

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: 24 (1905)

Artikel: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft

Autor: Oser, H.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896542>

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: 23.02.2026

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

Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins.

XLIII. Jahresversammlung in Altdorf

den 18. und 19. September 1905.

Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft.

Referat

von Prof. Dr. H. OSER in Freiburg.

Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft kommen im Leben meist mit einander verbunden vor: jener spielt bei diesem die Hauptrolle, während dies der Hauptanwendungsfall von jenem ist. Die Beurteilung der Wirksamkeit beider in ihrer Verbindung wird aber gefördert, wenn wir beide Rechtsinstitute vorerst gesondert in ihrer rechtlichen Erscheinung und in ihrer wirtschaftlichen Funktion betrachten.

Erster Abschnitt.

Das Abzahlungsgeschäft.

I.

Unter Abzahlungsgeschäft (Abschlagszahlungsgeschäft, Ratengeschäft) verstehen wir jene Veräusserung von beweglichen Sachen, bei der die Uebergabe des veräusserten Gegenstandes sofort vollzogen wird, während der Gegenwert dafür in periodischen Teilzahlungen zu entrichten ist.

Es wird sich regelmässig um einen Kauf, möglicherweise aber auch um einen Werkvertrag, ein Kommissionsgeschäft oder um einen andern Vertragstypus mit Veräusserungszweck handeln. Für unsere Aufgabe wird es genügen, wenn wir uns auf den Ratenkauf beschränken, oder vielmehr: wir können, um eine allzu abstrakte Ausdrucksweise zu umgehen, die alle Arten des Abzahlungsgeschäfts in sich begreifen würde,

vom Kaufe sprechen, statt vom Veräusserungsgeschäfte im allgemeinen, da regelmässig bei den übrigen Abzahlungsveräusserungsgeschäften dasselbe zutreffen wird.

In der angegebenen allgemeinen Bedeutung hat das Abzahlungsgeschäft nicht derart interessante wirtschaftliche oder rechtliche Seiten, dass sich dessen wissenschaftliche und gesetzgeberische Behandlung, abgesondert von der der übrigen Kreditgeschäfte, rechtfertigen würde.

Im technischen Sinne sprechen wir vom Abzahlungsgeschäft nur, wenn sich der Veräusserer für die Kreditierung des Kaufpreises gewisse Vorteile nach der Richtung der Sicherstellung ausbedingt. Diese Vorteile bestehen namentlich

im Vorbehalt des Rücktritts beim Verzug des Käufers mit einer Abschlagszahlung, meist in Verbindung mit der Verwirkung der bereits geleisteten Zahlungen zugunsten des Veräusserers (Verwirkungsklausel),

in der Abmachung, dass bei Verzug des Schuldners mit einer Rate die Stundung des ganzen Preises dahinfalle (Fälligkeitsklausel),

im Eigentumsvorbehalt in seiner reinen Gestalt oder in der Form des sogenannten Leihevertrages.

Die genannten Vereinbarungen kommen vereinzelt oder in Verbindung mit einander vor. Auch andere, die öffentliche Meinung weniger beschäftigende Klauseln, wie die, wonach bei Streitigkeiten als Gerichtsstand der Wohnort des Verkäufers gilt, wonach dieser jederzeit das Recht hat, sich in der Wohnung des Käufers über das Vorhandensein des Kaufgegenstandes zu vergewissern, wonach der Käufer jeden Wohnungswechsel dem Verkäufer anzuzeigen hat und ähnliche pflegen jeweilen neben den genannten einher zu gehen.¹⁾

¹⁾ In der Literatur und in der Gesetzgebung ist der Sprachgebrauch durchaus kein einheitlicher. Für unsere Zwecke mag die Feststellung genügen, dass überall jedenfalls dasjenige Abzahlungsgeschäft im weitern Sinne, mit dem der Eigentumsvorbehalt verbunden ist, als Abzahlungsgeschäft im technischen Sinne gilt. — Die Bezeichnung wird übrigens nicht nur für das Abzahlungsgeschäft als Verkehrsvorgang verwendet, sondern auch für das Geschäftshaus, welches das Abzahlungsgeschäft gewerbsmässig betreibt.

II.

Das Abzahlungsgeschäft ist durchaus ein Produkt neuzeitlicher wirtschaftlicher Verhältnisse. Während zu Anfang des vergangenen Jahrhunderts noch kein Lehrbuch der Nationalökonomie oder des Privatrechts desselben Erwähnung tut, noch weniger die Gesetzgebung sich damit abgibt, besitzen wir jetzt, und zwar zumeist aus den zwei verflossenen Jahrzehnten, eine kaum mehr übersehbare Literatur,²⁾ und auch die gesetzgebenden Behörden haben vielerorts sich damit beschäftigen müssen.³⁾

Zwei Momente begünstigten seine Entstehung: die Abnahme des Personalkredits in weiten Volkskreisen und die wachsende Bedeutung des beweglichen im Verhältnis zum unbeweglichen Vermögen.

Wünscht jemand in den Besitz einer Sache zu kommen, so wird er, wenn er die Mittel zur Bezahlung nicht hat und die Anschaffung nicht vom Eintritt günstigerer Vermögensverhältnisse abhängig machen kann oder will, sich den Preis kreditieren lassen müssen. Der Realkredit steht nun einer grossen Klasse der Bevölkerung, die keinen oder bloss gering-

²⁾ Vergl. namentlich: Cohen, Dr. Arthur, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Abzahlungsgeschäfts, Leipzig, 1891; Hausmann, Wilh., Die Veräusserung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung (das sogenannte Abzahlungsgeschäft), Berlin, 1891; Lazarus, Joh., Das Recht des Abzahlungsgeschäfts, Berlin, 1898; weitere Literatur bei Lazarus, S. XIV f. — Ueber schweizerische Verhältnisse finden wir Angaben bei Manuel, E., Bemerkungen zur Frage der Abzahlungsgeschäfte (Zeitschrift des Bern. Jur. Ver., Bd 27, S. 356 ff.); Curti, A., Das Abzahlungsgeschäft (Schweiz. Zeitschrift für Gemeinnützigkeit, 34. Jahrg., 1. Heft, S. 8 ff.); Gessner, K., Das Abzahlungsgeschäft, speziell die rechtliche Natur der Abzahlungsverträge, Zürcher Dissertation, 1898. — Auch der Deutsche Juristentag hat sich mit dem Abzahlungsgeschäft beschäftigt, und zwar 1891 auf Grund von Gutachten von Wilke und Heck und von Referaten von Dove und Makower, 1892 auf Grund eines Gutachtens von Jastrow und von Referaten von Jacobi und Fuld.

³⁾ Vergl. Deutsches Reichsgesetz, betreffend die Abzahlungsgeschäfte, vom 16. Mai 1894, und Oesterreichisches Gesetz vom 27. April 1896, betreffend Ratengeschäfte.

fügigen Besitz hat, so wenig wie Barmittel zur Verfügung. Der Personalkredit einer Person hängt in erster Linie von deren moralischen Eigenschaften ab, deren Kenntnis sich Dritten um so mehr entzieht, je mehr die Wohnungsverhältnisse aus ihrer Stabilität und damit aus der Uebersichtlichkeit herausgewachsen sind, wie dies namentlich die mehr und mehr wachsende Ansammlung der Bevölkerung in grösseren Städten mit sich gebracht hat. Es musste daher ein Ersatz für den mangelnden Real- und Personalkredit geschaffen werden. Er besteht darin, dass das einzelne Kreditgeschäft von den übrigen Verhältnissen des Kreditbedürftigen losgelöst und so gestaltet wird, dass das Risiko des Verkäufers als Kreditgeber ein möglichst geringes wird. Dafür sollen die verschiedenen in den Klauseln enthaltenen Kautelen sorgen.

Damit ist die Entstehung des Geschäfts als Typus mit der juristischen Eigenart erklärt. Dass es aber seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts an Umfang eine das Aufsehen der Wissenschaft und der Rechtsordnung erregende Ausdehnung nehmen konnte, hängt zusammen mit der Zunahme des Bedürfnisses der im Abzahlungsgeschäft gehandelten Gegenstände, d. h. der nicht sofort verbrauchbaren, normalerweise wenigstens bis zur Zahlung der Raten Wert besitzenden Sachen.

Dazu gehören namentlich zwei Klassen von Gütern:

Die eine Klasse betrifft die infolge der Fortschritte der industriellen Technik an Bedeutung und Wert in ungemeinem Masse gestiegenen Arbeitswerkzeuge, die dazu bestimmt sind, der Wirtschaft des Käufers zu dienen, indem sie die Produktionsfähigkeit steigern.

Die andere Klasse hängt mit der wachsenden Neigung weiter Bevölkerungskreise zu Komfort und Luxus zusammen, mit der die Zunahme der Mittel zur Beschaffung gegen Barzahlung nicht gleichen Schritt hält.

Einzelne Gegenstände sind mit dem Abzahlungsgewerbe so enge verbunden, dass sie fast allgemein in diesem Verkaufsmodus umgesetzt werden, oder dass sie wenigstens in den meisten Geschäftsbetrieben, die sonst gegen bar handeln, gegen Abzahlung abgegeben werden. Dazu gehören in erster

Linie Nähmaschinen, das klassische Paradigma des Abzahlungsgeschäfts, dann aber auch andere mehr oder weniger verbreitete Maschinen, Pianofortes, Velos, Lieferungswerke des Buchhandels (Konversationslexika, Hintertreppenromane). Daneben gibt es Geschäfte, die bezüglich aller von ihnen gehandelten Gegenstände das Abzahlungsprinzip haben. Diese „Abzahlungsbazare“ (auch schlechthin Abzahlungsgeschäfte) lassen sich leiten von Geschäftsmaximen, die auf technischen Grundlagen, ähnlich denen der Versicherungsgesellschaften mit Ausnutzung der Statistik und der Wahrscheinlichkeitsrechnung, fussen, und wo jeder Käufer einer bestimmten Gruppe von Gegenständen einer Gefahrenklasse zugehört und in Gestalt von einem Teil des Preiszuschlages das Risiko tragen hilft, das die Möglichkeit der Zahlungsunfähigkeit einzelner Käufer bietet.

Die Verbreitung des Abzahlungsgeschäfts scheint in Deutschland und Oesterreich — in verschiedenen Formen — am allgemeinsten sein. In Deutschland sollen nach verschiedenen übereinstimmenden Angaben $\frac{4}{5}$ aller Nähmaschinen auf Abzahlung gekauft werden, und nach Hausmann⁴⁾ sind überhaupt $\frac{4}{5}$ der Gesamtbevölkerung Kunden der Abzahlungshändler. Amtsgerichtsrat Höhne⁵⁾ gibt die Zahl der Prozesse über eine Unterart des Abzahlungsgeschäfts, den Miet- und Kaufvertrag, am Amtsgericht I in Berlin, dem er vorsteht, auf jährlich 20,000 an. In Oesterreich ist über das Ratengeschäft eine Enquete veranstaltet worden. Aus den Berichten der niederösterreichischen Bezirksgerichte ergibt sich, dass mindestens 50 % aller Prozesse in Bagatellsachen aus Ratengeschäften herkommen; einzelne Gerichte beziffern die daraus entspringenden Klagen auf $\frac{2}{3}$, ja sogar bis auf 80 %.⁶⁾ In Frank-

⁴⁾ a. a. O. S. 22.

⁵⁾ Höhne, E., Die gesetzliche Regelung der Raten- und Abzahlungsgeschäfte. Berlin, 1891, S. III.

⁶⁾ Erläuternde Bemerkungen der Regierung zum Gesetzentwurfe betreffend die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung von 1890, abgedruckt bei Hausmann a. a. O. S. 167.

reich, namentlich in Paris, existieren verschiedene grosse Abzahlungsbazare, doch soll ausserhalb derselben das Abzahlungsgeschäft nur in wenigen Artikeln vorkommen.⁷⁾ Auch in England und in den Vereinigten Staaten ist das Abzahlungsgeschäft lange nicht in demselben Masse verbreitet wie in Deutschland und in Oesterreich.⁸⁾

In der Schweiz gibt es in den Industriezentren, namentlich in Zürich, Basel, Genf und Bern, Abzahlungsbazare, in denen alle Arten von Gegenständen des täglichen Gebrauchs, aber auch Schmuckgegenstände, Kunstprodukte, ganze Werkstatt- und Wohnungseinrichtungen zu haben sind. Daneben werden einzelne Gegenstände in allen Geschäften gelegentlich auf Abzahlung verkauft. Auch im Viehhandel soll das Abzahlungsgeschäft ziemlich verbreitet sein, namentlich an der deutschen und an der österreichischen Grenze. Statistische Angaben über die Verbreitung in der Schweiz existieren nicht. Auch in den Aeusserungen von Handelskammern, Industrie- und Gewerbevereinen wird, soweit wir sehen konnten, des Abzahlungsgeschäftes kaum Erwähnung getan.

III.

Wo, wie in den Abzahlungsbazaren, das Abzahlungsgeschäft gewerbsmässig betrieben wird, geschieht es nach einheitlichen Grundsätzen. Die kaufmännische Kalkulation verlangt dies, abgesehen von der dadurch erzielten Zeit- und Arbeitersparnis. Dabei bedient man sich zum Abschluss und zur Durchführung der einzelnen Geschäfte gewisser Einrichtungen.

Schon wegen der Kompliziertheit des Vorganges hält man sich beim Abschlusse an bestimmte Formulare. Auf denselben befinden sich gedruckt als *naturalia negotii* die bereits (I) erwähnten Bestimmungen. Durch Ausfüllung von Blancostellen kommen die *essentialia* hinzu, sei es, dass der Gattungs-

⁷⁾ Cohen in Schmollers Jahrb., 15. Jahrg., S. 915.

⁸⁾ Derselbe a. a. O. S. 913 f.

begriff des Abzahlungsgeschäfts sie erfordert (Kontrahenten, Ware, Preis, Zahlungsstermine), sei es, dass für den einzelnen Fall Spezialabmachungen zu treffen sind. Durch die Unterzeichnung wird der Vertrag perfekt.

Die angegebenen Zahlungstermine richten sich nach der Gattung der bezogenen Waren. Abgesehen von der Anzahlung im Betrage von einem Fünftelle bis zu einem Dritteile sind die Ratenbeträge von gleicher Höhe, und deren Leistung erfolgt in von einander gleich weit entfernten Terminen. Die Abzahlung ist je nach der Höhe des Kaufpreises und der mutmasslichen Lebensdauer der Kaufsache oft in einigen Wochen, oft auch erst in vier bis sechs Jahren beendet.

Einzelne der Abzahlungsunternehmungen bedienen sich zum Aufsuchen der Bestellungen Reisender, die gegen Provision angestellt sind, und deren Rechtsstellung in den Formularen umschrieben zu sein pflegt, wodurch sich die Rechtsverhältnisse noch mehr komplizieren. So wird etwa erwähnt, diese Reisenden seien nicht berechtigt, die gedruckten Bedingungen zu ändern, sie dürfen keine Zahlungen oder dann bloss die Anzahlung entgegennehmen.

Bei Abzahlungsgeschäften in Manufakturwaren werden diese oft zum Geschäftsabschlusse mitgeführt, d. h. es wird das Hausiergewerbe auf Rechnung des Bazars betrieben.

In einzelnen Betrieben werden die Abschlagszahlungen regelmässig abgeholt, und es werden den Kunden Quittungsbücher ausgehändigt (sog. Kontrabücher), in denen auch die wichtigsten Vertragsbestimmungen reproduziert sind.

IV.

Betrachten wir das Abzahlungsgeschäft in seiner wirtschaftlichen Funktion, so kann nicht bestritten werden, dass es zur Erfüllung bedeutender Aufgaben berufen sein kann.

1. Es dehnt den Kredit auf Gesellschaftskreise aus, die ihn sonst wegen der geringen Sicherheit, die ihre Vermögenslage gewährt, nicht besitzen, die ihn aber gerade deshalb am nötigsten haben. Dadurch, dass diese Kreise sich der Kauf-

form des Abzahlungsgeschäfts bedienen können, erhöht sich der allgemeine Güterumsatz. Schon in diesem Umstand liegt eine gewisse wohltätige Wirkung. Eine Belebung des Handelsverkehrs muss regelmässig auch den nationalen Wohlstand heben, denn die Veranlassung des Umsatzes bildet immer die Ueberlegung, dass die Güter im Besitze des Erwerbers einen grösseren Gebrauchswert besitzen, als beim Veräusserer. Direkt äussert sich die Vermehrung des Umsatzes zunächst in gesteigertem Wohlbefinden von Industrie und Gewerbe, deren Beschäftigung erhöht wird.

Speziell für den Käufer bietet das Abzahlungsgeschäft besondere Vorteile, da es ja auf seine Bedürfnisse zugeschnitten ist. Es richtet sich mit seinen Anforderungen an die Zahlkraft nach seinen Verhältnissen. Damit wird es dem Käufer ermöglicht, die Zahlungstermine an die Eingänge anzupassen, wodurch sich die Erfüllung der Verbindlichkeit weniger fühlbar macht. Dann kann er aber auch den Moment der Anschaffung bestimmen, ohne auf das Vorhandensein der Mittel Rücksicht nehmen zu müssen; er kann also ein wirtschaftliches Bedürfnis in dem Augenblicke befriedigen, wo die Befriedigung am vorteilhaftesten geschehen kann, und wo das Bedürfnis am dringendsten ist. Er hat diese Möglichkeit, ohne dass er genötigt ist, sich den Kaufpreis durch Geldaufnahme zu beschaffen, was, da Sicherheit für die Rückzahlung nicht gewährt werden könnte, nur zu unvorteilhaften, oft wucherischen Bedingungen möglich wäre.

Sodann liegt in der einmal übernommenen Verbindlichkeit ein gewisser Sparzwang, der, weil wir es meist mit unbemittelten oder doch wenig bemittelten Personen zu tun haben, vom sozialpolitischen Gesichtspunkte aus gewiss zu begrüssen ist. Weil die nötigen Mittel auf den Zahlungstermin hin zusammengehalten werden müssen, ergibt sich die Notwendigkeit, unnütze Ausgaben zu vermeiden. Die Reservierung gegenwärtiger Mittel für zukünftige Bedürfnisse erfordert immer eine gewisse Selbstbeherrschung und moralische Kraft. Weil auf verschiedene Perioden und daher auf kleinere Beträge verteilt, brauchen diese Eigenschaften nicht in so hohem

Masse vorhanden zu sein, um den Zweck zu erreichen, wie beim Ersparen einer einzelnen grossen Summe, und dazu besteht ein wirksamerer Ansporn zum Sparen, wenn man die Früchte davon bereits geniesst und deren Verlust abwenden muss, als wenn man nur in der Hoffnung auf zukünftige Güter sich gegenwärtige Genüsse versagen muss. Auf der andern Seite wird das Sparen, weil auf dauernder Anstrengung und Ertragung beruhend, eher zur Gewohnheit.

Nicht bezüglich aller Abzahlungskaufgegenstände lässt sich übrigens gleich Rühmenswertes sagen.

