

# Kausale Tradition und Kondition im neuen schweizerischen Recht

Autor(en): **Eger, O.**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **33 (1914)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896247>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Kausale Tradition und Kondiktion im neuen schweizerischen Recht.

Von Professor O. EGER in Basel.

---

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hat mit Urteil vom 9. Februar 1912 folgenden Fall entschieden: K. in B. beabsichtigte einen Engroshandel in Kohlen anzufangen und trat mit D. in D. in Unterhandlungen wegen Übernahme einer Vertretung. K. empfing darauf von D. zwei Wagen Kohlen, die er an mehrere Basler Firmen zu Versuchszwecken gratis verteilte. D. verlangte darauf Bezahlung dieser beiden Wagen von K. mit der Begründung, dass diese an K. verkauft worden seien, während K. behauptete, dass es sich um Probewagen handle, die ihm von D. gratis geliefert worden seien. Das Appellationsgericht hat mit Recht ausgeführt, dass zwar die Klägerin D. die sogen. Versuchskohlen nur gegen Bezahlung habe liefern, also verkaufen wollen, dass dagegen der Beklagte dieselben nicht kaufen wollte, sondern der Meinung war, dieselben würden unentgeltlich geliefert<sup>1)</sup>; mangels einer Willenseinigung der Parteien sei daher kein Vertrag über diese zwei Wagen zu stande gekommen; Klägerin könne keinen

---

<sup>1)</sup> Aus den Akten ergibt sich, dass in der vorausgegangenen Korrespondenz der Parteien von Gratislieferung im allgemeinen die Rede war, dass ferner das Verhalten des klägerischen Vertreters bei den Verhandlungen über den Bezug der beiden Wagen geeignet war, das Missverständnis aufkommen zu lassen; schliesslich führt das Gericht zutreffend einige Momente an, welche in diesem Falle auch die Gratislieferung einer so grossen Menge von Kohlen nicht als etwas ganz Unerhörtes erscheinen lassen.

Kaufpreis für dieselben verlangen, sondern nur einen Bereicherungsanspruch geltend machen, jedoch sei der Beklagte, da er die Kohlen unentgeltlich verteilt habe, zur Zeit nicht mehr bereichert.<sup>2)</sup>

Es liegt hier ein Fall des versteckten Dissenses vor<sup>3)</sup>, bei welchem die Frage auftaucht, wie es sich mit dem Eigentum an den Kohlen verhält. Allerdings ist bei der gegenwärtigen Gestaltung des Falles, wo die Kohlen bei Aufklärung des Missverständnisses bereits an die Interessenten verteilt und von diesen schon verbraucht sind, diese Frage gegenstandslos. Wie aber, wenn man folgende Modifikation eintreten lässt: das Missverständnis wird aufgeklärt, solange sich die Kohlen

---

<sup>2)</sup> Hat eventuell D. Ansprüche gegen die Interessenten, an die K. die Kohlen gratis verteilt hat? Nimmt man abstrakte Gestaltung der Eigentumsübertragung an, wonach K. trotz des Dissenses im Kausalgeschäft Eigentümer der Kohlen geworden und das Eigentum dann auch auf die Interessenten übergegangen ist, so ist eine dingliche Klage des D. gegen diese auf jeden Fall ausgeschlossen. Auch eine Bereicherungsklage wäre nach OR nicht gegeben, da der Vertrag der Interessenten mit K. als genügender Grund für den Erwerb der ersteren erscheint und eine dem § 822 BGB entsprechende Bestimmung, wonach ein unentgeltlicher Erwerb als grundloser behandelt werden kann, dem OR fremd ist. — Billigt man die im Text vertretene Auffassung von der kausalen Natur der Eigentumsübertragung, so stellt sich die Veräußerung der Kohlen durch K. als Verfügung eines Nichtberechtigten dar; K. ist, da kein Rechtsgrund vorhanden war, nicht Eigentümer geworden. Haben die Interessenten den Mangel im Kausalgeschäft zwischen K. und D. nicht gekannt, so haben sie als gutgläubige Erwerber Eigentum erlangt. Ein Bereicherungsanspruch gegen sie erscheint auch hier ausgeschlossen, weil ihr Erwerb sich auf den mit K. geschlossenen Vertrag gründet und OR eine dem § 816 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechende Bestimmung nicht enthält, wonach auch in diesem Fall ein unentgeltlicher Erwerb als grundloser behandelt werden kann; vergl. Oser, Kommentar zum OR Art. 62 Bem. III, 1; Becker, Kommentar zum OR Art. 62, III, 2. Hätte dagegen ein Interessent bei Empfang der Kohlen von dem Dissens zwischen K. und D. Kenntnis, so könnte D. ihm gegenüber vindizieren.

<sup>3)</sup> von Tuhr, Ztschr. f. Schweiz. R. XV. 290/1.

noch bei K. befinden. Kann hier D. nur kondizieren, hat er nur einen obligatorischen Anspruch, oder kann er die Kohlen als noch in seinem Eigentum stehend vindizieren? Eine Frage, die dann von grosser Bedeutung ist, wenn K. alsbald nach Lieferung der Kohlen in Konkurs gefallen ist. Muss sich D. hier, weil die Kohlen im Eigentum K.'s stehen und nach Art. 197 SchKG Bestandteile der Masse bilden, als Konkursgläubiger mit einer Quote seiner Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung begnügen, oder kann er Aussonderung verlangen?<sup>4)</sup>

Die Frage ist von zwei Kommentatoren des ZGB verschieden beantwortet worden.

Wieland führt zu Art. 714 aus, dass auch bei Fahrnis-übereignung der Rechtsgrund (Erwerbsgrund, Titel) d. h. das auf Eigentumsübertragung gerichtete Rechtsgeschäft (Kauf, Tausch usw.) rechtswirksam sein müsse, damit das Eigentum übergehe. Damit stimmen überein Rümelin<sup>5)</sup>, Strohal<sup>6)</sup>, Rabel<sup>7)</sup>. Danach würde, da in dem Kohlenbeispiel das Kausalgeschäft infolge des versteckten Dissenses nicht zustande gekommen ist, kein Eigentum übergegangen, mithin im Konkurs K.'s Aussonderung möglich sein.

Dagegen sagt Leemann im Gmürschen Kommentar zu Art. 714, Note 17: der dingliche Vertrag (Tradition) ist übereinstimmend mit der herrschenden Meinung im gemeinen Recht ein abstrakter Vertrag, d. h. unabhängig von dem zu Grunde liegenden obligatorischen Veräusse-

---

<sup>4)</sup> Entscheidet man sich für letzteres, so kann das Missverständnis noch dem D. zum Vorteil gereichen. Denn wäre der Kauf zustande gekommen, so könnte D. im Konkurs nur seine Kaufpreisforderung geltend machen und müsste mit seiner Quote zufrieden sein. So kann er, da infolge des Missverständnisses das Eigentum mangels Rechtsgrunds nicht übergegangen ist, Aussonderung der Kohlen begehren.

