Nießbrauchrecht oder sonstiges ähnliches Recht i.S.d. *Death Duties Act* an dem infrage stehenden Grundstück zu werten seien. Dies hätte zur Folge, dass auch der Wert der Rentenzahlung für die Erbschaftssteuerberechnung vom Nachlasswert abgezogen werden könnte.⁸²⁴

Gestritten wurde nicht über das gewährte Nießbrauchrechte, sondern nur über die Rentenzahlung. Die Klägerin behauptete, dass diese als beschränkt persönliche Dienstbarkeit zu ihren Gunsten zu werten sei und daher bei der Nachlassbewertung unberücksichtigt bleiben müsse.⁸²⁵ Dies hätte zur Folge gehabt, dass nicht nur der Sohn, sondern jeder nachfolgende Eigentümer der Grundstücke eine entsprechende Zahlungsverpflichtung gegenüber der Witwe *Nel* gehabt hätte. Dieser Argumentation ist *JA Ramsbottom* nicht gefolgt und entschied, dass es sich offensichtlich um eine Verpflichtung persönlichen Charakters und nicht um ein dingliches Recht handele. Als Begründung wird zunächst auf den Wortlaut der formulierten Bedingungen abgestellt, der eindeutig den Schluss auf die persönliche Bindung der Zahlungsverpflichtung an den Sohn nahelege.⁸²⁶ Auch dass sowohl das Nieß-

⁸²² 29 aus 1922. Mittlerweile aufgehoben durch den *Estate Duty Act* 45 aus 1955.

⁸²³ Sec. 4 (2) (a) (vii) *Death Duties Act*: „[U]sufructuary or other like interest in property (...)“

⁸²⁴ A.a.O. S. 230-232.

⁸²⁵ A.a.O. S. 233.

⁸²⁶ A.a.O. S. 234: „That he [the father] intended the son to take the obligation to pay the annuity upon himself personally appears clearly from the words used, namely, ‘he, the son and transferee shall be bound and obliged ... to execute a

brauchrecht als auch die Rentenzahlungsverpflichtung vom Sohn in einer notariellen Urkunde festgehalten werden sollte, veranlasste das Gericht lediglich dazu, eine Mitregistrierung nach dem in *Ex parte Geldenhuys* konstruierten Vorbild in Erwägung zu ziehen.⁸²⁷

Interessant ist, dass in der Begründung des Urteils nicht versucht wird zu widerlegen, dass Geldzahlungsverpflichtungen der dargestellten Façon eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit darstellen könnten, obwohl hierin ein Verstoß gegen das Passivitätsprinzip gesehen werden könnte.⁸²⁸ Vielmehr wird lediglich die enge Bindung der Pflicht an die Person des Sohnes hervorgehoben. Somit liegt die Frage nahe, wie der Fall zu bewerten sein würde, wenn aus den Bedingungen klar hervorginge, dass es nicht um eine spezielle Person, sondern etwa um den Eigentümer eines Grundstücks ginge.⁸²⁹ Gemäß den Grundsätzen aus *Lorentz v Melle and others* dürfte jedoch auch in diesem Fall keine Registrierung erfolgen. Hier liegt implizit ein Widerspruch zwischen den Entscheidungen der *Transvaal Provincial Division* und der *Appellate Division* vor.

4. Schwedhelm v Haumann

Ebenfalls um die Einordnung von aktiven Handlungspflichten geht es bei der 1947 in der *Eastern Districts Local Division* ergangenen Entscheidung *Swedhelm v Haumann*.⁸³⁰ Anders als bei den beiden vorhergehenden Beispielen dreht sich dieses Urteil jedoch nicht um eine Geldzahlungspflicht.

Der Kläger (*Swedhelm*) war Eigentümer eines Grundstücks in East London (Westkap) und der Beklagte (*Haumann*) war ebenfalls Eigentümer eines angrenzenden Grundstücks. Der Beklagte hatte das Eigentum 1945 von *Andries Frans Els* erworben, welcher seinerseits 1944 das Eigentum vom Kläger erworben hatte. In der registrierten Übertragungsurkunde zwischen *Els* und dem Kläger war eine Bedingung zu finden, die es dem Kläger gegen eine monatliche Gebühr von £1

notarial deed in favour of his said mother whereby he shall pay to his said mother a monthly sum of £20'. In my opinion the imposition of a personal obligation could hardly have been more clearly expressed."

⁸²⁷ A.a.O. S. 234f. Weitere Argumente wurden von *JA Ramsbottom* in aller Kürze verworfen (S. 235).

⁸²⁸ Diese Frage wird auf S. 232f. explizit offengelassen.

⁸²⁹ Auch in *Registrar of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd.* 1930 AD 169 (180) wurde diese Frage aufgeworfen und diskutiert, jedoch letztlich ebenfalls nicht entschieden.

⁸³⁰ 1947 (1) SA (E) 127.

erlaubte, Wasser aus einem Staudamm zu schöpfen, welcher sich auf dem zu übertragenden Grundstück befand. Darüber hinaus sollte der Eigentümer des dienenden Grundstücks verpflichtet sein, eine Windmühle, Rohre und sonstige für die Wasserabschöpfung notwendigen Vorrichtungen bereitzustellen und zu unterhalten sowie das Wasser über die Rohre direkt auf einen vom Kläger festgelegten Punkt auf seinem Grundstück zu pumpen. Nach Erwerb des Grundstücks weigerte sich *Haumann*, die zwischen *Schwedhelm* und *Els* getroffenen Vereinbarungen hinsichtlich seiner eigenen aktiven Handlungspflichten auszuführen.⁸³¹

Zunächst war sowohl zwischen den Parteien als auch seitens des Gerichts unstreitig, dass es sich bei dem zugrunde liegenden Recht des Klägers, Wasser vom Grundstück des Beklagten abzuschöpfen, um eine Grunddienstbarkeit (*servitus aquaehaustus*) handelt.⁸³² In Disput waren die Parteien über die zusätzlichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Wassergewinnung und dem Wassertransport, welche nach Sicht des Beklagten keine Dienstbarkeiten darstellen und ihn somit als Rechtsnachfolger von *Els* nicht binden. Seitens des Beklagten wurde sich dabei auf den römischrechtlichen Grundsatz der Passivität von Dienstbarkeiten berufen. Der Kläger entgegnete dem, dass die Grunddienstbarkeit einheitlich betrachtet werden müsse und dass der Vereinbarung von aktiven Handlungspflichten in Zusammenhang mit anerkannten Dienstbarkeiten rechtlich nichts entgegenstehe.⁸³³

J Lewis befand zunächst, dass der seinerzeitigen Registrierung der Dienstbarkeit durch den Registerbeamten, zusammen mit den infrage stehenden Verpflichtungen keine größere Aussagekraft in Hinblick auf die Festlegung des Rechtscharakters zukomme.⁸³⁴ Darüber hinaus wurde das Vorbringen des Klägers, dass es der Wille der Parteien gewesen sei, den Verpflichtungen dinglichen Charakter zu verleihen, knapp mit der Aussage zurückgewiesen, dass die Neuschaffung von dinglichen Rechten nicht der Willkür der beteiligten Parteien unterliege.⁸³⁵ Ohne weitere Argumentation in der Sache befindet das Ge-

⁸³¹ A.a.O. S. 130f.

⁸³² A.a.O. S. 128f., 132.

⁸³³ A.a.O. S. 133.

⁸³⁴ An dieser Stelle wird auf Ex parte Geldenhuys sowie sec. 63 Abs. 1 DRA verwiesen, wonach eng mit dem dinglichen Recht verbundene persönliche Rechte mitregistriert werden können, ohne ihrerseits dinglichen Charakter zu erlangen – a.a.O. S. 136.

⁸³⁵ A.a.O. S. 136: „We did not understand this argument to mean that where the right involved could not in law constitute a servitude (...), the intention of the par-

richt offensichtlich unter Berufung auf den Passivitätsgrundsatz, dass die infrage stehenden Verpflichtungen keine Dienstbarkeiten und somit keine dinglichen Rechte darstellten und lediglich als persönliche Vereinbarung zwischen *Schwedhelm* und *Els* zu werten seien.⁸³⁶

5. Van der Merwe v Wiese

Ein ganz ähnlich gelagerter Fall wurde von *J Fagan* in der *Cape Provincial Division* nur ein Jahr später in *Van der Merwe v Wiese* entschieden.⁸³⁷ Auch hier ging es um einen Zusatz zu einer *servitus aquaehaustus*, der es dem Eigentümer des dienenden Grundstücks aufträgt, Rohrleitungen zugunsten des Eigentümers des dominanten Grundstücks zu unterhalten und 200 Gallonen Wasser pro Tag auf das dominante Grundstück zu leiten.⁸³⁸ In diesem Fall wurde erstaunlicherweise und im Gegensatz zu *Schwedhelm v Haumann* entschieden,⁸³⁹ dass es sich bei den dargestellten Verpflichtungen um eine Grunddienstbarkeit handeln könne, sie also auch gegenüber Rechtsnachfolgern wirksam seien.⁸⁴⁰ Die Entscheidungsbegründung ist undurchsichtig und verworren. Es wird sich u.a. vergleichend auf das französische, niederländische, germanische, englische, römische und römisch-holländische Recht bezogen, um zu begründen, dass der Grundsatz *servitus in faciendo consistere nequit* kein zwingendes Recht darstelle.⁸⁴¹ Nur am Rande sei erwähnt, dass in der Literatur mittlerweile Einigkeit darüber herrscht, dass die Entscheidung falsch war und Rechte *in faciendo* grundsätzlich keine Dienstbarkeiten darstellen können.⁸⁴²

ties could make it such any more than could the action of the Registrar in consenting to register the right and in thus treating it in the light of sec. 63 (1) of the Act as a real right.”

⁸³⁶ A.a.O. S. 137: „Granted that it may be contrary to public policy for an owner of land to impose at his caprice real burdens on his property of a character unknown to the law, and to purport to bind all future owners of the property in perpetuity (...), there seems to us nothing illegal or contrary to public policy for the plaintiff in this matter, when originally selling and transferring part of his property to Els in 1944, to have purported to impose upon Els the obligations set forth in condition C (3).”

⁸³⁷ 1948 (4) SA (C) 8.

⁸³⁸ A.a.O. S. 10.

⁸³⁹ So de Waal, in: Southern Cross, S. 785 (802); Hall/Kellaway, Servitudes, S. 7f.; a.A. Jordan, SALJ 75 (1958), S. 181 (182f.).

⁸⁴⁰ A.a.O. S. 32f.

⁸⁴¹ A.a.O. S. 22-33.

⁸⁴² Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 325; de Waal, in: Southern Cross, S. 785 (802); Hall/Kellaway, Servitudes, S. 8; van der Merwe, Sakereg,

II. Rechte im Zusammenhang mit Mineralienrechten

Auch die sog. Mineralienrechte⁸⁴³ haben für südafrikanische Gerichte mehrfach Anlass zur Überprüfung der Frage gegeben, ob ein registrierungsfähiges dingliches Recht vorliegt. Dabei stand nicht zur Debatte, ob Mineralienrechte an sich dinglichen Charakter haben, sondern lediglich ob bestimmte, mit Mineralienrechten verbundene Rechte ebenfalls registrierungsfähig sind. Eine zentrale Rolle nimmt dabei die Verteilung von Gewinnen oder sonstigen Geldern ein, die im Zusammenhang mit dem Abbau von Bodenschätzen generiert wurden. Insofern sind die nachfolgenden Fälle artverwandt mit solchen, die dem Eigentümer eines Grundstücks aktive Handlungspflichten in Form von Geldzahlungspflichten aus vertraglicher Vereinbarung auferlegen.⁸⁴⁴

1. Ex parte Pierce and others

In *Ex parte Pierce and others*⁸⁴⁵ hatte die *Orange Free State Provincial Division* des *Supreme Court* im Jahre 1950 über einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Recht über die Verteilung von Profiten aus der Erschließung von Mineralien und anderen wertvollen Bodenschätzen rechtlich einzuordnen war.

John Sporle Pierce starb 1919 und hinterließ fünf Kinder.⁸⁴⁶ In seinem Testament hielt er fest, dass die drei in seinem Eigentum stehenden landwirtschaftlichen Betriebe (*Mootfontein*, *Wolwehoek* und *Odin*) auf seine Enkel übergehen und die Kinder in der Zwischenzeit entweder als treuhänderische Eigentümer oder Nießbraucher der Grundstücke fungieren sollten. Ferner enthielt sein Testament eine Klausel, die wie folgt lautete: „Sollten auf den in diesem Testament genannten Bauernhöfen (...) Mineralien, wertvolle Steine, unedle Metalle oder Öle gefunden werden, so soll der sich daraus ergebende Gewinn zu gleichen Teilen unter meinen fünf Kindern bzw. im Falle des zwischenzeitlichen Ablebens stellvertretend unter ihren Kindern, aufgeteilt werden. Nach dem Tode aller meiner fünf

S. 474-477; Wille's Principles, S. 596. Umfassend werden die Unzulänglichkeiten in *Jordan*, SALJ 75 (1958) S. 181 (183-188) erörtert.

⁸⁴³ Siehe § 2D.V.3.a).

⁸⁴⁴ Insofern kann insbesondere eine Parallele zu *Nel N.O. v Commissioner for Inland Revenue* (§ 3F.I.3) hergestellt werden. Bei *Ex parte Geldnhuys* (§ 3F.I.1) und *Lorentz v Melle and others* (§ 3F.I.2) wurde die Geldzahlungspflicht im Rahmen eines Testaments vorgesehen.

⁸⁴⁵ 1950 (3) SA (O) 628.

⁸⁴⁶ Samuel Martin Pierce, John William Pierce, George Maximilian Pierce, Susan Christine Ralston, Philippina Johanna Francina Clayton – a.a.O. S. 630.

*Kinder erlischt diese Bedingung und verfällt.*⁸⁴⁷ Einige der Nachkommen beehrten nach dem Tode des Vaters die Eintragung dieser Bedingung im Grundbuch, die der Registerbeamte jedoch mit dem Hinweis verweigerte, dass es sich dabei lediglich um persönliche Rechte handele, die nicht registrierungsfähig seien.⁸⁴⁸

Zunächst wird von J Brink festgestellt, dass mit der zitierten Bedingung offensichtlich auch das Recht einhergehe, auf den Grundstücken nach Mineralien und sonstigen Bodenschätzen zu graben. Dies sei insofern erwähnenswert, als die Kinder lediglich treuhänderische Eigentümer bzw. Nießbraucher seien und somit kein vollwertiges Eigentum an den Höfen hätten. Sodann wird gesagt, dass die Schwierigkeit des Falls darin liege, dass in der Bedingung die Aufteilung des Gewinns vorgegeben werde und nicht die Mineralienrechte an sich aufgeteilt würden. Im letzteren Fall wäre es nach Meinung des Gerichts eindeutig, dass ein dingliches Recht vorliege, und der Testator habe mit dieser Formulierung wohl auch diesen Fall beschrieben. Aufgrund der verbleibenden Unsicherheit sei das Gericht jedoch nicht in der Lage, diese Sichtweise zu vertreten.

Die Gewinne ergäben sich aus der Realisierung eines Teils der Grundstücke (der Mineralienrechte) und die Pflicht zur Aufteilung der Gewinne treffe denjenigen, der zu dem Zeitpunkt (treuhänderischer) Eigentümer des betroffenen Grundstücks sei. Somit sei die Klausel trotz Beschränkung auf die Gewinnverteilung eine Verminderung des Eigentumsrechts. Werde sie nicht registriert, so sei ein gutgläubiger Erwerber an die Regelung nicht gebunden und dem Willen des Testators werde keine Folge geleistet. Mithin handele es sich bei dem durch die Klausel hervorgerufenen Recht um ein eigenständiges dingliches Recht *sui generis*,⁸⁴⁹ welches registrierungsfähig sei.⁸⁵⁰

⁸⁴⁷ A.a.O. S. 630: „Should any minerals, precious stones or base metals or oils be found on any of the farms specially mentioned in this will or on any farms that may be taken over by any of my heirs in terms hereof, then the profit derived therefrom shall be divided equally between my said five children or their children by representation, should any of them at such time be deceased. Upon the death of all my said five children this condition shall cease and lapse.“ – Eigene Übers. ins Deutsche.

⁸⁴⁸ A.a.O. S. 630f.

⁸⁴⁹ Die Einordnung als Grunddienstbarkeit oder beschränkt persönliche Dienstbarkeit wurde explizit abgelehnt, siehe a.a.O. S. 634.

⁸⁵⁰ A.a.O. S. 631–636.

2. Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds

In *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds*⁸⁵¹ hatte die *Orange Free State Provincial Division* im Jahre 1952 über einen Fall zu entscheiden, bei dem es ebenfalls um Einkünfte aus der Gewinnung von Bodenschätzen ging.

Die *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd.* („*Odendaalsrus Gold*“) war eingetragene Eigentümerin mehrerer Farmen im Distrikt Odendaalsrus in der ehemaligen Provinz Oranje-Freistaat. *Odendaalsrus Gold* hatte diese Grundstücke erworben, um aus ihnen einen eigenen Stadtteil („*Corridor*“) zu formen. Ein Teil des Corridors wurde durch staatliche Proklamation vom 25. März 1949 zur öffentlichen Grabungsstätte („*public diggings*“) erklärt. Als Eigentümerin der Grundstücke stand der *Odendaalsrus Gold* ein sog. Eigentümer-Anteil („*owner's share*“) zu. Demnach konnte sie die Hälfte der an den Staat abzuführenden Lizenzgebühren verlangen, die bei der Vornahme von Grabungen und Schürfungen in dem ausgewiesenen Gebiet vom jeweiligen Inhaber der Mineralienrechte zu zahlen war. Im Zuge der Übertragung eines der Grundstücke („*farm Kalkkuil*“) an die lokalen Behörden wurde eine Übertragungsurkunde vorbereitet, welche unter anderem eine Bedingung beinhaltete, die *Odendaalsrus Gold* und allen ihren Rechtsnachfolgern das Recht zusprach, den Eigentümeranteil sowie einige weitere Gewinne, die sich aus dem Grundstück generieren ließen, für sich zu beanspruchen.⁸⁵² Der zuständige Registerbeamte in Bloemfontein hat die Registrierung dieser Bedingung u.a. aus dem Grund abgelehnt, dass darin ein persönliches Recht zu sehen sei, welches nach sec. 63 DRA nicht registrierungsfähig sei.⁸⁵³

J Smit erklärte zunächst, dass nach dem südafrikanischen Common Law der Eigentümer grundsätzlich auch Inhaber der Mineralienrechte sei. Durch Gesetzgebung sei dieses Recht insofern jedoch eingeschränkt, als ein Landstück durch Proklamation zu einer öffentlichen Grabungsstätte erklärt werden könne. Für die Zeit der Wirksamkeit

⁸⁵¹ 1953 (1) SA (O) 600.

⁸⁵² A.a.O. S. 607: „All rights which may be or become vested in the freehold owner to share in any proceeds which may accrue to the Crown from the disposal of the undermining rights of the township, and also the share of claim licence moneys and any share of rental or profits which may accrue to any owner under any lease granted in respect of the land covered by the township and the like, are reserved to the said Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Limited and its successors in title thereto.“

⁸⁵³ A.a.O. S. 606f.

der Proklamation seien die vollen Eigentumsrechte ausgesetzt. Es bleibe jedoch für private Individuen möglich, gegen eine Gebühr eine Lizenz für die Durchführung von Grabungen zu erhalten. Von dieser Lizenzgebühr stehe dem privaten Eigentümer des jeweiligen Grundstücks die Hälfte zu. Werde das Eigentum auf einen Dritten ohne entsprechenden Vorbehalt übertragen, so stehe dem Erwerber auch der Anspruch auf die Beteiligung an der Lizenzgebühr zu. Werde jedoch ein entsprechender Vorbehalt dahingehend vereinbart, dass der bisherige Eigentümer die Beteiligungsrechte behalte, so erwerbe dieser für sich selbst ein Recht in Bezug auf das Grundstück eines anderen. Dies sei eine Beschränkung bzw. Subtraktion des Eigentums des Erwerbers. Die Lizenzgebühren seien vergleichbar mit den Früchten des Grundstücks, sodass der Inhaber dieses Rechts etwa mit einem Nießbraucher auf einer Stufe stehe. Daraus folge, dass auch das hier infrage stehende Recht ein dingliches, registrierbares Recht darstelle, welches nicht nur den Erwerber, sondern auch alle Rechtsnachfolger zugunsten des ursprünglichen Eigentümers (*Odendaalsrus Gold*) binde.⁸⁵⁴ Auf die genaue Natur dieses Rechts wird nicht weiter eingegangen, der Vergleich mit dem Nießbrauch legt jedoch eine Einordnung als beschränkt persönliche Dienstbarkeit oder als dingliches Recht eigener Art nahe.

3. Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds

Ein ähnlich zu *Odendaalsrus* gelagerter Fall wurde 1990 von der *Cape Provincial Division* entschieden. In *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds*⁸⁵⁵ ging es abermals u.a. um die Frage, ob die Verpflichtung zur Abführung von Einkünften aus der Vermarktung von Mineralienrechten an einen Dritten als dingliches Recht registriert werden kann.

Der Kläger begehrte die Registrierung einer in einem Kaufvertrag über eine Immobilie enthaltenen Klausel, die vorsah, dass ein Dritter vom Eigentumserwerber und seinen Rechtsnachfolgern (a) ein Drittel der Nettoeinkünfte aus dem Verkauf von Rechten zum Schürfen nach Mineralien auf dem Grundstück; (b) ein Drittel der Nettoentschädigung im Falle einer Enteignung; und (c) ein Drittel der Nettoentschädigung im Falle einer Übereignung des Grundstücks an jegliche Be-

⁸⁵⁴ A.a.O. S. 609-612. *AJP Horwitz* kommt auf den S. 604-606 aus im Wesentlichen gleichen Gründen zum selben Ergebnis.

⁸⁵⁵ 1990 (4) SA (C) 614.

hörde, die nach dem Gesetz zur Enteignung befugt ist, verlangen kann.⁸⁵⁶

Die Weigerung des Registerbeamten gründete sich im Wesentlichen auf die Argumentation, dass das Recht des Erwerbers und seiner Rechtsnachfolger, das Grundstück zu verkaufen, *per se* in keiner Weise beschränkt sei sowie dass der Eigentümer nicht verpflichtet sei, irgendwelche Rechte oder Ermächtigungen an dem Grundstück zu gewähren.⁸⁵⁷ Das Gericht widersprach den Argumenten des Registerbeamten und entschied zugunsten des Klägers. Nach der Meinung von *J King* ist eines der Rechte des Eigentümers das *ius disponendi* bzw. das Recht zur freien Verfügung.⁸⁵⁸ Dieses sei durch die Bedingungen insofern eingeschränkt, als der Eigentümer nicht die gesamten Früchte der Verfügung (sprich des Verkaufs) für sich beanspruchen könne.⁸⁵⁹ Es sei an dieser Stelle nur schon einmal angemerkt, dass diese Entscheidung in Literatur und auch Rechtsprechung heftig kritisiert und u.a. als unvereinbar mit der *ratio decidendi* aus *Lorentz v Melle and others*⁸⁶⁰ dargestellt wurde.⁸⁶¹

III. Sonstige

Neben den dargestellten Kategorien tauchen vor südafrikanischen Gerichten immer wieder sonstige Einzelfälle auf, bei denen die Einordnung bestimmter Rechte als dinglich oder persönlich vorgenommen werden muss. Vier dieser Fälle, in denen die Rechtsnatur von Nutzungsbeschränkungen, Rückkaufsrechten, Namensrechten, Höchstgrenzen für Weiterverkaufspreise sowie Bedingungen aus der Satzung einer Hauseigentümergeinschaft infrage stand, werden nachfolgend erläutert.

⁸⁵⁶ A.a.O. S. 615: „The condition (...) provides in essence that a third party is entitled to certain benefits, namely to ‘receive from the transferee and/or its successors in title’ – (a) one third of the net consideration received from the grantee of any option or rights to prospect for minerals etc on the property; (b) one third of the net compensation received in consequence of the expropriation of the property; (c) one third of the net compensation received upon the disposal of the property to any authority ‘who is vested by law with the power of expropriation’.” – Eigene Übers. ins Deutsche.

⁸⁵⁷ A.a.O. S. 615.

⁸⁵⁸ Siehe § 2D.I.1.

⁸⁵⁹ A.a.O. S. 617.

⁸⁶⁰ Siehe § 3F.I.2.

⁸⁶¹ Denel (Pty.) Ltd. v Cape Explosive Works Ltd. and another 1999 (2) SA (T) 419 (437); Badenhorst/Coetser, De Jure 24 (1991), S. 375 (387); De Waal, EJCL 3.3 (1999) (3.3); Mostert/Verstappen, in: MSPL, S. 351 (368f.).

1. Cape Explosive Works Ltd. and another v Denel (Pty.) Ltd. and others

In *Cape Explosive Works Ltd. and another v Denel (Pty.) Ltd. and others*⁸⁶² hatte der 1994 neugeschaffene *Supreme Court of Appeal* im Jahre 2001 einen Fall zu entscheiden, in dem es um eine Eigentumsübertragung infolge eines Kaufvertrages ging, welcher zwei Klauseln vorsah, deren Rechtscharakter festzustellen war.

Im Jahre 1973 hatte der erste Berufungskläger *Cape Explosive Works („Capex“)* zwei Grundstücke im Verwaltungsbezirk von Stellenbosch im Westkap der Republik an den zweiten Beklagten *Armaments Development and Production Corporation of South Africa Ltd. („Armcor“)* verkauft. In der Übertragungsurkunde wurden zwei Beschränkungen in Hinblick auf die Eigentumsübertragung zugunsten von *Capex* vorgenommen, nämlich erstens, dass die Grundstücke nur für Zwecke der Rüstungsindustrie genutzt werden dürften, und zweitens, dass *Capex* ein Rückkaufsrecht zustehe, sofern die erste Bedingung nicht erfüllt werde. *Armcor* stimmte der Registrierung dieser Rechte seinerzeit zu und auf der Urkunde war explizit vermerkt, dass sie sowohl gegenüber *Armcor* als auch allen Rechtsnachfolgern bindend sein sollten. Eines der Grundstücke wurde in der Folge von *Armcor* auf *Denel (Pty.) Ltd. („Denel“)* übertragen. Die Übertragungsurkunde zwischen *Armcor* und *Denel* enthielt die zweite Beschränkung (das Rückkaufsrecht) jedoch nicht mehr. *Denel* hat in der ersten Instanz (*Transvaal Provincial Division*) erfolgreich die Feststellung beantragt, dass ihr Grundstück nicht mit der Bedingung des Rückkaufsrechts zugunsten *Capex* belastet ist. *Capex* erhob eine Widerklage mit dem Inhalt, dass die registrierten Dokumente dahingehend geändert werden müssten, dass sowohl die erste als auch die zweite Beschränkung aufgeführt werden.⁸⁶³ *JA Streicher* hatte sodann über die Berufung von *Capex* zu entscheiden.

Das Gericht sah sich also der Frage ausgesetzt, ob die beiden ursprünglich vereinbarten Beschränkungen dinglichen Charakter haben, somit registrierfähig sind und folglich auch gegenüber *Denel* als Rechtsnachfolger von *Armcor* gelten. Die klassischen Kategorien dinglicher Rechte passen hier weder auf das eine noch auf das andere Recht. Am ehesten wäre noch wiederum an eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit zu denken, allerdings macht es letztlich keinen Unterschied, welche Bezeichnung man wählt. Die Frage ist, ob im Lichte

⁸⁶² 2001 (3) SA (SCA) 569; van der Merwe, *AnnSurv* 1990, S. 192 (206f.).

⁸⁶³ A.a.O. S. 572-578 bzw. zusammengefasst auf S. 570.

des fehlenden *numerus clausus* dinglicher Rechte im südafrikanischen Recht durch die beiden Beschränkungen neue dingliche Rechte (*sui generis*) anerkannt werden sollten.

In Bezug auf das Rückkaufsrecht wurde seitens *Denel* zunächst argumentiert, dass es deshalb ein persönliches Recht sei, weil es ein Optionsrecht darstelle. Dieses Argument wurde seitens des Gerichts mit dem Hinweis verworfen, dass ein Optionsrecht aus einem bindenden Angebot, gepaart mit einer Vereinbarung, dass dieses Angebot für eine gewisse Zeit offengehalten werden solle, bestehe und diese Voraussetzungen hier nicht vorlägen.⁸⁶⁴ Darüber hinaus berief sich *Denel* unorthodoxerweise darauf, dass mit dem Rückkaufsrecht eine aktive Pflicht des Grundstückseigentümers einhergehe, den Inhaber des Rückkaufsrechts (*Capex*) aktiv darüber in Kenntnis zu setzen, wenn die Nutzungsbeschränkung nicht mehr eingehalten werde. Mit Berufung auf die Entscheidung *Schwedhelm v Haumann*⁸⁶⁵ sei die Vereinbarung einer solchen aktiven Handlungspflicht im Rahmen dinglicher Rechte nicht möglich. Auch hier folgte *Streicher* den Ausführungen des Beklagten nicht. Seiner Ansicht nach sei das Rückkaufsrecht für *Denel* weniger eine Pflicht als vielmehr ein Recht. Denn wenn das Grundstück entgegen den Vorgaben der Nutzungsbeschränkung nicht für Zwecke der Rüstungsindustrie verwendet würde, dann wäre es für *Denel* wertlos und es läge somit im Interesse von *Denel*, das Grundstück wieder zu verkaufen.⁸⁶⁶ Letztlich wurde zugunsten des Berufungsklägers entschieden. Die beiden Beschränkungen seien als einheitliches Ganzes zu verstehen und beschränkten als solches das Eigentum an dem Grundstück. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Beschränkungen in der Übertragungsurkunde zwischen *Armiscor* und *Denel* nicht mehr zu finden seien, da Südafrika einem negativen Registrierungssystem folge, wonach die im Register abgebildete Rechtslage nicht immer die tatsächlichen Verhältnisse widerspiegele.⁸⁶⁷ Es handele sich folglich um dingliche Rechte.⁸⁶⁸

2. Fine Wool Products of South Africa v Director of Valuations

Ein weiteres Beispiel für einen Fall, in dem eine rechtliche Einordnung einer Vertragsbedingung durch ein höheres Gericht erfolgen musste, ist das Urteil *Fine Wool Products of South Africa v Director of Valua-*

⁸⁶⁴ A.a.O. S. 578.

⁸⁶⁵ Siehe § 3F.I.4.

⁸⁶⁶ A.a.O. S. 578f.

⁸⁶⁷ Siehe dazu näher § 2C.III.

⁸⁶⁸ A.a.O. S. 579.

tions⁸⁶⁹ aus dem Jahre 1950. Zu klären war die Frage, ob die Vereinbarung einer Bedingung für den Weiterverkauf einer Immobilie dinglicher Natur ist. Ausnahmsweise kam es dabei nicht auf die Registrierungsfähigkeit der Bedingung an, sondern auf die Möglichkeit, diese bei einer Grundstücksbewertung zu berücksichtigen.

Der Kläger *Fine Wool Products* war Eigentümer einer Immobilie, die er für industrielle Zwecke im Dezember 1946 von der Gemeinde Uitenhage, nahe Port Elizabeth im heutigen Ostkap, erworben hat. In der Übertragungsurkunde wurden einige Bedingungen vereinbart, von denen eine lautete, dass der zu zahlende Kaufpreis nicht über den Betrag hinausgehen darf, den der Kläger an die Gemeinde zu zahlen hatte, sofern das Grundstück oder Teile davon vom Empfänger (d.h. dem Kläger) an einen Teilhaber oder sonstigen Industriekonzern veräußert werden.⁸⁷⁰ Im Zuge einer Grundstücksbewertung brachte der Kläger im Januar 1948 vor einem Bewertungsausschuss vergeblich vor, dass die Beschränkung des Wiederverkaufspreises durch die Bedingung in der Übertragungsurkunde bei der Bewertung berücksichtigt werden müsse. Gegen diese Missachtung wehrte sich der Kläger sodann gerichtlich.⁸⁷¹

Das Gericht stellte zunächst fest, dass die Bedingung nur dann bei der Grundstücksbewertung berücksichtigt werden müsse, wenn sie ihrer Natur nach nicht nur gegenüber dem Erwerber, sondern auch gegenüber den Rechtsnachfolgern gelte und somit dinglicher Natur sei.⁸⁷² Insbesondere unter Berufung auf den Wortlaut der Bedingung, der eben nur den Empfänger und nicht auch zukünftige Käufer zur Einhaltung der Bedingung verpflichte, kam *J Reynolds* zu dem Schluss, dass nur *Fine Wool Products* gebunden sei. Die Beschränkung sei rein persönlicher Natur und setze sich mit hypothetischen Szenarien auseinander, die möglicherweise niemals eintreten würden und somit auch keine Auswirkungen auf das Grundstück haben könnten.⁸⁷³ Folglich handele es sich nicht um eine Beschränkung dinglicher Art, welche auch gegenüber etwaigen Rechtsnachfolgern gelten würde. Sie

⁸⁶⁹ 1950 (4) SA (E) 490.

⁸⁷⁰ A.a.O. S. 494: „Should the transferee at any time sell any portion of the said land to any associate or industrial concern (...), the price thereof shall not exceed the said price paid by the transferee (...).“

⁸⁷¹ A.a.O. S. 493–496.

⁸⁷² A.a.O. S. 498f.

⁸⁷³ A.a.O. S. 509: „The restrictive condition is purely a personal one dealing with events that may never occur, and a desire of the appellant that may never come into existence and cannot ‘affect the land’.“

könne somit bei der Grundstücksbewertung unberücksichtigt bleiben.⁸⁷⁴

In die gleiche Kerbe schlägt *CJ Innes in Hollins v Registrar of Deeds*,⁸⁷⁵ wo es um ein Recht des Verkäufers geht, welches diesem für den Fall, dass das Grundstück durch Proklamation zu einem Bergbaugebiet ausgerufen wird, einen Anspruch auf die Hälfte der dann von dem jeweils Berechtigten zu entrichtenden Bergbaupacht („mynpacht“) verleiht:⁸⁷⁶ „*The document confers upon Hollins merely a personal right, a jus in personam contingent upon the farm being proclaimed under the Gold Law. If no proclamation should take place Hollins will have paid his £6000 for nothing.*“

3. National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firststrand Bank Ltd.

In *National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firststrand Bank Ltd.*⁸⁷⁷ setzte sich der *Supreme Court of Appeal* im Jahre 2011 mit der Frage auseinander, ob das Namensgebungsrecht an einem Fußballstadion, welches für die Fußball-Weltmeisterschaft 2010 in Südafrika im Johannesburger Township Soweto erbaut wurde, als beschränkt persönliche Dienstbarkeit registrierungsfähig ist.

Die *First National Bank* („FNB“), welche mittlerweile zu der Unternehmensgruppe der *Firststrand Bank Ltd.* gehört, hielt seit 1988 Namensrechte an einem Fußballstadion im South Western Township in Johannesburg (*FNB Stadium*). Im Zuge der FIFA Fußball-Weltmeisterschaft in Südafrika im Jahre 2010 wurde das Stadion von Grund auf umgebaut und erneuert. Um der FIFA die exklusiven Vermarktungsrechte an der Großveranstaltung zu gewähren, war es nicht gestattet, dass Stadien für die Zeit während der Veranstaltung sowie eine gewisse Zeit davor, den Titel privater Sponsoren im Namen tragen. Das FNB Stadium wurde sodann als *Soccer City Stadium* im Rahmen der Veranstaltung bekannt. Die Eigentums- und Verwaltungsrechte an dem Stadion wechselten über die Jahre mehrfach. Die genaue Darstellung der Verhältnisse ist äußerst komplex und spielt für die hier relevante Frage keine Rolle. Wesentlich ist, dass das Eigentum im Jahre 2008 auf den Staat überging und in diesem Zuge eine persönliche Dienstbarkeit zugunsten *FNB* registriert wurde, wonach diese die exklusiven Namensgebungsrechte an dem Stadion in-

⁸⁷⁴ A.a.O. S. 500f., 509, 513.

⁸⁷⁵ 1904 TS 603.

⁸⁷⁶ A.a.O. S. 605.

⁸⁷⁷ 2011 (2) SA (SCA) 157.

klusive dem Recht zum Aufstellen und -hängen von Namenstafeln auf dem Stadiongelände erhalten sollte. Die Causa für die Registrierung der Dienstbarkeit stammte bereits aus dem Jahre 2007 und sah vor, dass das Recht auf zehn Jahre beschränkt gelten (mit einem weiteren Optionsrecht zugunsten FNB) und die Laufzeit bereits im Jahre 2004 beginnen sollte. Im Jahr 2009 sicherte sich die Stadt Johannesburg eine dauerhafte Miete über das Stadion für einen Zeitraum von 99 Jahren. Zur Verwaltung des Stadions engagierte die Stadt im selben Jahr die *National Stadium South Africa (Pty.) Ltd.* („NSSA“). In der Vereinbarung zwischen der Stadt und der NSSA wurde unter anderem festgehalten, dass die NSSA über die Namensrechte verfügen konnte. Der jährliche Wert der Namensrechte wurde auf acht Millionen südafrikanische Rand geschätzt und die Möglichkeit, dass eine Dritte Partei Namensrechte an dem Stadion haben könnte wurde in der Vereinbarung in Erwägung gezogen.⁸⁷⁸

Gestritten wurde darum, ob die NSSA die Namensrechte an dem Stadion vermarkten durfte oder nicht. FNB berief sich auf die Dienstbarkeit und die NSSA entgegnete, dass diese niemals als Dienstbarkeit registrierungsfähig gewesen sei und alternativ, dass die originäre Dienstbarkeit in dem Moment verfallen sei, als 2007 mit den umfassenden Umbauarbeiten an dem Stadion begonnen wurde.⁸⁷⁹

Zunächst hob *DP Harms* als zuständiger Richter hervor, dass Namensrechte an Stadien außergewöhnlich wertvoll seien, dies jedoch keine Rückschlüsse auf ihren Rechtscharakter zulasse.⁸⁸⁰ In Bezug auf das infrage stehende Namensrecht wird sodann allgemein zum Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten ausgeführt, dass Gegenstand eines dinglichen Rechts eine Sache und Gegenstand eines persönlichen Rechts die Leistung eines anderen sei.⁸⁸¹ Durch die getroffene Vereinbarung sei dem Staat keine Leistungspflicht aufgebürdet worden und somit handele es sich nicht um ein persönliches Recht zugunsten von FNB. Der Umstand, dass FNB das Namensrecht sowie das Recht zum Anbringen von Namenstafeln habe, bedeute, dass der Staat trotz seiner Eigentümerstellung diese Rechte nicht ausüben könne und das Eigentum entsprechend beschränkt sei.⁸⁸² Die Namensrechte seien mit solchen Rechten vergleichbar, die es dem

⁸⁷⁸ A.a.O. S. 159-163.

⁸⁷⁹ A.a.O. S. 163f.

⁸⁸⁰ A.a.O. S. 164.

⁸⁸¹ A.a.O. S. 166.

⁸⁸² A.a.O. S. 167: „This means that the right to name the stadium as owner was carved out from the owner’s full ownership right, thereby restricting the exercise of this particular right of ownership in respect of the immovable property.“

Rechtsinhaber erlauben, auf dem Grundstück eines anderen Handel zu betreiben, d.h. dieses zu nutzen und in Teilen zu belegen. Bei solchen Handelsrechten sei der dingliche Charakter anerkannt.⁸⁸³ Dem Argument des Klägers, dass die Dienstbarkeit in dem Moment verfallen sei, in dem die Umbauarbeiten begonnen hätten, entgegnete das Gericht insbesondere mit der Einlassung, dass die Dienstbarkeit unabhängig von der konkreten äußeren Gestaltung des auf dem entsprechenden Grundstück errichteten Stadions bestehe.⁸⁸⁴

4. Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others

Das jüngste Urteil, in dem sich der SCA mit der potenziellen Dinglichkeit eines Rechts auseinandergesetzt hat, ist *Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others*⁸⁸⁵ aus dem Jahre 2015. In diesem außergewöhnlichen Fall hatte das Gericht darüber zu entscheiden, ob dem Recht einer Hauseigentümergeinschaft, einem Mitglied der Gemeinschaft die Freigabe für den Verkauf seiner Parzelle zu versagen, solange das Mitglied nicht alle Vorgaben der Satzung erfüllt hat, dinglicher Charakter zugesprochen werden kann.

Die Eheleute *van der Walt* erwarben im Jahr 2006 ein Grundstück in einer prestigeträchtigen Wohnsiedlung in Kempton Park und belasteten das Grundstück mit einer Hypothek zugunsten der *Firststrand Bank Ltd.* („*Firststrand*“). Auf dem Grundstück befand sich ein noch unfertiges Wohnhaus. Mit dem Erwerb des Eigentums wurden die *van der Walts* automatisch Mitglieder in der Hauseigentümergeinschaft, die mit der Verwaltung der Infrastruktur der Wohnsiedlung befasst war und verpflichteten sich per Vereinbarung zur Einhaltung der Satzung und sonstiger Regeln der Gemeinschaft. Eine dieser Regeln sah vor, dass die *van der Walts* der Hauseigentümergeinschaft einen Bauplan für das unfertige Wohnhaus vorlegen mussten, welchem diese innerhalb von zwei Monaten zuzustimmen hatte. In diesem Plan wurde sodann niedergelegt, dass die Renovierung des Wohnhauses innerhalb von neun Monaten ab Registrierung des Grundstücks abgeschlossen sein musste. Sollten die Zeitvorgaben nicht eingehalten werden, so waren Strafzahlungen an die Gemeinschaft vorgesehen.

⁸⁸³ A.a.O. S. 167.

⁸⁸⁴ A.a.O. S. 168f.

⁸⁸⁵ (2015) 1 All SA (SCA) 562. Der Sachverhalt ergibt sich aus den paras. 1-9. Für eine Zusammenfassung sowohl des Sachverhalts als auch der Argumente der Parteien sowie der Entscheidungen der Vorinstanzen und des SCA siehe Tuba, THRHR 79 (2016), S. 339 (342-346).

Zur Durchsetzung dieser Strafzahlungen und sonstiger Abgaben an die Gemeinschaft beinhaltete die Vereinbarung eine Klausel folgenden Inhalts: „Der Eigentümer einer Parzelle (...) kann seine Parzelle (...) nicht ohne eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der Hauseigentümergeinschaft veräußern, die bestätigt, dass sämtliche Vorschriften der Gemeinschaftssatzung eingehalten wurden.“⁸⁸⁶ Die Klausel gibt der Gemeinschaft mit anderen Worten das Recht, die Ausstellung der Unbedenklichkeitsbescheinigung bis zur Begleichung sämtlicher finanzieller Verbindlichkeiten seitens des Eigentümers zu unterlassen und somit den Weiterverkauf der Parzelle zu verhindern. Die Vereinbarung samt der zitierten Klausel wurde in der Übertragungsurkunde festgehalten und im Grundbuch registriert.

Die *van der Walts* konnten die Zeitvorgabe für die Fertigstellung des Wohnhauses nicht einhalten und gerieten auch mit der Zahlung von Beiträgen an die Gemeinschaft in Rückstand. Die Gemeinschaft erhob daraufhin Strafzahlungen gegenüber den *van der Walts*. Im Jahre 2009 wurde ein Insolvenzverfahren über dem jeweiligen Vermögen beider Eheleute eröffnet, woraufhin die *Firststrand* ein Urteil gegen die *van der Walts* erwirkte und den zwangsweisen Verkauf des Grundstücks beehrte. Nachdem die gemeinsamen Insolvenzverwalter einen Abnehmer gefunden hatten, baten sie die Hauseigentümergeinschaft um die Ausstellung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung. Diese weigerte sich jedoch mit Hinweis auf noch ausstehende Strafzahlungen.

Das Hauptargument der Gemeinschaft war, dass die Insolvenzverwalter, genau wie die *van der Walts*, ohne Einholung der Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht über das Grundstück verfügen könnten. Mit anderen Worten stelle das Recht der Gemeinschaft, die Ausstellung der Unbedenklichkeitsbescheinigung bis zur vollkommenen Zahlung aller ausstehenden finanziellen Verbindlichkeiten zu verweigern, ein dingliches Recht dar, welches den gegenwärtigen sowie zukünftige Eigentümer des Grundstücks binde. Als solches verpflichtete es auch die Insolvenzverwalter, welche mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens in die Position der *van der Walts* gerückt seien und damit die gleichen Eigentumsrechte wie die zahlungsunfähigen Eheleute innehätten.⁸⁸⁷ Die Insolvenzverwalter stellten sich freilich auf

⁸⁸⁶ A.a.O. para. 8: „[t]he owner of the erf (...) shall not be entitled to transfer the erf (...) without a clearance certificate from the Home Owners Association that the provisions of the Articles of Association have been complied with.“

⁸⁸⁷ A.a.O. para. 12: „The embargo thus remained binding on the Master and the trustees (...) because these parties stepped into the shoes of the insolvent parties and acquired the same rights of ownership held by the insolvents.“

den Standpunkt, dass das entsprechende Recht der Gemeinschaft lediglich persönlicher Natur sei und begründeten dies damit, dass die Klausel keine Beschränkung des Eigentums darstellen sollte, sondern lediglich die effektive Vertragserfüllung sicherstellen sollte. Dies ließe sich damit begründen, dass aus der Vereinbarung kein Wille der Vertragsparteien hervorgehe, auch folgende Eigentümer bzw. Verfügungsberechtigte Personen zu binden.⁸⁸⁸

Der SCA entschied letztlich zugunsten der Hauseigentümergeinschaft und befand, dass das Recht der Gemeinschaft, die Ausstellung der Unbedenklichkeitsbescheinigung bis zur Zahlung aller offenen Verbindlichkeiten zu verweigern, dinglicher Natur sei. Die Bewertung, ob es sich bei der Klausel um ein dingliches oder persönliches Recht handele, sei Interpretationssache. Aus dem Wortlaut der Vereinbarung zwischen den *van der Walts* und der Gemeinschaft sei die notwendige Intention der Parteien zur Bindung sowohl des gegenwärtigen als auch nachfolgender Eigentümer ableitbar und zudem sei das Verfügungsrecht des Eigentümers derart eingeschränkt, dass es sich um eine relevante Subtraktion vom Eigentum handele, die die Annahme eines dinglichen Rechts rechtfertige.⁸⁸⁹

IV. Schlussfolgerung

Die Darstellung schwieriger praktischer Anwendungsfälle zeichnet zunächst ein Bild davon, in welchen Konstellationen über die Einordnung der Natur von Rechten gestritten wird. Es war zu erwarten, dass Grenzfälle insbesondere im Bereich von Dienstbarkeiten auftreten.⁸⁹⁰ Ausgangspunkt dafür, dass überhaupt eine Diskussion stattfinden kann, ist stets, dass kein zwingender *numerus clausus* dinglicher Rechte in Südafrika besteht und somit immer wieder neue beschränkt dingliche Rechte entstehen können. Es wird zwar oftmals von den Gerichten versucht, bestimmte Rechte in das nicht ganz so starre Korsett einer Dienstbarkeit zu zwängen, jedoch ist dieses Vorgehen nicht

⁸⁸⁸ A.a.O. para. 13: „The trustees (...) submitted that whilst the embargo prohibited the transfer of property by its owner, (a) there was no evidence showing an intention to create a real right in the land; (b) that the true object of the embargo was not to diminish ownership in the land but to achieve specific performance of a contract by a member of the association who also happens to be the owner of the land; (c) that the right created by the embargo is a personal one attaching not to the land but only to the current owner of the land, which is subject to the *concursum creditorum* of insolvency; (...).“

⁸⁸⁹ Zur Begründung des Gerichts siehe a.a.O. paras. 16-22. Für eine genauere Analyse der Anwendung des Subtraktions-Tests in diesem Fall siehe § 4B.II.2.c).

⁸⁹⁰ Van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 30.

zwingend und wird auch nicht durchgehend eingehalten. Der Vergleich mit anerkannten dinglichen Rechten ist legitim und zielführend. Die Entscheidung, ob etwa eine mit dem Grundstück verbundene Geldzahlungspflicht als dingliches Recht eintragungsfähig ist, war bisher jedoch letztlich von der individuellen Einstellung des entscheidenden Gerichts abhängig. Wurde eine etwas liberalere, großzügigere Haltung vertreten, so wurden reine Geldzahlungspflichten im Zusammenhang mit Grundstücken als dingliche Rechte eingeordnet (*Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds*). Vertrat das Gericht jedoch eine restriktive Praxis bei der Anerkennung neuer dinglicher Rechte, so erfolgte in ähnlich gelagerten Fällen lediglich eine Einordnung als persönliches Recht (u.a. *Lorentz v Melle and others*).

Ein weiterer Punkt ist im Rahmen der Analyse der Fallbeispiele hervorzuheben und zwar die faktische Macht, welche dem Registerbeamten zukommt. Häufig wehren sich die Kläger gegen dessen Entscheidungen über die Registrierung von Rechten vor Gericht. Noch häufiger wird diese Entscheidung jedoch hingenommen werden, ohne dass es zu einem Prozess kommt. Somit liegt es oftmals in der Hand und dem Ermessen des Registerbeamten, ob faktisch neue dingliche Rechte entstehen oder nicht. Auch die für die Entscheidung ausschlaggebenden Gründe lassen nicht etwa eine Stringenz erkennen, die zu so etwas wie Rechtssicherheit führen könnte. Wie sollte dies im Lichte der unklaren Rechtslage und der uneinheitlichen Rechtsprechung der höchsten Gerichte auch anders sein? Aus der einschlägigen Rechtsprechung ergibt sich zwar grundsätzlich das Bild, dass die Registerbeamten eher restriktiv bei der Anerkennung neuer dinglicher Rechte vorgehen. Allerdings lässt sich dies eher darauf zurückführen, dass eben nur solche Fälle durch Klageeinreichung öffentlich werden, in denen die Eintragung verweigert wurde. Der Umstand, dass es sich bei dem Grundbuchamt mittlerweile um eine quasi-gerichtliche Stelle mit ausnahmslos juristisch gebildeten Mitarbeitern in entscheidender Funktion handelt,⁸⁹¹ macht die Sache insgesamt nur wenig besser. Als Anwalt kann man seinem Mandanten in Grenzfällen nur empfehlen, im Zweifel die Registrierung zu beantragen und auf die Nachsicht des Registrators zu hoffen. Dass solche Systeme gerade in einem Land wie Südafrika manipulations- und vor allem korruptionsanfällig sind, sei nur am Rande erwähnt.

Unterm Strich steht, dass es keine einheitliche Linie und keinen einheitlichen Test gibt. Die Gerichte sehen sich offensichtlich nicht an Präjudizien gebunden und versuchen stets einzelfallbezogen zu ar-

⁸⁹¹ Siehe § 2C.I und sec. 2 (2) DRA.

gumentieren. Zum Teil wird auf den Willen der Parteien rekuriert, ein anderes Mal ist der Wortlaut der Übertragungsurkunde entscheidend und schließlich wird sich auf auf römischrechtliche Grundsätze zurückbesonnen, ohne diese ernsthaft zu hinterfragen. In den beiden jüngsten Entscheidungen des *Supreme Court of Appeal* heißt es nur noch, dass die Einordnung als dingliches oder persönliches Recht eben eine „*matter of interpretation*“⁸⁹² sei, ohne konkrete Interpretationsmaßstäbe oder sonstige Anhaltspunkte für die Prüfung genauer zu erläutern. Es zeichnet sich ein heterogenes Bild, welches die Rufe nach legislativer Intervention nicht verstummen lassen wird.⁸⁹³ Dieser wird sich jedoch darauf berufen, dass in sec. 102 DRA bereits eine Definition für dingliche Rechte existiert. Wenn es dort jedoch heißt, dass der Begriff „dingliche Rechte“ jegliche Rechte umfasst, die durch die Registrierung zu einem dinglichen Recht werden,⁸⁹⁴ dann neigt sich der Grad der Verwirrung dem Siedepunkt. Mit dieser Definition werden lediglich die *iura in personam ad rem acquirendam*, sprich solche persönlichen Rechte beschrieben, die auf den Erwerb eines dinglichen Rechts gerichtet sind. Es muss davon ausgegangen werden, dass es sich hierbei nur um eine Klarstellung handelt, die davon ausgeht, dass diese Rechte eine Ausnahme von dem Grundsatz darstellen, dass persönliche Rechte nicht registrierungsfähig sind.⁸⁹⁵

⁸⁹² Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others (2015) 1 All SA (SCA) 562 (para. 16); National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firststrand Bank Ltd. 2011 (2) SA (SCA) 157 (167).

⁸⁹³ Siehe dazu umfassend § 4A.IV.3.b).

⁸⁹⁴ „‘[R]eal right’ includes any right which becomes a real right upon registration“.

⁸⁹⁵ Siehe dazu kritisch § 3E.I.2.