Namentlich segensreich kann der Ratenkauf beim Erwerb von Betriebsmitteln wirken. Einzig das Abzahlungsgeschäft ist imstande, das erdrückende Uebergewicht des Grossbetriebes mit seiner Kapital- und Kreditkraft, die ihm ermöglicht, die Kräfte der Natur und die Errungenschaften der Technik seinen Zwecken dienstbar zu machen, gegenüber dem kleinen Produzenten einigermaßen auszugleichen. Nimmt sich einmal die Gemeinnützigkeit und die Genossenschaftsidee das Abzahlungsgeschäft zum Bundesgenossen, so wird die Aufgabe noch besser erfüllt werden können, dem Kleinen die Konkurrenzfähigkeit zu erleichtern und dadurch den Prozess der Proletarisierung der Arbeitermasse unter Ausschaltung des Mittelstandes mit Kleinbesitz noch aufzuhalten. Einstweilen muss sich der einzelne an den Abzahlungshändler halten. Nicht selten wird schon allein die durch den Kaufgegenstand ermöglichte intensivere Gestaltung des Betriebes den Betrag ausschlagen, der zur Tilgung der Raten hinreicht. Man verweist da namentlich auf die Näherin, die monatlich etwa zehn Franken für ihre Maschine aufzubringen hat und sie am Ende des Jahres als Eigentum erhält, während sie für die Miete allein die Hälfte dieses Betrages zu entrichten hätte. Aber auch auf den jungen Handwerker, der sich die Einrichtung der Werkstatt, den Motor, auf den Musiker, der sich das Klavier, auf den Gastwirt, der sich das Mobiliar, die Bierpression etc. auf diese Weise beschafft. Und auch der Beamte, der Arzt, der Künstler, der zum Zwecke seiner Ausbildung die zur Verfügung stehenden Mittel erschöpft und in der fol-

genden erwerbslosen Vorbereitungszeit vielleicht noch Schulden gemacht hat, ist auf das Abzahlungsgeschäft angewiesen, um die zur Ausübung des Berufes nötige standesgemässe Wohnungsausstattung zu beschaffen, die er dann aus den erhofften Einnahmen allmählich zu tilgen beabsichtigt.

Mehr Bedenken erweckt die Anschaffung von Luxusgegenständen im Ratengeschäft. Handelt es sich aber um Dinge, deren Erwerb kein regelmässig wiederkehrender ist, so wird dagegen weniger einzuwenden sein, namentlich da mehr und mehr mit der Erhöhung des standard of life in allen Volksklassen der Unterschied zwischen Bedürfnisartikeln und Luxusgegenständen verwischt wird. Wir erinnern an die üblichen Anschaffungen bei der Gründung eines eigenen Hausstandes, an Brautausstattungen etc.: wie manche Ehe würde ungeschlossen bleiben ohne die Zufluchtsstätte des Abzahlungsgeschäfts!

2. Damit gelangen wir aber zum kritischen Punkte, und es folgt die Kehrseite der Medaille. Weil das Abzahlungsgeschäft die Heranziehung zukünftiger Mittel zur Befriedigung präsenter Bedürfnisse ermöglicht, so liegt für den Käufer die Gefahr zu grosser Belastung der Zukunft zugunsten der Gegenwart, also nicht genügend überlegter, leichtsinniger Käufe nahe. Die Gefahr ist umso grösser, weil das in der Zukunft Liegende also die Verpflichtung, wie alles Ferne, leicht unterschätzt, und das Gegenwärtige, also der Genuss überschätzt wird.

Die Wirkungen sind dann doppelt bedauerlich, weil sie den wirtschaftlich schwachen Teil betreffen, denn nur dieser bedient sich regelmässig des Abzahlungsgeschäfts.

Die Wirkungen unnötiger Anschaffungen sind verderblich nach zwei Richtungen:

Einmal verunmöglichen oder erschweren sie die Befriedigung später auftauchender dringenderer Bedürfnisse, da ja über die zukünftigen Mittel bereits verfügt ist.

Sodann aber ist jedes Abzahlungsgeschäft für den Käufer deshalb unwirtschaftlich, weil die Bedingungen im Kredit-

geschäft für ihn beschwerlicher sein müssen, als bei dem Bargeschäft. Denn der gewöhnliche Preis erhöht sich nicht nur um den Nutzwert des Geldes, sondern dazu noch um die Auslagen für Verrichtungen, die mit dieser Geschäftsart zusammenhängen, wie eine kompliziertere Buchführung und die Einkassierung der Raten, sowie um das Risiko.

Die gekennzeichneten Gefahren hat jedes Abzahlungsgeschäft, auch das von weitem Klauseln entblöste (das Abzahlungsgeschäft im weitem Sinne). Es hat dieselben in der Mehrzahl mit jedem Kreditkauf gemein, sie treten aber hier mehr hervor, weil, wie eben angeführt, Personen davon betroffen werden, denen ihre Vermögensverhältnisse den gewöhnlichen Kreditkauf nicht gestatten würden. Dazu kommen aber andere, die in den Eigentümlichkeiten des technischen Betriebes, wie das Abzahlungsgeschäft ihn verlangt, ihre Erklärung finden.

Der Vertragsabschluss erfolgt regelmässig durch die Unterzeichnung bestimmter Formulare. Schon dieser Umstand ist geeignet die Stellung des Käufers zu verschlechtern. Die Formulare werden naturgemäss von demjenigen Teile aufgesetzt, der gewerbsmässig tätig ist, und der demgemäss vermittlest seiner Erfahrungen in der Branche am besten weiss, was der rechtsgeschäftlichen Fixierung bedarf. Dabei wird aber der Verkäufer in erster Linie auf sein eigenes Interesse bedacht sein, und seine höhere Intelligenz wird ihn dabei unterstützen. Eine Abänderung der gedruckten Bedingungen erfolgt für den Einzelfall selten, schon deshalb, weil sie vom Käufer der Beachtung kaum gewürdigt, als Formalität behandelt werden. Dann aber könnte er kaum mit Erfolg Einwendungen erheben, weil er auf das Abzahlungsgeschäft angewiesen ist, und in dieser Geschäftsart an einem Orte eine sehr grosse Konkurrenz sich regelmässig nicht vorfindet, und zudem alle Geschäfte mit kleinen Abänderungen sich so ziemlich derselben Formulare bedienen.

Bevor wir zur Besprechung der typischen Vertragsbedingungen übergehen, seien im Folgenden zwei Formulare

abgedruckt. Das eine wird im Maschinenhandel viel verwendet, das andere ist im Gebrauch bei einem Abzahlungs-bazar.

Kauf-Vertrag.

—♦♦♦—

Unterzeichnete verkaufen hiemit unter den hienach angegebenen Bedingungen dem Herrn
nachbenannte Gegenstände laut kopierter Rechnung:

.....
um den Preis von Fr.

Bedingungen.

1. Bis zur gänzlichen Abzahlung obigen Betrages wird das Eigentumsrecht ausdrücklich vorbehalten gemäss Art. 264 O. R.

2. Beim Kaufe obgenannter Gegenstände sind als à Conto-Zahlung zu leisten Fr. Die Restanz soll in
Raten im Betrage von Fr. pünktlich abgetragen werden.

3. Die Verkäufer behalten sich ausdrücklich vor, die Kaufsache nach einer rückständigen Zahlung zurückzunehmen. In diesem Falle gehören die bezahlten Raten den Verkäufern als Miete und Minderwertsentschädigung für die Maschine; immerhin soll es denselben vorbehalten bleiben, eventuell Mehrforderungen geltend zu machen.

4. Für verfallene nicht bezahlte Raten werden 5 % Zinsvergütung berechnet vom Verfalltage an.

5. Bei allfälligen Reparaturen haben die Verkäufer an der Maschine sowohl für den Betrag der Reparaturen als auch für die im Moment der Reparatur verfallenen Ratenzahlungen das Retentionsrecht.

6. Nach stattgehabter vollständiger Bezahlung des Kaufpreises geht das Eigentumsrecht des verkauften Gegenstandes an den Käufer über.

Doppelt ausgestellt und beidseitig unterzeichnet.

..... den

Der Käufer:

Die Verkäufer:

Comm.-No.

Bestellschein und Kauf-Vertrag.

Bei Barzahlung 10% Rabatt.
Reklamationen finden nur dann Berücksichtigung, wenn solche bei Empfang der Waren gemacht werden.

Herr
wohnhaft
kauft hiemit bei folgende Gegenstände:

.....
.....
.....
.....

im Gesamtbetrage von Fr.
leistete dem Reisenden eine Anzahlung von „
und verpflichtet sich, den Restbetrag von „
in Ratenzahlungen von Fr. Cts.
an den Herrn pünktlich zu zahlen.

Die gelieferten Gegenstände bleiben Eigentum des Hrn.
bis zur vollen Bezahlung **und dürfen dieselben weder verpfändet noch verkauft werden.** Bei unregelmässigen Zahlungen hat dieses Haus das Recht, den vollen Rest-Betrag zu verlangen oder die Ware wieder zurückzunehmen, ohne die geleisteten Zahlungen zurückzuerstatten.

In Streitfällen entscheiden die Gerichte in Basel.

Andere Neben-Verabredungen mit dem Reisenden haben für die Firma durchaus keine Gültigkeit.

Jeder Wohnungswechsel ist innerhalb drei Tagen (bei Kostenvermeidung) anzuzeigen.

..... behält sich das Recht vor, die Ratenzahlungen durch einen sich legitimierenden Kassier mit meinem Firmastempel versehen oder mittelst Postmandat ausser Basel erheben zu lassen. **Ausser der Anzahlung sollen dem Reisenden keinerlei Zahlungen geleistet werden.**

Durch eigenhändige Unterschrift erkläre ich mich mit diesen Bedingungen einverstanden und begeben mich jeder späteren Einrede.

Ort: den 19

Eigenhändige Unterschrift des Agenten:

„ „ „ Käufers:

Was uns an beiden Formularen — abgesehen vom Eigentumsvorbehalt, den wir in diesem Abschnitt nicht behandeln — zuerst auffällt, ist die dem Verkäufer eingeräumte Befugnis,

bei Verzug des Käufers die Ware zurückzunehmen, ohne bereits bezahlte Abschlagszahlungen restituieren zu müssen. Es ist dies die *lex commissoria* in Verbindung mit der Ratenverwirkungsklausel.

Würden die Parteien eine anderweitige Abmachung nicht treffen, so könnte der Verkäufer im Abzahlungsgeschäft, weil der Kaufgegenstand vor geleisteter Zahlung des Kaufpreises in den Gewahrsam des Käufers übergegangen, beim Verzuge des Käufers vom Vertrage nicht zurücktreten und wäre einfach auf die Betreibung des Käufers angewiesen, denn Art. 264 des O. R., der eine Ausnahme von Art. 122 enthält, nimmt ihm jenes Recht.

Würde der Verkäufer sich nichts als das Rücktrittsrecht vorbehalten, so wäre die Folge, dass er die Ware zurückfordern könnte, dagegen den bereits empfangenen Preis mit dem Wegfall des Grundes der Bezahlung zurückzuerstatten hätte. Dazu könnte er in Analogie mit Art. 124, jedenfalls aber gestützt auf Art. 50 ff., vom Käufer noch Schadensersatz fordern, „wenn er ein Verschulden nachweist.“ Dass der Abzahlungsverkäufer diese wenig beneidenswerte Situation zu seinen Gunsten zu verbessern sucht, wird man ihm kaum verargen können. Den regelmässig neben dem Schadensnachweis noch zu erbringenden Beweis des Verschuldens dem Käufer aufbürden, hiesse einen geordneten Gewerbebetrieb auf diesem Gebiete, wo so viele Abschlüsse vorkommen, die aber alle verhältnismässig kleine Beträge betreffen, lahmlegen. Da es sich um den Verzug mit Bezahlung einer Geldsumme handelt, würden übrigens die Gerichte nicht leicht einen Verzug ohne Verschulden annehmen. Aber auch die Abhängigmachung jeder Entschädigung im Einzelfall vom Nachweis eines Schadens wird den besondern Verhältnissen des Falles nicht gerecht. Wenn der Gläubiger im allgemeinen im Sinne der Art. 122, 123 und 125 des O. R. vom Vertrage zurücktritt, statt auf der Nachlieferung zu beharren, so tut er es deshalb, weil er seine Gegenleistung höher bewertet, als die, mit der der Schuldner sich im Verzuge befindet: er erleidet also wirklich regelmässig keinen Schaden. Beim Abzahlungs-

geschäft aber erfolgt der Rücktritt fast immer zum Schaden des Verkäufers.

Der Schaden setzt sich aus drei Posten zusammen:

Vorerst schuldet der Käufer das Aequivalent für die Nutzung von der Uebergabe, also vom Kaufabschlusse, bis zur Rückgabe, und zwar abgesehen von dem Werte, den die Kaufsache bei der Rückgabe haben mag.

Dazu kommt aber der Ersatz für die Abnutzung. Regelmässig werden im Abzahlungsgeschäft nur solche Waren gehandelt, die durch den Gebrauch an Wert einbüßen: die verbraucht werden. Dieser Substanzverlust ist ebenfalls vom Käufer zu vergüten.

Endlich ist nicht zu übersehen, dass das einzelne Geschäft ein Glied in einer Kette bildet. Das ganze Gewerbe arbeitet nach der bereits (III) dargelegten Technik mit Auslagen und mit einem Risikó, die jeder Käufer zu einem gewissen Prozentsatze decken muss, wenn es auf solider Basis bestehen soll. Es würde ungerechtfertigt sein, die Auslagen und Verluste nur durch diejenigen tragen zu lassen, die ihren Verpflichtungen nachkommen.

Und dabei ist noch kein Geschäftsgewinn berechnet: schon das blosse negative Vertragsinteresse setzt sich aus obigen Posten zusammen, während man doch dem Kaufmanne, der seine Abschlüsse macht, um einen Gewinn zu erzielen, und der aus diesem Gewinne seinen Lebensunterhalt zu bestreiten hat, billigerweise nicht zumuten darf, auf einen in berechtigter Erwartung stehenden Gewinn durch sein Zurücktreten ersatzlos zu verzichten.

(Dieser Schaden tritt aber wirklich nur „fast immer“ ein. Es gibt nämlich Gegenstände, die im Abzahlungsgeschäft gehandelt werden und einen Nutzen nicht abwerfen, oder wo der Nutzen aufgewogen wird durch die Unterhaltungskosten. Diese Gegenstände repräsentieren dann zur Zeit der Rückgabe einen Mehrwert statt eines Minderwertes. Hier hat der Verkäufer beim Rücktritt vom Vertrage keinen Schaden. So ist es im Viehhandel, namentlich im Hornviehhandel. Dieser bedürfte daher einer besonders gearteten vertraglichen Regelung.)

Um nun für den Fall der Aufhebung des Vertrages jeder Berechnungsschwierigkeit enthoben zu sein, machen die Parteien ab, es sollen die verfallenen Raten zur Deckung der genannten Posten verwendet werden. Es hat also der Ratenverfall die Funktion einer Konventionalstrafe. Eigentümlich und unzweckmässig ist dabei aber zweierlei:

Der Betrag der Strafe übersteigt fast immer das Interesse des Verkäufers an der Erfüllung, denn die Sache soll länger halten, als bis der Preis bezahlt ist, sonst würde die Erwerbung des Eigentums nach erfolgter Abzahlung keinen Sinn haben, und es würde der Erwerber vorziehen, sie zu mieten, statt sie auf Abzahlung zu kaufen, es liegt also — abgesehen vom ausserordentlichen Fall der Beschädigung — in der bezahlten Rate mehr, als was die Sache weniger wert ist.

Sodann trifft die Strafe den Schuldner um so härter, je mehr Raten er bezahlt hat, je länger er also seinen Vertragsverbindlichkeiten nachgekommen ist, und je geringer das Interesse des Verkäufers an der Erfüllung geworden ist.

Am härtesten äussert die Strafe aber ihre Wirkung naturgemäss da, wo ein Schaden nicht vorliegt. In dieser Beziehung beklagt man sich in bäuerlichen Kreisen bitter über die Praxis gewisser Viehhändler. „Sie verkaufen,“ heisst es da⁹⁾, „einem Bauer eine Kuh. Derselbe macht eine Anzahlung oder auch nicht, muss aber einen Schuldschein unterschreiben, in welchem der Eigentumsvorbehalt gemacht wird. Damit ist der Händler nicht allein für seine Forderung sichergestellt, sondern er verbindet sehr oft damit noch eine Art des schlimmsten Wuchers. Er gibt dem Manne eine Kuh, welche noch nicht lange trägt, der Bauer füttert sie, bis sie hochträchtig ist und bald wieder einen grossen Milchnutzen gibt. Jetzt stellt sich der Händler ein und verlangt entweder Geld oder die Kuh. Für manchen Bauern war dies der Anfang vom Ende. Solche sogenannte „Judenkühe“ stehen zu hunderten

⁹⁾ Mitteilungen des Schweizerischen Bauernsekretariates, No. 14 (Besprechung des Sachenrechtes im Entwurfe zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch), Bern 1902, S. 38.

in den Stallungen unserer Kleinbauern.“ Kommt dazu noch der Verlust der Anzahlung und allfälliger Abzahlungen, so lassen sich die Klagen begreifen.

Charakterisiert sich der Rücktrittsvorbehalt mit dem Ratenverfall ökonomisch als Konventionalstrafe, so ist dagegen zweifelhaft, ob er auch rechtlich als solche qualifiziert werden dürfe.

Das Schweizerische Obligationenrecht enthält zwar eine Begriffsbestimmung der Konventionalstrafe nicht, und es lässt sich nicht bestreiten, dass die Aufhebung des Vertragsverhältnisses, also der Verzicht auf die Gegenleistung gerade so gut die Funktion, sei es der vertragsmässigen Festsetzung des Interesses an der Erfüllung, sei es der Verstärkung der Obligation, ausüben kann, wie das Versprechen einer akzessorischen Leistung neben der Hauptleistung, als was nach der herrschenden Ansicht die Konventionalstrafe aufgefasst wird.

Dass aber unserm Gesetze die überkommene Auffassung zugrunde liege, ergibt sich unschwer aus Art. 179, Abs. 2 und aus Art. 182, deren Anwendung auf die Aufhebung der Vertragspflichten der einen Partei zur Strafe für die andere nicht denkbar ist.

Die erste der genannten Stellen bestimmt, im Zweifel könne der Gläubiger, wenn die Strafe (unter anderem) für Nichteinhaltung der Erfüllungszeit (unser Fall) versprochen wurde, neben der Strafe die Erfüllung verlangen. Nun ist schlechterdings ausgeschlossen, dass man die Aufhebung des Vertrages und zugleich dessen Erfüllung verlangen könne.

Art. 182 sodann spricht von der Herabsetzung der übermässigen Konventionalstrafe. Eine Herabsetzung ist aber nur bei einem Anspruche möglich, von dem man Teile wegnehmen kann, ohne das Ganze zu zerstören. Dies trifft beim Rechte, die Aufhebung eines Vertrages zu verlangen, nicht zu.