<sup>5)</sup> Der Vorentwurf zum Schw. ZGB S. 358.

<sup>6)</sup> Leipziger Ztschr. f. H. R. 1909 Sp. 610 ff.

<sup>7)</sup> Rhein. Ztschr. f. Zivil- und Prozessrecht. 1909. S. 426.

rungsvertrag, im Unterschied zu der Übereignung von Grundstücken. Weiter in Note 18: daraus ergibt sich: der Eigentumsübergang wird nicht gehindert, wenn . . . die Beteiligten verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben (der eine Kauf, der andere Schenkung). Der Veräußerer hat somit gegen den, der das Eigentum ohne Rechtsgrund erlangt hat, nur einen rein obligatorischen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.<sup>8)</sup>

Bei dieser Sachlage erscheint es geboten, die Frage: ob die Eigentumsübertragung an Fahrnis durch Übergabe im neuen schweizerischen Recht kausaler oder abstrakter Natur ist, nochmals kurz zu prüfen.

Der Wortlaut des Gesetzes gibt darüber keine Auskunft, da das ZGB hinsichtlich des Eigentumserwerbs an Fahrnis durch Übertragung sich auf die Vorschrift beschränkt, dass es dazu des Übergangs des Besitzes auf den Erwerber bedarf.<sup>9)</sup> Der weiter erforderliche Konsens über den Eigentumsübergang wird nicht erwähnt und es wird nichts darüber gesagt, ob ausserdem noch das Vorhandensein eines gültigen Rechtsgrundes Voraussetzung für den Eigentumsübergang ist.

Anders bei Grundstücken. Für diese statuiert das Gesetz unter Verwerfung der Abstraktheit des dinglichen Vertrags ausdrücklich die Geltung des Legalitätsprinzips, insbesondere in Art. 974 Abs. 2,<sup>10)</sup> wonach beim Mangel eines gültigen Rechtsgrundes der Eintrag im Grundbuch ungerechtfertigt ist. Ist also z. B. der

---

<sup>8)</sup> Vergl. dazu Staudinger, Kommentar zum BGB zu § 929 und die dort angegebene Literatur. An Staudinger schliesst sich Leemann eng an.

<sup>9)</sup> Art. 714 (s. auch Art. 199 des OR von 1881 und dazu von Waldkirch, Erwerb und Schutz des Eigentums an Mobilien, Züricher Diss. 1885, S. 17, 24/5.). — Anders BGB § 929: zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll.

<sup>10)</sup> Ungerechtfertigt ist der Eintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus unverbindlichem Rechtsgeschäft erfolgt ist.

dem Eintrag zugrunde liegende Kaufvertrag absolut nichtig oder relativ nichtig<sup>11)</sup>, so ist der als Eigentümer eingetragene Käufer in Wahrheit nicht Eigentümer; der Verkäufer kann ihm (und bösgläubigen späteren Erwerb-ern) gegenüber jeder Zeit Berichtigung des Grundbuchs verlangen (Art. 975).

Es ist sehr naheliegend, aus diesen Vorschriften des Liegenschaftsrechts auch auf den kausalen Charakter der Tradition bei Fahrnis zu schliessen, denn „die Trennung zwischen Rechtsgrund und dinglichem Vertrag liesse sich bei Übertragung von Grundstücken vermöge der solennen Form der Beurkundung und der Buchung noch eher durchführen als bei Fahrnis“.<sup>12)</sup> Keinesfalls kann umgekehrt geschlossen werden: da im Gesetz der Grundsatz der kausalen Eigentumsübertragung nur für Liegenschaften ausgesprochen ist, so gilt er für Fahrnis-erwerb nicht — vielmehr gilt hier das Gegenteil. Es liegt keinerlei Anhaltspunkt dafür vor, dass der bezeichnete Gedanke auf das Liegenschaftsrecht beschränkt sein sollte.

Immerhin führt der Hinweis auf das Liegenschaftsrecht doch zu keinem unbedingt zwingenden Resultat,<sup>13)</sup> so dass trotzdem eine Entscheidung zugunsten der Abstraktheit des dinglichen Vertrags bei Fahrnisübereignung nicht ausgeschlossen ist — falls erhebliche rechtspolitische Gründe dafür sprechen. Leemann glaubt, wie ja auch andere,<sup>14)</sup> dass dies der Fall sei; er sagt: „die Abstrakt-

---

<sup>11)</sup> Einseitige Unverbindlichkeit wegen wesentlichen Irrtums, Täuschung oder Furchterregung, vergl. Oser, Kommentar zum OR Art. 31, Bem. I, 3, und wegen Übervorteilung Oser zu Art. 21, III, 3.

<sup>12)</sup> Wieland zu Art. 714, Bem. 3 b. Strohal a. a. O. Sp. 614, Rümelin und Rabel a. a. O.

<sup>13)</sup> Zu beachten ist auch die abstrakte Gestaltung der Zession, Oser, Kommentar zum OR S. 415.

<sup>14)</sup> Vergl. z. B. Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs S. 16.

heit des Traditionsvertrags dient unstreitig den Bedürfnissen des Verkehrs; denn sie erleichtert den ferneren Erwerbem die Prüfung des — häufig nicht gut kontrollierbaren — rechtlichen Tatbestands und überhebt die Beteiligten insbesondere der Notwendigkeit, auf die den Rechtsgrund betreffenden Beziehungen näher einzugehen. Dadurch wird für den Mobiliarverkehr eine grössere Beweglichkeit erzielt, welche für den Liegenschaftsverkehr nicht im gleichen Masse erwünscht ist.“

Nun ist allerdings unstreitig, dass, wie die kausale Gestaltung der Übereignung zur Sicherung des Veräusserers dient (der, falls kein gültiger Rechtsgrund vorhanden ist, auch sein Eigentum nicht verliert), umgekehrt die abstrakte Gestaltung derselben einen gewissen Schutz des ersten und besonders auch eines späteren Erwerbers herbeiführt,<sup>15)</sup> da sie dahin zielt, ihren Erwerb von der Nichtexistenz und den Mängeln des Rechtsgrundes bei der ersten Veräusserung unabhängig zu machen. Aber dieser Schutz auf der Erwerbseite ist ja kein absoluter, sodass das Kausalgeschäft stets vollständig ausgeschaltet und unbedingt jede Erörterung über dasselbe bei der Beurteilung der Frage des Eigentumsübergangs ausgeschlossen sein müsste. Denn auch bei abstrakter Gestaltung der Eigentumsübertragung müsste doch den Beteiligten die Möglichkeit gegeben sein, das Zustandekommen und die Gültigkeit des Kausalgeschäfts zur Bedingung des Eigentumsübergangs zu machen, so dass bei Nichteintritt dieser Bedingung der Ersterwerber (und auch der diesen

---

<sup>15)</sup> Man hat zugunsten der abstrakten Tradition auch angeführt, dass durch sie der Nachweis des rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs erleichtert werde, da bei ihrer Annahme hierzu der Nachweis des nackten dinglichen Vertrags genüge und das obligatorische Kausalgeschäft nicht aufgedeckt zu werden brauche. Dieses Moment kommt aber für das Recht des ZGB nicht in Betracht, weil hier der Eigentümer stets in der Lage sein wird, sich zum Nachweis seines Eigentums auf die aus dem Besitz fließende Eigentumsvermutung (Art. 930) zu stützen.