§ 4 Ansätze zur Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien

Die Entwicklung von Ansätzen zur Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien ist kein unbestelltes Feld. Sowohl in Literatur als auch in Rechtsprechung wurde die Frage, wie zwischen diesen beiden Rechtgruppen differenziert werden soll, umfassend diskutiert.⁸⁹⁶ An Aktualität und Relevanz eingebüßt hat sie deshalb gleichwohl nichts. Vielleicht gibt es diese eine, dogmatisch saubere und praktisch anwendungstaugliche Lösung auch gar nicht. Das Ziel der vorliegenden Forschungsarbeit ist es, den existierenden Meinungsstand auszuwerten und die Befunde im Rahmen eines eigenen Lösungsansatzes zu konzentrieren.

Darüber hinaus sei erwähnt, dass es vorliegend ausschließlich um die Unterscheidung in Bezug auf Immobilien geht und z.B. dingliche Rechte an immateriellen Gütern oder beweglichen Sachen sowie Persönlichkeitsrechte nicht Gegenstand der Untersuchung sind. Die Aufstellung einer Theorie, welche der generellen Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten auf allen denkbaren Gebieten dient, ist unter Berücksichtigung aller in Südafrika herrschenden Umstände und in Anbetracht der Vielfalt der denkbaren Konstellationen nach hier vertretenen Auffassung nicht durchführbar. Die Darstellung der schwierigen praktischen Anwendungsfälle hat überdies gezeigt, dass es primär um die Frage geht, wann ein neues beschränkt dingliches Recht entsteht, welches nicht ohne Weiteres in existierende Kategorien dinglicher Rechte in Südafrika eingeordnet werden kann. Das Eigentum bleibt als Ausgangspunkt für beschränkt dingliche Rechte gleichwohl ein wichtiger Faktor.

Die bisher vertretenen Ansätze lassen sich grob in theoretische bzw. solche der Literatur und solche der Rechtsprechung unterteilen. Dies bedeutet freilich nicht, dass die von den Gerichten angewandten Grundsätze nicht auch in der Literatur analysiert worden sind und Zuspruch sowie Ablehnung erfahren haben.

⁸⁹⁶ Übersichten zum Diskussionsstand sind u.a. zu finden bei Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 50-65; Lewis, *SALJ* 104 (1987), S. 599 (602-615); van der Merwe, in: Lee/Honoré: *Things*, S. 219 (236-239); ders. *Sakereg*, S. 60-63; van der Walt, *THRHR* 55 (1992), S. 170 (179-194). Siehe auch bereits Wille, *SALT* 1 (1932), S. 6f., 36f. Eine eigene Doktorarbeit in niederländischer Sprache wurde dem Thema von *Reinsma* im Jahre 1970 gewidmet („*Het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke Rechten met betrekking tot onroerend Goed in het Zuidafrikaanse Recht*“).

A. Theoretische Ansätze

Zunächst werden die theoretischen Ansätze in den Fokus gerückt, die im Laufe der Jahre außerhalb von Gerichtssälen entwickelt wurden.⁸⁹⁷ Hervorzuheben als mit Abstand wichtigste und am meisten beachtete Ansätze sind die klassische und die personalisierte Theorie. Doch es existieren sowohl in der älteren als auch in der neueren Literatur noch weitere Herangehensweisen, welche ihrerseits einen wertvollen Beitrag zur Lösung des Problems darstellen.

I. Klassische Theorie

Die klassische Theorie bildet bei der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten in Südafrika zumeist den Ausgangspunkt der Diskussion. Der Name leitet sich aus dem (vermeintlichen) Umstand ab, dass ihr Inhalt sich aus dem „klassischen“ römischen Recht entnehmen lässt.⁸⁹⁸ Die Theorie besagt, dass dingliche Rechte die Beziehung zwischen einer Person und einer Sache regeln, wohingegen persönliche Rechte die Beziehung zwischen zwei Personen zum Gegenstand haben.⁸⁹⁹ Somit begründet ein dingliches Recht eine direkte rechtliche Verbindung zwischen einer Person und einer Sache, ohne dass notwendigerweise eine weitere Verbindung zu einer dritten Person bestehen muss.⁹⁰⁰ Im Gegensatz dazu verleihen persönliche Rechte, die in Bezug auf eine Sache bestehen, keine direkten

⁸⁹⁷ Freilich blieben auch die theoretischen Ansätze nicht vollkommen unbeachtet vor Gericht. Als Auslegungs- und Interpretationshilfe kamen immer wieder Elemente insbesondere der klassischen Theorie zur Anwendung. So z.B. in *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds* 1953 (1) SA (C) 600 (609, 611) – siehe § 4B.II.1.c) und insbesondere Fn. 1111.

⁸⁹⁸ *Van der Walt* sagt jedoch, dass die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten im römischen Recht gar nicht thematisiert wurde und die klassische Theorie somit wahrscheinlich einen pandektistischen Ursprung habe, *THRHR* 55 (1992), S. 170 (184 Fn. 103).

⁸⁹⁹ Klassische Vertreter sind etwa de Groot, *Inleidinge*, II. 1 (58, 59); Windscheid, *Pandektenrecht* (Bd. 1), § 38. Aus der aktuelleren Literatur siehe u.a. Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 50f.; Honoré, *TLR* 34 (1959-1960), S. 453 (462-464); Lewis, *SALJ* 104 (1987), S. 599 (610f.); van der Merwe, in: Lee/Honoré: *Things*, S. 219 (237); ders. *Sakereg*, S. 62f.; ders. *Things*, S. 55; van der Walt, *THRHR* 55 (1992), S. 170 (184-186); van der Walt/Pienaar, *Introduction*, S. 31; Wille's *Principles*, S. 429.

⁹⁰⁰ De Groot beschreibt dingliche Rechte wie folgt: „Beheering is 't recht van toebehooren bestaende tusschen den mensch ende de zaecke zonder noodigh opzicht op een ander mensch.“, *Inleidinge*, II. 1 (58). Mit „Beheering“ meint de Groot in diesem Zusammenhang jedoch lediglich das Besitzrecht und Eigentum (a.a.O. (60)).

Rechte wie Verfügungsmacht oder Verwertungsrechte, sondern lediglich einen Anspruch gegenüber einer anderen Person, die vertraglich dazu verpflichtet ist, eine bestimmte Leistung auszuführen.⁹⁰¹

Es wird oft betont, dass diese Theorie ein „*zentrales Moment der Wahrheit*“⁹⁰² beinhaltet, nämlich dass dingliche Rechte durch eine direkte oder unmittelbare Verbindung zwischen dem Rechtssubjekt und der Sache gekennzeichnet sind ohne Bezug zu irgendeinem weiteren Rechtssubjekt. Sie fußt auf hergebrachten Prinzipien und den Erkenntnissen insbesondere von *Hugo de Groot* und der Weiterentwicklung von pandektistischen Gelehrten wie *Bernhard Windscheid*.⁹⁰³

Die Kritik an der klassischen Theorie ist ebenso vielfältig wie naheliegend. Ganz grundlegend beruht sie darauf, dass zum einen auch dingliche Rechte gegenseitige rechtliche Beziehungen zwischen Rechtssubjekten begründen und zum anderen bestimmte persönliche Rechte ebenso die Ausübung von Rechten an einer Sache beeinflussen können. Der Umstand, dass A Eigentümer eines Grundstücks ist, hat so z.B. zur Folge, dass alle anderen Personen seine Rechte mit Betreten des Grundstücks respektieren müssen.⁹⁰⁴ Ferner wird die Ausübung des Eigentumsrechts an einem Haus auch dadurch beeinträchtigt, dass einer anderen Person ein (kurzfristiges und somit bis zur Inbesitznahme persönliches) Mietrecht gewährt wird.⁹⁰⁵ Darüber hinaus ist die Charakterisierung, dass dingliche Rechte eine direkte rechtliche Verbindung zu einer Sache herstellen, kein logisches Gegenstück zu einem Anspruch gegenüber einer Person, sprich zu der Charakterisierung eines persönlichen Rechts. Die Vergleichsobjekte sind hier schlicht falsch gewählt.⁹⁰⁶ Wenn überhaupt ein Vergleich zur Bestimmung einer allgemeinen Definition taugt, dann eher zwischen rechtlichen Beziehungen mit Blick auf eine Sache oder zwischen der Durch-

⁹⁰¹ Badenhorst/Pienaar/Mostert, a.a.O.; van der Walt, a.a.O.

⁹⁰² Im englischen Original: „[A] central moment of truth.“ – Badenhorst/Pienaar/Mostert, a.a.O. S. 51; van der Walt, a.a.O. S. 185.

⁹⁰³ Van der Walt, a.a.O. S. 172-178.

⁹⁰⁴ Van der Merwe, Sakereg, S. 63; ders. Things, S. 55.

⁹⁰⁵ Dies wird insbesondere auch dann deutlich, wenn man bedenkt, dass die dauerhafte Miete von Immobilien in Südafrika unbestritten ein dingliches Recht darstellt (siehe § 2D.IV) und die Miete in Bezug auf eine bewegliche Sache lediglich schuldrechtlichen Charakter hat – van der Merwe, in: Lee/Honoré: Things, S. 219 (237); ders., Things, S. 55.

⁹⁰⁶ Reid schreibt: „To say (...) that a real right is a right in a thing while a personal right is a right against a person is to define by criteria which do not match. It is to compare apples with bananas.“ ActJur 1997, S. 225 (225); so auch van der Merwe, Things, S. 55.

setzbarkeit bestimmter Rechte gegen eine andere Person.⁹⁰⁷ Sinn würde die beschriebene Charakterisierung nur dann ergeben, wenn man einen Anspruch nicht gegenüber einem anderen Rechtssubjekt, sondern gegenüber der Sache selbst hätte.⁹⁰⁸

Die von der klassischen Theorie vorgenommenen Definitionen wären nur dann abschließend hilfreich, wenn das persönliche Recht unabhängig von einer Sache existieren würde und ein dingliches Recht nicht gegenüber einer Person durchsetzbar wäre. Freilich ist insbesondere der letzte Punkt heutzutage beinahe nicht mehr denkbar. Auch dingliche Rechte werden in aller Regel nur gegenüber Personen durchgesetzt und nicht etwa gegenüber der Sache selbst oder etwa anderen Sachen.⁹⁰⁹ Und gäbe es diese Möglichkeit nicht, sich unter Berufung auf das dingliche Recht gegenüber anderen Personen zu schützen, so könnte man wohl kaum von einem „Recht“ sprechen.⁹¹⁰ Dies hat letztlich zur Folge, dass der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten nach der klassischen Theorie der ist, dass persönliche Rechte nur gegenüber einer Person durchgesetzt werden können und dingliche Rechte theoretisch (aber auch nicht zwangsläufig) gegenüber mehreren Personen.⁹¹¹ Es besteht jedoch auch die nicht ganz fernliegende Möglichkeit, dass man sein dingliches Recht für die gesamte Dauer des Bestehens nur gegenüber einer einzigen Person durchsetzen kann. So etwa, wenn man Eigentümer eines dominanten Grundstücks ist und gegenüber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks eine Grunddienstbarkeit innehat, die zeitlich beschränkt ist und das Eigentum an dem dienenden Grundstück für die Zeit des

⁹⁰⁷ Reid, ActJur 1997, S. 225 (225f.).

⁹⁰⁸ So verhielt es sich bei der römischrechtlichen *actio in rem*. Von Bar schreibt dazu (Gemeineuropäisches Sachenrecht, Rn. 3f.): „Dinglicher Natur ist m.a.W. nur das Stammrecht, das der Anspruch verwirklicht, nicht dieser selbst. Anders mag man das höchstens dort sehen, wo eine *actio in rem* im Sinne einer Klage gegen eine Sache (z.B. gegen ein Schiff oder seine Fracht) akzeptiert wird. Dann würde man materiellrechtlich einen Anspruch gegen ein Ding vor sich haben und ihn deshalb dinglich nennen können.“

⁹⁰⁹ Siehe für die heute kaum noch relevante Ausnahme Fn. 908.

⁹¹⁰ Honoré, TLR 34 (1959-1960), S. 453 (463f.): „[W]e would not say a person had a right to a thing unless he was protected by claims excluding other persons generally from interfering with it. A right to a thing or its use or over a thing is protected by claims against persons but is not to be identified with them. When we think of the purpose for which the right is given, we think of the holder's relation to the thing. When we think of the mode of protection, we think of his relations to other persons. The two are complementary.“

⁹¹¹ Reid schreibt dazu treffend: „Once it is accepted that real rights can be enforced only against a person, the distinction seems on the verge of collapse. The game then becomes one of numbers.“ ActJur 1997, S. 225 (226).

Bestehens der Dienstbarkeit stets bei ein und derselben Person verbleibt. In diesem Fall wäre der Inhaber der Dienstbarkeit zwar für den Fall abgesichert, dass ein Eigentümerwechsel hinsichtlich des dienenden Grundstücks erfolgt, jedoch besteht faktisch deshalb kein Unterschied, weil die potenzielle Drittwirkung des dinglichen Rechts niemals zur Geltung kommt.⁹¹²

Schließlich ist zu fragen, was es überhaupt bedeutet, dass bei einem dinglichen Recht eine direkte rechtliche Verbindung zu der Sache besteht. *Honoré* interpretiert dies so, dass „direkt“ („*immediate*“) in diesem Zusammenhang bedeute, dass das Recht ohne die Kooperation eines Dritten ausgeübt werden könne.⁹¹³ Er legt sodann schlüssig dar, dass diese Sichtweise schon dann nicht gelten könne, wenn die bloße Nichtbeeinträchtigung bereits als Kooperation gewertet würde. Doch selbst wenn man die Kooperation enger verstehe und nur aktive Handlungen umfasse, so stehe man weiterhin vor dem Problem, dass die Ausübung einer Grunddienstbarkeit nur durch die aktive Teilnahme des Eigentümers des dienenden Grundstücks funktioniere.⁹¹⁴ Die Argumentation von *Honoré* ist zumindest im letzten Punkt nicht ganz schlüssig. Die bereits diskutierte Differenzierung zwischen passiven und solchen Dienstbarkeiten, die eine aktive Handlungspflicht begründen,⁹¹⁵ wird nicht erwähnt. Welche aktive Handlungspflicht dem Eigentümer des dienenden Grundstücks zukommen soll, wenn es sich um eine (normale) passive Dienstbarkeit handelt, wird nicht erläutert. Man stelle sich etwa ein Nießbrauchrecht oder ein bloßes Wegerecht vor, welches den Dienstbarkeitsgeber eben nur zu einer passiven Duldung der Vornahme der gewährten Handlung verpflichtet.

Durch die vorgebrachte, schwerwiegende Kritik wird deutlich, dass die klassische Theorie keine abschließend befriedigenden Ergebnisse produziert. Zu denken ist bspw. an den praxisrelevanten Fall, dass eine Geldzahlungspflicht mit der Stellung als Grundstückseigentümer verbunden ist.⁹¹⁶ Hat der Berechtigte nun ein dingliches Recht derge-

⁹¹² Von Bar schreibt insofern einleuchtend (Gemeineuropäisches Sachenrecht, Rn. 6): „Sachenrechte sind auf Drittwirkung kalibriert, dazu geschaffen, ihren Inhaber instandzusetzen, sich bei Streitigkeiten um Befugnisse an einer Sache gegenüber jedermann (gegenüber jedem ‚Dritten‘) durchzusetzen, nicht lediglich gegenüber einem Vertragspartner oder einem sonstigen Schuldner (dem ‚Zweiten‘).“ Siehe dazu näher die Ausführungen zur Theorie der subjektiven Rechte unter § 4A.III.2.

⁹¹³ *Honoré*, TLR 34 (1959-1960), S. 453 (463).

⁹¹⁴ A.a.O.

⁹¹⁵ Siehe § 2D.II.1 und insbesondere die Fallbeispiele unter § 3F.I.4 und § 3F.I.5.

⁹¹⁶ Siehe z.B. die ersten drei Fälle unter § 3F.I.

stalt, dass er ein Recht in Bezug auf eine Sache (das Grundstück) hat oder besteht das Recht in Bezug auf eine Person? Unter Zugrundelegung der klassischen Theorie kann in beide Richtungen argumentiert werden. Auf der einen Seite hängt sein Recht zur Forderung einer Geldzahlung mit dem Grundstück zusammen, da eben nur der jeweilige Eigentümer zur Zahlung verpflichtet ist. Auf der anderen Seite läuft das Recht ins Leere, wenn es nicht gegenüber einer Person durchgesetzt wird. Hier spiegelt sich die oben angebrachte Kritik sehr anschaulich wider. Von einer „direkten“ rechtlichen Verbindung zu der Sache kann zumindest dann nicht gesprochen werden, wenn man „direkt“ so versteht, dass die rechtliche Beziehung ohne aktive Handlungspflicht einer anderen Person existiert. Unterm Strich steht somit, dass die Anwendung der klassischen Theorie wieder genau die gleichen Probleme und Fragen aufwirft, zu deren Lösung sie herangezogen wird.

Gleichwohl kann und sollte nicht von der Hand gewiesen werden, dass die klassische Theorie eine wichtige Tatsache beschreibt, nämlich, dass bei dinglichen Rechten ein Recht mit Bezug zu einer Sache existiert. Dieser Fakt taugt nur leider nicht immer als Abgrenzungskriterium im Verhältnis zu persönlichen Rechten. Als Teilelement und Gedankengrundlage ist er sicherlich wirksam und spielt – wie später noch zu sehen sein wird – auch bei der Herangehensweise der süd-afrikanischen Gerichte eine Rolle.

II. Personalisierte Theorie

Der prominenteste Gegenspieler der klassischen Theorie ist die sog. personalisierte Theorie.⁹¹⁷ Der Name ergibt sich aus dem Inhalt dieses Ansatzes, der besagt, dass zwischen dinglichen und persönlichen Rechten in Bezug auf die Personen differenziert werden muss, gegenüber denen das jeweilige Recht durchsetzbar ist. Der Inhaber eines dinglichen Rechts hat demnach ein Recht, welches grundsätzlich gegenüber allen anderen Personen (*erga omnes*) durchsetzbar ist, die mit der Sache in einer Weise verfahren, welche mit dem dinglichen Recht in Konflikt steht. Dingliche Rechte sind also absolute Rechte und gelten sogar im Falle von beschränkt dinglichen Rechten gegenüber dem Eigentümer einer Sache. Im Gegensatz zu der Absolutheit dinglicher Rechte ist ein persönliches Recht grundsätzlich lediglich gegenüber einer bestimmten Person oder bestimmten Vielzahl von Personen auf der Grundlage eines Sonderrechtsverhältnisses wie einem Vertrag, einer unerlaubten Handlung, einer ungerechtfertigten Bereicherung

⁹¹⁷ Im Englischen „*personalist theory*“.

oder einem sonstigen hinreichenden Rechtsgrund (*inter partes*) durchsetzbar. Persönliche Rechte gelten mithin nur relativ⁹¹⁸ gegenüber einem spezifischen Konterpart.⁹¹⁹

Als Ausfluss der Absolutheit und somit als Beleg der personalisierten Theorie wird angeführt, dass z.B. der Inhaber einer Grunddienstbarkeit berechtigt sei, gegenüber jedem künftigen Eigentümer des dienenden Grundstücks unabhängig von dessen Identität sein Recht durchzusetzen und nicht etwa nur gegenüber dem ursprünglichen Eigentümer, mit dem er sich über die Gewährung der Dienstbarkeit geeinigt hat und der seine Zustimmung für die Grundbucheintragung gegeben hat.⁹²⁰ Dies gelte grundsätzlich unabhängig von der Kenntnis späterer Erwerber des Eigentums an dem dienenden Grundstück.⁹²¹

Der Unterschied zwischen der Absolutheit dinglicher und der Relativität persönlicher Rechte lässt sich anhand eines Beispiels illustrieren. Grundlage ist ein doppelter Verkauf. Kauft K1 von V ein Grundstück, ohne es sogleich registrieren zu lassen und verkauft V das Grundstück sodann ein weiteres Mal an K2 und registriert K2 das Eigentum im Grundbuch, so kann K1 – vorausgesetzt, dass K2 von dem früheren Verkauf nichts wusste – nicht von K2 (oder V) verlangen, dass er anstelle von K2 im Grundbuch registriert wird und somit Eigentum erlangt. Vor der Registrierung steht K1 lediglich ein persönliches Recht auf Eigentumsverschaffung gegenüber V zu. Hätte K1 die Eintragung jedoch unter Mitwirkung von V zeitlich vor K2 vorgenommen, so hätte es zu der Eintragung von K2 nicht mehr kommen können. Auch potenzielle weitere Käufer können zwar unvermindert mit V einen schuldrechtlichen Kaufvertrag über das Grundstück schließen, allerdings kann V seine daraus erwachsende Pflicht zur Eigen-

⁹¹⁸ Siehe zur Relativität persönlicher Rechte allgemein van der Walt, TSAR 1986, S. 173 (175f.).

⁹¹⁹ Originär vertreten wird diese Theorie u.a. von Huber, Jurisprudence, V 6 3 (S. 201); Maasdorp/Hall, Law of Property, S. 10f.; von Savigny, System, S. 373; Thibaut, Theorie des Rechts, S. 36; auch J Smith vertritt diese Ansicht für die *Transvaal Provincial Division* in *Smith v Farrelly's Trustee* 1904 TS 949 (958): „*A real right or jus in re is a right in the property itself which is good against the world (...)*“ Für Darstellungen der personalisierten Theorie siehe u.a. Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 51-54; Hahlo/Kahn, Union, S. 571; Lewis, SALJ 104 (1987), S. 599 (609f.); Mincke, TSAR 1996, S. 255 (257); Mostert/Pope, Law of Property, S. 45; Sonnekus, TSAR 1991, S. 173 (175-177); van der Merwe, in: Lee/Honoré: Things, S. 219 (236f.); ders. Sakereg, S. 60-62; ders. Things, S. 54; van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 31f.; van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (186-189); Wille's Principles, S. 428f.

⁹²⁰ Van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (186f.).

⁹²¹ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 51.

tumsverschaffung infolge der Eigentümerstellung von K1 nicht mehr erfüllen. Ohne Eintragung hat K1 lediglich ein relatives Recht gegenüber V und nach der Eintragung steht ihm ein absolutes Recht zu, welches er gegenüber jedermann durchsetzen kann.⁹²²

Auch die personalisierte Theorie ist jedoch Gegenstand mannigfaltiger Kritik geworden. Zunächst ist zu sagen, dass kein dingliches Recht in dem Sinne absolut ist, dass es unter allen Umständen gegenüber jedermann durchgesetzt werden kann. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen, Nachbarschaftsrechte sowie beschränkt dingliche und persönliche Rechte Dritter beschränken dingliche Rechte auf unterschiedlichste Art und Weise.⁹²³ Auch der klassische Vindikationsanspruch, die *rei vindicatio*, unterliegt einer Reihe von Beschränkungen, insbesondere der *doctrine of estoppel*.⁹²⁴ Absolut bedeutet auch nicht, dass das Recht zu jeder Zeit gegenüber jedermann durchgesetzt werden kann. Nur derjenige, der sich so verhält, dass die Rechtsdurchsetzung für den Rechtsinhaber in irgendeiner Weise beeinträchtigt wird, ist potenzieller Adressat der entsprechenden Rechtsbehelfe.⁹²⁵ *Sonnekus* gesteht der personalisierten Theorie zu, dass sie insofern ein „*Element der Wahrheit*“⁹²⁶ enthalte, als persönliche Rechte nur gegenüber demjenigen durchgesetzt werden können, der einer Pflicht zur Leistung unterliege. Dies sei jedoch kein geeignetes Mittel zur Abgrenzung persönlicher Rechte von dinglichen Rechten, da beide dem Inhaber jeweils lediglich ein Recht in Bezug auf ein bestimmtes Objekt gäben, ob es nun eine bestimmte Sache oder eine bestimmte Leistungspflicht sei.⁹²⁷ Damit verkennt *Sonnekus* jedoch den Ansatz der personalisierten Theorie, dass es nicht auf das Rechtsobjekt ankommt, sondern auf den Personenkreis, gegenüber dem das Recht durchgesetzt werden kann. *Van der Walt* hält dieser Sichtweise zudem entgegen

⁹²² Das Beispiel ist angelehnt an eine Illustration aus Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 51f. Fn. 61, wo es allerdings um eine bewegliche Sache ging.

⁹²³ Siehe zum Landeigentum § 2D.I.2.b) und allgemein van der Walt, in: *Das römisch-holländische Recht*, S. 485 (519-520); ders. TSAR 1986, S. 173 (176f.). *Von Bar* spricht von „*immanenten Schranken*“, die sich selbst das „*bestdenkbare Sachenrecht*“ gefallen lassen muss (Gemeineuropäisches Sachenrecht, Rn. 27).

⁹²⁴ Siehe § 3C.I.1.b).

⁹²⁵ *Lewis* nennt als Beispiel für die eingeschränkte Absolutheit, dass eine Grunddienstbarkeit im Prinzip nur gegenüber dem Inhaber des dienenden Grundstücks durchgesetzt werden kann, SALJ 104 (1987), S. 599 (609); van der Merwe, *Things*, S. 54; van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (186); *Wille's Principles*, S. 428.

⁹²⁶ Im afrikaansschen Original „*element van waarheid*“ – *Sonnekus*, TSAR 1991, S. 173 (175).

⁹²⁷ A.a.O. Eine englische Übers. der afrikaansschen Ausführungen von *Sonnekus* findet sich bei van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (187).

gen, dass insofern ein auf die Durchsetzbarkeit bezogener Unterschied existiert, als das Objekt eines dinglichen Rechts im Gegensatz zu dem eines persönlichen Rechts keine (bestimmte) Person beinhaltet.⁹²⁸

Darüber hinaus ist der von einem dinglichen Recht ausgehende Schutz nicht notwendigerweise intensiver bzw. „absoluter“ als der eines persönlichen Rechts. So ist z.B. *van der Vyver* der Meinung, dass eine unregistrierte Dienstbarkeit ein „*relatives dingliches Recht*“ darstelle, da sie gegen jedermann durchsetzbar sei, der die Rechtsausübung erschwere. Einziger Unterschied zu einer registrierten Dienstbarkeit sei demnach, dass das Recht in zwei Fällen ohne den Einfluss des Berechtigten erlösche: wenn das dienende Grundstück an einen Dritten veräußert werde, der gutgläubig an einen lastenfreien Erwerb glaube und wenn ein beschränkt dingliches Recht zugunsten eines Dritten eingetragen werde, welches in Konflikt mit der unregistrierten Dienstbarkeit stehe und der Erwerber wiederum gutgläubig gewesen sei.⁹²⁹

Selbst wenn man der Ansicht von *van der Vyver* nicht zustimmt, so können persönliche Rechte gleichwohl in bestimmter Hinsicht eine absolute oder zumindest annähernd absolute Wirkung entfalten.⁹³⁰ Auch Außenstehende müssen ein persönliches Recht nämlich grundsätzlich respektieren. Wird ein solches durch eine vorsätzliche Verletzungshandlung beeinträchtigt, so kann der Inhaber des persönlichen Rechts gegenüber jedem Dritten, der eine solche Handlung ausführt, Schadensersatz aus unerlaubter Handlung verlangen.⁹³¹ In Betracht

⁹²⁸ Van der Walt, a.a.O.: „[T]he personalist theory does illustrate at least one aspect of the difference between the two rights in the sense that the object of a personal right (a performance) involves a specific person who must perform, while the object of a real right does not involve any person.“

⁹²⁹ Ders. in: *Huldigingsbundel vir WA Joubert*, S. 201 (238f.); a.A. van der Walt, *THRHR* 55 (1992), S. 170 (188-190).

⁹³⁰ So nachdrücklich van der Vyver, in: *Huldigingsbundel vir WA Joubert*, S. 201 (237). Siehe auch van der Merwe, in: *Lee/Honoré: Things*, S. 219 (236f.); ders. *Things*, S. 54; *Wille's Principles*, S. 428f.

⁹³¹ J Kotzé sagte mit Bezug auf persönliche Rechte in *Solomon v Du Preez* 1920 CPD 401 (404): „An interference with or a violation of the legal right of another, knowingly committed without justification, tending to injure the plaintiff, is an actionable wrong by our law (...).“ – dies wurde auch in folgenden Urteilen anerkannt: *Godongwana v Mpisana* 1982 (4) SA (TSC) 814 (816); *Isaacman v Miller* 1922 TPD 56 (61). So auch van der Vyver, in: *Huldigingsbundel vir WA Joubert*, S. 201 (237): „Although the creditor can claim such performance from the particular debtor(s) only, his right to the performance is as much enforceable against the whole world as any real right (...); that is, in the sense of third parties being required to respect the right-holder's entitlement to the object of his right. Any per-

kommt etwa, dass ein Dritter eine der beiden Vertragsparteien dazu anstiftet, vertragsbrüchig zu werden.⁹³² Auf der anderen Seite führt eine bloß fahrlässige Beeinträchtigung persönlicher Rechte durch Dritte nicht zu einem deliktischen Anspruch.⁹³³

In die gleiche Kerbe schlägt wiederum *Sonnekus* mit dem Argument, dass der Eigentümer aufgrund seines dinglichen Rechts von niemandem irgendwelche positiven Leistungen verlangen könne. Der Rechtsinhaber könne – gleichviel, ob das Recht dinglicher oder persönlicher Natur sei – von allen dritten Personen erwarten, dass ihre Rechtsposition anerkannt werde und nicht in ihre Befugnisse als Rechtsinhaber eingegriffen werde. Daher lasse der Schutz *erga omnes* nicht den Schluss auf einen prinzipiellen Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten zu.⁹³⁴

Doch auch zu dem Argument, dass persönliche Rechte ebenfalls absoluten Charakter haben, gibt es Opposition, die insbesondere von *van der Walt* artikuliert wurde. Fundament dieser Opposition ist die Lehre der subjektiven Rechte, welche an späterer Stelle genauer betrachtet wird.⁹³⁵ Zu diesem Zeitpunkt sei nur soviel gesagt, dass nach der Theorie der subjektiven Rechte sowohl dingliche als auch persönliche Rechte als subjektive Rechte anzusehen sind, die stets zwei Ebenen umfassen. Zum einen eine subjektiv-objektive Ebene zwischen Rechtsinhaber und Gegenstand des Rechts und eine subjektiv-subjektive Ebene zwischen Rechtsinhaber und Dritten.⁹³⁶ Nach Ansicht von *van der Walt* sei die Absolutheit lediglich mit Blick auf die subjektiv-subjektive Ebene zu bestimmen und gerade nicht in Bezug auf das Verhältnis zwischen Rechtsinhaber und Gegenstand des Rechts

son who, in circumstances that constitute a delict, were to prevent the debtor from performing would be acting in breach of the creditor's right and would be liable to compensate the creditor for the damages he has suffered in consequence of such interference." Siehe auch van der Vyver, a.a.O. S. 211-214.

⁹³² So z.B. *J Corbett in Dun and Bradstreet (Pty.) Ltd. v S.A. Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty.) Ltd.* 1968 (1) SA (C) 209 (215G): „[I]ncorporeal property, such as a personal right flowing from contract, also enjoys a measure of protection in that a delictual remedy is available to a party to a contract who complains that a third party has intentionally and without lawful justification invaded his enjoyment of such property by inducing the other party to the contract to commit a breach thereof.“ Ähnlich gelagert waren *Solomon v Du Preez* 1920 CPD 401 (404) und *Jansen v Pienaar* (1881) 1 SC 276 (276f.).

⁹³³ *Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property*, S. 53.

⁹³⁴ *Sonnekus*, in: *Dingliche Rechtspositionen und Verkehrsschutz*, S. 101 (120f. Fn. 80).

⁹³⁵ Siehe § 4A.III.

⁹³⁶ *Van der Vyver*, in: *Huldigingsbundel vir WA Joubert*, S. 201 (211); *van der Walt*, *THRHR* 55 (1992), S. 170 (190-192); *ders. TSAR* 1986, S. 173 (173-175).

(i.e. die Sache bzw. die Leistung).⁹³⁷ Demnach käme es also auf eine Einordnung als „absolute persönliche Rechte“ oder spiegelbildlich „relative dingliche Rechte“ nicht an, weil die Titulierung als „absolut“ oder „relativ“ erst nach einer Analyse des potenziellen Adressatenkreises und unabhängig von der subjektiv-objektiven Ebene erfolgen würde. Der grundsätzlichen Aussage, dass die Absolutheit nicht zur Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten taugt, stimmt *van der Walt* jedoch zu.⁹³⁸

Die *inter partes*-Wirkung der persönlichen Rechte wird zusätzlich durch die *doctrine of notice*⁹³⁹ relativiert.⁹⁴⁰ Dieses Institut verhindert, dass ein persönliches Recht, welches auf den Erwerb eines dinglichen Rechts gerichtet ist (*ius in personam ad rem acquirendam*), aufgrund eines späteren gleichlautenden persönlichen Rechts nicht zur Erfüllung gebracht werden kann, wenn der Inhaber des späteren Rechts Kenntnis von dem früheren Recht hatte. Das frühere persönliche Recht wird also geschützt und zwar ganz gleich, wer das spätere persönliche Recht innehat und zur Verwirklichung bringen möchte. In Anbetracht des Personenkreises, gegenüber dem solche persönlichen Rechte durchgesetzt werden können, die auf die Erlangung eines dinglichen Rechts gerichtet sind, könnte man diesen somit quasi-absoluten Charakter zusprechen.

Auch die personalisierte Theorie vermag somit kein hinreichendes Instrument darzustellen, um dingliche von persönlichen Rechten an Immobilien zu unterscheiden. Es muss sich neben der genannten Kritik zusätzlich folgende Frage gestellt werden: Sind die Rechte dinglicher Natur, weil sie absolut wirken oder wirken sie absolut, weil sie

⁹³⁷ Van der Walt, THRHR a.a.O. S. 187f. Mit interessanten Verweisen sowohl auf das römische als auch auf das frühe englische Recht schlägt Mincke (TSAR 1996, S. 255 (257)) auch ohne Bezug auf die Lehre der subjektiven Rechte in die gleiche Kerbe: „*When a right is characterized as absolute or relative, there is no immediate need to determine an object of that right. It is said that an absolute right is potentially directed against everybody; a relative right, on the other hand, is directed against a certain debtor only. This classification views rights in terms of relationships created between persons. The question to what one is entitled by the right falls outside the scope of this classification. It focusses on the power which exists when a right vests in somebody. This approach (...) continues a tradition of Roman law, where the central concept in legal thinking was the actio. It can also be connected with the system of writs in early English law.*“

⁹³⁸ Van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (188): „The absolute protection of rights against anyone who interferes with the right does not distinguish it from personal rights, as all rights are clearly protected equally in this regard, and in so far as the personalist theory is based upon this argument, it must be rejected.“

⁹³⁹ Siehe § 3D.

⁹⁴⁰ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 53; Hahlo/Kahn, *Union*, S. 571; van der Merwe, *Things*, S. 54; Wille's *Principles*, S. 429.

dinglicher Natur sind? Die Möglichkeit, das Recht gegenüber einer unbestimmten Vielzahl von Personen durchzusetzen, hebt das Recht auf ein höheres Schutzniveau. Dieser Schutz soll nur solchen Rechten zugutekommen, die aus welchen Gründen auch immer besonders schutzbedürftig sind. Insbesondere die Rechtssicherheit spielt bei solchen Überlegungen stets eine zentrale Rolle. Nimmt man nun an, dass man von der absoluten Wirkung auf die dingliche Natur schließen kann, so gesteht man letztlich ein, dass man auf die mit der Verleihung des dinglichen Charakters zusammenhängende Wertentscheidung keinen Einfluss hat. Denn dieser Überlegung liegt der Gedanke zugrunde, dass der Charakter des Rechts letztlich vorgegeben ist, quasi eine Art natürlicher Zustand, und man darauf lediglich mit der Namensgebung reagieren kann. Anders formuliert muss also gefragt werden, ob die Absolutheit tatsächlich als Kriterium dafür taugt, den dinglichen Charakter zu bestimmen, oder ob es nicht der dingliche Charakter ist, der zur Absolutheit führt. Im letzteren Fall wäre die Absolutheit lediglich ein Symptom, aber kein geeignetes Unterscheidungsmerkmal. Man stünde in diesem Fall freilich wieder mit leeren Händen da und müsste weiterhin bestimmen, wann ein Recht persönlicher und wann dinglicher Natur ist.⁹⁴¹ Fragt man etwa, ob das Namensgebungsrecht an einem Stadion absoluter Natur ist oder nicht,⁹⁴² so hängt die Beantwortung dieser Frage schlicht davon ab, ob eine Einordnung als Dienstbarkeit bzw. dingliches Recht *sui generis* erfolgt oder nicht. Wird der dingliche Charakter bejaht, so gilt das Namensgebungsrecht als Konsequenz absolut, es kann folglich gegenüber jeglichen künftigen Eigentümern durchgesetzt werden. Der dingliche Charakter wird somit nicht am potenziellen Adressatenkreis abgelesen, sondern die Bestimmung des Adressatenkreises folgt auf die Einordnung als dingliches oder persönliches Recht. Andernfalls müsste nicht nach dem dinglichen Charakter des Rechts gefragt werden, sondern nach dessen absoluter Wirkung. Diese Unterteilung wird jedoch nicht vorgenommen und wirkt als zusätzlicher Zwischenschritt künstlich.⁹⁴³

Auch die praktische Anwendung der Theorie legt die Unzulänglichkeiten offen. Denn es geht immer wieder um die Frage, ob ein be-

⁹⁴¹ Beinart (ActJur 1968, S. 157 (210)) stellt in dieser Hinsicht treffend fest: „A right, for instance, can only be said to be available against the world at large once it has been recognised and constituted as a real right, and not before then.“

⁹⁴² Siehe Besprechung des Urteils National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firstrand Bank Ltd. 2011 (2) SA (SCA) 157 unter § 3F.III.3.

⁹⁴³ Wille (SALT 1 (1932), S. 8 (9)) schreibt unter indirekter Bezugnahme auf die personalisierte Theorie bereits 1932 insofern zutreffend: „A real right is usually defined by the authorities by reference to its legal effect merely, and not to its nature.“

schränkt dingliches (in der Regel eine Dienstbarkeit) oder ein persönliches Recht vorliegt. Diese schwierigen Abgrenzungsfälle sind regelmäßig davon geprägt, dass eben nicht anhand der Absolutheit auf den Charakter des Rechts geschlossen werden kann, sondern dass diese gerade infrage steht. Rekuriert man noch einmal auf die Fälle, in denen eine an die Eigentümerstellung gekoppelte Zahlungsverpflichtung rechtlich einzuordnen ist,⁹⁴⁴ so wird schnell deutlich, dass andere Fragen die Debatte beherrschen, als die, ob das Recht absolute Wirkung hat. Es sind vorgelagerte Fragen wie z.B. der Einfluss des Parteiwillens auf den Charakter des Rechts. Oder die Frage, ob die Formulierung einer aktiven Handlungspflicht einen so schwerwiegenden Systemverstoß darstellt, dass das Recht nicht mehr als Dienstbarkeit deklariert werden kann.

Die Signifikanz der Differenzierung zwischen absoluter und relativer Wirkung von Rechten für die Abgrenzung dinglicher von persönlichen Rechten ist trotz allem nicht von der Hand zu weisen. Der zugrunde liegende Gedanke, dass dingliche Rechte gegenüber jedem (der mit ihnen in Konflikt gerät) und persönliche Rechte nur gegenüber bestimmten Personen durchgesetzt werden können, drückt eine Wertentscheidung aus, die auch für die Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Rechten einen Mehrwert darstellt. Die Absolutheit taugt jedoch schlicht nicht als Abgrenzungskriterium und stellt eher eine aus der abgeschlossenen Charakterisierung hervorgehende rechtliche Konsequenz dar.

III. Theorie der subjektiven Rechte

Eine weitere Theorie, welche im Vergleich zu den klassischen Theorien einem innovativen Ansatz folgt, ist die Theorie der subjektiven Rechte.⁹⁴⁵ Die Besonderheit rührt u.a. daher, dass dingliche und persönliche Rechte lediglich Unterkategorien darstellen, die zusammen

⁹⁴⁴ Siehe insbesondere § 3F.I.

⁹⁴⁵ Im Wesentlichen wurde die Theorie der subjektiven Rechte durch *WA Joubert* in die südafrikanische Jurisprudenz eingeführt, durch seine Beiträge „Die realiteit van die subjektiewe reg en die betekenis van ’n realistiese begrip daarvan vir die privaatreëg“ und „’N realistiese benadering van die subjektiewe reg“, *THRHR* 21 (1958), S. 12-15, 98-115. Für einen Überblick über das Verständnis von „subjektiven Rechten“ in europäischen Ländern siehe Mincke, *TSAR* 1996, S. 255 (256-258).

mit anderen unter dem Oberbegriff der subjektiven Rechte zusammengefasst werden.⁹⁴⁶

1. Inhalt

Ausgangspunkt ist zunächst der Ansatz, dass einem Recht, welches den Anspruch eines Rechtssubjekts gegen eine andere Person in Bezug auf ein Rechtsobjekt begründet, zwei Beziehungen inhärent sind.⁹⁴⁷ Zum einen eine subjektiv-objektive Beziehung zwischen dem Rechtsinhaber und dem Objekt bzw. Gegenstand des Rechts. Ausdruck dieser Beziehung ist es, dass der Inhaber innerhalb der Grenzen seines Rechts dazu befugt ist, das Objekt zu seinen Gunsten einzusetzen. Die zweite Beziehung ist die zwischen dem Rechtssubjekt und dritten Parteien, sprich zwischen dem Rechtsinhaber und allen anderen Rechtssubjekten. Der Inhalt dieser Beziehung verleiht der legitimen Erwartung des Rechtsinhabers Ausdruck, dass das Objekt seines Rechts unversehrt bleibt und dass die aus dem Recht hervorgehenden Befugnisse von Dritten respektiert werden.⁹⁴⁸

Im Rahmen der subjektiv-objektiven Beziehung besteht ein Recht aus einer Reihe von Befugnissen. Diese Befugnisse beschreiben die rechtliche Zulässigkeit zugunsten des Inhabers, in einer bestimmten Art und Weise mit dem Rechtsobjekt zu verfahren. Strikt zu unterscheiden sind sie von rechtlichen Kompetenzen.⁹⁴⁹ Der Unterschied liegt darin, dass eine rechtliche Kompetenz niemals direkt in Bezug auf ein Rechtsobjekt besteht und lediglich vorgibt, wie eine Person aufgrund ihres Status als Rechtssubjekt verfahren *kann*. Eine Befugnis hingegen besteht stets in Bezug auf ein Rechtsobjekt und gibt vor, wie eine Person infolge ihres Rechts mit dem Objekt verfahren *darf*. Die rechtlichen Kompetenzen lassen sich somit aus der Rechtssubjektivität einer Person herleiten, während Befugnisse aus Rechten folgen.⁹⁵⁰ Befugnisse sind u.a. die Befugnis zum Besitz, zur Nutzung, zum Genuss, zur Verfügung oder zur Zerstörung. Liegt eine rechtliche Befugnis in Bezug auf ein Rechtsobjekt vor, so kann von einem „subjektiven Recht“

⁹⁴⁶ Siehe umfassend zu dieser Theorie van der Vyver, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert, S. 201-246, der in diesem Zusammenhang von der „*doctrine of private-law rights*“ spricht und nicht etwa von *subjective rights*.

⁹⁴⁷ Siehe dazu bereits kurz § 4A.II.

⁹⁴⁸ Joubert, THRHR 21 (1958), S. 98 (114); van der Vyver, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert, S. 201 (211).

⁹⁴⁹ Van der Vyver spricht im Englischen von „*entitlements*“ und im Afrikaansschen von „*bevoegdhede*“ für Befugnisse und von „*legal competences*“ für rechtliche Kompetenzen, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert, S. 201 (212).

⁹⁵⁰ Van der Vyver, a.a.O.; ders. THRHR 36 (1973), S. 266 (270).

gesprochen werden. Rechtliche Kompetenzen sind etwa die Geschäfts- und Schuldfähigkeit sowie die Fähigkeit, heiraten zu können.⁹⁵¹

Ein taugliches Rechtsobjekt muss einen wirtschaftlichen Wert im Sinne relativer Knappheit verkörpern.⁹⁵² Dieser Punkt sorgte für Aufsehen, da es problematisch erschien, dem Objekt von Persönlichkeitsrechten einen wirtschaftlichen Wert beizumessen.⁹⁵³ Dieser Kritik wurde jedoch entgegnet, dass auch Aspekten der Persönlichkeit insofern ein wirtschaftlicher Wert beigemessen werden könne, als Schmerzensgeld (*solatium*) gefordert werden kann, wenn bestimmte Persönlichkeitsrechte verletzt würden.⁹⁵⁴

Der Kern der Theorie ist es, subjektive Rechte nicht unter Zugrundelegung der subjektiv-subjektiven Beziehung zu anderen Personen, also etwa der Absolutheit im Sinne einer Durchsetzbarkeit gegenüber beliebig vielen Dritten,⁹⁵⁵ sondern ausschließlich auf subjektiv-objektiver Ebene zu unterscheiden. Demnach hängt es also allein vom Rechtsobjekt ab, welche Art von subjektivem Recht vorliegt.⁹⁵⁶ Nach dieser Ansicht werden insbesondere vier Rechtsobjekte unterschieden, nämlich Sachen, immaterielle Güter, Aspekte der Persönlichkeit und Leistungspflichten.⁹⁵⁷ Solche subjektiven Rechte, die eine Sache zum Gegenstand haben, werden als dingliche Rechte eingeordnet und solche, deren Objekt eine Leistungspflicht ist, stellen persönliche Rechte dar.⁹⁵⁸ Insofern ist die Theorie artverwandt mit der sog. klassischen Theorie.⁹⁵⁹

⁹⁵¹ Van der Vyver, a.a.O. S. 213.

⁹⁵² Van der Vyver, a.a.O. S. 225.

⁹⁵³ Van der Vyver, a.a.O. S. 228f.

⁹⁵⁴ Joubert, THRHR 21 (1958), S. 98 (109). *Van der Vyver* kritisiert diese Sichtweise zu Recht mit dem Argument, dass die Zahlung von monetärem Schmerzensgeld und nicht etwa ausgleichendem Schadensersatz infolge der Verletzung von Persönlichkeitsrechten gerade zeigt, dass den Persönlichkeitsrechten kein wirtschaftlicher Wert zukommt, a.a.O. S. 229. Er schlägt weiterhin vor, die Voraussetzung, dass dem Rechtsobjekt ein wirtschaftlicher Wert zukommen muss, zu streichen und es dabei zu belassen, dass diese sämtliche Werte abbilden können – a.a.O. S. 231.

⁹⁵⁵ So die personalisierte Theorie – § 4A.II.

⁹⁵⁶ Van der Vyver, a.a.O. S. 230-236.

⁹⁵⁷ Diese Liste ist laut *van der Vyver* jedoch nicht abschließend und nicht als *numerus clausus* für die korrespondierenden Rechte zu verstehen. Als fünfte Alternative werden etwa persönliche Immaterialgüter wie Kreditwürdigkeit oder Ertragskraft ins Spiel gebracht – a.a.O. S. 232f.

⁹⁵⁸ Van der Vyver, a.a.O. S. 231f.

⁹⁵⁹ Siehe § 4A.I.

Die Frage danach, ob in Bezug auf eine Immobilie ein dingliches Recht vorliegt, würde nach der Theorie der subjektiven Rechte wie folgt beantwortet werden. Wenn A mit einer Sache, die im Eigentum von B steht, in bestimmter Art und Weise verfährt (Besitz, Nutzung, etc.), so ist zunächst zu fragen, ob dies auf der Grundlage eines ihm zustehenden Rechts, sprich rechtmäßig, erfolgt. Wenn dem so ist, hat A die Befugnis, die Sache zu besitzen oder zu nutzen. Da eine Befugnis stets den Inhalt eines Rechts darstellt, lässt dies darauf schließen, dass er ein dingliches Recht in Bezug auf die Sache hat.⁹⁶⁰ Einfacher ausgedrückt ist jedes Recht, dessen Objekt eine Sache ist, ein dingliches Recht.⁹⁶¹ Sofern es sich bei der infrage stehenden Sache um eine Immobilie handelt, wäre das Recht von A bei konsequenter Fortführung der Theorie registrierungsfähig. Allerdings wird gerade dieser gedankliche Schritt von den Vertretern der Theorie der subjektiven Rechte nicht ausgeführt. Entgegen der Regelung in sec. 63 Abs. 1 DRA wird gesagt, dass die Dinglichkeit nicht gleichbedeutend mit der Registrierungsfähigkeit ist, ohne jedoch eine gangbare Alternative für die Praxis der Liegenschaftsregister zu formulieren.⁹⁶²

2. Bewertung

Diesem Vorgehen ist zunächst nicht abzusprechen, dass es klar strukturiert ist, und gerade die Simplizität macht es attraktiv. Auch die eindeutige Darlegung und Trennung der subjektiv-objektiven sowie der subjektiv-subjektiven Elemente eines Rechts können Unklarheiten beheben.⁹⁶³ Doch die Einordnung nach der Theorie der subjektiven Rechte bietet ebenfalls große Angriffsflächen für Kritik.⁹⁶⁴

Zunächst sei angemerkt, dass unkörperliche Gegenstände aus dem Raster der Theorie der subjektiven Rechte fallen, da diese auf einen körperlichen Sachbegriff ausgelegt ist.⁹⁶⁵ Zudem kann gefragt werden,

⁹⁶⁰ Das Beispiel ist angelehnt an die Ausführungen von van der Vyver, a.a.O. S. 244; ders. SALJ 105 (1988), S. 1 (14f.).

⁹⁶¹ Ohne den Zusatz der Registrierbarkeit so dargestellt von van der Vyver, SALJ 105 (1988), S. 1 (14).

⁹⁶² Van der Vyver, SALJ 105 (1988), S. 1 (15).

⁹⁶³ Van der Walt, THRHR 55 (1992) S. 170 (191f.).

⁹⁶⁴ Auch *van der Vyver*, der einer der größten Verfechter der Theorie der subjektiven Rechte ist, schien das Unheil kommen zu sehen (in: *Huldigungsbandel vir WA Joubert*, S. 201 (244)): „*However, in law the complications of such simplicity would be immense. It is after all a confusing ingredient of the logic of legal science that jurisprudential clarifications of trite self-evidences almost invariably would result in perplexity.*“

⁹⁶⁵ Van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (190). Die Existenz unkörperlicher Gegenstände als Rechtsobjekte ist in Südafrika heutzutage anerkannt, siehe § 2A.II.

ob persönliche und dingliche Rechte trotz vollkommen verschiedenen Entstehungsgründen und Rechtsobjekten genügend Gemeinsamkeiten aufweisen, um unter dem einheitlichen Oberbegriff der „subjektiven Rechte“ gefasst zu werden.⁹⁶⁶

Ein weiterer Kritikpunkt ist, dass der dingliche bzw. persönliche Charakter bestimmter Rechte an Immobilien nicht durch die Theorie der subjektiven Rechte erklärt werden kann. Zu nennen ist zunächst das sog. *Time-Sharing* oder Teilzeitnutzungsrecht.⁹⁶⁷ Nach diesem Konzept kann z.B. vereinbart werden, dass mehrere Personen nacheinander exklusiv das Recht innehaben, eine Immobilie zu nutzen. Insbesondere findet es im Bereich der zeitweisen Überlassung von Ferienwohnungen Anwendung.⁹⁶⁸ Die rechtliche Einordnung dieser *Time-Sharing*-Rechte hängt von ihrer konkreten Ausgestaltung ab. Lediglich in den Fällen modifizierter Versionen des Gemeinschafts- und Wohnungseigentums wird durch die Übertragung von *Time-Sharing*-Rechten ein dingliches Recht begründet. Ansonsten handelt es sich in der Regel um persönliche Rechte.⁹⁶⁹ Van der Vyver erkennt zwar an, dass es sich bei *Time-Sharing*-Rechten in der Regel um persönliche Rechte handelt, rechtfertigt diese Einordnung jedoch mit einer eher zweifelhaften Konstruktion. Das Rechtsobjekt sei in diesen Fällen der „Kauf eines Urlaubs“ und nicht etwa die Immobilie, in der dieser verbracht werden soll.⁹⁷⁰ Inwiefern sich jedoch die Einordnung einer (dauerhaften) Miete als dingliches Recht damit in Einklang bringen lässt, bleibt offen. Auch hier könnte man entsprechend sagen, dass das Rechtsobjekt nicht die Immobilie, sondern z.B. der „Kauf einer Nutzungsüberlassung“ ist. Ähnliche Schwierigkeiten bekommt man mit der Theorie der subjektiven Rechte bei privaten Nutzungsrechten für den Luftraum, die unabhängig von einem Grundstück bestehen.⁹⁷¹ Denn auch der Luftraum ist offensichtlich keine

⁹⁶⁶ Mincke, TSAR 1996, S. 255 (257).

⁹⁶⁷ Alle wesentlichen Regelungen dazu finden sich im *Property Time-Sharing Control Act* 75 aus 1983.

⁹⁶⁸ Siehe umfassend dazu Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 513-516; Butler, *ActJur* 1985, S. 315 (315-328); van der Merwe, *Things*, S. 385-444; ders./Butler, *Sectional Titles*, S. 458-542.