Endlich können auch legislatorische Gründe dafür sprechen, dass *lex commissoria* und Konventionalstrafe, trotzdem sie „in Zweck und Wirkung verwandt sind“¹⁰⁾, verschieden be-

¹⁰⁾ Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, A. S., XV, Nr. 85.

handelt werden, und namentlich, dass für den Wegfall der Gegenleistung nicht dieselben Rechtssätze zur Anwendung kommen, wie für das Versprechen einer Vermögensleistung, da diese einen solchen Umfang annehmen kann, dass die vermögensrechtliche Existenz eines Menschen, an der das Gemeinwesen interessiert ist, in Frage kommen kann.

Daraus folgt freilich noch nicht, dass nicht die Ratenverwirkungsabrede allein als Vertragsstrafe angesehen werden könnte. Wenigstens stünde der Anwendung der genannten Gesetzesartikel darauf logisch nichts im Wege. Man könnte die Geldleistungen, die durch den sich vertragswidrig verhaltenden Kontrahenten vollzogen worden sind, als Strafe ansehen, die an Stelle der ursprünglichen Verbindlichkeit getreten wären. Da sie aber (als Teil des Kaufpreises) immer geringer sind, als die Hauptobligation (der ganze Kaufpreis), so liegt das die Verbindlichkeit verstärkende Element doch wieder im Wegfall der Gegenleistung des nicht säumigen Kontrahenten. Es lässt sich also in der juristischen Betrachtung die Ratenverwirkungsklausel vom Rücktrittsvorbehalt kaum trennen.

Hätte die Ratenverwirkungsklausel Vertragsstrafcharakter, so wären zwei wohltätige Folgen damit verbunden: Sie würde nicht zur Anwendung kommen bei Unmöglichkeit der Vertragserfüllung infolge höherer Gewalt (Art. 181), und sie wäre bei Uebermässigkeit der richterlichen Moderation unterworfen (Art. 182). Der Umstand, dass sich über die Frage eine ständige Gerichtspraxis nicht gebildet hat,¹¹⁾ lässt darauf schliessen, dass die Rechte aus der Klausel nicht so häufig ausgeübt werden, wie deren regelmässiges Vorkommen in den Vertragsformularen es vermuten liesse, denn, wenn der grösste Teil des Preises bezahlt ist, muss es der Käufer sicherlich als ein bitteres Unrecht empfinden, wenn ihm mit dem Kaufgegenstand zugleich fast der ganze Gegenwert ent-

¹¹⁾ Eine Entscheidung der Zürcher Rekurskammer vom 16. Januar 1896 (Blätter für handelsr. Entsch., Bd 10, S. 110) findet, es liege eine Konventionalstrafe vor, ohne allerdings diese Auffassung näher zu begründen.

zogen wird, und er würde regelmässig die Eventualität nicht hinnehmen, ohne den Richter anzugehen. Damit würde stimmen, was die Inhaber der Abzahlungsgeschäfte sagen,¹²⁾ dass sie nur im Notfalle die Ware zurücknehmen und, wenn immer möglich, auf Erfüllung des Kaufes dringen. Aus den Kreisen der Bauern tönt es freilich anders, aber gerade aus diesen Verhältnissen sind uns Gerichtsentscheide nicht bekannt.

Lässt sich mit der Unterordnung der Verwirkungsklausel unter die Konventionalstrafe nicht operieren, so könnte man versucht sein, gegen sie vorzugehen, indem man sie als unsittlich erklärt. Dazu bietet aber Art. 17 des O. R. in seiner gegenwärtigen engen Fassung keinen Anhaltspunkt, denn die Leistung an sich (das Ueberlassen der Raten an den Verkäufer) ist sicherlich nicht unsittlich. Aber selbst wenn man dem Bundesgericht in seiner ausdehnenden Interpretation folgen will, wie sie neuerdings in einigen Entscheiden zum Ausdruck gekommen ist,¹³⁾ so wäre es doch nicht nur gefährlich, sondern es hiesse dem Sinne des Ausdruckes Gewalt antun, würde man das wirtschaftlich Unangemessene gleich als unsittlich erklären.

Eine andere Vertragsbestimmung, die für den Käufer ungleich ungünstig wirken kann, ist die, wonach für den Fall des Verzuges in der Bezahlung einer Rate der Verkäufer den ganzen Rest der Kaufsumme einklagen kann: die Fälligkeitsklausel. Für den böswilligen Schuldner mag sie ein heilsamer Ansporn sein, wo dagegen ein unvorhergesehenes Ereignis dem Käufer die Mittel zur Zahlung nimmt, ist es hart, ihn gerade in dem Zeitpunkte zur Leistung des ganzen Preises zwingen zu wollen, in dem ihm die Teilzahlung unmöglich ist. Auch diese Klausel ist wirtschaftlich Konventionalstrafe: sie nimmt dem Käufer für den Fall des Verzuges den Vorteil der Stundung, für den er doch in Gestalt erhöhten Kaufpreises den Gegenwert geleistet hat.

¹²⁾ Vergl. z. B. Lichenthal, S., Das Ratenzahlungssystem, Berlin 1891, S. 84 ff.

¹³⁾ Vergl. z. B. A. S., Bd XXV, Nr. 99 und Bd XXVI, Nr. 18.

Die übrigen noch etwa vorkommenden Nebenabreden zum Abzahlungsgeschäft sind weniger wichtig.

Die Abmachung eines besonderen Gerichtstandes am Orte der Geschäftsniederlassung kann da zu Unzukömmlichkeiten führen, wo der Abzahlungshändler seine Produkte durch Reisende verschleisst und es den Bezüglern schwer fallen muss, bei Anständen in der Stadt vor Gericht zu erscheinen oder sich vertreten zu lassen. Aus diesem Umstande wird in Deutschland und Oesterreich vielfach die Tatsache der grossen Verbreitung der Kontumazialurteile auf dem Gebiete des Abzahlungsgeschäftes erklärt. Mehr noch wird sie aber mit der Exekutionsart zusammenhängen, die ein Urteil, wenn auch nur ein Kontumazialurteil voraussetzt.

Die Verpflichtung des Käufers zur Angabe des Wohnungswechsels, die Notwendigkeit der Einwilligung des Verkäufers zum Fortschaffen der Ware oder die nicht seltene Vorschrift, wonach dem Verkäufer jederzeit der Zutritt in die Wohnung des Käufers gestattet sei, damit er sich vom Vorhandensein des Kaufgegenstandes überzeugen könne, hängen mit dem Eigentumsvorbehalt zusammen.

Andere Vereinbarungen, wie die, dass Reparaturen an der Kaufsache nur durch den Verkäufer besorgt werden dürfen, dass der Käufer die Transportkosten zu bezahlen habe, dass er den gekauften Gegenstand innert bestimmter Frist nach Empfang zu untersuchen habe bei Folge Verlustes der aus der Mangelhaftigkeit fliessenden Rechtsmittel im Unterlassungsfalle ¹⁴⁾ u. dgl. sind keine charakteristischen Eigenschaften des Abzahlungsgeschäftes.

Zu besonderen Klagen scheinen mancherorts die Hausierer, Reisenden und Agenten im Abzahlungsgeschäft Veranlassung gegeben zu haben. Man beschwert sich über ihre Zudringlichkeit und nicht selten Skrupellosigkeit. Diese Leute sollen sich zumeist auf niedriger Stufe des Leumunds und der Bil-

¹⁴⁾ Diese Klausel ist offenbar unbesehen aus deutschen Verhältnissen übernommen worden, wo sie nicht so selbverständlich ist, wie angesichts O. R. Art. 243 ff. bei uns.

dung befinden; da sie fast durchgehends auf Provisionen angewiesen seien, sei es ihnen mehr um möglichst viele Abschlüsse, als um die Zufriedenheit der bearbeiteten Kundschaft, ja als um die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen durch diese zu tun. Dabei seien sie nicht verlegen, wenn es sich um Versprechungen aller Art handle, wobei oft darauf verwiesen werde, die gedruckten allgemeinen Bestimmungen seien nur eine hergebrachte Formalität. Dass viele Leute den Vorspiegelungen Glauben schenken, trotzdem die Formulare vielfach ausdrücklich darauf aufmerksam machen, mündliche Nebenabreden mit den Reisenden haben für das Geschäft keine Verbindlichkeit, mag wohl zutreffen, wenn man berücksichtigt, wie flüchtig solche Formulare von sonst ernsten Leuten gelesen werden. Und dass die Verführung zu leichtsinnigem Kaufe eine leichtere ist, wenn nicht sofort der ganze Preis bezahlt werden muss, namentlich, wenn die Ware dem Auge des Bedürftigen unmittelbar vorgeführt wird, wie beim Hausiergewerbe, liegt auf der Hand.

Ziehen wir nun aus den vorausgegangenen Ausführungen das Fazit, so können wir sagen, dass die mit dem Abzahlungsgeschäft als Typus notwendig verbundenen Nachteile durch die Vorzüge reichlich aufgewogen werden, dass also das ihm zu grunde liegende Prinzip seine Daseinsberechtigung hat, dass dagegen gewisse unleugbare Uebelstände für den Käufer ihm anhaften.

Auf dritte Personen wirkt das Abzahlungsgeschäft als solches nicht ein, ein Einschreiten der Gesetzgebung würde sich also nur rechtfertigen aus dem Gesichtspunkt des Schutzes des wirtschaftlich Schwachen vor der Uebermacht des Stärkeren, als sozialpolitisches Postulat. Durch eine bis jetzt nicht erwähnte Klausel, die des Eigentumsvorbehalts, wirkt aber das Abzahlungsgeschäft gegenüber jedermann, der mit dem Käufer in vermögensrechtliche Berührung kommt. Bevor wir aber die Einwirkung des Eigentumsvorbehalts auf das Abzahlungsgeschäft behandeln, wird es sich empfehlen, auf die Betrachtung dieses Institutes im allgemeinen etwas näher einzutreten.

Zweiter Abschnitt.

Der Eigentumsvorbehalt.

I.

Damit dem Eigentumsvorbehalt eine Bedeutung zukommen konnte, wie er sie heute besitzt, bedurfte es neben dem Umschwung, der sich in der menschlichen Wirtschaft im letzten Jahrhundert vollzogen, und der das Abzahlungsgeschäft erzeugt hat, einer rechtlichen Grundlage, wie sie unser heutiges Mobiliarsachenrechtssystem mit seiner Wechselbeziehung zwischen dem inneren Wesen des Rechts und seiner Erscheinung in der Aussenwelt bietet.

In Rom, wo das Eigentum nicht mit der Besitzübertragung, sondern mit der Zahlung oder der Kreditierung des Kaufpreises überging, war für den Eigentumsvorbehalt, da der Hauptgrund desselben, die Sicherung des Kaufpreises fehlte, kaum Raum. Der Verkäufer, der sich sichern wollte, ohne dem Käufer den Genuss der Sache vorzuenthalten, kreditierte einfach den Kaufpreis nicht, unterliess aber die Einklagung. Und selbst, wenn er vorzog, den Preis ausdrücklich zu kreditieren, so konnte er die in das Eigentum des Käufers übergegangene Sache sich zurückverpfänden lassen, ohne sie dem Käufer zu entziehen, da die Uebertragung des Gewahrsams an einer Sache nicht zum Tatbestand des Mobiliarpfandes gehörte. Die Rechtsordnung gewährte also von sich aus das, was nach unserem Rechtssystem die Parteien sich erst auf einem Umwege schaffen müssen. Deshalb wird von einigen geradezu das Vorkommen des Eigentumsvorbehalts im *Corpus iuris* bestritten.¹⁵⁾

Auch im Geltungsgebiete des französischen Code civil, wo der Kaufvertrag an sich das Eigentum überträgt, ist der Eigentumsvorbehalt selten, da dem, der eine Sache auf Kredit verkauft, sonst genügend Sicherungsmittel zu Gebote stehen.¹⁶⁾ Die Folge davon ist, dass sich in Frankreich bis heute eine

¹⁵⁾ Mit Unrecht allerdings. Vgl. Béguelin, E., A propos de la construction juridique du „pactum reservati dominii“ in *Revue judiciaire*, 1898, S. 33 ff. und die S. 70 daselbst angegebene ziemlich reichhaltige Literatur.

¹⁶⁾ C. c., Art. 1612, 2102, 1654; C. de com., Art. 550.

ständige Gerichtspraxis darüber nicht gebildet hat, so dass gegenwärtig noch bestritten ist, ob er gültig vereinbart werden kann.¹⁷⁾

Zur Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen bedarf es nach unserem Recht einer dahingehenden Vereinbarung und der Besitzübertragung. Ein Recht, das bloss von den Bedürfnissen der Kontrahenten ausgeht und den Willen der Parteien allein über die Rechtsfolgen eines Geschäftes entscheiden lässt, wird es bei der Vereinbarung bewenden lassen: darunter leidet aber die Sicherheit des Verkehrs, indem der Erwerber eines Gegenstandes nie sicher ist, ob er nicht einem frühern, stärkern Berechtigten zu weichen habe. Einem Idealzustand des Verkehrs entspräche es, wenn faktische Inhabung und Eigentum bei einem Gegenstande stets zusammenfielen, indem dadurch die denkbar klarste Uebersichtlichkeit in der Rechtszuständigkeit hergestellt würde. Die Folge einer Ueberspannung dieses Postulates wäre aber, dass andere — dingliche und persönliche — Rechte, die wie das Eigentum zur Ausübung der Berechtigung der Inhabung des Gegenstandes bedürfen, ausgeschlossen würden: also eine zu weitgehende Hintansetzung der Interessen der Beteiligten gegenüber denen Dritter. Die gleichmässige Betonung des Willensmoments und der Tradition sucht beide Seiten zu befriedigen.

Angesichts der Notwendigkeit der genannten beiden Requisite zur Eigentumsübertragung ergibt sich die Möglichkeit zweier Zwischenzustände: Es kann das innere Moment, der Wille zur Eigentumsübertragung, nicht aber das äussere, die Uebertragung des Gewahrsams, gegeben sein; oder aber, es kann der Gewahrsam übergegangen sein, aber die Vereinbarung der Eigentumsübertragung fehlt. In beiden Fällen ist das Eigentum nicht übergegangen.

Wo der Eigentumsübergang trotz Besitzübertragung nicht erfolgt, kann dies der Fall sein, weil ein besonderes den Besitz erforderndes Verhältnis vorliegt (wie Servitut, Miete, Gebrauchsleihe, Hinterlegung), wo also der Zweck des Rechts-

¹⁷⁾ S. Martin, A., *Pactum reservati dominii et Hypothèque Mobilière*, Genève, 1903, S. 41 ff.

geschäfts die Eigentumsübertragung nicht verlangt. Oder das Rechtsgeschäft (z. B. der Kauf) hat zu seiner Vollwirkung den Eigentumsübergang nötig, aber die Parteien wollen diesen Uebergang erst in späterer Zeit bewerkstelligt wissen oder ihn von einem bestimmten Ereignis abhängen lassen. Ob der eine oder der andere Parteiwille vorliege, d. h., ob das Eigentum nicht übergehe, weil der Vertragstypus es nicht erfordert, oder trotzdem er es erfordern würde, wenn nicht eine besondere Vereinbarung hindernd im Wege stünde, geht aus der äusseren Erscheinung nicht hervor. Das muss man sich von Anbeginn vor Augen halten, wenn Massregeln gegen den Eigentumsvorbehalt in einer bestimmten Form in Betracht kommen.

Die Gründe, warum die Parteien den sofortigen Uebergang des Eigentums nicht wünschen, trotzdem der Endzweck des Rechtsgeschäftes dahin geht, können verschieden sein, so verschieden, wie die Gründe, die die Aufnahme der Bedingung und des Anfangs- und des Endtermins bei anderen Rechtsgeschäften veranlassen. Die Möglichkeit der Beifügung einer Bedingung zu einem Veräusserungsgeschäfte^{17a)} hat u. a. die Folge, dass die Parteien, wenn sie ein zukünftiges Ereignis auf die Eigentumszugehörigkeit einer Sache von Einfluss sein lassen wollen, den dinglichen Vertrag nicht hinauszuschieben brauchen bis sie sicher sind, ob das Ereignis eintrete oder nicht. Der Schwebezustand kann also schon vorher vom Veräusserer auf den Erwerber hinübergeschoben werden, wozu ein durchaus berechtigtes Interesse vorhanden sein kann.

Der Hauptfall des Eigentumsvorbehaltes ist der, wo die Sicherung des Eigentümers für Anforderungen an den Besitzer, und zwar regelmässig, wo die Sicherstellung des Verkäufers für den dem Käufer gestundeten Kaufpreis bezweckt wird. Da der regelmässige Weg der Gewährung von Realsicherheit für eine Forderung die Verpfändung ist, so hat also der Eigentumsvorbehalt in seiner Hauptanwendung Pfandrechts-

^{17a)} Dies in der Bedeutung des abstrakten, dinglichen Geschäfts, das das Eigentum überträgt. Der Ausdruck wird auch verwendet für das kausale (obligationenrechtliche) Rechtsgeschäft, das bloss die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums schafft.

funktion. Das Pfand würde den Absichten der Parteien Genüge leisten. Es könnte also bei dem Rechtsgeschäft, das den Eigentumsübergang zum Endzwecke hat, statt des Eigentums das Pfandrecht vorbehalten werden. Nun bedarf aber das Pfandrecht an beweglichen Sachen zur Gültigkeit der Besitzübertragung bezüglich der verpfändeten Sache in dem Sinne, dass die Vertretung des Pfandgläubigers im Besitz wohl durch einen Dritten, aber — im Gegensatz zur Zulässigkeit des *constitutum possessorium* bei der Eigentumsübertragung — nicht durch den Verpfänder selbst gestattet ist.

II.

Es mag ein gewisses Interesse bieten, da doch die Behandlung des Eigentumsvorbehaltes *de lege ferenda* in Frage steht, zu sehen, wie auf dem Gebiete des Immobiliarsachenrechtes sich eine Entwicklung vollzog und zu einem, wie es scheint, definitiven Abschluss kam, die mit der grosse Aehnlichkeit hat, in der wir uns bezüglich der beweglichen Sachen anscheinend noch befinden.

Das altdeutsche Recht sah eine Verpfändung von Liegenschaften in unserem Sinne, wo Benutzung und eventuelle Verfügungsbefugnis auseinanderfallen, nicht vor, sondern gestattete in der Form der alten Satzung nur eine Art der Sicherung, die dem Gläubiger zugleich die Nutzung an der Sache übertrug. Wollte der Verkäufer einer Liegenschaft gesichert sein und doch dem Käufer deren Nutzung überlassen, wie dies doch durch den Kauf erstrebt wurde, so übertrug er die Liegenschaft formlos mit dem Rechte der Nutzung, während die Auflassung bis zur Zeit der Zahlung des Kaufpreises aufgeschoben wurde. Nur war das Mittel bei Unehrllichkeit des Käufers unwirksam, indem dieser das Grundstück weiter auflassen konnte, wobei der gutgläubige Erwerber nach Jahr und Tag das Eigentum erwarb. Später sprangen statt dieser etwas rohen Form der dinglichen Sicherung des Verkäufers der Rentenkauf und die neuere Satzung ein, notdürftige Behelfe insofern, als jene über den Sicherungszweck hinausging und diese ihn nicht voll erreichte.