Umstand kennende Dritte von diesem) kein Eigentum erwirbt.<sup>16)</sup> Da auch die stillschweigende Zufügung einer solchen Bedingung für zulässig erachtet werden müsste, so entsteht überdies hier eine nicht unbedeutende Schwierigkeit und Unsicherheit bei der Entscheidung der Frage, wann eine solche Bedingung anzunehmen ist.

Weiter besteht auch bei abstrakter Gestaltung der Übereignung insofern ein sehr enger Zusammenhang zwischen Kausalgeschäft und dinglichem Vertrag, als sehr häufig ein bei ersterem vorhandener Mangel bei dem dinglichen Vertrag wiederkehrt, so dass auch hier der erste Erwerber (und ebenso ein diesen Mangel kennender Dritter von ihm) kein Eigentum erwirbt. So wird z. B. wenn bei einem Kreditkauf der Käufer durch arglistige Täuschung über seine Zahlungsunfähigkeit den Verkäufer zum Abschluss des Kaufvertrags bestimmt hat, auch bei abstrakter Übereignung regelmässig der gleiche Mangel auch bei dem dinglichen Vertrag bestehen und dessen einseitige Unverbindlichkeit für den Verkäufer herbeiführen, so dass dieser im Konkurs des Käufers Aussonderung begehren und von einem bösgläubigen Dritterwerber vindizieren kann.<sup>17)</sup> Aber auch hier taucht

---

<sup>16)</sup> Die Zulässigkeit einer solchen Bedingung wird für das Recht des BGB, das ja den Grundsatz der Abstraktheit des dinglichen Vertrags durchgeführt hat, für die Fahrnisübereignung angenommen; vergl. z. B. Staudinger zu § 929, IV, 3, b und c; auch Bd. I, S. 396; R. G. E. 57, 95 ff. Entsprechend für das schweizerische Recht: Leemann zu Art. 714 Note 18. — Manche ziehen für das BGB dessen § 139 heran und erachten die Vereinigung von obligatorischem Kausalgeschäft und dinglichem Erfüllungsgeschäft in einem einheitlichen Gesamtgeschäft i. S. des § 139 für möglich derart, dass die Ungültigkeit des einen die Ungültigkeit des anderen nach sich zieht. Vergl. André, einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte in Festgabe für Enneccerus 1913, insbesondere S. 14 ff. Die Lösung der Frage, wann nach dem Willen der Parteien ein einheitliches Gesamtgeschäft vorliegt, bereitet Schwierigkeit.

<sup>17)</sup> s. R. G. E. 69, 13; 70, 57; entsprechend für den Fall des wesentlichen Irrtums über Zahlungsfähigkeit R. G. E. 66,



wieder eine sehr heikle Frage auf: wann ein absolute oder relative Nichtigkeit bewirkender Mangel nur das Kausalgeschäft und wann er auch das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft ergreift.<sup>18)</sup>

Während die eben gemachten Ausführungen zeigen, dass durch die abstrakte Gestaltung der Übereignung

---

385. — Das BG, das sich in Blätter f. Zürch. Rechtspr. II, 322, für den abstrakten Charakter der Tradition entschieden hat, erklärt dort, dass im Falle des Betrugs auch der Übertragungswille selbst affiziert werde, während im übrigen die Ungültigkeit des Kausalgeschäfts die Wirksamkeit des Traditionsvertrags nicht berühre.

<sup>18)</sup> Das RG sagt z. B. in Bd. 66, 385, dass Kausalgeschäft und dingliches Übereignungsgeschäft beim Anfechtungsgrund des Irrtums gemeinsam anfechtbar sein können, wenn beide Geschäfte in einem einheitlichen Willensakt zusammenfallen und dieser am Anfechtungsgrund leidet. Wann handelt es sich um einen einheitlichen Willensakt? Da das ja oft rein zufällige zeitliche Zusammen- oder Auseinanderfallen von Kausal- und Erfüllungsgeschäft nicht entscheidend sein kann, so wird ein einheitlicher Willensakt nur dann als nicht vorliegend in Frage kommen, wenn zwischen Abschluss des Kausal- und des Erfüllungsgeschäfts der Anfechtungsgrund (durch Aufklärung des Irrtums usw.) behoben wird oder wenn verschiedene Personen das Kausal- und das Erfüllungsgeschäft abschliessen. Ein einheitlicher Willensakt ist z. B. zweifellos nicht vorhanden, wenn A. durch einen Betrug des X. veranlasst, mit diesem einen Kaufvertrag geschlossen hat und, da A. darauf plötzlich stirbt, sein Erbe B., der nur vom Abschluss des Kaufs, nicht aber von den diesen begleitenden Umständen und den Vorspiegelungen des X. weiss, die verkaufte Sache dem X. übergibt. Hier erscheint allerdings der Eigentumsübergang bei abstrakter Gestaltung der Eigentumsübertragung als unanfechtbar, wenn B. später den gegenüber seinem Erblasser verübten Betrug entdeckt. Aber was rechtfertigt es, diesen Fall anders zu behandeln, als wenn der Zufall es gewollt hätte, dass der Erblasser selbst noch vor seinem Tode in einem einheitlichen Willensakt den Kauf auch erfüllt hätte? — Ob Verbotswidrigkeit oder Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts auch das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft nichtig machen, ist im deutschen Recht bestritten, vergl. RGE 63, 184; 68, 100; 75, 74. Speziell für den Fall des Wuchers wird Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts im Hinblick auf die Fassung des § 138 BGB angenommen, RGE 57, 96.

