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

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 12 (1893)

**Artikel:** Miscellen zum Schweiz. Obligationenrecht

**Autor:** Marcusen, W.

**DOI:** https://doi.org/10.5169/seals-896682

**Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

**Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

**Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

**Download PDF:** 21.08.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch**

# Miscellen zum Schweiz. Obligationenrecht.

Von

Prof. Dr. W. Marcusen (Bern).

---

## I. Die Ersitzung von Mobilien.

In unserer modernen Gesetzgebung findet der germanisch rechtliche Satz „Hand muss Hand wahren" mehr und mehr Eingang. Nach diesem Prinzipe kann der Eigentümer einer Mobilie, welche in die Hand eines Dritten gelangt ist, diesem gegenüber die Eigentumsklage nicht anstellen, sondern es steht ihm nur eine Klage gegen den ursprünglichen Empfänger derselben zu. Vom gesetzespolitischen Standpunkt lässt sich viel zu Gunsten einer derartigen Bestimmung sagen. Bei dem grossartigen Aufschwung unserer Verkehrsverhältnisse, dem riesigen Warenumsatz, welcher sich heutzutage vollzieht, müsste die Beibehaltung der römischen Vindikationslehre mit Bezug auf Mobilien nur hemmend und störend einwirken und es empfiehlt sich daher, den römischen Standpunkt hier aufzugeben und diese Begünstigung des Bonafide-Verkehres auf Kosten des Sachenrechtes anzunehmen.

Die bedeutendsten Gesetzeswerke, in welchen der germanisch rechtliche Grundsatz zum Ausdruck kommt, sind folgende:

Der Code civil français Art. 2279 und 2280,[1]) das Deutsche Handelsgesetzbuch Art. 306, 307, sowie jetzt auch der Deutsche Entwurf § 877, 879, und ebenso unser Schweiz. O. R. Art. 205.

---

[1]) Ebenso dessen Nachahmungen wie z. B. Holländ. Wetboek Art. 2014. Auch im Preuss. A. L. R. I Tit. 15 § 25 u. 26 spiegelt sich die Bestimmung des c. c. 2280 wieder.

Dieser Art. 205 lautet: „Vorbehältlich der Bestimmungen über gestohlene oder verlorene Sachen erlangt der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigentumsrecht, auch wenn der Veräusserer nicht Eigentümer war. Unter den gleichen Voraussetzungen erlöschen sonstige dingliche Rechte Dritter an der Sache."

Abgesehen von gestohlenen und verlorenen Sachen macht demnach der redliche Besitzerwerb einer Mobilie auch seitens eines Nichteigentümers den gutgläubigen Erwerber zum Eigentümer derselben.

Umgekehrt lässt das römische Recht in einem solchen Fall nach dem Grundsatze nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet Eigentumserwerb nicht eintreten, gestattet aber als Korrektiv der Verkehrserschwerungen, welche aus diesem Grundsatz sich ergeben, bei Vorhandensein der hiezu notwendigen Requisite die Ersitzung, durch welche der ursprüngliche Mangel gehoben wird und der bona fide und justo titulo erworbene Besitz sich nach Ablauf einer gewissen Zeit in Eigentum verwandelt.

Auf diesem Boden steht z. B. auch das Sächsische Gesetzbuch § 261, ebenso Portugal Art. 532 und Russland Swod Art. 565. Gibt man nun, wie die obenerwähnten Gesetzbücher es tun, den römisch-rechtlichen Grundsatz auf und substituiert ihm voll und ganz den germanisch-rechtlichen, so muss die Ersitzung als überflüssig dahin fallen. Diesen Standpunkt scheinen auch die erwähnten Gesetzbücher und unser O. R. einzunehmen. Unser O. R. wenigstens redet nirgends von der Ersitzung als Eigentumserwerbsart. Aber es fragt sich, ob nicht doch in irgend einer Weise für dieselbe in unserem Gesetzbuche Raum bleibt, ob dieselbe nicht stillschweigend Anerkennung gefunden hat, und es ist diese Frage um so gerechtfertigter, als auch der Deutsche Entwurf, der das germanischrechtliche Prinzip gleichfalls angenommen hat, nichtsdestoweniger der Ersitzung einen Abschnitt widmet. Sehen wir uns zu diesem Zweck die entsprechenden Texte näher an und prüfen wir hiebei auch die Frage, ob jenes Prinzip in denselben überall voll und überall in gleich weitem

Umfang angenommen worden ist. Letztere Frage muss nun entschieden verneint werden. Was zunächst den Code civil français anbetrifft, so hat dieser das Prinzip in sehr weitgehendem Umfang adoptiert. Art. 2279 sagt: En fait de meubles possession vaut titre.