Als dann mit der Rezeption des Römischen Rechts das Pfandrecht inhaltlich zwar den Sicherungsintentionen der Parteien entgegenkam, aber in den meisten Fällen dessen Wert als Sicherheitsmittel durch vorgehende Generalhypotheken und durch zeitlich zwar nachfolgende, aber rechtlich dem Konventionalpfand vorgehende gesetzliche Pfandrechte und Privilegien und wohl auch durch vom Schuldner dolos verschwiegene vorausgehende vertragliche Realsicherheiten herabgedrückt wurde, musste neuerdings auf ein Mittel zur Sicherung des Kaufpreises für eine Liegenschaft Bedacht genommen werden. Da verfiel man auf den Vorbehalt des Eigentums. Derselbe scheint im 17. und 18. Jahrhundert in Gesetzgebung und Literatur sich gerade so eingehender Behandlung erfreut zu haben, wie heute sein Gegenstück auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechts¹⁸⁾, was den Schluss auf seine vielfache praktische Verwendung nahelegt. Manche Fragen, die heute über dessen Auslegung die Gerichte beschäftigen, und die mit dessen dem gewollten Inhalt wenig entsprechender Form zusammenhängen, waren schon damals kontrovers, und es fehlte auch nicht an Stimmen, die ihm, weil weit über den Sicherungszweck hinausgehend und dem Verkäufer eine Macht belassend, deren er nicht bedarf, die Existenzberechtigung absprachen, während auf der andern Seite die Wirkung des beim Verkäufer bleibenden Eigentums vielfach durch besonderen Vertrag und wohl auch durch Auslegung des aus dem Stillschweigen abgeleiteten präsumtiven Parteiwillens abgeschwächt wurde. In letzterem Sinne wurden namentlich öffentlichrechtliche Vorrechte des Eigentümers dem Käufer gewährt und sogar die Verpfändung gestattet. Eine Richtung wollte dem Eigentumsvorbehalt geradezu bloss Pfandrechtswirkung verleihen.

Die Reformen auf dem Gebiete des Hypothekarrechts (Einführung der Grundsätze der Priorität, der Spezialität und der Publizität) und des Konkursrechts (Abschaffung einer

¹⁸⁾ Vergl. die Darlegung bei Cohen, A., Die geschichtliche Entwicklung des Eigentumsvorbehaltes in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd 21, S. 689 ff. und besonders S. 695 ff.

grossen Zahl von Privilegien) lassen den Eigentumsvorbehalt bei der Veräusserung von Grundstücken im Laufe des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts allmählich mit dem Wegfall des Bedürfnisses verschwinden, ohne dass die Gesetzgebung in den meisten Fällen es für nötig gefunden hätte, dagegen aufzutreten. An die Stelle des *pactum reservati dominii* tritt das *pactum reservatae hypothecae* oder geradezu ein gesetzliches Pfandrecht zu gunsten des Verkäufers für den Kaufpreis.

Inwiefern uns diese Entwicklung der Dinge zur Lehre dienen könne, wird später zu untersuchen sein.

III.

Der eben geschilderte Prozess war bereits zum Abschluss gekommen, als der Eigentumsvorbehalt auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechts zu neuem Leben erwachte. Es geschah um die Mitte des abgelaufenen Jahrhunderts, als mit dem Wachsen der Bedeutung der Fahnis im Verhältnis zum liegenschaftlichen Vermögen der Mobiliarkredit im wirtschaftlichen Leben eine Rolle zu spielen begann, und zugleich die Mobiliarkredit dem Publizitätsbedürfnis zum Opfer fiel, und zu gunsten des ausgeklagten Schuldners vielfache Exekutionsbeschränkungen aufkamen.

Die Stellung des Schweizerischen Obligationenrechts zum Eigentumsvorbehalt ist nicht ganz klar, und doch kann man nicht sagen, dass eine ausdrückliche Regelung desselben mangels praktischer Bedeutung zur Zeit der Beratung des Gesetzes nicht von Interesse gewesen wäre. Das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch (sein Obligationenrecht datiert von 1855) behandelt ihn bereits, und aus den Paragraphen spricht eine bemerkenswerte Sicherheit in dessen rechtlicher Auffassung. Sie lauten:

„C. Vorbehalt des Rücktritts wegen Nichterfüllung.

§ 1452. Die Bestimmung, dass der Verkauf nicht gelten solle, wenn der Käufer nicht bis zu einem bestimmten Zahlungstermin den Kaufpreis bezahle, ist im Zweifel als Resolutivbedingung zu verstehen.

§ 1453. Tritt die Bedingung ein, so steht es bei dem Verkäufer, ob er davon Gebrauch machen und den Verkauf aufheben wolle oder nicht.

Nimmt er nachher noch eine Zahlung an, so ist aus diesem Verhalten zu schliessen, er habe keinen Gebrauch davon machen wollen und der Kaufvertrag sei stät geworden.

D. Vorbehalt des Eigentums an der verkauften Sache.

§ 1454. Wenn sich der Verkäufer das Eigentum an der verkauften Sache vorbehält, bis der Kaufpreis bezahlt sei, so wird dadurch auch bei Kreditkäufen der Eigentumsübergang bis zur Erfüllung dieser Bedingung gehemmt.

Bei dem Verkauf von Grundstücken kann die kanzleiische Fertigung erst nach dem Eintritte dieser Bedingung vorgenommen werden.

§ 1455. Der Vorbehalt des Rückfalls des Eigentums an der verkauften Sache an den Verkäufer, wenn nicht bis zu einem Termin der Preis bezahlt sei, kann nicht bewirken, dass mit dem Eintritt dieser Resolutivbedingung das abgetretene Eigentum ohne weiteres an den Verkäufer zurückkehrt, sondern nur, dass der Verkäufer verpflichtet ist, das Eigentum an den Verkäufer durch kanzleiische Fertigung bei Grundstücken, durch Uebergabe bei beweglichen Sachen zurückzugeben.“

Bei dieser Ausführlichkeit fällt das Schweigen des eidgenössischen Gesetzgebers auf. Da nun bei der Ermittlung der zukünftigen Gestaltung eines Rechtsinstitutes seine gegenwärtige Stellung einen massgebenden Faktor bildet, da aber anderseits bezüglich des Rechtsinstitutes des Eigentumsvorbehaltes nicht nur einzelne Rechtswirkungen und die juristische Konstruktion, sondern geradezu die gesetzliche Grundlage bestritten wird, so können wir uns der Mühe nicht entheben, die Kontroversen, die sich in dieser Beziehung gebildet haben, wenigstens kurz zu berühren.

Die sachenrechtlichen Bestimmungen der Art. 199 ff. des O. R. verdanken ihre Aufnahme in das Gesetz dem Verkehrs-

bedürfnis und dieselbe ist auch gerechtfertigt durch den ausdrücklichen Wortlaut des Art. 64 der Bundesverfassung. Immerhin bilden diese Vorschriften einen Fremdkörper im Rahmen des Rechtes der Forderungen. Es begreift sich daher die Unsicherheit, die von Anfang an herrschte über die Ausdehnung, die man ihnen verleihen wollte, namentlich zu einer Zeit, als die Wegleitung des Verfassungsartikels fehlte.

Der erste Entwurf, das Schweizerische Handelsrecht von 1864, enthielt (in Art. 234 bis 237) nur den Grundsatz, dass der gutgläubige Erwerb einer beweglichen Sache vor Vindikation schütze, sprach sich also — wie auch die Motive von Munzinger — nicht über die Requisite zum Eigentumserwerb, noch weniger über dabei mögliche *accidentalia* aus.

Der auf Grund der Beratungen von 1869 und 1872 zustande gekommene, 1875 publizierte Kommissionalentwurf hat dagegen eine einschlägige Bestimmung, indem er im Anschluss an das Französische Recht im Zweifel das Eigentum übergehen lässt ohne Uebergabe der Sache¹⁹⁾. Hieran änderte der Entwurf von 1876 nichts. Beide Entwürfe lassen dagegen die Mobiliarverpfändung nur als Faustpfand zu (Art. 211).

Der Entwurf von 1879 legt dagegen dem derivativen Eigentumserwerb das Requisit der Besitzübertragung zu grunde (Art. 217). Im Anschluss an die Bestimmung werden in Art. 219 nun das *constitutum possessorium* und der Eigentumsvorbehalt behandelt, beide im Sinne des Ausschlusses für den Fall der Benachteiligung der Gläubiger, wobei beim *pactum reservati dominii* die objektive Tatsache der Benachteiligung genügt, während das *constitutum possessorium* nur für den Fall der beabsichtigten Benachteiligung unwirksam ist²⁰⁾.

¹⁹⁾ Art. 202. Ein Rechtsgeschäft das auf die Uebertragung bestimmter beweglicher Sachen gerichtet ist, überträgt das Eigentum sofort, ohne dass die Uebergabe der Sache oder die Bezahlung des Preises erforderlich ist.

Vorbehalten bleiben die Fälle, wo nach der Absicht der Parteien das Eigentum erst in einem späteren Zeitpunkte übergehen soll.

²⁰⁾ Art. 219. Bleibt die veräusserte Sache im Gewahrsame des Veräusserers zurück, so geht das Eigentum nur insofern über, als nicht eine Benachteiligung der Gläubiger beabsichtigt wurde.

Die bundesrätliche Botschaft zu diesem Entwurf spricht vom Verbot des Eigentumsvorbehalts schlechthin und führt es zurück auf die im Mobiliarpfandrecht geltenden Prinzipien²¹⁾.

Eine eigentümliche Stellung nimmt angesichts des eben erwähnten Art. 219 und namentlich der Ausführungen der Botschaft Art. 281 des Bundesrätlichen Entwurfes²²⁾ ein. Während vorher für den Fall des Verzuges des Käufers mit der Preiszahlung beim Kreditkauf auf die allgemeinen Regeln abgestellt wurde, also eine dem jetzigen Art. 264 entsprechende Bestimmung fehlte, lässt Art. 281 des Bundesrätlichen Entwurfes den Rücktritt auch beim Kreditkauf ausdrücklich zu — ob mit oder ohne Androhung, ist nicht recht klar —, versagt aber der Rücktrittserklärung die Wirkung des Eigentumsüberganges. Eine doch wohl überflüssige Beschränkung, wenn man sich vergegenwärtigt, dass zur Eigentumsübertragung Besitzübergabe erforderlich ist, dass also auch nach dem Bundes-

Ist die veräusserte Sache in den Gewahrsam des Erwerbers übergegangen, so sind Verabredungen, durch welche der Veräusserer zum Nachteile der Gläubiger des Erwerbers sich das Eigentum vorbehält, unwirksam.

²¹⁾ „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* 2076, *code de com.* 92) und der Mehrzahl der kantonalen Rechte der Lehre vom Pfandrecht 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.

Mit den Prinzipien der Art. 227 und 235 steht die in Art. 219 Abs. 2 enthaltene Bestimmung insofern vollkommen im Einklang, als durch das sog. *pactum reservati dominii* 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“. (S. 58 f.)

²²⁾ „Ist der Kaufgegenstand vor geleisteter Zahlung in den Gewahrsam des Käufers übergegangen und erklärt der Verkäufer wegen Verzuges des Käufers den Rücktritt, so fällt das Eigentum nicht von Rechtswegen an den Verkäufer zurück; dieser hat aber eine Forderung auf Rückübertragung.“

rätlichen Entwürfe eine blosser Erklärung des Rücktritts eine Veränderung der Eigentumszuständigkeit nicht herbeiführen konnte. Das geltende O. R. hat zwar die Einschränkung des *constitutum possessorium* — und zwar in erhöhtem Masse: es bedarf eines besonderen Rechtsverhältnisses als Grund der Rückleistung des übertragenen Gegenstandes — beibehalten (Art. 202), dagegen die Unwirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes zum Nachteile der Gläubiger des Erwerbers gestrichen. Das Rücktrittsrecht beim Kreditkauf hat es an einen besonderen Vorbehalt geknüpft, ohne aber nun die Frage der dinglichen oder bloss persönlichen Wirkung zu berühren (Art. 264). Und doch hätte es jetzt eher einen Sinn gehabt, zu entscheiden, ob der im Vorbehalt des Rücktrittsrechts liegenden Resolutivbedingung dingliche Wirkung beigelegt werden könne, und was sie beim Schweigen der Parteien für Folgen nach sich ziehe. Aber die dem Art. 281 zu grunde liegende Verwechslung von Verkauf und Traditionsvertrag tritt nicht mehr auf.

Der Weg, den der Entwurf von der Bundesrätlichen Fassung bis zum Wortlaut des geltenden O. R. zurückgelegt, ist nicht genau zu verfolgen. Nur die Verwandlung von Art. 281 in den jetzigen Art. 264 ist durch die Kommission des Nationalrates motiviert in ihrem Bericht an den Rat. Es wird als ein Postulat der Verkehrssicherheit hingestellt, dass der Verkäufer, der den Preis kreditiert habe, mangels eines besonderen Vorbehaltes auf die Rechtsmittel der Schuldbetreibung angewiesen sei und nicht die Ware oder — für den Fall der Weiterveräusserung — deren Preis verlangen dürfe. Man wäre versucht, anzunehmen, die Kommission verwechsle das Rücktrittsrecht vom Kauf mit dem Eigentumsvorbehalt, denn dieser ist wohl geeignet, die Verkehrssicherheit zu gefährden, weil er das ganze mit dem Käufer verkehrende Publikum berühren kann, während jenes, als eine Angelegenheit zwischen Verkäufer und Käufer, bloss zwischen diesen einen Schwebezustand und damit eine Unbestimmtheit der Rechtszuständigkeit schafft, wie sie sich bei allen bedingten Rechtsgeschäften ergibt, aber Drittpersonen nichts angeht. Aber es ist nicht

der Fall, denn es wird ausdrücklich hinzugefügt, durch die Aenderung solle Art. 219, Absatz 2 (eben die Beschränkung des Eigentumsvorbehalts) nicht berührt werden. Man wollte also über die Beschränkung des Eigentumsvorbehalts hinaus für die Verkehrssicherheit ein Mehreres tun und hat auch im Verhältnis zwischen den zwei Vertragsparteien eine Klärung des Rechtsverhältnisses hergestellt. In der endgültigen Fassung des O. R. ist nun die Neuerung der Kommission stehen geblieben, dagegen die Beschränkung des Eigentumsvorbehalts gestrichen worden. Warum? Weil man entgegen der Ansicht der Kommission die Beschränkungen des Eigentumsvorbehalts nicht mehr wollte, oder weil man sie als selbstverständlich erachtete, oder — noch weiter gehend — weil man den Eigentumsvorbehalt im ganzen, abgesehen von dem Falle der Benachteiligung Dritter, als mit anderen Bestimmungen des O. R. unvereinbar und daher als unzulässig ansah?

Es wäre ein fruchtloses Unternehmen, aus dem Umstand der Aufnahme und der nachherigen Streichung des Verbotes des Eigentumsvorbehalts mangels an Anhaltspunkten auf die Willensmeinung der gesetzgebenden Instanzen zurückzuschliessen; wir können umso eher davon absehen, als deren Ansichten über den eigentlichen Gesetzesinhalt doch nicht ausschlaggebend in Betracht fallen. Wir haben also zur Untersuchung der Frage einfach auf das Gesetz, wie es fertig vorliegt, abzustellen. Welches sind nun die Gründe, die gegen die Geltung des Eigentumsvorbehalts ins Feld geführt werden?

Man beruft sich etwa darauf, dass Simulation vorliege, dass nämlich nur zum Schein ein Verkauf mit Eigentumsvorbehalt abgeschlossen worden sei, während man in Wirklichkeit ein Pfandrecht habe vorbehalten wollen, das nun aber wegen Nichteinhaltung der Form ungültig sei. Es wäre in der Tat nicht ausgeschlossen, dass dies vorkommen könnte, zumal die Wirkung des Pfandrechtes in den meisten Fällen den Vertragsabsichten genügend entgegen kommen würde. Aber für die Regel kann man der Abmachung der Parteien diesen Willen nicht unterlegen, da nichts im Wege steht, warum sie nicht

wirklich das Eigentum sich vorbehalten haben sollten, worauf ihre Willenserklärung ging, sondern bloss ein Pfandrecht zu statuieren beabsichtigt hätten. Wenn zwei Formen zur Verfügung stehen, von denen beide zur Herbeiführung eines Erfolges geeignet sind, wobei die eine aber verboten, die andere erlaubt ist, nötigt doch nichts, anzunehmen, sie haben die verbotene angewendet.

Ernster ist der Einwand, der Eigentumsvorbehalt bedeute ein in fraudem legis agere. Was der Gesetzgeber durch eine Vorschrift verbiete, könne nicht durch eine Kombination anderer, an sich zulässiger Rechtsformen erreicht werden. Es kann nun sicherlich nicht bestritten werden, dass Art. 210 des O. R., der als Voraussetzung zur Entstehung des Pfandrechtes die Uebergabe der Pfandsache verlangt, eine gebietende Rechtsnorm darstelle. Fraglich bleibt aber, ob durch diese Bestimmung jede Sicherung des Gläubigers durch dessen Verweisung auf bevorzugte Befriedigung aus Mobilien, oder bloss die durch das Mittel des Pfandes, beim Fehlen der Gewahrsamsübergabe ausgeschlossen werden wollte. Es müsste doch bewiesen werden, dass im vorliegenden Falle wirklich das Ziel, nicht bloss der Weg zum Ziele, verboten worden sei. Soweit wollte aber nicht einmal der Entwurf von 1879 gehen, auf den man sich beruft, denn er schliesst den Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel nicht allgemein aus, sondern nur, wenn eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger damit verbunden ist, was nicht unter allen Umständen der Fall sein muss. Jedenfalls aber könnte heute von einer Umgehung des Gesetzes nicht mehr gesprochen werden, denn diese setzt die Absicht der Umgehung voraus, während gegenwärtig die Ueberzeugung von der Gültigkeit des Eigentumsvorbehaltes eingebürgert ist.²³⁾

Eine andere Begründung der Unerlaubtheit des Eigentumsvorhalts versucht Stückelberg,²⁴⁾ indem er ausführt, die Be-

²³⁾ Auf letzteres Argument bezieht sich Gessner, a. a. O., S. 108 ff., im Anschluss an das Gutachten von Heck an den 21. Deutschen Juristentag (Verhandlungen, Bd 2, S. 144).

