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: 17 (1898)

Artikel: Der Eigentumsvorbehalt beim Verkauf nach schweizerischem Recht

Autor: Stückelberg, Alfred

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896607

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: 04.02.2026

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

Der Eigentumsvorbehalt beim Verkauf
nach schweizerischem Recht.

Von Dr. Alfred Stückelberg in Basel.

Unter den Sicherungsmitteln, auf die sich der zur Kreditierung des Kaufpreises vielfach genötigte Händler — namentlich Kleinhändler — angewiesen sieht, spielt der Vorbehalt des Eigentums an der verkauften und gelieferten Sache eine Hauptrolle. Da der Vorbehalt des blossen Rücktritts vom Vertrage wegen Verzugs des Käufers gemäss Art. 264 O. R. für sich allein von zweifelhaftem Werte ist, weil er gerade dort seine Wirkung versagt, wo eine Sicherung für den Verkäufer am meisten notwendig wäre, nämlich im Konkurse des Käufers oder bei Pfändung der gekauften Sache (Art. 212 B.-Ges. über Schuldb. und Konkurs), so ist die Praxis sehr bald über dieses von Art. 264 O. R. vorgesehene Mittel hinausgegangen und hat zu dem Vorbehalte des Eigentums durch den Verkäufer, statt des blossen Rücktrittsrechtes oder neben diesem, bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises geführt, also zu dem Vorbehalte der Befugnis, im Verzugsfalle die Sache wieder an sich zu ziehen, und sie sowohl im Konkurse des Schuldners, als gegenüber einer daran vollzogenen Spezialpfändung zu vindizieren.

Es erscheint nicht überflüssig, von neuem zu untersuchen, ob und inwieweit der Eigentumsvorbehalt beim Verkaufe mit unserem Rechtssystem vereinbar ist, und wenn ja, in welcher Weise der Verkäufer ihn zur Geltung bringen kann.

Eine Darstellung der Grundsätze des Schweizerischen Mobiliarsachenrechtes muss uns zunächst hiefür die Grundlage verschaffen.

Kapitel I.

Die Grundsätze des Schweizerischen Mobiliarsachenrechts.

Das Eigentum ist begrifflich die dem Rechtssubjekt über bestimmte Sachen gegenüber jedermann garantierte Herrschaft. Diese Garantie kann sich in dreifacher Weise äussern, nämlich:

1. als Garantie der Fortdauer (als Schutz) der gegenwärtig ausgeübten Verfügungsgewalt,
2. als Garantie der Wiedererlangung der früher ausgeübten Verfügungsgewalt, und
3. als Garantie der Erlangung einer bisher noch niemals direkt ausgeübten Verfügungsgewalt.

Als das ideale, d. h. das denkbar intensivste, Eigentumsrecht wäre also dasjenige Eigentumsrecht zu betrachten:

1. zu dessen derivativem Erwerb (der primäre interessiert uns hier nicht) es keiner weiteren Voraussetzungen bedürfte, als derer, die „für den Rechtserwerb überhaupt" bestehen, nämlich des Vertrags unter Lebenden, und im Todesfalle der Erbfolge (mit oder ohne Antretungserklärung, je nach dem geltenden Recht);

2. und das, wenn einmal erworben, dem Berechtigten („dem Eigentümer") die Herrschaft über die Sache unter allen Umständen gewährleisten würde, so lange er sein Recht nicht selbst mit Willen aufgegeben hat.

Jeder Einbruch an diesem Postulate bildet eine Beschränkung des idealen Eigentumsrechts; eine Beschränkung desselben ist es, wenn es zum Erwerb des Eigentums, neben dem innern Momente der Willensübereinstimmung [oder der Gesetzesvorschrift] [1]) noch einer weitern Voraussetzung, z. B. des Besitzeserwerbs, bedarf; desgleichen, wenn das einmal erworbene Eigentum dem Berechtigten die Herrschaft über die Sache nicht unter allen Umständen gewährleistet.

---

[1]) Die z. B. im Erbrecht aufgestellt ist, und daselbst — in Verbindung mit einer einseitigen Erklärung des Erwerbers, oder sogar ohne eine solche — den Erben zum Eigentümer macht.

Die erste der drei soeben aufgezählten Garantien, der Schutz des wirklich ausgeübten Besitzes, bildet den Kern des Eigentumsrechtes; ein Eigentum, das diese Funktion nicht besässe, wäre kein Eigentum mehr. Von dem mehr oder minder entwickelten Expropriationsrechte und den sonstigen im öffentlichen Recht begründeten Beschränkungen der Ausübung des Eigentums[1]) abgesehen, verspricht jede Rechtsordnung dem Eigentümer vollen Schutz gegen jede Störung seines Besitzstandes durch Dritte.

Anders verhält es sich in Bezug auf die beiden andern Garantien: Das Recht auf Wiedererlangung eines früher schon ausgeübten Besitzes, und das Recht auf Erlangung eines bisher noch nicht ausgeübten Besitzes (beide bilden zusammen das sogenannte Vindikationsrecht). Sie sind mit dem „Begriffe" des Eigentums nicht notwendig verbunden, und wir sehen denn auch, wie die Rechtsordnungen verschiedener Völker und verschiedener Zeiten diese beiden Funktionen des Eigentumsrechts mehr oder minder beschränkt haben.

Das römische Recht hat den Eigentumsbegriff mit der denkbar grössten Wiedererlangungskraft ausgestattet. Es vermochte einzig und allein der Ablauf einer gewissen Zeit diese Kraft definitiv, die Möglichkeit einer exceptio doli (wegen Impensen und dergleichen) sie temporär[2]) zu brechen.

Das moderne Recht dagegen, speziell unser Obligationenrecht hat diese Kraft wesentlich abgeschwächt. Ein unbedingtes Recht auf Wiedererlangung der Sache hat der Eigentümer nicht mehr; er kann sich nur an seinen Besitzesstellvertreter wenden, d. h. an den, dem er die Sache in dem Sinne anvertraut hat, dass sie dieser für ihn besitzen solle; diesem gegenüber behält sein Eigentumsrecht die volle Kraft, soweit demselben nicht ein Retentionsrecht gegenübersteht

[1]) Z. B. die heute „mögliche" Realexekution bei einer Klage aus obligatorischem Vertrage; ferner die nachbar- und die steuerrechtlichen Beschränkungen.

[2]) Z. B. das Retentionsrecht, vgl. Dernburg Pand. I. S. 315 oben.

— und das ist im modernen Rechte weit häufiger der Fall als im römischen. — Es ist nicht zu einem blossen obligatorischen Rückforderungsrecht geworden, wie sich dies namentlich bei einer gegen den Besitzesstellvertreter von dritter Seite vorgenommenen General- oder Spezialexekution erweist.

Gegenüber jedem Dritten dagegen ist heute die Wiedererlangungskraft des Eigentums von einer Voraussetzung in der Person dieses Dritten abhängig, nämlich von dessen bösem Glauben; sie cessiert, wenn der Dritte in gutem Glauben war.

Unser positives Recht macht dabei freilich noch den Unterschied zwischen freiwillig aushingegebenen und unfreiwillig abhandengekommenen Sachen; allein dieser Unterschied ist, genau besehen, nicht tiefgehend und lässt den Kern der Sache unberührt. Ob der Eigentümer (resp. bisher Eigentümer gewesene) ein blosses Löserecht[1]) oder überhaupt kein Vindikationsrecht habe, ist wirtschaftlich in der Mehrheit der Fälle wohl ziemlich gleichgültig. Und indem das Gesetz das Recht des Erwerbers auf ein Lösegeld auf diejenigen Fälle beschränkt, wo der Erwerber die verlorene oder gestohlene Sache an öffentlicher Steigerung, auf einem Markt, oder von einem mit solchen Sachen handelnden Kaufmann erworben hat, will es eigentlich bloss gesetzliche Präsumptionen für den guten und bösen Glauben schaffen: Man ist eben regelmässig in gutem Glauben, wenn man eine Sache an unverdächtigem Orte erwirbt, und man ist in bösem, oder müsste bei richtigem Nachdenken in bösem Glauben sein, wenn man einen Gegenstand an einem Orte kauft, wo solche Gegenstände gewöhnlich nicht zu haben sind.

Das moderne Vindikationsrecht ist demnach, wie man sieht, stets von Voraussetzungen in der Person des nunmehrigen Sachinhabers abhängig; es besteht nur da, wo es mit einem obligatorischen Anspruch aus dem Vertragsverhältnis verbunden ist, kraft dessen die

---

[1]) Oder von seinem Standpunkt aus (als Vindikant) „eine Lösepflicht."

Sache dem beklagten Inhaber anvertraut wurde, oder wo es mit einem Anspruch aus der unerlaubten Handlung verbunden ist, die der Inhaber durch bewusst (oder praesumiert bewusst) unrechtmässige Aneignung begangen hat.

Ja es lässt sich eine künftige Rechtsentwicklung in dem Sinne denken, dass die Rechtsordnung sich mit diesen obligatorischen Ansprüchen zur Zurückeroberung der Sache überhaupt begnügen und das Vindikationsrecht als solches ganz preisgeben oder doch noch mehr beschränken würde, als es heutzutage der Fall ist.

Da unsere Civilprozessgesetze — ob mit Recht oder Unrecht, lasse ich dahingestellt — die Realexekution auch für bloss obligatorische Ansprüche auf Leistung einer Sache zulassen, so würde eine solche Rechtsentwicklung einzig für den Fall des Konkurses des beklagten Inhabers eine Aenderung zur Folge haben: bei Zwangsvollstreckungen hätten dann die heutigen Separatisten „ex jure dominii" als blosse Chirographargläubiger aufzutreten. Und in der That lassen sich für die Abschaffung (oder doch mindestens für die Beschränkung) des Separatistentums in der Zwangsvollstreckung gewichtige gesetzgebungspolitische Gründe anführen. Man sieht nicht recht ein, warum ein Kommodant, ein Vermieter nicht fungibler Sachen, besser gestellt sein sollte, als derjenige, der dem Gemeinschuldner Fungibilien anvertraut hat. Beide haben in gleichem Masse dem Schuldner ihr Vertrauen geschenkt und sollten, wenn sie sich in ihrem Vertrauen getäuscht sehen, in gleichem Masse dafür büssen; zumal da der Kommodant oder der Sachvermieter sehr oft in noch höherem Masse, als der Darleiher, dazu beigetragen hat, dem Schuldner (dem er z. B. ein reiches Mobiliar anvertraute) den äussern Schein der Kreditwürdigkeit zu geben. Nur der Deponent, wenn er mit seiner Hingabe einzig und allein die Aufbewahrung oder die Bearbeitung (Depositum oder mit Depositum verbundener Werkvertrag) der Sache beabsichtigte, verdiente immerhin eine Sonderbehandlung als Separatist. Von dieser Ausnahme abgesehen, wäre der Dienst, der durch die Abschaffung aller Vindikationsrechte als solcher der

Sicherheit des Kredits, der Wahrung von Treu und Glauben im Verkehr, und dem Grundsatze der Gleichberechtigung aller Gläubiger erwiesen würde, vielleicht grösser, als die Unbilligkeit,[1]) die damit etwa einzelnen Personen gegenüber begangen würde.

Soweit sind wir freilich noch nicht. Das römische Rechtssystem gilt zwar in dieser Beziehung wohl nirgends mehr; und wenn auch das absolute Recht auf Wiedererlangung vor dem höher gewerteten Grundsatze des Schutzes des gutgläubigen Besitzes hat weichen müssen, so ist doch seine Beschränkung mit Rücksicht auf die Gleichberechtigung aller Gläubiger und auf die Verkehrssicherheit zur Stunde noch nicht durchgeführt.

Anders verhält es sich mit der dritten Funktion des Eigentumsrechtes, die ich im Gegensatze zur Wiedererlangungskraft der Kürze halber als die Erlangungskraft bezeichnen möchte.

Schon das römische Recht hat ein mit Erlangungskraft ausgestattetes Eigentum, d. h. ein Eigentum an einer Sache, die man noch niemals besessen hat, nicht anerkannt.[2]) Das vertragsmässig erworbene ‚Eigentum' hat vor erfolgter Tradition keine Erlangungskraft. Es wird dies zwar in der theoretischen Konstruktion nicht so ausgedrückt, sondern gesagt, das Eigentum werde überhaupt erst mit der Tradition erworben; allein das kommt praktisch genau auf dasselbe hinaus; mag die Konstruktion so oder so lauten, Thatsache ist, dass das römische Recht einen Eigentumserwerb ohne Tradition durch blossen Vertrag, auf Grund dessen der neue Erwerber ein dingliches Recht auf Erlangung der Sache gehabt hätte, ausschliesst.[3])

---

[1]) Solche Unbilligkeiten bestehen übrigens heute schon; man denke nur an die je und je vorkommenden Veräusserungen von Familienheiligtümern und Kleinodien durch unkundige oder pietätlose Depositare. Ein öffentliches Register zur Eintragung von Dingen solcher Art, die dadurch dem gemeinen Rechte entzogen und unbedingt vindikabel bleiben würden, könnte hier billige Abhilfe schaffen.