Der blosse Besitz ist demnach bereits Eigentumstitel, soweit es sich um Mobilien handelt. Jeder Besitzer ist daher ohne weiteres des Beweises seines Titels enthoben. Und diese Regel versagt nur dann, wenn es sich um verlorene oder gestohlene Sachen handelt, welche während einer Präklusivfrist von drei Jahren von ihren Eigentümern vindiziert werden können (2279, Abs. 2).

Falls die verlorenen oder gestohlenen Sachen auf einem Markte oder bei einer öffentlichen Steigerung oder seitens eines Händlers, welcher derartige Sachen verkauft, erstanden worden sind, so muss der vindizierende Eigentümer dem betreffenden Besitzer den Preis, welchen dieser für die Sache erlegt hat, ersetzen (Art. 2280). Nach französischem Rechte genügt also die blosse Tatsache des Besitzes, um den Eigentumserwerb vollständig zu machen. Es wird weder ein justus titulus erfordert, noch auch nach dem Wortlaute des Gesetzes bona fides. Die herrschende Doktrin allerdings verlangt, dass der Erwerb ein redlicher sei.

Eine Ausnahme von dieser Regel tritt ein, wenn die betreffende Sache, an welcher Besitz erworben worden war, eine gestohlene oder verlorene ist. Eine solche kann innerhalb des Zeitraumes von drei Jahren vom bisherigen Eigentümer vindiziert werden, allerdings mit eventueller Verpflichtung der Rückerstattung des Preises. Sehen wir zu, ob neben diesen Bestimmungen noch Platz für die Ersitzung bleibt.

War die Sache weder gestohlen noch verloren und, wie die herrschende Doktrin verlangt, auch nicht mala fide erworben, so vollzieht sich der Eigentumserwerb sofort. Eine ordentliche Ersitzung ist daher überflüssig; aber auch die Notwendigkeit der Annahme einer ausserordentlichen Ersitzung fällt dahin, weil auch bei Mangel eines justus titulus,

z. B. bei Vorhandensein eines blossen Putativtitels, der bona fide erfolgte Besitzerwerb bereits Eigentum schafft.

Was gestohlene oder verlorene Sachen anlangt, so ist an solchen wie erwähnt die Vindikation während einer Präklusivfrist von 3 Jahren statthaft.

Nach diesen 3 Jahren ist die Vindikationsklage verjährt, und da die Anstellbarkeit derselben bis Ablauf dieser Zeit ein Hindernis des Eigentumserwerbes bildet, so ist erst mit Ablauf derselben dieses Hindernis weggefallen, also vollkommenes Eigentum erworben. Dieser Eigentumserwerb aber vollzieht sich zweifelsohne auf dem Wege einer besonderen Art der ausserordentlichen dreijährigen Ersitzung, welche die Kehrseite der Verjährung des dinglichen Anspruches bildet.

Wird also z. B. nach Ablauf dieser drei Jahre die betreffende Sache gestohlen und vom Diebe weiter veräussert, so kann nunmehr auf Grund der vollendeten ausserordentlichen Ersitzung der Erwerber der ursprünglich gestohlenen Sache gegen den jeweiligen Inhaber derselben mit der Vindikationsklage vorgehen.

Hier haben wir also einen Fall einer ausserordentlichen Ersitzung, welcher aber im französischen Gesetzbuch nicht besondere Erwähnung findet, weil sie dort mit der Anspruchsverjährung zusammengeworfen worden ist.

Lange nicht so weit wie das französische Gesetz gehen das Deutsche Handelsgesetzbuch und der Deutsche Entwurf.