²⁴⁾ Der Eigentumsvorbehalt beim Verkauf nach schweizerischem Recht in der Zeitschr. für Schweiz. R., Bd 17, N. F., S. 355 ff.

griffsbestimmung des Kaufes, wonach die Verpflichtung des Verkäufers darin bestehe, dass er das Eigentum an der Kaufsache übertrage, sei, wie im Zweifel alle Bestimmungen des O. R., zwingendes Recht. Eine Gewahrsamsübertragung ohne Eigentumsübergang kraft des Verkaufes sei daher begrifflich ausgeschlossen. Wir begnügen uns, diese Begründung hier anzuführen, ohne den Versuch einer eingehenden Widerlegung: abgesehen von der doch sehr in der Luft liegenden Behauptung, dass der Artikel, der die Definition des Kaufes enthält, zwingendes Recht darstelle und daher ein Vertrag, der eines der Elemente der Definition ausschaltet, nicht nur als Kauf, sondern auch als anderer Vertragstypus ausgeschlossen sei, fragt man sich doch billig, warum denn dann nicht der ganze als Kauf abgeschlossene Vertrag, der den Gesetzesbestimmungen nicht entspreche, ungültig sei, was dann zur selbstverständlichen Folge den Nichtübergang des Eigentums trotz Besitzübertragung hätte? ²⁵⁾

Die Rechtsprechung der schweizerischen Gerichte war anfangs schwankend. Die Zulässigkeit des Eigentumsvorbehaltes wurde in einigen Urteilen auf Art. 264 des O. R. gestützt, und zwar nicht bloss durch Gerichte der französischen Schweiz, ²⁶⁾ wo die Gewohnheit der Anwendung des Französischen Rechtes, nach dem Kaufabschluss und Eigentumsübergang zeitlich zusammenfallen, und wo daher der Schluss, dass auch begrifflich beide sich decken, naheliegt, die Verwechslung erklärlich macht. Nein, auch in der deutschen Schweiz kommt diese Auffassung vor. ²⁷⁾ Aber auch der gegenteilige Standpunkt wird vertreten und mit der Umgehung der Faustpfandbestimmungen in fraudem

²⁵⁾ Auch Béguelin (a. a. O. S. 35) findet für den Eigentumsvorbehalt keinen Raum im O. R., oder vielmehr, er findet, seine Anwendung sei nur zugelassen, quia „in fraudem legis opere licitum est.“ Auch Martin (a. a. O., S. 25 ff.) setzt Zweifel in die Zulässigkeit.

²⁶⁾ Ein dahin gehendes Genfer Urteil ist abgedruckt in der *Semaine judiciaire* 1885, S. 22.

²⁷⁾ Vgl. den Entscheid des Zürcher Gerichts i. S. Rothermel gegen Schmid, der an das Bundesgericht gezogen wurde und dessen ersten Entscheid veranlasste (s. N. 29 hienach).

legis argumentiert.²⁸⁾ Das Bundesgericht erklärte sich von Anbeginn für die Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts. „Der Verkauf“, so heisst es in seiner ersten Entscheidung,²⁹⁾ „unter Vorbehalt des Eigentums bis zur Zahlung des Kaufpreises ist ohne Zweifel zulässig wohl aber folgt es aus dem Zusammenhang des Gesetzes, resp. daraus, dass einer solchen Parteivereinbarung keine verbietende Gesetzesnorm entgegensteht. Eine Sicherstellung des Verkäufers liegt bei einer solchen Beredung immer vor, allein keineswegs eine gesetzlich unzulässige.“ In einem spätern Urteile³⁰⁾ weist das Bundesgericht, in weiterer Ausführung des zuletzt genannten Argumentes, auf die Verschiedenheit des Eigentumsvorbehalts vom Pfandrecht hin, die darin bestehe, dass der Gläubiger bei der Pfandbestellung ohne Besitzübertragung Rechte an einem Vermögensstück des Schuldners erwerben wolle, beim Eigentumsvorbehalt dagegen sich lediglich durch seine eigene Sache sichere, die der andere erst, wenn er seinerseits geleistet habe, erwerben solle.³¹⁾

Das Bundesgericht hat seither an seiner Praxis festgehalten, und bei dem grossen Ansehen, das die Rechtsprechung unseres obersten Gerichtshofes geniesst, hat sich die Ueberzeugung von

²⁸⁾ Mit bemerkenswerter Eindringlichkeit in einem Urteil des Thurgauer Obergerichts vom 3. März, abgedruckt in der Revue der Gerichtspraxis, Bd 6, Nr. 83.

²⁹⁾ In der erwähnten Sache Rothermel gegen Schmid, A. S., Bd XIV, Nr. 19, E. 4.

³⁰⁾ A. S., Bd XX, Nr. 93, E. 7.

³¹⁾ Dieser Unterschied ist zweifellos wesentlich, sofern es sich um die Interessen von Drittgläubigern aus der Zeit vor Konstituierung des Eigentumsvorbehalts handelt. Dagegen können Dritte, die dem Käufer erst nachher im Hinblick auf die in seinem Besitz befindlichen Waren kreditieren, in ihrem Vertrauen gerade so getäuscht werden, wie durch ein Pfandrecht, dem ja regelmässig auch ein vom Schuldner empfangener Gegenwert entspricht. Zudem kann die Form des Eigentumsvorbehalts auch da angewendet werden, wo der eigentliche wirtschaftliche Zweck mit dem des reinen Darlehens mit Pfandsicherheit zusammenfällt: Der Geldbedürftige verkauft einen Gegenstand dem Gläubiger für den Betrag der Schuld, überträgt ihm das Eigentum vermittelst *constitutum possessorium* und kauft die Sache unter Eigentumsvorbehalt für den Geldgeber für die nämliche Summe zurück.

der Gültigkeit des Eigentumsvorbehaltes allgemein eingebürgert. Die Motivierung ist ja nicht gerade tiefgründig, wie Martin (S. 23 f.) mit Recht ausführt, aber der Beweis der Unzulässigkeit müsste eben von den Gegnern erbracht werden. Zur Eigentumsübertragung ist neben der Besitzübertragung die Vereinbarung des Eigentumsüberganges erforderlich: beim Eigentumsvorbehalt fehlt eben das letztere Requisit. Man kann doch nicht behaupten, dass jede Tradition Eigentumstradition sei.

IV.

Seiner juristischen Natur nach ist der Eigentumsvorbehalt eine Nebenbestimmung zum Uebereignungsvertrag, wonach trotz der Besitzübertragung der Uebergang des Eigentums nicht sofort stattfindet, sondern an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses gebunden ist. Die Nebenbestimmung kann eine Befristung oder eine Bedingung sein. Die Veranlassung zu derselben wird in dem persönlichen Verhältnis zwischen den Parteien liegen, das als causa dem abstrakten Uebereignungsgeschäft zu grunde liegt. Dieses persönliche Verhältnis — regelmässig ein Kaufgeschäft — wird jedoch dadurch nicht bedingt, wenn auch oft — namentlich beim Abzahlungsgeschäft — die Bedingtheit des Eigentumsüberganges mit der Bedingtheit des Kaufes kombiniert ist.

An sich könnte die Bedingung sowohl eine Resolutivbedingung (der Termin ein Endtermin) als eine Suspensivbedingung (ein Anfangstermin) sein, je nachdem nach der Intention der Parteien die Wirkungen des Eigentumsüberganges sofort eintreten oder suspendiert werden sollen. Wo der Eigentumsvorbehalt zur Sicherung verabredet worden ist, kann die Resolutivbedingung den Zweck so gut erreichen, wie die zu gunsten des Gesicherten weiter gehende Suspensivbedingung, insofern nur dem Eintritt jene Rückwirkung verliehen wird. Resolutivbedingung und Endtermin können in doppeltem Sinne vereinbart werden: Bei Eintritt des dies oder der Erfüllung der Bedingung ist der Veräusserer berechtigt, die Rückübertragung zu verlangen, oder es fällt in diesem Zeitpunkte

das Eigentum *ispo iure* zurück. Damit aber letztere Wirkung eintrete, bedarf es — weil regelmässig zur Uebertragung und damit auch zur Rückübertragung des Eigentums die Besitzübertragung notwendig ist — mit der Abmachung des Eigentumsrückfalles der Verabredung eines besonderen Rechtsverhältnisses, kraft dessen bei Eintritt des Endtermines oder der Resolutivbedingung der Besitz beim Erwerber verbleiben soll. Béguelin (a. a. O., S. 44 ff.) und Martin (a. a. O., S. 28) bestreiten mit Unrecht die Möglichkeit der dinglichen Wirkung der Resolutivbedingung, da die Besitzübertragung fehle, weil sie die Anwendbarkeit von Art. 202 des O. R. (das *constitutum possessorium*) ausser Acht lassen.³²⁾

Die Wirkung des Eigentumsvorbehaltes besteht darin, dass der Veräusserer alle Rechte des Eigentümers behält, die er nicht gemäss der dem Uebereignungsgeschäfte zu grunde liegenden *causa* an den Erwerber übertragen hat.

Danach kann er namentlich von jedem Dritten vorbehaltlich der Art. 205 ff. des O. R. die Herausgabe des Gegenstandes verlangen.

Eine Weiterübereignung oder Verpfändung des Gegenstandes seitens des Erwerbers qualifiziert sich als Unterschlagung. Dagegen kann der Inhaber der Sache über diejenigen Rechte daran verfügen, die ihm gemäss dem der Besitzübertragung zu grunde liegenden Rechtsverhältnisse zustehen. Einem Weiterverkauf durch den Erwerber würde z. B. nichts im Wege stehen, da dadurch die Berechtigung des Eigentümers nicht berührt wird.

Auch der Eigentümer der veräusserten Sache kann darüber nicht weiter verfügen, soweit die dem Erwerber eingeräumten Rechte dadurch verletzt würden.

Gemäss Art. 204 des O. R. bleiben Nutzen und Gefahr — wenigstens wenn die Uebereignung *suspensiv* bedingt war — im Zweifel beim Veräusserer. Anders wohl nach dem *revi-*

³²⁾ Für die Möglichkeit dinglicher Wirkung spricht sich auch Hafner aus (O. R., Art. 174, Note 3), ohne sich durch die aus der Vorschrift des Art. 199 abzuleitenden Bedenken beirren zu lassen.

dierten Entwurf (Art. 1216), der durch die Versetzung des jetzigen Art. 204 unter die Vorschriften über den Kauf trotz Nichtersetzung des Ausdruckes, „Veräusserung“ durch „Verkauf“^{32a)} wohl das kausale Geschäft als massgebend für den Uebergang von Nutzen und Gefahr hinstellen will. Da nun trotz der Bedingtheit der Eigentumstradition das unterliegende Geschäft nicht bedingt zu sein braucht und nicht bedingt ist, wenn dies nicht besonders abgemacht wird, so hemmt der Eigentumsvorbehalt den Uebergang von Nutzen und Gefahr nicht, was auch den Intentionen der Parteien im Hauptfall, nämlich beim Abzahlungsgeschäft, entsprechen dürfte.

Tritt der Umstand ein, der den Eigentumsübergang suspendiert hat, so geht das Eigentum ipso iure über gemäss dem früher zum Ausdruck gekommenen bedingten animus, es bedarf keiner neuen Willensäusserung.

Dritter Abschnitt.

Die Funktion des Eigentumsvorbehalts beim Abzahlungsgeschäft.

Betrachten wir nach diesen grundlegenden Vorbemerkungen, wie der Eigentumsvorbehalt beim Abzahlungsgeschäft in die Erscheinung trete, und wie er darauf einwirke, bevor wir uns darüber aussprechen können, welche Stellung ihm in der künftigen Gesetzgebung gebühre.

I.

Als Klausel beim Abzahlungsgeschäft ist der Eigentumsvorbehalt die Vereinbarung, wonach bis zur Bezahlung des Kaufpreises der Verkäufer Eigentümer des Kaufgegenstandes bleiben solle. Das eine Requisit des Eigentumsüberganges, die Besitzübertragung, ist sofort gegeben, das andere, die Einigung darüber, ist ebenfalls vorhanden, aber in der Wirkung

^{32a)} Es bedeutet wohl „Veräusserung“ hier jedes obligationenrechtliche Rechtsgeschäft mit der Verpflichtung für den Veräusserer, das Eigentum zu übertragen, nicht aber das Uebereignungsgeschäft selbst. Vergl. Note 17a) 2. Abschn., I.

von einem unbestimmten Umstande, der Bezahlung des Kaufpreises, abhängig.

Es handelt sich also um eine suspensiv bedingte Eigentumsübertragung. Nicht gebräuchlich ist die Abmachung, wonach, wenn der Käufer seinen Verpflichtungen nicht nachkomme, das Eigentum am Kaufgegenstande an den Verkäufer zurückfalle. Eine solche Abmachung hätte nur persönliche Wirkung, da hier, weil die Rückgabepflicht das Bestehen eines besonderen Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Besitz beim Käufer verbleiben würde, ausschliesst, ein *constitutum possessorium* nicht in Frage kommen kann.

Der Eigentumsvorbehalt kommt gewöhnlich nicht allein vor, sondern ist mit anderen Vereinbarungen, die seine Wirkungen potenzieren, verbunden.

1. Nach dem Eigentumsvorbehalt an sich hat der Käufer alle diejenigen Rechte, die ihm der Kauf verleiht, abgesehen vom Eigentum. Es sind also ungefähr die Befugnisse des Mieters oder des Pächters. Weil der Eigentumsvorbehalt mit dem Abzahlungsgeschäft verbunden, also zur Sicherung einer Leistung des Käufers festgesetzt ist, so fällt er mit Prästierung dieser Leistung dahin: mit der Erfüllung wird der Eigentumsübergang definitiv³³⁾. Der Käufer, oder wer an seine Stelle tritt (z. B. die Konkursmasse), kann also jederzeit durch Bezahlung des Kaufpreises den Eigentumsvorbehalt beseitigen. Es wird daher der Verkäufer vermöge des Eigentumsvorbehalts nicht mehr erhalten, als den Kaufpreis mit dem gesetzlichen Zuwachs (infolge Verzuges des Käufers etc.³⁴⁾.

Der Verkäufer hat alle Rechte des Eigentümers, nur ist er in der Ausübung derselben durch die dem Käufer einge-

³³⁾ Stükelberg a. a. S. 358, N. 3 leitet daraus, dass von Rechtswegen nach Entrichtung des Preises das Eigentum übergehe, einen Einwand gegen die Gültigkeit des Eigentumsvorbehalts ab, da im Art. 199 des O. R. der Uebergang kraft einseitiger Handlung des Erwerbers (also einer Art Subrogation in das dingliche Recht) nicht aufgeführt werde. Es handelt sich aber um die Wirkung der im früheren Zeitpunkt zu stande gekommenen bedingten Vereinbarung in Verbindung mit der Besitzübertragung.

³⁴⁾ Nur liegt die Gefahr der Kollusion zwischen Verkäufer und Käufer nahe, s. II, 2, b hienach.

räumten persönlichen Rechte gehemmt. Daraus folgt, dass er das Eigentum jedem Dritten gegenüber vindizieren kann, soweit dieser nicht vom Besitzer in gutem Glauben ein dingliches Recht erworben hat (Art. 205 des O. R.).

Stückelberg³⁵⁾ findet, der Fall der Vindikation vom bösgläubigen Dritten werde alle hundert Jahre einmal vorkommen, und da der Eigentumsvorbehalt weder dem Käufer, noch dem gutgläubigen Dritten gegenüber seine Wirksamkeit zu entfalten vermöge, entbehre er jedes praktischen Wertes.

Was das Urteil bezüglich des Verhältnisses zu bösgläubigen Dritten betrifft, so dürfte es auf einer Unterschätzung beruhen. Wenigstens in einem praktisch häufigen Falle kommt der Eigentumsvorbehalt dem Verkäufer gegenüber dem bösgläubigen Dritten zu, stattdessen, bei der Wohnungsmiete³⁶⁾.

Zuzugeben ist dagegen, dass der Eigentumsvorbehalt gegen den Schuldner selbst eine recht prekäre Sicherheit gewährt. Sehen wir zu, wie die Ausübung sich vollzieht.

Der Verkäufer ist auf den Weg der Betreibung angewiesen. Der Rückstand des Käufers mit der Bezahlung einer Rate würde dem Verkäufer, der noch im Besitz der Kaufsache wäre, wohl das Rückbehaltungsrecht (*exceptio non adimpleti contractus*) gewähren³⁷⁾, jedoch genügt der Verzug nicht, um ohne weiteres die Rückgabe zu rechtfertigen.

Die Betreibung hat zu erfolgen auf Pfändung oder auf Konkurs, je nachdem der Schuldner gemäss Art. 39 des Betreibungs- und Konkursgesetzes im Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Die Pfandverwertungsbetreibung ist ausgeschlossen, denn der Eigentumsvorbehalt ist keine Pfandversicherung, und angesichts Art. 37, Absatz 2 des B. u. K. G., der ausdrücklich erwähnt, was unter Faustpfand zu verstehen sei und wohl die Viehverschreibung, nicht aber den Eigentums-

³⁵⁾ a. a. O., S. 361.

³⁶⁾ S. 4. Abschn., II, 1.

³⁷⁾ Ist also der Kaufgegenstand infolge irgend eines Rechtsverhältnisses in den Besitz des Verkäufers zurückgelangt, so braucht er ihn nicht herauszugeben, wenn der Käufer mit einer Rate sich im Verzug befindet.

vorbehalt aufführt, darf Art. 41 kaum ausdehnend interpretiert werden³⁸⁾.

Kommt es bei der Pfändungsbetreibung zur Pfändung, so wird der Schuldner die Sache, an der der Eigentumsvorbehalt besteht, als nicht ihm gehörig bezeichnen. Sie wird dann gemäss Art. 106 in die Pfändung nicht einbezogen, und zwar, ob die Pfändung auf das Verlangen von Drittpersonen oder auf Verlangen des Eigentümers selbst vorgenommen wurde³⁹⁾.

Ist der Schuldner der Konkursbetreibung unterworfen, so fällt der Gegenstand, an dem der Eigentumsvorbehalt besteht, als nicht dem Schuldner gehörig, nicht in die Masse. Der Konkurs ändert die vorher bestehenden Verhältnisse am Gegenstande nicht: nach wie vor hat der Verkäufer daran das Eigentum und der Käufer Besitz und Genuss.

Die Folge des Eigentumsvorbehaltes ist also die, dass der Schuldner im Kaufgegenstand ein Kompetenzstück besitzt, das den Art. 92 ff. und 224 des B. und K. G. nicht zu entsprechen braucht. Diese für den Verkäufer wenig befriedigende Situation folgt daraus, dass der Kauf trotz Eigentumsvorbehalt nicht bedingt ist, der Verkäufer also die Kaufsache jederzeit zur Verfügung des Käufers halten muss. Der Kauf wird weder durch die Pfändung noch durch den Konkurs aufgehoben, wie es bei ähnlichen Verhältnissen infolge besonderer Gesetzesbestimmung geschieht; er kann auch, weil Art. 264 die Anwendung des Art. 122 des O. R. ausschliesst⁴⁰⁾, trotz des Verzuges des Käufers nicht durch eine Handlung des Verkäufers aufgehoben werden⁴¹⁾.