durchaus nicht immer eine absolut klare und einfache Situation für den Erwerber geschaffen wird und die Heranziehung des Kausalgeschäfts bei Erörterung der Frage des Eigentumsübergangs nicht völlig ausgeschlossen wird, dass überdies die Durchführung des Grundsatzes der Abstraktheit bisweilen grosse Schwierigkeiten bereitet — ergibt sich wieder andererseits, dass der der Erwerbseite gewährte Schutz hier in manchen Fällen ein zu weitgehender ist. Es hat z. B. A. dem B. sein Pferd in einem öffentlichen Testament vermacht. B. macht den für ihn daraus entstandenen persönlichen Anspruch geltend und C. (der Erbe des A.) übergibt dem B. das Pferd. Nachträglich wird ein eigenhändiges Testament des A. bekannt, in welchem das Vermächtnis widerrufen ist. Wie C. darauf das Pferd von B. zurückfordern will, erfährt er, dass B. inzwischen in Konkurs geraten ist. Kann C. hier Aussonderung des Pferds aus der Masse verlangen? Bei abstrakter Gestaltung der Tradition nicht, denn B. ist trotz des mangelnden Rechtsgrundes Eigentümer geworden, und zwar auch dann, wenn er von dem Widerruf des Vermächtnisses gewusst hat,<sup>19)</sup> da ja auch in diesem Fall die allein nötige Einigung über den Eigentumsübergang vorhanden war. C. hat nur einen obligatorischen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung; er wird als Konkursgläubiger mit seiner Quote abgefunden. Eine Entscheidung, die von jedermann als unbillig empfunden wird, da der Verlust des C. lediglich den anderen Konkursgläubigern zum Vorteil gereicht.<sup>20)</sup>

Gestalten wir den Fall etwas anders. B. fällt nicht in Konkurs, aber ehe C. noch die Sache von B. zurück-

---

<sup>19)</sup> Anders für diesen Fall im gemeinen Recht D. 13, 1, 18, und 47, 2, 43, pr.

<sup>20)</sup> Anders bei kausaler Tradition: hier ist infolge des mangelnden Rechtsgrundes kein Eigentum auf B. übergegangen, auch wenn er von dem Widerruf nichts wusste; C. kann Aussonderung verlangen.

fordern kann, beredet X., der von dem Widerruf des Vermächtnisses Kenntnis hat, den B., ihm die Sache zu übereignen. Bei abstrakter Gestaltung der Tradition hat hier C. — trotz der Unredlichkeit des X. — das Nachsehen. C. hatte zwar gegen B. einen obligatorischen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung; dieser entfällt aber, wenn B. infolge der Übereignung an X. nicht mehr bereichert ist.<sup>21)</sup> Gegen den durch die Übergabe Eigentümer gewordenen X. hat C. auch keinen obligatorischen Bereicherungsanspruch, nach OR selbst dann nicht, wenn B. dem X. die Sache geschenkt hat.<sup>22)</sup> Ebenfalls ein Resultat, das dem gesunden Rechtsgefühl zweifellos widerspricht.<sup>23)</sup>

Verlangen nun trotz dieser Mängel der abstrakten Übereignung wirklich die Bedürfnisse des Verkehrs ihre Annahme? Dies ist mit Recht schon bestritten worden. „Der im heutigen Recht<sup>24)</sup> in reichlichem Masse eintretende Schutz des auf Grund der Verfügung eines Nichtberechtigten Erwerbenden dürfte geeignet sein, eine Gefährdung derjenigen Sicherheit, welche der redliche Verkehr allerdings bedarf, auszuschliessen.<sup>25)</sup> Für eine Benachteiligung der durch die ungerechtfertigte Verfügung Verkürzten zugunsten der Konkursgläubiger des ungerecht-

---

<sup>21)</sup> Hat B. bei der Übereignung an X. Kenntnis vom Widerruf gehabt, dann greift allerdings Art. 64 OR ein.

<sup>22)</sup> s. o. S. 335, Anm. 2.

<sup>23)</sup> Bei kausaler Tradition wird X. infolge seines bösen Glaubens bei dem Erwerb von dem Nichteigentümer B. nicht Eigentümer. — Ist X. gutgläubig, so kann allerdings C. gegen ihn nichts ausrichten. Hat aber X. die Sache von B. gekauft und den Kaufpreis zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht gezahlt, so kann C., wenn B. in Konkurs fällt, nach Art. 202 SchKG Abtretung der Forderung gegen X., bezw. Herausgabe des Kaufpreises aus der Masse verlangen.

<sup>24)</sup> Im Gegensatz zum röm. und gem. Recht Strohal Jher. Jahrb. 27, S. 335.

<sup>25)</sup> Zumal angesichts der gesetzlichen Vermutung des Art. 3 ZGB.

fertigt Erwerbenden und zugunsten des diese Sachlage kennenden Rechtsnachfolgers des ersten Erwerbers aber wird ein sachlicher Grund nicht erfindlich sein.<sup>26)</sup>

Danach scheint es nicht geboten, die für das gemeine Recht überwiegend angenommene, aber dort auch lebhaft bekämpfte,<sup>27)</sup> für das OR von 1887 allerdings auch vertretene, aber nicht selbständig begründete<sup>28)</sup> abstrakte Gestaltung der Eigentumsübertragung für die Ueber-eignung von Fahrnis nach ZGB zugrunde zu legen; vielmehr wird grundsätzlich kausaler Charakter der-delben anzunehmen sein.<sup>29)</sup>

Immerhin kann man sich fragen, ob die Eigentums-übertragung an Fahrnis nach ZGB notwendig kausal sein muss. Angesichts der Tatsache, dass das Gesetz vollkommen freie Hand lässt, nötigt nichts, dies als Dogma aufzustellen. Vielmehr sind Fälle denkbar, in welchen die Beteiligten den Eigentumsübergang unab-hängig von einem bestimmten Rechtsgrund eintreten lassen wollen und dies unzweideutig zum Ausdruck bringen; wo auch kein Grund besteht, einer derartigen Vereinbarung die Fähigkeit, das Eigentum überzuleiten, abzusprechen.<sup>30)</sup> Man kann dabei etwa an folgenden Fall denken: A. hat als Vermögensverwalter des X. ein

---

<sup>26)</sup> Strohal, Lpz. Ztschr. f. H. R. 1909. Sp. 613.

<sup>27)</sup> So namentlich von Strohal, Jher. Jahrb. 27, S. 335 ff; Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht III, S. 47 ff. — Für das österreichische Recht s. Rappaport, Über die Bedeutung des Titels für die Gültigkeit der Eigentumsübergabe, in der Festschr. zur Jahrhundertfeier des A. B. G. B.

<sup>28)</sup> Vergl. BG in Blätter f. Zürch. Rechtspr. II, S. 322; ferner EBG 25<sup>2</sup>, 449; 26<sup>2</sup>, 67. — Hafner zu Art. 199 Note 4. von Waldkirch, Erwerb und Schutz des Eigentums an Mobilien. Züricher Diss. 1885, S. 24.