Das deutsche H. G. B. beschränkt zunächst selbstverständlich die Wirkung des Art. 306 auf den kaufmännischen Verkehr. Diese Beschränkung würde aber mit Einführung des Deutschen Entwurfes als Gesetzbuch durch den § 877 aufgehoben werden.

Ferner aber reden sowohl das D. H. G. B. als der D. E. blos von Veräusserungen der Sache, gehen also davon aus, dass ein justus titulus vorliegen müsse.

Im weitern ist bona fides erforderlich. Art. 306 H. G. B. spricht von redlichem Erwerber und § 877 verlangt, dass der Veräusserer über seine Qualität als Nichteigentümer sich in Unkenntnis befinden müsse. Der Kenntnis aber wird

gleichgesetzt die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis.

Die Klausel hinsichtlich gestohlener oder verlorener Sachen findet sich im H. G. B. Art. 306, Abs. 4 und im Entwurf § 379. Das D. H. G. B. nimmt aber von dieser Regel in Art. 307 die Inhaberpapiere aus. An diesen geht durch redlichen Erwerb Eigentum selbst dann über, wenn sie gestohlen und verloren waren. Dagegen ist von der Aufstellung einer Präclusivfrist, innerhalb deren der Eigentümer allein seine Ansprüche geltend machen kann, abgesehen worden. Die Vindicationsklage kann demnach in solchen Fällen unbeschränkt angestellt werden.

Demnach haben wir folgendes Resultat: Werden Waren oder bewegliche Sachen, die weder verloren noch gestohlen sind,[1]) von Nichteigentümern veräussert, so erlangt der gutgläubige Erwerber sofort durch die Besitzesübertragung Eigentum; an Inhaberpapieren selbst dann, wenn sie gestohlen oder verloren waren.

Gestohlene oder verlorene Sachen anderer Art können vom Eigentümer jederzeit vindiziert werden. Demnach bleibt im ersten Fall im Gesetzbuche kein Raum für die ordentliche Ersitzung. Und ebenso ist auch die Möglichkeit einer eigenartigen ausserordentlichen Ersitzung, welche im französischen Recht hinsichtlich gestohlener und verlorener Sachen gegeben ist, ausgeschlossen.

Wenn der Deutsche Entwurf nichts destoweniger in den §§ 881—889 die Ersitzung behandelt, so sind damit die Fälle der gewöhnlichen ausserordentlichen Ersitzung normiert, in welchen sich dieselbe durch Vereinigung von Besitz und bona fides in Zeit von 10 Jahren vollzieht, ohne dass der Titel hiebei in Betracht kommt. Das geht ohne weiteres aus § 881 hervor. Der Entwurf hat hiebei der Anschauung Rechnung getragen, dass „die Anspruchsverjährung in ihrer mittelbaren Folge der Schaffung eines klagfrei gestellten Be-

---

[1]) Also wie die Motive III S. 348 sagen, nicht „abhanden gekommen sind."

sitzes nicht genüge," sondern dass es vielmehr erforderlich sei, „die Institute der Verjährung und der Ersitzung von einander getrennt zu halten, da dieselben auf verschiedenen Grundgedanken beruhen."[1])

Auch unser Obligationenrecht geht in seinem Art. 205 vom Veräusserungsgeschäfte aus:

„Vorbehältlich der Bestimmungen über gestohlene oder verlorene Sachen erlangt der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigentumsrecht, auch wenn der Veräusserer nicht Eigentümer war."

Ist eine bewegliche Sache veräussert worden, die weder gestohlen noch verloren war, so erlangt der bona fide Erwerber deren Eigentum natürlich infolge von Besitzesübergabe (Art. 199). Auch hier ist der Besitz Eigentumstitel, aber nicht gewöhnlicher Besitz, sondern auf titulus und bona fides sich stützender Usucapionsbesitz. Damit ist das Institut der ordentlichen Ersitzung überflüssig gemacht. Eine ausserordentliche Ersitzung wie im deutschen Entwurf ist nicht vorgesehen. Hinsichtlich der gestohlenen und verlorenen Sachen stellt unser O. R. in Art. 206 in Anlehnung an den C. c. fr. eine Präklusivfrist auf, innerhalb deren der Eigentümer dieselben jedermann gegenüber vindizieren kann. Diese beträgt statt 3 Jahren 5 Jahre.