³⁸⁾ So auch die Redaktion des Archivs für Schuldbetreibung und Konkurs, Bd 1, No. 44.

³⁹⁾ Uebereinstimmend die Redaktion des Archivs a. a. O., doch will sie den Eigentümer auf dem Weg der „Sachvindikation“ ausserhalb der Betreibung verweisen. Dieser Sachvindikation würde aber der Käufer die *exceptio rei emtæ* entgegensetzen.

⁴⁰⁾ Das wird übersehen von der Redaktion des Archivs für Schuldbetreibung und Konkurs, Bd 2, No. 94.

⁴¹⁾ Es ist nicht wahrscheinlich, dass die Praxis der Betreibungs- und Konkursämter unsere Auffassung über die Wirkung des Eigentumsvorbehalts

2. Gerade weil der Eigentumsvorbehalt für sich allein der Sicherungsfunktion, der er doch zu dienen bestimmt ist, so wenig nachkommt, tritt er im Abzahlungsgeschäft regelmässig mit einer anderen Klausel kombiniert auf, nämlich mit dem Vorbehalt des Rücktritts für den Verkäufer beim Verzug des Käufers in Bezahlung einer Rate⁴²⁾. Durch diese Verbindung wird nicht bloss der Eigentumsübergang, sondern zugleich der Kauf (und zwar resolutiv) bedingt. Das Rücktrittsrecht gibt dem Eigentumsvorbehalt die praktische Handhabe, dieser dagegen jenem die für den Erfolg wünschbare dingliche Sicherheit.

Viele Formulare sprechen rechtsirrtümlich von einem Eigentumsvorbehalt im Sinne von Art. 264 des O. R. Das kann einen dreifachen Sinn haben. Entweder wollten die Parteien die Wirkung des Art. 264 und sprachen vom Eigentumsvorbehalt, während sie das Recht des Rücktritts vom Vertrag im Auge hatten. Oder dann wollten sie den Eigentumsvorbehalt, irrten sich aber darin, dass sie meinten, Art. 264 spreche von diesem statt vom Rücktrittsrecht vom Kaufe. Endlich kann die Klausel nach der Willensmeinung der Parteien auch den Sinn haben, dass sowohl das Eigentum als der Rücktritt vom Kaufe vorbehalten sein sollten. Man wird bei Beurteilung des Einzelfalles auf die Vertragsintentionen der Parteien abzustellen haben, denn „bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien und nicht die unrichtige

teile, sonst würde die Klausel nicht immer wieder in; den Vertrag aufgenommen. Wenn sie aber dem Eigentumsvorbehalt weitergehende Kraft verleiht, so fehlt dazu die gesetzliche Grundlage. Wenn Pfändung und Konkurs auf einzelne Rechtsverhältnisse im Sinne der Aufhebung einwirken, so geschieht es kraft positiven Rechtssatzes, während ein solcher in unserm Verhältnis fehlt.

⁴²⁾ Gemäss § 455 des Deutschen B. G. B. wird im Zweifel angenommen, mit dem Eigentumsvorbehalt sei auch das Rücktrittsrecht vorbehalten worden, und § 5 des Reichsgesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 bestimmt: „Hat der Verkäufer auf Grund des ihm vorbehaltenen Eigentums die verkaufte Sache wieder an sich genommen, so gilt dies als Ausübung des Rücktrittsrechts.“

Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, welche dieselben, sei es aus Irrtum, sei es in der Absicht gebraucht haben, um die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen“ (Art. 16 des O. R.).

An sich sind gewiss beide Arten der Abrede unschwer auseinanderzuhalten: Der Kauf wirkt rein persönlich und schafft Rechte und Pflichten unter den Kontrahenten, aber nur unter diesen, der Rücktritt alteriert also auch nur diese Rechte und Pflichten; der Traditionsvertrag betrifft nur das Verhältnis zur Sache und schafft weiter keine Verpflichtungen, wirkt aber jedermann gegenüber, der mit der Sache in Rechtsbeziehungen tritt, der Eigentumsvorbehalt hat also nur die Eigentumszugehörigkeit dieser Sache im Auge, diese aber gegen jedermann. Da aber eine Verpflichtung des Verkäufers in der Uebertragung einer Sache zu Eigentum (Art. 229: „zu vollem Rechte und Genusse“) besteht, so wird die Eigentumsverschaffungspflicht oft mit dem Eigentumsübergang, also die Verbindlichkeit mit deren Erfüllung, die Ursache mit der Wirkung verwechselt, welchem Irrtum die Bekanntschaft mit dem Französischen Recht insofern Vorschub leistet, als dort wirklich mit dem Kauf das Eigentum übergeht.

Kommt nun in einem Falle, in dem der Verkäufer sich den Rücktritt vorbehalten hat, der Käufer in Verzug, so ist der Verkäufer berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten und — in analoger Anwendung von Art. 124 des O. R. vom gesetzlichen auf das vertragliche Rücktrittsrecht — den Kaufgegenstand zurückzufordern. Wäre der Eigentumsvorbehalt mit dem Rücktrittsrecht nicht kombiniert, so stünde dem Verkäufer eine persönliche Klage zu, die nicht gegen Dritte wirken würde, die den Gegenstand selbst in Kenntnis des Rücktrittsrechtes des Verkäufers erworben hätten. Weil aber mit dem Rücktrittsrecht zugleich der Eigentumsvorbehalt verbunden ist, so steht dem Verkäufer als Eigentümer nicht bloss eine persönliche Rückforderungsklage, sondern die *rei vindicatio* zu. Der Rücktrittsvorbehalt schützt also den Verkäufer gegen den Schuldner selbst, der Eigentumsvorbehalt gegen (nicht gutgläubige) Dritte. Daher die Verbindung beider.

In einem Hauptfalle, im Konkurs des Schuldners, helfen aber dem Verkäufer auch beide Vorbehalte in ihrer Verbindung nichts. Gemäss Art. 212 des B. u. K. G. kann nämlich ein Verkäufer, welcher dem Käufer die verkaufte Sache vor der Konkurseröffnung übertragen hat, nach der Konkurseröffnung nicht mehr von dem Vertrage zurücktreten und die Sache zurückfordern, auch wenn er sich dies ausdrücklich vorbehalten hat.

Wenn also der im Verzug befindliche Schuldner der Erklärung des Rücktrittsrechts seitens des Verkäufers durch Erklärung seiner Zahlungsunfähigkeit und damit der Herbeiführung seines Konkurses zuvorkommt, so ist der Rücktritt und damit das Rückforderungsrecht aus dem Titel der Aufhebung des Kaufes ausgeschlossen und mit dem Eigentumsrecht kann allein, wie wir unter 1. gesehen, nichts ausgerichtet werden.

II.

Fragen wir uns nun, wie der Eigentumsvorbehalt das Abzahlungsgeschäft beeinflusse, so müssen wir davon ausgehen, dass er nach der Intention der Parteien beim Vertragsabschluss die Stellung des Verkäufers sichern soll. Daneben hat er aber auch Wirkungen, die durch den Sicherungszweck nicht gefordert werden.

1. Die Sicherungsfunktion wird in verschiedenem Grade erfüllt, je nachdem den Eigentumsvorbehalt andere Abmachungen unterstützen oder nicht. Die Sicherung selbst wirkt nicht jedermann gegenüber in gleicher Richtung.

a) Der Eigentumsvorbehalt liegt durch seine Sicherungsfunktion im Interesse beider Vertragsparteien.

Für den Verkäufer ist er nicht nur für den einzelnen Fall infolge dieser einzig zulässigen Realsicherheit und des darin liegenden psychischen Erfüllungszwanges von Nutzen, sondern auch dadurch, dass er den Kreis der Kunden vermehrt. Fast jeder Kauf, der mit Eigentumsvorbehalt abgeschlossen wird, ist ein Nettozuwachs zu den übrigen Transaktionen, denn regelmässig lassen sich nur diejenigen, die sonst das Geschäft nicht abschliessen könnten, den Eigentumsvorbehalt gefallen.

Er ist aber auch eine Wohltat für den Käufer, denn oft würde der Verkäufer nach Beseitigung dieser Sicherheit sich zum Abschluss des Geschäftes nicht herbeilassen, jedenfalls aber stellt sich beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt der Preis niedriger, als bei einem Kreditkauf ohne denselben, weil dabei für den Verkäufer die Gefahr der Nichterfüllung durch den Gegenkontrahenten sich verringert, also auch die auf den Kaufpreis zu schlagende Risikoprämie sich niedriger bemessen wird.

Weil der Eigentumsvorbehalt im Interesse beider Vertragsparteien liegt, so ist er, indem die Parteien bei ihren Geschäften ihre Interessen zu verwirklichen suchen, dazu angetan, die Zahl der damit versehenen Geschäfte, also regelmässig der Abzahlungsgeschäfte, zu vermehren. Dessen Beseitigung würde aber nicht bloss den Abzahlungsverkehr einschränken, sondern gerade die solidesten Elemente unter den Abzahlungshändlern von diesem Geschäftszweige entfernen, d. h. diejenigen, die es verschmähen würden, den Mangel an Sicherheit durch Erhöhung der Preise und namentlich durch gesteigerte Minderwertigkeit der Ware auszugleichen.⁴³⁾

b) Nun wirkt aber der Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel im Gegensatz zu den übrigen Bedingungen im Abzahlungsgeschäft nicht nur im Verhältnis unter den Parteien, sondern auch — und hauptsächlich — Dritten, den übrigen Gläubigern des Käufers, gegenüber. Und vom Standpunkt dieser ist seine Anfechtung erfolgt.

Jede Spezialsicherung zu gunsten eines Gläubigers aus dem Vermögen des Schuldners entzieht regelmässig den übrigen Gläubigern ein Exekutionsobjekt. Beim Eigentumsvorbehalt trifft dies weniger zu als bei anderen Sicherungen, denn der Eigentümer wird nur durch dasjenige Vermögensstück sichergestellt, das ohne diese Sicherung gar nicht in das Vermögen des Schuldners gelangt wäre. Insofern könnten sich die Dritt-

⁴³⁾ Das österreichische Abzahlungsgeschäft, bei dem bis vor kurzer Zeit der Eigentumsvorbehalt nicht üblich, sondern durch die sog. Fälligkeitsklausel ersetzt war, gab zu Klagen mehr und berechtigteren Anlass als das deutsche, gerade wegen des niederen Niveaus der daran als Händler Beteiligten. Vgl. Hausmann, Abz.-Geschäft, S. 87 ff.

gläubiger des Schuldners dem Eigentumsvorbehalt gegenüber indifferent verhalten.

Die feindselige Haltung erfolgt aber nicht aus dem Gesichtspunkt der Schwächung der wirtschaftlichen Potenz des Schuldners, sondern aus der Erwägung, dass das Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum an beweglichen Sachen geeignet ist, die Kreditbasis zu verdunkeln. Dies wirkt schädigend nach zweierlei Richtung:

Durch einen solchen Zustand wird der Kredit eines ganzen Rechtsgebietes herabgesetzt, indem der Kreditierende auch da, wo der Besitz auf der Grundlage des Eigentums beruht, aus dem Gefühl der Unsicherheit heraus misstrauischer sein wird. Jedermann, der in den Fall kommt, auf Grund seines sichtbaren Vermögensbesitzes fremden, nicht durch Einsetzung einer speziellen Sache gedeckten, Kredit zu beanspruchen, leidet also mehr oder weniger unter der Unklarheit der Eigentumsverhältnisse.

Sodann werden aber speziell diejenigen Personen, die ihrem Schuldner im Glauben, die in seinem Gewahrsam befindlichen Vermögensobjekte seien sein Eigentum und können zur Erfüllung entstehender Verpflichtungen verwendet werden, kreditiert haben, in ihrem Vertrauen getäuscht.

Nun hat allerdings der Eigentumsvorbehalt diese nachteiligen Wirkungen mit mehreren anderen Rechtsverhältnissen gemeinsam: der mit dem Eigentumsvorbehalt übergebene Gegenstand gleicht insofern dem, der zu irgend einem andern persönlichen oder beschränkten dinglichen Rechte in den Gewahrsam des Nichteigentümers gelangte. Aus zwei Gründen wird aber wohl das Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum in Gestalt des Abzahlungsgeschäftes mit Eigentumsvorbehalt als anfechtbarer erachtet, als bei Nutzniessung, Sachmiete, Hinterlegung u. s. w. Auf einer Seite ermöglicht es die verhältnismässige Neuheit des Rechtsinstitutes, dass ihm ein Widerstand mit weniger Kraftentfaltung erfolgreicher entgegengestellt werden kann, als sie zur Unterdrückung eingebürgerter Rechtsgeschäftstypen nötig wäre. Auf der anderen Seite hat der Eigentumsvorbehalt das mit dem Pfandrecht

gemeinsam, dass ihm ein definitives Recht mit wirtschaftlichem Selbstzweck neben der Sicherung nicht zu grunde liegt: wie nun das Fahrnispfand ohne Besitzübergabe dem Publizitätsbedürfnis unterlegen ist, so soll auch der zweckverwandte Eigentumsvorbehalt geopfert werden.

2. Der Eigentumsvorbehalt gewährt dem Verkäufer ferner Rechte, die zu seiner Sicherung nicht erfordert wären und über ein Pfandrecht hinausgehen.

a) Da der Verkäufer Eigentümer der verkauften Sache bleibt, so ist seitens des Käufers jede Handlung ausgeschlossen, die einen Eingriff in das Eigentum bedeuten würde, während dem Pfandschuldner unbenommen wäre, diejenigen Verfügungen zu treffen, die das Pfandrecht des Verkäufers nicht affizieren würden. Es dürfte namentlich der Käufer neben der Weiterübergabe unter Vorbehalt des Pfandrechts am Kaufgegenstand ein nachgehendes Pfandrecht bestellen. Dafür kann sich ein durchaus legitimes Bedürfnis herausstellen, namentlich, wenn die gekaufte Sache zum grössten Teile abbezahlt ist. Oft sind sich die Abzahlungskäufer ihrer Rechtsstellung nicht bewusst, oder, wenn sie darüber nicht im Zweifel sind, da die Formulare das Verbot der Veräusserung oder Verpfändung vielfach ausdrücklich hervorheben, so sind sie doch der Versuchung ausgesetzt, nachdem fast keine Schulden mehr auf dem Kaufgegenstande lasten, die Rechte des Verkäufers nur noch als eine Formalität zu betrachten und sich — durch Bestellung dinglicher Rechte — als Eigentümer zu gerieren. Da tritt für den Unbedachten das Unvorhergesehene ein: er kann eine Rate nicht mehr bezahlen, und er steht vor Strafgericht.

b) Als Eigentum des Verkäufers ist die Kaufsache auch über den dem Verkäufer geschuldeten Betrag hinaus dem Zugriff der Drittgläubiger entzogen. Die *hyperocha* kommt also dem Schuldner zu gut. Es lässt sich nicht bestreiten, dass unter Umständen diese Wirkung sozialpolitisch zu begrüßen ist. Es wird dadurch dem Schuldner bei der Pfändung und im Konkursfalle ein Vermögensstück belassen, das er vielleicht nur schwer entbehren könnte, und nach dem vermögensrechtlichen Zusammenbruch wird ihm der Beginn einer neuen

ökonomischen Existenz erleichtert, die es unter günstigen Verhältnissen ihm selbst ermöglichen kann, seine zu Verlust gekommenen Gläubiger zu befriedigen.

Auf der andern Seite wird gerade diese Seite des Eigentumsvorbehaltes als besonders ungerecht empfunden. Die Drittgläubiger, die auf ihre Anforderungen mangels pfändbaren Vermögens verzichten müssen, finden, das Gesetz sei in der Gewährung von Kompetenzstücken weit genug gegangen, und es liege kein Bedürfnis vor, neue zu schaffen, die diese Qualität statt der Gesetzesbestimmung der Privatdisposition verdanken. Namentlich wird darauf hingewiesen, infolge Kollusion zwischen dem Abzahlungshändler und dem Kunden werde oft absichtlich der Eigentumsübergang durch Ausstehenlassen der letzten Abschlagszahlung hinausgeschoben, um die Drittgläubiger um ihr Recht zu bringen.⁴⁴⁾

Während aber die mit dem Eigentumsvorbehalt belasteten Kaufsachen, auch wenn sie nicht Kompetenzstücke sind, dem Käufer von Drittgläubigern nicht entzogen werden können, sind sie vor dem Zugriff des Verkäufers selbst dann nicht geschützt, wenn es sich um Kompetenzstücke handelt. Hausmann⁴⁵⁾ schreibt es dem Umstande der Beseitigung der früher bestehenden unbeschränkten Pfändbarkeit zu, dass die österreichischen Abzahlungsgeschäfte den früher nicht üblichen Eigentumsvorbehalt neuerdings in ihre Formulare aufgenommen haben.

⁴⁴⁾ Von einer grossen deutschen Nähmaschinenhandlung, die auch in der Schweiz sehr viele Abschlüsse macht, verlautet, dass sie regelmässig die letzten fünf Franken vom Kaufpreise stehen lasse, um die Maschine den Drittgläubigern zu entziehen. Wir haben oben (I, 1) gesehen, dass im Betreibungsverfahren die Drittgläubiger den Kaufanspruch, also den Kaufgegenstand, unter Tilgung der Preisrestanz, in die Masse ziehen, resp. der Pfändung unterwerfen können, aber wenn Verkäufer und Käufer einig sind in ihrem Vorhaben, die Drittgläubiger vom Zugriff auf den Gegenstand auszuschliessen, so werden sie leicht einen Weg finden, auf dem ihnen nichts anzuhaben ist.

Hausmann meinte in seinem Votum am 21. Deutschen Juristentag (Verhdl., Bd 2, S. 82), fast die Hälfte aller Abzahlungsgeschäfte werde veranlasst durch die Absicht des Käufers, die Kaufsache den Gläubigern zu entziehen.