<sup>29)</sup> Auf die Bedeutung dieser Entscheidung für das Straf-recht (namentlich beim Tatbestand der Unterschlagung) kann hier nur verwiesen werden.

<sup>30)</sup> Vergl. Strohal in Jher. Jahrb. 27, S. 397/8.

diesem gehöriges Wertpapier, ohne dass X. etwas bemerkte, unterschlagen. Nach langer Zeit sendet A., von Gewissensbissen geplagt, den B. mit einem gleichen Papier zu dem inzwischen verarmten X., um diesem, ohne Nennung seines Namens, das Papier auszuhändigen. Die Frage des X., ob es sich um ein Geschenk handle, verneint B.; auf die Frage, von wem das Papier stamme, verweigert B. die Auskunft. Nach einigem Zögern nimmt X. das Papier an. Obwohl hier keine Vereinbarung über einen Rechtsgrund vorliegt, wird doch wohl Übergang des Eigentums anzunehmen sein.

Solche abstrakte Gestaltung des Eigentumsübergangs ist aber nur da anzunehmen, wo der Parteiwille deutlich erkennbar darauf gerichtet ist. Im übrigen setzt die Übereignung bei Fahrnis einen Rechtsgrund und zwar einen objektiv gültigen<sup>31)</sup> voraus (objektiv-kausale Tradition). Es genügt nicht<sup>32)</sup> das Einverständnis der Beteiligten über eine bestimmte causa, wenn dieses zum Abschluss eines gültigen obligatorischen Geschäfts nicht hinreicht.<sup>33)</sup> Das ist bedeutsam für den Fall der Übereignung *solvendi causa*, wenn die Schuld, hinsichtlich deren Erfüllung erfolgen soll, nicht besteht.

Erfolgt eine Übereignung zum Zweck der Erfüllung einer in Wahrheit nicht bestehenden Schuld, so liegt kein gültiges Zahlungsgeschäft vor; denn die Zahlung ist Schuldtilgung und wo keine Schuld besteht, da ist keine Schuldtilgung, keine Zahlung möglich.<sup>34)</sup>

Wird allerdings die Leistung in Kenntnis des Nicht-

---

<sup>31)</sup> Also kein Eigentumsübergang im Fall von absoluter oder relativer (und rechtzeitig (Art. 31 und 21 OR) geltend gemachter) Nichtigkeit und Dissens beim Kausalgeschäft.

<sup>32)</sup> Wie dies bei der subjektiv-kausalen Theorie der Fall wäre, welche z. B. von Randa, *Eigentumsrecht* (2. Aufl.) I. S. 290 vertreten wird.

<sup>33)</sup> S. dazu und zum folgenden Rappaport a. a. S. 417 ff.

<sup>34)</sup> a. A. z. B. Kohler, *Arch. f. bürgerl. Recht*, XVIII, S. 111. der gerade umgekehrt argumentiert.

bestands der Schuld<sup>35)</sup> erbracht, dann liegt sonach zwar keine Zahlung vor, aber es entsteht doch nach OR ein gültiges Rechtsgeschäft,<sup>36)</sup> das die Wirkung hat, dass die Rückforderung der Leistung mit obligatorischer Klage ausgeschlossen ist.

Gelingt dem Leistenden aber der Nachweis, dass er sich über seine Schuldpflicht im Irrtum befunden hat, so steht damit fest, dass kein gültiges obligatorisches Geschäft und damit kein gültiger Rechtsgrund der Übereignung zugrunde gelegen hat; es ist kein Eigentum übergegangen, auch wenn die Beteiligten über die causa einig gewesen sind und die Tilgung der gleichen (in Wahrheit nicht bestehenden) Schuld im Auge gehabt haben.

Da es sich in den weitaus meisten der hier in Frage kommenden Fälle um Geldzahlung handelt, so wird allerdings das eben Gesagte sehr selten von praktischer Bedeutung werden, weil dann das Eigentum des Zahlenden an dem Geld durch Vermengung<sup>37)</sup> oder Verbrauch regelmässig alsbald untergeht und nur *condictio indebiti* bleibt.

Die gleiche Entscheidung wie für die irrtümliche Zahlung bei Nichtbestand der Schuld muss aber auch für die *datio in solutum* gelten, falls eine Sache für eine nichtbestehende Schuld im Irrtum über deren Bestand hingegeben wird. Der Umstand, dass hier nicht das vermeintlich geschuldete selbst geleistet wird, rechtfertigt nicht eine verschiedene Entscheidung. Wenn X. glaubt, dem Y. noch 100 Franken aus Darlehen schuldig zu sein und ihm, da er nicht in der Lage ist, das Geld aufzubringen,

---

<sup>35)</sup> Nach Art. 63 OR trifft den Leistenden die Beweislast dafür, dass er sich über den Bestand der Schuldpflicht im Irrtum befunden hat, s. dazu Oser zu Art. 63 Bem. V. — Wesentlichkeit und Entschuldbarkeit des Irrtums sind nicht gefordert. Oser a. a. O. III, 3, a und b.

<sup>36)</sup> Es muss keine Schenkung sein, vergl. das Beispiel alsbald im Text, wo auf keiner Seite Schenkungsabsicht vorhanden ist.

<sup>37)</sup> s. Wieland zu Art. 727, Bem. 6.

statt dessen seine goldene Uhr übereignet, so kann X., wenn er später eine Quittung findet, aus der sich ergibt, dass die Schuld bereits getilgt war, die Uhr vindizieren und in einem eventuellen Konkurs des Y. Aussonderung begehren.<sup>38)</sup>

Hat der Leistende den Nichtbestand der Schuld gekannt, dann ist ihm, wie schon gesagt, die obligatorische Rückforderungsklage (*condictio*) versagt, ebenso aber auch die *rei vindicatio*; es geht Eigentum über. So in folgendem Fall: X. fordert den Y. zur Zahlung einer angeblichen Schuld desselben auf; Y. weigert sich zunächst mit der Begründung, dass er nichts schulde. Schliesslich leistet Y., um den öfter drängenden X. los zu werden, das Geforderte (oder gibt statt dessen eine andere Sache hin) mit der Erklärung, dass er zwar nichts schulde, dass er aber doch leiste, um nicht länger von X. gemahnt zu werden. Hier kann Y. nicht, wenn er sich die Sache anders überlegt, hinterher das Geleistete mit der Begründung vindizieren, dass kein gültiger Rechtsgrund vorgelegen habe. Es war hier zweifellos die Meinung die, dass es auch dann bei der Leistung bleiben solle, wenn der Nichtbestand der Schuld nachgewiesen werde.