⁹⁶⁹ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 514; Butler, *ActJur* 1985, S. 315 (315, 320).

⁹⁷⁰ Van der Vyver, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert, S. 201 (235): „[T]he ‘purchasing of holiday’ through time-sharing schemes is already common practice in South Africa (...)“ Siehe auch van der Walt, *THRHR* 55 (1992), S. 170 (191 Fn. 142).

⁹⁷¹ Siehe dazu Cowen, *ActJur* 1985, S. 333 (345f.); Pienaar, *CILSA* 20 (1987), S. 94-107.

körperliche Sache und passt somit nicht in das Korsett der Theorie der subjektiven Rechte.⁹⁷²

Ein weiterer Makel kann insofern ausgemacht werden, als nach Ansicht der Vertreter dieser Theorie offensichtlich jedes Recht, das in irgendeiner Weise in Bezug auf eine Sache besteht, notwendigerweise und automatisch ein dingliches Recht darstellen soll.⁹⁷³ Diese Ansicht wird hinsichtlich der Registrierungspraxis dann so gerechtfertigt, dass die Einordnung als dingliches Recht nicht mehr gleichbedeutend sei mit der Registrierungsfähigkeit. Es gebe schlicht keine Möglichkeit, registrierungsfähige von nicht-registrierungsfähigen Rechten zu unterscheiden und damit wird das Thema beschlossen. Wie allerdings die Liegenschaftsregister unter Zugrundelegung der Theorie der subjektiven Rechte ihre Arbeit verrichten sollen, bleibt offen.⁹⁷⁴ Es scheint beinahe so, als ob die Erkenntnis der Unvereinbarkeit der Registrierungspraxis mit dieser Theorie mangels brauchbaren Lösungsansatzes als Randproblem abgetan würde. Doch steht es wirklich so schlecht um die Vereinbarkeit der Theorie mit den Praktiken der Liegenschaftsregister? Bei konsequenter Anwendung der Grundsätze der Theorie kann zumindest in den meisten Fällen eine Lösung erzielt werden. So stellt etwa bei *iura in personam ad rem acquirendam*, also solchen persönlichen Rechten, die auf den Erwerb eines dinglichen Rechts gerichtet sind, nicht etwa die (unbewegliche) Sache das Rechtsobjekt dar, sondern die Leistungshandlung der anderen Partei, welche auf die Verschaffung z.B. einer Dienstbarkeit gerichtet ist.⁹⁷⁵ Folglich wären solche Rechte – entsprechend der bisherigen Praxis – nicht eintragungsfähig.⁹⁷⁶ Auch bei Nutzungsrechten wie dem Mietrecht ist in

⁹⁷² Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 54; van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (191).

⁹⁷³ So van der Vyver, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert, S. 201 (244); ders. SALJ 105 (1988), S. 1 (14f.).

⁹⁷⁴ Van der Vyver, SALJ 105 (1988), S. 1 (15): „It is submitted (...) that the distinction between registrable and non-registrable rights are no longer related to the common-law meaning of real rights and personal rights; that no common denominator can in fact be found to distinguish rights that are being registered from those that are not being registered; that the concept of real rights and personal rights should be scrapped from the law pertaining to deeds registration; and that the practices of the deeds office should not be allowed to corrupt a clear and scientifically credible classification of rights according to the nature of their respective legal objects.“

⁹⁷⁵ Van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (191).

⁹⁷⁶ Zu dieser Ansicht besteht prominente Opposition. Siehe Ex parte Menzies et Uxor 1993 (3) SA (C) 799 (806); Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds 1953 (1) SA (O) 600 (602, 608); Ex parte Zunckel 1937 NPD 295 (297f.); Registrar of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd.

Südafrika ohnehin anerkannt, dass dieses in Bezug auf Immobilien in fast allen denkbaren Konstellationen registrierungsfähig ist.⁹⁷⁷

Den Genickbruch erleidet die Theorie jedoch durch einen Denkansatz, den zuletzt *Gretton*⁹⁷⁸ und *von Bar*⁹⁷⁹ artikuliert haben. Demnach sind Sachenrechte grundsätzlich „auf Drittwirkung kalibriert“⁹⁸⁰ und nicht rein objektbezogen. Als Beleg dafür wurde die Geschichte von *Robinson Crusoe* sachenrechtlich neu erzählt. Hätte dieser allein mit *Freitag* auf der einsamen Insel z.B. ein Recht an einem Grundstück erworben, so wäre es vollkommen gleichgültig, ob dieses Recht dinglicher oder persönlicher Natur ist. Denn in beiden Fällen kann sich *Robinson* gegen *Freitag* wehren und erst in dem Moment, in dem ein Dritter *Robinson* das Recht streitig machen will, kommt es auf den sachenrechtlichen Charakter an.⁹⁸¹ Insofern kann davon gesprochen werden, dass Sachenrechte dazu geschaffen sind, „ihren Inhaber instandzusetzen, sich bei Streitigkeiten um Befugnisse an einer Sache gegenüber jedermann (gegenüber jedem ‚Dritten‘) durchzusetzen, nicht lediglich gegenüber einem Vertragspartner oder einem sonstigen Schuldner (dem ‚Zweiten‘).“⁹⁸² Dieser logisch zwingende Schluss lässt sich nicht mit der Theorie der subjektiven Rechte in Einklang bringen.⁹⁸³ Ohne Drittbezug gäbe es keine Sachenrechte, genauso wenig wie es ohne die Verbindung zu Sachen keine Sachenrechte gäbe. Doch beide Beziehungen vermögen nicht für sich genommen zu definieren, wann ein Sachenrecht und wann ein bloß relativ wirkendes persönliches Recht vorliegt.⁹⁸⁴

Letztlich ist noch zu erwähnen, dass (auch) die Theorie der subjektiven Rechte keine befriedigende rechtliche Einordnung des Besitzes vorzunehmen vermag. Auf dem Spiel steht die ewig junge Frage danach, ob der Besitz ein (dingliches) Recht oder nur eine (rechtlich)

1930 AD 169 (180); Nel, Jones' Conveyancing, S. 208; van der Merwe, Sakereg, S. 85-87; ders. Things, S. 74; sowie die Ausführungen dazu unter § 3E.I.2.

⁹⁷⁷ Siehe § 2D.IV.

⁹⁷⁸ ICLQ 49 (2000), S. 599 (607 Fn. 44).

⁹⁷⁹ Gemeineuropäisches Sachenrecht, Rn. 6-11.

⁹⁸⁰ Von Bar, Gemeineuropäisches Sachenrecht, Rn. 6.

⁹⁸¹ Gretton schreibt (a.a.O.): „When an island has two people, there must be law – ubi societas ibi ius – but only personal rights are needed, not real rights. Real rights will arrive with the third castaway.“

⁹⁸² Von Bar, a.a.O.

⁹⁸³ Das hier vorgetragene Argument lässt sich ebenso als Kritik für die sog. klassische Theorie (§ 4A.I) anbringen. Ebenso gilt die in Bezug auf die Sachbezogenheit dinglicher Recht im Rahmen der klassischen Theorie vorgebrachte Kritik *mutatis, mutandis* auch für die Theorie der subjektiven Rechte.

⁹⁸⁴ Siehe zu den Gründen, warum allein der Drittbezug nicht ausschlaggebend für die Einordnung als dingliches Recht sein kann, die Ausführungen zur personalisierten Theorie unter § 4A.II.

Tatsache ist. *Van der Vyver* geht als Vertreter der Theorie diesbezüglich wie folgt vor.⁹⁸⁵ Zunächst teilt er den Besitz in drei Teile auf, nämlich die Handlung des Besitzens (*detentio*), die Befugnis zu besitzen (*ius possidendi*) und das Recht zum Besitz (*ius possessionis*). Das Recht zum Besitz sei ein beschränkt dingliches Recht, da eine Sache das Rechtsobjekt darstelle und daraus lasse sich die Befugnis zu besitzen ableiten.⁹⁸⁶ *Van der Walt* hat diese Einordnung vehement und zu Recht kritisiert.⁹⁸⁷ Wesentlicher Kern dieser Kritik ist der Umstand, dass mit dem Besitzrecht in Südafrika ein Rechtsbehelf namens *mandament van spolie* einhergeht, wonach rein faktischer Besitz, welcher unrechtmäßig entzogen wurde, auch dann wiederhergestellt werden kann, wenn der Besitzer seinerseits kein Recht zum Besitz hatte.⁹⁸⁸ Durch die *mandament van spolie* werde nicht das Besitzrecht, sondern die öffentliche Ordnung geschützt, sodass sich auch daraus nicht ableiten lasse, dass der Besitz ein Recht sei.⁹⁸⁹ Die Anerkennung des Besitzes als subjektives dingliches Recht würde somit im Umkehrschluss dem Dieb, der die Sache gestohlen hat, ein Besitzrecht (*ius possessionis*) zusprechen. Zwar ist die Rechtfertigung der *mandament van spolie* insgesamt nicht ganz unumstritten,⁹⁹⁰ jedoch kann die Lösung nicht sein, den unrechtmäßigen Besitz in dieser Art und Weise aufzuwerten.

Es verbleibt letztlich als Lackmustest die Anwendung auf den praktischen Fall der an die Eigentümerstellung geknüpften Geldzahlungspflichten. Zu erörtern ist zunächst insbesondere, was das Rechtsobjekt in diesem Fall ist. Das Recht könnte nach der Theorie der subjektiven Rechte nur in dem Fall dinglicher Natur sein, wenn z.B. ein Grundstück das Rechtsobjekt darstellt und nicht die Zahlung des Geldes. Hier ist es letztlich eine Frage der Auslegung, wie man sich entscheidet, wobei die besseren Argumente dafür sprechen, das Rechtsobjekt in der Geldzahlung und somit der Leistungshandlung zu sehen und nicht im Grundstück. Doch vollkommen befriedigend ist diese Einordnung auch nicht, denn es existiert zweifelsohne ein Unterschied zwischen einfachen, vertraglich vereinbarten Geldzahlungspflichten, etwa aus einem (Grundstücks-)Kaufvertrag, und solchen, die an einen

⁹⁸⁵ Van der Vyver, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert, S. 201 (218).

⁹⁸⁶ A.a.O.

⁹⁸⁷ Ders. THRHR 53 (1990), S. 316 (319-324).

⁹⁸⁸ Siehe dazu Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 287-308; Boggendoel/Pienaar, De Jure 46 (2013), S. 998 (1002-1010).

⁹⁸⁹ Van der Walt, SALJ 100 (1983), S. 689 (692); ders. THRHR 46 (1983), S. 237 (239f.). So wohl auch *J van den Heever* in *Parker v Mobil Oil of Southern Africa (Pty.) Ltd.* 1979 (4) SA (NC) 250 (255).

⁹⁹⁰ Van der Walt, THRHR 53 (1990), S. 316 (322-324).

geldwerten Vorteil gebunden sind, der eine intrinsische Verbindung zur Eigentümerstellung aufweist.

Sonstige, nicht als Geldzahlungspflicht ausgestaltete Rechte an Immobilien, wie etwa Namensgebungsrechte, Nutzungsbeschränkungen oder auch Rückkaufsrechte, könnten jedoch problemlos als dingliche subjektive Rechte eingeordnet werden, da hier die Festlegung des Rechtsobjekts weniger problematisch ist.

Die Liste der Defizite der Theorie der subjektiven Rechte ist lang. Es existieren Probleme in Bezug auf die Natur des Rechtsobjekts als körperliche Sache, die Erklärung des Besitzes, neu geschaffene Landrechte, die Ausblendung der Drittbezogenheit bei der Definition von Sachenrechten sowie die Einordnung von Geldzahlungspflichten. Die Vorgehensweise dieser Theorie ist radikal und bietet wenig Spielraum für notwendige Korrekturen. Ein kurzfristiges Mietrecht von einer Woche wäre nach der Theorie ohne Zweifel ein dingliches Recht. Und behält man den Ansatz bei, dass „dinglich“ gleichbedeutend mit „registrierungsfähig“ ist, so kann der Mieter sein Recht im Liegenschaftsregister eintragen lassen. Löst man diese Gleichsetzung auf, wie es von den Vertretern der subjektiven Theorie gefordert wird,⁹⁹¹ verlagert man das Problem lediglich auf die Frage nach der Registrierungsfähigkeit eines Rechts. Auch wenn die Theorie der subjektiven Rechte einen durch seine Simplizität und Klarheit reizvollen Ansatz bietet, können die aufgezeigten Defizite nicht vollkommen ausgeblendet werden. Selbst die Vertreter der Theorie haben erkannt, dass die dadurch vorgenommene Einordnung mit der Registerpraxis in Südafrika nicht zu vereinen ist. Gleichwohl verbleibt ein klarer gedanklicher Ansatz, der für die weitere Analyse hilfreich sein wird.

IV. Sonstige

Keine der bisher erläuterten Theorien bietet somit abschließend eine befriedigende Handhabe für die Vornahme der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien.⁹⁹² Im Laufe der Zeit wurden unterschiedliche Ansätze als Weiterentwicklung, Kombination oder Gegenpol insbesondere zu der klassischen sowie der personalisierten Theorie entwickelt, welche als Analyseprodukte

⁹⁹¹ Van der Vyver, SALJ 105 (1988), S. 1 (15).

⁹⁹² Van der Merwe bringt es zutreffend auf den Punkt, wenn er mit Bezug auf die Untauglichkeit beider Theorien sagt: „The reason for this dilemma is that legal development is neither necessarily logical nor does it follow dogma but is frequently influenced by considerations of policy.“ – Things, S. 55; ebenso van der Merwe/Pienaar/de Waal, South Africa, S. 105.

den Versuch unternehmen, die aufgezeigten Unzulänglichkeiten auszumerzen.

1. Prototypen-Theorie

Einen weiteren Ansatz zur Unterscheidung dinglicher und persönlicher Rechte an Immobilien bietet die sog. Prototypen-Theorie. Durch die Zusammenstellung von typischen Merkmalen soll demnach versucht werden, eine Art Prototyp des dinglichen Rechts herauszuarbeiten, der dann als Vorlage für die Beantwortung der Frage dient, ob ein dingliches oder persönliches Recht vorliegt.⁹⁹³

Insbesondere *Meijers* und *NJ van der Merwe* haben (ähnliche) Kriterienkataloge entwickelt, die man als eine Art Checkliste verstehen kann, anhand derer sich der Charakter eines Recht bestimmen lassen soll.⁹⁹⁴ Die wichtigsten aufgeführten Merkmale sind die Folgenden: (1) Gegenstand eines dinglichen Rechts ist eine Sache, während die Leistungshandlung durch einen Dritten bzw. der Leistungserfolg den Gegenstand eines persönlichen Rechts darstellt. Dabei kann die Leistung auch in der Ausführung eines Publizitätsakts in Bezug auf eine Sache liegen (bei *iura in personam ad rem acquirendam*); (2) ein dingliches Recht verschafft ein direktes Nutzungs-, Kontroll- und Dispositionsrecht in Bezug auf die Sache; (3) grundsätzlich ist ein dingliches Recht absoluter Natur und verleiht ein Vindikationsrecht sowie weitere Schutzrechte gegenüber jedermann, wohingegen ein persönliches Recht lediglich gegenüber demjenigen durchgesetzt werden kann, der das Recht gewährt; (4) ein dingliches Recht gewährt im Falle einer Insolvenz ein Vorzugsrecht für den Inhaber; (5) der Grundsatz *prior in tempore potior in iure* findet bei sich widersprechenden dinglichen Rechten grundsätzlich Anwendung; (6) die Übertragung von dinglichen Rechten unterliegt dem Grundsatz der Publizität; (7) die Gerichtsstände differieren zwischen Streitigkeiten über dingliche und über persönliche Rechte.⁹⁹⁵

⁹⁹³ Vertreten etwa von *Meijers*, *Algemene Begrippen*, S. 268-278; *Reinsma*, *Het Onderscheid*, S. 181-189, 211-213; *NJ van der Merwe*, *Beskerming van Vorderingsregte*, S. 153-155. Siehe auch *Badenhorst/Pienaar/Mostert*, *Law of Property*, S. 54f.; van der Merwe, *Sakereg*, S. 63f.; ders. *Things*, S. 56f.; van der Walt, *THRHR* 55 (1992), S. 170 (192f.).

⁹⁹⁴ *Meijers*, a.a.O.; *NJ van der Merwe*, a.a.O. Für englische Übers. siehe *Reinsma*, *Het Onderscheid*, S. 212; van der Merwe, *Things*, S. 56f.; van der Walt, a.a.O. S. 192.

⁹⁹⁵ *Meijers*, *Algemene Begrippen*, S. 268-278; *Reinsma*, *Het Onderscheid*, S. 181-189, 211-213; van der Merwe, *Sakereg*, S. 63f.; ders. *Things*, S. 56f.

Es ist zuvörderst nicht von der Hand zu weisen, dass ein so griffiger Katalog ein gutes Gefühl vermittelt. Insbesondere für Studierende der Rechtswissenschaften dürfte es einige Befriedigung hervorrufen, wenn man infolge auswendig gelernter Eckpunkte eine hinnehmbare Lösung für ein Rechtsproblem erzielen kann. Und auch der tatsächliche Nutzen kann insofern nicht geleugnet werden, als diese Auflistung bei der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten eine Sensibilisierung für den Charakter eines dinglichen Rechts hervorruft.⁹⁹⁶

Zu kritisieren gibt es an dieser Theorie insbesondere, dass sie einem gedanklichen Fehler unterliegt, der bereits im Rahmen der personalisierten Theorie hervorgehoben wurde. Die gelisteten Eigenschaften sind zwar allesamt als Beschreibung eines dinglichen Rechts nicht falsch. Allerdings taugen sie nicht dazu, *a priori* eine Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten vorzunehmen. Vielmehr sind sie als bloße rechtliche Konsequenzen von der vorher durchzuführenden Einordnung als dingliches Recht anzusehen.⁹⁹⁷ So ist es zwar korrekt, dass etwa die Übertragung eines dinglichen Rechts an einer Immobilie durch den Publizitätsakt der Registrierung vollzogen wird, aber daran lässt sich nicht ablesen, ob es sich z.B. bei einem infrage stehenden, einer Dienstbarkeit ähnelnden Recht auch um ein dingliches Recht handelt. Denn gerade aus der Einordnung des Rechts ergibt sich, ob die Registrierung möglich und notwendig ist oder nicht.⁹⁹⁸

Darüber hinaus wird durch die vorgenommene Auflistung bestimmter Charakteristiken lediglich ein optimaler Prototyp des dinglichen Rechts beschrieben.⁹⁹⁹ Ob und wenn ja, welche Merkmale jedoch „ge-

⁹⁹⁶ Van der Walt (THRHR 55 (1992), S. 170 (192)) sagt zutreffend: „It cannot be claimed that these prototype characteristics are sufficient to provide a foolproof *a priori* distinction between real and personal rights, but they can help to clarify the distinction between the two categories.”

⁹⁹⁷ So auch Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 55; Beinart, *ActJur* 1968, S. 157 (210); Reinsma, *Het Onderscheid*, S. 195, 214; van der Merwe, *Things*, S. 56.

⁹⁹⁸ Siehe etwa Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 55 Fn. 99 für ein anschauliches Beispiel, welches illustriert, warum etwa die *servitus aquaehaustus*, welche es dem Begünstigten erlaubt, Wasser aus einem auf dem dienenden Grundstück befindlichen Staudamm zu schöpfen, durch den Kriterienkatalog nicht als dingliches oder persönliches Recht eingeordnet werden kann.

⁹⁹⁹ Van der Merwe schreibt insofern zutreffend (*Things*, S. 56): „However, it must always be kept in mind that real rights often fall short of their ideal prototype in some or other respects.”

opfert“ werden können, ohne dass sich an der Zuordnung der Dinglichkeit für das Recht etwas ändert, ergibt sich nicht.

Der Wert der Prototypen-Theorie lässt sich ggf. anhand ihrer praktischen Anwendung ablesen. Zu fragen ist also z.B., ob durch die Berücksichtigung bestimmter Kriterien eine Preisbindungsklausel, die es dem Erwerber eines Grundstücks verbietet, im Falle eines Weiterverkaufs einen höheren als den selbst gezahlten Kaufpreis zu verlangen,¹⁰⁰⁰ rechtlich eingeordnet werden kann. Fragt man danach, ob die Preisbindungsklausel, welche zugunsten des Verkäufers vereinbart wurde (der in diesem Fall eine Gemeinde war und für den daher auch Gemeinwohlaspekte eine Rolle spielten) ein Recht in Bezug auf eine Sache oder die Leistung einer Person darstellt, so steht man bereits vor der ersten Sackgasse. Denn dies ist eines der Kernprobleme, welches sich dem Gericht in dieser Situation stellte. Darüber hinaus kann man freilich auch nicht aus der Klausel alleine ableiten, ob diese absolut gegenüber jedermann, d.h. auch zuungunsten künftiger Erwerber, gelten soll. Hier wird – wieder einmal – deutlich, dass die Absolutheit Ausfluss der vorgelagerten Entscheidung über die Natur des Rechts ist. Die Liste könnte an dieser Stelle beliebig fortgeführt werden, allerdings ist das Problem nun bereits offenkundig. Die Absolutheit, die anzuwendenden Rechtsbehelfe, die Präferenzwirkung im Falle der Insolvenz, die Anwendung des *prior tempore*-Grundsatzes und alle weiteren „Kriterien“, die sich in der obigen Auflistung finden, sind weniger unterscheidende Merkmale für die Bestimmung des Rechtscharakters, als vielmehr Eigenschaften, die aus der Einordnung als dingliches Recht folgen.

Die theoretische Vorstellung, dass man anhand abstrakter Kriterien eine Einordnung der Rechte vornehmen kann, ist verlockend, jedoch praktisch nicht möglich. Einen über die Herausstellung der Unterschiede zwischen dinglichen und persönlichen Rechten hinausgehenden Mehrwert für die Differenzierung zu persönlichen Rechten kann die Prototypen-Theorie nicht generieren.¹⁰⁰¹ Dieser ernüchternden Erkenntnis musste sich u.a. auch *Reinsma* hingeben, die ohne Erfolg an einem Beweis für die Stichhaltigkeit der Prototypen-Theorie gearbeitet hat. Sie schloss ihr Werk daraufhin mit der Empfehlung an den südafrikanischen Gesetzgeber, mit einer enumerativen Aufzählung dinglicher Rechte für Klarheit zu sorgen.¹⁰⁰² Mittlerweile ist diesbe-

¹⁰⁰⁰ Das Beispiel ist angelehnt an *Fine Wool Products of South Africa v Director of Valuations* – § 3F.III.2.

¹⁰⁰¹ So auch van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (192).

¹⁰⁰² Reinsma, Het Onderscheid, S. 190-196, 213f.

züglich zu konstatieren, dass das beinahe 50 Jahre alte Ansuchen von *Reinsma* bis heute nicht erhört wurde.¹⁰⁰³

2. Bedingungs-Test

Wie bereits durch die Darstellung der schwierigen Abgrenzungsfälle deutlich wurde,¹⁰⁰⁴ sind die einzuordnenden Rechte häufig Bestandteil eines Kaufvertrages oder Testaments und dort als Bedingung im Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung ausgestaltet. Diesen Umstand haben Autoren in Südafrika immer wieder zum Anlass genommen, die Bewertung von rechtlichen Bedingungen als Ausgangspunkt für die Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Rechten zu nehmen.¹⁰⁰⁵ Der Vollständigkeit halber muss hier angefügt werden, dass zum einen der Einfluss von Bedingungen auf anerkannte dingliche Rechte und zum anderen die Registrierbarkeit solcher Bedingungen überprüft wird. Ein anschauliches Beispiel bietet die Frage, welche Auswirkungen eine Bedingung auf den unzweifelhaft dinglichen Charakter einer dauerhaften Miete hat, gemäß der das Mietverhältnis in dem Moment endet, wenn Gold oder sonstiges wertvolles Gestein oder Metalle auf dem vermieteten Grundstück gefunden werden.¹⁰⁰⁶

a) Klassischer Ansatz

Eine nähere Betrachtung gebührt zunächst dem zwar etwas in die Jahre gekommenen, aber nach wie vor aktuellen und in seiner Pointiertheit einzigartigen Ansatz von *Geo Wille*.¹⁰⁰⁷ Dieser teilte die unterschiedlichen Bedingungen zunächst in aufschiebende und auflösende Bedingungen ein.¹⁰⁰⁸ Dem gängigen Verständnis folgend entfaltet demnach ein Recht, das mit einer aufschiebenden Bedingung versehen ist, erst mit Eintritt dieser Bedingung seine Wirkung und eine auflösende Bedingung sorgt dafür, dass das Recht zwar unmittelbar ent-

¹⁰⁰³ Näheres dazu unter § 4A.IV.3.b).

¹⁰⁰⁴ Siehe § 3F.

¹⁰⁰⁵ Insbesondere Wille, SALT 1 (1932), S. 8f., 36f.; Domanski, THRHR 67 (2004), S. 673 (678). Siehe auch Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 74; van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (182-184). Eine entsprechende Bezugnahme findet sich auch bei *Hollins v Registrar of Deeds* 1904 TS 603 (605).

¹⁰⁰⁶ Ex parte Master of the Supreme Court 1906 TS 563 (565).

¹⁰⁰⁷ Ders. SALT 1 (1932), S. 8f., 36f.

¹⁰⁰⁸ Auf der einen Seite conditions precedent or suspensive und auf der anderen Seite conditions resolutive or subsequent – a.a.O. S. 8 (9).

steht, jedoch mit Eintritt der Bedingung erlischt.¹⁰⁰⁹ Ferner wird in Hinblick auf beide Kategorien zwischen potestativen, prekären und zufälligen Bedingungen unterschieden.¹⁰¹⁰ Bei potestativen Bedingungen liegt der Eintritt der Bedingung in der Macht des Gläubigers, bei prekären Bedingungen kann der Schuldner über die Bedingung bestimmen und zufällige Bedingungen hängen von nicht beeinflussbaren Ereignissen oder der Bestimmung durch einen Dritten ab.

Im Falle von auflösend potestativen und auflösend zufälligen Bedingungen sei die Lage laut *Wille* insofern eindeutig, als diese keinen Einfluss auf die Dinglichkeit des zugrunde liegenden Rechts hätten. Demnach hätten Umstände, die außerhalb des Einflussbereichs der Parteien lägen und z.B. das Recht des Mieters, den langzeitigen Mietvertrag jederzeit nach eigenem Ermessen zu kündigen, keinen Einfluss auf den dinglichen Charakter des zugrunde liegenden Rechts.¹⁰¹¹ Anders gestalte sich die Lage, wenn eine auflösende Bedingung prekär ausgestaltet sei und so etwa der Vermieter den Mietvertrag jederzeit auflösen könne. In diesem Fall sei der dingliche Charakter einer dauerhaften Miete nicht aufrechtzuerhalten.¹⁰¹²

Etwas komplizierter gestalte sich die Lage bei aufschiebenden Bedingungen. Zunächst ging *Wille* in diesem Zusammenhang auf aufschiebend zufällige Bedingungen ein. Solche Rechte, die erst dann entstünden, wenn ein zufälliges Ereignis eintrete, auf das keine der Parteien Einfluss habe, könnten deswegen kein dingliches Recht darstellen, weil das Ereignis möglicherweise niemals eintrete.¹⁰¹³

¹⁰⁰⁹ A.a.O.: „A right subject to a condition precedent does not vest until the condition is fulfilled, whereas if the condition is resolutive the right vests at once but is extinguished when the condition is fulfilled.“

¹⁰¹⁰ Potestative, precarious und casual conditions.

¹⁰¹¹ A.a.O. S. 8 (9) mit Verweis auf Ex parte Master of the Supreme Court 1906 TS 563 (568).

¹⁰¹² A.a.O. mit gleichem Verweis. In dem Urteil heißt es: „The only point which remains is whether there is anything in the lease itself which prevents this stand right being treated as an immovable. If the user was merely precarious, then clearly the document would not amount to a lease in longum tempus. If it could be terminated at will by the lessor the matter could be disposed of at once.“

¹⁰¹³ A.a.O. S. 36 (36) mit Verweis auf Hollins v Registrar of Deeds 1904 TS 603 (605), wo es um ein Recht zur häufigen Beteiligung an einer sog. *mynpacht* (Abgabe für die Erteilung einer Konzession zum Abbau von Bodenschätzen) ging, das erst dann zur Geltung kommt, wenn auf dem infrage stehenden Grundstück Gold oder sonstige Bodenschätze gefunden werden und es infolgedessen durch Proklamation zu einem Bergbaugebiet ausgerufen wird (siehe § 3F.III.2). Aus dem gleichen Grund wurde in *Fine Wool Products of South Africa v Director of Valuations* (1950 (4) SA (E) 490) auch die Dinglichkeit eines Rechts des Verkäufers abgelehnt, wonach der Erwerber das Grundstück nur zu einem bestimmten Preis wei-

Ein Recht, welches zwar in die Kategorie der aufschiebend zufälligen Bedingungen fällt, bei dem jedoch der dingliche Charakter anerkannt ist, ist das Fideikommiss, welches eine Art bedingtes Anwartschaftsrecht in Bezug auf ein dingliches Recht darstellt.¹⁰¹⁴ Der typische Fall für ein Fideikommiss besteht darin, dass das Eigentum an einem Grundstück testamentarisch auf einen (Vor-)Erben übertragen wird und im gleichen Zuge bestimmt wird, dass das Eigentum bei Tod des Erben auf einen bestimmten Nacherben übergeht.¹⁰¹⁵ Für das Fideikommiss ist in Südafrika anerkannt, dass es infolge der Registrierung im Grundbuch ein dingliches Recht sowohl für den Erst- als auch für den Zweitbegünstigten darstellt, sobald der Erstbegünstigte das Recht erlangt.¹⁰¹⁶ Die Lösung für diesen grundsätzlichen Widerspruch präsentiert *Wille* dergestalt, dass es im Rahmen der zufälligen aufschiebenden Bedingungen darauf ankommen soll, ob das ungewisse zukünftige Ereignis mit Sicherheit eintrete (wie der Tod des Vorerben) oder ob die Möglichkeit besteht, dass das Ereignis auch zukünftig reine Theorie bleibt.¹⁰¹⁷

Diese Einteilung von aufschiebend zufälligen Bedingungen vermag jedoch nicht vollends zu überzeugen. Man stelle sich für obiges Beispiel den Fall vor, dass der Nacherbe vor dem Vorerben verstirbt. In diesem Fall tritt die Bedingung für den Nacherben ebenfalls niemals ein. Es ist jedoch gleichwohl legitim, zwischen dem ersten Fall, dass es nicht sicher ist, ob die Bedingung überhaupt jemals eintritt, und dem zweiten, dass der zukünftige Bedingungseintritt zwar feststeht, jedoch nicht unter allen Umständen den Zweitberechtigten zum Vollrechtserwerb verhilft, zu differenzieren. Denn sowohl der erstberechtigte Treuhänder als auch der letztberechtigte Fideikommissherr haben im Gegensatz zu demjenigen, der erst mit dem ungewissen Eintritt einer Bedingung überhaupt Rechte erlangt, eigentümerähnliche Rechte. Der Treuhänder hat praktisch alle Rechte, die auch einem Eigentümer zustehen würden, mit Ausnahme des Veräußerungsrechts, welches den Bedingungen des Fideikommisses unterworfen ist. Sobald feststeht,

terveräußern durfte (a.a.O. S. 509): „*The restrictive condition is purely a personal one dealing with events that may never occur, and a desire of the appellant that may never come into existence and cannot 'affect the land'.*“ – Siehe § 3F.III.2.

¹⁰¹⁴ Siehe zum Fideikommiss Lee/Honoré, Things, S. 426-453; Maasdorp/Hall, Law of Property, S. 28f.; Wille's Principles, S. 707-710. Zur Geschichte des Fideikommiss in Südafrika siehe insbesondere Beinart, ActJur 1968, S. 157 (157-219).

¹⁰¹⁵ Wille's Principles, a.a.O.

¹⁰¹⁶ British South Africa Company v Bulawayo Municipality 1919 AD 84 (95); Badenhorst, THRHR 63 (2000), S. 499 (505); Maasdorp/Hall, Law of Property, S. 28; Wille, SALT 1 (1932), S. 36 (36).

¹⁰¹⁷ Wille, a.a.O.

dass die aufschiebende Bedingung zugunsten des Fideikommissherren nicht mehr eintreten kann, wird das beschränkte Recht des Treuhänders zudem auf Antrag in vollwertiges Eigentum umgewandelt.¹⁰¹⁸ Der Fideikommissherr ist zwar nicht unmittelbar, doch immerhin anwartschaftlich an der jeweiligen Sache berechtigt und erlangt mit Eintritt der Bedingung vollwertiges Eigentum.¹⁰¹⁹

Der Regelfall für aufschiebend postestative Bedingungen sind Optionsrechte, etwa in Hinblick auf den Kauf von Grundstücken oder der Verlängerung einer Miete. *Wille* führt aus, dass ein Optionsrecht für den Kauf eines Grundstücks zwar grundsätzlich ein persönliches Recht darstelle, dieses allerdings für jeden bindend sei, der Kenntnis von dem Optionsrecht habe. Insofern sei ein solches Optionsrecht „*something more than a right binding the debtor alone.*“¹⁰²⁰ Auch mit Verweis auf *Hollins v Registrar of Deeds*¹⁰²¹ plädiert *Wille* für die Registrierbarkeit solcher Optionsrechte und somit für eine Aufwertung zum dinglichen Recht. Auch die Option für einen Mieter, sein Mietrecht nach freiem Ermessen zu verlängern, sodass es insgesamt nicht weniger als zehn Jahre andauert (und damit die Grenze zur dauerhaften Miete passiert)¹⁰²², sei als dingliches Recht anzuerkennen.¹⁰²³

Die im Rahmen der aufschiebend postestativen Bedingungen von *Wille* vorgenommene Einteilung ist insofern radikal, als bloße Optionsrechte in Hinblick auf den Erwerb von Grundeigentum eintragungsfähig sein sollen. Es handelt sich bei Fällen, in denen der Schutz des Optionsrechts relevant wird, letztlich um abgeschwächte Varianten des doppelten Verkaufs, bei dem der Erstkäufer jedoch lediglich durch die *doctrine of notice* geschützt ist und gerade keine Voreintragung des persönlichen Rechts, welches sich auf den Erwerb des Eigentums richtet, möglich ist.¹⁰²⁴ Der durch die *doctrine of notice* gewährte Schutz, dass das Optionsrecht bei Kenntnis von Dritten beachtet werden muss, ist auch in diesem Fall ausreichend. Es wäre unter Wertungsgesichtspunkten zumindest schwierig, zu vertreten, dass ein

¹⁰¹⁸ Maasdorp/Hall, Law of Property, S. 28f.; *Wille's Principles*, S. 707-710.

¹⁰¹⁹ Maasdorp/Hall, a.a.O.; *Wille's Principles*, a.a.O.

¹⁰²⁰ *Wille*, SALT 1 (1932), S. 36 (36).

¹⁰²¹ 1904 TS 603 (607) – dort heißt es: „Probably it might be well if the legislature did extend in some direction the operation of the Deeds Office. I think, having regard to the conditions of this country and the importance which option rights attain here, that it would be a good thing if special provision were to be made for the registration of mere options, which, in the view I take of the law, cannot be registered at present.“

¹⁰²² Siehe § 2D.IV.

¹⁰²³ *Wille*, a.a.O. S. 37.

¹⁰²⁴ Siehe § 3D.

rein theoretisches Optionsrecht, welches dem Inhaber lediglich das Recht einräumt, den Kauf zu vollziehen, besser geschützt sein sollte, als der bereits vollzogene Kauf.

Schließlich werden aufschiebend prekäre Bedingungen von *Wille* nicht erwähnt, was unzweifelhaft und konsequenterweise darauf schließen lässt, dass derart bedingte Rechte den Status als dingliches Recht nicht für sich in Anspruch nehmen können.

Zusammenfassend stellt sich also nach der Einordnung von *Wille* folgende Lage dar: Prekäre Bedingungen führen stets dazu, dass das zugrunde liegende Stammrecht persönlicher Natur ist. Potestative Bedingungen führen hingegen stets zu einer Dinglichkeit des Stammrechts, wenn dieses anerkanntermaßen dingliche Natur besitzt. Bei solchen Bedingungen, deren Eintritt vom Zufall abhängt, ist zwischen auflösenden und aufschiebenden Bedingungen zu unterscheiden. Bei auflösenden Bedingungen stehe der dingliche Charakter des Stammrechts nicht infrage. Bei aufschiebenden Bedingungen kommt es laut *Wille* offensichtlich darauf an, ob die Bedingung zu irgendeinem Zeitpunkt sicher eintritt (z.B. Tod des Vorerben) oder die Möglichkeit besteht, dass niemals ein Bedingungseintritt erfolgt (z.B. Fund von Gold auf Grundstück).

Dem klassischen Ansatz ist zuzugestehen, dass er es schafft, eine nachvollziehbare Einordnung vorzunehmen, anhand derer eine trennscharfe Klassifizierung dinglicher Rechte erfolgen kann. Doch bietet er auch eine Lösung auf die Frage nach dem Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten? In einigen Fällen ist diese Frage mit „ja“ zu beantworten. Dies jedoch lediglich bei Bedingungen, die in Bezug auf anerkannte dingliche Rechte bestehen, insbesondere dem Eigentum. Er stellt insofern einen Teilbeitrag dar, als etwa Optionsrechte, das Fideikommiss oder auch die Frage nach der Einordnung zufälliger Bedingungen geklärt werden und somit bei Anwendung der dargestellten Grundsätze auf diesen Gebieten ein hohes Maß an Rechtssicherheit geschaffen würde. Durch die klassische Bedingungstheorie von *Wille* wird somit ein wertvoller Beitrag für den vorliegenden Forschungsgegenstand geleistet.

Wie jedoch bereits mehrfach betont wurde, wird von diesem Ansatz lediglich ein Teil des Problems erfasst und ein großer, bedeutender Teil liegt weiter im Dunkeln. Denn Voraussetzung der Anwendbarkeit dieser Theorie ist zum einen stets, dass überhaupt eine Bedingung im beschriebenen Sinne vorliegt. Zum anderen muss darüber hinaus das der Bedingung zugrunde liegende Recht als dingliches Recht anerkannt sein. Nur wenn diese beiden Voraussetzungen vorliegen, stellt der Ansatz von *Wille* eine Lösung für die Unterscheidung

von dinglichen und persönlichen Rechten dar. Eine Einordnung der zugrunde liegenden Rechte kann mit Hilfe dieses Ansatzes hingegen nicht erfolgen. *Wille* erkennt dieses Problem auch für den Fall, dass Geldzahlungspflichten an die Inhaberschaft von dinglichen Rechten gebunden sind.¹⁰²⁵ Doch auch andere Fragen, wie etwa die Einordnung von aktiven Handlungspflichten im Rahmen von Grunddienstbarkeiten, können durch die klassische Bedingungstheorie nicht beantwortet werden. Abgesehen von diesen (erheblichen) Unzulänglichkeiten bietet dieser Ansatz jedoch erstmals eine Methode an, welche die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten zumindest teilweise ermöglicht.¹⁰²⁶

b) Moderner Ansatz

Ein neuerer Ansatz, der ebenfalls für die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an die Bedingtheit eines Rechts anknüpft, stammt aus dem Jahre 2004 von *Andrew Domanski*.¹⁰²⁷ An Selbstvertrauen mangelt es dem Beitrag zumindest nicht, soll doch nicht weniger als die endgültige Lösung des Problems präsentiert und eine gesetzgeberische Intervention überflüssig gemacht werden.¹⁰²⁸

Domanski gründet seine Thesen auf ein zustimmendes Sondervotum von *J Wessels* aus dem bereits 1904 ergangenen Urteil *Hollins v Registrar of Deeds*.¹⁰²⁹ In aller Kürze und Prägnanz schreibt der Richter: „I may add that I cannot understand how either by the common law or by the

¹⁰²⁵ A.a.O. S. 37: „This does not appear to be a case of contingency in the right itself, but merely in the benefit to be reaped. It is an unconditional right in land to take therefrom something which may or may not be in existence, and consequently it is the benefit which is contingent.“ Er sagt zu der Einordnung dieser Geldzahlungspflichten, dass sie als dingliche Rechte registrierungsfähig sein sollten und stützt seine Argumentation insbesondere darauf, dass etwa bei einem Nießbrauch auch die Früchte des Grundstücks gezogen werden dürften und dass Geldzahlungspflichten in der Regel Beteiligungen an dem kommerziellen Gebrauch des Grundstücks seien (a.a.O.).

¹⁰²⁶ Der klassische Ansatz wurde daher auch in Gestalt einer Vorfrage in den im Rahmen dieser Arbeit entwickelten eigenen Lösungsansatz integriert, siehe § 5A.I.2 und § 5A.II.2.

¹⁰²⁷ THRHR 67 (2004), S. 673-678.

¹⁰²⁸ Domanski a.a.O. S. 674: „It is submitted that, in a well-known case decided a century ago, there is to be found a principle of such cogency that, had it been heeded and applied by later judges, our law would not find itself in its present state of mounting confusion. Furthermore, judicial recognition of this principle, even at this late stage, could well abate the need for legislative intervention in this troubled area of the law.“

¹⁰²⁹ 1904 TS 603 (608) – § 3F.III.2.

Proclamation one can have registration of a right, the birth of which is dependent upon a contingency.“ Diese wenigen Zeilen werden von *Domanski* zu einer der wichtigsten je ergangenen Entscheidungen auf dem Gebiet des südafrikanischen Sachenrechts hochstilisiert.¹⁰³⁰ Wie er zu dieser Ansicht kommt, zeigt sein Ansatz zur Anerkennung neuer Kategorien dinglicher Rechte.

Für die Zwecke seiner Theorie legt *Domanski* zunächst einige Begriffsdefinitionen fest.¹⁰³¹ Eine Bedingung sei zunächst ein Ereignis, das eintreten kann oder nicht, eine Möglichkeit.¹⁰³² Darüber hinaus wird der oben zitierte Ausspruch von *J Wessels*, dass ein Recht, dessen Entstehung von einer Bedingung abhängt, niemals der Registrierung zugänglich sei, als „Bedingungsprinzip“ bezeichnet. Im Unterschied zu bedingten Rechten sei ein Recht, welches unbedingt und dauerhaft zugunsten des Rechtsinhabers etabliert wurde und somit einen Teil seines Vermögens darstellt, als unbedingtes bzw. verfestigtes Recht (*vested right*) zu bezeichnen.

Kern des Ansatzes ist, dass nur ein verfestigtes Recht unter Umständen ein dingliches Recht darstellen könne und als solches registrierungsfähig sei. Im Gegensatz dazu könne ein bedingtes Recht unter keinen Umständen zu mehr aufsteigen als einem persönlichen Recht. Die gerichtliche Feststellung, dass ein bedingtes Recht in diesem Sinne vorliege, müsse somit automatisch zu dem Schluss führen, dass kein dingliches Recht vorliege.¹⁰³³ Es wird ein zweistufiger Test vorgeschlagen, der erstens verlangt, dass das infrage stehende Recht am Bedingungsprinzip gemessen wird. Nur wenn diese Hürde überwunden ist, soll in einem zweiten Schritt betrachtet werden, ob das Recht eine Subtraktion vom Eigentum darstelle.¹⁰³⁴ Damit bedient sich *Domanski* auf der zweiten Ebene des von den südafrikanischen Gerichten angewandten Subtraktions-Tests.¹⁰³⁵

Zu untersuchen ist insbesondere der erste Schritt, in dem *Domanski* nur solchen Rechten die potenzielle Dinglichkeit zuerkennt, deren Entstehen nicht von einer Bedingung abhängt. Durch die Definition einer Bedingung als Ereignis, welches eintreten könne oder nicht,

¹⁰³⁰ A.a.O. S. 676: „Wessels J’s judgment occupies a mere four lines in the published report of the case, yet it must rank among the most important judgments ever handed down in the South African law of property!“

¹⁰³¹ A.a.O. S. 676.

¹⁰³² Für diese Definition wurde als Referenz auf *Black’s law dictionary* (Ausgabe 1999), S. 315 verwiesen.

¹⁰³³ A.a.O.

¹⁰³⁴ A.a.O. S. 678.

¹⁰³⁵ Siehe dazu ausführlich § 4B.I.

wird bereits in einem grundlegenden Gedanken eine vereinfachte Darstellung gewählt, die zu einigen Unklarheiten führt. Es kann zunächst nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden, ob dieses mögliche Ereignis im Rahmen einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung eintreten soll. Infolge der Formulierung des Gerichts („[A] right, the birth of which is dependent upon a contingency.“),¹⁰³⁶ auf die sich *Domanski* bezieht, kann davon ausgegangen werden, dass nur aufschiebende Bedingungen gemeint sind. Noch weniger Klarheit herrscht zudem darüber, ob der Eintritt des Ereignisses prekär, potestativ oder rein zufälliger Natur sein soll.¹⁰³⁷ Die gewählte Definition einer Bedingung ließe den Schuss zu, dass lediglich auf zufällige Bedingungen Bezug genommen wird. Da ansonsten jedoch in keinerlei Weise zwischen unterschiedlichen Arten von Bedingungen differenziert wird, liegt es näher, sämtliche aufschiebenden Bedingungen als umfasst anzusehen.

Überkommt man diese anfänglichen, terminologischen Schwierigkeiten und legt man das soeben beschriebene Verständnis zugrunde, so steht unterm Strich, dass laut *Domanski* aufschiebende Bedingungen auch bei ansonsten anerkannten dinglichen Rechten dazu führen, dass diese lediglich persönlichen Charakter haben. Abgesehen von der Nichtberücksichtigung von auflösenden Bedingungen unterscheidet sich der moderne Ansatz in zweierlei Weise vom klassischen Ansatz von *Wille*. Erstens hält *Domanski* auch aufschiebende potestative Bedingungen, d.h. solche, bei denen die Auslösung der Bedingung in der Hand des Gläubigers liegt, für einen Faktor, der die Dinglichkeit des zugrunde liegenden Rechts unmöglich macht. Bei dieser Gruppe handelt es sich vornehmlich um Optionsrechte, bei denen die rechtliche Einordnung seit jeher zweifelhaft ist. Es hängt letztlich von einer Wertentscheidung ab, bei der das Pendel sowohl in die eine als auch in die andere Richtung ausschlagen kann. In Südafrika geht die Tendenz in dieser Frage dahin, dass Optionsrechte rein persönlicher Natur sind.¹⁰³⁸ Insofern kann dem modernen Ansatz durchaus gefolgt werden.

Zweitens differenziert *Wille* bei zufälligen aufschiebenden Bedingungen dahingehend, ob das weder vom Schuldner noch vom Gläubiger beeinflussbare zukünftige Ereignis mit Sicherheit eintritt (insbesondere der Tod eines Erblassers) oder gänzlich ausbleiben könnte (z.B.

¹⁰³⁶ Hollins v Registrar of Deeds 1904 TS 603 (608).

¹⁰³⁷ Siehe zur Erklärung der unterschiedlichen Bedingungen die Ausführungen zur klassischen Bedingungstheorie unter § 4A.IV.2.a).

¹⁰³⁸ Cape Explosive Works Ltd. and another v Denel (Pty.) Ltd. and others 2001 (3) SA (SCA) 569 (578).

Fund von Bodenschätzen). Nur in den erstgenannten Fällen könne demnach ein dingliches Recht vorliegen. Eine entsprechende Unterteilung nimmt *Domanski* freilich nicht vor. Die von *Wille* vertretene differenzierte Herangehensweise kann an dieser Stelle insofern überzeugen, als es einen qualitativen Unterschied ausmacht, ob das zufällige Ereignis mit Sicherheit eintritt oder eben nicht.

Nimmt man darüber hinaus an, dass die Dinglichkeit des zugrunde liegenden Rechts bei auflösenden Bedingungen nach dem modernen Ansatz grundsätzlich nicht angetastet wird, so ergibt sich im Gegensatz zur klassischen Theorie nur ein (wenig relevanter) Unterschied im Bereich prekärer Bedingungen, bei denen *Wille* dem zugrunde liegenden Recht die Dinglichkeit *a priori* abspricht.¹⁰³⁹ Es kann mithin konstatiert werden, dass die anfänglich so verschieden anmutenden Bedingungstheorien eine Reihe von Gemeinsamkeiten aufweisen. *Domanski* begeht darüber hinaus den nächsten logischen Schritt und spricht eine zweite Ebene an. Diese wird stets relevant, wenn eine Bedingung nach dem hier vertretenen Verständnis der Dinglichkeit eines Rechts nicht im Wege steht.

Grundsätzlich zustimmungswürdig ist der Gedanke eines zweistufigen Tests, der auf einem differenzierten Bedingungsprinzip fußt. Als gedankliche Grundlage haben die Überlegungen von *Domanski* also durchaus das Potenzial, einen wesentlichen Beitrag zur Beantwortung der Frage nach der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten in Hinblick auf Immobilien zu leisten.¹⁰⁴⁰ Freilich bedarf es nach der Auseinandersetzung mit den Bedingungen noch einer genaueren Vorgabe für die Herangehensweise auf der zweiten

¹⁰³⁹ Relevant wird diese Differenzierung etwa im jüngsten Fall zur Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten mit Bezug auf Immobilien des südafrikanischen SCA. In *Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others* ((2015) 1 All SA (SCA) 562) ging es um eine Satzungsklausel einer Hauseigentümergeinschaft, die es der Gemeinschaft erlaubte, eine für den Weiterverkauf eines unter ihrer Administration stehenden Grundstücks notwendige Unbedenklichkeitsbescheinigung solange zurückzuhalten, bis der gegenwärtige Eigentümer des Grundstücks sämtliche ausstehenden Zahlungen an die Gemeinschaft geleistet hat. Hier handelt es sich insofern um eine auflösende prekäre Bedingung, als es dem Eigentümer obliegt, die Zahlungen vorzunehmen und er somit als Schuldner des Rechts der Gemeinschaft eigenständig für die Auslösung der auflösenden Bedingung (i.e. Zahlung aller finanziellen Verbindlichkeiten gegenüber der Gemeinschaft) sorgen kann. Für eine genauere Analyse des Falls im Lichte der klassischen Bedingungstheorie von *Wille* siehe § 5B.II.

¹⁰⁴⁰ Die Idee eines vorgelagerten Bedingungstests wurde auch in dem hier vorgeschlagenen, eigenen Lösungsansatz umgesetzt – § 5A.I.2.

Ebene. Die vorgeschlagene Anwendung des Subtraktions-Tests führt lediglich zu einer Verlagerung vieler Probleme, die bei dessen Anwendung durch südafrikanische Gerichte offenbar wurden.¹⁰⁴¹

3. Alternative Ansätze

Die fundamentale und gleichzeitig berechtigte Kritik an den bisherigen theoretischen Ansätzen hat gezeigt, dass die Erstellung einer befriedigenden Methode zur Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten nicht leicht von der Hand geht.¹⁰⁴² Es existieren noch einige weitere, oftmals stark vereinfachende oder auf ein Teilproblem beschränkte Ansätze für die Lösung des scheinbar unlösbaren Problems. Einige Beispiele dieser zum Teil aus Resignation und Trotz geborenen Alternativen sowie ihre Hintergründe werden in diesem Abschnitt aufgeführt.¹⁰⁴³

a) Parteiautonomie

Der erste Ansatz, welcher als Produkt der Erkenntnis entstand, dass die Auseinanderhaltung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten theoretisch nicht gelingen wird, stammt von *Paul van Warmelo* aus dem Jahre 1959.¹⁰⁴⁴ Dieser spricht sich explizit gegen eine Eingrenzung des Kreises neuer dinglicher Rechte aus. Auch eine gesetzgebende Intervention dergestalt, dass nur gesetzlich genau festgelegte dingliche Rechte als solche anerkannt werden sollen, lehnt er ab. Vielmehr solle sich ausschließlich an gesellschaftlichen Bedürfnissen und Notwendigkeiten orientiert werden, selbst wenn dies einen Rückfall in den Feudalismus bedeuten würde.¹⁰⁴⁵ Er formuliert im Wesent-

¹⁰⁴¹ Siehe dazu § 4B.I. So auch Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 57.

¹⁰⁴² Vielsagend schreibt van der Vyver, in: *Huldigingsbundel vir WA Joubert*, S. 201 (244): „The truth is that it would be extremely difficult – if not altogether impossible – to derive from the current practice of deeds registration a common denominator that would logically link all registrable rights and distinguish them from non-registrable rights.“

¹⁰⁴³ Eine ähnliche Zusammenfassung der Kapitulationen findet sich bei van der Vyver, in: *Huldigingsbundel vir WA Joubert*, S. 201 (244f.).

¹⁰⁴⁴ *ActJur* 1959, S. 84 (97f.).