[2]) Ueber den Erwerb durch Stellvertretung vgl. weiter unten.

[3]) Es wäre wohl müssig, diese bekannte Thatsache quellenmässig zu belegen; um so eigentümlicher berührte uns deshalb die gegenteilige Be-

Freilich kennt auch das römische Recht Fälle, in denen jemand Eigentümer einer Sache wird, ehe er sie besessen hat, nämlich den Fall des Erben und den Fall des Fruchterwerbs durch Separation; aber beides sind, vom Standpunkt des römischen Rechtes, Fälle nur scheinbarer Ausnahmen: Der Erbe setzt die Person des Erblassers fort, der Fruchteigentümer hat die Früchte, wenn nicht als solche, so doch als Teile der Hauptsache schon vorher besessen. In beiden Fällen ist die Erlangung in Wirklichkeit eine Wiedererlangung.

Einen wirklichen Einbruch in diese Ordnung dagegen hat das römische Recht allerdings dadurch vollzogen, dass es den Erwerb durch Stellvertretung (und dies gerade im Gegensatz zu seinen sonstigen einschränkenden Prinzipien in der Lehre der Stellvertretung) im weitgehendsten Masse ausgebildet hat. Die blosse Erklärung des Veräusserers an den Drittinhaber, dass dieser nunmehr namens des Erwerbers zu besitzen habe, gilt dem römischen Rechte einer wirklichen Tradition gleich (sogen. longa manu traditio). Ja, indem es sogar dem bisherigen besitzenden Eigentümer gestattet, sich in einen Besitzesstellvertreter zu verwandeln (constitutum possessorium), hat es seiner ganzen Traditionslehre die Spitze abgebrochen. Uns will es fast scheinen, dass diese Traditionslehre mehr doktrinären Erwägungen als einem praktischen Bedürfnis entsprungen ist; denn das praktische Bedürfnis, dem die Doktrin durch Schaffung der longa manu traditio und des Constitutum possessorium nachgegeben hat, scheint viel eher auf der andern Seite gelegen zu haben, nämlich auf möglichste Erleichterung des Eigentumsübergangs ohne wirkliche Tradition gerichtet gewesen zu sein.

Es mag dies wohl damit zusammenhängen, dass im römischen Recht der Uebergang der Gefahr auf den Käufer schon mit dem Vertragsabschluss stattfand, und die Billigkeit es darum erheischte, den Eigentumsübergang, wenn immer möglich,

---

hauptung Fulds (in d. Z. f. franz. Civilrecht, XVII 130), der von dem bekannten Artikel des röm. Systems, dominium nudo consensu in alium transfertur inspiriert, den Eigentumsvorbehalt behandelt.

mit diesem Zeitpunkt zusammenfallen zu lassen und nicht bis zur wirksamen Tradition hinaus zu schieben.

So sehen wir denn, wie im französischen Rechte diese Konsequenz vollends gezogen ist, wie es die konstruktiven Notbrücken der longa manu traditio und des Constitutum possessorium hinter sich abgebrochen, und unumwunden erklärt hat, dass der Eigentumsübergang sich ganz unabhängig von der Tradition vollziehe.[1])

Unser Obligationenrecht ist nun dieser Entwicklung nicht gefolgt. Es hat sie vielmehr zurückgeschraubt und ist nicht nur zum römischen Recht zurückgekehrt, indem es die Besitzesübergabe vorschreibt (wie dieses mit Zulassung immerhin einer longa manu traditio), sondern es ist sogar hinter das römische Recht, durch Beschränkung des Constitutum possessorium (O. R. 202) zurückgegangen:

Das Constitutum possessorium soll nur zulässig sein, wenn das Zurückbleiben der Sache im Gewahrsam des Veräusserers sich auf ein „besonderes Rechtsverhältnis," also auf eine von der bisherigen causa verschiedene causa habendi gründet; und auch dann soll diese Verwandlung des bisherigen Besitzers in einen blossen Besitzesstellvertreter Dritten gegenüber, die dadurch absichtlich benachteiligt würden, unwirksam sein. Als Absicht gilt nach bundesgerichtlicher Praxis schon das Bewusstsein, dass infolge der Veräusserung andere Gläubiger ihre Aussicht auf Befriedigung aus der Zwangsveräusserung des Vermögens des Schuldners ganz oder teilweise einbüssen. Leider scheut sich das Bundesgericht viel zu sehr, ein solches Bewusstsein im einzelnen Falle aus Thatsachen zu folgern, die doch offenkundig dafür sprechen. Daher seine bedenklichen Entscheide (XIII. 37 und XIX. 57), von denen der Entscheid XV. 54 vorteilhaft absticht. Die Basis würde gesunder, wenn nicht bloss das schwer nachweisbare Bewusstsein, sondern schon der Nachweis des Wissenkönnens, in Verbindung mit der wirklich er-

---

[1]) Code civil 1583: dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

folgten Schädigung als Benachteiligungsabsicht behandelt würde.[1])

Um zu unserem Eigentum zurückzukehren, so hat dasselbe also in unserem Recht eine etwas geringere Erlangungskraft, als im römischen; oder, um in der üblichen Konstruktion zu sprechen, die Möglichkeit, ohne Gewahrsam vertragsmässig Eigentum zu erlangen, ist bei uns beschränkter als im römischen Recht; und zwar wird sie beschränkt durch die Rücksicht auf die dritten Gläubiger des Gewahrsamsinhabers.[2])

Bestünde diese Rücksicht nicht, so wäre ja ganz unerfindlich, wesshalb nicht das Eigentumsrecht so gut wie andere Rechte durch blossen Vertrag vom einen auf den andern übergehen könnte. Vom Standpunkt der beiden Kontrahenten betrachtet, wäre dies das weitaus einfachste und natürlichste, zumal wenn man ohnehin schon mit dem Zeitpunkt des Vertrags die Gefahr übergehen lässt (O. R. 204).

Es ist die nämliche Rücksicht, der auch das Verbot der Mobiliarhypothek zuzuschreiben ist: Weder dem Werte nach, durch die Bestellung eines Pfandrechts, noch der Substanz nach, durch die Abtretung des Eigentums, soll jemand eine bewegliche Sache veräussern können, ohne gleichzeitig den Gewahrsam daran aufzugeben; nach dem Rechtssprichwort: „Donner et retenir ne vaut."

Die Rechtserwägung, die hier ihren Einfluss geltend macht, ist offenbar die nämliche, die der paulianischen Klage zu grunde liegt; sie hat ihren Ursprung im Zwangsvollstreckungsrechte und will, wie die Pauliana, zur Verwirklichung des obersten Grundsatzes jedes entwickelteren Zwangsvollstreckungsrechts, zur Schaffung möglichst gleichen Rechtes aller Gläubiger am Vermögen des Schuldners, beitragen, nach jenem allgemeinen Satze: „Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers."[3])

---

[1]) Dies könnte schon auf Grund des jetzigen Textes geschehen.

[2]) Eine merkwürdige Ausnahme bildet freilich O. R. Art. 399, Abs. 2.

[3]) Code civil 2093.

Von der richtigen Erwägung geleitet, dass der Schuldner am ehesten der Versuchung unterliegt, einzelne Gläubiger zu begünstigen, wenn er dies ohne „Beeinträchtigung seines äusserlichen Besitzstandes“ thun kann, geht das Gesetz über das Mittel der Pauliana hinaus, indem es die Pfandverschreibung an Mobilien nicht bloss anfechtbar, sondern überhaupt ungültig, und die Veräusserung von Mobilien ohne Gewahrsamswechsel wenigstens den benachteiligten Dritten (Gläubigern) gegenüber als nicht bloss anfechtbar, sondern von vorneherein ungültig erklärt.

Dabei mag noch eine weitere rechtspolitische Erwägung mitgewirkt haben. Es liegt im Interesse eines gesunden Kredites, dass jemand nicht den äussern Schein eines Vermögensstandes biete, wenn er in Wirklichkeit nichts besitzt. Es sollte möglichst verhindert werden, dass jemand sich mit fremden Federn schmücke „und auf den blossen Schein eines Sachbesitzes Kredit erlangen könne.“

Bis dahin freilich geht heute die Rechtsordnung noch nicht, dass sie die Leute verhinderte, sich mit geborgtem oder gemietetem Mobiliar den Schein von Kreditwürdigkeit zu geben; sie schützt in dieser Hinsicht allein den Wohnungsvermieter (O. R. Art. 294).[1]) Soweit aber schützt sie immerhin den Kredit, dass wenigstens diejenigen Sachen, die einmal im Eigentum des Schuldners gewesen sind, von diesem nicht durch blossen Vertrag den Gläubigern, die im Vertrauen auf diesen Besitz kreditiert hatten, entzogen werden können. Und dies ist doch gewiss die Hauptsache. Wer im Vertrauen auf ein Mobiliar kreditiert, ohne sich zu überzeugen, dass es dem Schuldner wirklich gehört, dessen Leichtsinn (?) mag am Ende keinen besondern Schutz verdienen. Wer sich aber vergewissert hat, dass das Mobiliar Eigentum des Schuldners jetzt noch ist oder wenigstens in einem bestimmten Zeitpunkt gewesen

---

[1]) Dieses Vermieterretentionsrecht unterstützt in seiner frischen Rücksichtslosigkeit gegenüber allen entgegenstehenden Rechten die modernen Tendenzen, den Kredit wahrer zu machen, ungemein. Um diese Wirkungen des Retentionsrechtes zu paralysieren, setzen sich darum die Abzahlungshändler oft in Verbindung mit den berufsmässigen Wohnungsvermietern.

ist,[1]) der soll vor der leidigen Ueberraschung einer vorgängigen oder nachträglichen Veräusserung oder Verpfändung, die der Schuldner etwa heimlich eintreten liesse, sichergestellt sein.

Zwei Gedanken sind es also, die im schweizerischen Rechte in das ideale Eigentumsrecht, wie es anfangs dieses Kapitels aufgestellt worden ist, einen Einbruch vollziehen: Der Schutz des gutgläubigen Besitzerwerbers und der Schutz des gutgläubig Kreditierenden.

Der erstere, der Schutz des gutgläubigen Erwerbers, hat vor dem Schutz des Eigentums — abgesehen von dem unwesentlichen Vorbehalte bezüglich verlorener und gestohlener Sachen — unbedingt den Vortritt.

Dem Schutz des gutgläubigen Kredites andererseits zu liebe ist die ideale Ausgestaltung des Eigentumsrechtes in der Richtung beschnitten worden, dass die Veräusserung oder Belastung des Eigentums ohne Aufgabe des Gewahrsams teils verboten, teils unschädlich gemacht ist.

Schutz des gutgläubigen Erwerbs einerseits, des gutgläubigen Kredits andererseits: die Synthese dieser beiden Gedanken liegt in der Hebung der Verkehrssicherheit; das verkehrtreibende Publikum soll berechtigt sein, den Schein des Eigentums für Wirklichkeit zu nehmen, und das sowohl, wenn es sich darum handelt, eine Sache zu „erwerben," als wenn es darauf abgesehen ist, dem Besitzer von Sachen im Hinblick auf die durch diesen Besitz dokumentierte Hablichkeit „Kredit zu gewähren." Beiden Fällen zu liebe, sowohl für den Sachverkehr als zu gunsten des offenen Kredites, wird in das Mobiliarsachenrecht, gerade wie in das Immobiliarrecht, wenn auch in weniger vollkommener Form, das Moment der Publizität eingeführt.

---

[1]) Das Verhältnis, in dem der Kreditgeber zur Sache im Besitz des Schuldners steht, kann als ein embryonales dingliches Recht aufgefasst werden.

Kapitel II.

Die Möglichkeit eines Eigentumsvorbehalts in unserem Mobiliarrechtssystem.

Und nun stelle ich die Frage: Durfte der Gesetzgeber, der das im vorigen Kapitel dargestellte System des Mobiliarsachenrechts geschaffen hat, wenn er konsequent sein wollte, den Eigentumsvorbehalt beim Verkaufe zulassen oder nicht?

Ich behaupte: er musste ihn ausschliessen; und das deshalb, weil ein latentes Eigentum an Sachen, die man offenkundig an einen Andern veräussert hat, und über die dieser Andere gleich einem Eigentümer verfügen kann, den Grundsatz der Publizität des Eigentums vollständig verleugnet.

Es wird damit, gerade wie durch das Constitutum possessorium, beim Inhaber des Gewahrsams der Schein des Eigentums erzeugt. In beiden Fällen wird der scheinbare Eigentümer zum blossen Besitzesstellvertreter, und das durch eine unsichtbare, nur den beiden Kontrahenten bekannte Vertragsklausel, gegen deren schädliche Folgen doch alle Drittgläubiger im Interesse des Kredites sollten geschützt werden.