⁴⁵⁾ Abzahlungsgeschäft S. 87 ff.

c) Als Eigentümer ist der Verkäufer an den gesetzlichen Exekutionsmodus nicht gebunden. Der Eigentumsvorbehalt, mit dem Rücktrittsrecht verbunden, von dem er ja selten getrennt ist, hat für ihn von Rechtes wegen gerade dasjenige Resultat, das beim Mobiliarpfand durch das Verbot des Verfallvertrages ausgeschlossen wurde (Art. 222 des O. R.). Es kann nun etwa zu gunsten dieser Regelung angeführt werden, der Verkäufer sei am besten in der Lage, seine Ware zu schätzen, und es werde durch die Rücknahme einer sonst wohl vorkommenden Verschleuderung vorgebeugt. Auf der anderen Seite scheinen diese zurückgenommenen Gegenstände aber auch für den Abzahlungshändler nur geringen Nutzen zu bieten. Da sie regelmässig schon ziemlich abgenützt sind und die Abzahlungsgeschäfte neben ihrem Betrieb mit dem Trödelgewerbe sich nicht abgeben, so suchen sie die Rücknahme, wenn immer möglich, zu umgehen und gewähren Fristen über die vereinbarten Termine hinaus, um in den Besitz des Kaufpreises statt der veräusserten Gegenstände zu kommen.⁴⁶⁾

Dem Käufer gegenüber wirkt die Rücknahme an Stelle der Pfandverwertung verschieden. Für den gewissenhaften Erwerber, der sich Mühe gegeben hat, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen, der also einen Teil der Raten getilgt hat, ist diese Rücknahme besonders schädlich. Da regelmässig die Verwirkungsklausel mit dem Rücktritt und dem Eigentumsvorbehalt verbunden ist, wird er den Kaufgegenstand und den Preis verlieren, während Versteigerungserlös und geleistete Abzahlungen zusammen den Kaufpreis überschritten hätten und ihm der Ueberschuss zugekommen wäre. Der liederliche Käufer dagegen, der sich mit der Abzahlung keine Mühe gegeben, der daher von Anfang an sich bereits im Rückstand befunden hat, würde sich bei der Versteigerung auf seine Rechnung nicht besser stellen, vielleicht noch schlechter, da er für den ungedeckten Kaufpreis Schuldner bleiben würde, was bei der Rücknahme mangels besonderer Abmachung nicht der

⁴⁶⁾ J a s t r o w in Verhdl. des 22. Deutschen Juristentages (Bd 1, S. 272) macht darüber gestützt auf eine Statistik sprechende Angaben.

Fall ist. Auch hier nimmt das Abzahlungsgeschäft in Sachen, die durch die Benützung während der Stundung des Kaufpreises eine Wertverminderung nicht erleiden, also namentlich der Viehhandel, eine besondere Stellung ein; hier leidet unter allen Umständen der Käufer unter der Rücknahme der Ware, wie sie der Eigentumsvorbehalt an Stelle des Pfandrechts gewährt.

d) Oft wird die Stellung des Verkäufers durch die Formulare noch mehr begünstigt. Es wird neben dem Eigentumsvorbehalt nicht bloss das Rücktrittsrecht abgemacht, sondern der Käufer zugleich als berechtigt erklärt, bei nicht pünktlicher Zahlung der Preistraten den Kaufgegenstand ohne weiteres an sich zu ziehen und auch schon vorher jederzeit sich vom Vorhandensein der Kaufsache zu überzeugen, ohne dass, wenn diese Handlungen im Moment der Vornahme wider den Willen des Käufers geschehen, darin Hausfriedensbruch oder verbotene Selbsthilfe liege.

Solche Abmachungen bedeuten aber nur eine moralische Hilfe für den Verkäufer-Eigentümer, d. h. sie sind geeignet, den Käufer einzuschüchtern, wenn er deren Rechtsfolgen nicht kennt. Stellt sich dieser zur Wehr, so ist die Vertragsklausel nicht geeignet, dem Vorgehen des Verkäufers den Deliktscharakter zu nehmen, falls er, abgesehen von der Klausel, nach kantonalem Rechte darin liegt, oder ihn vor der Schadenersatzklage zu schützen.⁴⁷⁾

3. Wägen wir nun Vor- und Nachteile des Eigentumsvorbehalts beim Abzahlungsgeschäfte ab, so kommen wir zum Schluss, dass er, insofern er dem Verkäufer pfandrechtliche Sicherheit gewährt, durchaus im Interesse der Kontrahenten liegt und nur vom Standpunkt der Drittgläubiger aus angefochten wird. Insofern er dagegen dieses Mass überschreitet

⁴⁷⁾ Im Kanton Solothurn besteht eine Verordnung vom 13. November 1891, nach der die Oberämter angewiesen werden, polizeiliche Verfügungen zum Zwecke der Wegnahme von im Abzahlungsgeschäft erworbenen Gegenständen nicht zu erlassen, sondern die Abwicklung solcher Verhältnisse dem Richter anheimzustellen.

und die Wirkungen des Eigentums, d. h. eines prinzipal-dinglichen Rechts, statt der des Pfandrechts, also eines bloss akzessorischen Rechts einräumt, ist er regelmässig (abgesehen von der Unmöglichkeit des Entzuges der Kaufsache durch Drittgläubiger) dem Schuldner schädlich, weil er Rechte, die ihm zustehen würden, dem Verkäufer belässt. Die Interessen der Drittgläubiger schädigt der Eigentumsvorbehalt infolge seiner spezifischen Eigentumswirkungen in höherem Masse, als es das blosse Pfandrecht tun würde.

Es fragt sich nun: Sind die Interessen des Kontrahenten am Bestehenbleiben des Abzahlungsgeschäftes auf dem derzeitigen Niveau grösser und verdienen sie den Schutz der Rechtsordnung in höherem Grade, oder soll das Interesse der dritten Personen an einem klaren Stande der Rechtsverhältnisse ausschlaggebend sein?

Eine solche Abwägung von Interessen ist recht schwierig, weil die ins Gewicht fallenden Faktoren schwer vergleichbar sind. Statt dass man sich zur Preisgabe einer Gruppe von Interessenten entschliesst, empfiehlt es sich, zu versuchen, ob nicht auf dem Wege des gegenseitigen Nachgebens ein Ausgleich erreicht werden könne.

Ein solcher Ausgleich kann auf zweierlei Art in Frage kommen:

Lässt sich der Eigentumsvorbehalt durch ein Institut ersetzen, das beim Abzahlungsgeschäft seine Funktionen übernehmen kann?

Lässt sich der Eigentumsvorbehalt beim Abzahlungsgeschäft so gestalten, dass er der Anfechtung weniger Spielraum bietet?

Das bleibt uns noch im letzten Abschnitt zu untersuchen.

Vierter Abschnitt.

Vorschläge.

I.

Der Entwurf zum schweizerischen Zivilgesetzbuch beseitigt den Eigentumsvorbehalt in den für das Abzahlungsgeschäft massgebenden Fällen („wenn der Veräusserer sich das Eigen-

tum bis zur Entrichtung einer Gegenleistung vorbehalten hat,“ (Art. 702). Die Botschaft des Bundesrates findet, es werden mit ihm „gar oft Geschäfte gemacht, die allzuleicht entweder den Erwerber einer wucherischen Ausbeutung oder Dritte einer schweren Täuschung aussetzen“ (S. 69). Die wucherische Ausbeutung ist wohl so zu verstehen, dass sie Geschäfte betrifft, mit denen der Eigentumsvorbehalt verbunden werden kann, es wird nicht gesagt, dass der Eigentumsvorbehalt an sich bei den mit ihm versehenen Geschäften zu wucherischer Ausbeutung Anlass gebe. Es liesse sich auch nicht absehen, wieso. Die wucherische Ausbeutung liegt in der rücksichtslosen Ausschlichtung einiger anderer Vertragsabreden des Abzahlungsgeschäfts, namentlich des Vorbehaltes des Rücktritts vom Vertrage in Verbindung mit der Verwirkungsklausel. Als massgebend für die Unterdrückung wird aber die Möglichkeit der Täuschung Dritter hingestellt. Unter diesen Dritten sind die zu verstehen, die dem Schuldner Personalkredit gewährt haben, denn die gutgläubigen Realkreditoren werden durch das Eigentum des Verkäufers nicht berührt (Art. 213 des O. R.) und die bösgläubigen können nicht getäuscht werden.

Das Bedürfnis, das den Eigentumsvorbehalt erzeugt hat, soll, soweit es gesetzlichen Schutz verdient, durch ein Mobiliarpfand ohne Besitzübergabe, die Fahrnisverschreibung, befriedigt werden. Diese Fahrnisverschreibung (Art. 890 bis 895) leistet allgemeinere Dienste, als der im wesentlichen auf das Abzahlungsgeschäft beschränkte Eigentumsvorbehalt, auf der andern Seite bietet sie aber nicht alle Vorteile, die dieser dem Abzahlungsgeschäft gewährt.

Abgesehen von den dem Pfandrecht in seinem Verhältnis zum Eigentum begrifflich eigenen Beschänkungen werden dem Faustpfandprinzip gegenüber folgende Konzessionen gemacht:

Die Fahrnisverschreibung ist beschränkt auf die Gegenstände, von denen man annimmt, sie repräsentieren einen bedeutenden Wert für die Wirtschaft des Schuldners, können jedoch wegen deren täglichem Bedürfnis für denselben durch

das Mittel des Faustpfandes nicht verpfändet werden. („Durch Fahrnisverschreibung können verpfändet werden: Vieh, bewegliche Betriebseinrichtungen, Vorräte und Warenlager, wenn diese Sachen ihrem Eigentümer zur Ausübung seines Berufes oder Gewerbes dienen.“ Art. 890, Absatz 1.)

Die Möglichkeit der Verschreibung gegenüber dem Verkäufer beschränkt sich auf Betriebseinrichtungen. („Für Vieh, Vorräte und Warenlager kann die Verschreibung nur errichtet werden zur Sicherung für Forderungen von Geldinstituten und Genossenschaften, die von der zuständigen Behörde ihres Wohnsitzkantons ermächtigt sind, solche Geschäfte abzuschliessen.“ Art. 890, Absatz 2.)

Das Pfandrecht ist an die Eintragung gebunden und hat nur die Dauer von zwei Jahren (Art. 892 bis 894).

Es steht trotz der Eintragung einem späteren Faustpfandrecht oder einem späteren Grundpfandrecht, dem die eingetragene Sache als Pertinenz unterworfen wurde, nach, wenn der spätere Grund- oder Faustpfandgläubiger sich in gutem Glauben befunden hat (Art. 891).

Wie stellt sich nun das Abzahlungsgeschäft zu diesen Bestimmungen?

Was vorerst den Ersatz der Eigentumswirkungen durch die Pfandrechtswirkungen betrifft, so wäre dagegen nichts einzuwenden. Wir haben oben gesehen, dass die Absicht der Parteien beim Abzahlungsgeschäft regelmässig nur auf Sicherung gerichtet ist, und dass die andern Wirkungen des Eigentumsvorbehaltes aus dispositiven Gesetzesvorschriften folgen, deren Inhalt in der Mehrzahl der Fälle dem Käufer kaum bekannt ist. Es ist nun gewiss die Aufgabe der Rechtsordnung, den Parteien die Mittel in die Hand zu geben, mit denen sie ihren Geschäftswillen, wenn er auf einen erlaubten Zweck gerichtet ist, zur Durchführung bringen können, ohne ein Mehr in Kauf nehmen zu müssen. Es bedeutet also einen Fortschritt, wenn der Verkäufer gesichert werden kann, ohne dass ihm die Rechte des Eigentümers belassen werden müssen.

Mit dem Ersatz des Eigentums durch das Pfandrecht hört zugleich die wenig befriedigende, vom Zufall oder vom Willen des Schuldners abhängige Rechtsstellung des Verkäufers bei der Realisierung des Eigentumsvorbehaltes auf (siehe 3. Abschnitt I, 1).

Dagegen dürften die übrigen Beschränkungen dem Abzahlungsgeschäft nicht unbedeutenden Abbruch tun und zugleich den Käufer, als den abhängigen Teil dabei, schlechter stellen, wenn die beteiligten Kreise nicht einen Ausweg finden, auf dem sie die Bestimmungen illusorisch machen können.

Vorerst ist die Fahrnisverschreibung nicht für alle Gegenstände, die im Abzahlungsgewerbe gehandelt zu werden pflegen, zulässig.⁴⁸⁾ Dass durch das Requisit der Verwendung im Betrieb oder Beruf der Produktivkredit vor dem Konsumtivkredit bevorzugt wird, lässt sich wohl begründen (s. 1. Abschnitt, IV, 1.) Nur ist die Gefahr vorhanden, dass damit die Anschaffung der betreffenden Gegenstände auf Kredit nicht aufhöre, sondern dass als Ersatz für den mangelnden Realkredit einfach die Risikoprämie erhöht werde, d. h. dass der Käufer schlechtere Ware bekomme oder die gleiche Ware teurer bezahlen müsse. Denn es gibt Gegenstände genug, die heutzutage jedermann haben muss, und für die vom besitzlosen Bedürftigen der Preis nicht auf einmal in Bar erlegt werden kann, wir erwähnen nur die Wohnungsausstattung, die für längere Zeit berechnet ist und eine einmalige grössere Auslage verursacht.

Sodann ist der Vorbehalt des Pfandrechts an Stelle des Eigentums nur für Betriebseinrichtungen zulässig, was bezüglich der übrigen Gegenstände einen doppelten Nachteil für den Kreditbedürftigen bedeutet. Wenn die zuständige kantonale Behörde die Ermächtigung zum Abschluss der Fahrnispfandgeschäfte an Geldinstitute oder Genossenschaften ihres Gebietes nicht erteilt, oder solche um die Konzession sich nicht bewerben, so wird dadurch dem Vieh, den Vorräten

⁴⁸⁾ „Der Verkehr der Handwerker mit den Kunden wird dadurch wenig berührt.“ Boos-Jegher in den Mitt. des Sekr. des schweiz. Gew.-Vereins vom 20. Juni 1904 (Nr. 2, S. 3).

und den Warenlagern die Fähigkeit entzogen, zur Realsicherung für eine Forderung zu dienen. Das bedeutet eine Herabsetzung des Wertes eines nicht unbeträchtlichen Teiles des Nationalvermögens. Denn eine Ware, die dem Realkredit nicht zur Unterlage dienen kann, ist weniger wert.⁴⁹⁾ Ferner aber bedeutet die Ausschaltung des Lieferanten der Ware als Kreditgeber und die Verweisung des Bezügers auf einen Dritten naturgemäss eine Verteuerung oder eine Einschränkung des Kredites, denn der Lieferant ist am besten in der Lage, den Wert des Kaufgegenstandes zu schätzen. Er wird auch — gerade bei den hier in Frage stehenden Gegenständen (weniger bei den Betriebseinrichtungen) — am besten bei der allfälligen Exekution dafür Verwendung finden und daher die Risikoprämie niedriger bemessen.⁵⁰⁾

Auch bezüglich der Betriebseinrichtungen ist die Sicherung des Abzahlungshändlers erschwert durch die Eintragungspflicht und die maximal begrenzte Zeitdauer des Pfandrechts.

Die zeitliche Begrenzung der Pfandverschreibung wird im Abzahlungsgewerbe kaum als Belästigung empfunden. Sie kann zur zeitlichen Beschränkung des Kredites führen, was nur vorteilhaft wirken kann. Für Ausnahmefälle genügt die Möglichkeit der Verlängerung.

Dagegen hängt die Beantwortung der Frage, wie sich das Abzahlungsgeschäft zu der Eintragungspflicht stelle, von der mehr oder weniger bureaukratischen Einrichtung und dem mehr oder weniger komplizierten Geschäftsgang der Verschreibungs-

⁴⁹⁾ Dabei sollen die Bedenken nicht verschwiegen werden, die sich speziell gegen die Verschreibung von Warenlagern aus der beständigen Flüssigkeit und Wandelbarkeit dieser Pfandobjekte ergeben, und die das fast einhellige Auftreten der schweizerischen Handelswelt dagegen veranlasst haben. Vergl. den Jahresbericht der Basler Handelskammer über das Jahr 1904, S. 18 ff. Ein Eigentumsvorbehalt daran kommt im Abzahlungsgeschäft nicht vor und ist eben wegen der genannten Eigenschaften ausgeschlossen.

⁵⁰⁾ Gerade einer der Vertreter des Bankgewerbes in der Expertenkommission zur Beratung des Entwurfes zum Z. G. B. fand, der Lieferant werde im allgemeinen günstigere Kreditbedingungen stellen, als ein Bankgeschäft (Votum Duttweiler, Bd. 2, S. 175 des Protokolls).

behörde ab. Dabei ist die Eintragung an sich schon eine Handlung, wozu der Käufer sich schwer entschliesst, da sie, weil in derselben Weise, wie für selbständige Verpfändung vorgeschrieben und im Buche neben dieser figurierend, weniger selbstverständlich und natürlich sich durch die Gegenleistung ergibt und einen gewissen Kreditmakel darstellt, den der Eigentumsvorbehalt als solcher nicht zur Folge hat. Eine wesentliche Erschwerung bedeutet bei Warenlagern die Notwendigkeit der Inventaraufnahme, sodann allgemein die vorgeschriebene Erneuerung des Eintrages, wenn der Schuldner seinen Wohnort oder die Sache ihren Standort wechselt: zwei Vorschriften, die allerdings nicht erlassen werden können, wenn die Eintragung einen Sinn haben soll. — Uebrigens kann die Eintragungspflicht für den Abzahlungshändler auch Vorteile im Gefolge haben, da die Eintragung ihn gegenüber Dritten besser zu schützen geeignet ist, als der formlose Eigentumsvorbehalt. In gewissen Verhältnissen wird man daraus, dass der spätere Erwerber oder Pfandgläubiger im Pfandprotokoll nicht Einsicht nahm, auf bösen Glauben desselben schliessen dürfen, trotzdem das Gesetz eine Pflicht zur Einsichtnahme nicht kennt. Schon die Schaffung des Publikationsmittels bedeutet eine gewisse Präsumtion für das Bekanntsein der eingetragenen Tatsachen. Wie soll der Eintragszwang die Personalkreditoren schützen — das ist doch der Zweck der Institution —, wenn man den Realkreditoren nicht einmal zumutet, sich über das Vorhandensein einer allfälligen Eintragung zu erkundigen ⁵¹⁾.

⁵¹⁾ Die Gerichtspraxis wird allerdings nur mit Mühe und nach gewissem Zögern ihren Weg finden, wenn Art. 891 Gesetzeskraft erlangt. Es wäre daher nicht unangebracht, der Fahrnisverschreibung gleichen Rang mit dem Faustpfand und dem Grundpfand anzuweisen. Da eine Partei — der Verpfänder — bei der nachherigen Verpfändung sich immer in bösen Glauben befinden wird, und da es sich zudem um Dinge handelt, die unter normalen Verhältnissen nicht verpfändet werden, oder nicht anders verpfändet werden als durch Fahrnisverschreibung, so erwecken solche Geschäfte immer den Verdacht der Kollusion und verdienen daher von Gesetzes wegen keine Bevorzugung. Die gegenwärtig gemäss Art. 210 des O. R. mögliche Viehververschreibung ist dem Faustpfand im Rang auch gleichgestellt.

Das ist nun aber eben der Angelpunkt, um den sich die Frage des Wertes oder des Unwertes der Fahrnisverschreibung dreht: Wird die Verpfändung durch die Eintragung den Personalkreditoren bekannt? Eine Publikation des Eintrages ist nicht vorgesehen. Man hat offenbar davon abgesehen aus demselben Grunde, weshalb man nicht statt der Eintragung eine den Pfandverband angehende Signierung des Pfandgegenstandes zu gunsten des Pfandgläubigers eingeführt hat, wie auch schon vorgeschlagen worden ist:⁵²⁾ aus Rücksicht auf die Person des Schuldners, dessen Verhältnisse man nur soweit nötig der Kenntnis der Interessenten zugänglich machen, nicht aber einer unbeschränkten Öffentlichkeit preisgeben wollte. Und mit Recht⁵³⁾. Nun ist aber sehr unwahrscheinlich, dass die Personen, die im täglichen Leben dem Fahrnispfandschuldner ungedeckt zu kreditieren pflegen, die Handwerker, Viktualienhändler etc., sich vor dem Abschluss eines Geschäftes darüber erkundigen werden, ob ihr Gegenkontrahent im Fahrnisverschreibungsprotokoll eingetragen sei. Sodann sind auswärtige Kreditoren weniger leicht im stande, im Protokoll Einsicht zu nehmen, als die am Orte anwesenden; es wird also ein Unterschied, den man durch die Einführung der Konkursbetreibung für Kaufleute — denn um solche wird es sich, abgesehen von der Viehverpfändung, fast durchgehends handeln — beseitigen wollte, teilweise wieder hergestellt.