¹⁰⁴⁵ A.a.O.: „I have my doubts about the usefulness of, and, in fact, the justification for, any legal policy; or at any rate a legal policy from outside our social community itself. Society is not there for the law, but law is there for society. If society requires all sorts of real and personal encumbrances on property and even if it wishes to turn back to feudalism, it should at any rate not be stopped merely for the sake of form and dogma in law.“

lichen drei Kriterien, die für die Anerkennung neuer dinglicher Rechte ausreichen sollen. Erstens müsse das Recht gegenüber jedermann und zweitens ohne Rückgriff auf eine Zwischenperson durchsetzbar sein. Diese beiden Kriterien haben sich jedoch bereits als untauglich erwiesen, da sie als bloße Konsequenzen des dinglichen Charakters für dessen originäre Bestimmung ungeeignet sind.¹⁰⁴⁶ Somit bleibt letztlich als einziges echtes Kriterium von der Ansicht *van Warmelos* die Absicht der beteiligten Parteien zur Hervorrufung eben jener Effekte bzw. deren autonome Entscheidung zur Kreierung neuer dinglicher Rechte übrig.¹⁰⁴⁷

Diese extrem liberale Ansicht legt die Entscheidung über die Registrierbarkeit von Rechten letztlich in die Hände der Parteien. Nicht der Gesetzgeber, nicht die Gerichte, auch nicht der Registerbeamte, sondern allein der Parteiwille wäre demnach ausschlaggebend für die Registrierung eines Rechts. Diese Anarchie würde das gesamte System der Registrierung von Landrechten freilich *ad absurdum* führen.¹⁰⁴⁸ Auch die Einbettung in die redundante Formel, dass das Recht der Gesellschaft dient und nicht umgekehrt, rechtfertigt es nicht, dass potenziell zwei private Individuen die Entscheidung über die Neuschaffung dinglicher Rechte haben sollten.¹⁰⁴⁹ Die Gesellschaft besteht zwar aus Individuen, jedoch ist der Wille des Individuums nicht gleichzusetzen mit dem Willen der Gesellschaft. Ganz zu schweigen von dem Verstoß dieser Herangehensweise gegen fundamentale Prinzipien der südafrikanischen Rechtsordnung, wie etwa die Relativität vertraglicher Beziehungen.¹⁰⁵⁰

Die Flucht in das Extreme ist bei anderweitiger Ausweglosigkeit kein unbekanntes Mittel, führt jedoch nur in den seltensten Fällen zu einer zufriedenstellenden Lösung. Der Ansatz von *van Warmelo* sollte neben einem fachlichen Beitrag sicher auch die Sinne dafür schärfen, welche Türen offenstünden, wenn die seinerzeitige Entwicklung auf dem Gebiet der Neuschaffung dinglicher Rechte unverändert fortgesetzt würde. Insofern ist die Fokussierung auf die Parteiautonomie zwar in

¹⁰⁴⁶ Siehe § 4A.II und § 4A.IV.1.

¹⁰⁴⁷ A.a.O. S. 98: „Finally, such a right may only be so constituted if the interested parties had the intention of constituting a real right in favour of the holder of the right and, if they so wished, in favour of his successors.“

¹⁰⁴⁸ Van der Walt schreibt in dieser Hinsicht (THRHR 55 (1992), S. 170 (202)): „Obviously their intention cannot be the sole criterion, since there are certain legal principles that cannot be amended or disregarded simply because that is what the parties intended. However, if what the parties intended is legally possible, their intention should, in principle, not be disregarded.“

¹⁰⁴⁹ Siehe Zitat in Fn. 1045.

¹⁰⁵⁰ Dazu van der Walt, TSAR 1986, S. 173 (175f.).

rechtsphilosophischer Hinsicht ein interessanter Ansatz, jedoch für die praktische Abgrenzung von dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien ungeeignet.

b) Gesetzgeberische Intervention

Das gegenteilige Extrem zu der vollkommenen Öffnung des Registrierungssystems ist der Wunsch nach gesetzgeberischer Intervention dergestalt, dass eine genau festgelegte Anzahl von Rechten, die inhaltlich lückenlos beschrieben sind, den elitären Kreis dinglicher Rechte enumerativ begrenzen. Eine solche Handlungsanweisung ohne gleichzeitige Vorgabe der konkreten Ausgestaltung findet sich in der Literatur etwa bei *Reinsma*,¹⁰⁵¹ *Domanski*,¹⁰⁵² *Lewis*,¹⁰⁵³ *Boraine*,¹⁰⁵⁴ *Badenhorst/Coetser*¹⁰⁵⁵ und auch bei *van der Merwe*.¹⁰⁵⁶ Dies würde letztlich zur Einführung eines *numerus clausus* in Südafrika führen, wenn auch in angepasster, ausgedehnter Form.¹⁰⁵⁷ Der Gedanke an eine gesetzgeberisch vorgegebene Auflistung, die nur durch einen erneuten Gesetzgebungsakt ergänzt bzw. verkürzt werden kann, ist auf den ersten Blick naheliegend. Es wäre ein großer Schritt in Richtung Rechtssicherheit und ein Problem, welches Gerichte und Liegenschaftsregister über Jahrzehnte beschäftigt hat, würde zumindest vorübergehend gelöst. Die Frage nach dem „Ob“ ist somit leicht beantwortet, jedoch kommt es nicht von ungefähr, dass eine mögliche konkrete Ausgestaltung dieser avisierten Regelung, also das „Wie“, nur teilweise in abstrakten Ansätzen erläutert wird.¹⁰⁵⁸ Und genau an dieser Schwierigkeit der konkreten Ausgestaltung dürfte es auch liegen, dass es tat-

¹⁰⁵¹ Het Onderscheid, S. 196, 213f.

¹⁰⁵² THRHR 67 (2004), S. 674, 678.

¹⁰⁵³ SALJ 104 (1987), S. 599 (615).

¹⁰⁵⁴ Registerbaarheid van Regte, S. 133.

¹⁰⁵⁵ De Jure 24 (1991), S. 375 (389).

¹⁰⁵⁶ Things, S. 56; ders. in: Lee/Honoré, Things, S. 239.

¹⁰⁵⁷ So auch Domanski, a.a.O. S. 678.

¹⁰⁵⁸ Lewis beschreibt potenzielle Kriterien sehr vage wie folgt (SALJ 104 (1987), S. 599 (614f.)): „Perhaps the criteria for determining whether a right should be registrable against title should, then, be whether it constitutes a right in or to the land, which is socially or economically desirable in the interests of the landowner and the community in which the land is situated, and, most importantly, which will enhance the proper exploitation of the land. If the answer is affirmative, and the right registrable, then it should enjoy the characteristics traditionally imputed to real rights – pursuit, preference, endurance and so on. (...). I am proposing simply that the Deeds Registries Act be amended so as to make it quite clear what rights, other than the traditionally accepted real rights, may, on grounds of social and economic desirability, be registered.“

sächlich noch keine dahingehende Ergänzung des DRA oder sonstige gesetzgeberische Aktivitäten auf dem Gebiet gegeben hat.

Eine Möglichkeit wäre es, induktiv vorzugehen, also die in der Vergangenheit vor südafrikanischen Gerichten und Grundbuchämtern aufgetretenen schwierigen Abgrenzungsfälle auszuwerten und daraus eine allgemeine Regel zu formulieren. An dieser und jener Stelle müsste freilich eine Entscheidung für oder wider die Einordnung als dingliches Recht getroffen werden, aber schwierige Entscheidungen können freilich kein Argument für gesetzgeberisches Unterlassen trotz Handlungsobliegenheit sein. Eine der allgemeinen Regeln könnte so etwa lauten, dass Grunddienstbarkeiten keine aktive Handlungspflicht für den Eigentümer des dienenden Grundstücks begründen dürfen. Davon könnten sodann auch Ausnahmen formuliert werden, wie etwa, dass Geldzahlungspflichten an die Eigentümerstellung geknüpft werden können.

Doch bisher wurde eben bewusst seitens des Gesetzgebers davon Abstand genommen, ein Machtwort in dieser Frage zu sprechen. Und dafür gibt es auch gute Gründe. Offensichtlich ist ein starres System nicht in der Lage, flexibel auf gesellschaftliche Entwicklungen zu reagieren.¹⁰⁵⁹ Zudem wird es zu Wertungswidersprüchen kommen, wenn Rechte nicht von der Aufzählung umfasst sind, die jedoch den gleichen Schutz verdienen. Zudem könnte es heutzutage einen noch tieferliegenden, psychologischen Grund geben, warum gerade Südafrika kein starres System der Landrechte verträgt. Die staatlich verordnete Unterdrückung ethnischer und religiöser Minderheiten zu Zeiten der Apartheid haben das Land über Jahrzehnte ins Ungleichgewicht gebracht.¹⁰⁶⁰ Die im Nachgang an die Aufhebung der Rassentrennung durchgeführte Landreform zeugt von dem hohen Stellenwert, den insbesondere das Landeigentum nach der langen Phase der Unfreiheit in der südafrikanischen Gesellschaft und in den Köpfen der Menschen innehat. Insofern könnte die Zeit auch über zwanzig Jahre nach der Wahl *Nelson Rolihlahla Mandelas* zum ersten schwarzen Präsidenten schlicht noch nicht reif sein, um der Bevölkerung im Zu-

¹⁰⁵⁹ Mostert und Verstappen beschreiben die Probleme in diesem Zusammenhang treffend wie folgt (in: MSPL, S. 351 (360)): „Though strict adherence to the *numerus clausus* would require the legislator to respond to new social developments by allowing for parallel development of the law, legislators are rarely at the vanguard of developments to create more flexibility. Mostly a legislator reacts to, rather than drives, societal changes. Creating new legislative instruments usually takes time and much parliamentary debate, and in the interim outcomes remain uncertain.“

¹⁰⁶⁰ Die Entwicklung des Landeigentums wird unter § 2D.I.2.a) näher beschrieben.

sammenhang mit Rechten in Bezug auf Grundstücke restriktive Vorschriften zu machen. Zwar ging es bei der Landreform primär um den Schutz und die faire Neuverteilung von *Landeigentum*¹⁰⁶¹ und bei der Anerkennung neuer dinglicher Rechte spielen beinahe ausnahmslos beschränkt dingliche Rechte eine Rolle. Jedoch wirken gerade diese für das Eigentum und die Verkehrsfähigkeit der Sache beschränkend. Im Lichte der südafrikanischen Geschichte des 20. Jahrhunderts wäre ein restriktiver Ansatz somit wünschenswert.¹⁰⁶² Letztgenanntes Argument bezieht sich selbstverständlich nur auf die heutige Zeit und ist keine Erklärung für die jahrzehntelange Untätigkeit vor 1994.¹⁰⁶³

Aus zwei Gründen ist für die Ausgestaltung dieser restriktiven Herangehensweise bei der Anerkennung neuer dinglicher Rechte jedoch nicht der Weg eines abschließenden Katalogs zu wählen. Zum einen ist es – ganz praktisch gesehen – müßig, die ewige Forderung nach einer gesetzgeberischen Intervention lediglich zu erneuern, ohne auch nur ansatzweise die Aussicht auf tatsächliches legislatives Tätigwerden in dieser Hinsicht zu haben. Zudem wird sich dieser darauf berufen, dass eine Definition in Form der (wenig aussagekräftigen) sec. 102 DRA bereits besteht.¹⁰⁶⁴ Darüber hinaus charakterisiert es die Lebendigkeit und das Wesen einer Rechtsordnung, dass auch bestehende Gesetze interpretiert und ausgelegt werden. Selbst wenn es also einen abschließenden Katalog dinglicher Rechte gäbe, so würden sich die Probleme vermutlich zumindest nicht verringern. Bei entsprechender Gelegenheit würde versucht werden, dieses oder jenes Recht, welches der Phantasie der beteiligten Parteien entsprungen ist, in das Korsett z.B. einer Dienstbarkeit zu zwängen. Und sofern die Gerichte eine hinreichend hohe Schutzbedürftigkeit ausgemacht haben, wird die Ausdehnung des Begriffs der Dienstbarkeit sie nicht daran hindern, die Dinglichkeit gleichwohl anzuerkennen. Der Ruf nach einem gesetzgeberischen Federstreich ist somit letztlich nicht viel mehr als eine Nebelkerze, welche die Sicht auf die tatsächlichen Problem trübt.

c) Sonstige

Ein weiterer Ansatz ist es, die Unterteilung in dingliche und persönliche Rechte einfach gänzlich aufzugeben und lediglich zwischen regi-

¹⁰⁶¹ Siehe näher zu den Beweggründen der Landreform § 5A.II.3.b).

¹⁰⁶² Siehe dazu ausführlich § 5A.II.3.b).

¹⁰⁶³ Die Aufforderung von *Reinsma* stammt z.B. bereits aus dem Jahre 1970.

¹⁰⁶⁴ „‘[R]eal right’ includes any right which becomes a real right upon registration“.

strierbaren und nicht-registrierbaren Rechten zu differenzieren.¹⁰⁶⁵ Dies würde zwar zur Folge haben, dass man die Einordnung als dingliches Recht nicht mehr rechtfertigen müsste und auch hergebrachte Prinzipien nicht zwangsläufig eingehalten werden müssten.¹⁰⁶⁶ Letztlich würde es aber nur eine Verlagerung des Problems bedeuten, denn die zu treffenden Entscheidungen in schwierigen Abgrenzungsfällen sind die gleichen. Ferner kann es eigentlich keine Lösung sein, eine Rechtsfrage, welche in bestimmten Fällen Probleme aufwirft, durch Umwandlung der Nomenklatur zu „beheben“. ¹⁰⁶⁷ Ferner erscheint es kontraintuitiv, einen der klassischen Grundpfeiler des Zivilrechts, nämlich den Unterschied zwischen Sachen- und Schuldrecht, schlicht zu ignorieren und ihn infolge bestimmter Abgrenzungsschwierigkeiten für obsolet zu erklären.¹⁰⁶⁸

Beachtung sollte zuletzt der diplomatische Ansatz von *AJ van der Walt* finden.¹⁰⁶⁹ Es ist ein Appell an die Gelassenheit und an eine problem-

¹⁰⁶⁵ Siehe van der Vyver, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert, S. 201 (245): „Whatever the answer to the problem of registrable over against non-registrable rights might be, the fact remains that the common-law distinction between real rights and personal rights has finally become obsolete in South African law.“ In die gleich Kerbe schlägt van der Merwe, in: Lee/Honoré, Things, S. 239: „Neither legal dogmatics nor precedent provide a workable criterion by which one can distinguish between real and personal rights. This shows that the distinction between these rights does not depend on the inherent nature thereof but rather on the rules of the system. These rules are often the result of historical development and expediency rather than logic.“ Auch Boraine (Registreerbaarheid van Regte, S. 132f.) hält die Einteilung in dingliche und persönliche Rechte für nicht mehr zeitgemäß und beschreibt, dass der eigentliche Test die Registrierbarkeit eines Rechts und nicht dessen Einteilung als dingliches oder persönliches Recht betreffen sollte: „Die werklike toets behoort te wees of ‘n reg registreerbaar is al dan nie, sonder om terug te val op die onderskeid tussen ‘n saaklike en ‘n persoonlike reg.“

¹⁰⁶⁶ So könnte etwa das Passivitätsprinzip im Dienstbarkeitenrecht (§ 3F.I) übernommen werden.

¹⁰⁶⁷ Siehe van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (201) mit Bezug auf das obige Zitat von van der Vyver: „The mere fact that the distinction is not always easy to make, does not necessarily prove Van der Vyver’s statement that it has become obsolete, especially if regard is had to the fact that the distinction has evolved over a long period of time and that much of the confusion that exists, is caused by the fact that the principles involved are not always understood properly by those who use it.“

¹⁰⁶⁸ So sieht es auch Lewis, SALJ 104 (1987), S. 599 (614f.): „I am not suggesting that we abandon the theoretical distinction between real and personal rights: it is, after all, one of the foundations of our common law, and in instances where a right is clearly recognized as real, particularly in regard to movable objects, the distinction is a useful one.“

¹⁰⁶⁹ THRHR 55 (1992), S. 170 (201).

orientierte Diskussion. Zunächst wird auf die überragende Mehrzahl von Fällen hingewiesen, in denen sich mit den aktuell zur Verfügung stehenden Methoden eine präzise Abgrenzung vornehmen lasse. Die vertretenen Theorien und Ansätze aus Literatur und Rechtsprechung seien im Lichte der historischen Entwicklung der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten sowie existierenden rechtlichen Grundsätzen und soziopolitischen Erwägungen mit- und nebeneinander anzuwenden. Das Herausstellen von Gemeinsamkeiten und die gegenseitige Ergänzung stünde somit vor der gegenseitigen Kritik und Herabwürdigung. Auch das notwendige terminologische und theoretische Handwerkzeug sei existent, müsse nur richtig angewendet werden.¹⁰⁷⁰ Als Ausgangspunkt sei darüber hinaus stets zu fragen, ob das Recht eine direkte Belastung für das Grundstück selbst darstelle und ob es gemessen an objektiven Standards ein dingliches Recht darstellen könne. Letzteres bedeute, dass das Recht als solches existenz- und registrierungsfähig sein müsse, indem es eine direkte Beziehung zwischen dem Rechtssubjekt und dem Grundstück selbst darstelle.¹⁰⁷¹

Der Ansatz von *van der Walt* liest sich wie eine Motivationsschrift und ist in der Reihe von resignierenden und kapitulierenden Beiträgen ein Lichtblick. Und in der Tat hat er sicherlich damit Recht, dass die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten nur in Ausnahmefällen relevant wird. Darüber hinaus kann mutmaßlich nur ein Bruchteil dieser Ausnahmefälle nicht mit den vorhandenen Methoden behoben werden. Im Rahmen der beinahe schon kompetitiv betriebenen Kritik an Lösungsvorschlägen kann es sicherlich nicht schaden, auch die positiven Aspekte zu berücksichtigen und die Theorien ergänzend heranzuziehen. Die vorgeschlagene ganzheitliche Betrachtungsweise stellt somit einen wertvollen Beitrag zur problemorientierten Lösung des Problems dar. Angemerkt werden muss jedoch, dass freilich durch ein ungeordnetes Zusammenlegen von Theorien keine abschließende Lösung auf die konkrete Frage nach einer Möglichkeit der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten gefunden ist. Die aufgezeigten Unzulänglichkeiten der einzelnen Theorien gelten *mutatis, mutandis* fort, wenn man sie miteinander kombiniert. Und es wird auch weiterhin Fälle geben, in denen die Abgrenzung relevant ist und in denen mit den existierenden Theorien keine Lösung möglich ist. Welchem Ansatz ist etwa zu folgen, wenn ein Recht durch die eine Theorie als dinglich eingestuft

¹⁰⁷⁰ A.a.O.: „The necessary terminological and theoretical material for a sensible and understandable application of this distinction does exist.“

¹⁰⁷¹ A.a.O. S. 202f.

wird, durch eine andere jedoch nicht? Und was genau bedeutet es, sowohl die historische Entwicklung als auch soziopolitische Umstände in die Entscheidung mit einzubinden? Im Lichte der Rechtssicherheit wäre eine einzelne Theorie, der universell gefolgt wird und die eine klare Abgrenzung ermöglicht, noch immer gegenüber dem Ansatz von *van der Walt* vorzuzugswürdig.

B. Ansatz der Rechtsprechung

Schon früh spiegeln die Urteile höchster südafrikanischer Gerichte eine Emanzipation von den hergebrachten Theorien der Gelehrten wider und es wurde ein autonomer Ansatz entwickelt. Es kann gleichwohl keine Rede von einer einheitlichen Vorgehensweise der Rechtsprechung sein, die sich über die Zeit nur punktuell entwickelt hat. Vielmehr haben die Richter oftmals unter Zugrundelegung eines gemeinsamen theoretischen Fundaments eine eigenständige Interpretation je nach Fallgestaltung vorgenommen, mit dem Ergebnis, dass auch die Rechtsprechungsanalyse nur ein heterogenes Bild abgibt.

I. Subtraktions-Test

Der wohl prominenteste aller im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten vertretenen Ansätze ist der sog. Subtraktions-Test.¹⁰⁷² Seit mehr als 120 Jahren wird dieser Test von südafrikanischen Richtern bei Fällen im Grenzgebiet zwischen Sachen- und Schuldrecht herangezogen.¹⁰⁷³ Zur Erläuterung

¹⁰⁷² Im Englischen „subtraction from the dominium test“.

¹⁰⁷³ Erste Spuren des Subtraktions-Tests lassen sich bereits im Jahre 1893 finden, im Urteil *Consistory of Steytleville v Bosman* (1892-1893) 10 SC 67 (69): „*Servitudes (...) are burthens with which land may be affected in favour of persons, other than the owner. They are real rights which have been carved out of the full dominium of the owner and transferred to others (...)*.“ *Badenhorst* weist darauf hin, dass der Subtraktions-Test möglicherweise seinen Ursprung im englischen Recht hatte und über diesen Weg Einzug vor südafrikanische Gerichte gehalten hat (*Obiter* 22 (2001), S. 190 (194)). Siehe als Nachweis für die Anerkennung des Tests in Südafrika u.a. *Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others* (2015) 1 All SA (SCA) 562 (para. 12); *National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firstrand Bank Ltd.* 2011 (2) SA (SCA) 157 (167); *Cape Explosive Works Ltd. v Denel (Pty.) Ltd.* 2001 (3) SA (SCA) 569 (578); *Vansa Vanadium SA Ltd. v Registrar of Deeds and others* 1997 (2) SA (T) 784 (794); *Erlax Properties (Pty.) Ltd. v Registrar of Deeds and others* 1992 (1) SA (A) 879 (885); *Oden-daalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds* 1953 (1) SA (O) 600 (606); *Schwedhelm v Haumann* 1947 (1) SA (E) 127 (135); *Ex parte Geldenhuys* 1926 OPD 155 (164); *Willoughby's Consolidated Co. Ltd. v Cophall Stores Ltd.* 1913 AD 267 (281).

des Subtraktions-Tests existiert eine Textstelle, geschrieben von JP De Villiers in *Ex parte Geldenhuys*,¹⁰⁷⁴ welche immer wieder zitiert wird:¹⁰⁷⁵ „[W]hen it is said that ‘personal rights’ cannot be registered against the title to land, the reference is not to rights created in favour of a ‘person’, for such rights may be real rights against the land. The reference is to rights, which are merely binding on the present owner of the land, and which thus do not bind the land, and do not constitute jura in re aliena over the land, and do not bind the successors in title of the present owner. These are the ‘personal’ rights which are not registrable (...). One has to look not so much to the right, but to the correlative obligation. If that obligation is a burden upon the land, a subtraction from the dominium, the corresponding right is real and registrable; if it is not such an obligation, but merely an obligation binding on some person or other, the corresponding right is a personal right, or right in personam, and it cannot as a rule be registered.“ Auch der Gesetzgeber hat den Subtraktions-Test anerkannt und ihn zur Grundlage der Formulierung der sec. 63 Abs. 1 DRA gemacht.¹⁰⁷⁶ Gemäß dem Subtraktions-Test ist ein Recht also dinglicher Natur, wenn die korrelierende Verpflichtung eine Belastung des Eigentums darstellt. Der Name dieses Tests rührt daher, dass dingliche Rechte demnach stets eine Subtraktion, sprich einen Abzug vom Eigentum begründen. Dies kann auf zweierlei Art erfolgen. Entweder dadurch, dass dem Berechtigten bestimmte Befugnisse, die dem Eigentum ansonsten inhärent sind, übertragen werden, oder der Eigentümer in irgendeiner Weise davon abgehalten wird, sein Eigentum vollumfänglich auszuüben.¹⁰⁷⁷ Ein beschränkt dingliches Recht kann also nur als solches anerkannt werden, wenn das Eigentum an einer Sache entsprechend geschmälert wird.

Allein mit der Frage nach der Beeinträchtigung des Eigentums kommt man jedoch nicht in allen denkbaren Fällen an das gewünschte Ziel. Es gibt nämlich eine kaum überschaubare Vielzahl von Beschränkungen, denen sich insbesondere ein Grundstückseigentümer ausgesetzt

¹⁰⁷⁴ 1926 OPD 155 (163f.).

¹⁰⁷⁵ Siehe u.a. Schwedhelm v Haumann 1947 (1) SA (E) 127 (135); Badenhorst/Coetser, *De Jure* 24 (1991), S. 375 (381); Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 55; Carey Miller/Pope, *Land Title*, S. 98; Domanski, *THRHR* 67 (2004), S. 673 (674); Mostert/Pope, *Law of Property*, S. 50; van der Walt, *THRHR* 55 (1992), S. 170 (180); Wille’s Principles, S. 435.

¹⁰⁷⁶ Dort heißt es im Wortlaut: „No deed, or condition in a deed, purporting to create or embodying any personal right, and no condition which does not restrict the exercise of any right of ownership in respect of immovable property, shall be capable of registration (...)“ – van der Merwe, *Things*, S. 63; van der Walt, *THRHR* 55 (1992), S. 170 (180); Wille’s Principles, S. 434.

¹⁰⁷⁷ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 56; van der Merwe, *Things*, S. 63; Wille’s Principles, S. 435.

sehen kann. Auch schuldrechtliche Verpflichtungen, die dem Eigentümer in Hinblick auf die Immobilie zu einer bestimmten Handlung oder Unterlassung anhalten, sind in gewisser Weise eine Beschränkung seines Eigentums.¹⁰⁷⁸ Jedes Miet- oder Nutzungsrecht, gleichviel wie unbedeutend in seinem Umfang und unabhängig davon, ob es nur zwischen dem Eigentümer und einem bestimmten Dritten bestehen soll, kratzt eine kleine Kerbe in das umfassende Eigentumsrecht. Freilich ist es nicht die Intention des Subtraktions-Tests, jegliche Beeinträchtigung des Eigentums als dingliches Recht zu bewerten. Vielmehr kommt es entscheidend auf die Eingriffsintensität an. Man könnte insofern sagen, dass der Unterschied zwischen der Feststellung, ob ein persönliches Recht oder bereits ein beschränkt dingliches Recht vorliegt, vom Grad der Beeinträchtigung des Eigentums abhängt.¹⁰⁷⁹

Wo ist jedoch die Grenze zu ziehen? Ab welchem Grad der Beeinträchtigung kann von einem dinglichen Recht gesprochen werden und wer kann über diese Einordnung entscheiden? Um diesem Problem beizukommen wurde ein zweites Kriterium eingeführt, nämlich der Parteiwille. Diese zusätzliche Voraussetzung muss kumulativ zu der Subtraktion vom Eigentum vorliegen und ist somit kein eigenständiger, alternativer Test.¹⁰⁸⁰ Demnach käme es also auf die Absicht der Parteien an, ob das Recht in Bezug auf das Grundstück selbst und nicht dessen Eigentümer bestehen soll und somit auch nachfolgende Eigentümer daran gebunden sind.¹⁰⁸¹ Dies wird jedoch wiederum dergestalt eingeschränkt, dass nur solche Rechte durch einen entsprechenden Willen der Parteien zu dinglichen, registrierbaren Rechten

¹⁰⁷⁸ Badenhorst, THRHR 63 (2000), S. 499 (505).

¹⁰⁷⁹ Felix en 'n ander v Nortier N.O. en andere 1994 (4) SA (SE) 498 (500); Lorentz v Melle 1978 (3) SA (T) 1044 (1050); Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 56: „*The difference between the limitation imposed upon an owner's right of ownership in the form of a limited real right and of a personal right, respectively, is one of degree only. In both cases the owner may, depending upon the nature of a particular right, be restricted from performing a certain act in respect of his or her thing or be obliged to suffer the holder of such right from performing certain entitlements inherent in his or her right of ownership.*“ Zustimmend van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (181).

¹⁰⁸⁰ Mostert/Pope, Law of Property, S. 50; Mostert/Verstappen, in: MSPL, S. 351 (367).

¹⁰⁸¹ Denel (Pty.) Ltd. v Cape Explosive Works Ltd. and another 1999 (2) SA (T) 419 (434); Provisional Trustees, Alan Doggett Family Trust v Karakondis and others 1992 (1) SA (A) 33 (38); Erlax Properties (Pty.) Ltd. v Registrar of Deeds and others 1992 (1) SA (A) 879 (885); Lorentz v Melle and others 1978 (3) SA (T) 1044 (1050); Nel N.O. v Commissioner for Inland Revenue 1960 (1) SA (A) 227 (233); Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 56f.; van der Merwe, Things, S. 62f.; van Warmelo, ActJur 1959, S. 84 (97); Wille's Principles, S. 434f.

aufsteigen können, die von ihren Grundvoraussetzungen her ein dingliches Recht darstellen können.¹⁰⁸² Damit steht man letztlich wieder vor dem (altbekannten) Problem, welche Rechte für den Fall, dass sie eine Subtraktion vom Eigentum darstellen und ein dahingehender Parteiwille besteht, als dinglich anerkannt werden können. Man dreht sich mit dieser Argumentation also gewissermaßen im Kreis.

Es wird für die Auflösung dieses klassischen Zirkelschlusses vertreten, dass auf das Objekt des jeweiligen Rechts rekuriert werden müsse.¹⁰⁸³ Demnach seien persönliche Rechte dadurch gekennzeichnet, dass sie eine Leistungspflicht zum Gegenstand hätten, die vom gegenwärtigen Eigentümer und nicht etwa seinen Rechtsnachfolgern zu erbringen sei. Hingegen sei bei beschränkt dinglichen Rechten eine Sache der Gegenstand bzw. das Objekt des jeweiligen Rechts. Die Frage müsse demnach also lauten, ob das Recht das Land selbst belaste und nicht nur den Eigentümer persönlich.¹⁰⁸⁴ Mit dieser Einschränkung wird die klassische Theorie herangezogen und mit ihr die vielfältigen Unzulänglichkeiten, welche dieser anhaften.¹⁰⁸⁵ Durch die zusätzliche Beachtung des Subtraktions-Tests und des Willens der Parteien wird die Schlinge etwas enger gezogen und nur noch wenige Fälle dürften durch das mittlerweile sehr feinmaschige Raster hindurchfallen. *Van der Walt* spricht von einer „vernünftigen“ Anwendung des Tests im Lichte der von der klassischen Theorie aufgestellten Kriterien.¹⁰⁸⁶ Es verbleibt jedoch eine Restunsicherheit, welche sich anhand eines Beispiels nachdrücklich illustrieren lässt.

Einer der Hauptanwendungsfälle für die Abgrenzung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten ist eine an die Eigentümerstellung

¹⁰⁸² Lorentz v Melle 1978 (3) SA (T) 1044 (1050): „I do not read the passage and authorities quoted as meaning that the parties intention (...) is the sole criterion in deciding the issue. If a contractual right is of such a nature that it is incapable of constituting a servitude then obviously the intention of the parties (as expressed) to do so is irrelevant.“ Zustimmend Denel (Pty.) Ltd. v Cape Explosive Works Ltd. and another 1999 (2) SA (T) 419 (434): „The fact that the parties to a contract may agree that certain rights therein are to be registered against the title deed is not necessarily of any consequence in order to determine whether those rights are registrable or not.“ Ebenso van der Walt, Casebook, S. 27.

¹⁰⁸³ Ex parte Geldenhuys 1926 OPD 155 (164); Badenhorst/Pienaar/Mostert, S. 56f.; Mostert/Verstappen, in: MSPL, S. 351 (367); Sonnekus, TSAR 1991, S. 173 (179); van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (181); Wille's Principles, S. 435.

¹⁰⁸⁴ A.a.O. (Fn. 1083).

¹⁰⁸⁵ Siehe § 4A.I.

¹⁰⁸⁶ Van der Walt, a.a.O.: „This perspective, in terms of which a real right is defined as a right to a thing without reference to any other person (...) indicates that a sensible application of the test is possible.“

gebundene Geldzahlungspflicht zugunsten eines Dritten.¹⁰⁸⁷ Diese tritt z.B. dann auf, wenn ein Grundstück verkauft werden soll, bei dem sich Mineralien oder wertvolles Gestein im Boden befinden und sich der bisherige Eigentümer Beteiligungsrechte an der Vermarktung der Bodenschätze zusichern lässt.¹⁰⁸⁸ Wendet man nun den Subtraktions-Test in seiner oben dargestellten Form an, so kann zunächst argumentiert werden, dass das Recht, ohne Gegenleistung vollumfänglich die Sache nutzen und genießen zu können, welches dem Eigentümer normalerweise in dieser Form zusteht, durch die Pflicht zur Geldzahlung beeinträchtigt wird und somit eine Subtraktion vom Eigentum festgestellt werden kann.¹⁰⁸⁹ Geht der Parteiwille dahin, dass nicht nur der gegenwärtige, sondern auch künftige Eigentümer der Geldzahlungspflicht ausgesetzt sein sollen oder ist ein solcher Wille nicht abschließend feststellbar, stellt sich die Frage, ob ein potenziell dingliches und damit registrierungsfähiges Recht vorliegt. Trotz der Anwendung zweier vorgelagerter Tests (Subtraktion und Parteiwille) steht man letztlich wiederum vor dem Ausgangsproblem, welches durch den Subtraktions-Test eigentlich gelöst werden sollte. Die Frage danach, ob es sich im Lichte der klassischen Theorie nun um ein dingliches Recht handelt, sprich ob Gegenstand des Rechts die Zahlung des gegenwärtigen Eigentümers oder das Grundstück selbst ist, spiegelt nur noch einmal in anderer Gestalt das eigentliche Problem wider. Weder die Anwendung der klassischen Theorie noch die Heranziehung sonstiger bekannter Theorien würde zu einer praktikablen Lösung des Problems an dieser Stelle führen.

¹⁰⁸⁷ Dieses Problem erkennt u.a. auch van der Walt, *Law of Property*, S. 36.

¹⁰⁸⁸ Siehe für entsprechende Fälle etwa *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds* 1990 (4) SA (C) 614 (§ 3F.II.3) und *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds* 1953 (1) SA (O) 600 (§ 3F.II.2).

¹⁰⁸⁹ Diese Einschätzung kann freilich auch anders ausfallen – so z.B. in *Executors, Estate Napier v Trustee, Estate Weir* 1927 SR 33 (44): „*The special condition in this case imposes on the proprietor merely the obligation to pay a sum of money annually. The proprietor suffers no diminution of or subtraction from any one of the rights which in the aggregate make up his right of ownership, viz., the rights of enjoyment, possession, alteration and alienation. He has not to suffer anything, or abstain from doing anything which, ordinarily, as owner he would not suffer or would have to forbear from doing. Nor does the annual payment necessarily come out of the fruits, if any, of the property. Accordingly this special condition appears to be lacking in essential features of a servitude.*“ Ebenso *Fine Wool Products of South Africa Ltd. v Director of Valuations* 1950 (4) SA (E) 490 (508f.). Explizit offengelassen wurde die Frage in *Nel N.O. v Commissioner of Inland Revenue* 1960 (1) SA (A) 227 (233): „*Although the question was raised and argued (...), it was not decided, and it has never been decided by this Court. In the view that I take it is not necessary to decide the point in this appeal. The point is one of importance, it has not been argued before us, and I think that it should be left open for future decision. I therefore express no opinion upon it.*“

Unterm Strich ist somit festzuhalten, dass der Subtraktions-Test zweifellos einen relevanten Mehrwert für die Frage nach der Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Rechten generiert. Die herangezogenen Kriterien sind richtig und helfen dabei, eine relativ enge Eingrenzung der Rechte vorzunehmen, die dinglicher Natur und somit registrierungsfähig sind.¹⁰⁹⁰ Allerdings ist er nicht hinreichend und kann bestimmte schwierige Abgrenzungsfälle nicht auflösen. Der letzte notwendige gedankliche Schritt bleibt aus. Wie nachfolgend beschrieben wird, kommt der Test zudem situationsbedingt in unterschiedlicher Ausgestaltung, etwa durch Setzung verschiedener Schwerpunkte vor südafrikanischen Gerichten zur Anwendung.

II. Anwendungsbeispiele

Die konkrete Anwendung des Subtraktions-Tests wird nachfolgend anhand einiger wegweisender Beispiele illustriert und bewertet, deren Sachverhalt und Problemstellung in Hinblick auf die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien bereits erörtert wurden.¹⁰⁹¹

1. Geldzahlungspflichten

Die Gruppe von Rechten, bei denen die Anwendung des Subtraktions-Tests am häufigsten und wohl auch am engagiertesten vor südafrikanischen Gerichten diskutiert wurde, sind vertraglich oder testamentarisch vereinbarte Geldzahlungspflichten, die an die Grundstückseigentümerstellung anknüpfen. Ganz gleich, ob sie frei vereinbart wurden oder es um Abgaben im Zusammenhang mit Mineralienrechten ging, die Einordnung war stets kontrovers. Die nachfolgenden Beispiele heben die uneinheitliche Vorgehensweise hervor, zeigen jedoch auch, dass es einige Parallelen bei der Handhabung des Subtraktions-Rechts durch die Gerichte gibt.

¹⁰⁹⁰ A.A. ist nachdrücklich Domanski, THRHR 67 (2004), S. 673 (674): „As a result of the application of this test by our courts over the last century, the once-clear distinction between real rights and personal rights has become muddled. The progressive blurring of these vital concepts can no longer be tolerated, and the need is now urgent for our legislature to enact a list of real rights, appropriate to South African conditions, which can be enlarged only by supervening legislation.“ Eine Erklärung dafür, inwiefern die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten einst eindeutig war, bleibt Domanski jedoch schuldig.

¹⁰⁹¹ Siehe § 3F.

a) Ex parte Geldenhuys

Auch wenn der *Supreme Court of the Cape of Good Hope* bereits Ende des 19. Jahrhunderts erstmalig einen zumindest artverwandten Ansatz vertreten hat,¹⁰⁹² kann man doch davon sprechen, dass das Urteil von *JP De Villiers in Ex parte Geldenhuys*¹⁰⁹³ den Ursprung dieser Vorgehensweise darstellt.¹⁰⁹⁴

Zunächst wandte sich das Gericht der im gemeinschaftlichen Testament der Eltern befindlichen Bedingung zu, dass die zu vererbenden Ländereien zu einem bestimmten Zeitpunkt (Volljährigkeit des ältesten Kindes) in einer bestimmten Art und Weise (nach Vorgabe des überlebenden Testators) vermessen und parzelliert werden sollten, nachdem sie bereits zu gleichen Anteilen als Miteigentum auf die Kinder übergegangen waren. Dabei handelt es sich zwar zunächst nicht um eine Geldzahlungspflicht, die Erörterung ist gleichwohl aufschlussreich in Hinblick auf die konkrete Anwendung des Subtraktions-Tests. Nach südafrikanischem Common Law habe jeder Miteigentümer einer ungeteilten Sache jederzeit das Recht, eine Aufteilung der Miteigentumssache zu verlangen, die durch Vereinbarung oder durch ein Gericht ausgeführt wird.¹⁰⁹⁵ Nach Ansicht des Gerichts sei die Vorgabe einer Zeit sowie der Art und Weise der Aufteilung eine dingliche Belastung der jeweiligen Miteigentumsanteile. Diese Ansicht wird darauf gestützt, dass diese Rechte so eng mit dem Eigentum verbunden seien, dass eine so geartete Bedingung eine Belastung des Eigentums darstelle.¹⁰⁹⁶

Die in Hinblick auf diese Bedingung durchgeführte Einordnung ist im Lichte des Subtraktions-Tests konsequent. Die Subtraktion vom Eigentum wird schlüssig beschrieben. Auf das zweite Kriterium – den Parteiwillen – wird nicht näher eingegangen. Dieser wurde in Form des gemeinschaftlichen Testaments der Eltern formuliert und müsste in etwa so lauten, dass die Parzellierung in der beschriebenen Form in jedem Fall mit der Volljährigkeit des ältesten Kindes vorgenommen

¹⁰⁹² Consistory of Steytlerville v Bosman (1893) 10 SC 67 (69) – siehe Fn. 1073.

¹⁰⁹³ 1926 OPD 155 – umfassende Sachverhaltsangaben finden sich unter § 3F.I.1.

¹⁰⁹⁴ Zum Teil wird dieser Fall auch als Ursprung des Subtraktions-Tests angesehen, siehe van der Walt/Pienaar, Introduction, S. 32.

¹⁰⁹⁵ A.a.O. S. 164

¹⁰⁹⁶ A.a.O. S. 165: „These limitations (...) form a real burden, jus in re, on each undivided share, and not merely an obligation on the person of each child. I base that opinion on the consideration that those limitations as to the time and mode of partition so directly affect and adhere to the ownership of the undivided shares, that they must almost necessarily be regarded as forming a real burden or encumbrance on that ownership.“

wird, unabhängig davon, ob eines der Kinder vor Eintritt dieses Ereignisses verstirbt oder seinen Miteigentumsanteil veräußert. Der Fokus liegt bei der Einordnung dieser Bedingung jedoch eindeutig darauf, die nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung des Eigentums hervorzuheben. Allein darauf wird die Dinglichkeit und Registrierbarkeit des Rechts gestützt.

Bei der zweiten kontroversen Bedingung ging es um eine Geldzahlungspflicht, die derjenige gegenüber seinen Geschwistern zu tragen hatte, auf dessen Landstück sich nach der Parzellierung der Bauernhof befand. An dieser Stelle befindet das Gericht, dass es sich um ein persönliches Recht handele, da Geldzahlungspflichten (außer in der Form einer Hypothek) nicht ohne Weiteres als dingliche Rechte eingestuft werden könnten. Die Verpflichtung sei insgesamt unsicher und bedingt, da es unmöglich sei, vorherzusehen, auf welchem Grundstück sich der Bauernhof befinden werde.¹⁰⁹⁷

Diese zweite Einordnung und die relativ oberflächliche Argumentation in diesem Zusammenhang zeigen die Schwächen des Subtraktions-Tests auf. Der hier zu entscheidende Fall war noch relativ eindeutig, da es sich um eine einmalige Geldzahlung handelte und die Person des Verpflichteten eindeutig bestimmbar war.¹⁰⁹⁸ Insofern ließ sich gut argumentieren, dass es sich lediglich um eine Belastung einer bestimmten Person und nicht des Eigentums an sich handelte. Zwar wurde das Kernelement des Subtraktions-Tests (i.e. die Notwendigkeit einer Beschränkung des Eigentumsrechts) in *Ex parte Geldenhuys* eingehend umschrieben.¹⁰⁹⁹ Jedoch lassen sich von der konkreten Anwendung des Tests in diesem Fall keine allgemeinen Rückschlüsse bzw. Standards ableiten. Das Urteil ist in das Frühstadium der Entwicklung des Subtraktions-Tests einzuordnen und insbesondere die Notwendigkeit weiterer, über die Frage nach der Beeinträchtigung des Eigentums hinausgehender Kriterien, wurde erst später genauer erörtert.

b) Lorentz v Melle and others

Bei der in *Lorentz v Melle and others*¹¹⁰⁰ infrage stehenden Geldzahlungspflicht wurde von der *Transvaal Provincial Division* letztlich ebenfalls entschieden, dass das korrespondierende Recht persönlicher Na-

¹⁰⁹⁷ A.a.O. S. 165.

¹⁰⁹⁸ Nämlich die Person, auf dessen Grundstück sich der Bauernhof befinden wird.

¹⁰⁹⁹ A.a.O. S. 163f.

¹¹⁰⁰ 1978 (3) SA (T) 1044 – § 3F.I.2.

tur sei. In der Begründung geht das Gericht jedoch einen Weg, der so bis dahin nicht eingeschlagen wurde. Unter expliziter Bezugnahme auf den Subtraktions-Test wurde entschieden, dass es sich bei der Pflicht der beiden Miteigentümer, dem jeweils anderen im Falle der Errichtung eines Townships auf ihren im Alleineigentum stehenden Grundstücken am Erlös aus dem Verkauf der Grundstücke zu beteiligen, durchaus um eine Subtraktion vom Eigentum handele, diese jedoch nicht hinreichend für die Einordnung als dingliches Recht sei.¹¹⁰¹ Der Grund dafür, dass es sich vorliegend lediglich um ein persönliches Recht handele, liege darin, dass die Verpflichtung nicht dem Land selbst, sondern dem (ursprünglichen) Eigentümer anhafte. Die Rechte des Eigentümers seien zwar beschnitten, aber nicht in Bezug auf den „Genuss des Grundstücks im physischen Sinne.“¹¹⁰² Die Intention der Parteien, welche vorliegend eindeutig dahin ging, ein dingliches Recht zu kreieren, sei vorliegend irrelevant.¹¹⁰³

Die Entscheidung wurde nicht unerheblich dafür kritisiert, dass trotz der Feststellung einer Subtraktion vom Eigentum keine Einordnung als dingliches Recht erfolgte.¹¹⁰⁴ Doch ist diese Kritik nicht ganz verständlich. Zwar kann in der Sache argumentiert werden, dass eine entsprechende Geldzahlungspflicht keine Subtraktion vom Eigentum darstellt, jedoch ist die Aussage, dass diese nicht hinreichend für die Einordnung als dingliches Recht sei, nicht zu beanstanden. Denn wie bereits festgestellt, kann allein die Beeinträchtigung des Eigentums nicht als einziges Merkmal für eine zufriedenstellende Lösung dienen.¹¹⁰⁵ Das von den Kritikern zugrundegelegte Verständnis des Subtraktions-Tests ist jedoch offensichtlich ein anderes. Demnach ist nicht jede Beeinträchtigung gleichzeitig eine Subtraktion vom Eigentum. Es bedarf vielmehr bereits im ersten Schritt einer hinreichend qualifizier-

¹¹⁰¹ A.a.O. S. 1052: „[T]he mere fact that the profits clause amounts to a subtraction from the dominium (as I think it does) does not make it, even on registration, a real servitude.“

¹¹⁰² A.a.O. S. 1052: „[E]njoyment of the land in the physical sense.“

¹¹⁰³ A.a.O. S. 1050, 1055.

¹¹⁰⁴ Van der Walt sagt etwa zu der Aussage, dass es sich zwar um eine Subtraktion vom Eigentum handele, jedoch gleichwohl kein dingliches Recht vorliege (Casebook, S. 26): „This argument makes nonsense of the subtraction from the dominium test, which means that an obligation either does amount to such a subtraction (in which case the corresponding right is real), or it does not (in which case the corresponding right is personal). In terms of the subtraction test an obligation which does subtract from the dominium without the corresponding right being real is unthinkable.“ Badenhorst hält die Ansicht, dass das Recht eine Beeinträchtigung des Grundstücks im physischen Sinne sein muss, für zu eng (Obiter 22 (2001), S. 190 (195): „This narrow formulation of the subtraction from the dominium test should be rejected (...).“

¹¹⁰⁵ Siehe § 4B.I.

ten Beeinträchtigung, um eine Subtraktion bejahen zu können. Ob man jedoch zunächst jede Beeinträchtigung als Subtraktion einordnet und sodann den Grad der Beeinträchtigung inspiziert oder diese zwei Schritte zu einem zusammenfasst, spielt letztlich keine nennenswerte Rolle.

Zu untersuchen ist jedoch der von dem Gericht neugeschaffene Grundsatz, dass der Genuss des Grundstücks im physischen Sinne beeinträchtigt sein müsse. Damit wird eine nicht unerhebliche Einingung des Subtraktions-Tests vorgenommen. Denn letztlich würde die Anwendung dieser Formel dazu führen, dass nur dann ein dingliches Recht vorliegen könnte, wenn eine physische Gebrauchsbeeinträchtigung vorläge.¹¹⁰⁶ *Van der Walt und Pienaar* wenden an dieser Stelle vollkommen zu Recht ein, dass diese Vorgehensweise in Konflikt mit anerkannten beschränkt dinglichen Rechten wie etwa der Hypothek oder bestimmten Mineralienrechten stehe.¹¹⁰⁷ *Mostert und Pope* fällen ein etwas milderes Urteil und ziehen eine Interpretation in Erwägung, nach der die im Fall konkret infrage stehende Geldzahlungspflicht überhaupt keine Belastung des Grundstücks selbst, sondern lediglich eine Verpflichtung für die Person des Eigentümers darstelle und lediglich dieser Umstand durch die gewählte Formulierung zum Ausdruck gebracht werden sollte.¹¹⁰⁸

Während es nicht die Intention des Gerichtes war, an dieser Stelle den dinglichen Charakter von Hypotheken infrage zu stellen, so war die Wortwahl gleichwohl unglücklich. Die Analyse der Entscheidung bringt jedoch zwei wertvolle Erkenntnisse. Zum einen ist dem Willen der Parteien nicht allzu große Bedeutung beizumessen. Dieser ging im vorliegenden Fall eindeutig dahin, ein dingliches Recht zu erschaffen, was bereits daraus hervorgeht, dass das Recht zunächst registriert wurde. Zum anderen wird durch das Urteil deutlich, dass es neben der Beschränkung des Eigentums und dem Willen der Parteien auch beim Subtraktions-Test noch eine weitere Komponente gibt, deren konkrete Definition der Schlüssel für eine Lösung der Frage nach dem Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien ist. Im vorliegenden Fall wurde die dritte Komponente so umschrieben, dass es einer Einschränkung der direkten physischen Kontrolle und Nutzbarkeit bedürfe, um ein dingliches Recht zu kreieren. Diese Formulierung ist zumindest unglücklich und lässt einiges an Interpretationsspielraum. Rechtssicherheit kann dadurch freilich

¹¹⁰⁶ *Van der Walt/Pienaar*, Introduction, S. 37.

¹¹⁰⁷ *Van der Walt/Pienaar*, a.a.O.

¹¹⁰⁸ *Mostert/Pope*, Law of Property, S. 52.

nicht geschaffen werden. Strukturell ist die Herangehensweise von Richter JJ Nestadt jedoch bereits sehr aufschlussreich und fortschrittlich.

c) *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds*

In *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds*¹¹⁰⁹ ging es um ein zur öffentlichen Grabungsstätte erklärtes Grundstück, welches verkauft werden sollte und für das sich der bisherige Eigentümer (*Odendaalsrus Gold*) das Recht zusichern ließ, den sog. Eigentümeranteil (*owner's share*) auch vom künftigen Eigentümer und seinen Rechtsnachfolgern zu erhalten.¹¹¹⁰

Die Abtretung des Eigentümeranteils an den Verkäufer wird vom Gericht als relevante Beschränkung der üblicherweise mit dem Eigentum zusammenfallenden Mineralienrechte sowie dem Recht, den Eigentümeranteil zu verlangen, angesehen. Es liege folglich eine Subtraktion vom Eigentum und damit ein dingliches Recht vor.¹¹¹¹ Besonderer Fokus wird darauf gelegt, dass nicht nur der Käufer, sondern auch alle seine Rechtsnachfolger durch die Vereinbarung betroffen und in ihren Eigentümerrechten beschnitten seien.¹¹¹²

Dass ein dingliches Recht nach dem Wunsch der Parteien geschaffen werden sollte, ergab sich eindeutig daraus, dass nicht nur der Verkäufer, sondern auch seine Rechtsnachfolger berechtigt sein sollten und nicht nur der Käufer, sondern auch dessen Rechtsnachfolger ver-

¹¹⁰⁹ 1953 (1) SA (O) 600.

¹¹¹⁰ Für Details siehe § 3F.II.2.

¹¹¹¹ A.a.O. S. 606: „Viewed more particularly from the aspect of the new owner of such land or his successors in title, these parties would lose their Common Law right to the precious metals and their statutory right to claim any share (...). They would lose, in other words, this particular attribute of their ownership. The reservation would, therefore, in the words of Ex parte Geldenhuys, (...), constitute a subtraction from their dominium in the land and the corresponding right of the party reserving such right must, therefore, be real and registrable.“ Zudem S. 611: „In this particular case the right reserved is a diminution of the rights of the owner of the land, qua owner, and on registration of this right it will become binding on all subsequent owners and therefore a real right in the land itself. As such it is registrable.“

¹¹¹² A.a.O. S. 609: „I turn to enquire whether the right to claim licence moneys in the present case constitutes a right in the land of another and whether the right if and when registered would be binding on the owner of the land and all his successors and creditors.“ Zudem S. 611: „As I have already indicated such a right, if binding on the owner's successors and creditors, would be a real right.“

pflichtet.¹¹¹³ Da das Gericht als Rechtfertigung für die Einordnung als dingliches Recht die Bindung der jeweiligen Rechtsnachfolger anführte, könnte darauf geschlossen werden, dass es den eindeutig in diesem Sinne artikulierten Willen der Parteien dergestalt in Betracht gezogen hat, dass durch diesen das Kriterium der Belastung der Sache selbst und nicht der Person des Eigentümers erfüllt wurde. Dies würde zu einer nicht unerheblichen Aufwertung des Parteiwillens führen. Denn woher sonst, wenn nicht aus dem artikulierten Willen, leitete das Gericht eine Bejahung des Kriteriums der relevanten Belastung der Sache selbst ab?