Der Grund, der dafür spricht, dass — wenigstens Dritten gegenüber — der Satz gelten soll: kein Eigentumsübergang ohne wirkliche Tradition,[1]) spricht doch offenbar auch für die

---

[1]) Die Möglichkeit einer „bedingten Tradition" weisen wir für das moderne Recht „unbedingt" von der Hand. Nach Ansicht der Pandektisten wird durch dieselbe „das Rechtsgeschäft, der sogen. dingliche Vertrag zwischen Veräusserer und Erwerber", in seine Bestandteile „corpus und animus" aufgelöst, von denen das erstere unbedingt, der letztere bedingt hinzutreten könne (Resultat: eine dingliche Gebundenheit des Veräusserers, der trotzdem Eigentümer bleiben kann; bestritten). Die Tradition des O. R. ist kaum ein Vertrag zu nennen, so wenig als die „grundbuchliche" Umschreibung, die ebenfalls des Consenses (der Ermächtigung des Veräusserers) bedarf. Jedenfalls kann sie als Formvorschrift nicht „bedingt" erfüllt werden, so lange nicht eine derartige Eigentümlichkeit vom Gesetze ausdrücklich gestattet wird. Vgl. dagegen: v. Waldkirch, Erwerb und Schutz des Eigentums an Mobilien, Zürich 1885. Seite 17 ff., Windscheid Bd I § 172, Dernburg Bd I

umgekehrte Regel: keine Tradition ohne Eigentumsübergang. Das eine ist für die Verkehrssicherheit so gefährlich, wie das andere, und nur mit dem zeitlichen Zusammenfallen beider Vorgänge, des thatsächlichen und des ideellen, ist der Verkehrssicherheit und dem ihr dienenden Prinzipe der Publizität Rechnung getragen.

Hiezu kommt noch, dass durch den Eigentumsvorbehalt, wenn er statthaft wäre, die Mobiliarpfandverschreibung, die doch vom Gesetze ausdrücklich verpönt ist, ersetzt, und deren Verbot umgangen werden könnte. Der Eigentumsvorbehalt hat in der That niemals einen andern Zweck, als den der Realsicherung. Nicht das Eigentum als solches will er gewährleisten, denn der Veräusserer ist noch so gern bereit, dieses Eigentum aufzugeben, und sein Veräusserungsvertrag hat gerade diese Ueberleitung des Eigentums zum Zwecke;[1]) nur die Zahlung einer Schuld, hier des Kaufpreises, soll durch den Eigentumsvorbehalt sichergestellt werden. Dieser hat mit andern Worten rein nur die Funktion eines Pfandrechts und zwar eines vom Gesetze verpönten Pfandrechts.

Nicht nur konnte dieser Vorbehalt dazu missbraucht werden, um in versteckter Form dem Verkäufer ein Pfandrecht an der verkauften Sache zu gewähren; nein, sogar um an beliebigen Sachen, die längst Eigentum des Schuldners sind, Dritten Pfandrechte zu verschaffen: indem der Schuldner diese Sachen bloss zuerst seinem Gläubiger zu veräussern und zu tradieren braucht, um sie dann auf Grund eines abgemachten Wiederkaufsrechtes, unter Einräumung eines Eigentumsvorbehalts, zurückzukaufen. Sofern es nur gelingt, die hiebei unterlaufenden Scheinoperationen zu vertuschen, wäre, sobald man einmal den Eigentumsvorbehalt grundsätzlich zulässt, solchen Manipulationen kaum beizukommen. Und

---

S. 487. — Von anderen Widersprüchen und Dilemmen nicht zu reden: Quid, wenn Verkäufer, da er ja „Eigentümer" bleibt, die Sache weiter veräussert und den neuen Käufer durch das Mittel des Art. 201 zum Eigentümer macht. Welcher der beiden Erwerber soll nun dem andern weichen?

[1]) Der Käufer hat deshalb im Gem. R. die Publiciana fr. 8 D. de Public. in r. a. (6. 2).

wie leicht ist es, das Gewissen unserer Richter in dieser Beziehung zu beschwichtigen! [1])

Der Gesetzgeber hatte also allen Grund, dem Eigentumsvorbehalte, gerade wie dem Constitutum possessorium, die Wirksamkeit, Dritten gegenüber wenigstens, zu versagen. Der Entwurf des Bundesrates [2]) zu unserem Obligationenrecht hat dies in der That und zwar, wie die Botschaft beweist, [3]) aus bewusster Konsequenz gethan, indem er in Art. 219 Al. 2 bestimmte:

„Ist die veräusserte Sache in den Gewahrsam des Er-„werbers übergegangen, so sind Verabredungen, durch welche „der Veräusserer zum Nachteil der Gläubiger des Erwerbers „sich das Eigentum vorbehält, unwirksam."

Dieser Artikel ist nun freilich in der definitiven Redaktion unseres Obligationenrechts verschwunden. Man hat daraus geschlossen (Urteil i. S. Weil c. Masse Peter, in Bl. f. han-

---

[1]) Vgl. z. B. den Fall Schmid c. Rothermel (Entsch. des B.-Ger. XIV Nr. 19), von dem weiter unten noch die Rede sein wird.

[2]) Wenn wir hier und im fernern von Entwurf reden, so soll stets der letzte Hauptentwurf gemeint sein (vom Juli 1879).

[3]) Die Botschaft bemerkt dazu (S. 58 ff.):

„Dieses Verbot des pactum reservati dominii, obwohl dem bisherigen Rechte völlig fremd, hat insofern durchaus nichts Auffallendes, als es mit den Prinzipien im Einklang steht, welche der Entwurf, in Uebereinstimmung mit dem französischen Rechte (code civil art. 2076, code de comm. art. 92) und der Mehrzahl der kantonalen Rechte (vgl. Munzingers Motive, S. 465 u. ff.), der Lehre vom Pfandrechte an beweglichen Sachen in den Art. 227 und 235 zu Grunde gelegt hat. Nach Art. 227 soll keinerlei vertragsmässiges Pfandrecht an beweglichen Sachen oder Inhaberpapieren errichtet werden können, welche im Gewahrsam des Verpfänders verbleiben. Es soll überhaupt nur ein wirkliches Faustpfandrecht an beweglichen Sachen durch Vertrag errichtet werden können. Ja nach Art. 235 verliert ein an sich gültig entstandenes Faustpfandrecht seine Wirksamkeit, sobald die Sache mit Zustimmung des Gläubigers wieder in den Gewahrsam des Verpfänders gelangt — ..... Mit diesen Prinzipien der Art. 227 und 235 steht die im Art. 219 Abs. 2 enthaltene Bestimmung insofern vollkommen im Einklang, als durch das sogen. pactum reserv. dom. im Grunde genommen unter dem äusseren Scheine eines Eigentumsrechtes nur ein sehr weitgehendes Pfandrecht des Veräusserers an der im Besitze seines Schuldners befindlichen Sache bezweckt wird."

delsr. Entsch. VI 311), dass der Gesetzgeber in diesem Punkte absichtlich von der Konsequenz abgegangen sei, und dass die Ausmerzung jener Bestimmung des bundesrätlichen Entwurfes einer positiven Satzung gleichkomme, wodurch der Eigentumsvorbehalt ausdrücklich zulässig erklärt würde.

Nun ist ja die bewusste Beseitigung eines Gesetzesartikels noch lange nicht dasselbe, wie die positive Aufstellung der gegenteiligen Satzung. In Anbetracht des grossen Einflusses aber, den unsere Gerichte in Zweifelsfällen den Vorgängen aus der parlamentarischen Entstehungsgeschichte der Gesetze einräumen, schien es mir geboten, nachzuforschen in welcher Weise jene Ausmerzung, aus der man so viel Kapital schlägt, sich vollzogen hat.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist, dass eine bewusste, absichtliche Beseitigung jener Bestimmung wenigstens im Plenum der Räte niemals stattgefunden hat, dass vielmehr diese Bestimmung, landläufig gesprochen, unter's Eis geraten ist, man weiss wohl wie, aber nicht warum. Dies gieng so zu:

Der Ständerat, dem die Erstberatung zugefallen war, hatte am 18. Juni 1880 das ganze Kapitel I von Titel VI des bundesrätlichen Entwurfs, welches vom Uebergange des Eigentums handelte, mit der einzigen Aenderung angenommen, dass die Vindikationsfrist von gestohlenen und verlorenen Sachen von 3 auf 5 Jahre ausgedehnt wurde. Das (relative) Verbot des Eigentumsvorbehalts insbesondere war ganz unangefochten geblieben.

Im Nationalrat, der die Materie am 18. Dezember 1880 behandelte, ging dieses Verbot ebenfalls ohne den mindesten Anstand durch. Dagegen nahm dieser Rat, auf den Antrag von Niggeler und Haberstich, eine kleine Aenderung vor ‚an der Definition der Requisite der Besitzübergabe' (Art. 218). — Es ist bekannt, wie man in den Expertenkommissionen sich lange darüber gestritten hatte, ob für den Eigentumsübergang die Besitzesübergabe (der römischen Theorie entsprechend) notwendig, oder (dem französischen Rechte gemäss) nicht notwendig sein solle, und wie der bundesrätliche Ent-

wurf schliesslich einen Mittelweg eingeschlagen hatte, wonach die Besitzesübergabe scheinbar als erforderlich erklärt wurde, jedoch so definiert, dass sie zum blossen Symbol herabsank.[1]) Die Besitzesübergabe galt nämlich als geschehen,

„sobald die Sache ausgeschieden und als Eigentum des Erwerbers genügend bezeichnet ist."

Den Herrn Niggeler und Haberstich gieng dies zu weit; sie warfen dieser Fassung vor, dass damit schon ein in Abwesenheit und ohne Vorwissen des Erwerbers vorgenommener Absonderungsakt, also das blosse einseitige Belieben des Veräusserers, für den Eigentumsübergang genügen würde, während doch selbst das französische Recht dafür die Willensübereinstimmung verlange. Diesem Einwande wurde dadurch Rechnung getragen, dass in Art. 218 mit 52 gegen 25 Stimmen die Worte eingeschaltet wurden:

„im Einverständniss mit dem Erwerber."[2])

Ohne diese sehr unwesentliche Differenz hätte zwischen beiden Räten volle Uebereinstimmung bestanden, und wäre dieses Kapitel nicht weiter beraten worden. Die Differenz aber nötigte und berechtigte nun den Ständerat, die Frage noch einmal zu behandeln.

Eine Mehrheit der ständerätlichen Kommission, durch diesen ersten Einbruch am bundesrätlichen Texte ermutigt, wusste es jetzt durchzusetzen, dass man sich vom französischen Rechte noch weiter entfernte und für den Besitzesübergang, an Stelle jener kaum symbolisch zu nennenden „Ausscheidung und Bezeichnung," die strengern Erfordernisse aufstellte, wie sie nun heute in den Art. 200, 201 und 203 O. R.

---

[1]) Zu einem Symbol, das sich in seiner Jämmerlichkeit mit jenen plastischen, den unsichtbaren Herrschaftswechsel so prächtig sichtbar machenden Symbolen des Mittelalters nimmer zu messen wagte!

[2]) Viel war dadurch nicht verbessert. Der ganze Art. 218 lautete nun:

„Die Besitzübergabe ist geschehen, sobald die Sache ausgeschieden und im Einverständnis mit dem Erwerber als dessen Eigentum genügend bezeichnet ist." — Vgl. Bund Nr. 341 10. Dez. 1880, sowie die Ratsprotokolle im Bundesarchiv.

(mit etwas verändertem Wortlaut) Gesetz geworden sind; also:[1])

1) entweder Aushändigung der Sache an den Erwerber („oder an einen Stellvertreter desselben," war damals noch beigefügt),

2) oder Uebertragung der Mittel an den Erwerber, um über die Sache zu verfügen,

3) oder Auftrag an den Drittinhaber, die Sache fortan für den neuen Erwerber in Gewahrsam zu halten,

4) oder, bei Versendungen, Empfangnahme der Sache durch den Stellvertreter oder durch den Erwerber persönlich.

Diese Artikel waren von der Kommissionsmehrheit in einem das ganze Kapitel vom Eigentumsübergang behandelnden Gegenentwurf als Ersatz für die Artikel 217, 218, 219 der Vorlage aufgestellt worden und wurden, wie überhaupt der ganze Gegenentwurf, nachdem einmal der Antrag der Kommissionsmehrheit gesiegt hatte, ohne weitere Diskussion angenommen (Februar 1881).

Nach dieser (ständerätlichen) Lösung war also auch die Möglichkeit eines Constitutum possessorium, d. h. des Eigentumsübergangs einer im Gewahrsam des Veräusserers zurückbleibenden Sache, stillschweigend ganz ausgeschlossen. Das Constitutum possessorium war damit, nicht bloss, wie bisher, den Drittgläubigern gegenüber unwirksam, sondern überhaupt unmöglich gemacht worden. Es bedurfte also der Bestimmung des Art. 219 Abs. 1 des bundesrätlichen Entwurfes nicht mehr; sie fehlte gänzlich, „mit ihr" war auch deren Gegenstück, die relative Unwirksamkeit des Eigentumsvorbehalts, verschwunden!

Der Nationalrat stimmte am 2. März 1881 dem Gegenentwurf des Ständerates bei, fügte aber mit 58 gegen 21 Stimmen, auf Niggelers Anregung, den jetzigen Artikel 202 ein, wodurch das Constitutum possessorium wieder, wie früher, in beschränktem Masse zugelassen wurde.