Der Fall der wissentlichen Leistung auf eine Nichtschuld zeigt, dass ein gültiger Rechtsgrund für die Übereignung nicht stets verlangt, dass ein obligatorisches Verhältnis besteht, nach welchem der Leistende zur Über-

---

<sup>38)</sup> Ein anderes Beispiel: A. übernimmt mündlich eine — also ungültige — Bürgschaft (Art. 493 OR). Er wird auf Grund derselben in Anspruch genommen und gibt statt des Geldes einen Wertgegenstand. Wenn er später erfährt, dass die Schuld infolge der durch die Formlosigkeit der Erklärung verursachten Nichtigkeit der Bürgschaft nicht bestand, so kann A. die Sache vindizieren und im Konkurs des Gläubigers Aussonderung verlangen, da die durch die Formlosigkeit begründete Nichtigkeit durch die Erfüllung nicht geheilt wird, Oser zu OR Art. 11, Bem. VII 2, a; anders BGB § 766, dazu Reichel, Arch. f. ziv. Pr. 104 (1909) S. 1 ff.

eignung verpflichtet ist<sup>39)</sup> (wenn dies auch die weitaus häufigsten Fälle sind), dass vielmehr allgemein als gültiger Rechtsgrund ein nach den Vorschriften des Obligationenrechts gültiges obligatorisches Verhältnis genügt,<sup>40)</sup> aus dem der wirtschaftliche Zweck des Eigentumsübergangs erhellt und das als Grundlage für denselben geeignet erscheint.

Ein nicht zu unterschätzendes Bedenken gegen die objektiv-kausale Gestaltung der Eigentumsübertragung an Fahrnis im neuen schweizerischen Recht scheint sich nun aber aus dem Umstand herleiten zu lassen, dass im OR das Kondiktionensystem sich findet. Bildete doch im gemeinen Recht die Lehre von den Kondiktionen eins der wichtigsten Argumente für die Abstraktheit (oder doch zum mindesten die subjektiv-kausale Gestaltung) der Tradition. Man ging dabei von dem Satz der römischen Quellen aus, dass grundsätzlich niemand seine eigene Sache kon-

---

<sup>39)</sup> Geschweige denn, dass eine solche Verpflichtung notwendig *v o r* der Übereignung vorhanden sein müsste; also keine vollständige Rückkehr zu der Lehre vom *titulus* und *modus acquirendi* in diesem Punkt. — Dass in dem eben gegebenen Beispiel durch das an sich gültige Geschäft der wissentlichen Leistung bei Nichtbestand einer Schuld keine Verpflichtung des Leistenden zur Leistung erzeugt wird, ergibt sich, wenn sich etwa der hingeebene Fünfzigfrankenschein als gefälscht erweist, ohne dass der Leistende Kenntnis davon hatte. Hier kann X. nicht etwa gestützt auf die bereits erfolgte Leistung ohne weiteres nochmalige Leistung von 50 Franken fordern. In der Leistung liegt hier auch, wie der Fall gelagert ist, keine von Y. zu entkräftende Anerkennung des Bestandes der Schuld. Es muss X., wenn er nochmalige Leistung verlangt, seinerseits den Bestand der Schuld beweisen.

<sup>40)</sup> Keine Verpflichtung, die durch die Übereignung erfüllt würde, besteht ferner bei Realgeschäften (Handschenkung, Barverkauf); vergl. auch Jung, Die Bereicherungsansprüche, insbesondere S. 64 ff.



dizieren könne<sup>41)</sup>; eine Kondiktion ist danach also nur gegeben, wenn die rei vindicatio nicht zusteht. Wenn also für den Fall, dass etwas sine causa gegeben worden ist, die *condictio sine causa* Anwendung findet, so ist daraus zu schliessen, dass in diesem Fall die rei vindicatio nicht gegeben ist, mithin trotz fehlender causa Eigentum übergegangen ist. Da im Falle der irrtümlichen Zahlung einer Nichtschuld die *condictio indebiti* eingreift, so muss auch demjenigen, der im Irrtum über den Nichtbestand der Schuld geleistet hat, die rei vindicatio nicht mehr zugestanden haben — es muss folglich auch bei irrtümlicher Zahlung einer Nichtschuld Eigentum übergegangen sein. Da in diesem Fall eine objektiv gültige causa fehlt, so ergibt sich, dass Eigentum ohne solche übergeht — also abstrakte Tradition oder doch zum mindesten nur subjektiv-kausale Tradition in der Art, dass die Einigung der Parteien über eine causa zum Eigentumsübergang genügt, wenn dadurch auch kein objektiv gültiger Rechtsgrund geschaffen wird.

An das gemeine Recht hat man sich bei Regelung der Kondiktionen im OR von 1881 eng angeschlossen. Sagt doch z. B. Wyss:<sup>42)</sup> „In konsequenter Fortbildung dieses Standpunkts (von Witte und Windscheid) können wir nun einen allgemeinen Verpflichtungsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung konstruieren; allerdings werden wir wohl daran tun, uns dabei nicht ins Ungemessene zu verlieren, sondern die Einzelheiten des Instituts wesentlich auf der Grundlage und innerhalb der Schranken aufzubauen, welche die klassische römische Jurisprudenz vorgezeichnet hat. — Windscheids klassische Ausführungen über das Fundament der römischen Bereicherungsklage

---

<sup>41)</sup> *proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse.* D. 7, 9, 12 i. f.

<sup>42)</sup> Motive zu der auf Grund der Kommissionsbeschlüsse vom September 1877 bearbeiteten neuen Redaktion des allgemeinen Teils des Entwurfs zu einem schweiz. OR 1877. S. 9/10.

haben für dieses Verfahren den Weg vorgezeichnet.“ Es wurde auch der Grundsatz angenommen, dass die Bereicherungsklage platzgreifen sollte, wenn die Eigentumsklage nicht gegeben war<sup>43)</sup>, wobei man wohl von dem Gedanken geleitet wurde, dass auch beim Eigentumserwerb an Mobilien nach OR die Tradition abstrakten Charakter habe, wie diesen Windscheid für das gemeine Recht vertrat.

Bei der Revision sind an dem die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung behandelnden Abschnitt (OR Art. 62 ff.) keine wesentlichen Änderungen eingetreten.