Mit einem typischen Rekurs auf die klassische Theorie¹¹¹⁴ wird die vakante dritte Komponente neben Beschneidung des Eigentums und Parteiwillen beschrieben. Besonders überzeugend ist dies freilich nicht. Insbesondere der Einwand, dass die Belastung der Sache selbst und nicht nur einer bestimmten Person eher Folge und weniger Voraussetzung der Einordnung als dingliches Recht ist, wiegt schwer.¹¹¹⁵

Durch die Entscheidung wird (wenn auch unbewusst) eine enorme Aufwertung des Parteiwillens vorgenommen. Wenn nämlich gesagt wird, dass die Bindung der Rechtsnachfolger eine Voraussetzung für die Einordnung als dingliches Recht darstelle und diese Voraussetzung bejaht wird, so konnte dieser Schluss einzig aus der Parteivereinbarung abgeleitet werden.¹¹¹⁶

Für die Anwendung des Subtraktions-Tests ergibt sich somit folgendes Bild. Zunächst müsste eine Einschränkung des Eigentums vorliegen. Sodann würde eine Prüfung folgen, ob sich aus dem Parteiwillen eine Bindung der Rechtsnachfolger ergibt. Sofern dies der Fall ist, kann von einem dinglichen, registrierbaren Recht gesprochen werden. Positiv ist daran, dass der Parteiwille dahingehend eingeschränkt wird, dass nur solchen Rechten parteiautonom dinglicher Charakter verliehen werden kann, die anerkanntermaßen eine Beschränkung des Eigentums darstellen. Nur wurde bereits gezeigt, dass auch jedes in Bezug auf die Immobilie bestehende persönliche Recht in gewisser

¹¹¹³ A.a.O. S. 607: „All rights which may be or become vested in the freehold owner to share in any proceeds which may accrue to the Crown from the disposal of the undermining rights of the township, and also the share of claim licence monies and any share of rental or profits which may accrue to any owner under any lease granted in respect of the land covered by the township and the like, are reserved to the said Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Limited and its successors in title thereto.“

¹¹¹⁴ Siehe Zitate in Fn. 1112.

¹¹¹⁵ Zur weiteren Kritik an der klassischen Theorie siehe § 4A.I.

¹¹¹⁶ A.a.O. S. 609, 611 – siehe Fn. 1112.

Weise eine Beschränkung des Eigentums darstellen kann.¹¹¹⁷ Auch die grundsätzliche Frage, ob Geldzahlungspflichten überhaupt als Subtraktion vom Eigentum eingeordnet werden können, müsste noch beantwortet werden.¹¹¹⁸ Würde man für diesen Punkt jedoch eine einheitliche Lösung finden, ganz egal in welche Richtung das Pendel letztlich ausschlagen würde, so hätte man mit dem beschriebenen Ansatz eine im Vergleich zu vielen anderen Theorien praktisch gangbare Handhabe für die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien. Ob die hier vorgenommene Aufwertung des Parteiwillens jedoch erstrebenswert ist und als allgemeine Regel taugt, kann insbesondere in Hinblick auf die explizite Missachtung der Intention der Parteien in der 25 Jahre später ergangenen Entscheidung *Lorentz v Melle and others*¹¹¹⁹ bezweifelt werden.

d) *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds*

Eine sehr umstrittene Entscheidung erging 1990 mit *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds*.¹¹²⁰ Wieder einmal stand die Frage im Raum, ob eine bestimmte Geldzahlungspflicht registrierungsfähig ist. Insbesondere ging es um eine Bedingung, die einem Dritten (also nicht dem Verkäufer) vom Eigentumserwerber und seinen Rechtsnachfolgern das Recht einräumte, ein Drittel der Nettoeinkünfte aus dem Verkauf von Rechten zur Schürfung von Bodenschätzen auf dem Grundstück zu verlangen.¹¹²¹

Der Subtraktions-Tests wird in diesem Fall so umschrieben, dass dann ein dingliches Recht vorliege, wenn die Ausübung eines der Eigentumsrechte beschränkt sei.¹¹²² Es wird argumentiert, dass das *ius disponendi*, also das Recht zur freien Verfügung, insofern eingeschränkt wird, als der neue Eigentümer nicht mehr in der Lage sei, die Früchte der Veräußerung von bestimmten Eigentumsrechten (hier Schürfungsrechte) in vollem Umfang zu ziehen.¹¹²³

¹¹¹⁷ Siehe § 4B.I.

¹¹¹⁸ Widerspruch erfährt diese Einordnung u.a. in Wille's Principles, S. 442: „However ingenious the reasoning, it is not convincing and must be seen as mere window dressing to accord with Transvaal Deeds Registry practice.“

¹¹¹⁹ 1978 (3) SA (T) 1044 – § 4B.II.1.b).

¹¹²⁰ 1990 (4) SA (C) 614.

¹¹²¹ Für Details zum Sachverhalt siehe § 3F.II.3.

¹¹²² A.a.O. S. 615: „In terms of s 63(1) neither a personal right nor a condition which does not restrict the exercise of any right of ownership of immovable property is capable of registration.“

¹¹²³ A.a.O. S. 617f.: „In my view one of the rights of ownership is the *jus disponendi* or right of alienation and if this right is limited in the sense that the owner

Die Analyse bringt zunächst ein ähnliches Ergebnis wie in *Odendaalsrus Gold v Registrar* hervor. Neben der Beeinträchtigung des Eigentums bedarf es nach der Auffassung des Gerichts einer Bindung der Rechtsnachfolger, welche durch den Parteiwillen formuliert werden kann. Die Kontroverse um diese viel kritisierte¹¹²⁴ Entscheidung dreht sich im Wesentlichen darum, dass die Einordnung der hier virulenten Geldzahlungspflicht als Belastung des Eigentums nicht akzeptiert werden könne und ein Widerspruch zu der Entscheidung in *Lorentz v Melle and others* vorliege.¹¹²⁵ Im Fall *Lorentz* wurde zwar gesagt, dass es sich bei der Geldzahlungspflicht um eine Subtraktion vom Eigentum handele, dies jedoch deswegen nicht hinreichend für die Einordnung als dingliches Recht sei, da es sich nicht um eine Beeinträchtigung des Grundstücks im physischen Sinne handele.¹¹²⁶ Die Kritik ist insofern berechtigt, als die vorliegende Entscheidung nicht mit dem Diktum aus *Lorentz* vereinbar ist. Denn freilich stellt auch die vorliegende Geldzahlungspflicht keine Beeinträchtigung des Grundstücks im physischen Sinne dar. Jedoch wurde bereits ausführlich erörtert, dass das Kriterium einer physisch spürbaren Beeinträchtigung als einziger Anhaltspunkt für die Bestimmung einer relevanten Subtraktion vom Eigentum nicht haltbar ist.¹¹²⁷ Insofern davon zu sprechen,

is precluded from obtaining the full fruits of the disposition it can be said that one of his rights of ownership is restricted. (...). Here the obligations are binding on successors in title qua owner and are not terminable at will. Although the cases are not harmonious, there is sufficient authority, including two Full Bench decisions of this Court, to satisfy me that a charge of this nature which qualifies the right of an owner to enjoyment of the *jus disponendi* is capable of registration (...).“

¹¹²⁴ Denel (Pty.) Ltd. v Cape Explosive Works Ltd. and another 1999 (2) SA (T) 419 (437); Badenhorst/Coetser, *De Jure* 24 (1991), S. 375 (389): „*At the end of the day the significance of registration of rights (...) should be weighed against the policy not to overburden land by proliferating the categories of real rights (...). Not only the correct application of the subtraction from the dominium test, but also consideration of this policy might have resulted in a different outcome in the Pearly Beach Trust case.*“ Ebenso kritisch äußern sich De Waal, *EJCL* 3.3 (1999) (3.3); Mostert/Verstappen, in: *MSPL*, S. 351 (368f.).

¹¹²⁵ Mostert/Verstappen, a.a.O. S. 351 (369): „*A Lorentz-type interpretation would result in the answer that no real right was created: it was not certain that the ownership would ever be influenced by an expropriation or the sale of mineral options. But in Pearly Beach (...), the court found that the condition was registrable, because it impaired the owner's right to dispose of the property (ius disponendi).*“

¹¹²⁶ Siehe § 4B.II.1.b).

¹¹²⁷ Ebd. (Fn. 1126).

dass die Entscheidung in *Lorentz* „dogmatisch sauberer“ sei,¹¹²⁸ ist als Argumentation nicht hinreichend.

Ganz im Gegenteil liegt dem Urteil in *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds* zwar eine kontroverse Wertentscheidung zugrunde, jedoch ist es ansonsten auf einer Linie etwa mit der Entscheidung aus *Odendaalsrus*. Und auch diese Wertentscheidung, nämlich, dass die Abgabepflicht eine Schmälerung des *ius disponendi* darstellt, ist nicht vollkommen von der Hand zu weisen. *Van der Walt* weist insofern zu Recht darauf hin, dass die hier infrage stehende Pflicht intrinsisch mit dem Grundstück und seinen Früchten verbunden ist.¹¹²⁹ Mit dieser zusätzlichen Einschränkung wird auch verhindert, dass vertraglich vereinbarte Geldzahlungspflichten willkürlich der Registrierung zugänglich gemacht werden. Vielmehr wird die Einschränkung des *ius disponendi* nur dann anerkannt, wenn die Geldzahlungspflichten unmittelbar in Zusammenhang mit dem Grundstück stehen und mit direkt gezogenen Früchten vergleichbar sind.¹¹³⁰ Dies geht jedoch – wie gesagt – nicht direkt aus dem Urteil hervor, sondern aus der Analyse von *van der Walt*.

Neben einer Beschränkung des Eigentums bedarf es auch nach der vorliegenden Entscheidung eines dahingehenden Parteiwillens, dass alle künftige Eigentümer an die Geldzahlungspflicht gebunden sein sollen. Der Parteiwille wird auch hier durch Bezugnahme auf die entsprechende vertragliche Vereinbarung ermittelt, welche explizit vorsieht, dass die Rechte gegenüber dem Erwerber und seinen Rechtsnachfolgern bestehen sollen.¹¹³¹ Die zu *Odendaalsrus* artikulierte Kritik, insbesondere bezüglich der Aufwertung des Parteiwillens, kann somit vorliegend gleichermaßen angebracht werden.¹¹³²

e) Schlussfolgerung

Aus der Analyse der vier vorstehenden Beispiele ergibt sich ein heterogenes Bild. In *Geldenhuijs* und *Lorentz* wurde eine Anerkennung von Geldzahlungspflichten als dingliche Rechte noch abgelehnt, während in *Odendaalsrus* und *Pearly Beach* die Dinglichkeit solcher Rechte fest-

¹¹²⁸ So Wille's Principles, S. 441: „[T]he finding that the condition gave rise to a real burden on the land is in direct conflict with the dogmatically sounder decision in *Lorentz*.“

¹¹²⁹ *Van der Walt*, THRHR 55 (1992), S. 170 (203); ders. Casebook, S. 9.

¹¹³⁰ *Van der Walt*, a.a.O.

¹¹³¹ *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds* 1990 (4) SA (C) 614 (615).

¹¹³² Siehe § 4B.II.1.c).

gestellt wurde. Dieser vermeintliche Widerspruch entspringt jedoch aus einer lediglich oberflächlichen Analyse der Fälle.

Geht man ins Detail, so ergibt sich ein Widerspruch einzig zwischen *Lorentz* auf der einen und *Odendaalsrus* sowie *Pearly Beach* auf der anderen Seite. Denn in *Geldenuys* ging es um eine einmalige, nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Grundstück stehende Geldzahlung, die auch nicht als Ergebnis einer Früchteziehung hingestellt werden konnte. Unter zugrundelegung der später entwickelten Vorgehensweise wäre in *Geldenuys* somit ebenfalls keine Anerkennung der Registrierbarkeit des Rechts erfolgt. Die im Zusammenhang mit *Lorentz* auftretenden Unzulänglichkeiten legen es nahe, der Interpretation der Gerichte aus *Odendaalsrus* und *Pearly Beach* zu folgen. Diese Interpretation lässt sich wie folgt zusammenfassen.

Grundlage ist die Prüfung, ob eine relevante Einschränkung, sprich eine Subtraktion des Eigentums vorliegt. Dieses Merkmal kann bei Geldzahlungspflichten nur dann bejaht werden, wenn sie ein Produkt des Grundstücks selbst darstellen bzw. unmittelbar und intrinsisch mit diesem verbunden sind.¹¹³³ Als Beispiel dafür kann etwa eine Abgabepflicht an einen Dritten (i.d.R. den bisherigen Eigentümer) herhalten, die im Zusammenhang mit an dem Grundstück bestehenden Mineralienrechten und den daraus generierten Profiten existiert. Des Weiteren bedarf es eines Parteiwillens, aus dem in Anlehnung an die klassische Theorie hervorgeht, dass das jeweilige Recht in Bezug auf die Immobilie selbst besteht und nicht nur den unmittelbar Verpflichteten, sondern auch seine Rechtsnachfolger trifft. Dieser zweistufige Test ermöglicht es den Gerichten in zuverlässiger Weise, Geldzahlungspflichten, die in Bezug auf Immobilien bestehen, rechtlich einzuordnen.

Es bleibt letztlich noch zu klären, ob diese Vorgehensweise unterstützenswert ist. Denn auch unter Zugrundelegung dieser Standards werden sich weiterhin Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben. Man denke nur an das Urteil aus *Geldenuys*, wo es um eine Geldzahlungspflicht ging, die daran gekoppelt war, dass nur einer von mehreren Erben ein Grundstück mit Bauernhof erben sollte. Ist der Bauernhof

¹¹³³ Carey Miller/Pope, Land Title, S. 106f.: „In cases concerned with an obligation to pay money, it seems that one must distinguish, on the one hand, a payment which is merely linked to the ownership of the land by the parties constituting the obligation and, on the other, a payment which accrues from some benefit of ownership, that is, which actually emanates from the land. In the former case the obligation to pay is not a deduction from ownership whereas, in the latter, the benefit which is the object of the obligation is an offshoot of ownership and any limitation of it constitutes a deduction from ownership.“

für sich gesehen ein geldwerter Vorteil, der es rechtfertigt, diesem Erben eine Geldzahlungspflicht aufzubürden? Besteht hier eine intrinsische Verbindung der Geldzahlungspflicht zum Grundstück selbst? Diese Fragen können bei entsprechendem Argumentationsaufwand freilich in beide Richtungen beantwortet werden. Diese Restunsicherheit ist bei einer abstrakt zu formulierenden Theorie in letzter Konsequenz jedoch nicht zu vermeiden und dürfte insgesamt eine untergeordnete Rolle spielen. Mit anderen Worten kann dem Teilproblem der Geldzahlungspflichten mit der aufgezeigten Vorgehensweise in den meisten Fällen beigegeben werden. Die von der Rechtsprechung auf diesem Gebiet entwickelten Grundsätze verdienen insofern Beifall.¹¹³⁴ Sie taugen freilich nicht als abstrakte Theorie für die übergeordnete, allgemeine Frage nach der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten.

2. Sonstige

Neben den besonders strittigen Geldzahlungspflichten haben südafrikanische Gerichte in regelmäßigen Abständen auch über die Einordnung sonstiger Rechte entschieden. Am Beispiel eines bedingten Optionsrechts, eines Namensgebungsrechts sowie einer Satzungsklausel einer Hauseigentümergeinschaft wird nachstehend analysiert, ob sich eine einheitliche Herangehensweise oder zumindest irgendein gemeinsamer Nenner für die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien herausarbeiten lässt.

a) Cape Explosive Works Ltd. and another v Denel (Pty.) Ltd. and another

Der südafrikanische *Supreme Court of Appeal* hatte im Jahre 2001 mit *Cape Explosive Works Ltd. and another v Denel (Pty.) Ltd. and another*¹¹³⁵ einen Fall zu entscheiden, in dem es um die Einordnung eines Rückkaufsrechts ging, das dann zugunsten des Verkäufers (und seinen Rechtsnachfolgern) entstehen sollte, wenn der Käufer (oder seine Rechtsnachfolger) das veräußerte Grundstück nicht mehr für Zwecke der Rüstungsindustrie nutzten. Zusammengefasst handelte es sich also um ein bedingtes Optionsrecht zugunsten des Verkäufers, welches rechtlich einzuordnen war.¹¹³⁶ Sowohl die Entscheidung des *Supreme*

¹¹³⁴ Daher wurde diese auch im Rahmen des eigenen Lösungsansatzes verwertet – § 5A.I.3.

¹¹³⁵ 2001 (3) SA (SCA) 569.

¹¹³⁶ Für Details siehe § 3F.III.1.

Court of Appeal als auch die Ausführungen der *Transvaal Provincial Division* aus der Vorinstanz¹¹³⁷ sind für die Analyse des Subtraktions-Tests aufschlussreich.

Der *iudex a quo* wandte einen zweistufigen Test an.¹¹³⁸ Zunächst müsse demnach in einem ersten Schritt festgestellt werden, ob ein Recht in der Lage oder fähig sei, ein dingliches Recht darzustellen. Zweitens müsse untersucht werden, ob die Parteien die Intention hatten, ein dingliches Recht zu kreieren. Bei Einhaltung beider Voraussetzungen liege ein dingliches Recht vor. Zur Feststellung, ob ein Recht die Fähigkeit habe, dinglichen Charakter zu erlangen, müsse der Subtraktions-Test angewandt werden, d.h. die zum fraglichen Recht korrelierende Pflicht müsse eine Subtraktion vom Eigentum dergestalt darstellen, dass das Grundstück selbst belastet werde und nicht nur der Eigentümer als Person betroffen sei. Als Autorität wird auf *Ex parte Geldenhuys*¹¹³⁹ verwiesen.¹¹⁴⁰ Um festzustellen, ob die Verpflichtung eine Belastung des Grundstücks darstelle, könne auf zwei Herangehensweisen zurückgegriffen werden. Zum einen sei dies dann der Fall, wenn eine Beeinträchtigung des Grundstücks im physischen Sinne vorliege, und zum anderen, wenn die Verpflichtung Auswirkungen auf das Grundstück selbst habe bzw. mit dem Grundstück verbunden sei.¹¹⁴¹ Sofern ein Recht nach diesen Kriterien nicht in der Lage sei, dinglichen Charakter zu erlangen, liege lediglich ein persönliches Recht vor. Daran könne auch ein entsprechender Wille der Parteien oder eine fälschliche Registrierung nichts ändern. Lügen die Voraussetzungen jedoch vor, so hinge es letztlich am Willen der Parteien, gegen den eine Einordnung als dingliches Recht nicht vorgenommen werden könne.¹¹⁴²

¹¹³⁷ Denel (Pty.) Ltd. v Cape Explosive Works Ltd. and another 1999 (2) SA (T) 419.

¹¹³⁸ A.a.O. S. 435f. Siehe auch die Analyse von Badenhorst, THRHR 63 (2000), S. 499 (501-507).

¹¹³⁹ 1926 OPD 155.

¹¹⁴⁰ Diese Verwendung des Begriffs „Subtraktions-Test“ ist sehr eng und bezieht sich ausschließlich auf die in *Geldenhuys* (siehe dazu § 4B.II.1.a)) begründete Vorgehensweise.

¹¹⁴¹ A.a.O. S. 435: „In order to ascertain whether the obligation is a burden upon the land two useful concepts which have been used are that the curtailment of the owner's rights must be something in relation to the enjoyment of the land in the physical sense (...), or that the obligations 'affect the land' or 'run with the land' (...).“

¹¹⁴² A.a.O. S. 436: „If (...) after the preliminary investigation the right in question passes the test and is capable of being a real right, the next leg of the investigation

Das Gericht nahm bei der Anwendung dieses zweistufigen Tests sowohl für die Nutzungsbeschränkung als auch für das Rückkaufsrecht jeweils eine separate Einordnung vor. Die Nutzungsbeschränkung sei eindeutig ein Recht dinglichen Charakters und als solches nach sec. 63 Abs. 1 DRA eintragungsfähig.¹¹⁴³ Anders liege der Fall bei dem Rückkaufsrecht. Dieses sei dahingehend bedingt, dass das Recht nur im Falle einer Nutzungsänderung entstehe, und darüber hinaus müsse es vom Berechtigten auch nicht tatsächlich in Anspruch genommen werden. Denn es sei eben ein reines Rückkaufsrecht und keine Rückkaufspflicht. Insofern habe das Recht in keiner Weise Auswirkungen auf das Grundstück selbst oder beeinträchtige dieses gar im physischen Sinne. Daher sei dieses Recht – trotz vormaliger Einigung der Parteien über dessen Registrierung – nicht registrierungsfähig.¹¹⁴⁴ Auch eine Registrierung nach sec. 63 Abs. 1 Hs. 2 DRA sei nicht möglich, da es sich nicht um eine ergänzende oder sonst unterstützende Bedingung für die Nutzungsbeschränkung handele. Vielmehr seien die beiden Rechte unabhängig voneinander und behandeln unterschiedliche Sachverhalte.¹¹⁴⁵

Der SCA wählte im Gegensatz zur Vorinstanz einen leicht veränderten theoretischen Ansatz für die Einordnung der Rechte. Es wird ebenfalls ein zweistufiger Test herangezogen, der jedoch im Vergleich zu dem der *Transvaal Provincial Division* etwas anders aufgebaut ist. Zunächst müsse es dem Willen der Parteien entsprechen, dass nicht nur der gegenwärtige Eigentümer, sondern auch seine Rechtsnachfolger durch das Recht gebunden seien. Darüber hinaus sei zu analysieren, ob die Registrierung des Rechts infolge seiner Natur dazu führe, dass eine Subtraktion vom Eigentum an dem Grundstück festgestellt werden könne.¹¹⁴⁶

Anders als die Vorinstanz befand JA Streicher für den SCA, dass die beiden Rechte nicht unabhängig und getrennt voneinander behandelt werden könnten. Denn die Nutzungsbeschränkung sei alleine anders zu verstehen, als wenn man sie im Zusammenhang mit dem Rückkaufsrecht lese.¹¹⁴⁷ Dieses einheitliche Recht sei nach dem Willen der

is whether the parties intended it to be a real right or not. If the parties agree that the right is to be a personal one and not a real one, then it is also not registrable.”

¹¹⁴³ A.a.O. S. 437.

¹¹⁴⁴ A.a.O. S. 437f.

¹¹⁴⁵ A.a.O. S. 438.

¹¹⁴⁶ Cape Explosive Works Ltd. v Denel (Pty.) Ltd. 2001 (3) SA (SCA) 569 (578).

¹¹⁴⁷ A.a.O. S. 579: „The use restriction according to condition 1 was materially different from the use restriction according to condition 1 read with condition 2. The

Parteien gegenüber dem Käufer und seinen Rechtsnachfolgern bindend und stelle darüber hinaus eine Beeinträchtigung des Grundstückseigentums dar. Somit sei es nach dem DRA registrierungsfähig.¹¹⁴⁸

Der SCA unterscheidet sich vom *iudex a quo* insofern, als keine weitere Einschränkung des Subtraktions-Tests dergestalt vorgenommen wird, dass die Subtraktion vom Eigentum nur in einer Beeinträchtigung des Grundstücks im physischen Sinne bestehen könne bzw. Auswirkungen auf das Grundstück selbst haben müsse.¹¹⁴⁹ Daher kommt es wohl auch nicht von ungefähr, dass der Parteiwille bei der Aufzählung der Voraussetzungen, anders als in der Vorinstanz, an erster Stelle steht. Denn diesem wird durch die weiter gefasste Definition von dem, was eine Beeinträchtigung des Eigentums darstellen kann, automatisch größere Autorität verliehen.¹¹⁵⁰ Zum Teil wird daher vertreten, dass die *ratio decidendi* aus dieser Entscheidung nur als Präjudiz für ähnlich gelagerte Fälle, in denen eine Nutzungsbeschränkung für ein Grundstück mit einem Rückkaufsrecht gekoppelt ist, fungieren könne.¹¹⁵¹ Vielmehr sollte jedoch im Auge behalten werden, dass die unterschiedlichen Befunde der beiden Gerichte im Wesentlichen darauf zurückgehen, dass die infrage stehenden Rechte strukturell anders eingeordnet wurden. Auf der einen Seite wurde die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit betont und auf der anderen Seite wurden eben jene Eigenschaften verneint. Hätte die *Transvaal Provincial Division* das Recht ebenfalls als einheitliches Ganzes eingestuft, so wäre sie aller Voraussicht nach zu dem gleichen Ergebnis gekommen wie der SCA.¹¹⁵²

two conditions were not independent of one another and they could not be separated. They formed a composite whole.”

¹¹⁴⁸ A.a.O. S. 579: „They were specifically stated to be binding on the transferee, being Armscor, and its successors in title. Furthermore, they constituted a burden upon the land or a subtraction from the dominium of the land in that the use of the property by the owner thereof was restricted. The right embodied in conditions 1 and 2, read together, therefore constituted a real right which could be registered in terms of the Deeds Registries Act.”

¹¹⁴⁹ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 64.

¹¹⁵⁰ Van der Merwe und Pienaar sehen in der restriktiven Herangehensweise der *Transvaal Provincial Division* eine bewusste politische Entscheidung, die darauf abzielt, Eigentumsbeschränkungen zu limitieren, um Grundstückstransfers zu erleichtern – van der Merwe/Pienaar, AnnSurv 1999, S. 276 (287). Dies. kommen hinsichtlich der Wichtigkeit des Parteiwillens zum gleichen Schluss (AnnSurv 2001, S. 391 (411)): „The Supreme Court of Appeal emphasized that the intention with which the properties were transferred and received was of paramount importance.”

¹¹⁵¹ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 64.

¹¹⁵² Van der Merwe, Things, S. 68.

Konkret in Hinblick auf den Subtraktions-Test kann gefolgert werden, dass der SCA als höherrangige Instanz eine liberalere Interpretation gewählt hat.¹¹⁵³ Das Fundament bleibt in Form eines zweistufigen Ansatzes, zusammengesetzt aus Parteiwille und Subtraktion vom Eigentum, bestehen, die konkrete Ausgestaltung wird jedoch – offensichtlich – je nach Einstellung des Gerichts angepasst. Ob die liberale Herangehensweise des SCA wirklich auf eine politische Entscheidung zur Förderung der Übertragbarkeit von Grundstücken durch Limitierung der potenziellen Belastungen zurückgeht,¹¹⁵⁴ kann letztlich nicht aufgeklärt werden. Ebenso denkbar scheint es, dass der SCA infolge seiner divergierenden Sichtweise hinsichtlich der Verbundenheit der Nutzungsbeschränkung mit dem Rückkaufsrecht schlicht keinen Bedarf für eine ausdifferenziertere Definition des Subtraktions-Tests gesehen hat.¹¹⁵⁵ Die beiden Entscheidungen sind in jedem Fall ein anschauliches Beispiel dafür, wie selbst zwischen Instanzgerichten über ein und denselben Fall unterschiedliche Meinungen zu der Einordnung eines Rechts existieren können und auch dafür, dass die Ausgestaltung des Subtraktions-Tests keiner einheitlichen Linie folgt.

b) National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firstrand Bank Ltd.

In einem jüngeren Urteil entschied der SCA im Jahre 2011 in *National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firstrand Bank Ltd*¹¹⁵⁶ über die Einordnung eines Namensgebungsrecht in Bezug auf ein Fußballstadion.¹¹⁵⁷

In Bezug auf die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten wird eine unorthodoxe Vorgehensweise gewählt. Laut *DP Harms* sei zunächst festzuhalten, dass Gegenstand eines dinglichen Rechts eine Sache und Gegenstand eines persönlichen Rechts die

¹¹⁵³ Mostert und Pope schreiben jedoch (Law of Property, S. 54): „In terms of this approach, there was no need for either a restricted or generous interpretation of the subtraction from dominium test since the limitation on the use of the land so obviously constituted an inroad on the rights of the owners.“ Den sehr restriktiven Ansatz der Vorinstanz kritisiert zu Recht Badenhorst, THRHR 63 (2000), S. 499 (503): „The restriction on ownership, when used as a criterion, is qualified by the court in requiring a restriction to the enjoyment of land in the physical sense. This requirement (...) makes nonsense of the subtraction-from-dominium test (...).“

¹¹⁵⁴ So van der Merwe/Pienaar, AnnSurv 1999, S. 276 (287).

¹¹⁵⁵ Mostert/Pope, Law of Property, S. 54 (siehe Zitat in Fn. 1153).

¹¹⁵⁶ 2011 (2) SA (SCA) 157.

¹¹⁵⁷ Für Details zum Sachverhalt siehe § 3F.III.3.

Leistung eines anderen sei.¹¹⁵⁸ Es wird also in aller Kürze auf die klassische Theorie rekurriert.¹¹⁵⁹ Ohne den Subtraktions-Test sodann beim Namen zu nennen, wird er zumindest in Teilen beschrieben. Keine Urkunde bzw. Klausel aus einer Urkunde solle registrierungsfähig sein, die nicht die Ausübung eines der Eigentumsrechte in Bezug auf Immobilien beschränke. Ein Teil des Eigentums müsse durch das entstehende Recht ausgehöhlt oder entnommen werden.¹¹⁶⁰ Ob dies jedoch der Fall sei, sei eine Auslegungs- bzw. Interpretationsfrage.¹¹⁶¹ Indirekt wird im Rahmen der Analyse des Namensgebungsrechts, welches letztlich als Beschränkung des Eigentums und somit als dingliches Recht eingestuft wurde, zudem auch auf den Parteiwillen eingegangen, der jedoch nicht *expressis verbis* als Voraussetzung für die Feststellung der Dinglichkeit des Rechts genannt wird.¹¹⁶² Schließlich wird ein Vergleich zu solchen Rechten gezogen, die es dem Inhaber erlauben, auf dem Grundstück eines anderen Handel zu treiben, dieses also zu nutzen und in Teilen zu belegen. Bei solchen Handelsrechten sei der dingliche Charakter anerkannt und mit diesen lasse sich das Namensgebungsrecht vergleichen.¹¹⁶³

Diese Entscheidung des höchsten südafrikanischen Gerichts kann unterm Strich kaum Aufschluss über die konkrete Herangehensweise der Rechtsprechung für die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien und die Anwendung des Subtraktions-Tests geben. Es ist im Lichte einer insgesamt eher liberalen Praxis südafrikanischer Spruchkörper konsequent, auch dem Namensgebungsrecht die Dinglichkeit zuzusprechen.¹¹⁶⁴ Mit der gewähl-

¹¹⁵⁸ A.a.O. S. 166.

¹¹⁵⁹ Van der Merwe/Pienaar, AnnSurv 2011, S. 890 (968).

¹¹⁶⁰ A.a.O. S. 166f.: „[N]o deed, or condition in a deed, purporting to create or embodying a personal right and no condition which does not restrict the exercise of any right of ownership in respect of immovable property, shall be capable of registration. That means that the servitude, to be valid, must carve out a portion, or take away something, of the dominium.”

¹¹⁶¹ A.a.O. S. 167: „Whether a deed of servitude embodies a personal right or restricts the exercise of ownership is a matter of interpretation.”

¹¹⁶² A.a.O. S. 167: „The fact that the Bank has the rights mentioned means that Government, in its capacity as owner, is not entitled to place other naming boards on or around the stadium. It is not conceivable that the parties could have intended that conflicting naming boards could be erected at the stadium. This means that the right to name the stadium as owner was carved out from the owner’s full ownership right, thereby restricting the exercise of this particular right of ownership in respect of the immovable property.”

¹¹⁶³ A.a.O. S. 167.

¹¹⁶⁴ Wenngleich *Mostert* und *Verstappen* zu Recht auf den „unorthodoxen“ Charakter dieses Rechts hinweisen, das nur infolge einer liberalen Praxis für die Aner-

ten Begründung lässt sich jedoch nur schwer ein Unterschied ziehen zwischen persönlichen und dinglichen Rechten. Natürlich obliegt es grundsätzlich dem Eigentümer, die Immobilie nach seinen Wünschen zu benennen. Und wenn dieses Recht entzogen wird, dann stellt dies eine Beeinträchtigung des Eigentums dar. Diese Erkenntnis ist aber insofern nicht von großem Mehrwert, als nicht die Feststellung der Beschränkung des Eigentums, sondern die darauffolgende Wertentscheidung, ab welcher Schwere oder welchem Grad der Beeinträchtigung von einem dinglichen Recht gesprochen werden kann, den neutralen Punkt darstellt. Auf diese Frage liefert die Entscheidung keine Antwort. Es wird lediglich darauf verwiesen, dass die Frage, ob das Eigentum beeinträchtigt wird, eben Interpretationssache sei.¹¹⁶⁵ Dieser kleine, versteckte Hinweis bringt die ganze Ohnmacht und den Widerwillen der Gerichte zum Ausdruck, anhand klarer Vorgaben die Entstehung neuer dinglicher Rechte zu kontrollieren. Denn interpretieren setzt – sofern man keine vollkommene Anarchie anstrebt – voraus, dass es Maßstäbe, Kriterien, Anknüpfungspunkte oder Vergleichswerte gibt, anhand derer eine einheitliche Interpretation erfolgen kann. Dies ist in Südafrika bis zum heutigen Tag nicht der Fall.

c) Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others

Zuletzt zur Anwendung gekommen ist der Subtraktions-Test durch den SCA in *Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others*.¹¹⁶⁶ Das Gericht hatte über die Dinglichkeit einer Klausel zu entscheiden, welche zwischen einer Hauseigentümergeinschaft und dem Eigentümer eines im Verwaltungsbereich dieser Gemeinschaft befindlichen Grundstücks vereinbart wurde. Die Klausel sah vor, dass die Gemeinschaft dazu berechtigt sei, dem Eigentümer die Ausstellung einer für die Veräußerung des Grundstücks notwendigen Unbedenklichkeitsbescheinigung so lange zu verweigern, bis dieser alle finanziellen Verbindlichkeiten gegenüber der Gemeinschaft beglichen habe.¹¹⁶⁷

Anders als noch in *National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firststrand Bank Ltd.*¹¹⁶⁸ ging der SCA im vorliegenden Fall zunächst

kennung neuer dinglicher Rechte als solches anerkannt werden konnte (in: MSPL, S. 351 (365)).

¹¹⁶⁵ A.a.O. S. 167.

¹¹⁶⁶ (2015) 1 All SA (SCA) 562.

¹¹⁶⁷ Für Details zum Sachverhalt siehe § 3F.III.4.

¹¹⁶⁸ 2011 (2) SA (SCA) 157 – siehe § 4B.II.2.b).

sehr systematisch vor. *JA Maya* legt dar, dass ein Recht zweierlei Voraussetzungen erfüllen müsse, um dinglicher Natur zu sein. Erstens müsse es die Intention der Parteien sein, nicht nur den gegenwärtigen Eigentümer des Grundstücks, sondern auch dessen Rechtsnachfolger zu binden und zweitens müsse das Recht seiner Natur nach so ausgestaltet sein, dass dessen Registrierung eine Subtraktion vom Eigentum an dem Grundstück darstelle.¹¹⁶⁹ Ob die infrage stehende Klausel ein persönliches oder ein das Eigentum beschränkendes dingliches Recht darstelle, sei Interpretationssache.¹¹⁷⁰ Um den Parteiwillen zu identifizieren müssten die in der Übertragungsurkunde gewählten Worte im Lichte des relevanten und zulässigen Kontexts ausgelegt werden. Besonderer Fokus sei dabei auf die vom Schutzzweck der Klausel umfassten Interessen zu legen.¹¹⁷¹

Im vorliegenden Fall sei der zugrunde liegende Zweck der Klausel darin zu sehen, eine allgemeine Sicherheit für die Begleichung einer Schuld zu schaffen, wie etwa bei einem Pfandrecht oder einer Hypothek. Um diesen Zweck zu erfüllen, müsse die Klausel offensichtlich sämtliche kommenden Eigentümer binden.¹¹⁷² Dies ergebe sich üderdies aus der allgemein gehaltenen Sprache der Klausel und der unspezifischen Wortwahl.¹¹⁷³ Somit sei die erste Voraussetzung für die Annahme eines dinglichen Rechts erfüllt. Hinsichtlich des zweiten Aspekts, der Subtraktion, sei das Eigentum zunächst als Rechtsbündel zu betrachten. Eines der vom Eigentum umfassten Rechte sei jenes,

¹¹⁶⁹ A.a.O. para. 16: „To determine whether a right or condition in respect of land is real, two requirements must be met: (a) the intention of the person who creates the right must be to bind not only the present owner of the land, but also successors in title; and (b) the nature of the right or condition must be such that its registration results in a ‘subtraction from dominium’ of the land against which it is registered.“

¹¹⁷⁰ A.a.O.: „Whether the title conition embodies a personal right or a real right which restricts the exercise of ownership is a matter of interpretation.“

¹¹⁷¹ A.a.O.: „The intention of the parties to the title deed must be gleaned from the terms of the instrument ie the words in their ordinary sense, construed in the light of the relevant and admissible context, including the circumstances in which the instrument came into being. The interest the condition is meant to protect or, in other words, the object of the restriction, would be of particular relevance.“

¹¹⁷² A.a.O. para. 20: „[T]he underlying purpose of the embargo was to create a general security for the payment of a debt as in the case of a lien or a mortgage bond. Clearly, to achieve that purpose it had to bind all the successive owners in the township.“

¹¹⁷³ A.a.O.: „This object is also evident from the plain language of the embargo (...). It seeks to bind ‘the owner of the erf or any subdivision thereof or any person who has an interest therein’. In so doing, it employs generic, unqualified terms such as the ‘owner’ and ‘any person’. These clauses must, of necessity, include every owner or holder of a real right in the property from time to time.“

frei über die Sache zu verfügen. Die Subtraktion vom Eigentum sei vorliegend darin zu sehen, dass die Klausel dem Eigentümer das Recht nehme, frei über die Immobilie zu verfügen. Mithin liege ein dingliches Recht vor.¹¹⁷⁴

Die Analyse dieses jüngsten Beispiels für die Anwendung des Subtraktions-Tests durch den südafrikanischen SCA lässt durchaus eine Entwicklung erkennen. Lehrbuchmäßig werden zunächst die Voraussetzungen aufgeführt und anschließend Subsumtionen unter Berücksichtigung der jeweiligen Argumente der Parteien vorgenommen. Insbesondere hinsichtlich der Subtraktion vom Eigentum lassen sich jedoch nach wie vor Ungenauigkeiten feststellen. So steht es außer Frage, dass die Klausel das *ius disponendi* des Eigentümers in gewissem Maße beeinträchtigt. Doch gerade die entscheidende Frage danach, welcher Grad der Beeinträchtigung vorliegen muss, bleibt unbeantwortet. Es war im Lichte bisheriger Entscheidungen erwartbar, dass der SCA auch in diesem Fall die Dinglichkeit des infrage stehenden Rechts bejahen würde. Gleichwohl wäre auch eine anderslautende Entscheidung mit entsprechender Argumentation denkbar gewesen. Dies wird nicht zuletzt durch den Umstand bestätigt, dass der vorinstanzliche *High Court* entschied, dass es sich bei der Klausel lediglich um ein persönliches Recht handele.¹¹⁷⁵ *Tuba* interpretiert die Entscheidung des SCA gar so, dass Bedingungen von Hauseigentümergeinschaften zukünftig eine neue Kategorie dinglicher Rechte in Südafrika darstellen könnten.¹¹⁷⁶ Der sich bereits in früheren Entscheidungen abzeichnende Trend hin zu einem liberalen Ansatz bei der Anerkennung neuer dinglicher Rechte wird durch das Urteil in jedem Fall fortgesetzt.

Weiterhin auffällig ist, dass nicht mehr der Versuch unternommen wird, das infrage stehende Recht innerhalb der anerkannten Kategorien dinglicher Rechte zu verorten. Es wird schlicht festgestellt, dass es sich um ein dingliches Recht handelt,¹¹⁷⁷ ohne näher auf dessen Einordnung einzugehen oder mit Zusätzen wie „*sui generis*“ zu ope-

¹¹⁷⁴ A.a.O. para. 22: „It is established that ownership comprises a bundle of rights or competencies which include the right to use or exclude others from using the property or to give others rights in respect thereof. One of these rights or competencies is the right to freely dispose of the property, the *ius disponendi*. (...) In this matter the embargo registered against the property's title deed 'carves out, or takes away' from the owner's dominium by restricting its *ius disponendi*. Thus, it subtracts from the dominium of the land against which it is registered. It satisfies the second aspect and is, therefore, a real right.“

¹¹⁷⁵ A.a.O. para. 11.

¹¹⁷⁶ *Tuba*, THRHR 79 (2016), S. 339 (346).

¹¹⁷⁷ A.a.O. para. 22. Siehe Fn. 1174.

rieren. Dies kann als indirektes Eingeständnis oder Bestätigung verstanden werden, dass das südafrikanische Recht keinen *numerus clausus* dinglicher Rechte kennt und somit bei der Anerkennung neuer Rechte nicht an hergebrachte Kategorien gebunden ist.¹¹⁷⁸

d) Schlussfolgerung

Das grundlegende Handwerkszeug der Gerichte bei der Anwendung des Subtraktions-Tests ist mittlerweile klar. Grundsätzlich bedarf es zweier Elemente, nämlich einer Beeinträchtigung des Eigentums und dem Willen der Parteien, auch künftige Generationen von Grundstückseigentümern zu binden. Insoweit herrscht auch dann vor südafrikanischen Gerichten Einigkeit, wenn nicht über die Einordnung von Geldzahlungspflichten entschieden wird. Ein darüber hinausgehender Konsens ist jedoch nicht festzustellen.

Zum Teil wird zusätzlich verlangt, dass es einer Beeinträchtigung des Grundstücks im physischen Sinne bedarf, zum Teil wird auf diese Voraussetzung verzichtet und größerer Wert auf den Parteiwillen gelegt und schließlich wird nur noch gesagt, dass die Einordnung Interpretationssache sei, und die Rolle des Parteiwillens bleibt gänzlich ungeklärt. Das einzig Homogene an den Entscheidungen zu sonstigen Rechten ist somit ihre Heterogenität. Festzustellen ist insbesondere bei Urteilen des höchsten südafrikanischen Spruchkörpers im Zivilrecht, dem *Supreme Court of Appeal* mit Sitz in Bloemfontein, dass einem liberalen Ansatz für die Anerkennung neuer dinglicher Rechte gefolgt wird.¹¹⁷⁹ Die jüngste Entscheidung in *Willow Waters* lässt zwar einen deutliche systematischeren Ansatz erkennen als frühere Urteile des SCA. In entscheidenden Detailfragen bleiben die Richter jedoch nach wie vor vage und schaffen somit kaum Rechtssicherheit auf diesem Gebiet.

Die fehlende Festlegung auf starre Kriterien bietet zwar zum einen die Möglichkeit, flexibel auch auf gesellschaftliche Entwicklungen zu reagieren und solchen Rechten, die eine entsprechende Schutzbedürftigkeit aufweisen, die Dinglichkeit nicht aus formellen Gründen zu versagen. Gleichzeitig leidet jedoch die Rechtssicherheit und weder die beteiligten Parteien noch die Entscheidungsträger im Liegenschaftsre-

¹¹⁷⁸ So auch Tuba, THRHR 79 (2016), S. 339 (346).

¹¹⁷⁹ Mit Bezug auf die jüngste Entscheidung in *Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others* (2015) 1 All SA (SCA) 562 schreibt Tuba (THRHR 79 (2016), S. 339 (346)): „[T]he decision in *Willow* (...) has opened the floodgate for our courts to interpret similar HOA [home owners' association] embargos as real rights subtracting the owner's dominium in the property.“

gister können vorhersagen, welches Urteil ein Gericht fällen wird. Nur auf die Vernunft und den guten Willen der Gerichte zu vertrauen erscheint insgesamt jedoch unbefriedigend und kann nicht die Grundlage der südafrikanischen Registerpraxis darstellen.

3. Fazit

Vergleicht man das Vorgehen der Gerichte in Fällen, bei denen die rechtliche Einordnung einer Geldzahlungspflicht vorzunehmen ist, mit sonstigen Entscheidungen, bei denen der Subtraktions-Test angewandt wurde, so fällt auf, dass die Entwicklung einheitlicher Standards bei der Einordnung von Geldzahlungspflichten deutlich weiter gediehen ist. Hier ist über die Jahre eine ausgereifte Methode entwickelt worden, die auch mehrfach durch höchste südafrikanische Gerichte bestätigt und angewandt wurde. Ganz im Gegenteil dazu scheinen die Gerichte bei sonstigen Rechten mit zunehmender Zeit auch zunehmend ratlos. Es muss freilich zugegeben werden, dass die Vergleichsgruppe „sonstige Rechte“ als solche gegenüber der Einordnung von Geldzahlungspflichten nicht wirklich taugt, und man müsste jeden Fall einzeln betrachten. Doch auch bei individueller Auseinandersetzung entsteht ein höchst heterogenes Bild.

Der kleinste gemeinsame Nenner ist die Erkenntnis, dass der Subtraktionstest zweistufig aufgebaut ist und neben der Beeinträchtigung des Eigentums ein Parteiwille dahingehend existieren muss, dass ein dingliches Recht geschaffen werden soll. Dass allein mit dieser Formel jedoch keine befriedigenden Ergebnisse erzeugt werden können, wurde bereits hinreichend erörtert.¹¹⁸⁰

Ausgehend von dieser Grundlage gibt es aber im Prinzip keine Gemeinsamkeiten mehr. Für Geldzahlungspflichten kann durchaus auf die entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden, sprich, dass die Geldzahlungspflicht ihrerseits an einen geldwerten Vorteil gekoppelt sein muss, der eine intrinsische Verbindung zum Grundstück selbst aufweist und die Parteien auch eine Verpflichtung etwaiger Rechtsnachfolger intendiert haben müssen.¹¹⁸¹ Eine allgemeingültige Herangehensweise für jeglich Rechte oder für Rechte außerhalb von Geldzahlungspflichten lässt sich hingegen nicht feststellen. Es ist beinahe Resignation zu vernehmen, dass aufbauend auf den dargelegten Grundsätzen keine weiteren festen Kriterien mehr zu entwickeln sind. Die damit einhergehende Rechtsunsicherheit ist offensichtlich und der

¹¹⁸⁰ Siehe § 4B.I.

¹¹⁸¹ Siehe § 4B.II.1.e).

Subtraktions-Tests in seiner derzeitigen Gestalt taugt folglich nicht dazu, das Problem der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien nachhaltig zu lösen. Gleichwohl stellt er ein hilfreiches Instrument dar, welches in vielen Fällen zu einem befriedigenden Ergebnis führt. In wirklich schwierigen Abgrenzungsfällen scheitert er jedoch an seiner Schlichtheit und es bedarf zusätzlicher Kriterien.

C. Zwischenergebnis

Fakt ist, dass es in Südafrika keinen allgemein anerkannten, einheitlichen Test für die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien gibt. Fakt ist jedoch auch, dass beinahe alle vertretenen Ansätze einen Beitrag zur Lösung des Problems leisten. *Van der Walt* hat vermutlich als erster und zudem vollkommen richtigerweise erkannt, dass die bisher zur Verfügung stehenden Vorgehensweisen bereits dazu führen, dass ein großer Teil der aufkommenden Fälle zufriedenstellend entschieden werden können.¹¹⁸²

Die Analyse der vorhandenen Theorien anhand der Anwendung auf praktische relevante Abgrenzungsfälle hat eine weitere Erkenntnis gebracht. Die deutlichen Unterschiede bei der Anwendung des Subtraktions-Tests in Bezug auf Geldzahlungspflichten auf der einen und sonstigen Rechten auf der anderen Seite belegen, dass erstere Gruppe einer gesonderten Behandlung bedarf. Die zugrunde liegende Fragestellung muss also insofern angepasst werden, als nicht nach einer einheitlichen Theorie, sondern vielmehr nach zwei unterschiedlichen – wenn auch artverwandten – Ansätzen gesucht wird.

Denkbar ist zudem ein weiterer Schritt. Der ursprünglich von *Wille* vertretene, hier als „klassische Bedingungstheorie“ bezeichnete Ansatz sowie die spätere Aufnahme des Gedankens von *Domanski* stellen nämlich für die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten eine überaus sinnvolle Handhabe dar.¹¹⁸³ Voraussetzung für die Anwendung eines Bedingungstests ist jedoch, dass zunächst überhaupt eine aufschiebende oder auflösende Bedingung vorliegt, und darüber hinaus, dass das Recht, gegenüber dem die Bedingung besteht, als dingliches Recht anerkannt ist. Durch diesen Ansatz kann mithin lediglich ein Teilbereich des Problems angegangen werden.

¹¹⁸² Van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (201).

¹¹⁸³ Siehe § 4A.IV.2.a) und § 4A.IV.2.b).

Auch die sonstigen für die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten entwickelten Theorien enthalten Elemente, die richtig und wichtig für die Abgrenzung sind. So ist die Kernaussage der klassischen Theorie, dass dingliche Rechte eine direkte Beziehung zwischen einer Person und einer Sache darstellen, genauso wenig von der Hand zu weisen, wie das Postulat der personalisierten Theorie, dass dingliche Rechte *erga omnes* durchsetzbar sind. Auch die Theorie der subjektiven Rechte, welche in Hinblick auf ihre Einteilung von dinglichen und persönlichen Rechten als Ganzes abgelehnt werden muss, leistet mit ihrer trennscharfen Aufteilung aller Rechte in eine subjektiv-subjektive und eine subjektiv-objektive Beziehung ihren Beitrag.¹¹⁸⁴

¹¹⁸⁴ Van der Walt, THRHR 55 (1992), S. 170 (191f.).

§ 5 Eigener Lösungsansatz

Nach der Analyse der bestehenden Tests und Theorien ist es nun an der Zeit, die Lehren zu ziehen und im Rahmen eines eigenen Lösungsansatzes die gewonnenen Erkenntnisse zu verarbeiten. Dabei ist hervorzuheben, dass nicht der kühne Anspruch erhoben wird, an den Diskursen der südafrikanischen Rechtswissenschaft teilzunehmen. Vielmehr entspringen die nachstehenden Überlegungen einem deutschen Systemverständnis und sind das Ergebnis einer zeitlich begrenzten Auseinandersetzung mit einem nach wie vor fremden Recht. Wie bereits angedeutet,¹¹⁸⁵ wird für die Frage der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien an dieser Stelle keine einheitliche Theorie formuliert. Vielmehr wird unterschieden zwischen Rechten, die eine aktive Handlungspflicht in Form einer Geldzahlungspflicht begründen und sonstigen Rechten.

A. Theoretische Grundlage

Ausgangspunkt der nachfolgenden Ansätze sind die bereits bekannten Theorien, die jedoch in ihrer konkreten Ausgestaltung bisher unvollkommen waren. Durch punktuelle Ergänzungen, die ihrerseits auf den bisherigen Erkenntnissen fußen, werden zwei Herangehensweisen vorgestellt, welche sowohl *de lege lata* eine Bestandsaufnahme vornehmen als auch *de lege ferenda* versuchen, neue Impulse setzen.

Wie bereits mehrfach erwähnt, sei vorliegend nur noch einmal darauf hingewiesen, dass die Theorien darauf ausgelegt sind, beschränkt dingliche Rechte wie insbesondere Dienstbarkeiten und dienstbarkeitsähnliche dingliche Rechte eigener Art von persönlichen Rechten abzugrenzen.

I. Rechte, die in Bezug auf Immobilien eine Geldzahlungspflicht begründen

Zunächst soll es um solche Rechte gehen, die in Bezug auf Immobilien eine aktive Handlungspflicht in Form einer Geldzahlungspflicht für den Inhaber eines dinglichen Rechts zugunsten eines Dritten begründen.

¹¹⁸⁵ Siehe § 4C.

1. Potenzielle Dinglichkeit

Nicht ganz ausgefochten ist in Südafrika der Streit um die Frage, ob den hier infrage stehenden Rechte überhaupt dinglicher Charakter zugesprochen werden kann. Bereits mehrfach wurde gerichtlich anerkannt, dass die zu der Geldzahlungspflicht korrespondierenden Rechte dinglichen Charakter haben können.¹¹⁸⁶ In der Literatur lassen sich jedoch vereinzelt noch Stimmen ausmachen, die die Anerkennung der Dinglichkeit in diesen Fällen ablehnen oder zumindest infrage stellen.¹¹⁸⁷ An die Eigentümerstellung geknüpfte Geldzahlungspflichten können entweder im Rahmen eines Testaments¹¹⁸⁸ oder auch vertraglich vereinbart werden. Anknüpfungspunkt für die Abgabepflichten können z.B. Erträge aus mit dem Grundstück verbundenen Mineralienrechten¹¹⁸⁹ oder auch Mieterträge sein.

Problematisch erscheint insbesondere der Fall, dass dem Inhaber eines dinglichen Rechts (oftmals dem Eigentümer) infolge seiner Rechtsinhaberstellung eine Geldzahlungspflicht zugunsten eines Dritten ohne sonstige Voraussetzungen auferlegt wird. So z.B. wenn vereinbart würde, dass der Eigentümer unabhängig von Erträgen, die er aus dem veräußerten Grundstück generiere, dem bisherigen Inhaber eine einmalige Summe oder monatliche Abgaben zahlen müsse. Es muss im Rahmen der Formulierung einer abstrakten Herangehensweise insofern sichergestellt werden, dass nicht jedes Recht, welches eine an die Eigentümerstellung geknüpfte, beliebige Geldzahlungspflicht begründet, dinglicher Natur ist.

¹¹⁸⁶ Siehe die Beispiele in § 3F.I und § 3F.II.