In Übereinstimmung mit C. c. 2280 muss nach O. R. 206 vom Vindikanten der Kaufpreis der Sache dem Besitzer vergütet werden, wenn dieselbe an öffentlicher Steigerung, auf einem Markte oder von einem Kaufmann, welcher mit derartigen Waren handelt, gutgläubig erworben worden war.

Mit Ablauf der Präklusivfrist besteht an der Sache volles Eigentum. Diese Verjährung der Vindikation enthält als Kehrseite eine ausserordentliche Ersitzung in dem Sinne, dass wenn dem ersten Erwerber später die betreffende Mobilie gestohlen wird oder ihm abhanden kommt, er sie jedem Dritten gegenüber vindizieren kann. In diesem Umfang ist demnach wie im französischen Recht eine Art ausserordentlicher Er-

---

[1]) Motive III. S. 351.

sitzung in unserm O. R. wenn nicht ausdrücklich anerkannt, so doch stillschweigend sanktioniert. Dass unser O. R. im Gegensatz zum französischen Gesetzbuch ausdrücklich bona fides verlangt, ist jedenfalls nur zu billigen.

In allen Fällen ist Eigentumserwerb durch blosse Besitzergreifung ausgeschlossen, wenn der Erwerber in bösem Glauben sich befand, Art. 207. Hier ist die Vindikation jederzeit zulässig. Aus diesen Gründen glauben wir annehmen zu dürfen, dass unser Obligationenrecht in gewissem Umfang stillschweigend die Möglichkeit der Ersitzung von Mobilien anerkennt.

## II. Ist zur Begründung der mora accipiendi culpa des Gläubigers erforderlich?

Art. 106 unseres O. R. lautet:

„Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne welche der Schuldner zu erfüllen nicht im Stande ist, ungerechtfertigter Weise verweigert."

Es fragt sich wie die Worte „ungerechtfertigter Weise" zu interpretieren sind. Genügt es, dass die Weigerung des Gläubigers objektiv betrachtet eine ungerechtfertigte ist, oder muss aus derselben geschlossen werden, dass der Gesetzgeber die mora nur dann eintreten lassen will, wenn denselben auch noch ein subjektives Verschulden trifft?

Bekanntlich besteht über diese Frage eine gemeinrechtliche Kontroverse.[1])

Auch über die Bedeutung unsers Art. 106 gehen die Meinungen auseinander.

Schneider sagt in seinem neuen Kommentar S. 199: „Die Fassung zeigt gegenüber derjenigen der Entwürfe („ohne gerechten Grund"), dass ein Verschulden für den Verzug nicht nötig ist." Auf dem gleichen Boden steht Hafner. Er

[1]) Anhänger der Culpatheorie sind z. B. Windscheid, Baron, Dernburg in ihren Pandektenlehrbüchern und Joseph v. Schey in seiner Abhandlung über die mora, gegen dieselbe ist Kohler.

erklärt die Worte „in ungerechtfertigter Weise“ in seiner Ausgabe des O. R. Anm. 4 zu Art. 106 wie folgt: „d. h. ohne dass ihm ein vom Recht anerkannter Grund für die Annahmeverweigerung zu Gebote steht.“ Und hinsichtlich solcher rechtlich anerkannter Gründe wird nicht etwa auf ein inneres Moment abgestellt, sondern auf Fälle mangelhafter Oblation (Anm. 2).

Ebenso verwirft auch Matter (Der Verzug des Gläubigers nach schweiz. O. R. 1887) S. 31 ff. das Requisit der culpa.

Beiläufig mag auch erwähnt werden, dass der deutsche Entwurf sich dieser Auffassung anschliesst, wie sich aus den Motiven II S. 68 ergiebt.