Spricht dies nun gegen die objektiv-kausale Gestaltung der Eigentumsübertragung bei Fahrnis nach ZGB? Diese Frage ist zu verneinen. Bei ihrer Beantwortung muss man sich zunächst wieder vor Augen halten, dass nach ZGB die Abstraktheit des dinglichen Vertrags bei Grundstücksübergang abgelehnt ist;<sup>44)</sup> dann muss aber auch das gleiche für die Eigentumsübertragung an Fahrnis möglich sein, selbst wenn die Konditionen bei objektiv-kausaler Tradition ein beschränkteres Anwendungsgebiet erhalten sollten als das ihnen ursprünglich zugedachte. Inkompatibel mit der objektiv-kausalen Gestaltung der Tradition ist das Konditionensystem keineswegs.<sup>45)</sup> Durch diese bleiben völlig unberührt diejenigen Fälle, in welchen eine ungerechtfertigte Bereicherung durch Eigentumserwerb eintritt, ohne dass dabei eine Tradition im Spiele ist.<sup>46)</sup> Doch auch dann wird die Anwendbarkeit der Konditionen in keiner Weise geschmälert, wenn eine ob causam futuram gemachte Leistung bei späterer Nichtverwirklichung zurückgefordert

---

<sup>43)</sup> Wyss a. a. O.: der Geschädigte soll Reparation erhalten, auch ohne dass ihm eine besondere Vertrags- oder Delikts- oder dingliche Klage zu Gebote steht.

<sup>44)</sup> s. o. S. 337.

<sup>45)</sup> Vergl. Strohal Jher. Jahrb. 27 S. 403 ff., 432.

<sup>46)</sup> So nach Art. 671, 726, 727 ZGB.

werden soll, ebenso im Fall der *condictio ob causam finitam*<sup>47)</sup>; hier war zur Zeit der Eigentumsübertragung ein gültiger Rechtsgrund vorhanden, Eigentum geht über und es ist nur der obligatorische Rückforderungsanspruch, die *condictio*, gegeben.

Aber selbst für diejenigen Fälle, in denen gemäss dem objektiv-kausalen Charakter der Tradition infolge mangelnden gültigen Rechtsgrundes Eigentum nicht übergeht, sind die Kondiktionen unter allen Umständen dann von Bedeutung, wenn die tradierte Sache vom Erwerber veräussert oder konsumiert worden ist und damit die *rei vindicatio* ausgeschlossen ist. Und gerade bei der häufigsten Form der Kondiktionen, der *condictio indebiti*, handelt es sich ja meist um Geldzahlung, wobei regelmässig alsbald Verbrauch oder Vermengung erfolgt.<sup>48)</sup>

Also nur in diesen zuletzt genannten Fällen würde bei objektiv-kausaler Tradition eventuell eine Beschränkung der Anwendbarkeit der Kondiktionen eintreten, so lange nämlich hier die *rei vindicatio* möglich ist. Dabei ist aber vorausgesetzt, dass noch der im gemeinen Recht herrschende Grundsatz gilt, dass *rei vindicatio* und *condictio* nicht gleichzeitig zustehen können, denn sonst würde die bezeichnete Beschränkung auch wegfallen und *rei vindicatio* und *condictio* neben einander gegeben sein.

Wie steht es nun heute mit der Geltung des genannten Grundsatzes? Das Bundesgericht vertritt ihn; es hält an der Subsidiarität der Bereicherungsklage wie gegenüber der Vertragsklage,<sup>49)</sup> so auch gegenüber der Eigentumsklage<sup>50)</sup> fest.

---

<sup>47)</sup> Wie z. B. im Fall des Art. 119 OR, wenn eine Leistung auf Grund eines zweiseitigen Vertrags gemacht wurde und die Gegenleistung ohne Verschulden eines Teils unmöglich wird.

<sup>48)</sup> s. o. S. 346.

<sup>49)</sup> EBG XVII S. 329.

<sup>50)</sup> EBG XIX. S. 304; s. auch Oser, Kommentar Vorb. vor Art. 62 ff. I 1 b. Becker, Vorb. zu Art. 62 ff. III.

Demgegenüber wird heute von vielen<sup>51)</sup> angenommen, dass eine solche Subsidiarität nicht bestehe, dass vielmehr der Bereicherungsanspruch mit anderen Ansprüchen konkurrieren könne. Zu Gunsten dieser Ansicht kann man im allgemeinen darauf verweisen, dass ja im Gesetze nichts von Subsidiarität gesagt ist. Speziell für das Nebeneinanderstehen von Eigentums- und Bereicherungsanspruch scheint auf den ersten Blick (bei Zugrundelegung der objektiv-kausalen Theorie) zu sprechen, dass der Mangel des gültigen Rechtsgrundes im Sinne eines gültigen obligatorischen Verhältnisses, welcher den Eigentumsübergang verhindert, zugleich auch eine Voraussetzung der ungerechtfertigten<sup>52)</sup> Bereicherung bildet. Immerhin muss man sich fragen, ob nicht in diesem Fall eine weitere Voraussetzung der Bereicherungsklage fehlt, nämlich die Bereicherung. Und diese Frage ist zu bejahen; solange gegen den Erwerber der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe besteht, ist er nicht um die Sache bereichert, wenn er sie auch tatsächlich in seiner Gewalt hat.<sup>53)</sup>

Es sind sonach diejenigen Fälle, in welchen es sich um Herausgabe einer Sache handelt, an welcher das Eigentum infolge des Mangels eines gültigen Rechtsgrundes nicht übergegangen ist, so lange die rei vindicatio gegeben ist, nach den Vorschriften über den Eigentums-, nicht nach denen über den Bereicherungsanspruch zu beurteilen. Das ist auch nicht ohne praktisch wichtige Folgen. So einmal hinsichtlich der Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte. Denn wenn z. B. der wegen

---

<sup>51)</sup> z. B. Stammer, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung in der Hallenser Festgabe für Fitting S. 167. — Weitere Literatur bei Oser, l. c., Oertmann, Vorb. vor §§ 812 ff., 4.

<sup>52)</sup> Vergl. dazu ZGB Art. 974 Abs. 2: Ungerechtfertigt ist der Eintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist.

<sup>53)</sup> Nur eine *condictio possessionis* könnte in Frage kommen, vergl. Oertmann a. a. O.

mangelnden gültigen Rechtsgrundes nicht Eigentümer gewordene Erwerber gutgläubig ist, so braucht er die von ihm bezogenen Früchte, auch so weit sie noch vorhanden sind und sich in seinem Besitze befinden, als gutgläubiger Besitzer dem dinglich besser Berechtigten (dem Eigentümer) nicht herauszugeben.<sup>54)</sup> Nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung dagegen würden auch diese Früchte als Bereicherung erscheinen<sup>55)</sup> und nur eben das Eingreifen der Vorschriften über das Verhältnis des gutgläubigen Besitzers zum dinglich besser Berechtigten macht den Erwerb des Eigentums an den Früchten zu einem gerechtfertigten. Wenn also z. B. X. dem Y. auf Grund eines, wie sich später erst herausstellt, widerrufenen Vermächtnisses eine Sache tradiert, so braucht Y., falls er von dem Widerruf keine Kenntnis gehabt hat, die von ihm gezogenen und noch vorhandenen Früchte nicht herauszugeben, wenn X. nach Bekanntwerden des Widerrufs die Sache vindiziert.<sup>56)</sup>

Ein weiterer Unterschied zwischen Eigentums- und Bereicherungsanspruch ergibt sich hinsichtlich des Ersatzanspruchs des Belangten für den Fall seiner Bösgläubigkeit beim Empfang. Der bösgläubige Besitzer hat gegenüber dem dinglich besser Berechtigten (also der mangels gültigen Rechtsgrundes nicht Eigentümer gewordene bösgläubige Erwerber gegenüber dem Eigentümer) nach Art. 940 ZGB eine Forderung für Verwendungen nur, wenn solche auch für den Berechtigten not-

---

<sup>54)</sup> Wieland, Kommentar zu Art. 938, Note 3.