¹¹⁸⁷ Zu diesen wenigen Stimmen zählt *Bobbett*, der Geldzahlungspflichten stets für persönliche Rechte hält (ConveyBull 5 (1991), S. 6 (8): „*The obligation to pay money can, in my opinion, only give rise to a personal right. This right cannot become a real right by virtue of registration.*“); ebenso *Badenhorst/Coetser*, De Jure 24 (1991), S. 375 (385), welche argumentieren, dass das Recht des Eigentümers, von einer anderen Person z.B. infolge einer bestimmten Nutzung des Eigentums Geld zu verlangen, stets persönlicher Natur sei und somit nichts anderes für das Recht eines Dritten gelten kann, welcher einen Teil dieses Geldes für sich beansprucht. *Van der Walt* und *Pienaar* kritisieren, dass die Schaffung von zu vielen finanziellen Belastungen für das Eigentum einen negativen Effekt auf die Wirtschaft haben könnte. Gleichwohl gestehen sie ein, dass Geldzahlungspflichten, sofern sie in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Eigentum stehen, durchaus eine Belastung des Eigentums darstellen können (Law of Property, S. 39f.). *Van der Merwe* kritisiert zwar eine konkrete Entscheidung (*Pearly Beach* – § 3F.II.3), wendet sich aber nicht grundsätzlich gegen die Registrierbarkeit von Rechten, die eine Geldzahlungspflicht begründen (AnnSurv 1990, S. 192 (206f.)).

¹¹⁸⁸ Ex parte Geldenhuys 1926 OPD 155 (§ 3F.I.1).

¹¹⁸⁹ Siehe die Beispiele unter § 3F.II.

Zudem handelt es sich bei den infrage stehenden Rechten nicht um potenzielle Grunddienstbarkeiten, sondern in der Regel entweder um beschränkt persönliche Dienstbarkeiten oder dingliche Rechte eigener Art.¹¹⁹⁰ Es wird mithin nicht mit dem auf Grunddienstbarkeiten gemünzten Passivitätsgrundsatz gebrochen, wenn die potenzielle Dinglichkeit grundsätzlich anerkannt wird.¹¹⁹¹

Der vollkommene Ausschluss von Rechten, die eine Geldzahlungspflicht begründen, von der Möglichkeit, dinglichen Charakter zu erlangen, ist insgesamt nicht interessengerecht. Wenn selbst eine kurzfristige Miete nach Inbesitznahme der Immobilie als Recht durch das Grundbuch geschützt werden kann,¹¹⁹² dann ist nur schwer ersichtlich, warum bestimmten Geldzahlungspflichten dieser Schutz *per se* verwehrt bleiben sollte. Auf der einen Seite steht z.B. der Schutz des Rechts auf eine Wohnung und auf der anderen Seite das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung. Darüber hinaus kann argumentiert werden, dass durch die Anerkennung der potenziellen Dinglichkeit die Verkehrsfähigkeit von Grundstücken gestärkt wird. Die Aussicht der dauerhaften Beibehaltung einer mit dem Grundstück verbundenen Einnahmequelle kann Anreiz für den Verkäufer und Verhandlungsposition für den Käufer sein. Den Parteien sollte diese Möglichkeit nicht genommen werden. Die dem gegenüberstehende Belastung des Eigentums tritt dahinter zurück. Es ist mithin anzuerkennen, dass ein dingliches Recht durch die Vereinbarung von Geldzahlungspflichten vorliegen kann.

2. Vorfrage – Bedingungen

Bevor die eigentliche Prüfung in Bezug auf die Dinglichkeit des infrage stehenden Rechts beginnen kann, muss eine Vorfrage beantwortet werden, die dem klassischen Bedingungs-Test von *Wille* entlehnt ist.¹¹⁹³ Die Idee für dieses zweistufige Vorgehen ist dem zuvor besprochenen Beitrag von *Domanski* entnommen.¹¹⁹⁴ Voraussetzung dafür,

¹¹⁹⁰ Ein dingliches Recht *sui generis* wurde etwa angenommen bei *Ex parte Pierce and others* 1950 (3) SA (O) 628 (634) (§ 3F.II.1). Offengelassen wurde die Frage nach der konkreten Einordnung bei *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds* 1953 (1) SA (O) 600 (§ 3F.II.2). In *Lorentz v Melle and others* 1978 (3) SA (T) 1044 (1051f.) wird gar (zugunsten des Beklagten) angenommen, dass es sich bei Geldzahlungspflichten nicht um aktive Handlungspflichten handelt (§ 3F.I.2).

¹¹⁹¹ Siehe näher zum Passivitätsprinzip § 2D.II.1 und § 5A.II.1.

¹¹⁹² Siehe § 2D.IV.

¹¹⁹³ Siehe § 4A.IV.2.a).

¹¹⁹⁴ Siehe § 4A.IV.2.b).

dass diese Vorfrage relevant wird, ist zunächst, dass eine aufschiebende oder auflösende Bedingung in Bezug auf das infrage stehende vorliegt. Sofern dies der Fall ist, muss jeweils zwischen potestativen, prekären und zufälligen Bedingungen unterschieden werden. Nur nach Beachtung der nachfolgenden Grundsätze kann sodann die Prüfung erfolgen, ob dem bedingten Recht dinglicher Charakter zugesprochen werden kann.

Handelt es sich um eine (aufschiebende oder auflösende) prekäre Bedingung, sprich um eine solche, deren Eintritt allein im Ermessen des Schuldners liegt, so kann dem zugrunde liegenden Recht lediglich persönlicher Charakter zuerkannt werden. Kann der Verpflichtete mit anderen Worten selbst darüber entscheiden, ob es zu einer Geldzahlungsverpflichtung kommt oder nicht, so kann nicht davon gesprochen werden, dass der Berechtigte eine derart gesicherte Rechtsposition innehat, die durch die Verleihung des dinglichen Charakters geschützt werden muss. Potestative Bedingungen, bei denen der Gläubiger die Verwirklichung der Bedingung in der Hand hält, stehen einer Einordnung des bedingten Rechts als dingliches Recht grundsätzlich nicht entgegen.¹¹⁹⁵ Im Vergleich zu den prekären Bedingungen kann die Rechtsposition des Berechtigten hier insofern als gesichert bezeichnet werden, als es ihm selbst obliegt, die Geldzahlungspflichten zulasten des Schuldners zu realisieren. Es ist im Verhältnis zu einem unbedingten Recht ein Zusatz für den Gläubiger, wenn der Bedingungseintritt seiner Verfügungsgewalt unterstellt wird. Somit besteht kein Grund, warum ein prekär bedingtes Recht nicht dinglichen Charakter erlangen und registriert werden sollte.

Bei zufälligen Bedingungen, d.h. solchen, bei denen der Bedingungseintritt weder vom Schuldner noch vom Gläubiger beeinflusst werden kann, muss zwischen aufschiebenden und auflösenden Bedingungen unterschieden werden. Bei aufschiebenden zufälligen Bedingungen kann grundsätzlich nicht davon gesprochen werden, dass der potenziell zukünftig Berechtigte bereits ein so schutzwürdiges Recht erlangt hat, dass es durch die Zusprechung der Dinglichkeit und die damit verbundene Eintragung in das Liegenschaftsregister zu schützen ist. Es steht in diesem Fall noch nicht einmal fest, dass die Bedingung überhaupt irgendwann eintritt und somit das volle Recht zur Geltung

¹¹⁹⁵ Damit wird hingenommen, dass auch bloße Optionsrechte, welche der einen Partei das Recht einräumen, eine Eigentumsübertragung (etwa an einem Grundstück) einseitig zu vollziehen, registrierungsfähige dingliche Rechte sind. Der dadurch entstehende, unter § 4A.IV.2.a) näher beschriebene Wertkonflikt gegenüber den Fällen des doppelten Verkaufs, wird zugunsten einer klaren, Rechtssicherheit stiftenden Lösung hingenommen.

kommt. Nur solche aufschiebend zufälligen Bedingungen, bei denen die Bedingung mit absoluter Sicherheit zu irgendeinem Zeitpunkt eintreten wird (z.B. der Tod eines Erblassers), können ebenfalls als dingliches Recht angesehen werden.¹¹⁹⁶ Auflösende zufällige Bedingungen stehen einer Einordnung als dingliches Recht hingegen nicht im Wege. Hier existiert zunächst ein potenziell dingliches Recht und es besteht die Möglichkeit, dass die auflösende Bedingung niemals eintritt. Unter Wertungsgesichtspunkten ist ein so bedingtes Recht nicht als so minderwertig einzustufen, dass die Einordnung als dingliches Recht *a priori* versagt werden muss.

Zusammengefasst passieren also nur solche bedingten Rechte die Vorfrage, bei denen die Bedingung aufschiebend oder auflösend potestativ bzw. auflösend zufällig ausgestaltet ist. Bei aufschiebend zufälligen Bedingungen ist das zugrunde liegende Recht nur dann potenziell dinglich, wenn die Bedingung mit Sicherheit in absehbarer Zukunft eintreten wird. In allen weiteren Fällen bedingter Rechte kann die Prüfung an dieser Stelle mit dem Ergebnis beschlossen werden, dass lediglich ein persönliches Recht vorliegt.

3. Theoretischer Ansatz

Die für Geldzahlungspflichten von südafrikanischen Gerichten entwickelten Grundsätze auf Basis des Subtraktions-Tests stellen das Grundgerüst für das Vorgehen im Rahmen des theoretischen Ansatzes dar. Demnach bedarf es einer zweistufigen Prüfung, bei der zunächst gefragt werden muss, ob eine Subtraktion vom Eigentum vorliegt und schließlich ein dahingehender Parteiwille festzustellen ist, dass ein Recht zugunsten einer Partei erschaffen werden soll, welches nicht nur die andere Partei (i.e. den gegenwärtigen Inhaber des Rechts, an das die Geldzahlungspflicht geknüpft ist), sondern auch deren Rechtsnachfolger binden soll. Der eben beschriebene Parteiwille ist dabei notwendige, aber in keinem Fall hinreichende Voraussetzung für die Anerkennung eines neuen dinglichen Rechts.

Einer genaueren Betrachtung bedarf die Frage, wann eine relevante Beeinträchtigung des Eigentums durch die Geldzahlungspflicht vorliegt. Es spielt letztlich keine Rolle, ob man die aus dem Subtraktions-Test gewohnte Terminologie einer „Subtraktion“ oder „Beeinträchtigung“ des Eigentums wählt oder ob man schlicht nach einem bestimmten Charakter des Rechts fragt, welcher sich auf das Eigentum

¹¹⁹⁶ Diese Einschränkung wird gemacht, da das Fideikommiss in Südafrika als dingliches Recht anerkannt ist – siehe § 4A.IV.2.a).

auswirkt. Aus der bisherigen Rechtsprechung lässt sich entnehmen, dass Geldzahlungspflichten nur dann als relevante Subtraktion gelten sollen, wenn sie an einen geldwerten Vorteil anknüpfen, der unmittelbar aus der Eigentümerstellung an dem Grundstück hervorgeht.¹¹⁹⁷ Damit wird beschrieben, dass sofern durch eine bestimmte Nutzung des Grundstücks ein Profit zugunsten des Eigentümers (bzw. des Inhabers eines sonstigen dinglichen Rechts an dem Grundstück) generiert werden kann, die (teilweise) Abtretung dieses Gewinns ein dingliches Recht zugunsten des Berechtigten darstellen soll.

Dies hätte u.a. zur Folge, dass etwa testamentarisch oder vertraglich vereinbarte Abgabepflichten, die nicht an die unmittelbaren wirtschaftlichen Früchte des Grundstücks anknüpfen, keinen dinglichen Charakter erlangen könnten. *Carey Miller* und *Pope* formulieren hierzu einen interessanten Gedanken:¹¹⁹⁸ Werde ein Grundstückseigentümer zu periodisch wiederkehrenden Zahlungen verpflichtet, die erkennbar nicht an unmittelbare Vorteile aus seiner Eigentümerstellung anknüpfen, sondern lediglich einer autonomen Parteivereinbarung entspringen, sei grundsätzlich Hypothekenrecht anzuwenden und nur bei Erfüllung aller Voraussetzungen einer Hypothek könne ein entsprechendes dingliches Recht vorliegen.¹¹⁹⁹ Diese Erklärung würde zwar die Unterscheidung zwischen solchen Geldzahlungspflichten, die an mit dem Eigentum unmittelbar verbundene Vorteile anknüpfen, und solchen, die keine entsprechende Verbindung aufweisen, insofern rechtfertigen, als Letzgenannten kein dinglicher Charakter zukommt. Allerdings leidet dieser Ansatz unter einigen Schwächen. Der Grund dafür, dass die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten diskutiert wird, liegt gerade in dem Umstand, dass in Südafrika kein *numerus clausus* für dingliche Rechte existiert. Es ist zwar weder untypisch noch illegitim, anerkannte dingliche Rechte als Ausgangspunkt für die Anerkennung des dinglichen Charakters eines Rechts zu nehmen, jedoch ist eine vertraglich an die Eigentümerstellung gebundene Geldzahlungspflicht inhaltlich sehr weit von einer Hypothek entfernt. Sie dient nämlich nicht wie die Hypothek als Kreditsicherheit, sondern ist in den meisten Fällen eher mit einer Art

¹¹⁹⁷ Siehe § 4B.II.1.e).

¹¹⁹⁸ Carey Miller/Pope, Land Title, S. 107.

¹¹⁹⁹ A.a.O.: „An obligation in terms of which a landowner is required to make a periodic payment, not flowing from any identifiable benefit of ownership but merely linked to the right of ownership by the parties, would, in principle, need to be considered from the point of view of amounting to a mortgage. The law provides for and controls the creation of mortgage and one may question whether it would be proper for a device akin to mortgage to be allowed outside the legal regulation of mortgage.“ Siehe zur Hypothek allgemein § 2D.V.1.

Steuer oder sonstigen Abgabe zu vergleichen, die an den Eigentümerstatus anknüpft. Der Umweg über das Hypothekenrecht ist zudem unnötig, da auch auf anderem Wege ein Ausschluss beliebiger Geldzahlungspflichten erfolgen kann.

Die von den Gerichten bereits initiierte Unterscheidung ist mithin beizubehalten. Um die Eigentümerstellung zu beschränken, muss eine Verpflichtung auch einen Zusammenhang zum Eigentum aufweisen. Zwar kann dies auch von solchen externen Geldzahlungspflichten behauptet werden, die „von außen“, sprich durch bloße Parteivereinbarung und ohne Bezug zu etwaigen Profiten mit dem Eigentum verknüpft werden. Es ist jedoch vorzugswürdig, eine intrinsische Verbindung mit geldwerten Vorteilen zu fordern, die sich unmittelbar aus der Eigentümerstellung ergeben. Letztlich muss an dieser Stelle eine Wertentscheidung getroffen werden und die besseren Gründe sprechen dafür, einen Mittelweg zwischen zu restriktiver und zu liberaler Praxis bei der Anerkennung des dinglichen Charakters von Geldzahlungspflichten zu wählen. Dadurch werden auf der einen Seite wirklich schutzwürdige Rechte der Protektion des Grundbuchs zugeführt und auf der anderen Seite wird verhindert, dass den Parteien die Schaffung neuer dinglicher Rechte zur freien Disposition gestellt wird.

Beispiele für Rechte, die Geldzahlungspflichten in Zusammenhang mit der Eigentümerstellung an einem Grundstück begründen, sind insbesondere solche, die im Zusammenhang mit Mineralienrechten auftreten.¹²⁰⁰ Die Dinglichkeit wäre zudem auch etwa bei einem Recht anzuerkennen, das den Verpflichteten zu einer (Teil-)Abgabe von Mieteinnahmen verpflichtet, solange entsprechende Mietverträge bestehen.¹²⁰¹ Auch registrierungsfähig wäre demnach eine Vereinbarung, die es dem Nießbraucher auferlegt, Einkünfte aus den gezogenen Früchten an den Eigentümer des Grundstücks abzuführen. Alle nicht unmittelbar an Vorteile aus der Inhaberschaft des dinglichen

¹²⁰⁰ Siehe § 3F.II.

¹²⁰¹ Eine entsprechende Klausel beinhaltetete auch der in *Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds* geschlossene Kaufvertrag (1953 (1) SA (O) 600 (607)): „All rights which may be or become vested in the freehold owner (...) and any share of rental or profits which may accrue to any owner under any lease granted in respect of the land covered by the township (...), are reserved to the said Odendaalsrus Gold, General Investments and Extensions Limited and its successors in title thereto.“ Für diese Klausel wurde die Dinglichkeit von der Orange Free State Provincial Division bejaht (a.a.O. S. 609, 611).

Rechts anknüpfenden Abgabepflichten sind hingegen rein persönlicher Natur.

Es ist nicht vollkommen ausgeschlossen, dass auch bei Anwendung der beschriebenen Vorgehensweise zum Teil Abgrenzungsprobleme entstehen. Doch wenn dies nicht der Fall wäre, so wäre jegliche rechtswissenschaftliche Subsumtion obsolet. Die beschriebene Vorgehensweise versucht ein hinreichendes Maß an Rechtssicherheit zu generieren, ohne die Möglichkeit der individuellen Bewertung von problematischen Einzelfällen gänzlich auszuschließen. Vollkommene Rechtssicherheit, aber gleichzeitig auch vollkommene Inflexibilität kann nur ein gesetzlich vorgegebener *numerus clausus* erzeugen.¹²⁰²

Unterm Strich steht also für solche Rechte, die in Bezug auf Immobilien eine aktive Handlungspflicht in Form einer Geldzahlungspflicht begründen, folgende Vorgehensweise. Als Vorfrage ist zunächst zu erörtern, ob das zugrunde liegende Recht einer aufschiebenden oder auflösenden prekären oder aufschiebend zufälligen Bedingung unterliegt. In diesen Fällen liegt kein dingliches Recht vor, es sei denn, die aufschiebend zufällige Bedingung wird mit Sicherheit zukünftig eintreten. Im Rahmen der Prüfung des Rechts selbst ist sodann zu fragen, ob die Geldzahlungspflicht intrinsisch mit dem zugrunde liegenden dinglichen Recht dergestalt verbunden ist, dass sie als Abgabe eines geldwerten Vorteils einzuordnen ist, der unmittelbar aus dessen Inhaberschaft resultiert. Schließlich bedarf es eines dahingehenden Parteiwillens, dass die Geldzahlungspflicht nicht nur den aktuellen Inhaber des zugrunde liegenden dinglichen Rechts, sondern auch seine Rechtsnachfolger binden soll. Da der Wiedererkennungswert einer Theorie steigt, wenn man ihr einen einprägsamen Namen verleiht, könnte dieser Ansatz auch „Theorie der intrinsischen Verbindung“ genannt werden.

II. Sonstige Rechte

Die zweite Kategorie der „sonstigen Rechte“ ist deutlich abstrakter und weiter gefasst als die erste. Unter dieser Überschrift sammeln sich alle Rechte, die keine Geldzahlungspflichten in Bezug auf Immobilien begründen. Dies bedeutet freilich, dass die für diese Gruppe entwickelte Theorie einen höheren Abstraktionsgrad aufweisen muss, da eine unbestimmte Vielzahl von Fällen umfasst wird. Wollte man die Abstraktheit einer Theorie gänzlich vermeiden, so müsste eine eigene

¹²⁰² Dass und warum dieser jedoch aus verschiedenen Gründen nicht erstrebenswert ist, kann unter § 4A.IV.3.b) nachgelesen werden.

Vorgehensweise für jeden denkbaren Fall entwickelt werden. Dies ist jedoch ebenso wenig realistisch wie die Formulierung einer abstrakten Theorie, die trennscharf jedem Recht ohne Schwierigkeiten einen entsprechenden Charakter zuordnet.

1. Aktive Handlungspflichten in Bezug auf Grunddienstbarkeiten

Einen Sonderstatus nehmen in dieser Kategorie Grunddienstbarkeiten ein, die eine aktive Handlungspflicht für den Eigentümer des dienenden Grundstücks begründen.¹²⁰³ Ein Beispiel für diese Gruppe ist der Fall, dass bei einer *servitus aquaehaustus* der dienende Eigentümer dazu verpflichtet ist, Vorrichtungen für die Wasserabschöpfung bereitzustellen und zu unterhalten sowie das Wasser direkt auf das dominante Grundstück zu pumpen.¹²⁰⁴

Bei Grunddienstbarkeiten muss grundsätzlich die Frage gestellt werden, ob im Falle aktiver Handlungspflichten eine Einordnung als dingliches Recht möglich ist. Im römischen und auch im römisch-holländischen Recht galt für Grunddienstbarkeiten das Prinzip, dass entweder der Eigentümer des dominanten Grundstücks zu einer aktiven Handlung berechtigt wird (positive Grunddienstbarkeit) oder der Eigentümer des dienenden Grundstücks von einer bestimmten Handlung Abstand nehmen muss (negative Grunddienstbarkeit). Die Auferlegung von aktiven Handlungspflichten zulasten des Eigentümers des dienenden Grundstücks war also ursprünglich nicht vorgesehen. Dies wird auch Passivitätsprinzip (lat. *servitus in faciendo consistere nequit*) genannt.¹²⁰⁵

Für die Registrierbarkeit spielt die Frage, ob das Passivitätsprinzip streng eingehalten wird, nur dann eine Rolle, wenn die Handlungspflicht keine ergänzende oder sonst unterstützende Bedingung für das registrierbare dingliche Recht i.S.v. sec. 63 Abs. 1 Hs. 2 DRA darstellt.¹²⁰⁶ Aus dieser Regelung lässt sich jedoch kein allgemeiner Rückschluss dergestalt ziehen, dass das Passivitätsprinzip in Hinblick auf die Einordnung des infrage stehenden Rechts als dingliches Recht

¹²⁰³ Siehe zu dieser Problematik bereits § 2D.II.1.

¹²⁰⁴ So der Fall in *Schwedhelm v Haumann* 1947 (1) SA (E) 127 (§ 3F.I.4) und *Van der Merwe v Wiese* 1948 (4) SA (C) 8 (§ 3F.I.5).

¹²⁰⁵ *Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property*, S. 324f.; *de Waal*, in: *Southern Cross*, S. 785 (799-803); *Wille's Principles*, S. 595 – siehe § 2D.II.1. Den historischen Hintergrund des Passivitätsprinzips stellt *de Waal*, *TSAR* 1991, S. 233 (234f.) dar.

¹²⁰⁶ Siehe zur ausnahmsweisen Registrierung persönlicher Rechte gemäß dem DRA § 3E.I.1.

nicht mehr zur Anwendung kommen soll.¹²⁰⁷ Es ist insofern streng zwischen Registrierbarkeit und Dinglichkeit zu differenzieren.

Bei der Einordnung von Grunddienstbarkeiten, die eine aktive Handlungspflicht begründen, ist es den südafrikanischen Gerichten bisher nicht gelungen, eine einheitliche Linie zu finden.¹²⁰⁸ Gleichwohl kann davon gesprochen werden, dass es so etwas wie eine herrschende Meinung gibt, die die Auferlegung von aktiven Pflichten im Rahmen von Grunddienstbarkeiten ablehnt.¹²⁰⁹ Die besseren Argumente sprechen zudem dafür, das hergebrachte Passivitätsprinzip nicht grundsätzlich zur Disposition zu stellen.¹²¹⁰ Neben dem bloßen Umstand, dass die Passivität über Jahrhunderte als Prinzip in Bezug auf Grunddienstbarkeiten anerkannt wurde, kann insbesondere ins Feld geführt werden, dass die Vereinbarung einer aktiven Handlungspflicht im Vergleich zu einer passiven Duldungspflicht eine zusätzliche Belastung darstellt. Diese Belastung sollte künftige Generationen nur dann treffen, wenn darüber *in persona* verhandelt wurde. Letztlich würde die Verwerfung des Passivitätsprinzips somit zu einer Verschlechterung der Verkehrsfähigkeit von Grundstücken führen.¹²¹¹ Überzeugende Argumente dafür, dass hier ein von der traditionellen Herangehensweise abweichender, liberaler Ansatz gewählt werden sollte, sind überdies nicht ersichtlich. In der in diesem Zusammenhang viel zitierten und oft getadelten¹²¹² Entscheidung der *Cape Provincial Division* aus *Van der Merwe v Wiese*¹²¹³ führte das Gericht lediglich ohne weitere inhaltliche Argumente aus, dass das Passivitätsprinzip nichts

¹²⁰⁷ Schwedhelm v Haumann (1947 (1) SA (E) 127 (135f.); Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 325; de Waal, a.a.O. S. 803; van der Merwe, Sakereg, S. 477.

¹²⁰⁸ In Schwedhelm v Haumann (a.a.O.) wurde die Anerkennung aktiver Handlungspflichten im Rahmen einer Grunddienstbarkeit als dingliches Recht noch abgelehnt, während in dem sehr ähnlich gelagerten Fall Van der Merwe v Wiese (1948 (4) SA (C) 8) die Anerkennung erfolgte – § 3F.I.4 und § 3F.I.5.

¹²⁰⁹ Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 325; de Waal, in: Southern Cross, S. 785 (803); ders., TSAR 1991, S. 233 (249); Wille's Principles, S. 595.

¹²¹⁰ So auch Badenhorst/Pienaar/Mostert, a.a.O.; de Waal, in: Southern Cross, a.a.O.; Wille's Principles, a.a.O.; a.A. ist *de Waal* noch in einem früheren Zeitschriftenbeitrag, in dem er den liberaleren deutschen und niederländischen Ansatz zum Vorbild erklärt (TSAR 1991, S. 203 (247-249)).

¹²¹¹ Mostert/Pope, Law of Property, S. 243.

¹²¹² Beispiele für die umfassende Kritik finden sich bei Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 325; de Waal, in: Southern Cross, S. 785 (802); Hall/Kellaway, Servitudes, S. 8; van der Merwe, Sakereg, S. 474-477; Wille's Principles, S. 596. Umfassend werden die Unzulänglichkeiten in Jordan, SALJ 75 (1958) S. 181 (183-188) erörtert.

¹²¹³ 1948 (4) SA (C) 8.

als ein nicht-bindender Leitgedanke für die Auslegung und Anwendung von Dienstbarkeiten sei.¹²¹⁴

Im römisch-holländischen Recht wurden jedoch zum Teil Ausnahmen vom Passivitätsgrundsatz gemacht. Es wurde bspw. vorgebracht, dass durch die *servitus oneris ferendi* (Dienstbarkeit der Bürdentragung) eine aktive Handlungspflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks entstehen kann.¹²¹⁵ Demnach steht z.B. dem dominanten Eigentümer das Recht zu, auf einem Fundament, welches sich auf dem dienenden Grundstück befindet, ein Gebäude zu errichten. Der dienende Eigentümer kann in diesem Rahmen verpflichtet werden, sowohl das Fundament, als auch das darauf errichtete Gebäude instand zu halten.¹²¹⁶ Eine zweite Ausnahme ist die *servitus altius tollendi*, wonach der dienende Eigentümer verpflichtet ist, ein auf seinem dienenden Grundstück befindliches Gebäude baulich zu erweitern, insbesondere zu erhöhen, um ein Gebäude auf dem dominanten Grundstück vor Sonne und kalten Winden zu schützen.¹²¹⁷ Zum Teil wird dies als zweite Ausnahme vom Passivitätsgrundsatz anerkannt,¹²¹⁸ zum Teil wird lediglich darauf verwiesen, dass hier eine fehlerhafte Interpretation dieser Dienstbarkeit vom römisch-holländischen Gelehrten *Johannes Voet* vorliege.¹²¹⁹

Doch auch diese vereinzelt aufgetretenen Ausnahmen vermögen es nicht zu rechtfertigen, dass grundsätzlich mit dem Passivitätsgrundsatz gebrochen wird. Es ist keine hinreichende Argumentationslinie zu erkennen, die eine trennscharfe Abgrenzung ermöglicht. Insofern sollte im Sinne der Rechtssicherheit künftig gänzlich davon abgesehen werden, Rechten, die eine korrespondierende aktive Handlungspflicht für den Inhaber des dienenden Grundstücks begründen, die Dinglichkeit zuzusprechen. Somit kann als Grundsatz formuliert werden, dass (potenzielle) Grunddienstbarkeiten, die eine aktive Handlungspflicht begründen, keine dinglichen Rechte darstellen. Eine Registrierung im Liegenschaftsregister ist sodann nur noch als Annex gem. sec. 63 Abs. 1 Hs. 2 DRA möglich.

¹²¹⁴ A.a.O. S. 33: „[L]eidraad by die verklaring en toepassing van servitude (...)“.

¹²¹⁵ Voet, Commentary, S. 439f.

¹²¹⁶ De Waal, in: Southern Cross, S. 785 (799); van der Merwe, Sakereg, S. 473; Voet, a.a.O.; Wille's Principles, S. 595.

¹²¹⁷ Voet, Commentary, S. 444-447.

¹²¹⁸ Hall/Kellaway, Servitudes, S. 136; Maasdorp/Hall, Law of Property, S. 147f.; Mostert/Pope, Law of Property, S. 241; Voet, a.a.O. Wille's Principles, S. 595.

¹²¹⁹ De Waal, in: Southern Cross, S. 785 (799f.); ders. TSAR 1991, S. 233 (237) lastet dies *Johannes Voet* an.

2. Vorfrage – Bedingungen

Auch bei solchen Rechten, die keine Pflicht zur Geldzahlung begründen, ist dann eine Vorfrage zu stellen, wenn diese aufschiebend oder auflösend bedingt sind. Der im Rahmen der Theorie der intrinsischen Verbindung erarbeitete *modus operandi* kann insoweit übernommen werden.¹²²⁰ Demnach gilt auch hier gleichermaßen, dass aufschiebende und auflösende prekäre Bedingungen sowie aufschiebende zufällige Bedingungen es grundsätzlich verhindern, dass dem zugrunde liegenden bedingten Recht dinglicher Charakter zugesprochen wird.¹²²¹ Aufschiebende und auflösende potestative sowie auflösende zufällige Bedingungen stehen einer Einordnung als dingliches Recht nicht entgegen.

3. Theoretischer Ansatz

Die Formulierung eines theoretischen Ansatzes für die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien bei sonstigen Rechten bedarf zunächst einer systematischen Herleitung. Diese erfolgt vorliegend zum einen durch die Formulierung von Referenzen und zum anderen über die Herausarbeitung möglicher Rechtfertigungsgründe für die Einschränkung des auf die Kreierung eines dinglichen Rechts gerichteten Parteiwillens.

a) Referenzen

Für die Artikulation einer abstrakten Theorie könnte es hilfreich sein, solche anerkannten dinglichen Rechte zu benennen, welche das Eigentum geringstmöglich beeinträchtigen, also gerade oberhalb der „Schwelle“ zwischen dinglichen und persönlichen Rechten liegen und somit Referenzen darstellen, an denen sich potenziell dingliche Rechte messen lassen müssen.

Zu denken ist zunächst an die kurzfristige Miete einer Immobilie über weniger als zehn Jahre.¹²²² Bei diesem Institut wird bereits dann eine dingliche Rechtsposition erlangt, wenn die Gebrauchsüberlassung einer Immobilie nur für wenige Wochen oder Monate erfolgt und der Mieter die Sache in Besitz nimmt. Es bedarf nicht einmal der Eintragung im Grundbuch zur Entstehung des dinglichen Rechts. Nach südafrikanischem Recht spricht letztlich nichts dagegen, dass eine

¹²²⁰ Siehe § 5A.I.2.

¹²²¹ Es sei denn, die aufschiebende zufällige Bedingung tritt mit Sicherheit zukünftig ein (insbesondere ist hier an den Tod einer bestimmten Person zu denken).

¹²²² Siehe § 2D.IV.

Miete, die nur über wenige Tage geschlossen wurde, für den Mieter nach Inbesitznahme der Immobilie ein dingliches Recht darstellt. Diese Einordnung ist Ausfluss des Grundsatzes *huur gaat voor koop* bzw. Kauf bricht nicht Miete. Diesem wird in Südafrika so hohe Bedeutung beigemessen, dass die Anerkennung eines dinglichen Rechts in diesem Fall beinahe unstreitig erfolgt.¹²²³ Zum Teil wird sogar angenommen, dass selbst die Miete einzelner Gebäudeteile, sprich einer einzelnen Wohnung, als dingliches Recht einzustufen ist und somit der Registrierung im Liegenschaftsregister offensteht.¹²²⁴ Der Schutz für den Mieter ist zweifelsfrei insofern intensiver als bei sonstigen persönlichen Rechten, als die Miete in dem Moment Drittwirkung entfaltet, in dem das Eigentum an dem Mietgegenstand auf einen Dritten übergeht. Im Gegensatz dazu hat z.B. der Inhaber eines sog. *share block* kein dingliches Recht, da dieses Recht nur gegenüber der *share block company*, welche dem Inhaber ein exklusives Nutzungsrecht erteilt und nicht gegenüber etwaigen Rechtsnachfolgern durchsetzbar ist.¹²²⁵ Betrachtet man jedoch die tatsächliche Beeinträchtigung des Eigentums durch die kurzfristige Miete, welche potenziell lediglich in der wenige Tage andauernden Überlassung des Besitzes liegt, so kann nur von einem sehr geringen Eingriffsniveau gesprochen werden.

Ein weiteres Beispiel für ein zumindest höchststrichterlich anerkanntes dingliches Recht, welches nur geringfügig in das Eigentumsrecht eingreift, ist das Namensgebungsrecht für eine Immobilie.¹²²⁶ Der SCA wies explizit darauf hin, dass es zwar stimme, dass ein Namensrecht, insbesondere an öffentlich bedeutsamen Immobilien wie einem Fußballstadion, einen erheblichen wirtschaftlichen Wert aufweise, dies jedoch keine Rückschlüsse auf die Natur des Rechts zulasse.¹²²⁷ Somit ist für die vorgenommene Zuweisung der Dinglichkeit zu dem Na-

¹²²³ *Shell Rhodesia (PVT) Ltd. v Eliasov* N.O. 1979 (3) SA (R) 915 (919); *Kessoooperasedh en 'n ander v Essop en 'n ander* 1970 (1) SA (A) 265 (285f.); *Bodasingh's Estate v Suleman* 1960 (1) SA (N) 288 (290); *Con v Weil* 1950 (2) SA (C) 415 (418f.); *Badenhorst/Pienaar/Mostert*, Law of Property, S. 431f.; *van der Merwe*, in: *Introduction to the law of South Africa*, S. 201 (239); *Wille's Principles*, S. 627; a.A. lediglich *van der Walt/Pienaar*, *Introduction*, S. 327, die in der kurzfristigen Miete ein besonders geschütztes persönliches Recht sehen.

¹²²⁴ *Kain v Khan* 1986 (4) SA (C) 251 (256f.); zu Recht a.A. *Sonnekus*, TSAR 1987, S. 223 (236) – § 2D.IV.

¹²²⁵ Siehe § 2D.III.3.

¹²²⁶ Das Namensgebungsrecht für ein Fußballstadion wurde in *National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firststrand Bank Ltd.* 2011 (2) SA (SCA) 157 als dingliches Recht anerkannt (§ 4B.II.2.b))

¹²²⁷ A.a.O. S. 164: „[I]t is common cause that the naming rights attached to a sport stadium are exceptionally valuable. But that does not tell one anything about their nature.“

mensgebungsrecht allein der Umstand ausschlaggebend, dass normalerweise dem Eigentümer das Recht zusteht, die Immobilie zu benennen. Auch darin ist ein verhältnismäßig geringfügiger Eingriff in das Eigentumsrecht zu sehen. Handelt es sich bei der infrage stehenden Immobilie nicht um eine solche, deren Name profitabel vermarktet werden kann, so kommt der Namensgebung eine nur untergeordnete Bedeutung zu. Die Nebensächlichkeit des Namensgebungsrechts lässt sich schon daran ablesen, dass in den meisten Fällen keine Namenszuweisung für eine Immobilie erfolgt.

Die beiden vorstehenden Beispiele haben gezeigt, dass es für die Anerkennung dinglicher Rechte mitunter keiner allzu schwerwiegenden Beeinträchtigung des Eigentums bedarf. Diese Referenzen können bei der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten zwar helfen, jedoch handelt es sich dabei freilich um Einzelfallbeispiele. Eine Einordnung dergestalt, dass kurzfristigen Miet- und Namensgebungsrechten auf einer Skala, die die Intensität der Eigentumsbeeinträchtigung abbildet, ein einheitlicher Wert zugeordnet wird und jedes Recht, welches ebenfalls diesen Wert erreicht, ein dingliches Recht darstellt, lässt sich nicht durchführen.

Somit muss konstatiert werden, dass durch das Aufstellen von Referenzen lediglich *de lege lata* abgebildet werden kann, ob bei der Anerkennung neuer dinglicher Rechte einer eher liberalen oder eher restriktiven Praxis gefolgt werden sollte. Betrachtet man die vorgenannten Beispiele, so könnte man schließen, dass bereits bei relativ geringer Beeinträchtigung des Eigentums ein dingliches Recht anzunehmen ist. Die Miete stellt jedoch insofern einen Sonderfall dar, als sie durch den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ geschützt ist. Und auch die Zusprechung der Dinglichkeit zu dem Namensgebungsrecht ist als nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfallentscheidung zu werten. Zwar beteuerte der SCA in diesem Fall, dass der Wert des Namensgebungsrechts keine Rolle gespielt habe, es ist jedoch nur schwer vorstellbar, dass die Entscheidung bei einem „wertlosen“ Namensgebungsrecht gleich ausgefallen wäre. Es hilft mithin nicht entscheidend weiter, die Rechte mit der vermeintlich geringsten Eingriffsintensität zu definieren. Das bedeutet freilich nicht, dass Referenzen grundsätzlich unbrauchbar für die Bestimmung neuer dinglicher Rechte sind.

b) Rechtfertigung für die Einschränkung des Parteiwillens

Es bedarf zunächst wiederum eines Parteiwillens, nach dem ein dingliches Recht kreiert werden soll, welches auch die jeweiligen Rechtsnachfolger des Eigentümers bindet. Diese Intention ergibt sich für den

Registerbeamten grundsätzlich aus der Übertragungsurkunde, die ihm bei der Registrierung vorgelegt wird.¹²²⁸

Die alles entscheidende Frage an dieser Stelle ist, in welchem Maße und aus welchen Gründen der Parteiwille – in Abwesenheit eines *numerus clausus* – eingeschränkt werden soll. Der Gegensatz zum *numerus clausus* ist nämlich die totale Parteiautonomie und es ist auch in Südafrika allgemein anerkannt, dass diese nicht als einzige Grundlage für die Schaffung neuer dinglicher Rechte herhalten kann.¹²²⁹ Anders ließen sich jegliche Gerichtsentscheide, die auf dem Subtraktions-Test fußen, nicht erklären. Denn dieser verlangt neben dem Parteiwillen gerade eine weitere Voraussetzung in Form der Subtraktion vom Eigentum.¹²³⁰ Ferner wäre der alleinige Rekurs auf die Intention der Parteien ein Verstoß gegen das auch in Südafrika unstreitig herrschende allgemeine Prinzip der Relativität vertraglicher Beziehungen.¹²³¹ Insofern ist zu erörtern, welche Gründe dafür sprechen, es nicht allein in die Hand der Parteien zu legen, neue dingliche Rechte zu kreieren. Mit anderen Worten liegt der gordische Knoten, welchen es zu lösen gilt, in der Frage, ab welchem Grad der Beeinträchtigung des Grundstückseigentums es zugelassen wird, den auf die Schaffung eines neuen dinglichen Rechts gerichteten Parteiwillen anzuerkennen.

Zunächst ist an die Verkehrsfähigkeit der Immobilie zu denken. Wenn es privaten Individuen möglich ist, das Eigentum an einem Grundstück in beliebiger Art und Weise zu unterteilen und diese Unterteilung durch Anerkennung der Dinglichkeit auch gegenüber künftigen Eigentümern wirksam zu gestalten, leidet der Verkehrswert der Immobilie und mit ihm auch die Verkehrsfähigkeit.¹²³² Die Verkehrsfä-

¹²²⁸ Carey Miller/Pope, Land Title, S. 100: „[T]he parties' intentions will normally be inferred from what appears in the deed. In practice the question whether a servitude was or was not intended is more likely to crop up at the stage of the interpretation of the underlying contract than upon registration.“

¹²²⁹ Siehe § 4A.IV.3.a).

¹²³⁰ Siehe § 4B. und z.B. Denel (Pty.) Ltd. v Cape Explosive Works Ltd. and another 1999 (2) SA (T) 419 (436): „Once it is clear that the right in question is not a real right but only a personal right, the whole exercise is done. Even if the parties intended it to be a real right, their intention cannot elevate what is a personal right into a real right (...).“

¹²³¹ Siehe zur Relativität persönlicher Rechte allgemein van der Walt, TSAR 1986, S. 173 (175f.).

¹²³² So etwa Badenhorst/Coetser, De Jure 24 (1991), S. 375 (389): „At the end of the day the significance of registration of rights (...) should be weighed against the policy not to overburden land by proliferating the categories of real rights (...).“ In die gleiche Kerbe schlägt De Wet, THRHR 7 (1943), S. 187 (191), wenn er die rhetorische Frage stellt: „Is dit (...), goeie regspolitiek om terug te keer tot di tydperk van die feudalisme toe grond met allerlei soorte saaklike en persoonlike regte be-

higkeit einer Sache ist in einer kapitalistischen Gesellschaftsordnung wie der Südafrikas ein nicht zu unterschätzendes Gut.

Die übermäßige Belastung von Eigentum stellt zudem insbesondere im Post-Apartheid-Südafrika ein sensibles Thema dar. Bis 1991 war eines der wesentlichen Charaktermerkmale des südafrikanischen Grundstücksrechts, dass es auf einem durch Rassentrennung beherrschten System fußte.¹²³³ In dem Weißbuch zur Landreform aus dem Jahre 1991 hob die damalige Regierung den Zugang zu Landrechten als grundlegendes menschliches Bedürfnis hervor.¹²³⁴ Die politischen Ziele für die Anstoßung einer Landreform waren u.a. der Zugang zu Landrechten für die gesamte Bevölkerung sowie eine Aufwertung der Qualität und Sicherheit von Landrechten.¹²³⁵ Durch den *Abolition of Racially Based Land Measures Act*¹²³⁶ sowie den *Upgrading of Land Tenure Rights Act*¹²³⁷ wurden 1991 die meisten rassistisch geprägten Gesetze in Bezug auf Landrechte aufgehoben und eine Aufwertung der bis dahin minderwertigen Landrechte unterdrückter Bevölkerungsgruppen vorgenommen. Durch den *Restitution of Land Rights Act*¹²³⁸ wurde 1994 eine rechtliche Grundlage für die Rückgabe von Landrechten an zuvor infolge der rassistischen Gesetzgebung enteignete Personen geschaffen.¹²³⁹ Ein weiterer Meilenstein in der Entwicklung eines neuen Landrechts stellt die Eigentumsklausel (*property clause*) in sec. 25 der südafrikanischen Verfassung von 1996

las en geaffekteer is?" Der Schutz der Verkehrsfähigkeit ist in Italien der in Literatur und Rechtsprechung anerkannte Beweggrund für die Anerkennung eines (gesetzlich nur für Sicherungsrechte festgelegten) *numerus clausus* dinglicher Rechte (von Bar, *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, Rn. 61).

¹²³³ Siehe zur Entwicklung des diskriminierenden Systems im Bereich des Grundstückseigentums insbesondere Carey Miller/Pope, *Land Title*, S. 1-44. Zudem van der Walt, in: *Land Reform*, S. 21 (23f.): „*Apartheid legislation has all but destroyed the essential common law spirit of justice and equality that permeated the Roman-Dutch law of property. Race laws such as the Land Acts, the Group Areas Act and the Prevention of Illegal Squatting Act have provided the relevant authorities with the necessary power to enforce segregation, even if that resulted in substantial inequality and injustice. Court decisions of the last four decades provide ample evidence of the fact that justice and equality have been suspended as far as the application of these acts is concerned, for the sake of the 'colossal social experiment' called apartheid.*“ Zum gesetzlichen System der Apartheid siehe Preißler, *Landrechte*, S. 7 – 25.

¹²³⁴ White Paper on Land Reform B-91.

¹²³⁵ Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 588; Carey Miller/Pope, *Land Title*, S. 245f.; van der Walt, *CPC*, S. 150-152.

¹²³⁶ 108 aus 1991.

¹²³⁷ 112 aus 1991.

¹²³⁸ 22 aus 1994.

¹²³⁹ Siehe dazu umfassend Preißler, *Landrechte*, S. 81-90.

dar.¹²⁴⁰ Ziel dieser Eigentumsklausel ist es, einen schonenden Ausgleich zwischen existierenden Eigentumsrechten und der Förderung der Landreform im öffentlichen Interesse zu gewährleisten.¹²⁴¹ Dieser historische Hintergrund hat zu einem beinahe schon sentimentalsten Verhältnis der Südafrikaner zum Grundstückseigentum geführt. Die Geister der Vergangenheit sind in vielen Teilen der Gesellschaft noch immer nicht vertrieben und es liegt nahe, dass vor allem die Menschen, denen der Zugang zu Landeigentum über Jahrzehnte aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen Gruppe grundsätzlich verwehrt wurde, eben jenes Landeigentum als hohes Gut ansehen. Es ist ein Ausdruck von Freiheit, von Selbstbestimmtheit und von Emanzipation gegenüber der rassistisch diskriminierenden weißen Staatsmacht. Diese Beweggründe lassen den Schluss zu, dass einer sehr restriktiven Praxis bei der Anerkennung neuer dinglicher Rechte an Immobilien gefolgt werden muss, um das sakrosankte Eigentum zu schützen.¹²⁴² Auch der Zugang und somit wiederum die Verkehrsfähigkeit von Immobilien würden gestärkt, wenn die Anerkennung von neuen, eigentumsbelastenden dinglichen Rechten erschwert würde.

Im Widerspruch dazu steht die jüngere Spruchpraxis der höchsten südafrikanischen Gerichte.¹²⁴³ Man könnte zudem den gerade erläuterten historischen Kontext auch anders interpretieren. Nämlich, dass der Zugang zu Landrechten den Menschen nicht durch eine zu restriktive Praxis bei der Anerkennung neuer dinglicher Rechte verwehrt bleiben darf. Diese Auslegung würde zwar eher im Einklang mit der gerichtlichen Praxis stehen, liegt jedoch ansonsten fern. Sowohl bei der Landreform der 1990er Jahre als auch in der neuen südafrikanischen Verfassung stand der Eigentumsschutz an oberster Stel-

¹²⁴⁰ Siehe zu den Besonderheiten im Vergleich zur vormaligen *property clause* der Übergangsverfassung von 1993 du Plessis/Olivier, HRCLJSA 1-6 (1997), S. 11 (11-16) und in Bezug auf die Landreform van der Walt, CPC, S. 149-163.

¹²⁴¹ Van der Walt, CPC, S. 158; ders., CPL, S. 29, sowie für eine umfassende Herleitung des Zwecks von sec. 25 S. 29-56.

¹²⁴² Schon vor Ende der Apartheid schrieb Lewis kritisch zur Entwicklung der immer umfassenderen Belastung von Grundeigentum (ActJur 1985, S. 241 (259)): „Ownership becomes an empty form: for example, where property is completely mortgaged, although the owner remains the legal owner, the economic function of ownership is in the hands of the mortgagee. Thus the complementary legal institution assumes the real function of ownership. Therefore, although ownership remains, in legal terms, an institution of private law conferring total power over the thing owned, it has in fact become an institution of public law (...) and its main functions are exercised by complementary legal institutions arising out of the law of obligations.“

¹²⁴³ Siehe § 4B.II.2.d).

le und nicht etwa der generelle Schutz dinglicher Rechte.¹²⁴⁴ Für potenzielle Erwerber von Grundstückseigentum kommt es im Sinne der Verkehrsfähigkeit der Immobilie zudem primär darauf an, inwiefern das Eigentum durch beschränkt dingliche Rechte belastet ist.

Darüber hinaus muss sich in Erinnerung gerufen werden, dass die ohnehin anerkannten Landrechte hier nicht auf dem Spiel stehen, sondern lediglich die Herangehensweise für die Anerkennung neuer, bisher nicht aufgetretener dinglicher Rechte an Immobilien. Wenn also – wie vorliegend – eine restriktive Praxis bei der Anerkennung neuer dinglicher Rechte gefordert wird, so resultiert dies letztlich nicht in einer Reduzierung vorhandener dinglicher Rechte, sondern lediglich in einer weniger rasant fortschreitenden Vergrößerung des bereits bestehenden Katalogs. Als Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass im Lichte der historischen Bedeutung des Eigentums in Südafrika einiges dafür spricht, den Parteiwillen zugunsten der Verkehrsfähigkeit von Immobilien spürbar einzuschränken.

Darüber hinaus sprechen für eine Einschränkung des Parteiwillens die weitreichenden rechtlichen Konsequenzen, die aus der Zusprechung der Dinglichkeit folgen.¹²⁴⁵ Neben den Unterschieden beim Erwerb und den Rechtsbehelfen des Eigentümers ist es insbesondere für die Anwendung der *doctrine of notice* relevant, ob es sich bei dem in Frage stehenden Recht um ein persönliches oder dingliches Recht handelt.¹²⁴⁶ Dingliche Rechte wirken darüber hinaus absolut, können also gegenüber jedermann durchgesetzt werden. Es kann nicht der Anspruch einer Rechtsordnung sein, bestimmte Rechtsfolgen zwingend vorzugeben und die zugrunde liegende Frage nach der Einordnung der Rechte beinahe vollkommen in die Hand von privaten Individuen zu legen. In Abwesenheit eines *numerus clausus* dinglicher Rechte bedarf es klarer Regelungen, die die klassische Hierarchie zwischen dinglichen und persönlichen Rechten aufrechterhalten. Eng mit diesem Argument verwoben ist der Aspekt der Rechtssicherheit. Wenn zwei inhaltlich vollkommen gleichlautende Rechte je nach Parteiwillen entweder persönlichen oder dinglichen Charakter zugesprochen bekommen könnten, so würde vollkommene Unsicherheit herrschen und der Rechtsfrieden würde nachhaltig gestört. Allein aus diesem Grund bedarf es eines merklichen Korrektivs, welches den Parteiwillen einschränkt.

¹²⁴⁴ Aber auch neue beschränkt dingliche Rechte wurden durch die Landreform kreiert. Siehe dazu Badenhorst/Pienaar/Mostert, *Law of Property*, S. 663f.; van der Walt, *CPC* S. 159-161.

¹²⁴⁵ Siehe umfassend § 3.

¹²⁴⁶ Siehe § 3D.

Ein weiterer – nachgeordneter – Grund für eine restriktive Herangehensweise ist der Schutz des Grundbuchs. Die Möglichkeit, durch eine zu liberale Praxis die Entstehung neuer dinglicher Grundstücksrechte zu fördern, birgt freilich die Gefahr, dass auch die Qualität des Liegenschaftsregisters leidet. Die Fehleranfälligkeit ist nämlich dann am größten, wenn das Fehlerpotenzial ebenfalls hoch ist. Daneben ist es sicherlich auch der Übersichtlichkeit und Klarheit nicht zuträglich, wenn übermäßig viele Rechte registriert werden könnten. Es ist jedoch zu beachten, dass diese Argumente letztlich auf praktische Probleme hinweisen, die bei der Entscheidung, ob überhaupt ein dingliches Recht als solches anerkannt werden sollte, keine übergeordnete Rolle spielen dürfen.

Es mangelt folglich nicht an guten Gründen, den Parteiwillen einzuschränken.¹²⁴⁷ Insbesondere die Verkehrsfähigkeit und der überdurchschnittliche auch emotionale Wert, der dem Eigentum in Südafrika zukommt, veranlassen zu einer eher restriktiven Haltung bei der Anerkennung neuer Sachenrechte. Dass eine Beschränkung des Parteiwillens grundsätzlich vorgenommen werden muss, ist sowohl von südafrikanischen Gerichten als auch in der Literatur anerkannt. Die Gerichte folgen in jüngerer Vergangenheit jedoch einem liberaleren Ansatz bei der Anerkennung neuer dinglicher Rechte. Die oben aufgezeigten Referenzen für wenig eigentumsbelastende anerkannte dingliche Rechte schlagen in die gleiche Kerbe.¹²⁴⁸ Gleichwohl sprechen nach hier vertretener Ansicht die besseren Argumente dafür, klare Grenzen zu ziehen und tendenziell restriktiv vorzugehen. Auch 20 Jahre nach ihrer Einführung ist die Um- und Durchsetzung der Landreform sowie die damit verbundene Aufhebung und Wiedergutmachung des Unrechts der Apartheid noch nicht abgeschlossen. Eng damit verwoben ist der nachhaltige Schutz des Landeigentums. Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse wird die nachfolgende Theorie vertreten.

c) Theorie

Der hier vertretene allgemeine Ansatz zur Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien basiert auf dem Subtraktions-Test. Als ersten Schritt bedarf es somit eines dahingehenden Parteiwillens, dass ein auch Rechtsnachfolger bindendes Recht entstehen soll. Zweitens muss eine Beeinträchtigung des Eigen-

¹²⁴⁷ Die *doctrine of notice* gehört nach hier vertretener Ansicht jedoch nicht dazu, siehe § 3D.III.