Eine ähnliche Klausel ist nie aufgenommen worden, wodurch auch der Eigentumsvorbehalt wieder prinzipiell zulässig,

[1]) Vgl. die Protokolle der Ständeratssitzungen.

aber bloss den Gläubigern gegenüber unwirksam erklärt worden wäre!

Resümieren wir diese Vorgänge:

I. Stadium: Annahme (in beiden Räten) des Art. 219 der Vorlage, der sowohl das Constitutum possessorium, als den Eigentumsvorbehalt an sich zulässt, beide jedoch benachteiligten Dritten gegenüber für unwirksam erklärt;

II. Stadium: Streichung dieses Artikels (im Ständerat) im Sinne eines vollständigen Ausschlusses des Constitutum possessorium und — des Eigentumsvorbehalts (?) —

III. Stadium: Wiederherstellung der relativen (beschränkten) Zulässigkeit des Constitutum possessorium durch den Nationalrat. Keine Wiederherstellung der relativen Gültigkeit des Eigentumsvorbehalts.

Fragen wir nun, warum nicht auch die vom Eigentumsvorbehalt handelnde Klausel wieder hergestellt wurde, so lässt sich hierauf ebenso gut antworten, „weil man ihn vollständig ausgeschlossen lassen wollte," als die gegenteilige Antwort erteilen, „weil man ihn unbeschränkt zulassen wollte."

Das Mindeste, was man also sagen kann, ist: non liquet.

Persönlich habe ich eher den Eindruck, dass nach der Meinung der Antragsteller, der Vorbehalt des Eigentums durch den Veräusserer ganz unzulässig bleiben, nicht aber gestattet werden sollte; dass er also nicht wie das Constitutum possessorium, wenigstens einer relativen Gültigkeit würdig befunden, sondern unbedingt ausgeschlossen werden sollte.

Will man dem nicht beipflichten — und ich gebe zu, dass es sich aus den eben dargestellten Vorgängen nicht mit absoluter Sicherheit ergiebt — so wird man immerhin soviel einräumen müssen: Ein förmlicher Beschluss, wodurch das relative Verbot des Eigentumsvorbehalts im Sinne einer absoluten Gestattung dieser Klausel beseitigt worden wäre, ist niemals gefasst worden.

Es darf also aus dem Verschwinden von Art. 219, Abs. 2 der bundesrätlichen Vorlage keinerlei Schlussfolgerung, wenigstens keine solche zu Gunsten des Eigentumsvorbehalts, gezogen werden. Vielmehr muss die Frage der Gültigkeit des

Eigentumsvorbehalts rein nur aus den vorhandenen Artikeln interpretiert werden.

* * *

Ich glaube nun allerdings nachgewiesen zu haben, dass der Eigentumsvorbehalt dem Gedanken, welcher den Art. 199 und ff. O. R. zu Grunde liegt, und welchen ich mit einem Stichworte als den Grundsatz der Publizität des Eigentums bezeichnet habe, widerstreitet; allein diese Thatsache genügt für sich allein nicht, um jene Vertragsklausel als unzulässig und unwirksam hinzustellen. Unsere Gerichte sind wenigstens nicht gewohnt, in so weitgehender Weise, der Konsequenz zu liebe, auf blosse Gesetzes-Gedanken Rechtssätze aufzubauen, die im Texte positiv nicht enthalten sind. Bei aller Achtung vor der rechtsbildenden Kraft der Analogie, darf doch nicht übersehen werden, dass — nachdem nun einmal die ursprüngliche den Eigentumsvorbehalt betreffende Bestimmung verschwunden ist — die Art. 199 ff. des O. R. nur noch bestimmen, was Alles zum Eigentumsübergang erforderlich ist; dass aber nirgends gesagt ist noch darin gesagt werden will, das Eigentum müsse, wenn diese Erfordernisse erfüllt sind, nun auch wirklich übergehen.

Das Eigentum geht vielmehr nach Art. 199 auch dann nur über, wenn es „infolge eines Vertrages übertragen werden soll.“

Es bleibt also immer noch die weitere Frage zu beantworten: Liegt es im Belieben der Parteien, ob ein bestimmter Vertrag den Eigentumsübergang bewirken soll oder nicht? oder giebt es Verträge, deren Vollziehung notwendig den Eigentumsübergang voraussetzt und bedingt?

Wir sehen also, dass zur endgültigen Beantwortung der Frage nach der Gültigkeit des Eigentumsvorbehalts beim Verkauf, die obligationenrechtlichen Bestimmungen über den Kaufvertrag mit in Betracht zu ziehen sind.

Kapitel III.

Die Möglichkeit eines Eigentumsvorbehalts nach den geltenden Bestimmungen über den Kaufvertrag.

Werfen wir zunächst einen Blick auf das römische Recht.

In den Quellen kommt der Ausdruck ‚pactum reservati dominii' als solcher noch nicht vor; wohl aber die Sache selbst. Immer handelt es sich dabei um einen Kaufvertrag,[1]) bei dem stipuliert worden ist, es solle die Kaufsache, vorläufig bis zur Zahlung des Kaufpreises, nicht als gekaufte, sondern auf Grund eines andern Rechtsverhältnisses (Miete, Commodat, precarium) im Gewahrsam des Käufers sein.[2])

Da auf die nähere Bezeichnung des als Provisorium dazwischen tretenden Rechtsverhältnisses wenig ankam, und für diesen Zwischengewahrsam gewöhnlich kein besonderes Entgelt verabredet wurde, so ist es später im gemeinen Recht zur Uebung geworden, statt der umständlichen Bezeichnung des betreffenden Nebengeschäftes im Kaufvertrage „einfach das Eigentum vorzubehalten." Quellenmässig war dies nicht; aber man kann nicht behaupten, dass es dem römischen Recht zuwider lief. Im römischen Recht bewirkt nämlich die Erfüllung der Verkäuferverpflichtung, das tradere, selbst wenn der Verkäufer Eigentümer war, nicht ohne weiteres den Eigentumsübergang; es ist positiv bestimmt, dass das Eigentum erst übergeht, wenn der Preis bezahlt oder kreditiert ist;[3]) zum Kreditieren des Preises aber ist der Verkäufer nicht verpflichtet. Kann er den Barkauf ausbedingen und damit den Eigentumsübergang bis zur Zahlung verhindern, so muss es ihm a fortiori auch zustehen, den Kredit nur in beschränktem Sinne zu bewilligen, in dem Sinne nämlich, dass dem Käufer zwar Zahlungstermine eingeräumt

---

[1]) Einen Fall eines andern (bedingten) Veräusserungsgeschäftes vgl. fr. 10 Dig. de jure dotium.

[2]) fr. 16 Dig. de pericul. et commod. r. v. (18.6), fr. 20 § 2 Dig. locat. (19.2), fr. 20 Dig. de prec. (43.26).

[3]) § 41 J. (2. 1), fr. 19 Dig. (18. 1).

sind, der Verkäufer aber an dieses Zugeständnis die Rechtsfolge des Eigentumsübergangs nicht geknüpft wissen will; der Verkäufer kreditiert nicht schlechthin, sondern ‚cum grano salis'. Er ist damit einverstanden, den Preis nicht sofort einzufordern; er lässt sich zu einem pactum de non petendo pretio herbei, erklärt aber gleichzeitig, dass diese Vergünstigung nicht so aufzufassen sei, als ob er damit auf ‚die Rechtswohlthat', dass erst mit der Preiszahlung das Eigentum übergehen solle, verzichten wolle.[1])

Ob man nun diese Form des Kreditierens mit Eigentumsvorbehalt, mit Vangerow, Puchta, v. Geyso,[2]) Göschen u. a. m., als Kredit bezeichnen will, oder mit Thorsch,[3]) der gegen jene polemisiert, als die Negation des Kredits, ist eine müssige Wortfrage. Mag man dies Kredit nennen oder nicht, soviel ist sicher, dass der Verkäufer sich damit die Bestimmung des römischen Rechts, wonach erst mit Zahlung oder vorbehaltloser Kreditierung das Eigentum übergehen soll, zu Nutze machen will, und das auf dem einfachsten und kürzesten Wege des Eigentumsvorbehalts.

Bietet nun das schweizerische Recht diese Möglichkeit ebenfalls?

Ich verneine diese Frage. Nach schweiz. Recht ist die Zahlung oder Kreditierung des Kaufpreises keine Voraussetzung des Eigentumsüberganges. Schon die Erfüllung des Kaufvertrages als solche, gleichviel, ob der Preis bezahlt sei oder nicht, bewirkt den Eigentumswechsel.

Unser Obligationenrecht (Art. 230) verpflichtet zwar den Verkäufer im Zweifel nur zur Leistung Zug um Zug; es sagt aber kein Wort davon, dass der Verkäufer, der freiwillig oder vereinbarter Massen vorgeleistet hat, das Eigentum behalte. Der Kaufvertrag verpflichtet begrifflich zur Uebergabe der Sache „zu vollem Rechte und Genusse" (O. R. Art. 229). Wer

---

[1]) Vgl. in ähnlichem Sinne: Göschen, Vorlesungen II § 277 a. E., sowie die von Dunker im Rhein. Museum für Jurisprudenz Bd V S. 71 b citierte Ansicht.

[2]) v. Geyso in: Z. f. Civilrecht und Prozess Bd V S. 161 (1832).

[3]) Thorsch: Das pactum reservati dominii, Strassburger Diss. 1875.

die Sache nicht zu vollem Rechte und Genusse übergeben hat, der hat auch noch nicht geleistet: und wer geleistet hat, der hat damit auch zu vollem Rechte und Genusse übergeben; ein Drittes giebt es nicht. Der Verkäufer steht vor dem Dilemma: entweder habe ich den Kaufvertrag nicht erfüllt, oder ich habe erfüllt und damit Eigentum übertragen.

Nun ist es freilich denkbar, dass nach der Meinung der Parteien, der Verkäufer mit der Uebergabe der Sache nicht „als Verkäufer" erfüllt haben soll. Es ist denkbar, dass er damit den Empfänger nicht zum Besitzer und Eigentümer, sondern zu seinem blossen Besitzesstellvertreter gemacht haben will. Allein dies setzt folgendes voraus:

1. Dass die Sache auf Grund eines andern (obligatorischen) Rechtsverhältnisses im Gewahrsam des Käufers sich befinde.

2. Dass dieses Rechtsverhältnis vertraglich wirklich gewollt sei.[1])

Solche Rechtsverhältnisse sind sehr wohl denkbar. Nichts hindert die Parteien, der Erfüllung des Kaufes vorgängig, einen Mietvertrag, eine Gebrauchsleihe etc. abzuschliessen. Allein wenn hievon im Vertrag keine Rede ist, und auch die Parteien an ein solches Rechtsverhältnis gar nicht gedacht haben, oder wenn ein solcher Nebenvertrag zwar genannt wird, sich aber aus den Umständen ergiebt, dass er nicht ernstlich gemeint,[2]) sondern simuliert ist (also nach O. R. un-

[1]) Vgl. z. B. fr. 80 § 3 Dig. de contr. emt. (18. 1).

[2]) Vgl. z. B. den Fall Fischli (fingierter Kommissionsvertrag) in den Bl. f. handelsr. Entsch. IV S. 155; den Fall Jäggi (fingierter Mietvertrag) in der Revue Bd IX Nr. 16. Allein keineswegs macht die offenkundige, auf späteren Verkauf gerichtete Absicht den für die Zwischenzeit stipulierten Mietvertrag in allen Fällen zu einem fingierten. Ich halte z. B. den in den Bl. f. handelsr. Entsch. XIV S. 22 behandelten Vertrag, entgegen der Ansicht des zürcher. Richters, für einen, allerdings mit einem bedingten Kaufvertrag kombinierten, aber neben diesem zu Recht bestehenden, durchaus gültigen Mietvertrag, durch welchen das Rechtsverhältnis geregelt wird, das zwischen den Parteien bestehen soll: bis zum Zeitpunkt, wo nach der Abzahlung des ganzen Kaufpreises der Verkäufer seinerseits den bisherigen Mieter der Maschinen zum Eigentümer machen wird und zwar durch brevi manu traditio. Gienge inzwischen die Maschine durch Zufall unter, so müsste

gültig), wenn somit der Verkäufer mit der Uebergabe der Sache nichts anderes gewollt hat und gewollt haben kann, als seiner Verkäuferpflicht genügen, so ist der Eigentumsvorbehalt, weil hiemit logisch unvereinbar, einfach hinfällig. Dem Käufer selbst gegenüber mag er allenfalls geltend gemacht werden können, indem seiner Einrede der Nichtigkeit dieses Vorbehalts mit der replicatio doli begegnet werden könnte; allein Dritte, insbesondere solche, die die gekaufte Sache als Exekutionsobjekt beanspruchen, brauchen sich um jenen Vorbehalt nicht zu bekümmern. Der Eigentumsvorbehalt ist ihnen gegenüber unwirksam; es folgt dies unmitttelbar aus den Bestimmungen über den Kaufvertrag, und brauchte darum in den Artikeln über den Eigentumsübergang an Mobilien nicht noch besonders gesagt zu werden. [1])

Ich gelange also zu dem Ergebnis, dass das schweizerische Recht, im Gegensatz zum römischen, eine Erfüllung des Kaufvertrages als solche, die nicht auch sofort Eigentum übertrüge, nicht kennt. Ueberall, wo in einem Vertrage Unreimbares sich vereinigt findet, indem A dem B verkauft und das Verkaufte überliefert, dennoch aber sich das Eigentum daran vorbehält, wird der Richter sich für das eine oder andere entscheiden müssen: entweder, dass die Parteien mit der Uebergabe der Sache nicht die Erfüllung des Kaufs, sondern etwas anderes gewollt haben, oder dass sie wirklich die Erfüllung des Kaufs im Auge hatten, wodurch dann der dieser Erfüllung angehängte Vorbehalt als unreimbar, rechtlich unmöglich und widerrechtlich dahinfällt und zwar als gerade so unsinnig und unwirksam, als z. B. ein Eigentumsvorbehalt beim Darlehen wäre.