<sup>55)</sup> Oser, Kommentar zu OR Art. 64, Note III.

<sup>56)</sup> Anders, wenn man abstrakten Charakter der Tradition annimmt. Dann ist Eigentum trotz des mangelnden gültigen Rechtsgrundes übergegangen. Es greifen nur die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung ein. Ausser der Sache selbst sind auch die gezogenen Früchte herauszugeben, soweit der Empfänger dadurch noch bereichert erscheint. Art. 938, der nur von dem Verhältnis des Besitzers zu dem d i n g l i c h besser Berechtigten handelt, trifft nicht zu.

wendig gewesen wären. Dagegen würde, falls die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung Anwendung zu finden hätten, der beim Empfang bösgläubige Empfänger einen Ersatzanspruch für notwendige und auch für nur nützliche Verwendungen, für letztere allerdings nur bis zum Betrag des zur Zeit der Rückerstattung noch vorhandenen Mehrwerts, haben (OR. Art. 65).

Besondere Bedeutung für die Frage der Unabhängigkeit des sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfts gegenüber dem obligatorischen Kausalgeschäft misst man bei Auslegung des BGB dem Umstand bei, dass die *condictiones ob injustam* und *ob turpem causam* im § 817 in das Gesetz Aufnahme gefunden haben. Hat man doch daraus folgenden Schluss gezogen<sup>57)</sup>: Wäre die Einigung über die Eigentumsübertragung wegen Verstosses gegen die guten Sitten nichtig, so würde das Eigentum an dem daraufhin geleisteten auf den Empfänger nicht übergehen und von dem Leistenden mit der Eigentumsklage Herausgabe begehrt werden können. Da aber § 817 eine Bestimmung darüber trifft, wann eine *condictio*, ein obligatorischer Anspruch, auf Rückgabe des zu unsittlichen Zwecken Geleisteten gegen den Empfänger gegeben und wann er ausgeschlossen sein soll, lässt damit das Gesetz erkennen, dass es das Geleistete trotz des sittenwidrigen Zwecks der Leistung als in das Eigentum des Empfängers übergegangen ansieht.

Auch dem OR sind die *condictiones ob turpem* und *ob iniustam causam* nicht fremd. Zwar sind sie nicht besonders erwähnt, aber man war sich beim Erlass des Gesetzes darüber im klaren, dass ihr Fundament in dem allgemeinen über die Bereicherung handelnden Artikel (jetzt Art. 62, Abs. 1) enthalten sei.<sup>58)</sup> Dabei war wohl die Meinung die, dass in diesen Fällen zwar Eigentum trotz

<sup>57)</sup> RGE 63, 184; 75, 74.

<sup>58)</sup> s. Wyss a. a. O. S. 16 für die *condictio ob turpem causam*. — Oser, Kommentar zu Art. 66, I.

rechtswidriger oder unsittlicher *causa* übergehen könne, dass aber eine *condictio*, ein persönlicher Rückforderungsanspruch, gewährt werden solle. Doch wurde hiervon in einer dem heutigen Artikel 66 entsprechenden Bestimmung eine Ausnahme statuiert für den Fall, dass der Geber einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen beabsichtigte. Die Wirkung des Ausschlusses der *condictio* in diesem Falle war, dass der Empfänger, der durch die Tradition Eigentümer geworden und gegen den nun auch eine obligatorische Klage versagt war, unbehelligt das Empfangene behalten konnte.

Man kann nun aus diesen Tatsachen keineswegs ähnliche Folgerungen ziehen, wie aus der Aufnahme des § 817 BGB für dessen Recht. Diese sind ausgeschlossen für Rechtswidrigkeit und Unsittlichkeit bei Veräußerung von Grundstücken, da hier bei der zweifellos kausalen Gestaltung der Übereignung die Nichtigkeit des obligatorischen Kausalgeschäfts wegen Rechtswidrigkeit oder Unsittlichkeit auch den Eintrag zu einem ungerechtfertigten macht. Aber auch für die Übereignung von Fahrnis ist anzunehmen, dass die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts wegen widerrechtlichen Inhalts oder wegen Verstosses gegen die guten Sitten (Art. 20 OR) den Eigentumsübergang verhindert, so dass also das Geleistete mit der *rei vindicatio* zurückgefordert werden kann. Die *condictio* ist nur noch insoweit praktisch, als sie Anwendung finden kann, wenn das Empfangene veräußert oder verbraucht ist und deshalb nicht mehr vindiziert werden kann.

Welches ist die Bedeutung des Art. 66 OR im heutigen Recht mit Rücksicht auf die objektiv-kausale Gestaltung der Tradition? Ursprünglich sollte damit, wie gesagt, in diesem Fall, wo der Geber selbst einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg beabsichtigte, die allein in Frage kommende obligatorische Klage, die *condictio*, ausgeschlossen werden. Statt derselben kommt heute die *rei vindicatio* in Betracht, weil wegen der Nichtigkeit des

Kausalgeschäfts kein Eigentum übergeht. Soll diese nunmehr als durch Art. 66 ausgeschlossen anzusehen sein? Dies dürfte zu bejahen sein, weil der jener Bestimmung zugrunde liegende Gedanke der ist, dass dem Geber, um seiner unlauteren Absicht willen, kein Rechtsschutz gewährt werden soll. Wenn also z. B. ein Uhrmacher einen Beamten besticht, indem er ihm eine goldene Uhr schenkt und übergibt, so kann der Uhrmacher sich nicht auf die Nichtigkeit der Schenkung nach Art. 20 OR berufen und die Uhr vindizieren. Jedoch handelt es sich dabei nur um Versagung der Klage, der Rechtshilfe, gegen den besitzenden Empfänger. Erhält der Erwerber keinen unmittelbaren Besitz, weil die Übertragung mittels eines *constitutum possessorium* erfolgt, so bleibt es bei der Nichtigkeit der Übereignung infolge der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts; der Erwerber kann nicht vindizieren.