¹²⁴⁸ Siehe § 5A.II.3.a).

tums vorliegen. Auf dieser Ebene ist jegliche Beeinträchtigung des (Grund-)Eigentums hinreichend. Darüber hinaus ist auf einer dritten Ebene zu fragen, ob die Beeinträchtigung des Eigentums eine solche Intensität aufweist, dass von einer *relevanten* Einschränkung der Befugnisse des Eigentümers gesprochen werden kann. Soweit ist die Vorgehensweise bekannt und entspricht im Wesentlichen der gerichtlichen Praxis.

Für die Frage danach, wann eine Beeinträchtigung eine *relevante* Einschränkung des Eigentums darstellt, werden nachfolgend Kategorien aufgestellt, die sich im Wesentlichen an Beispielen aus der Rechtsprechung orientieren.

Zunächst ist ein Recht dann dinglicher Natur, wenn eine Beeinträchtigung des Grundstücks im physischen Sinne über einen nicht ganz unerheblichen Zeitraum vorliegt.¹²⁴⁹ Wesensmerkmale dieser Kategorie sind, dass die Immobilie „sichtbar“ in ihrer physischen Gestalt betroffen ist und diese Beeinträchtigung nicht bloß vorübergehender Natur ist. Zweitens können solche Rechte als dingliche Rechte anerkannt werden, die von ihrer Eingriffsintensität mit einer dauerhaften Miete vergleichbar sind. Zwar gilt in Südafrika auch eine kurzfristige Miete als dingliches Recht, jedoch hat diese infolge der Regel *huur gaat voor koop* (Kauf bricht nicht Miete) eine Sonderstellung und taugt somit nicht als Gradmesser.¹²⁵⁰ Bei der dauerhaften Miete wird dem Eigentümer eine wesentliche Befugnis (zum Besitz – *ius possidendi*) für einen relevanten Zeitraum (mindestens zehn Jahre) entzogen. Entscheidend kommt es darauf an, dass dem Eigentümer eine *wesentliche* Befugnis *vollständig* und *dauerhaft* entzogen wird. Als dritte und letzte Kategorie dienen solche Rechte, die einen erheblichen wirtschaftlichen Wert aufweisen. Bei dieser letzten Kategorie kommt es auf den Zeitraum nicht zwingend an. Entscheidend ist vielmehr, dass durch die Verwertung des Rechts ein nicht unerheblicher wirtschaftlicher Nutzen generiert werden kann.¹²⁵¹ Der Wertzuweisung liegt ein gesellschaftlicher Konsens zugrunde, dass das infrage stehende Recht einen nicht unerheblichen Nutzen für dessen Inhaber darstellt und eine überdurchschnittlich hohe Schutzbedürftigkeit aufweist. Diese Umstände können als Anhaltspunkte für die Bestimmung der Dinglichkeit verwertet werden. Ziel dieser Kategorie ist es, vollkommen unbedeutende Rechte wie etwa kommerziell nicht verwertbare Namensrechte an Immobilien auszuschließen. Bei den drei dargestellten Kategorien kann es

¹²⁴⁹ Siehe z.B. Lorentz v Melle and others 1978 (3) SA (T) 1044 (1052) – § 4B.II.1.b).

¹²⁵⁰ Siehe dazu ausführlich § 5A.II.3.a).

¹²⁵¹ Die Grenze könnte etwa bei 1.000.000 ZAR (derz. ca. 69.350 Euro – Wechselkurs siehe Fn. 160) gesetzt werden.

durchaus sein, dass es Überschneidungen gibt und ein Recht in mehrere Kategorien fällt. So ist die dauerhafte Miete z.B. freilich ebenfalls eine Beeinträchtigung des Grundstücks im physischen Sinne. Eine vollkommene Trennschärfe kann nicht erreicht werden. Wichtig ist jedoch, dass alle potenziellen Rechte weitestgehend abgedeckt sind. Herrscht Unklarheit darüber, ob ein Recht unter eine Kategorie fällt, so können auch die den anderen Kategorien zugrunde liegenden Wertungsmaßstäbe als Auslegungshilfe herangezogen werden. Es soll insofern ein Gesamteindruck vermittelt werden, ohne dass es auf die konkrete Einordnung unter eine der genannten Kategorien zwingend ankommt.

Auf die Kategorisierung der Eingriffsintensität folgt sodann eine vierte Ebene. Diese Ebene wird lediglich dann relevant, wenn nach Ausschöpfung der vorherigen drei Ebenen keine eindeutige Lösung gefunden werden konnte. Kurz gesagt soll in diesem Fall im Zweifel kein dingliches Recht angenommen werden. Wenn die Argumente für und wider einer Einordnung als dingliches Recht sich gegenseitig also aufheben, so ist die Annahme eines persönlichen Rechts vorzuzugswürdig.

Durch die soeben dargestellte Methode kann es freilich weiterhin dazu kommen, dass (erhebliche) Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten. Allerdings werden auch Zweifelsfälle durch die vierte Ebene abgedeckt. Entgegen dem derzeitigen Trend vor südafrikanischen Gerichten sollte im Lichte der Verkehrsfähigkeit von Immobilien und des Schutzes von Eigentum einer tendenziell restriktiven Praxis für die Anerkennung dinglicher Rechte gefolgt werden. Dieser Wertentscheidung wird zum einen durch die auf der dritten Ebene genannten restriktiven Kategorien als auch durch die vierte Ebene Rechnung getragen. Zur Betonung der bisher so nicht formulierten vierten Ebene kann dieser Ansatz auch als „Vier-Ebenen-Theorie“ bezeichnet werden.

Zusammengefasst bedarf es nach der Beantwortung der Vorfrage im Falle bedingter Rechte für die Vier-Ebenen-Theorie eines dahingehenden Parteiwillens, dass auch Rechtsnachfolger verpflichtet werden sollen, sowie einer Subtraktion des Eigentums dergestalt, dass diese entweder eine dauerhafte Beeinträchtigung der Immobilie im physischen Sinne darstellt, mit der Eingriffsintensität einer dauerhaften Miete zu vergleichen ist oder der Eigentumsbeeinträchtigung ein relevanter wirtschaftlicher Gegenwert zukommt. Schließlich wird dem Recht in Zweifelsfällen lediglich persönlicher Charakter zugeordnet.

B. Praktische Anwendung

Die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien hat in Südafrika höchste praktische Relevanz, sodass die Praxistauglichkeit einen wesentlichen Faktor bei der Bewertung der Theorien ausmacht. Um den Kreis zu schließen, wird auch an dieser Stelle wieder Rekurs auf die bereits erörterten schwierigen Abgrenzungsfälle aus der Spruchpraxis höchster südafrikanischer Gerichte genommen.¹²⁵²

I. Theorie der intrinsischen Verbindung

Zunächst wird die Theorie der intrinsischen Verbindung auf den Fall *Ex parte Geldenhuys*¹²⁵³ angewendet.¹²⁵⁴ Eine der Bedingungen sah vor, dass der Nachkomme, auf dessen zugewiesenem Landstück sich der Bauernhof des Erblassers befindet, seinen Geschwistern jeweils eine einmalige Summe von £200 zahlen muss.¹²⁵⁵ Die Einstufung als dingliches Recht könnte hier bereits an der Vorfrage scheitern. Denn das Recht, von dem entsprechenden Nachkommen die Geldzahlungspflicht zu verlangen, ist aufschiebend zufällig dadurch bedingt, dass zunächst eine Parzellierung des zu vererbenden Grundstücks zu erfolgen hat und es weder in der Macht des Schuldners noch der Gläubiger steht, wem der Teil mit dem Bauernhof zugesprochen wird. Gleichwohl könnte hier die Ausnahme vorliegen, dass mit Sicherheit angenommen werden kann, dass die aufschiebend zufällige Bedingung zukünftig eintreten wird. Dies wäre dann der Fall, wenn es von vornherein festgestanden hätte, dass der nach Eintritt der Bedingung Verpflichtete zu irgendeinem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt dem Recht ausgesetzt sein wird. Jedoch stand es bei *Geldenhuys* gerade nicht fest, welcher der Erben letztlich verpflichtet wird, da die Parzellierung durch den überlebenden Ehepartner erfolgen sollte. Es handelt sich mithin um eine aufschiebend zufällige Bedingung, deren Eintritt weder der Schuldner noch die Gläubiger beeinflussen können. Insofern liegt nach Anwendung der Bedingungs-Vorfrage lediglich ein persönliches Recht vor.

Gleichwohl lohnt es sich zu Anschauungszwecken, den Test – hypothetisch – weiter anzuwenden. Sodann wäre zu fragen, ob die einmalige Geldzahlungspflicht dergestalt intrinsisch mit dem Eigentum an dem Grundstück verbunden ist, dass sie als Abgabe eines geldwerten

¹²⁵² Siehe § 3F sowie z.T. § 4B.II.

¹²⁵³ 1926 OPD 155.

¹²⁵⁴ Siehe § 3F.I.1 sowie § 4B.II.1.a).

¹²⁵⁵ Für Einzelheiten siehe § 3F.I.1.

Vorteils zu werten ist, der unmittelbar aus dem Eigentum resultiert. Die Pflicht zur Geldzahlung resultiert vorliegend aus dem Umstand, dass sich ein Bauernhaus auf dem Grundstück befindet. Der zugrundeliegende Gedanke ist zwar, dass der Bauernhof einen wirtschaftlichen Vorteil im Verhältnis zu den sonstigen Grundstücken, auf denen kein Bauernhof steht, darstellt. Allerdings folgt aus dem Eigentum an dem Bauernhof nicht automatisch ein geldwerter Vorteil für den Eigentümer. Zu denken wäre allenfalls an ersparte Kosten für den Bau eines solchen Hofes. Die gewählte Summe von £200 pro Person ist zudem willkürlich durch den Erblasser bestimmt und entbehrt jeder tatsächlichen Grundlage mit Bezug zu dem Grundstück oder dem Wert des Bauernhofes. Anders könnte der Fall etwa entschieden werden, wenn eine prozentuale Beteiligung an Ernteerträgen vereinbart worden wäre. Es bedarf stets eines konkreten Bezuges zu einem natürlich mit dem Eigentum verbundenen und tatsächlich gezogenen Vorteil. Mithin liegt nach der Theorie der intrinsischen Verbindung in diesem Fall aus mehreren Gründen kein dingliches Recht vor.¹²⁵⁶

In *Nel N.O. v Commissioner of Inland Revenue*¹²⁵⁷ ging es im Wesentlichen um die Einordnung einer monatlichen Zahlungspflicht von £20, die durch eine testamentarische Klausel an das Grundstückseigentum gekoppelt wurde.¹²⁵⁸ Auch hier ist keine intrinsische Verbindung mit einem unmittelbar an die Eigentümerstellung geknüpften geldwerten Vorteil auszumachen. Insofern liegt nach der Theorie der intrinsischen Verbindung auch in diesem Fall lediglich ein persönliches Recht vor.¹²⁵⁹

Beachtlich ist die Lösung für den Fall *Ex parte Pierce and others*,¹²⁶⁰ in dem die Registrierung einer testamentarischen Klausel begehrt wurde, die vorsah, dass für den Fall, dass auf einem Grundstück Bodenschätze gefunden werden, die sich daraus ergebenden Gewinne zu gleichen Teilen unter den Erben aufgeteilt werden sollen.¹²⁶¹ Hier liegt in Form der Gewinne aus der Verwertung der Bodenschätze grundsätzlich eine intrinsische Verbindung zu der Eigentümerstellung vor. Insofern wäre einem solchen Recht die Dinglichkeit zuzusprechen. Allerdings greift auch hier bereits die Bedingungs-Vorfrage. Das

¹²⁵⁶ So entschied i.E. auch die *Orange Free State Provincial Division* in *Ex parte Geldenhuys* a.a.O. S. 165.

¹²⁵⁷ 1960 (1) SA (A) 227.

¹²⁵⁸ Siehe § 3F.I.3.

¹²⁵⁹ Auch hier kam das Gericht zum gleichen Ergebnis – *Nel N.O. v Commissioner of Inland Revenue* 1960 (1) SA (A) 227 (234f.).

¹²⁶⁰ 1950 (3) SA (O) 628.

¹²⁶¹ Siehe § 3F.II.1.

Recht zur Geldzahlung ist wiederum aufschiebend zufällig dadurch bedingt, dass erst einmal Bodenschätze auf dem Grundstück gefunden werden müssen. Es ist jedoch möglich, dass es dazu niemals kommt. Insofern ist es auch unter Wertungsgesichtspunkten nachvollziehbar, vorliegend lediglich ein persönliches Recht anzunehmen.¹²⁶²

Der Fall *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds*¹²⁶³ handelte u.a. von einer Klausel, die den Eigentümer verpflichtete, ein Drittel der Einkünfte aus Mineralienrechten an einen Dritten abzuführen.¹²⁶⁴ Hier liegt ein unbedingtes Recht vor, welches an einen geldwerten Vorteil (aus den Mineralienrechten) anknüpft, der intrinsisch mit dem Eigentum an dem Grundstück verbunden ist. Die Einkünfte resultieren daraus, dass der Eigentümer das Grundstück in einer bestimmten Art und Weise nutzt (durch den Verkauf von Schürfungs- und Grabungsrechten) und dadurch einen tatsächlichen wirtschaftlichen Vorteil erzielt. Mithin läge hier nach der Theorie der intrinsischen Verbindung ein dingliches Recht vor.¹²⁶⁵

Die Anwendungsbeispiele belegen die Praxistauglichkeit der Theorie der intrinsischen Verbindung. Insbesondere durch die Implementierung der Vorfrage für bedingte Rechte können Wertungswidersprüche *a priori* vermieden werden. Bei den Fällen aus *Pierce* und *Pearly Beach* handelt es sich im Wesentlichen um gleichlautende Rechte, allerdings war das Recht bei *Pierce* aufschiebend zufällig bedingt. Diesen Umstand gänzlich außer Acht zu lassen und es dem unbedingten Recht aus *Pearly Beach* gleichzustellen, wäre nicht interessengerecht. Darüber hinaus wird durch die Theorie vermieden, dass beliebig Geldzahlungspflichten ohne konkreten Bezug zum Eigentum mit der Eigentümerstellung so verknüpft werden können, dass sie auch gegenüber Rechtsnachfolgern gelten. Das Eigentum und die Verkehrsfähigkeit der Immobilie werden durch die restriktive Vorgehensweise geschützt und es herrscht – verglichen mit der derzeitigen Lage – ein verhältnismäßig hohes Maß an Rechtssicherheit.

¹²⁶² Hier entschied das Gericht anders. Die zufällig aufschiebende Bedingung wurde in der Begründung jedoch nicht in Betracht gezogen – Ex parte *Pierce and others* 1950 (3) SA (O) 628 (631-636).

¹²⁶³ 1990 (4) SA (C) 614.

¹²⁶⁴ Siehe § 3F.II.3 sowie § 4B.II.1.d).

¹²⁶⁵ So hat auch das Gericht entschieden – *Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds* 1990 (4) SA (C) 614 (617).

II. Vier-Ebenen-Theorie

Der Fall *Cape Explosive Works Ltd. and another v Denel (Pty.) Ltd. and another*¹²⁶⁶ handelte von zwei Bedingungen, nach denen das Eigentum erstens nur für bestimmte Zwecke genutzt werden durfte und zweitens dem Verkäufer ein Rückkaufsrecht zustand, sofern die erste Bedingung nicht eingehalten wurde.¹²⁶⁷ Zunächst ist die Nutzungsbeschränkung zu analysieren. Diese ist nicht bedingt und passiert somit die Vorfrage. Ein dahingehender Parteiwille, dass auch Rechtsnachfolger gebunden sein sollen, wird unterstellt.¹²⁶⁸ Ferner stellt die Nutzungsbeschränkung eine Subtraktion vom Eigentum dergestalt dar, dass das Recht zur Nutzung (*ius utendi*) auf eine bestimmte Art und Weise (im Fall auf Zwecke der Rüstungsindustrie) eingeschränkt wird. Sodann müsste diese Einschränkung auf dritter Ebene eine dauerhafte Beeinträchtigung der Immobilie im physischen Sinne darstellen, mit der Eingriffsintensität einer dauerhaften Miete zu vergleichen sein oder dem Eigentumseingriff müsste ein relevanter wirtschaftlicher Gegenwert zukommen. Zunächst stellt die Vorgabe einer bestimmten Nutzung bereits eine Beeinträchtigung im physischen Sinne dar. Eine deutlichere physische Beeinträchtigung als die Beschränkung der Nutzung ist kaum denkbar. Darüber hinaus kann die Beschränkung auch mit der Eingriffsintensität einer dauerhaften Miete verglichen werden. Die Nutzungsbeschränkung gilt unbefristet und unbedingt und nimmt dem Eigentümer eines seiner wesentlichen Befugnisse, nämlich das Recht, über die Nutzung der Sache frei zu entscheiden. Es besteht somit kein Zweifel daran, dass es sich bei der Nutzungsbeschränkung um eine relevante Einschränkung des Eigentums handelt. Mithin kommt es auf die vierte Ebene nicht mehr an und es liegt nach der Vier-Ebenen-Theorie ein dingliches Recht vor.

Etwas brisanter gestaltet sich die Prüfung des Rückkaufsrechts, welches erst in dem Zeitpunkt entsteht, in dem die vorgegebene Nutzungsbeschränkung nicht mehr eingehalten wird. Es liegt folglich eine aufschiebend prekäre Bedingung vor, da der Schuldner – sprich der Eigentümer des Grundstücks – es in der eigenen Hand hat, die Nutzungsbeschränkung einzuhalten. Somit scheitert die Einordnung als dingliches Recht bereits an der Vorfrage und es liegt lediglich ein persönliches Recht vor. Dies ist auch insofern interessengerecht, als die Rechtsposition des potenziellen Rückkaufsrechtsinhabers nicht so gesichert ist, dass ihr zwingend dinglicher Charakter zukommen müs-

¹²⁶⁶ 2001 (3) SA (SCA) 569

¹²⁶⁷ Siehe § 3F.III.1 sowie § 4B.II.2.a).

¹²⁶⁸ Im Originalfall wurde die Bindung der Rechtsnachfolger explizit in der Übertragungsurkunde vermerkt – a.a.O. S. 573 und § 3F.III.1.

ste. Denn es besteht die Möglichkeit, dass die Bedingung erst in nicht absehbarer Zukunft oder gar nicht eintritt und darüber hinaus liegt der Eintritt in den Händen des Verpflichteten.¹²⁶⁹

Es lohnt sich jedoch, den bedingten Charakter des Rückkaufsrechts einmal auszublenden. Was bleibt, ist ein gewöhnliches Rückkaufsrecht zugunsten des Verkäufers. Die Hürde der Vorfrage wird in diesem Fall mangels Bedingung genommen. Eine Subtraktion vom Eigentum kann insoweit angenommen werden, als das freie Verfügungsrecht (*ius disponendi*) zumindest in Teilen eingeschränkt wird. Es stellt sich jedoch die Frage, ob dieser Einschränkung (im Rahmen der dritten Ebene) ein solches Gewicht zukommt, dass von einem dinglichen Recht die Rede sein kann, welches den Schutz des Grundbuchs verdient.¹²⁷⁰ Eine dauerhafte Beeinträchtigung des Grundstücks im physischen Sinne liegt nicht vor. Nicht von der Hand zu weisen ist, dass dem Rückkaufsrecht ein gewisser wirtschaftlicher Wert zukommt. Dieser ist jedoch konkret nicht zu beziffern, sodass eine Einordnung über dieses Kriterium zumindest vage ist. Bei der dauerhaften Miete handelt es sich um eine unmittelbare, langfristige und intensive Beeinträchtigung des Besitzrechts des Eigentümers. Das Rückkaufsrecht – angenommen, dass das Rückkaufs- auch gleichzeitig ein Vorkaufsrecht darstellt – schränkt das Recht zur freien Veräußerung des Eigentümers ebenfalls intensiv ein und es kann darüber nachgedacht werden, hier eine *relevante* Beeinträchtigung des Eigentums anzunehmen. Dies gilt zumindest für den – eher unrealistischen – Fall, dass es jederzeit ausgeübt werden kann und somit wie ein Damoklesschwert über dem Eigentum schwebt. Kommt es jedoch erst dann zur Geltung, wenn ein Dritter Ambitionen hinsichtlich des Eigentumserwerbs anmeldet, so liegt wiederum eine aufschiebend zufällige Bedingung vor und die Dinglichkeit müsste bereits im Rahmen der Vorfrage abgelehnt werden. Vorstellbar ist darüber hinaus eine Vereinbarung, die es dem Verkäufer ermöglicht, nach einem bestimmten Zeitraum (etwa zwei oder drei Jahren) das Rückkaufsrecht geltend zu machen. Hier läge sodann eine aufschiebend potestative Bedingung vor. In diesem Fall kann jedoch keine Rede davon sein,

¹²⁶⁹ Der SCA entschied diesen Fall anders. Es wurde gesagt, dass die Nutzungsbeschränkung und das Rückkaufsrecht nicht unabhängig und isoliert voneinander betrachtet werden könnten und das einheitliche Recht nach dem Willen der Parteien gegenüber dem Käufer und seinen Rechtsnachfolgern bindend sei und darüber hinaus eine Beeinträchtigung des Eigentums darstelle – a.a.O. S. 579. Es ist jedoch durchaus vorstellbar, dass der SCA bei einer isolierten Betrachtung des Rückkaufsrechts anders entschieden hätte.

¹²⁷⁰ Siehe zu dieser Frage im europäischen Recht von Bar, Gemeineuropäisches Sachenrecht, Rn. 470f.

dass eine ähnlich intensive Beeinträchtigung des Eigentums wie bei der dauerhaften Miete besteht, denn es steht – im Gegensatz zur Miete – noch nicht fest, ob überhaupt eine Beeinträchtigung vorliegen wird. Dies entscheidet sich erst dann, wenn der Verkäufer nach Ablauf des Zeitraums zur Entscheidung über sein Rückkaufsrecht gezwungen ist.

Genau für solche Grenzfälle wurde die vierte Ebene eingeführt. Auf der Basis einer grundlegenden Wertentscheidung ist demnach im Zweifel von der Zusprechung der Dinglichkeit abzusehen. Letztlich hängt die Einordnung eines Rückkaufsrechts somit vom Einzelfall ab.

Mit einem etwas anders gelagerten Problem hatte es die *Eastern Cape Division in Fine Wool Products of South Africa v Director of Valuations*¹²⁷¹ zu tun. Hier wurde eine Bedingung in der Übertragungsurkunde vereinbart, die dem neuen Eigentümer für den Fall, dass er die Immobilie an einen Dritten aus einem bestimmten Personenkreis weiterveräußern sollte, die Höhe des Weiterverkaufspreises vorschreibt.¹²⁷² Es geht also um ein Recht des Verkäufers, von dem Käufer zu fordern, dass dieser für die Immobilie im Falle eines Weiterverkaufs nur einen bestimmten Betrag erhält. Auch hier liegt eine aufschiebend prekäre Bedingung vor, da es in der Hand des Käufers und damit des Schuldners liegt, ob die Immobilie überhaupt an eine Person aus dem vorgegebenen Kreis veräußert wird. Insofern ist nach Stellen der Vorfrage bereits zu konstatieren, dass es sich lediglich um ein persönliches Recht handelt.¹²⁷³ Auch wenn sich die Beschränkung des Weiterverkaufs auf Veräußerungen an jegliche Dritte beziehen würde, so läge weiterhin eine aufschiebend prekäre Bedingung vor, da es unverändert in der Hand des Schuldners läge, einen Weiterverkauf vorzunehmen. Auch bei Ausblendung der Vorfrage kann in diesem Fall keine Rede davon sein, dass unter Zugrundelegung der genannten Kategorien eine *relevante* Beeinträchtigung des Eigentums vorliegt.

Der SCA hatte in *National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firststrand Bank Ltd*¹²⁷⁴ über die Einordnung eines Namensgebungsrechts an einem Fußballstadion zu entscheiden. Eine Bedingung lag nicht vor und ein Parteiwille zur Schaffung eines dinglichen Rechts wird unterstellt. Eine Subtraktion vom Eigentum liegt zu-

¹²⁷¹ 1950 (4) SA (E) 490.

¹²⁷² Siehe § 3F.III.2.

¹²⁷³ Das Gericht entschied i.E. genauso und auch die Argumentation weist einige Parallelen zu der hiesigen auf (a.a.O. S. 509): „The restrictive condition is purely a personal one dealing with events that may never occur, and a desire of the appellant that may never come into existence and cannot ‘affect the land’.”

¹²⁷⁴ 2011 (2) SA (SCA) 157.

nächst unproblematisch vor – normalerweise steht es dem Eigentümer zu, die Sache zu benennen. Eine Beeinträchtigung der Immobilie im physischen Sinne oder eine vergleichbar intensive Beeinträchtigung wie bei der dauerhaften Miete ist hingegen nicht feststellbar. Jedoch hat das Namensgebungsrecht bei einem Fußballstadion einen außerordentlich hohen wirtschaftlichen Wert, sodass der dingliche Charakter über dieses Kriterium zugeordnet werden kann.¹²⁷⁵

In *Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others*¹²⁷⁶ hatte der SCA eine Klausel zu bewerten, die es einer Hauseigentümergeinschaft erlaubte, einem Eigentümer die Ausstellung einer für die Veräußerung des Grundstücks notwendigen Unbedenklichkeitsbescheinigung so lange zu verweigern, bis dieser alle Schulden gegenüber der Gemeinschaft beglichen hat. Hier lag insofern eine auflösende prekäre Bedingung und somit kein dingliches Recht vor, als es dem Eigentümer selbst oblag, die anfallenden Verbindlichkeiten gegenüber der Gemeinschaft zu begleichen. Der Schuldner hatte es foglich in seinen eigenen Händen, das ihn belastende Recht zum Erlöschen zu bringen. Es ist somit unter Wertungsgesichtspunkten durchaus nachvollziehbar, dem Recht lediglich persönlichen Charakter zuzusprechen. Auch unabhängig von der Bedingung wiegt die hier zweifelsfrei vorliegende Beeinträchtigung des Verfügungsrechts des Eigentümers nicht so schwer wie etwa die dauerhafte Entziehung des Besitzrechts bei der langfristigen Miete. Insofern wäre auch ohne die Bedingung kein dingliches Recht anzunehmen.¹²⁷⁷

Die vorgenannten Beispiele verdeutlichen, dass insbesondere die Bedingungs-Vorfrage in zahlreichen Situationen Rechtssicherheit stiftet. Aber auch die Einordnungskriterien für die Bestimmung, wann eine relevante Beeinträchtigung des Eigentums vorliegt sowie die Wertentscheidung auf der vierten Ebene würden bei konsequenter Anwendung ein hohes Maß an Homogenität in der Spruchpraxis herbeiführen.¹²⁷⁸

¹²⁷⁵ Das Gericht entschied sich i.E. genauso – a.a.O. S. 167 und § 4B.II.2.b).

¹²⁷⁶ (2015) 1 All SA (SCA) 562.

¹²⁷⁷ Das Gericht entschied in diesem Fall anders – a.a.O. para. 22. Allerdings entschied der vorinstanzliche *High Court* anders und somit in Einklang mit dem vorliegend erzielten Ergebnis – a.a.O. para. 11. Siehe auch § 4B.II.2.c).

¹²⁷⁸ Eine weitere interessante Frage wäre, ob auch der Besitz anhand der neu entwickelten Theorien eingeordnet werden kann (siehe dazu allgemein § 2F). Allerdings muss dies verneint werden. Die Theorien sind darauf ausgelegt, beschränkt dingliche Rechte mit einer grundsätzlichen Ähnlichkeit zu Dienstbarkeiten zu identifizieren und der Besitz kann nicht pauschal unter diese Kategorie gefasst werden. Die äußerst komplexe Frage danach, wie der Besitz nach südafrikanischer

C. Fazit

Sowohl die Theorie der intrinsischen Verbindung als auch die Vier-Ebenen-Theorie stellen praxistaugliche Herangehensweisen für die Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Recht an Immobilien in Südafrika dar. Im Zuge der Herleitung geeigneter Theorien müssen grundlegende Wertentscheidungen getroffen werden, um eine klare Linie herauszubilden und so Rechtssicherheit zu stiften. Im Lichte der südafrikanischen Geschichte des 20. Jahrhunderts sowie der heutigen Post-Apartheid-Gesellschaft wird vorliegend der Ansatz vertreten, dass bei der Anerkennung neuer beschränkt dinglicher Rechte eine restriktive Vorgehensweise angezeigt ist. Dadurch werden der Abgrenzung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten deutlichere Konturen verliehen und die Verkehrsfähigkeit von Immobilien wird gestärkt.

Freilich sind auch die vorgestellten Lösungsansätze nicht in der Lage, in jeder denkbaren Situation eine absolut trennscharfe Einordnung von Rechten vorzunehmen. Sie sind im Wesentlichen aus etablierten Ansätzen wie dem Subtraktions-Test und den Bedingungs-Theorien abgeleitet und importieren somit auch die dort jeweils festgestellten Unzulänglichkeiten. Für die sonstigen Rechte wurde diesem Umstand insofern in Form der vierten Ebene Rechnung getragen, als auch bei Grenzfällen eine Entscheidungshilfe an die Hand gegeben wird. Doch eine Theorie, die – außerhalb eines (nicht wünschenswerten)¹²⁷⁹ gesetzlich vorgegebenen *numerus clausus* – für jeden Einzelfall eine eindeutige Lösung für die Frage nach der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien hervorbringt, käme nach hier vertretener Ansicht einer Quadratur des Kreises nahe und ist als solche reine Utopie.

schem Recht einzuordnen ist, bedürfte einer umfassenden Auseinandersetzung, die ohne Weiteres den Rahmen einer eigenen Dissertation füllen würde.

¹²⁷⁹ Siehe § 4A.IV.3.b).

§ 6 Resümee

Die Abwesenheit eines *numerus clausus*, die allgemein gehaltenen Vorschriften zur Registrierung von Landrechten im Liegenschaftsregister sowie eine liberale Haltung höchster Gerichte sind der Nährboden für eine stetig wachsende Zahl neuer dinglicher Rechte an Immobilien in Südafrika. Das mit dem Thema dieser Dissertation beschriebene Problem wird somit ohne Zweifel auch in Zukunft Gegenstand des juristischen Diskurses bleiben. Es ist in absehbarer Zeit nicht zu erwarten, dass sich der Gesetzgeber auf diesem Gebiet zu Wort meldet. Andere Themen beherrschen gegenwärtig die politische Agenda. Ebenso wenig ist erkennbar, dass ein Geistesblitz aus der Literatur jegliche Zweifel begraben wird. Diese Aussichten geben den südafrikanischen Gerichten und insbesondere dem *Supreme Court of Appeal* als höchste Instanz ein ungeheures Maß an Gestaltungsmacht. Es hängt letztlich an der rechtlichen Einschätzung der Richter, ob neue Kategorien dinglicher Rechte entstehen. Um sich dieser Macht nicht selbst zu berauben und sie gar noch zu verfestigen, fallen die Urteilsbegründungen insbesondere in den jüngsten Entscheidungen zunehmend vage aus. Zwar werden anerkannte Grundsätze und Theorien weiterhin rezipiert, doch verkommen diese mehr und mehr zur Leerformel. Der oft zu lesende Hinweis darauf, dass es eben Interpretationssache sei, in welchen Fällen ein dingliches Recht vorliege, bestätigt diese Annahme. Es kann nur gemutmaßt werden, ob diese Herangehensweise tatsächlich Ausdruck des eigenen Geltungsbedürfnisses der Gerichte ist oder ein stiller Appell in Richtung der Legislative. Die zunehmend liberale Haltung ist in jedem Fall augenfällig.

Kritisieren ist jedoch leicht, besser machen hingegen schwer. Die vorgeschlagenen Lösungsansätze sind im Wesentlichen eine Kombination und Konzentrierung bestehender Theorien und unternehmen so den Versuch, die Zahl der nicht eindeutig definierbaren Abgrenzungsfälle auf ein Minimum zu reduzieren. Dies soll weniger als Diskussionsbeitrag für die südafrikanische Rechtswissenschaft, sondern vielmehr als Überlegung aus Sicht eines deutschen Juristen mit freilich stark abweichendem Rechts- und Begriffsverständnis wahrgenommen werden. Es ist zudem beachtlich, welche Entwicklung die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten in Südafrika genommen hat. Ausgehend von den hergebrachten Theorien, welche dingliche Rechte lediglich anhand ihres Gegenstands bzw. des Personenkreises, gegenüber dem sie durchsetzbar sind, bestimmten, hat sich ein anspruchsvoller und differenzierter Ansatz entwickelt. *Van der Walt* stellte insofern bereits vor 25 Jahren vollkommen zu Recht fest, dass die „*notwendige Terminologie und das theo-*

retische Material für eine sinnvolle und nachvollziehbare Anwendung der Unterscheidung“ bereits existiert.¹²⁸⁰

Durch die Neukonzipierung von Landrechten im Zuge der durch das Ende der Apartheid notwendig gewordenen sog. Landreform ist ein weiteres Element in die Diskussion eingeflossen. Welche sozialen und sonstigen gesellschaftlichen Pflichten lassen sich für das Eigentum aus dieser Entwicklung ableiten? Und welche Auswirkung hat der vormals ungleiche Zugang zu Landrechten auf die Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten? Diesen Fragen musste sich unweigerlich gestellt werden und eine abschließende Klärung steht weiterhin aus.¹²⁸¹ Der Gedanke, dass die Kreierung neuer Grundstücksrechte in diesem Zusammenhang zumindest nicht unnötig erschwert werden sollte, ist nicht von der Hand zu weisen. Sei es als allgemeine Wiedergutmachung früheren Unrechts (sog. *affirmative action*) oder zur wirtschaftlichen Stärkung der dunkelhäutigen Mehrheit (sog. *Black Economic Empowerment*). Auf der anderen Seite darf die Verkehrsfähigkeit von Immobilien nicht übermäßig beeinträchtigt werden. Denn gerade der Schutz des Grundeigentums ist eines der Wesensmerkmale der Landreform.

Das Sachenrecht führt in Südafrika alles andere als ein Schattendasein. Insbesondere im Lichte der bewegten Vergangenheit der Republik sind die Probleme mannigfach und die Veröffentlichungen auf diesem Gebiet zahlreich.¹²⁸² Als Hort sachenrechtlicher Forschung ist

¹²⁸⁰ THRHR 55 (1992), S. 170 (201): „The necessary terminological and theoretical material for a sensible and understandable application of this distinction does exist“ – Eigene Übers.

¹²⁸¹ Van der Merwe schreibt insofern (in: Introduction to the Law of South Africa): „The advent of the new constitutional order in South Africa coupled with new land reform policies underscore the dichotomy between individual security and freedom reflected by traditional property concepts on the one hand and the obligatory social and public function of property on the other. The harmonious resolution of this dichotomy is still being worked out in South Africa.“ In etwa in die gleiche Kerbe schlagen Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property, S. 4: „Recent developments in South African law support the idea of a functionalisation or socialisation of property, in terms of which property law is not regarded as autonomous or existing apart and independent from society, but rather is considered against the background of its social functions. The ever-proliferating range of restrictions on property results in a continuous redefinition of the idea and functions of property, thus contributing to the emergence of a new property-law framework and the broadening of the source base of the law of property. In this context, the constitutional property clause (...) must receive specific attention (...).“

¹²⁸² Allein der größte südafrikanische Verlag für rechtswissenschaftliche Literatur JUTA hat derzeit 30 Bände zum Sachenrecht (sowohl privat- als auch öffentlich-rechtlicher Natur) in seiner *Property Law Library*.

dabei sicherlich der *South African Research Chair in Property Law* an der Universität Stellenbosch hervorzuheben. Die Entwicklung wird somit weitergehen und es bleibt spannend zu beobachten, welche Schlüsse sowohl die südafrikanischen Gerichte als auch die Forschung in Zukunft hinsichtlich der Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten an Immobilien ziehen werden.

§ 7 English Summary

The South African legal system does not recognise a *numerus clausus* of real rights. Besides the general necessity to allocate rights either to the law of obligations or the law of property, the deeds registration system only allows for real rights in land to enjoy the protection of the South African land register. This raises the question of how real rights in land can be distinguished from personal rights. The main focus hereby lies on limited real rights (especially personal or praedial servitudes) and personal rights of a similar nature.

The significance of the distinction is based on a multitude of reasons. To begin with, one of the mandatory components of the derivative acquisition of real rights in land is the registration of such rights in the deeds registry. Personal rights, on the other hand, can be transferred through a simple contract that does not require any publicity components. Furthermore, real rights are potentially enforceable against the whole world (*erga omnes*), whereas personal rights can only be invoked towards a specific person or group of persons (*inter partes*).

The so-called doctrine of notice, which in case of conflicting personal rights protects the earlier acquired right even if the later right has already been registered, blurs the distinction between real and personal rights to a certain extent, but does not render it altogether obsolete. Neither does the fact that there are exceptions to the rule that personal rights may not be registered in the deeds registry.

Numerous theories and approaches have emerged over time to offer guidance for the problem in question. The classical theory aims to distinguish real rights from personal rights by pointing out that the object of real rights is a thing, whereas personal rights entitle a party to claim a performance. The main criticism towards this theory is that real rights cannot be defined without reference to their third-party effect.

The personalist theory describes real rights by referring to the potentially infinite number of persons against which they are enforceable, while personal rights have a specific counterpart. Here the main criticism centres on the fact that personal rights in certain instances have a third-party effect themselves, e.g. when it comes to an inducement to breach of contract, which triggers a delictual remedy under South African law.

The theory of subjective rights aims to separate the question of registrability from the nature of the right and thus does nothing more than relocate the problem to a different question. The prototype approach seeks to discern real rights by setting up a checklist of typical charac-

teristics. These characteristics, however, do not allow for the initial identification of real rights, but only describe certain attributes that recognised real rights exhibit.

Another approach that focuses on contingent rights is the contingency test. It categorises conditions into precarious, potestative and casual conditions precedent and subsequent. According to this theory, only potestative conditions as well as casual conditions subsequent allow for the underlying right to be real in nature. An exception is made in case of casual conditions precedent, if it can be ensured that the uncertain event will definitely occur in the foreseeable future (e.g. the death of a testator). This concept allows a clear-cut classification of contingent rights. Nevertheless, an insecurity remains when the right is not contingent or if the nature of the underlying right was uncertain.

South African courts apply the so-called subtraction from the dominium test in order to distinguish real from personal rights. Pursuant to this approach, a right has to be carved out from the owner's full ownership right and restrict the exercise of this particular right of ownership in respect of immovable property in order to be considered real. The degree of deprivation is decisive for establishing if there has been a relevant subtraction from the dominium. Another aspect that has to be shown is the parties' intention to not only bind the current but also subsequent owners of the immovable property. The key issue with the subtraction test is that any right that relates to immovable property can cause a small dent in the right of ownership and there are no specific means to determine where the dividing line should be drawn. It thus fails to produce satisfactory results in borderline cases.

As an own approach, it is suggested that two separate tests shall be applicable when distinguishing between real and personal rights. Both tests are preceded by a preliminary question for cases of contingent rights that is inspired by the contingency test. If the right in question is contingent, the underlying right only carries the potential to be real in nature if the attached condition constitutes a potestative condition or a casual condition subsequent. An exception is made for casual conditions precedent, if it can be ensured that the condition is triggered in the foreseeable future (e.g. the death of a testator). Any other contingent right can only be a personal right.

Subsequent to the preliminary question, the two separate tests focus on the right itself. The first tests applies to cases where the payment of money is attached to the right of ownership. If this obligation to pay shows an intrinsic connection to the right of ownership, it is considered to bind not only the current but also subsequent owners and is therefore real in nature. This intrinsic connection can only be estab-

lished if the obligation is bound to a profit that is inherent to the right of ownership. Examples are profits generated through leases or mineral rights.

The second test covers all remaining rights and consists of a four-tier scrutiny that is derived from the subtraction from the dominium test. Firstly, the parties' intention to bind the current as well as subsequent owners is needed. Secondly, a subtraction from the dominium has to be established. Within this second tier, any deprivation of ownership is sufficient. Thirdly, a sufficient degree of impairment must be ascertained through three distinct categories. The right in question needs to either be comparable to a long-term lease (i.e. permanent, complete deprivation of an essential ownership right); or it has to curtail the enjoyment of land in a physical sense; or it must have a significant monetary value. In order to be considered real in nature, a right does not necessary have to fall under one or more of these categories, but at least be comparable to the degree of deprivation of ownership that they portray. Fourthly, if the nature of the right remains doubtful after applying the preliminary question as well as the first three tiers, it should only be considered a personal right and not qualify for registration in the deeds registry.

Literaturverzeichnis

- Aquilius* Immorality and illegality in contract, in: South African Law Journal, Bd. 58 (1941), S. 337 - 353.
- Badenhorst, P. J.* Erroneous omission of real rights from subsequent title deeds – Cape Explosive Works Ltd; AECI Ltd v Denel (Pty) Ltd; Armaments Corporation of SA Ltd and the Registrar of Deeds, Cape Town (SCA), in: Obiter, Bd. 22 (2001), S. 190 - 199.
- Ders.* Registration of rights in the deeds office, in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 63 (2000), S. 499 - 509.
- Badenhorst, P. J./
Coetser, P. P. J.* Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds 1990 4 SA 614 (C) – The subtraction from the dominium test revisited, in: De Jure, Bd. 24 (1991), S. 375 - 389.
- Badenhorst, P. J./
Pienaar, Juanita M./
Mostert, Hanri* Silberberg and Shoeman's The Law of Property, 5. Aufl., Durban 2006, zitiert als: Badenhorst/Pienaar/Mostert, Law of Property.
- Bar, Christian von* Die Entwicklung des südafrikanischen Zivilrechts dargestellt an Fragen des Haftungsrechts, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Bd. 42 (1978), S. 87 - 115.
- Ders.* Gemeineuropäisches Sachenrecht – Bd. 1 (Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte), München 2015, zitiert als: von Bar, Gemeineuropäisches Sachenrecht.
- Beinart, B.* Fideicommissum and modus, in: Acta Juridica 1968, S. 157 - 219.
- Ders.* Roman Law in a modern uncoded romanistic legal system, in: Acta Juridica 1971, S. 131 - 142.

- Ders.* The English legal contribution in South Africa: The interaction of Civil and Common Law, in: *Acta Juridica* 1981, S. 7 - 63.
- Ders.* Trusts in Roman and Roman-Dutch Law, in: *The Journal of Legal History*, Bd. 1 (1980), S. 6 - 64.
- Bennett, T. W.* African Land – A history of dispossession, in: Reinhard Zimmermann/ Daniel Visser (Hrsg.), *Southern Cross – Civil Law and Common Law in South Africa*, S. 65 - 94, Oxford 1996, zitiert als: Bennett, in: *Southern Cross*.
- Bilger, Harald R.* Südafrika in Geschichte und Gegenwart, Konstanz 1976, zitiert als: Bilger, Südafrika.
- Birks, Peter/ McLeod, Grant (Übers.)* Justinian's Institutes – Introduction and translation with the Latin text of Paul Krueger, Ithaca (New York) 1987, zitiert als: Birks/McLeod, Justinian's Institutes.
- Blackstone, William* Commentaries on the Laws of England – Book the Second, 16. Auflage, London 1825, zitiert als: Blackstone, Commentaries (Vol. 2).
- Blecher, M. D.* Negligence, estoppel and the rei vindicatio, in: *South African Law Journal*, Bd. 94 (1977), S. 1 - 5.
- Ders.* The owner's actions against persons who fraudulently ceased to possess his res (qui dolo desierunt possidere), in: *South African Law Journal*, Bd. 95 (1978), S. 341 - 361.
- Bobbert, M. C. J.* Klerck NO v Van Zyl and Maritz NNO, in: *Conveyancing Bulletin*, Bd. 4 (1990), S. 5 - 6.
- Ders.* Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds 1990 4 SA 614 (C), in: *Conveyancing Bulletin*, Bd. 5 (1991), S. 6 - 8.

- Bodenstein, H. D. J.* English influences on the Common Law of South Africa, in: South African Law Journal, Bd. 32 (1915), S. 337 - 358.
- Boggenpoel, Zsa-Zsa/
Pienaar, Juanita* The continued relevance of the *mandament van spolie*: recent developments relating to dispossession and eviction, in: De Jure, Bd. 46 (2013), S. 998 - 1021.
- Boraine, André* Probleme rakende die Registreerbaarheid van Regte, Johannesburg 1987, zugl. Univ.-Diss. Johannesburg 1987, zitiert als: Boraine, Registreerbaarheid van Regte.
- Botha, Albert* Die Bestaansreg van 'n Verjaringstydperk vir Persoonlike Serwitute ten gunste van Regspersone in die Suid-Afrikaanse Reg, in: De Jure, Bd. 28 (1995), S. 201 - 203.
- Botha, Colin Graham* The Collected Works of C. Graham Botha in three Volumes, Vol. 2: History of Law, Medicine and Place Names in the Cape of Good Hope, Kapstadt 1962, zitiert als: Botha, History of Law.
- Bradbrook, Adrian J./
Neave, Marcia A.* Easements and Restrictive Covenants in Australia, Sydney (u.a.) 1981, zitiert als: Bradbrook/Neave, Easements and Restrictive Covenants.
- Burchell, E. M.* Successive sales, in: South African Law Journal, Bd. 91 (1974), S. 40 - 46.
- Butler, D. W.* Time-Shares conferring ownership, in: Acta Juridica 1985, S. 315 - 332.
- Cameron, Edwin/de
Waal, Marius/
Wunsh, Basil/ Solomon, Peter/ Kahn,
Ellison* Honoré's South African Law of Trusts, 5. Aufl., Kapstadt 2002, zitiert als: Cameron (u.a.), Honoré's Law of Trusts.

- Carey Miller, David L.* Fixtures and Auxiliary Items: Are recent decisions blurring Real and Personal Rights?, in: South African Law Journal, Bd. 101 (1984), S. 205 - 211.
- Ders.* The Acquisition and Protection of Ownership, Kapstadt/Wetton/Johannesburg 1986, zitiert als: Carey Miller, Ownership.
- Ders.* Transfer of Ownership, in: Reinhard Zimmermann/ Daniel Visser (Hrsg.), Southern Cross – Civil Law and Common Law in South Africa, S. 727 - 758, Oxford 1996, zitiert als: Carey Miller, in: Southern Cross.
- Carey Miller, David L./ Pope, Anne* Land Title in South Africa, Kapstadt 2000, zitiert als: Carey Miller/Pope, Land Title.
- Chanock, Martin* The Making of South African Legal Culture 1902 - 1936: Fear, Favour and Prejudice, Cambridge 2001, zitiert als: Chanock, Legal Culture.
- Christie, R. H./ McFarlane, Victoria* The Law of Contract in South Africa, 5. Aufl. (1. Neudruck), Durban 2007, zitiert als: Christie/McFarlane, Law of Contract.
- Cooke, Elizabeth* The New Law of Land Registration, Oxford/Portland 2003, zitiert als: Cooke, Land Registration.
- Cooper, W. E.* Landlord and Tenant, 2. Aufl., Kapstadt 1994, zitiert als: Cooper, Landlord and Tenant.
- Cowen, Dennis V.* From Sectional to Airspace Title, in: Acta Juridica 1985, S. 333 - 347.
- Ders.* The History of the Faculty of Law in the University of Cape Town, in: Acta Juridica 1959, S. 1 - 19.

- Ders.* The South African Sectional Titles Act in historical perspective: an analysis and evaluation, in: Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Bd. 6 (1973), S. 1 - 38.
- Davenport, T. R. H.* Some reflections on the history of land tenure in South Africa, seen in the light of attempts by the state to impose political and economic control, in: Acta Juridica 1985, S. 53 - 76.
- Ders.* South Africa - A Modern History, 3. Aufl., Toronto & Buffalo 1987, zitiert als: Davenport, Modern History.
- De Groot, Hugo* Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid - met de te Lund teruggevonden verbeteringen, aanvullingen en opmerkingen van den schrijver en met verwijzingen naar zijn andere geschriften uitgegeven en van aantekeningen en bijlagen voorzien door F. Dovring/ H.F.W.D. Fischer/ E.M. Meijers, 2. Aufl., Leiden 1965, zitiert als: de Groot, Inleidinge.
- De Villiers, Melius* On Fundamentalism in Law, in: South African Law Journal, Bd. 49 (1932), S. 199 - 204.
- De Vos, Wouter* 'n Bespreking van Sekere Aspekte van die Regsposisie van Besitters, in: Acta Juridica 1959, S. 184 - 199.
- De Waal, Marius Johannes* Chapter 5: Law of Succession, in: Cornelius G. van der Merwe/ Jacques E. du Plessis (Hrsg.), Introduction to the Law of South Africa, Den Haag 2004, S. 169 - 199, zitiert als: de Waal, in: Introduction to the Law of South Africa.
- Ders.* Die passiwiteitsvereiste by grondserwitute en die skepping van positiewe serwituutverpligtinge, in: Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 1991, S. 233 - 249.

- Ders.* Numerus Clausus and the development of new real rights in South African law, in: Electronic Journal of Comparative Law, Bd. 3.3 (1999), abrufbar unter <http://www.ejcl.org/33/abs33-1.html> (letztmalig abgerufen am 26.10.2017).
- Ders.* Servitudes, in: Reinhard Zimmermann/ Daniel Visser (Hrsg.), Southern Cross – Civil Law and Common Law in South Africa, S. 785 - 817, Oxford 1996, zitiert als: de Waal, in: Southern Cross.
- Ders.* Servituds, in: Robert Feenstra/ Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Das römisch-holländische Recht – Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Bd. 7), Berlin 1992, S. 567 - 595, zitiert als: de Waal, in: Das römisch-holländische Recht.
- Ders.* Vicinitas of nabaurskap as vestigingsvereiste vir grondserwiture, in: Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 1990, S. 186 - 206.
- De Wet, J. C.* Boekbesprekings – C. G. Hall & E. A. Kellaway: Servitudes, bl. 188, Juta & Co., Ltd., Cape Town & Johannesburg, 1942, 25s., in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 7 (1943), S. 187 - 192.
- Delpont, H. J.* Property Practice and the Law – a practical manual for property practitioners, Kapstadt 1987, Loseblatts., Stand: Service 20 (2014), zitiert als: Delpont, Property Practice.
- Denoon, Geo* Conditions in Deeds, in: South African Law Journal, Bd. 65 (1948), S. 362 - 374.
- Ders.* The development of methods of Land Registration in South Africa, in: South African Law Journal, Bd. 60 (1943), S. 179 - 187, 457 - 467; Bd. 62 (1945), S. 458 - 467.

- Ders.* The Development of Methods of Land Registration in South Africa, in: South African Law Journal, Bd. 61 (1944), S. 4 - 13.
- Domanski, Andrew* How Personal is a Personal Servitude?, in: South African Law Journal, Bd. 105 (1988), S. 205 - 210.
- Ders.* The recognition of new categories of real rights: enter the contingency principle, in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 67 (2004), S. 673 - 678.
- Drechsel, Paul/
Schmidt, Bettina* Südafrika. Chancen für eine pluralistische Gesellschaftsordnung – Geschichte und Perspektiven, Opladen 1995, zitiert als: Drechsel/Schmidt, Südafrika.
- Du Bois, François
(Hrsg.)* Wille's Principles of South African Law, 9. Aufl. (5. Druck), Claremont 2013, zitiert als: Wille's Principles.
- Du Plessis, Jacques* The promises and pitfalls of mixed legal systems: The South African and Scottish experiences, in: Stellenbosch Law Review, Bd. 9 (1998), S. 338 - 350.
- Du Plessis, Paul* Borkowski's Textbook on Roman Law, 4. Aufl., Oxford 2010, zitiert als: Du Plessis, Roman Law.
- Du Plessis, Willemiena/
Olivier, Nic J. J.* The old and the new property clause, in: The Human Rights & Constitutional Law Journal of Southern Africa, Bd. 1 Nr. 5 (1997), S. 11 - 16.
- Du Toit, François* South African Trust Law – Principles and Practice, 2. Aufl., Durban 2007, zitiert als: Du Toit, Trust Law.
- Duly, Leslie Clement* British Land Policy at the Cape, 1795 - 1844: A Study of Administrative Procedures in the Empire, Durham 1968, zitiert als: Duly, British Land Policy at the Cape.

- Erasmus, H. J.* The interaction of Substantive Law and Procedure, in: Reinhard Zimmermann/ Daniel Visser (Hrsg.), *Southern Cross – Civil Law and Common Law in South Africa*, S. 141 - 161, Oxford 1996, zitiert als: Erasmus, in: *Southern Cross*.
- Ders.* Thoughts on Private Law in a future South Africa, in: *Stellenbosch Law Review*, Bd. 5 (1994), S. 105 - 132.
- Evans-Jones, Robin/ MacCormack, D.* *Iusta causa traditionis*, in: Peter Birks (Hrsg.), *New Perspectives in the Roman Law of Property – Essays for Barry Nicholas*, S. 99 - 109, zitiert als: Evans-Jones/MacCormack, in: *New Perspectives*.
- Eybers, G. W.* *Select Constitutional Documents illustrating South African History 1795 - 1810*, London 1918, zitiert als: Eybers, *Documents*.
- Fagan, Eduard* Roman-Dutch Law in its South African Historical Context, in: Reinhard Zimmermann/ Daniel Visser (Hrsg.), *Southern Cross – Civil Law and Common Law in South Africa*, S. 33 - 64, Oxford 1996, zitiert als: Fagan, in: *Southern Cross*.
- Feenstra, Robert* *Ius in re – Het begrip Zakelijk Recht in historisch perspectief*, Leiden 1979, zitiert als: Feenstra, *Ius in re*.
- Ders.* Real Rights and their Classification in the 17th Century: The Rôle of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann, in: *The Juridical Review* 1982, S. 106 - 120.
- Fischer, A.* Mining Law, in: *Annual Survey of South African Law* 1960, S. 227 - 229.
- Floyd, T. B.* *Town Planning in South Africa*, Pietermaritzburg 1960, zitiert als: Floyd, *Town Planning*.