Wenn z. B. der Müller dem Bäcker Mehl verkauft, und

---

gewiss der Vermieter und bisherige Eigentümer die Gefahr tragen, und nicht der Mieter (Käufer); was hingegen der Fall wäre, wenn man mit dem zürcherischen Richter den Vertrag rein als einen Kauf betrachtet und annimmt, der Lieferant der Maschine habe sie jetzt schon in Erfüllung seiner Verkäuferpflicht geliefert.

[1]) Die hier entwickelte Ansicht stimmt wohl im Wesentlichen mit der in Seuffert Archiv XXIII Nr. 135 ausgeführten überein.

sich (mit oder ohne Fingierung eines Zwischengeschäftes) das Eigentum daran vorbehält, während doch feststeht, dass der Bäcker mit dem Mehl soll schalten und walten — und dasselbe beliebig zu Brot verbacken — dürfen, so ist der Eigentumsvorbehalt nichtig.

Oder wenn ein Warenlager verkauft wird, z. B. eine Apotheke, und der Käufer mit den gekauften Vorräten den Detailhandel auf eigene Rechnung weiter treiben soll, so ist auch dies ein reines Kaufgeschäft, das begrifflich jeden Eigentumsvorbehalt an der verkauften Sache ausschliesst.

Anders verhält es sich, wenn z. B. ausdrücklich bestimmt ist, dass der Käufer vorläufig bloss Mieter des gekauften Gegenstandes sein soll, und sich aus der Natur der gelieferten Sache und den übrigen Bestimmungen des „Miet"vertrages (z. B. betreffend das periculum, den Mietzins u. s. w.) ergiebt, dass dieses Zwischenstadium nicht simuliert, sondern als solches gewollt — und durch den Vertrag in ausreichender Weise geregelt — ist.

Zur Unterstützung des hier gewonnenen Resultats lässt sich auch Art. 264 O. R. herbeiziehen.

Dieser Artikel lautete im bundesrätlichen Entwurfe, als Art. 281, wie folgt:

„(Art. 281). Ist der Kaufgegenstand vor geleisteter Zah-
„lung in den Gewahrsam des Käufers übergegangen, und
„erklärt der Verkäufer wegen Verzugs des Käufers den Rück-
„tritt, so fällt das Eigentum nicht von Rechtswegen an den
„Verkäufer zurück; dieser hat aber eine Forderung auf Rück-
„übertragung."

Nach dem System des bundesrätlichen Entwurfes war demnach sowohl der Eigentumsvorbehalt (219, 2.) als der Eigentumsrückfall ausgeschlossen, und nur eine Forderung auf Rückübertragung zugelassen.

Die Bundesversammlung ist noch einen Schritt weiter gegangen und hat — von der allgemeinen Regel der Art. 122 und 123 O. R. abweichend — dieses Rückübertragungsrecht auf den Fall beschränkt, wo es ausdrücklich ausbedungen ist (vgl. den jetzigen Wortlaut von 264).

Ich finde für diese Ausnahme[1]) keinen andern Grund, als den, dass nach der Meinung des Gesetzgebers der Gewahrsamswechsel infolge Verkaufs stets einen Eigentumswechsel bewirkt, ein fait accompli schafft, an welchem im Interesse des Verkehrs möglichst wenig gerüttelt werden soll. Wenn die Bundesversammlung hierin noch weiter gegangen ist als der Bundesrat und selbst das von diesem zugelassene blosse Rückforderungsrecht noch beschränkt hat, so hat sie gewiss nicht andererseits durch die Zulassung des vom Entwurf ausdrücklich verpönten Eigentumsvorbehalts die Verkehrssicherheit noch in weit höherem Masse gefährden wollen, als dies durch die Zulassung eines unbedingten, jedoch bloss obligatorischen Rückforderungsrechts der Fall war.

Das Schweigen der Bundesversammlung mit Bezug auf den Eigentumsvorbehalt lässt sich auch hier nur dadurch erklären, dass sie ihn eben für ausgeschlossen hielt. Nicht um ihn zu verbieten, sondern um ihn zuzulassen, hätte es einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft.

Die am Art. 281 des Entwurfs (jetzt O. R. 264) vorgenommene Verschärfung verlangte geradezu und unbedingt eine besondere Bestimmung, wenn man — was sich freilich mit jener Verschärfung wenig gereimt hätte — trotz alledem den Eigentumsvorbehalt gestatten wollte. Nicht für, sondern gegen den Eigentumsvorbehalt ist also das Schweigen des Gesetzes zu deuten.

Noch aus einem andern Grunde wäre der Gesetzgeber verpflichtet gewesen, den Eigentumsvorbehalt ausdrücklich zu erwähnen, falls er ihn gestatten wollte: darum nämlich, weil das Gesetz einen einzigen Fall ausdrücklich erwähnt, in dem ausnahmsweise von Rechtswegen trotz Gewahrsamswechsel das Eigentum beim Verkäufer bleibt; ich meine den Kauf auf Probe oder Besicht.[2]) Hier bestimmt das Gesetz ausdrücklich, dass die Kaufsache, bis zu ihrer Genehmigung durch den Käufer, im Eigentum des Verkäufers bleibt. Es ist dies

---

[1]) Von der allgemeinen Regel der Art. 122 und 123 O. R.

[2]) O. R. 269.

die einzige Ausnahme, die das Gesetz an dem Grundsatze kennt und zulässt, dass die Leistung des Verkäufers Eigentum überträgt; eine Ausnahme, die — weil ausdrücklich hervorgehoben — den Grundsatz erst recht bestätigt. Und diese Ausnahme erklärt sich leicht dadurch, dass der Kauf auf Probe oder Besicht, genau besehen, gar kein Kaufvertrag ist, sondern bloss eine vom Käufer veranlasste, oder doch im Einverständnis mit ihm erfolgte Offerte von seiten des Verkäufers; denn ein Vertrag, wodurch nur eine Partei gebunden wäre, ist kein Vertrag und also auch kein Kauf.[1])

Zum Schlusse stelle ich, das Gesagte zusammenfassend, folgendes fest:

1. Das Obligationenrecht enthält keinen Artikel, wonach seine Bestimmungen im Zweifel nur als dispositives Recht zu gelten hätten; sie bilden also überall da, wo ein abweichender Parteiwille nicht ausdrücklich zugelassen ist, zwingendes Recht. (Jedenfalls stets, wenn die Interessen Dritter durch nicht ausdrücklich zugelassene Parteidispositionen irgendwie berührt werden können.)

2. Zwingenden Rechtes ist insbesondere die Begriffsbestimmung des Kaufes, wonach die Verkäuferpflicht darin besteht, dass Eigentum übertragen werde.

3. Und zwar geht (gemäss den allgemeinen Vorschriften über den Mobiliarverkehr) das Eigentum über mit dem Gewahrsamswechsel; der einzige Fall, wo dies nicht geschieht, ist im Gesetz ausdrücklich erwähnt (Art. 269) und schliesst a contrario alle andern Fälle aus.

4. Eine Gewahrsamsübertragung kraft Verkaufes ‚ohne Eigentumsübergang' ist darum begrifflich ausgeschlossen; der Vorbehalt des Eigentums von seiten des Verkäufers ist daher überall unwirksam, wenn auf Grund des Kaufvertrages selbst geleistet worden ist. Er gilt nur dann, wenn nach dem wirklichen Parteiwillen die Erfüllung der Verkäuferpflicht hinausgeschoben und vorläufig durch die Erfüllung eines andern

---

[1]) Ein weiterer Grund ergiebt sich aus dem Thema der S. 358 unten; vgl. daselbst Anm. 3.

(nicht rei-translatorischen) Vertrages ersetzt werden sollte und konnte.

Mit der Aufstellung dieser Thesen stelle ich mich in Widerspruch mit der vorherrschenden Praxis; ich habe mich darum noch im folgenden Kapitel mit ihr abzufinden, was mir zugleich Gelegenheit geben wird, an Hand der Kasuistik meinen Standpunkt näher zu beleuchten.

Kapitel IV.

Die Gerichtsentscheide über den Eigentumsvorbehalt.

Veröffentlichte Gerichtsentscheide über den Eigentumsvorbehalt sind äusserst spärlich. Es erklärt sich dies sehr einfach dadurch, dass das Bundesgericht bald nach der Einführung des Obligationenrechts in den Fall gekommen ist, die Frage zu entscheiden. Die Gerichte folgten seither ohne weiteres Kopfzerbrechen dem geschaffenen Präjudiz, und die Kontroverse war damit praktisch aus der Welt geschafft, noch ehe sie theoretisch eingehender hatte erwogen werden können. Das „Roma locuta est" hatte gewirkt und, freilich auf Kosten einer wohldurchdachten Doktrin, in diesem Punkte einige Rechtssicherheit geschaffen.

I. An einem Ansatze, woraus sich eine fruchtbare und erschöpfende Kontroverse hätte entwickeln können, hatte es immerhin nicht gefehlt.

Das Thurgauische Obergericht hat am 3. März 1888 in einem Urteile i. S. Welti c. Kaufmann[1]) die Frage des Eigentumsvorbehaltes einlässlich behandelt und sich dabei gegen den Eigentumsvorbehalt entschieden. Seine Begründung stimmt zum Teil mit der meinigen überein. Auch das Obergericht argumentiert damit, dass der Eigentumsvorbehalt mit den sonstigen Grundsätzen des Obligationenrechts über den Mobiliarverkehr, speziell über die Verpfändung von Mobilien, unvereinbar, und deshalb das Schweigen des Gesetzes über

---

[1]) Revue Bd VI Nr. 83.

diesen Punkt eher im Sinne der Ungültigkeit, als der Gültigkeit des Vorbehaltes zu deuten sei; die erfolgte Streichung von Abs. 2 des Art. 219 des Entwurfes — deren Ursachen der thurgauische Richter nicht so eingehend nachforschen konnte, wie es hier an Hand des Quellenmaterials geschehen ist — wird von ihm dahin gedeutet: „dass man die Bestimmung als überflüssig, weil selbstverständlich, erachtete, oder dass man diesen Punkt der Praxis oder der Konkursgesetzgebung überlassen wollte.“

„Es ist nicht anzunehmen,“ sagt das Urteil weiter, „dass der Gesetzgeber sich mit den Prinzipien, welche er in Bezug auf den Eigentumsübergang und das Pfandrecht an Mobilien aufgestellt hat, in solchen Widerspruch habe setzen wollen, dass der Eigentumsvorbehalt gestattet sein soll.“

Nun folgt ein Satz, der in dieser Knappheit freilich anfechtbar erscheint:

„§ 199 O. R. sagt, dass zum Eigentumsübergang Besitzesübertragung, Tradition, erforderlich sei. Eine Ausnahme von dieser Regel besteht beim Constitutum possessorium (§ 202 O. R.). Eine weitere Ausnahme ist im Gesetz nicht aufgeführt, der Eigentumsvorbehalt wäre aber gerade eine solche. Da er nicht ausdrücklich erwähnt ist, kann er nicht als solche Geltung haben.“

Dieses Argument ist nicht ganz schlüssig. Wie wir oben bemerkt haben, folgt aus dem Satze: Ohne Besitzesübertragung kein Eigentumsübergang, noch lange nicht der umgekehrte Satz: jede Uebertragung hat den Eigentumsübergang zur Folge. Es kommt vielmehr auf die Natur des Vertrages an, kraft dessen die Uebertragung erfolgt ist; und das musste mich veranlassen, die Bestimmungen über den Kaufvertrag, die der thurgauische Richter ausser Acht gelassen hat, mit in Betracht zu ziehen.

Als letzte Waffe führt das thurgauische Urteil den Beweisgrund ins Feld, dass der Eigentumsvorbehalt in That und Wahrheit nur Sicherungszwecke verfolge und eine Umgehung des Verbots der Fahrnispfandverschreibung bilde. „Das Obergericht kann, so lange nicht ganz zwingende An-

haltspunkte dafür vorliegen, nicht annehmen, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des Obligationenrechts so inkonsequent gewesen sei, dass er auf der einen Seite das Pfandrecht an Mobilien mit Ausnahme des Faustpfandes ausschloss und sodann andererseits durch Zulassung des Eigentumsvorbehalts den durch erstere Bestimmung beabsichtigten Zweck wieder vollständig zerstört habe."