Andererseits wird die Auffassung, dass die mora eine verschuldete sein müsse, auch von einer Reihe von Schriftstellern verfochten. In diesem Sinne äussert sich z. B. Emil Vogt in seiner „leichtfasslichen Anleitung“ S. 65 unten. Es heisst dort: „Nur das erscheint sicher, dass der Annahmeverzug auf einer Verschuldung des Gläubigers beruhen müsse: 106 O. R. sagt am Schlusse, „wenn er die Annahme ungerechtfertigter Weise verweigert.“

Ebenso behauptet Dr. Ernst (in der Berner Inauguraldissertation „Rechtshistorische Begründung der mora nach römischem und germanischem Rechte“ 1882), welcher für das römische Recht das Requisit der culpa abweist, dass nach unserem Obligationenrecht die mora accipiendi eine mora culpata sein müsse.

Er sagt S. 66 .... „deutlicher kann man nicht reden, als die dem deutschen gleichstehenden französischen und italienischen Urtexte:

lorsqu'il refuse sans motif légitime etc.

quando senza legittimo motivo ricusi di ricevere etc.“

Schreiber dieser Zeilen hat selbst bereits früher zu dieser Frage Stellung genommen[1]) und sich zu Gunsten der ersteren

---

[1]) Vgl. meine „Vergleichende Darstellung des schweiz. Obligationenrechtes und des deutschen Entwurfes“ in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 1889. Einzelabdruck S. 19.

Meinung ausgesprochen. Wenn er heute noch einmal diesen Gegenstand berührt, so geschieht es, weil er noch einige Argumente zur Unterstützung seiner Meinung beifügen zu können glaubt, welche zum grössten Teil aus dem Gesetzbuch selbst geschöpft sind.

Zunächst erscheint der Ausdruck „ungerechtfertigter Weise“ als eine Reminiscenz des Gesetzgebers an die vielberühmte Pandektenstelle fr. 72 pr. de solut. 46, 3 von Marcellus: Qui decem debet, si ea obtulerit creditori et ille sine justa causa ea accipere recusaret, debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri etc.

Dass aus den Worten sine justa causa nicht der direkte Schluss gezogen werden darf, dass ein subjektives culposes Verhalten des Gläubigers notwendig sei, darüber herrscht in der Literatur ziemliche Einigkeit. Selbst Windscheid (Pand. § 345 Anm. 9) und Baron (Pand. § 241), sonst vollständige Anhänger der Culpatheorie, geben das zu.

Was die Gründe anlangt, die ich in unserm Gesetzbuch für meine Meinung zu finden glaube, so schöpfe ich dieselben zunächst aus dem Art. 70 ff. Die Überschrift dieses Abschnittes enthält ebenfalls das Wort ungerechtfertigt, und was der Gesetzgeber hier darunter versteht, ergiebt sich ohne weiteres aus Art. 70, welcher die Voraussetzung der ungerechtfertigten Bereicherung enthält: „Wer ohne rechtmässigen Grund ..... bereichert ist etc.“ Dass hier keinerlei Bezug auf subjektives Verhalten beim Worte rechtmässig gesucht werden darf, liegt auf der Hand.

Die französische Überschrift des betreffenden Abschnittes enthält den Ausdruck illégitime. Der Art. 70 lautet auf französisch: „Celui qui sans cause légitime etc.“, auf italienisch: „Chi senza causa legittima etc.“ Das Wort ungerechtfertigt wird also auch hier, wo auf Verschuldung nichts ankommt, in gleicher Weise übersetzt wie in Art. 106.

Hingegen, und das ist ein weiterer Grund, mit dem ich meine Behauptung zu stützen suche, wo es sich um subjektives Verhalten handelt, redet unser deutscher Text von

unerlaubter Handlung, der französische von actes illicites und der italienische von atti illeciti.

Darum erkläre ich „sans motif légitime“ so wie Hafner „ohne vom Recht anerkannten Grund.“

Hätte der Gesetzgeber auf das subjektive Moment abstellen wollen, so würde er den Ausdruck illicite gebraucht haben, wie in der Überschrift des Abschnittes der unerlaubten Handlung, oder den Ausdruck sans droit wie im Art. 50 (der italienische Text hat im Art. 50 die Worte atti illeciti).

---