- Forder, J. J.* Insolvency oft he Hire-Purchase Seller: Concur-
sus Creditorum, Ownership and Possession, in:
South African Law Journal, Bd. 103 (1986),
S. 83 - 102.
- Foster, Joseph/ Ten-
nant, Hercules/ Jack-
son, E. M.* Statutes of the Cape of Good Hope, Vol. I (Titles
- "Aliens" to "Liquor Licensing Acts."), Kapstadt
1887, zitiert als: Foster/Tennant/Jackson, Stat-
utes.
- G., C. J.* The Privy Council, in: South African Law Jour-
nal, Bd. 52 (1935), S. 277 - 285.
- Girvin, Stephen D.* The Architects of the Mixed Legal System, in:
Reinhard Zimmermann/ Daniel Visser (Hrsg.),
Southern Cross - Civil Law and Common Law
in South Africa, S. 95 - 139, Oxford 1996, zitiert
als: Girvin, in: Southern Cross.
- Gordon, W. M./ de
Waal, Ma-
rius Johannes* Servitudes and Real Burdens, in: Reinhard Zim-
mermann/ Daniel Visser/ Kenneth Reid (Hrsg.),
Mixed Legal Systems in Comparative Perspec-
tive - Property and Obligations in Scotland and
South Africa, Oxford 2004, S. 735 - 757, zitiert als:
Gordon/de Waal, in: Mixed Legal Systems.
- Gretton, George L.* Trusts without equity, in: International and
Comparative Law Quarterly, Bd. 49 (2000),
S. 599 - 620.
- Hackwill, G. R. J.* Mackeurtan's Sale of Goods in South Africa,
5. Aufl., Kapstadt/Wetton/Johannesburg 1984,
zitiert als: Hackwill, Sale of Goods.
- Hahlo, H. R.* The Trust in South African Law, in: South Afri-
can Law Journal, Bd. 78 (1961), S. 195 - 208.
- Hahlo, H. R./ Kahn,
Ellison* The South African legal system and its back-
ground, Kapstadt/Wetton/Johannesburg 1968,
zitiert als: Hahlo/Kahn, System.

- Dies.* The Union of South Africa – The development of its laws and constitution, in: The British Commonwealth – The Development of its Laws and Constitution (Bd. 5), London 1960, zitiert als: Hahlo/Kahn, Union.
- Hall, C. G./ Kellaway E. A.* Servitudes, 3. Aufl., Kapstadt/Wynberg/Johannesburg 1973, zitiert als: Hall/Kellaway, Servitudes.
- Hayton, D. J.* Restrictive Covenants as Property Interests, in: The Law Quarterly Review, Bd. 87 (1971), S. 539 - 577.
- Heyl, J. W. S.* Grondregistrasie in Suid-Afrika, Pretoria 1977, zitiert als: Heyl, Grondregistrasie.
- Honoré, A. M.* Rights of exclusion and immunities against divesting, in: Tulane Law Review, Bd. 34 (1959-1960), S. 453 - 468.
- Honoré, Tony* Trust, in: Reinhard Zimmermann/ Daniel Visser (Hrsg.), Southern Cross – Civil Law and Common Law in South Africa, S. 849 - 872, Oxford 1996, zitiert als: Honoré, in: Southern Cross.
- Hosten, W. J./ Edwards, A. B./ Nathan, C. K./ Bosman, F. J.* Introduction to South African Law and Legal Theory, Durban/Pretoria 1986 (unveränderte Neuauflage), zitiert als: Hosten (u.a.), Introduction.
- Huber, Ulric* The Jurisprudence of my Time (Heedensdaegse Rechtsgeleertheit), Volume II (translated by Percival Gane), Durban 1989, zitiert als: Huber, Jurisprudence.
- Hudson, Alastair* Equity & Trusts, 2. Aufl., London/Sydney 2001, zitiert als: Hudson, Equity & Trusts.
- Jordan, R. J. P.* Praedial servitudes: The imposition of positive duties upon the servient owner, in: South African Law Journal, Bd. 75 (1958), S. 181 - 188.

- Joubert, C. P.* Action for ejectment – possessor and occupier, in: South African Law Journal, Bd. 79 (1962), S. 130 - 131.
- Ders.* The insolvency of a trustee, in: South African Law Journal, Bd. 92 (1975), S. 22 - 30.
- Joubert, W. A.* Die realiteit van die subjektiewe reg en die betekenis van 'n realistiese begrip daarvan vir die Privaatreg, in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 21 (1958), S. 12 - 15.
- Ders.* 'n Realistiese benadering van die subjektiewe reg, in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 21 (1958), S. 98 - 115.
- Kaser, Max* Das römische Recht in Südafrika, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung), Bd. 81 (1964), S. 1 - 30.
- Kerr, Alastair James* The Principles of the Law of Contract, 5. Aufl., Durban 1998, zitiert als: Kerr, Law of Contract.
- Kischel, Uwe* Rechtsvergleichung, München 2010; zitiert als: Kischel, Rechtsvergleichung.
- Kleyn, D. G./Boraine, A.* Silberberg and Shoeman's The Law of Property, 3. Aufl., Durban 1992, zitiert als: Kleyn/Boraine, Law of Property.
- Koch, Harald/ Magnus, Ulrich/ Mohrenfels, Peter Winkler von* IPR und Rechtsvergleichung – Ein Studien- und Übungsbuch zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht und zur Rechtsvergleichung, 4. Aufl., München 2010; zitiert als: Koch/Magnus/Mohrenfels, Rechtsvergleichung.
- Kotzé, J. G.* Judicial Precedent, in: South African Law Journal, Bd. 34 (1917), S. 280 - 315.
- Lee, Robert Warden* An Introduction to Roman-Dutch Law, 5. Aufl., Oxford 1952, zitiert als: Lee, Introduction.

- Ders.* Roman-Dutch Law in South Africa, in: South African Law Journal, Bd. 41 (1924), S. 297 - 308.
- Ders.* What has become of Roman-Dutch Law?, in: South African Law Journal, Bd. 47 (1930), S. 274 - 283.
- Lee, Robert Warden/ Honoré, Tony/ Newman, E./ McQuoid-Mason, D. J.* The South African Law of Obligations, 2. Aufl., Durban 1978, zitiert als: Lee/Honoré (u.a.), Law of Obligations.
- Levy, Ernst* West Roman Vulgar Law, Memoirs of the American Philosophical Society (Vol. 29), Philadelphia 1951, zitiert als: Levy, West Roman Vulgar Law.
- Lewis, Carole* Aspects of estoppel as a defence to the rei vindicatio, in: South African Law Journal, Bd. 103 (1986), S. 69 - 82.
- Dies.* Real rights in land: A new look at an old subject, in: South African Law Journal, Bd. 104 (1987), S. 599 - 615.
- Dies.* The modern concept of ownership of land, in: Acta Juridica 1985, S. 241 - 266.
- Lubbe, Gerhard* A doctrine in search of a theory: reflections on the so-called doctrine of notice in South African law, in: Acta Juridica 1997, S. 246 - 272.
- Lubbe, Gerhard/ du Plessis, Jacques* Chapter 7: Law of Contract, in: Cornelius G. van der Merwe/ Jacques E. du Plessis (Hrsg.), Introduction to the Law of South Africa, Den Haag 2004, S. 243 - 274, zitiert als: Lubbe/du Plessis, in: Introduction to the Law of South Africa.
- Maasdorp, A. F. S./ Hall, C. G.* The Law of Property, in: Maasdorp's Institutes of South African Law (Vol. 2), 10. Aufl, Kapstadt/Wynberg/Johannesburg 1976, zitiert als: Maasdorp/Hall, Law of Property.

- Marx, Christoph* Südafrika – Geschichte und Gegenwart, Stuttgart 2012, zitiert als: Marx, Südafrika.
- Mathews, A. S./Milton, J. R. L.* An English Backlash?, in: South African Law Journal, Bd. 82 (1965), S. 31 - 41.
- Mbodla, Ntusi* Does registration of a personal right change its character to that of a real right?, in: South African Law Journal, Bd. 116 (1999), S. 485 - 488.
- McKerron, R. G.* “Purchaser with Notice”, in: The South African Law Times, Bd. 4 (1935), S. 178 - 182.
- Meijers, E. M.* Algemene Leer van het Burgerlijk Recht – Deel I: De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, Leiden 1948, zitiert als: Meijers, Algemene Begrippen.
- Milton, J. R. L.* Ownership, in: Reinhard Zimmermann/ Daniel Visser (Hrsg.), Southern Cross – Civil Law and Common Law in South Africa, S. 657 - 699, zitiert als: Milton, in: Southern Cross.
- Ders.* Planning and property, in: Acta Juridica 1985, S. 267 - 288.
- Ders.* The law of neighbours in South Africa, in: Acta Juridica 1969, S. 123 - 269.
- Mincke, Wolfgang* Property: assets or power? Objects or relations as substrate of property rights, in: Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 1996, S. 255 - 264.
- Mostert, Hanri* The constitutional protection and regulation of property and its influence on the reform of private law and landownership in South Africa and Germany, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 154, Berlin (u.a.) 2002, zitiert als: Mostert, Constitutional Protection.

- Dies.* The diversification of land rights and its implications for a new land law in South Africa – An appraisal concentrating on the transformation of the South African system of land registration, in: Elizabeth Cooke (Hrsg.), *Modern Studies in Property Law (Volume II)*, S. 3 - 25, Oxford 2003, zitiert als: Mostert, in: *Modern Studies*.
- Mostert, Hanri/Pope, Anne (Hrsg.)* The Principles of the Law of Property in South Africa, 2. Nachdruck, Kapstadt 2010, zitiert als: Mostert/Pope, *Law of Property*.
- Mostert, Hanri/ Verstappen, Leon* Practical approaches to the *numerus clausus* of land rights: How legal professionals in South Africa and the Netherlands deal with certainty and flexibility in property law, in: Warren Barr (Hrsg.), *Modern Studies in Property Law (Vol. 8)*, S. 351 - 372, Oxford 2015, zitiert als: Mostert/Verstappen, in: *MSPL*.
- Mulligan, G. A.* *Bellum Juridicum* (3) – Purists, Pollutionists and Pragmatists, in: *South African Law Journal*, Bd. 69 (1952), S. 25 - 32.
- Ders.* Double Sales – A Rejoinder, in: *South African Law Journal*, Bd. 70 (1953), S. 299 - 307.
- Ders.* Double sales and frustrated options, in: *South African Law Journal*, Bd. 65 (1948), S. 564 - 577.
- Nathan, Manfred* *Persons and Property, The Common Law of South Africa – A Treatise based on Voet’s Commentaries on the Pandects (Vol. 1)*, 2. Aufl., London 1913, zitiert als: Nathan, *Property*.
- Neethling, J./Potgieter, J. M./ Visser, P. J.* *Law of Delict*, 4. Aufl., Durban 2001, zitiert als: Neethling/Potgieter/Visser, *Law of Delict*.
- Nel, H. S.* *Jones’ Conveyancing in South Africa*, 4. Aufl., Kapstadt/Wetton/Johannesburg 1991, zitiert als: Nel, *Jones’ Conveyancing*.

- Nienaber, P. M.* The inactive cessionary, in: *Acta Juridica* 1964, S. 99 - 123.
- Nopens, Horst W.* Die rechtliche Ausgestaltung der Apartheid – Am Beispiel des Group Areas Act No. 36 of 1966, Europäische Hochschulschriften, Reihe II – Rechtswissenschaft (Bd. 2779), Frankfurt am Main 2000, zugl. Univ.-Diss. Osnabrück 1999, zitiert als: Nopens, Die rechtliche Ausgestaltung der Apartheid.
- Palmer, Vernon Valentine* A descriptive and comparative overview, in: Vernon Valentine Palmer (Hrsg.), *Mixed Jurisdictions Worldwide – The Third Legal Family*, S. 19 - 92, 2. Aufl., Cambridge 2012, zitiert als: Palmer (Overview), in: *Mixed Jurisdictions*.
- Ders.* Introduction to the mixed jurisdictions, in: Vernon Valentine Palmer (Hrsg.), *Mixed Jurisdictions Worldwide – The Third Legal Family*, S. 3 - 18, 2. Aufl., Cambridge 2012, zitiert als: Palmer (Introduction), in: *Mixed Jurisdictions*.
- Pavlich, D. J.* Zoning law and administration in the United States of America and the Republic of South Africa, in: *South African Law Journal*, Bd. 95 (1978), S. 102 - 116.
- Pearce, Robert/ Stevens, John* The law of trusts and equitable obligations, 2. Aufl., London/Edinburgh/Dublin 1998, zitiert als: Pearce/Stevens, *Law of Trusts*.
- Petersenn, Morten* Das Recht des Grundstückskaufs in Südafrika, Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht (Bd. 16), Frankfurt a.M. 2000, zugl. Univ.-Diss. Göttingen 2000, zitiert als: Petersenn, *Grundstückskauf*.
- Pienaar, Gerrit* Legal aspects of private airspace development, in: *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Bd. 20 (1987), S. 94 - 107.

- Ders.* Ontwikkelings in die Suid-Afrikaanse Eiensheidsbegrip in perspektief, in: Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 1986, S. 295 - 308.
- Pope, Anne* Eviction and the protection of property rights: A case study of *Ellis v Viljoen*, in: South African Law Journal, Bd. 119 (2002), S. 709 - 720.
- Preißler, Stefan* Die Rückgabe von Landrechten in Südafrika, Wissenschaftliche Schriften: Recht, Sinzheim 1998, zugl. Univ.-Diss. Tübingen 1998, zitiert als: Preißler, Landrechte.
- Proculus* Bellum Juridicum - Two approaches to South African Law, in: South African Law Journal, Bd. 68 (1951), S. 306 - 313.
- Raitz von Frentz, Wolfgang Freiherr* Ley Aquilia und Negligence - Der Schutz des Vermögens im südafrikanischen Deliktsrecht, Schriftenreihe Recht und Verfassung in Südafrika (Bd. 6), Baden-Baden 2000, zugl. Univ.-Diss. Regensburg 1998, zitiert als: Raitz von Frentz, Lex Aquilia.
- Redivivus, Proculus* South African Law at the crossroads or What is South African Common Law?, in: South African Law Journal, Bd. 82 (1965), S. 17 - 25.
- Reid, Kenneth G. C.* Obligations and property: Exploring the border, in: Acta Juridica 1997, S. 225 - 245.
- Reinsma, Margje* Het Onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke Rechten met betrekking tot onroerend Goed in het Zuidafrikaanse Recht, Amsterdam 1970, zitiert als: Reinsma, Het Onderscheid.
- Ruoff, B. F.* An Englishman looks at the Torrens System, Part I - The Mirror Principle, in: The Australian Law Journal, Bd. 26 (1952), S. 118 - 121.

- Ders.* An Englishman looks at the Torrens System, Part II – Simplicity and the Curtain Principle, in: The Australian Law Journal, Bd. 26 (1952), S. 162 - 165.
- Ders.* An Englishman looks at the Torrens System, Part III – The Insurance Principle, in: The Australian Law Journal, Bd. 26 (1952), S. 194 - 198.
- Sachs, Albie* Justice in South Africa, Berkeley & Los Angeles 1973, zitiert als: Sachs, Justice.
- Savigny, Friedrich Karl von* System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1 (2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1840), Aalen 1981, zitiert als: von Savigny, System.
- Schoeman, J.* Silberberg and Schoeman's The Law of Property, 2. Aufl., Durban 1983, zitiert als: Schoeman, Law of Property.
- Scholten, J. E.* Bartolus and his doctrine of subjective rights, in: Acta Juridica 1958, S. 163 - 169.
- Ders.* Difficiles Nugae – Once again double sales, in: South African Law Journal, Bd. 71 (1954), S. 71 - 86.
- Ders.* Double sales, in: South African Law Journal, Bd. 70 (1953), S. 22 - 34.
- Ders.* Justa causa traditionis and contracts induced by fraud, in: South African Law Journal, Bd. 74 (1957), S. 280 - 295.
- Schreiner, O. D.* The contribution of English Law to South African Law; And the Rule of Law in South Africa, London/Kapstadt 1967, zitiert als: Schreiner, Contribution.
- Scott, Susan* Sessie en die saaklike ooreenkoms, in: Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 1979, S. 48 - 52.

- Dies.* Some thoughts on the law of property in Swaziland, in: *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Bd. 39 (2006), S. 152 - 177.
- Selby, John* A Short History of South Africa, London 1973, zitiert als: Selby, Short History.
- Simpson, Stanhope Rowton* Land Law and Registration, Cambridge (u.a.) 1976, zitiert als: Simpson, Land Law.
- Sonnekus, J. C.* Eine Betrachtung der dinglichen Rechtsposition nach südafrikanischem Recht – Insbesondere: die Mobiliarsicherheiten, in: Martin Gebauer/Stefan Huber (Hrsg.), *Dingliche Rechtspositionen und Verkehrsschutz (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Bd. 30)*, S. 101 - 137, Tübingen 2015, zitiert als: Sonnekus, in: *Dingliche Rechtspositionen und Verkehrsschutz*.
- Ders.* Herklassifikasie van die aard van die huurder se reg?, in: *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 1987, S. 223 - 236.
- Ders.* Saaklike regte of vorderingsregte? – Tradisionele toetse en 'n petitio principii, in: *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 1991, S. 173 - 180.
- Steyn, I. v. Z.* The Comparative Method in Legal Study, in: *South African Law Journal*, Bd. 48 (1931), S. 203 - 206.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus* Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts – Bd. 2, 2. Aufl., Jena 1817, zitiert als: Thibaut, Theorie des Rechts.
- Thom, H. B. (Hrsg.)* Journal of Jan van Riebeeck, Volume II (1656-1658), Kapstadt/Amsterdam 1954, zitiert als: Thom, Journal of JvR, Vol II.

- Thomas, J. A. C.* The Institutes of Justinian – Text, Translation and Commentary, Amsterdam/Oxford 1975, zitiert als: Thomas, The Institutes.
- Thompson, Hubert* Water Law - A practical approach to resource management and the provision of services, Kapstadt 2006, zitiert als: Thompson, Water Law.
- Thompson, Leonard* A History of South Africa, Johannesburg/Kapstadt 2006 (unveränderte Neuauflage), zitiert als: Thompson, History.
- Tuba, Mmaputhi D.* The legal status of registered home owners' association conditions – Willow Waters Homeowner Association (Pty) Ltd v Koka (499/2013) [2014] ZASCA 221, in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 79 (2016), S. 339 - 351.
- Turpin, C. C.* The right of ejectment, in: South African Law Journal, Bd. 74 (1957), S. 145 - 148.
- Van Blerk, Adrienne* The genesis of the “modernist” – “purist” debate: A historical bird's-eye view, in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 47 (1984), S. 255 - 279.
- Van der Merwe, Cornelius G.* Chapter 6: Law of Property, in: Cornelius G. van der Merwe/ Jacques E. du Plessis (Hrsg.), Introduction to the Law of South Africa, Den Haag 2004, S. 201 - 242, zitiert als: van der Merwe, in: Introduction to the Law of South Africa.
- Ders.* Interpenetration of Common Law and Civil Law as experienced in the South African and Scottish law of property, in: Tulane Law Review, Bd. 78 (2003-2004), S. 257 - 290.
- Ders.* Law of property (including mortgage and pledge), in: Annual Survey of South African Law 1990, S. 192 - 239.

- Ders.* Numerus clausus and the development of new real rights in South Africa, in: South African Law Journal, Bd. 119 (2002), S. 802 - 815.
- Ders.* Original acquisition of ownership, in: Reinhard Zimmermann/ Daniel Visser (Hrsg.), Southern Cross – Civil Law and Common Law in South Africa, S. 701 - 725, Oxford 1996, zitiert als: C. G. van der Merwe, in: Southern Cross.
- Ders.* Part II – Things, in: Robert W. Lee/ Tony Honoré (Hrsg.), Family, Things and Succession, S. 219 - 359, 2. Aufl., Durban/Pretoria 1983, zitiert als: van der Merwe, in: Lee/Honoré, Things.
- Ders.* Sakereg, 2. Aufl., Durban 1989, zitiert als: van der Merwe, Sakereg.
- Ders.* The genesis of the mixed legal systems of South Africa and Scotland and their importance for the harmonisation of European property law, in: Ius est ars boni et aequi (FS für Stanislaw Kalus), hrsg. von Magdalena Habdas/ Arkadiusz Wudarski, Frankfurt a.M. (u.a.) 2010, S. 601 - 614, zitiert als: Van der Merwe, in: FS Stanislaw Kalus.
- Ders.* The Sectional Titles Act and the Wohnungseigentumsgesetz, in: Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Bd. 7 (1974), S. 165 - 185.
- Ders.* Things, in: W. A. Joubert/ J. A. Faris (Hrsg.), The Law of South Africa, Vol. 27 (Things, Time, Time-Sharing & Shareblocks), 2. Aufl., Durban 2014, zitiert als: van der Merwe, Things.
- Van der Merwe, Cornelius G./Blumberg, Matthew* For whom the bell tolls – A solution in neighbour law, in: Stellenbosch Law Review, Bd. 9 (1998), S. 351 - 358.

- Van der Merwe, Cornelius G./Butler, D. W.* Sectional Titles, Share Blocks and Time-Sharing, Durban 1985, zitiert als: van der Merwe/Butler, Sectional Titles.
- Van der Merwe, Cornelius G./Danschke, Birgit* Die Wohnungseigentümergeinschaft ohne Verwalter am Beispiel Südafrikas – ein Kurzvergleich, in: Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 1997, S. 197 - 200.
- Van der Merwe, Cornelius G./de Waal, Marius Johannes* The Law of Servitudes, in: The Law of Things and Servitudes – An extract from Joubert, The Law of South Africa (Volumes 25 and 27), S. 199 - 226, Durban 1993, zitiert als: van der Merwe/de Waal, Law of Servitudes.
- Van der Merwe, Cornelius G./du Plessis, Jacques/de Waal, Marius Johannes/Zimmermann, Reinhard/Farlam, Paul* The Republic of South Africa, in: Vernon Valentine Palmer (Hrsg.), Mixed Jurisdictions Worldwide – The Third Legal Family, S. 95 - 215, 2. Aufl., Cambridge 2012, zitiert als: Van der Merwe (u.a.), in: Mixed Jurisdictions.
- Van der Merwe, Cornelius G./Pienaar, Juanita M.* Law of Property (Including Real Security), in: Annual Survey of South African Law 1999, S. 276 - 317; in: Annual Survey of South African Law 2001, S. 391 - 437; in: Annual Survey of South African Law 2011, S. 890 - 995.
- Van der Merwe, Cornelius G./Pienaar, Juanita M./de Waal, Marius Johannes* South Africa, in: International Encyclopaedia of Laws: Property and Trust Law, Alphen aan den Rijn (Kluwer Law International), Suppl. 25 (2015), zitiert als: van der Merwe/Pienaar/de Waal, South Africa.
- Van der Merwe, Derek* Neighbour Law, in: Reinhard Zimmermann/Daniel Visser (Hrsg.), Southern Cross – Civil Law and Common Law in South Africa, S. 759 - 784, Oxford 1996, zitiert als: Derek van der Merwe, in: Southern Cross.

- Van der Merwe, N. J.* Die Beskerming van Vorderingsregte uit Kontrak teen Aantasting deur Derdes, Hiddingh-Currie-Publikasies van die Universiteit van Suid-Afrika (Nr. 3), Pretoria 1959, zitiert als: NJ van der Merwe, Beskerming van Vorderingsregte.
- Van der Vyver, J. D.* Expropriation, rights, entitlements and surface support of land, in: South African Law Journal, Bd. 105 (1988), S. 1 - 16.
- Ders.* Regsubjektiwiteit, in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 36 (1973), S. 266 - 273.
- Ders.* The doctrine of private-law rights, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert, Durban 1988, S. 201 - 246, zitiert als: van der Vyver, in: Huldigingsbundel vir WA Joubert.
- Van der Walt, André J.* Constitutional Property Law, 3. Aufl., Kapstadt 2011, zitiert als: van der Walt, CPL.
- Ders.* Der Eigentumsbegriff, in: Robert Feenstra/ Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Das römisch-holländische Recht – Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Bd. 7), Berlin 1992, S. 485 - 520, zitiert als: van der Walt, in: Das römisch-holländische Recht.
- Ders.* Exclusivity of ownership, security of tenure and eviction orders: A critical evaluation of recent case law, in: South African Journal on Human Rights, Bd. 18 (2002), S. 372 - 420.
- Ders.* Law of Property Casebook for Students – Sakereg Vonnisbundel vir Studente, 8. Aufl., Kapstadt 2016, zitiert als: van der Walt, Casebook.

- Ders.* Naidoo v Moodley 1982 4 Sa 82 (T) – Mandament van spolie, in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 46 (1983), S. 237 - 240.
- Ders.* Personal rights and limited real rights: an historical overview and analysis of contemporary problems related to the registrability of rights, in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 55 (1992), S. 170 - 203.
- Ders.* Property rights and hierarchies of power: a critical evaluation of land-reform policy in South Africa, in: Koers – Bulletin for Christian Scholarship, Bd. 64 (2/3) 1999, S. 259 - 294.
- Ders.* Relatiewe saaklike regte?, in: Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 1986, S. 173 - 179.
- Ders.* Roman Law, fundamental rights, and land reform in Southern Africa, in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 61 (1998), S. 400 - 422.
- Ders.* The Constitutional Property Clause – A comparative analysis of section 25 of the South African Constitution of 1996, Kapstadt 1997, zitiert als: van der Walt, CPC.
- Ders.* The future of Common Law landownership, in: André J. van der Walt (Hrsg.), Land Reform and the future of Landownership in South Africa, Kapstadt/Johannesburg 1991, S. 21 - 35, zitiert als: van der Walt, in: Land Reform.
- Ders.* Three cases on the mandament van spolie, in: South African Law Journal, Bd. 100 (1983), S. 689 - 699.
- Van der Walt, André
J./ Pienaar, Gerrit J.* Introduction to the Law of Property, 7. Aufl., Kapstadt 2016, zitiert als: van der Walt/Pienaar, Introduction.

- Van Rensburg, A. D. J./ Treisman, S. H.* The practitioner's guide to the Alienation of Land Act, 2. Aufl., Durban/Pretoria 1984, zitiert als: van Rensburg/Treisman, Alienation of Land Act.
- Van Warmelo, Paul* An Introduction to the Principles of Roman Civil Law, Cape Town/Wynberg/Johannesburg 1976, zitiert als: van Warmelo, Roman Civil Law.
- Ders.* Real Rights, in: Acta Juridica 1959, S. 84 - 98.
- Van Wyk, Adriana Maria Anna* Restrictive Conditions as urban land-use planning instruments, Pretoria 1990, zugl. Univ.-Diss. Pretoria 1990, zitiert als: AMA van Wyk, Restrictive Conditions.
- Van Wyk, Jeannie* Planning Law – Principles and procedures of land-use management, Kapstadt 1999, zitiert als: van Wyk, Planning Law.
- Dies.* Revaluation of conditions of title – Camps Bay Ratepayers Association v Minister of Planning Western Cape 2001 4 SA 294 (C), in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 65 (2002), S. 642 - 649.
- Dies.* The historical development of restrictive conditions, in: Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 1992, S. 280 - 297.
- Dies.* The nature and classification of restrictive covenants and conditions of title, in: De Jure, Bd. 25 (1992), S. 270 - 288.
- Dies.* The nature of the right to phased development in terms of the Sectional Titles Act 66 of 1971 (Erlax Properties (Pty) Ltd v Registrar of Deeds 1992 1 SA 879 (A)), in: Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg, Bd. 56 (1993), S. 136 - 144.
- Visser, Daniel* Unjustified Enrichment, Kapstadt 2008, zitiert als: Visser, Unjustified Enrichment.

- Voet, Johannes/ Gane, Percival (Übers.)* The selective Voet being the Commentary on the Pandects [Paris Edition of 1829] by Johannes Voet [1647 - 1713] and the supplement to that work by Johannes van der Linden [1756 - 1835] translated with explanatory notes and notes of all South African reported cases by Percival Gane, Vol. 2 (Books V-XII), 2. Nachdruck, Durban 1989, zitiert als: Voet, Commentary.
- Walter, Helge* Actio iniuriarum – Der Schutz der Persönlichkeit im südafrikanischen Privatrecht, Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte (Bd. 17), Berlin 1996, zugl. Univ.-Diss. Regensburg 1994/95, zitiert als: Walter, Actio iniuriarum.
- Watson, Alan (Übers.)* The Digest of Justinian – Translation, Vol. 1, Pennsylvania 1998, zitiert als: Watson, The Digest.
- Welsh, Frank* A History of South Africa, Glasgow 2000, zitiert als: Welsh, History.
- Wessels, J. W.* History of the Roman-Dutch Law, Grahamstown 1908, zitiert als: Wessels, History.
- Westermann, H. P.* Basic principles of property law, in: Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 2011, S. 1 - 15.
- Wille, Geo* Real rights in land, in: The South African Law Times, Bd. 1 (1932), S. 8 - 9, 36 - 37.
- X* What is the Law?, in: Cape Law Journal, Bd. 1 (1884), S. 272 - 274.
- Zimmermann, Reinhard* Das römisch-holländische Recht in Südafrika, Darmstadt 1983, zitiert als: Zimmermann, RHR.
- Ders.* Das südafrikanische Privatrecht im Schnittpunkt zwischen Common Law und Civil Law, in: Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Bd. 26 (1985), S. 111 - 126.

Ders.

Römisch-holländisches Recht – ein Überblick, in: Robert Feenstra/ Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Das römisch-holländische Recht – Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Bd. 7), Berlin 1992, S. 9 - 58, zitiert als: Zimmermann, in: Das römisch-holländische Recht.

Entscheidungsverzeichnis

Entscheidung	Fundstelle	Fußnote/n
Absa Bank Ltd. t/a Bankfin v Jordashe Auto CC	2003 (1) SA (SCA) 401	620, 624
African and European Investment Co. Ltd. v Warren and others	1924 AD 308	277
Air-Kel (EDMS) Bpk. h/a Merkel Motors v Bodenstien 'n ander	1980 (3) SA (A) 917	621, 624
Alexander v Johns	1912 AD 431	381, 424, 434
Amavuba (Pty.) Ltd. v Pro Nobis Landgoed (Edms.) Bpk. and others	1984 (3) SA (N) 760	679
Ambassador Factors Corporation v K. Koppe & Co.	1949 (1) SA (T) 312	614
Anglo Operations Ltd. v Sandhurst Estates (Pty.) Ltd.	2007 (2) SA (SCA) 363	520
Apostoliese Geloofsending van Suid-Afrika (Maitland Gemeente) v Capes	1978 (4) SA (C) 48	274
Armstrong (in his capacity as representative of Lloyds Underwriters) v Bhamjee	1991 (3) SA (A) 195	454
Associated South African Bakeries (Pty.) Ltd. v Oryx & Vereinigte Bäckereien (Pty.) Ltd. en andere	1982 (3) SA (A) 893	731
Australita Estates (Pty.) Ltd. v Rix	1984 (1) SA (C) 500	679

AXZS Industries v A F Dreyer (Pty.) Ltd. and others	2004 (4) SA (W) 186	202
BEF (Pty.) Ltd. v Cape Town Municipality and others	1983 (2) SA (C) 387	428
Bekker and another v Jika	2002 (4) SA (E) 508	688
Benoni Town Council v Minister of Agricultural Credit and Land Tenure	1978 (1) SA (T) 978	797, 800
Berger v Bloemfontein Town Council	1935 OPD 115	434
Betta Eiendommme (Pty.) Ltd. v Ekple-Epoh	2000 (4) SA (W) 468	678
Beyers v McKenzie	1880 Foord 125	204, 205, 206
Bhamjee en 'n ander v Mergold Beleggings	1983 (4) SA (T) 555	454
Bisschop v Stafford	1974 (3) SA (A) 1	385
Blanckenberg and another v For- bes	1955 (3) SA (C) 170	428
Bodasingh's Estate v Suleman	1960 (1) SA (N) 288	490, 492, 1223
Botha v Fick	1995 (2) SA (A) 750	666
Botha v Minister of Lands and another	1965 (1) SA (A) 728	709, 715
Bowring N.O. v Vrededorp Properties CC and another	2007 (5) SA (SCA) 391	747, 749, 751, 752, 754, 755

Braun v Blann and Botha N.N.O and another	1984 (2) SA (A) 850	550, 562
British South Africa Company v Bulawayo Municipality	1919 AD 84	1016
Brits and another v Eaton N.O. and others	1984 (4) SA (T) 728	209
Buchholtz v Buchholtz	1980 (3) SA (W) 424	584
Campbell v Blue Lime Association Ltd.	1918 TPD 309	724
Campbell v Hall	[1774] EngR 5; (1774) 1 Cowp 204, 98 ER 1045	64
Camps Bay Ratepayers and Residents Association and others v Minister of Planning, Culture and Administration, Western Cape and others	2001 (4) SA (C) 294	405, 418, 419, 420
Cape Explosive Works Ltd. v Denel (Pty.) Ltd.	2001 (3) SA (SCA) 569	266, 862, 1038, 1073, 1135, 1146, 1266
Chetty v Naidoo	1974 (3) SA (A) 13	306, 677, 680, 681, 684, 685
Chiloane v Maduenyane	1980 (4) SA (W) 19	584
Chong Sun Wood Products Pte Ltd. v K&T Trading Ltd. and another	2001 (2) SA (D) 651	550

City of Tshwane Metropolitan Municipality v Link Africa (Pty.) Ltd. and others	2015 (6) SA (CC) 440	525, 526
Colonial Development (Pty.) Ltd. v Outer West Local Council	2002 (2) SA (N) 589	335
Commissioner for Inland Revenue v Lazarus' Estate and another	1958 (1) SA (A) 311	576
Commissioner of Customs and Excise v Randles Brothers and Hudson Ltd.	1941 AD 369	202, 632
Con v Weil	1950 (2) SA (C) 415	492, 1223
Concor Construction (Cape) (Pty.) Ltd. v Santambank Ltd.	1993 (3) SA (A) 930	620
Consistory of Steytlerville v Bosman	(1892-1893) 10 SC 67	607, 1073, 1092
Contract Forwarding (Pty.) Ltd. v Chesterfin (Pty.) Ltd.	2003 (2) SA (SCA) 253	729
Cornelissen N.O. v Universal Caravan Sales (Pty.) Ltd.	1971 (3) SA (A) 158	614, 622
Cussons en andere v Kroon	2001 (4) SA (SCA) 833	731, 733, 735, 743, 744, 745
De Jager v Sisana	1930 AD 71	728, 733, 760, 772
De Wet v Santam Bpk.	1996 (2) SA (A) 629	614

Denel (Pty.) Ltd. v Cape Explosive Works Ltd. and another; Cape Explosive Works Ltd. v Denel (Pty.) Ltd. and others	1999 (2) SA (T) 419	214, 770, 861, 1081, 1082, 1124, 1137, 1230
Desai N.O. v Desai and others	1996 (1) SA (A) 141	624
Dhayanundh v Narain	1983 (1) SA (N) 565	730, 754
Dreyer and another N.N.O. v AXZS Industries (Pty.) Ltd.	2006 (5) SA (SCA) 548	620
Du Toit and others v Furstenberg and others	1957 (1) SA (O) 501	271
Dun and Bradstreet (Pty.) Ltd. v S.A. Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty.) Ltd.	1968 (1) SA (C) 209	932
Durban City Council v Woodhaven Ltd. and others	1987 (3) SA (A) 555	229, 447, 448
East London Western Districts Farmers' Association v Minister of Education and Development Aid	1989 (2) SA (A) 63	357
Ehrlich v Rand Cold Storage and Supply Co. Ltd.	1911 TPD 170	572, 573
Ellis v Viljoen	2001 (4) SA (C) 795	688, 691
Elliston v Reacher	(1908) 2 Ch 374	423, 425
Enslin v Vereeniging Town Council	1976 (3) SA (T) 443	442, 443

Erlax Properties (Pty.) Ltd. v Registrar of Deeds and others	1992 (1) SA (A) 879	459, 1073, 1081
Estate Kemp and others v McDonald's Trustee	1915 AD 491	557, 576
Ex parte Estate Kelly	1942 OPD 265	566, 577
Ex parte Geldenhuys	1926 OPD 155	767, 771, 796, 800, 806, 834, 1073, 1074, 1084, 1093, 1095, 1096, 1097, 1099 1139, 1188, 1253, 1256
Ex parte Mackenzie, N.O. and another	1950 (3) SA (O) 507	186
Ex parte Master of the Supreme Court	1906 TS 563	173, 174, 175, 178, 185, 1006, 1011, 1012
Ex parte Menzies et Uxor	1993 (3) SA (C) 799	271, 272, 280, 281, 771, 785
Ex parte Millsite Investment Co. (Pty.) Ltd.	1965 (2) SA (T) 582	435
Ex parte Milton N.O.	1959 (3) SA (SRH) 357	567
Ex parte Pierce and Others	1950 (3) SA (O) 628	186, 815, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 1190, 1260, 1262
Ex parte Puppli	1975 (3) SA (D) 461	271, 272
Ex parte Vinkati Investments (Pty.) Ltd. and others	1965 (4) SA (W) 421	430

Ex parte Will G. Hare (Pty.) Ltd.	1958 (4) SA (C) 416	428, 458
Ex parte Zimba Holdings (Pty.) Ltd.	1948 (4) SA (T) 774	435
Ex parte Zunckel	1937 NPD 295	785
Executors, Estate Napier v Trustee, Estate Weir	1927 SR 33	1089
Falch v Wessels	1983 (4) SA (T) 172	167
Feldmann (Pty.) Ltd. v Mall	1945 AD 733	99
Felix en 'n ander v Nortier N.O. en andere	1994 (4) SA (SE) 498	1079
Fine Wool Products of South Africa Ltd. v Director of Valuations	1950 (4) SA (E) 490	187, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 1013, 1089, 1271, 1273
First National Bank of SA Ltd t/a Wesbank v Commissioner, South African Revenue Service and another; First National Bank of SA LTD t/a Webank v Minister of Finance	2002 (4) SA (CC) 768	342
Forsdick Motors Ltd. v Lauritzen and another	1967 (3) SA (N) 249	208
Frankel Pollak Vinderine Inc. v Stanton N.O.	2000 (1) SA (W) 425	257
Frye's (Pty.) Ltd. v Ries	1957 (3) SA (A) 575	242, 259, 281, 738

Gien v Gien	1979 (2) SA (T) 1113	297, 299
Godongwana v Mpisana	1982 (4) SA (TSC) 814	931
Grant and another v Stonestreet and others	1968 (4) SA (A) 1	728, 730, 732, 754, 757, 760
Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd. v Douglas	1956 (3) SA (A) 420	683, 702, 703
Hansen's Estate v Commissioner for Inland Revenue	1956 (1) SA (A) 398	566
Hartland Implemente (Edms.) Bpk. v Enal Eiendomme BK en andere	2002 (3) SA (NC) 653	680, 681
Hassam v Shaboodien and others	1996 (2) SA (C) 720	733, 735
Hattingh v Robertson	(1904) 21 SC 273	434
Heynes Mathew Ltd. v Gibson N.O.	1950 (1) SA (C) 13	185
Hofgaard v Registrar of Mining Rights, Stephenson and D'Elboux	1908 TS 650	743
Holland v Scott	(1881-1882) 2 EDC 307	77
Hollins v Registrar of Deeds	1904 TS 603	796, 875, 1005, 1013, 1021, 1029
Hollmann and another v Estate Latre	1970 (3) SA (A) 638	385

Houtpoort Mining and Estate Syndicate Ltd. v Jacobs	1904 TS 105	281
Incorporated Law Society, Transvaal v Visse and others	1958 (4) SA (T) 115	567
Info Plus v Scheelke and another	1998 (3) SA (SCA) 184	616, 620
Isaacman v Miller	1922 TPD 56	931
J.H. Wade v A.M. Paruk	(1904) 25 NLR 219	709, 713, 714, 715
Jajbhay v Cassim	1939 AD 537	640
Jansen v Fincham	1892 (9) SC 289	738, 754
Jansen v Pienaar	(1881) 1 SC 276	932
Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty.) Ltd.	1970 (1) SA (A) 394	700, 702
Jonordon Investment (Pty.) Ltd. v de Aar Drankwinkel (Edms.) Bpk. and others	1969 (2) SA (C) 117	452, 458
Joosub v J I Case SA (Pty.) Ltd. (now known as Construction & Special Equipment Co. (Pty.) Ltd.) and others	1992 (2) SA (N) 665	707
Joubert and others v Van Rens- burg and others	2001 (1) SA (W) 753	679
Joyce & McGregor, Ltd. v The Surveyor-General	1929 CPD 325	416
Kain v Khan	1986 (4) SA (C) 251	499, 762, 1224

Kazazis v Georghiades en andere	1979 (3) SA (T) 886	731
Kessooperasedh en 'n ander v Essop en 'n ander	1970 (1) SA (A) 265	490, 492, 728, 760, 762, 1223
Klerck N.O. v Van Zyl and Maritz N.N.O. and another and related cases	1989 (4) SA (SEC) 263	209
Kleyn v Theron	1966 (3) SA (T) 264	428, 442, 458
Knysna Hotel CC v Coetzee N.O.	1998 (2) SA (SCA) 743	266
Kopelowitz v West and others	1954 (4) SA (W) 296	208
Kruger v Downer	1976 (3) SA (W) 172	396
Lange and others v Liesching and others	1880 Foord 55	707
Lendlease Finance (Pty.) Ltd. v Corporacion de Mercadeo Agric- ola and others	1976 (4) SA (A) 464	614
Letsitele Stores (Pty.) Ltd. v Roets and others	1958 (2) SA (T) 224	447, 454
Levin and another v Gutkin, Fisher and Schneier N.N.O. and others	1997 (3) SA (W) 267	564
Lief N.O. v Dettmann	1964 (2) SA (A) 252	665, 672

Lorentz v Melle and Others	1978 (3) SA (T) 1044	377, 381, 384, 385, 387, 446, 772, 816, 817, 818, 819, 820, 1079, 1081, 1082, 1100, 1101, 1102, 1103, 1119, 1190, 1249
Low Water Properties (Pty.) Ltd. and another v Wahloo Sand CC	1999 (1) SA (SEC) 655	732, 768, 771, 781
Lucas' Trustee v Ismail and Amod	1905 TS 239	204, 577
Macdonald Ltd. v Radin N.O. and the Potchefstroom Dairies & Industries Co. Ltd.	1915 AD 454	167
Majola v Ibhayi City Council	1990 (3) SA (E) 540	685
Malan and another v Ardconnel Investments (Pty.) Ltd.	1988 (2) SA (A) 12	379, 408, 427, 435, 442
Manganese Corporation Ltd. v South African Manganese Ltd.	1964 (2) SA (W) 185	531
Matthee v Schietekat	1959 (1) SA (C) 344	584
McGregor v Jordaan and another	1921 CPD 301	744
MEC for Local Government and Finance, KwaZulu Natal v North Central & South Central Local Councils, Durban and others	(1999) All SA (N) 5	311
Mehlape v Minister of Safety and Security	1996 (4) SA (W) 133	681

Menezes v McGaili	1971 (2) SA (C) 12	739
Mignoel Properties (Pty.) Ltd. v Kneebone	1989 (4) SA (A) 1042	488
Mngadino N.O. v Ntuli and others	1981 (3) SA (D) 478	676, 697
Moller v South African Railways and Harbours	1969 (3) SA (N) 374	713, 715
Morkels Transport (Pty.) Ltd. v Melrose Foods (Pty.) Ltd. and another	1972 (2) SA (W) 464	699
Morobane v Bateman	1918 AD 460	722
Municipality of Boshof v Kerker-aad of Boshof	1893 CLJ 252	204, 205
Mvusi v Mvusi N.O. and others	1995 (4) SA (TSC) 994	202, 620, 623, 624
National Stadium South Africa (Pty.) Ltd. and others v Firststrand Bank Ltd.	2011 (2) SA (SCA) 157	877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 892, 942, 1073, 1156, 1158, 1160, 1161, 1162, 1163, 1226, 1227, 1274, 1275
Ncume v Kula	(1905) 19 EDC 335	696
Ndlovu v Ngcobo, Bekker and another v Jika	2003 (1) SA (SCA) 113	690
Nedcor Bank Ltd. v ABSA Bank and another	1995 (4) SA (W) 727	724

Nel N.O. v Commissioner of In- land Revenue	1960 (1) SA (A) 227	771, 796, 800, 821, 824, 825, 826, 827, 828, 844, 1081, 1089, 1257, 1259
Northview Properties (Pty.) Ltd. v Lurie	1951 (3) SA (A) 688	383
Oakland Nominees (Pty.) Ltd. v Gelria Mining & Investment Co. (Pty.) Ltd.	1976 (1) SA (A) 441	702
Odendaalsrus Gold, General In- vestments and Extensions Ltd. v Registrar of Deeds	1953 (1) SA (O) 600	525, 785, 815, 851, 852, 853, 854, 897, 1073, 1109, 1111, 1112, 1113, 1116, 1190
Oudekraal Estates (Pty.) Ltd. v City of Cape Town and others	2002 (6) SA (C) 573	266
Pareto Ltd. and others v Mythos Leather Manufacturing (Pty.) Ltd.	2000 (3) SA (W) 999	678, 698
Parker v Mobil Oil of Southern Africa (Pty.) Ltd.	1979 (4) SA (NC) 250	989
Pearly Beach Trust v Registrar of Deeds	1990 (4) SA (C) 614	815, 855, 857, 859, 1120, 1122, 1123, 1131, 1187, 1263, 1265
Perumal v Messenger of the Court and others	1953 (2) SA (N) 734	183
Peters, Flamman & Co. v Kok- stad Municipality	1919 AD 427	91

Port Elizabeth Municipality v Peoples Dialogue on Land and Shelter and others	2000 (2) SA (SEC) 1074	679
Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers	2005 (1) SA (CC) 217	332
Preston and Dixon v Biden's Trustee	(1880-1884) 1 Buch AC 322	204
Princess Estate and Gold Mining Co., Ltd. v The Registrar of Mining Titles	1911 TPD 1066	182, 188
Provisional Trustees, Alan Doggett Family Trust v Karakondis and others	1992 (1) SA (A) 33	1081
Re Estate Potgieter	1908 TS 982	572
Registrar of Deeds (Transvaal) v The Ferreira Deep Ltd.	1930 AD 169	772, 784, 796, 800, 801, 813, 814, 829
Reynders v Rand Bank Bpk.	1978 (2) SA (T) 630	728, 760
Ridler v Gartner	1920 TPD 249	728, 758, 760
Ross v South Peninsula Municipality	2000 (1) SA (C) 589	688
Ruskin N.O. v Thiergen	1962 (3) SA (A) 737	680
S.A. Hotels Ltd. v City of Cape-town	1932 CPD 229	397
Sasfin (Pty.) Ltd. v Beukes	1989 (1) SA (A) 1	651

Schreive v Minister of Agriculture	1974 (3) SA (E) 76	232
Schwedhelm v Hauman	1947 (1) SA (E) 127	775, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 1073, 1075, 1204, 1208, 1208
Senekal v Home Sites (Pty.) Ltd.	1947 (4) SA (W) 726	728, 738, 754, 760
Senekal v Roodt	1983 (2) SA (T) 602	167
Shahmahomed v Hendriks and others	1920 AD 151	569
Shell Rhodesia (PVT) Ltd. v Eli- asov N.O.	1979 (3) SA (R) 915	490, 492, 1223
Shimuadi v Shirungu	1990 (3) SA (SWA) 344	684, 698
Smit N.O. v Die Meester	1959 (4) SA (T) 13	456
Smith v Farrelly's Trustee	1904 TS 949	919
Smith v Mukheiber and others	2001 (3) SA (SCA) 591	392
Solomon v Du Preez	1920 CPD 401	931, 932
Sonday v Surrey Estate Modern Meat Market (Pty.) Ltd.	1983 (2) SA (C) 521	700
Sookdeyi and others v Sahadeo and others	1952 (4) SA (A) 568	707

South African Railways & Harbours v Transvaal Consolidated & Exploration Co. Ltd.	1961 (2) SA (A) 467	531
Standard-Vacuum Refining Co. of S.A. (Pty.) Ltd. v Durban City Council	1961 (2) SA (A) 669	167
Standard Bank v Jacobsohn's Trustee	(1899) 16 SC 352	572
Steinberg v South Peninsula Municipality	2001 (4) SA (SCA) 1243	339
Street v Regina Manufacturers (Pty.) Ltd.	1960 (2) SA (T) 646	697
Strydom en 'n ander v De Lange en 'n ander	1970 (2) SA (T) 6	739
Swiss Hotels (Pty.) Ltd. v Peder- sen and others	1966 (1) SA (C) 197	427, 428, 432
Texas Co. (S.A.) Ltd. v Cape Town Municipality	1926 AD 467	445, 455
Three Rivers Ratepayers Associa- tion and others v Northern Met- ropolitan Local Council and an- other	2000 (4) SA (W) 377	364
Tiger-Eye Investments (Pty.) Ltd. and another v Riverview Dia- mond Fields (Pty.) Ltd.	1971 (1) SA (C) 351	743, 744, 745
Tijmstra N.O. v Blunt-MacKenzie N.O. and others	2002 (1) SA (T) 459	563
Titty's Bar & Bottle Store (Pty.) Ltd. v A.B.C. Garage (Pty.) Ltd. & others	1974 (4) SA (T) 362	435

Total South Africa (Pty.) Ltd. v Xypteras and another	1970 (1) SA (T) 592	762
Trojan Exploration Co. (Pty.) Ltd. and another v Rustenburg Platinum Mines Ltd. and others	1996 (4) SA (A) 499	535
Trust Bank van Afrika Bpk. v Western Bank Bpk. en andere N.N.O.	1978 (4) SA (A) 281	167, 202, 620
Tschirpig and another v Kohrs	1959 (3) SA (N) 287	743, 746, 748
Tulk v Moxhay	(1884) 41 ER 1143	410
Unimark Distributors (Pty.) Ltd. v ERF 94 Silvertondale (Pty.) Ltd.	1999 (2) SA (T) 986	611, 680, 681, 682
Union Government (Minister of Finance) v Olivier	1916 AD 74	561
Union Government (Minister of Justice) v Bolam	1927 AD 467	272
Van den Berg en 'n ander v Van Tonder	1963 (3) SA (T) 558	754
Van den Berg v Dart and another	1949 (4) SA (T) 884	382
Van der Merwe v Wiese	1948 (4) SA (C) 8	226, 776, 837, 838, 840, 841, 1204, 1208, 1213, 1214
Van der Westhuizen v McDonald and Mundel	1907 TS 933	722
Van Heerden v Pretorius	1914 AD 69	231

Van Rensburg N.O. and another v Nelson Mandela Metropolitan Municipality and others	2008 (2) SA (SEC) 8	429, 435, 440, 442
Van Vuren and others v Registrar of Deeds	1907 TS 289	535
Van Zyl N.O. v Look Good Clothing CC	(1996) 1 All SA (SEC) 305	154
Vansa Vanadium SA Ltd. v Reg- istrar of Deeds and others	1997 (2) SA (T) 784	732, 772, 1073
Vestin Eshowe (Pty.) Ltd. v Town Council of the Borough of Eshowe	1978 (3) SA (N) 546	457
Vulcan Rubber Works (Pty.) Ltd. v South African Railways and Harbours	1958 (3) SA (A) 285	681
Wahloo Sand BK v Trustees, Hambly Parker Trust, en andere	2002 (2) SA (A) 776	739, 741
Webster v Ellison	1911 AD 73	88
Westeel Engineering (Pty.) Ltd. v Sidney Clow & Co. Ltd.	1968 (3) SA (T) 458	722
Westminster Bank Ltd. N.O. and others v Zinn N.O.	1938 AD 57	561
Willoughby's Consolidated Co. Ltd. v Copthall Stores Ltd.	1913 AD 267 1918 AD 1	458, 1073 732

Willow Waters Home-owners Association (Pty.) Ltd. v Koka N.O. and others (Association of Residential Communities CC and another as amici curiae)	(2015) 1 All SA (SCA) 562	221, 376, 885, 886, 887, 888, 889, 892, 1039, 1073, 1166, 1169, 1170, 1171, 1172, 1173, 1174, 1175, 1177, 1276, 1277
Wilson v Smith	1956 (1) SA (W) 393	650
Woman v Hughes	1948 (3) SA (A) 495	187
Wright and another v Cockin and others	2004 (4) SA (E) 207	364