In dieser Fassung liegt eine gewisse petitio principii.[1]) Die Ersetzung eines gesetzeswidrigen Sicherungsmittels durch ein anderes Sicherungsmittel ist nur dann unzulässig, wenn das gewählte Sicherungsmittel ebenfalls gesetzwidrig ist, was erst noch zu beweisen wäre. Und dass es gesetzwidrig ist, folgt keineswegs schon daraus, dass es den nämlichen Effekt erzielt, sondern erst aus der weiteren, schon erörterten Thatsache, dass die Zulassung des Eigentumsvorbehalts für die gutgläubigen Dritten die durchaus gleichen schädlichen Wirkungen hätte, welchen der Gesetzgeber durch die Untersagung der Mobiliarhypothek und durch die Beschränkung des constitutum possessorium hatte vorbeugen wollen.

II. Im direkten Gegensatz zu diesem Urteil steht der Entscheid der Zürcher Appellationskammer vom 14. April 1885 in Sachen Gebrüder Fischli.[2]).

Dieser Entscheid ist namentlich darum interessant, weil der Verkauf der Ware — es handelte sich um Mehl, das ein Müller einem Bäcker lieferte — zur Rechtfertigung des Eigentumsvorbehalts in ein Kommissionsgeschäft eingekleidet worden war. Das Zürcher Gericht liess sich durch diese Simulation nicht beirren. „Unzweifelhaft," so führt es aus, „ist es dem G. (dem Bäcker), als er das Mehl bei den Klägern bestellte und bezogen hat, weniger darum zu thun gewesen dasselbe unverarbeitet mit Nutzen zu veräussern, als darum, das Mehl in seiner Bäckerei zum Backen von Brot zu verwenden." Das Gericht macht darum aus der angeblichen

---

[1]) Vgl. die Anmerkung 1) auf Seite 356 (unten).

[2]) Bl. f. handelsr. Entsch. IV S. 155.

Kommission einen regelrechten Kaufvertrag, lässt aber dann auch für diesen den Eigentumsvorbehalt zu. Es beruft sich dabei, bequem genug, lediglich auf die Kommentare von Schneider und von Hafner, identifiziert dieselben ohne weiteres mit dem Gesetzestexte, indem es gleich darauf erklärt, es sei nach den Thatsachen höchst wahrscheinlich, „dass die Parteien von jener ihnen durch das Gesetz (?!?) gegebenen Möglichkeit des Eigentumsvorbehalts zu Gunsten des Verkäufers Gebrauch machen wollten."

Und so gelangt denn das Gericht, unglaublicherweise, dazu, für Fungibilien, die dem Inhaber zur freien Verfügung übergeben waren, die er beliebig verkaufen oder durch Spezifikation (juristisch gesprochen) zerstören durfte, die endlich, auch wenn nur leihweise übergeben, Eigentum des Erwerbers geworden wären, den Eigentumserwerb des besitzenden Käufers in Abrede zu stellen.

III. Die Zürcher Appellations-Kammer hat in einem fernern Entscheid (vom 4. Oktober 1887 i. S. Weil c. Masse Peter)[1]) ihre Ansicht von der Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts aufrechterhalten.

Sie hat sich dabei auf eine Diskussion der gemeinrechtlichen Theorien vom Eigentumsvorbehalt eingelassen, die freilich unvollständig und oberflächlich, ja geradezu unrichtig ist, indem sie dem von ihr citierten Dunker die Ansicht zuschreibt, als ob der Verkäufer durch die Geltendmachung des vorbehaltenen Eigentums „einfach wieder Eigentümer der gekauften Sache werde," während doch Dunker im Gegenteil streng daran festhält, dass der Verkäufer, beim Eigentumsvorbehalt im typischen Sinne wenigstens, nie aufgehört hat, Eigentümer zu sein.

Ferner unterlässt es das Gericht, zu untersuchen, ob die gemeinrechtliche Lehre vom Eigentumsvorbehalt auch auf den Kaufvertrag zutreffe, wie er im schweizerischen Rechte normiert ist. Nur die Frage wird aufgeworfen, ob nicht Art. 210 O. R., welcher die Mobiliarhypothek unzulässig erklärt,

---

[1]) Bl. f. handelsr. Entsch. Bd VI S. 311.

auch die Ungültigkeit des Eigentumsvorbehalts nach sich ziehe. Die Verneinung dieser Frage wird vom Gericht durch die mehr erwähnte Beseitigung des Abs. 2 von Art. 219 der bundesrätlichen Vorlage motiviert. „Diese Beseitigung," sagt das Gericht, „kann nicht wohl dadurch erklärt werden, dass man die fragliche Bestimmung als überflüssig erachtet hätte; denn es musste den schweizerischen Gesetzgebern bekannt sein, dass über die rechtliche Natur des Eigentumsvorbehalts verschiedene Ansichten bestehen, von denen jedenfalls die eine, nämlich die Dunkers, auch mit dem Verbote des Fahrnispfandes ohne Besitzübertragung sehr wohl vereinbar ist ... Die Streichung der fraglichen Bestimmung ohne jegliche Motivierung muss daher dadurch erklärt werden, dass der Gesetzgeber den Eigentumsvorbehalt für gültig betrachtet wissen wollte."

Ich glaube hierüber (oben in Kap. II) nachgewiesen zu haben, dass aus der Beseitigung der fraglichen Bestimmung keinerlei Schluss gezogen werden darf, und damit fällt die ganze Basis dieses Entscheides dahin (andere Argumente werden vom Gerichte nicht angeführt).[1])

IV. Der Ansicht der Zürcher Appellations-Kammer hat das Bundesgericht am 10. März 1888 im Falle Schmid gegen Masse Rothermel[2]) beigepflichtet, wohl ohne damals das wenige Tage zuvor gefällte gegenteilige thurgauische Urteil zu kennen; sonst hätte es die Streitfrage kaum so kurzer Hand zu entscheiden gewagt.

Es handelte sich um folgenden Fall: Die vor dem Konkurs stehende Kollektivgesellschaft Rothermel & Cie liquidierte; Rothermel, der eine Gesellschafter, führte das Geschäft allein weiter. Der andere, Schmid, schied aus. Nun galt es aber

---

[1]) Man vergl. ferner: Bl. f. handelsr. Entsch. Bd V 142 (Oettiker c. Stern). Hier war der Eig.-Vorbeh. erst nachträglich stipuliert worden, nachdem das Eigentum auf Grund vorbehaltloser Tradition bereits übergegangen war. Wenigstens einen solchen Eig.-Vorb. hat das zürch. Gericht als rechtlich unmöglich erklärt. — Den gleichen Standpunkt hatte auch ein Erkenntnis des hanseat. Oberappell. Gerichts eingenommen (Seufferts Archiv VII 151).

[2]) Bundesger. Entsch. Bd XIV S. 111 ff.

ihm (resp. seinen Privatgläubigern!) die 20,000 Fr. zu retten, womit er im Geschäfte beteiligt war. Zu diesem Zwecke wurde nun folgende Operation ersonnen: Schmid „wurde“ Alleineigentümer des bisher Gemeingut gewesenen Druckereiinventars, um es sogleich wieder an Rothermel auf Kredit gegen Ratenzahlungen „unter Vorbehalt seines Eigentums“ zu verkaufen. Die Tinte war auf dieser niedlichen Abmachung noch nicht trocken geworden, so fiel Herr Rothermel in Konkurs und die Gläubigerschaft glaubte natürlich jenes in letzter Stunde noch abgeschlossene Deckungsgeschäft beanstanden zu können; weit gefehlt! Das Bundesgericht schützte merkwürdigerweise die Operation, indem es

1. sowohl die Zuscheidung des Alleineigentums an Schmid,

2. als den beim Verkauf an Rothermel stipulierten Eigentumsvorbehalt als unanfechtbar erklärte.

„Ohne Zweifel,“ sagt das Bundesgericht, „waren die Teilhaber der aufgelösten Gesellschaft R. & Cie vollkommen befugt, bei gütlicher Auseinandersetzung die „Aktiven“ und Passiven der Gesellschaft unter sich nach Belieben zu verteilen. Das Alleineigentum an dem Druckereiinventar konnte also vollgültig dem Sch. zugeschieden werden.“

Ueber den Umstand, dass diese Zuscheidung ohne Besitzesübergabe erfolgte (dem „Ausscheidenden ist zugeschieden“ worden), also den Charakter eines constitutum possessorium hatte, setzt sich das Bundesgericht dadurch hinweg, dass es die seither von ihm festgehaltene Theorie aufstellt, die Zuteilung einer bisher gemeinsamen und gemeinsam besessenen Sache zu Alleineigentum an den einen der bisherigen Miteigentümer ohne Ausscheidung des andern aus dem Mitbesitze, sei nicht constitutum possessorium, sondern im Gegenteil brevi manu traditio. Ich halte diese Theorie für unrichtig. Die fragliche Operation vereinigt doch offenbar die Merkmale beider Gebilde in sich, sowohl der brevi manu traditio als des constitutum possessorium. Sie ist zu einem ideellen Teile das eine, zu einem ideellen Teile das andere; und da sie, wie Figura zeigt, genau die nämlichen Gefahren

für Drittgläubiger in sich birgt, wie das Constitutum eines Alleineigentümers, so sollte sie wie dieses den gesetzlichen Beschränkungen des Abs. 2 von Art. 202 O. R. unterliegen.

Auch am Eigentumsvorbehalte fand unser oberster Gerichtshof nichts auszusetzen. „Denn," sagt er, „der Verkauf unter Vorbehalt des Eigentums bis zur Zahlung des Preises ist ohne Zweifel zulässig (man beachte das ominöse „ohne Zweifel"). Zwar ist dies nicht in Art. 264 des O. R. ausgesprochen, denn diese Bestimmung spricht nicht vom Vorbehalte des Eigentums seitens des Verkäufers, sondern vom Vorbehalte des Rücktritts seitens desselben vom Vertrage bei Verzug des Käufers; wohl aber folgt es aus dem Zusammenhang des Gesetzes, resp. daraus, dass einer solchen Parteivereinbarung keine verbietenden Gesetzesnormen entgegenstehen."

Mit diesem einzigen kurzangebundenen Argument wird die ganze Frage abgethan. „Was nicht verboten ist, ist erlaubt," das ist der kurzen Rede tiefer Sinn.

Das Bundesgericht hat sich damit die Sache entschieden zu leicht gemacht. Wenn in einem Gesetze ein bestimmter Vertragsinhalt weder verboten, noch erlaubt ist, so kann daraus an und für sich weder auf das Erlaubtsein, noch auf das Verbotensein geschlossen werden. Es ist vielmehr zu untersuchen, in welchem Falle der Gesetzgeber, den sonstigen Bestimmungen des Gesetzes nach zu schliessen, mehr Anlass gehabt hätte, sich positiv auszusprechen: wenn er jenen Inhalt verbieten, oder wenn er ihn erlauben wollte? Und wenn, wie ich es für das Obligationenrecht glaube nachgewiesen zu haben, zu den sonstigen Bestimmungen der Ausschluss des Vorbehalts des Eigentums in den Rahmen des Gesetzes besser passt als seine Zulassung, so ist das Schweigen des Gesetzes über diesen Punkt eher als stillschweigende Bestätigung jenes Ausschlusses, nicht aber als Zulassung zu deuten.

Wenn jemals, so wäre gerade in diesem Falle (Rothermel) diese Erkenntnis am Platze gewesen, wo augenscheinlich mit der ganzen Operation die Umgehung des gesetzlichen Ausschlusses der Mobiliarhypothek geplant war. Wenn

man dies hier nicht erkannte, wo die Absicht der Parteien doch so augenfällig zu Tage lag, so verzichtete man ein für allemal darauf, der Umgehung der Grundsätze des Obligationenrechtes entgegenzutreten. Und es ist begreiflich, dass mit einem solchen Präjudize die Sache entschieden war und von nun an keine Rede mehr sein konnte, irgend einem noch so verdächtigen [1]) Eigentumsvorbehalt die Anerkennung zu versagen. [2])

V. Das Bundesgericht hat denn auch, im Falle Schelling c. Schelling, [3]) den einmal eingenommenen Standpunkt einfach aufrecht erhalten. Dabei hat es den Unterschied zwischen Eigentumsvorbehalt und Mobiliarhypothek näher präzisiert.

„Die Sicherung durch Eigentumsvorbehalt," sagt es, „ist mit der Pfandbestellung ohne Besitzesübertragung nicht auf gleiche Linie zu stellen, indem der Gläubiger bei der letztern Rechte an einem Vermögensstück des Schuldners erwerben will, beim Eigentumsvorbehalt dagegen sich lediglich durch seine eigene Sache sichert, die der andere erst, wenn er seinerseits geleistet hat, erwerben soll."

Dieser Unterschied besteht ja in der That, obschon der Fall Rothermel dem Bundesgerichte hätte zeigen können, wie unter Umständen auch der Eigentumsvorbehalt dazu dienen kann, dem Gläubiger zur Sicherung Sachen zu unterwerfen, die, wenigstens ursprünglich, nicht seine eigenen, son-

---

[1]) Gegen diese Laxheit, mit der das B.-Ger. die Vereitelung der Absichten des Gesetzgebers ruhig geschehen lässt, sticht wohlthuend ab nachstehender Satz aus einem Basler Gerichtsentscheide (Revue III Nr. 85):

„Es ist im Allgemeinen anerkannter Grundsatz ‚und ein Satz, der eine Existenzbedingung jeder Rechtsordnung ist,' dass das, was der Gesetzgeber durch das Gesetz verbietet, nicht durch Kombination anderer, an sich zulässiger Rechtsformen dennoch erreicht werde."

[2]) Wenn doch zu seinem Beweise wenigstens ein sogen. „acte authentique" nötig wäre! Wenn zugelassen, ist der Eig.-Vorb. aber absolut zugelassen und an keine Formvorschriften gebunden, sodass auf diesem Wege die Gläubigerschaft „hintendrein" zu benachteiligen, Kinderspiel ist.

[3]) Bundesger. Entsch. Bd XX S. 540 Erwägung 7.

dern Sachen des Schuldners sind! (i. F. Rothermel „Miteigentum“ des Schuldners).

Aber wenn man auch von einem solchen Ausnahmsfall absieht, so ist der fragliche Unterschied eben, vom Standpunkte der ratio legis aus betrachtet, kein wesentlicher.[1]) Für die Dritten, zu deren Schutz die Mobiliarhypothek untersagt ist, kommt es ganz auf das gleiche heraus, ob der Schuldner an schon längst ihm gehörenden oder erst später gekauften Sachen einem einzelnen ein Privileg zugestanden hat, das sein Besitztum in unsichtbarer Weise belastet.

Von weitern Entscheiden mögen hier noch angeführt werden:

a) Waadt; Arrêt de la cour civile 28 Dec. 1888 in Sachen Serex c. Dumas:[2]) Zulassung des Eigentumsvorbehaltes „aucune disposition du C. O. ne prohibant une convention de cette nature.“

b) Aargau; Obergericht, 17. Januar 1889 i. S. Weil c. N. N.:[3]) Die Zulässigkeit des Eigentumsvorbehaltes erhellt, laut diesem Urteil, „aus den Kommentaren unbestrittener Autoritäten und den Ausführungen des (oben sub III cit.) Urteils der Zürcher Appellations-Kammer vom 2. Oktober 1887;“ wozu die Redaktion der Revue treffend bemerkt:

„Mit einem solchen Grunde sollte kein Gericht die unterliegende Partei abspeisen, am allerwenigsten in einer so kontroversen Frage wie der vorliegenden.“

c) Baselstadt; Appellations-Gericht 10. April 1890, in Sachen Jäggi c. Förster:[4]) Die erste Instanz hatte un-

---

[1]) Um ein Bild zu gebrauchen: Wenn eine Verbottafel uns verhindert einen bestimmten Weg einzuschlagen, so ist damit nichts weniger als gesagt, dass auch das Ziel unserer Wanderung verboten sei. Sich zu sichern ist dem Kreditgewährer nicht verboten, sein Ziel ist erlaubt; auf dem Wege der Mobiliarhypothek aber, oder auf einem ähnlichen, das Publikum gleicherweise bedrohenden, darf eben das Ziel der Sicherstellung nicht verfolgt werden. — Dies ist von dem auf S. 348 ff. behandelten thurgauischen Gerichte übersehen worden.

[2]) Revue Bd VII Nr. 44.

[3]) Revue Bd VIII Nr. 71.

[4]) Revue Bd IX Nr. 16.

bekümmert um die oben gekennzeichnete Praxis des Bundesgerichts erklärt, der Eigentumsvorbehalt komme einer Verpfändung gleich. „Nun ist nach O. R. Art. 210 eine Verpfändung von Mobilien ohne Uebertragung derselben in den Besitz des Pfandgläubigers unzulässig und also auch nicht in der Form eines Eigentumsvorbehaltes anzuerkennen.“ Die zweite Instanz stiess dieses Urteil um, nicht sowohl aus eigener Ueberzeugung, als vielmehr um dem, durch das Bundesgericht im Fall Rothermel geschaffenen, Präjudize Folge zu leisten.

Kapitel V.

Die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts.

Die Praxis hat sich, entgegen der von mir entwickelten, theoretischen Ansicht, für die Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts entschieden. Es ist daher noch „auf dem Boden dieser Praxis“ zu untersuchen, in welcher Weise denn — und unter welchen Voraussetzungen — der Verkäufer seinen Vorbehalt geltend machen kann. Es herrschen darüber die verschiedensten Ansichten.

Schon allein das Zürcher Obergericht hat es fertig gebracht, „deren hintereinander drei“ zu vertreten, von welchen keine einzige meines Erachtens richtig ist.

Stellen wir zunächst die Grundlagen fest:

1. Eigentum ist kein Pfandrecht. Die Praxis, die den Eigentumsvorbehalt sanktioniert, steift sich ja gerade auf diesen Begriffsunterschied; also kann von vorneherein keine Rede davon sein, den Eigentumsvorbehalt dadurch geltend zu machen, dass der Verkäufer, wie dies hie und da versucht wird, den Käufer auf Pfandvollstreckung, nämlich auf Zwangsverwertung der mit Eigentumsvorbehalt verkauften Sache, betreibt.

Der einzige Weg zur Geltendmachung eines „solchen“ Eigentums wäre unbedingt die rei vindicatio.[1])

---

[1]) Vgl. Archiv f. Schuldbetr. I. 44.

2. Der Verkauf mit Eigentumsvorbehalt ist kein bedingter, sondern ein durchaus perfekter Vertrag;[1]) der Verkäufer ist zwar nur zur Ueberlassung des Gewahrsams verpflichtet, der Käufer aber absolut zur Leistung aus dem Kauf: zur Zahlung des Preises. Nur eine einzige Leistungspflicht ist suspensiv bedingt verabredet worden: die Verwandelung des vom Verkäufer unbedingt gewährten Gewahrsams in ein Eigentum des Käufers.[2])

Dass ein Verkäufer als solcher (und kraft seiner Verkäuferverbindlichkeit) Gewahrsam übergeben könne, ohne zugleich von Rechtswegen damit auch sein Eigentum zu verlieren: dass er „corpus und animus" der Tradition zeitlich auseinanderreissen könne, habe ich freilich bestritten; allein mit der herrschenden Praxis „muss" man eben annehmen, dass dies möglich sei. Der Kauf mit Eigentumsvorbehalt ist, dieser Praxis zufolge, ein Vertrag, der in allen Teilen perfekt und verbindlich ist: mit einziger Ausnahme der Eigentumsübertragungspflicht. Diese allein ist in ihrer Wirkung suspensiv bedingt. Mit dem Eintritt der „Bedingung" (Zahlung des vollen Preises) aber, geht das Eigentum von Rechtswegen über; der zur Tradition erforderliche Animus ist bedingt abgegeben und wird von selbst (ipso jure), sogar gegen den „nunmehrigen" Willen des Veräusserers, zu einem unbedingten, das Eigentum übergehenlassenden, da der Verkäufer seinen Willen für den Fall des Bedingungseintritts zum voraus (dinglich?) binden konnte.[3])

---

[1]) Vgl. oben Kapitel IV.

[2]) Gleicher Meinung das — in Revue IX Nr. 16 — mitgeteilte Basler Urteil; und — in Archiv f. Schuldbetr. II Nr. 94 — die Bemerkung des Redaktors.

[3]) Beiläufig gesagt, bildet dies einen weitern Beweis gegen die Zulassung des Eig.-Vorb.; denn unter den im O. R. 199 ff. erschöpfend aufgezählten Modalitäten, wie das Eigentum infolge Vertrags übergehen kann, ist der Uebergang ipso jure, infolge einseitiger Handlung des Erwerbers (also eine Art „Subrogation" in das dingliche Recht, etwa wie sie zu Gunsten des zahlenden Bürgen, oder durch den Konkurs des Kommissionärs, O. R. Art. 399, entsteht), nicht aufgeführt. — Art. 399. 2 O. R. kann zur Vergleichung beigezogen werden.

Daraus folgt, dass der Käufer (oder dessen Konkursmasse, desgleichen der einzelne Drittgläubiger, der die mit Eigentumsvorbehalt gekaufte Sache gepfändet hätte) stets einer rei vindicatio des Verkäufers dadurch bequem entgehen kann, dass er die noch ausstehenden Preisraten bezahlt. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn im Kaufvertrag neben dem Eigentumsvorbehalte noch die fernere Klausel stände, dass der Verzug in der Zahlung der Raten zur Auflösung berechtige. [1])

3. Da der Kaufvertrag, wie gesagt, als solcher ein unbedingter ist, so hindert die Nichterfüllung der „Bedingung" (Unterlassung der Preiszahlung) keineswegs die Perfektion des Vertrags und bewirkt ebensowenig seine Auflösung. Und da auf Grund dieses Vertrags der Verkäufer zur Ueberlassung des Gewahrsams verpflichtet ist, so kann er, solange dieser Vertrag zu Recht besteht, trotz seinem Eigentumsrechte die Sache beim Käufer nicht vindizieren. Dem Käufer steht, gerade wie bei einem Mieter, ja noch mit mehr Recht als diesem, die Einrede aus dem „Kaufvertrag" zu; denn:

Bekanntlich bewirkt der Verzug beim durch Gewahrsamswechsel vollzogenen Kaufvertrag keinen Grund zur Auflösung dieses Vertrages; ja der Verzug giebt dem Verkäufer nicht einmal das Rücktrittsrecht des allgemeinen Vertragsrechts (Verhältniss des Art. 264 zum Art. 122), wenn er sich dieses nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Das in O. R. Art. 122 vorgesehene Recht der Fristansetzung mit Androhung der Vertragsauflösung ist dem „Verkäufer" versagt, da anerkanntermassen O. R. Art. 264 die Anwendung von O. R. Art. 122 auf den Kauf ausschliessen will. [2])

Hieraus folgt, dass der Verkäufer, „trotz dem Eigentumsvorbehalt" und dem Verzuge des Käufers, die Sache bei diesem niemals vindicieren kann; denn — im Gegensatz

---

[1]) Die jedoch im Konkursfalle ebenfalls cessieren würde, vgl. Betreibungsgesetz Art. 212 (v. Salis im Comment. Weber u. Brüstlein).

[2]) Vgl. z. B.: Hafner, Comment. zum O. R. Aufl. II Anm. 1 b zu Art. 122; ferner: Schneider, Comm. O. R. Art. 264 Anm. 1.

zur Miete, die schliesslich ein Ende nimmt und jedenfalls kündbar ist — schafft der Kauf einen „bleibenden Zustand."

Selbst wenn der Käufer in Konkurs gerät oder ausgepfändet wird, kann er die Sache ruhig weiter behalten: weder die Konkursverwaltung noch ein einzelner pfändender Gläubiger kann auf die Sache greifen, da sie „anerkanntermassen eine fremde" ist. Der Verkäufer aber und „Eigentümer" kann sie ihm nicht wegnehmen, da er kraft eines perfekten und „unauflösbaren" Vertrags gebunden ist, sie dem Käufer zu belassen.[1]) Also bleibt die Sache beim Käufer und bildet sogar dessen allersichersten Besitzstand, ein „Kompetenzstück" im verwegensten Sinne des Wortes.[2])

Das sind nun freilich absonderliche Konsequenzen, wodurch m. E. aber die Absurdität eines Eigentumsvorbehalts beim modernen Kauf zum Ueberfluss nochmals illustriert wird. Diesen Folgerungen könnte man einzig mit der Behauptung aus dem Wege gehen, es sei im Eigentumsvorbehalt der Rücktritts- resp. Auflösungsvorbehalt des Art. 264 O. R. mit enthalten; allein diese Behauptung ist durchaus unhaltbar: Die Verfechter des Eigentumsvorbehalts selber sind es ja, die uns versichern, dass der Eigentumsvorbehalt etwas vom Rücktrittsvorbehalt grundverschiedenes sei, und das ist er in der That; zwischen dem Recht, ein bestehendes obligatorisches Verhältnis zu lösen, und der Thatsache, dass man ein gewisses dingliches Recht niemals aufgegeben hat, besteht nicht die mindeste Verwandtschaft.

---

[1]) Denn die Durchführung der Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner, sei sie nun Pfändung oder Konkurs, bewirkt keinerlei Vertragsauflösung (vgl. v. Salis im Commentar z. Betr.-G. Brüstlein und Weber, Anmerkung letzter Absatz zu Art. 211 S. 263).

[2]) Dies bedeutet uns nun freilich wiederum, dass es sich im Grunde „trotz Anerkennung des vorbehaltenen Eigentums des Verkäufers" um eine Sache des Schuldners handelt, indem das dem Verkäufer zustehende Recht eben rein quiritarisch geworden ist und in Wirklichkeit längst einem publicianischen Eigentum des Käufers Platz gemacht hat, so dass von einem ernsthaften Kompetenzstück bei einer irgendwie praktischen Rechtsprechung kaum die Rede sein kann. Immerhin aber ist ein Privileg des Verkäufers theoretisch unmöglich.

Daraus ergiebt sich, dass der Eigentumsvorbehalt, wenn er nicht mit der Rücktrittsklausel (O. R. 264) verbunden ist, jedes praktischen Wertes entbehrt;[1]) höchstens könnte er dem Verkäufer ermöglichen, die verkaufte Sache bei dem Dritten, der sie vom Käufer bösgläubig erworben hat, zu vindizieren: ein Fall der alle hundert Jahre einmal vorkommen wird.

Hat dagegen der Verkäufer die Vorsicht gehabt, neben dem Eigentum sich auch den Rücktritt vorzubehalten, dann allerdings geniesst er (resp. kann er auf Grund der herrschenden Praxis geniessen) den Vorteil, dem aufrechtstehenden[2]) Schuldner die Sache wegnehmen (lassen) zu dürfen. Indem er aber, bevor er den Vorbehalt des Eigentums geltend machen kann, absolut genötigt ist, den Rücktritt zu erklären, so

---

[1]) Dies sehen die Abzahlungshändler sehr gut ein und behalten sich meist „das Eigentum auf Grund des Art. 264 O. R.“ vor. Wenn diese Sprachweise und die Auffassung der betreffenden Gesetzesbestimmung, die dadurch bekundet wird, auch unrichtig ist, so ist wohl anzunehmen, dass in solchen Fällen beides: das Eigentum und das Rücktrittsrecht, vorbehalten werden wollten und auch vorbehalten worden sind. — Wie schon weiter oben bemerkt, entbehrt seit Inkrafttreten des Betr.-Ges. auch der Rücktrittsvorbehalt im Falle des Konkurses des Käufers jedes Wertes.

[2]) Ueber die Wirkung des Rücktrittsvorbehaltes im Konkurs des Käufers bestehen verschiedene Meinungen:

1. Hafner (Comm. z. O. R. II. Aufl.) bemerkt zu Art. 264 O. R. unter Ziff. 4: Der Art. 212 des Betr.-Ges. habe den Art. 264 O. R. „modifiziert,“ indem er den Verkäufer daran hindere, seine Forderung wegen Entzugs des Rücktrittsrechts zu liquidieren. 2. Von Salis (im Comm. z. Betr.-Ges. von Weber u. Brüstlein) leugnet diese Modifikation; diesen Standpunkt habe bereits Ständerat Hoffmann in den Räten vertreten. — Wir vermuten, dass mit den Bestimmungen des Art. 212 im Grunde auch der Eig.-Vorb. verboten resp. unwirksam gemacht werden sollte, wie ja der Unterschied zwischen diesem und der lex commissoria den Gesetzgebern grösstenteils höchst unklar gewesen sein mag (hatte ja doch der Eig.-Vorb. als im Art. 264 enthalten gegolten, nach Ansicht der französisch geschulten Richterkollegien wenigstens). — Wie das früher ausgedehntere „droit de suite“ nach unserem Recht nur noch kümmerlich weiter existiert: nur für den Fall, dass die Kaufsache noch nicht in Gewahrsam des Schuldners gelangt ist (hier schafft also sogar die longa manu traditio kein unanfechtbares Eigentum mehr), so sollte eben auch hier (durch Art. 212) der Gewahrsam des Käufers allein das entscheidende Moment abgeben, ob eine blosse Konkursforderung oder ein Separationstitel vorliege.

verliert er damit jedes Recht auf Einforderung des noch nicht gezahlten Preises.

4. Wie steht es aber mit den bereits gezahlten Preisraten?

Wir nehmen zunächst an, der Vertrag habe keine Verwirkungsklausel enthalten. Der Vertrag ist durch Rücktritt aufgelöst: also hat der Käufer ein Recht auf Rückerstattung des bereits (als Preis) bezahlten Betrages, und da zwischen dem ihm gewährten Gewahrsam und den von ihm gewährten Zahlungen ein Zusammenhang besteht, so hat er bis zu deren Rückerstattung ein Retentionsrecht an der Kaufsache.

Wie aber nun, wenn der Kaufvertrag die Verwirkungsklausel enthielt, wonach im Verzugsfalle die bereits bezahlten Raten verwirkt sein sollten?

Eine Summe, die als Preis bezahlt worden ist und trotz Auflösung des Kaufs beim Verkäufer bleiben soll, ist kein Preis mehr: denn als Preis wäre sie nunmehr sine causa im Vermögen des Verkäufers. Sie ist also etwas anderes, und zwar Schadenersatz. Als voraus fixierter Schadenersatz ist dieser eine Konventionalstrafe. Es müssen darum auf jene bezahlten Raten die Gesetzesbestimmungen über die Konventionalstrafe Anwendung finden. Trotz der Verwirkungsklausel hat somit der Käufer unter Umständen ein Recht auf Rückforderung der bezahlten Raten (wie es ihm z. B. das Reichsgesetz zugesteht); immerhin wird er sie nur so weit zurückerhalten, soweit sie den Betrag des vom Verkäufer (durch Gebrauchsentzug und Verschlechterung der Sache) erlittenen Schadens übersteigen; es wäre denn, dass der Verkäufer dem Käufer ein Verschulden nachwiese (O. R. Art. 180).

Ein Verschulden des Käufers wird allemal vorhanden sein, wenn er, trotz Zahlungsfähigkeit (oder trotz Nichtbehindertsein durch casus oder höhere Gewalt) nicht zahlte, oder wenn er seine Zahlungsunfähigkeit beim Vertragsabschlusse voraussah oder hätte voraussehen können (resp. sollen).

Und auch dann noch wird der Richter (kraft O. R. Art. 182) die Konventionalstrafe nach billigem Ermessen herabsetzen können. Er wird dies namentlich in allen Fällen thun, wo das Geschäft sich als eine Ausbeutung der wirtschaftlichen Inferiorität des Käufers darstellt.[1])

In den Fällen endlich, wo die Kaufraten in der äussern Gestalt eines Mietzinses bezahlt sind, wird der Richter stets zu untersuchen haben, wieviel davon als Mietzins und wie viel als Kaufraten zu betrachten sind.

Sehen wir nun schliesslich noch zu, wie sich in unserer Praxis jene Geltendmachung gestaltet hat.

Es sind mir nur ganz wenige Entscheide bekannt.

1. Entscheid der Zürcher Appellationskammer vom 2. Oktober 1887.[2])

Hier wird die Ansicht verfochten, dass der Verkäufer sein Eigentum erst dann vindizieren könne, nachdem er zuvor den Käufer für den Preis erfolglos ausgetrieben hat; es wird dies einerseits aus der Aehnlichkeit des Eigentumsvorbehalts mit dem Pfandrecht gefolgert, indem beide, der Vorbehalt wie das Pfandrecht, „lediglich ein subsidiarisches Mittel seien, um dem Verkäufer zur Bezahlung zu verhelfen," andererseits daraus, dass im Eigentumsvorbehalt das Recht der Auflösung des Kaufvertrags nicht mit enthalten sei.

Die letztere Ansicht deckt sich mit der meinigen; allein warum, trotz der Unauflösbarkeit des Kaufvertrags, die Sache nach Austreibung des Schuldners vindiziert werden dürfe, darauf bleibt uns der zürcherische Richter eine richtige Antwort schuldig; denn der Hinweis auf die Analogie mit dem Pfandrecht ist in diesem (den Vorbehalt zulassenden) Urteil

---

[1]) Mir scheint eine derartige verkappte Konventionalstrafe, die der Käufer zum Voraus zu einem andern Zwecke und unter einem andern Namen (als Preis) zu zahlen hat, im höchsten Grade unmoralisch.

[2]) Bl. f. handelsr. Entsch. VI p. 311. Also noch vor Inkrafttreten des Betr.-Ges.

in doppelter Hinsicht verfehlt, einmal, weil der Pfandgläubiger gar nicht gehalten ist, den Schuldner, ehe das Pfandrecht realisiert worden, zuerst auszutreiben[1]) (er muss wenigstens heute im Gegenteil gerade umgekehrt verfahren); zum andern weil in diesem Hinweis auf das Pfandrecht „das Zugeständnis des pfandrechtlichen Charakters und damit der Gesetzwidrigkeit des Eigentumsvorbehalts liegt."

2. Entscheid des gleichen Gerichts vom 7. Januar 1893.[2])

Hier hat das Gericht seine Meinung vollständig geändert; es streitet für eine gegenteilige Ansicht: „Sobald der Käufer „eine der versprochenen Abzahlungen nicht leistet, ist der Ver„käufer berechtigt die Gegenstände zurückzufordern." (Von einer nötigen Vorausbetreibung gar keine Spur mehr!)

Das wird damit motiviert, dass der Kauf mit Eigentumsvorbehalt ein mit suspensiver Bedingung abgeschlossener sei, der durch Deficienz der Bedingung von selber dahinfalle.

Ich glaube die Unrichtigkeit dieser Ansicht vorhin[3]) nachgewiesen zu haben.

Nicht minder unrichtig ist (in Ziffer 2 dieses Urteils) die weitere Behauptung, „der Verkäufer, der den Schuldner auf „Zahlung betreibe, verzichte damit auf die Geltendmachung „seines Eigentums." Denn da sich der Käufer zur Zahlung dieser Raten unbedingt verpflichtete, ist durchaus nicht einzusehen, wieso der Verkäufer, durch den Versuch der Erzwingung dieser Pflicht, auf sein Eigentum verzichtet hätte. Freilich steht, wie ich vorhin[4]) nachgewiesen habe, sein Eigentumsvorbehalt ‚in der Luft'; allein dies ist ganz gleicherweise der Fall, ob nun der Verkäufer für den Preis betrieben hat oder nicht.[5])

---

[1]) Betreibungs- und Konkursgesetz Art. 41.

[2]) Revue XI Nr. 53.

[3]) Vgl. oben S. 357; sowie Kap. III (oben).

[4]) Vgl. oben S. 356 ff.

[5]) Immerhin zeigt uns dieses Urteil, dass die Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts dem zürcher. Richter einige Schwierigkeiten bereitete; wenigstens für den Fall, dass durch die Einklagung des Kaufpreises die Perfektion des Kaufvertrags (als unbedingt) feststeht.

3. Entscheid des gleichen Gerichtes vom 25. Juni 1895.[1])

Hier ist das Gericht zu einer dritten Ansicht gelangt. Es schlägt nun einen Mittelweg ein: ‚Der Verkäufer sei zunächst gehalten, dem Käufer eine Frist zur Erfüllung anzusetzen, im Sinne von Art. 122 O. R.‘ — Auch dieser Weg ist verfehlt, da, wie oben bemerkt[2]), Art. 122 O. R. auf den Kaufvertrag keine Anwendung findet.

Es wird dem zürcherischen Gerichte, wenn es auch dieses eingesehen hat, nicht viel anderes mehr übrig bleiben, als schliesslich meiner Ansicht beizutreten, wonach der Eigentumsvorbehalt ohne Rücktrittsklausel überhaupt gar nicht geltend gemacht werden kann.

* * *

Hiemit bin ich am Schlusse meiner Arbeit angelangt. Um vollständig zu sein, wäre freilich noch zu erörtern gewesen, wie es sich beim Eigentumsvorbehalt mit der Tragung der Gefahr, mit dem Rechte an den in der Zwischenzeit gezogenen Früchten, mit den Aufwendungen, der Wertvermehrung und Wertverminderung (und dem unvermeidlichen, auf der Kaufsache oder in derselben gefundenen Schatze)[3]) verhält. — Doch hätte dies zu weit geführt und, da es sich dabei nur um Anwendung bekannter Rechtsregeln handelt, weder Neues noch Interessantes zu Tage gefördert. Ich habe mich deshalb auf die Erörterung der Prinzipienfragen beschränkt und fasse zum Schlusse das gewonnene Resultat in folgende Thesen zusammen:

1. Der Eigentumsvorbehalt beim Verkaufe — ohne hinzutretendes Nebengeschäft für die Zwischenzeit (Miete, Kommodat etc.) — ist mit den Bestimmungen unseres Obligationenrechts — und zwar sowohl mit den die Art. 199 ff. O. R. beherrschenden Gedanken, als mit den

---

[1]) Bl. f. handelsr. Entsch. XIV S. 237.

[2]) Vgl. S. 359 oben.

[3]) Vgl. über diesen Punkt Dunker a. a. O.

positiven Gesetzesbestimmungen über den Kaufvertrag — unvereinbar und daher unwirksam.

2. Selbst wenn man mit der herrschenden Praxis dessen Gültigkeit annimmt, so muss man anerkennen, dass er (mit oder ohne ausdrücklich beigefügte Rücktrittsklausel) gerade da, wo er am nötigsten wäre: im Konkurs des Käufers, wertlos und unwirksam ist (Betreibungsgesetz Art. 212); ferner dass er (für sich allein) gegen den aufrechten Schuldner überhaupt nicht geltend gemacht werden kann, da dem Verkäufer die Retentionseinrede aus dem Kaufvertrage dauernd gegenübersteht.