Der Ersatz des Eigentumsvorbehalts durch die Fahrnisverschreibung ist also einerseits geeignet, dem Abzahlungsgeschäft das Leben zu erschweren, worunter regelmässig der Käufer zu

⁵²⁾ Vergl. das Gutachten von Heck an den 21. Deutschen Juristentag (Verhdl., Bd 2, S. 170 ff.).

⁵³⁾ Die Person des Schuldners darf nicht zurücktreten vor der des Gläubigers, auch nicht zur Bevorzugung eines krankhaft überspannten, nur auf den Vermögensbesitz und nicht auf die moralischen Eigenschaften des Schuldners abstellenden Personalkredits. Das Deutsche und das österreichische Spezialgesetz über das Abzahlungsgeschäft haben sich bei der Regelung durch das Fürsorgebedürfnis für den Käufer (um den besitzlosen Arbeiterstand vor Ausbeutung im Kreditgewerbe zu schützen) leiten lassen; dritte Interessenten, fand man, seien selber in der Lage, sich zu schützen.

leiden hat, auf der andern Seite erfüllt er seine Aufgabe den Drittgläubigern einen besseren Schutz zu gewähren, als er beim Eigentumsvorbehalt möglich ist, nur in ungenügender Masse.

Das schwerste Bedenken aber, das man gegen das Verbot des Eigentumsvorbehaltes geltend machen kann, ist die Leichtigkeit der Umgehung durch andere demselben Zweck dienende Rechtsformen. Und weil das Abzahlungsgewerbe mit der Fahnisverschreibung, jedenfalls mit derjenigen des Entwurfes, sich nicht zufrieden geben wird, so werden die Versuche nicht fehlen, das verpönte Resultat durch andere Mittel zu erreichen.

Die Erfahrungen anderer Länder zeigen uns auch, dass es auch bisher nicht ohne Erfolg geschehen ist ⁵⁴⁾.

Art. 702 des Entwurfes verbietet den Eigentumsvorbehalt nicht schlechthin, d. h. er spricht nicht etwa die Unzulässigkeit der Bedingung oder der Betagung bei der Eigentumsübertragung aus, wie es Art. 1261 bezüglich der Liegenschaften tut ⁵⁵⁾. Er

⁵⁴⁾ Statt anderer Beispiele dafür, wie schnell man mit der Umgehung bereit ist, sei auf den Vorgang in Preussen verwiesen. Das Allg. Landr. (Teil I, Tit. 11, § 266) lässt zwar den Eigentumsvorbehalt zu, gibt ihm aber die Bedeutung einer Resolutivbedingung. Trotzdem er nun nach der Rechtsprechung des Obertribunals durch die Vereinbarung der Parteien auch die Wirkung der Suspensivbedingung erhalten kann, hat sich aus Mangel an Zutrauen in die Beständigkeit der Rechtsprechung und aus der Befürchtung, es möchte obige Bestimmung später als *ius cogens* erklärt werden und die Resolutivbedingung zum Schutz der Abzahlungshändler nicht ausreichen, aus der Praxis heraus (der juristisch unpassende Ausdruck deutet auf den Ursprung) der sogenannte Leihvertrag (s. unten) ausgebildet.

⁵⁵⁾ Der Artikel geht weiter, indem er auch den bedingten Kauf ausschliesst. Da er aber den bedingten Vorvertrag zum Kauf zulässt, so kann man auf prozessualischem Umwege durch den zweiten Absatz den im ersten ausgeschlossenen Erfolg erreichen. Den bedingten Kauf zu verbieten hatte einen Sinn im Französischen Recht, dem die Bestimmung entnommen ist, weil dort mit dem Kaufabschluss das Eigentum übergeht. Was man als bedingt ausschliessen wollte, war wohl das dingliche Geschäft, der Eigentumsübergang. Diesem Zweck genügte der Ausschluss des Eigentumsvorbehalts, wodurch neben der Bedingung dann auch der dies ausgeschlossen würde, der jetzt, trotzdem gegen die Betagung wohl dieselben Bedenken sprechen, wie gegen die Bedingung, zugelassen ist.

schliesst, da er nur dem Eigentumsvorbehalt mit Pfandrechtszweck entgentreten will, nur eine Art der Bedingung aus, nämlich die, wonach das Eigentum erst im Moment der Preiszahlung übergehen solle. Andere Bedingungen, sowie die Betagung sind zulässig. Es ist also den Parteien unbenommen, den Eigentumsvorbehalt etwa für zwei Jahre (die Dauer der Fahrnisverschreibung), zu vereinbaren. Darin liegt aber schon die grosse Wahrscheinlichkeit der Umgehung: da das Eigentum mehr Rechte verleiht als die Fahrnisverschreibung, und derjenige Teil, der mehr berechtigt wird, der Verkäufer, als der stärkere Teil die Bedingungen diktiert, da ferner — und das ist die Hauptsache — das Eigentum formlos und ohne die Notwendigkeit der Eintragung vorbehalten werden kann, so wird die Möglichkeit dieses Eigentumsvorbehaltes die Fahrnisverpfändung im Abzahlungsgeschäft kaum aufkommen lassen.

Sollte aber auch durch Aenderung des Wortlautes von Art. 702 der Eigentumsvorbehalt für bestimmte Zeit ausgeschlossen werden, etwa dadurch, dass bestimmt würde, eine zum Veräusserungsvertrag hinzugefügte Bedingung gelte als nicht geschrieben oder mache das Geschäft nichtig, so würde statt des Veräusserungsgeschäftes ein anderer Vertrag abgeschlossen, der die Besitzübertragung erfordert ohne das Eigentum übergehen zu lassen. Vor 1900, dem Datum des Inkrafttretens des B. G. B., bestand in einem grossen Gebiete Deutschlands der sogenannte Leihvertrag⁵⁶⁾. Er soll früher, als die Gültigkeit des Eigentumsvorbehaltes in der Gerichtspraxis noch nicht so allgemein anerkannt war, wie jetzt, auch in der Schweiz üblich gewesen sein⁵⁷⁾ und kommt jetzt noch hin und wieder vor⁵⁸⁾. Danach wird abgemacht, dass der Gegenstand, dessen Verkauf mit dem Vorbehalt des Eigentums aus-

⁵⁶⁾ So im Gebiete des preussischen Landrechts, in Württemberg, im Königreich Sachsen etc.

⁵⁷⁾ Manuel, a. a. O., S. 356 ff.

⁵⁸⁾ So in einem in der A. S. der Entsch. des Bundesgerichts (XX IV², Nr. 13) abgedruckten Falle, wo aber das Bundesgericht annahm, es liege simulierter Kauf mit Eigentumsvorbehalt vor.

geschlossen ist, dem Empfänger vermietet werde, und nachdem die den Kaufpreistraten beim Eigentumsvorbehalt entsprechenden Mietzinse eine gewisse Höhe erreicht haben, in das Eigentum des bisherigen Mieters übergehe. Der Mietzins wird danach so hoch bemessen, dass ein Teil desselben die Funktion des Kaufpreises übernimmt. Es hat sich eine reiche Literatur darüber gebildet, ob der „Leihvertrag“ ein Mietvertrag oder ein Kaufvertrag oder eine Kombination beider sei, und je nach der Entscheidung der Frage wird nach einer bestimmten Gesetzgebung dessen Gültigkeit zu bejahen oder zu verneinen sein. Der Gesetzgeber freilich ist nicht in der schwierigen Lage des Gesetzesinterpreten, namentlich des Richters, und braucht sich durch diese Konstruktionsfrage nicht beirren zu lassen. Sobald er weiss, was für einem vorliegenden Tatbestand die Rechtsgültigkeit entzogen werden soll, wird er in der Anwendung der Mittel nicht verlegen sein. Er kann erklären, der sog. Leihvertrag oder Miet- und Kaufvertrag werde wie ein Kaufvertrag mit Eigentumsvorbehalt behandelt, möge er in Wirklichkeit sein, was er wolle. Nur muss auch der Gesetzgeber mit einem unsichtbaren, noch unbekannten Feind rechnen, gegen den es schwieriger ist, aufzukommen, als gegen den, der der Waffe der Gesetzgebung jetzt schon ein Ziel bietet. Als solcher qualifiziert sich die nach Erlass des Gesetzes auftretende Machenschaft, die zur Durchführung ihrer — wirklich oder vermeintlich — berechtigten Interessen einen im Gesetz verbotenen Schlich durch einen andern zu ersetzen sucht.

Versagt die Zuflucht zum „Leihvertrag“, so wird z. B. nichts den Abzahlungshändler hindern, die Sache wirklich dem Kunden zu vermieten, während ein zweiter Vertrag abgeschlossen würde, dahingehend, dass der Abzahlungshändler sich verpflichte, nachdem die Mietzinse eine gewisse Höhe erreicht, die Sache dem Mieter zu schenken oder um einen kleinen Restbetrag, bei dem die Frage der Sicherung nicht mehr in Betracht käme, zu verkaufen. Es wird sich eine Formel finden, die auch diesen Vereinbarungen beikommt, sei es direkt, sei es, dass sie als in fraudem legis abgeschlossen werden

müssten, aber man muss ihre Möglichkeit doch voraussehen, wenn man nicht bei jeder Umgehung des Gesetzes eine neue Vorschrift dagegen erlassen will. Wenn die Gesetzgebung mit dem, der ihre Vorschriften zu umgehen beabsichtigt, einen Wettlauf veranstaltet, wird sie ihn immer wieder bei jeder Ruhepause einholen, ja selbst ihm für eine Zeit lang voraus-eilen können, aber der Wettlauf müsste immer wieder erneuert werden. Zum voraus durch eine Gesetzgebungsformel den, der an einer Sache den Besitz überträgt mit dem Endzweck der Eigentumsübertragung, von der Inanspruchnahme des übertragenen Gegenstandes auszuschliessen, dürfte, wie unerwünscht, so auch unmöglich sein. Wir haben gesehen, dass ein Geschäft, das die Nutzung der Sache sofort verschafft mit der Möglichkeit späteren definitiven Erwerbes, für weite Kreise einem Bedürfnis entspricht, und dieses Bedürfnis sucht sich mit elementarer Gewalt seinen Weg; ist kein Bett da, so durchflutet es die ganze Rechtsordnung bis ihm Raum zur Entfaltung geschaffen wird. Dabei fällt in Betracht, dass einerseits das Interesse beider Vertragsparteien die Sicherung verlangt, und dass anderseits der wirkliche Wille der Kontrahenten nicht hervortreten braucht. Und wenn schliesslich die Parteien gezwungen würden, eine wirkliche Miete abzuschliessen, worin bestünde der Vorteil für die Drittgläubiger?

Wenn also der Eigentumsvorbehalt nicht angemessen durch die Fahrnisverschreibung zu ersetzen ist, so bleibt noch zu untersuchen, ob er sich nicht so gestalten lasse, dass er der Anfechtung weniger ausgesetzt sei.

II.

Um den Einwendungen, die gegen die Geschäftspraxis auf dem Gebiete des Eigentumsvorbehaltes erhoben werden, insoweit gerecht zu werden, als sie sich als gerechtfertigt erweisen, kann gegen den Eigentumsvorbehalt als solchen eingeschritten werden, und es kann gegen das Abzahlungsgeschäft vorgegangen werden, mit dem er verbunden wird.

Durch Massregeln der erstern Art wird der Eigentumsvorbehalt in seiner Wirkung, durch solche der letzteren Art in seinem Anwendungsgebiet getroffen.

1. Nehmen wir die erste Frage vorweg, so steht nichts im Wege, weshalb dem *pactum reservati dominii* nicht der Effekt des blossen *pactum reservatae hypothecae* gegeben werden könnte. Wir haben gesehen,⁵⁸⁾ dass, wo der Eigentumsvorbehalt im Immobiliarsachenrechte eine Rolle spielte, eine verbreitete Ansicht damit nur Pfandrechtswirkung verband, und eine analoge Anschauung verraten auch heute auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechtes diejenigen, die wenigstens in der Exekution pfandrechtlichen Elementen Einwirkung gestatten wollen. Wenn diese Auffassung damals irrig war und auch heute der Rechtskonsequenz nicht entspricht, so hindert dagegen nichts die Gesetzgebung, von sich aus dem Eigentumsvorbehalt wirklich die Wirkung eines blossen Pfandrechtes zu verleihen.

Allerdings kann auch eine solche Bestimmung, wie die verschiedenen Arten des Verbotes des Eigentumsvorbehaltes, umgangen werden. Die Umgehung wird aber nicht stattfinden, weil sie nicht nötig ist, indem der Ersatz dem ursprünglichen Zweck (der dahin geht, dem Verkäufer Sicherheit zu gewähren für den Kaufpreis, nicht die Möglichkeit, den Kaufgegenstand effektiv wieder zu erwerben) genügt, ja ihm besser und auf einfachere Art gerecht wird, als der Eigentumsvorbehalt, bei dem ein Missverhältnis zwischen Mittel und Zweck besteht. Was hat es für einen Sinn, einen Schleichweg aufzusuchen, wenn auf der breiten Heerstrasse das Ziel erreicht werden kann? Auch im Immobilienverkehr ist durch die Ermöglichung eines dem Sicherungszweck voll entsprechenden Hypothekarrechtes und namentlich mit der Erleichterung des Pfandrechtes für den Kaufpreis der Eigentumsvorbehalt tatsächlich in Wegfall gekommen, trotzdem das Gesetz — anders allerdings der Entwurf zum Z. G. B., Art. 1261 — ihn regelmässig nicht verbietet, und es also zum Vorbehalt desselben einer Gesetzesumgehung nicht einmal bedürfte.

⁵⁸⁾ 2. Abschn., II.

Auf der anderen Seite ist mit der Abschwächung der Wirkung wenigstens etwas von dem erreicht, was die Gegner des Eigentumsvorbehaltes wollen: der Ueberschuss der Rechte aus dem Eigentum über die aus dem Pfandrecht ist verfügbar zu gunsten des Käufers und zu gunsten von dessen Drittgläubigern.

Es muss nun zugegeben werden, dass auch mit diesen Wirkungen ausgestattet der Eigentumsvorbehalt eine etwas weitgehende Bevorzugung des Verkäufers darstellt. Einer weiteren Abschwächung, die nicht möglich wäre, würde es im Effekt gleichkommen, wenn die Personen, die im Leben regelmässig dem Verkäufer mit ihren Interessen gegenüberstehen, rechtlich günstiger gestellt würden. In erster Linie kommt dabei der Wohnungsvermieter in Betracht. Seine Schädigung erfolgt regelmässig dadurch, dass in der Zwischenzeit zwischen dem Abschluss des Mietvertrages und dem Einzug in die Wohnung der Abzahlungsverkäufer dem Vermieter Anzeige macht von seinem Eigentum an den vom Mieter besessenen Gegenständen, die der Vermieter seinerseits als Sicherung für die Zinszahlung betrachtet hatte. Nach der gegenwärtigen Gesetzgebung würde diese Mitteilung den Vermieter nicht berechtigen, vom Vertrage zurückzutreten, während derselbe, falls die Anzeige nach dem Einzuge gemacht würde, wenigstens für den laufenden Zins gedeckt wäre und sich durch Kündigung des Mietverhältnisses vor der Gefahr späterer Nichtzahlung des Zinses schützen könnte; dies allerdings nur, wenn nicht eine gesetzliche oder vertragliche Vorschrift die Kündigung auf den Beginn einer neuen Zinsperiode ausschliessen würde.

Das revidierte Obligationenrecht will dem Vermieter in dieser Beziehung entgegenkommen. Mit Recht geschieht es nicht durch eine Ausdehnung der dinglichen Sicherung, die nicht ohne die Gefährdung anderer berechtigter Interessen möglich wäre, sondern durch einen Anspruch gegenüber dem Mieter. Die Vorschrift (Art. 1318) lautet:

„Wenn der Mieter die gemieteten Räume nicht mit beweglichen Sachen ausstattet, mit denen der Vermieter durch

Retentionsrecht für seine Sachen gesichert wird (1320), so kann er andere Sicherung von ihm verlangen, und wenn diese nicht in einer angemessenen Frist geleistet wird, vom Vertrag zurücktreten.

Er hat dabei die gleichen Fristen zu beobachten, wie beim Rücktritt aus einem wichtigen Grunde.“

Eine andere Bestimmung wäre freilich noch besser geeignet, die Stellung des Wohnungsvermieters zu verbessern: die Verpflichtung zur Vorausbezahlung des Mietzinses, wenigstens in solchen Verhältnissen, wo der Vermieter nicht in der Lage ist, über die Kreditwürdigkeit seines Mieters die notwendige Kenntnis zu besitzen. Eine allgemeine Bestimmung dieses Inhalts würde zu weit gehen, und da eine allen Umständen gerecht werdende Abgrenzung nicht leicht ist, muss man es der Initiative der beteiligten Kreise überlassen, Interessenverbände zu bilden, und für gewisse Gebiete die Zinsvorleistungspflicht zu verlangen, wie sie in einigen städtischen Verhältnissen bereits zur Zeit besteht.

2. Gehen wir nun zum regelmässigen Anwendungsgebiet des Eigentumsvorbehaltes, zum Abzahlungsgeschäft, über.

Diese Verkehrsgattung erleidet Anfechtungen von verschiedenen Seiten.

Naheliegend ist, dass die natürliche Konkurrenz, das Kassengeschäft, das Entstehen und Grosswerden eines Nebenbuhlers auf seine Kosten nicht gerne sieht. Dieser Umstand ist aber nicht geeignet, einen Grund zum Einschreiten abzugeben, da dadurch das Prinzip der Gewerbefreiheit, das in der Bundesverfassung (Art. 31) zum Ausdruck kommt, an seiner Wurzel angegriffen würde, denn diese Garantie der Freiheit wollte eben die Konkurrenz, diesen wirksamsten Sporn zu allem Fortschritt im Handel, ermöglichen.

Andere am Kaufabschlusse nicht direkt beteiligte Personen, wie die Gläubiger des Käufers, haben nur insofern ein Interesse an der Einschränkung, als dadurch die wirtschaftliche Kraft des Schuldners angegriffen werden sollte. Dieses Interesse deckt sich durchaus mit dem des Schuldners selbst. Direkt be-

rührt werden sie nur durch den Zugriff eines Gläubigers auf das schuldnerische Vermögen an bevorzugter Stelle, also stehen sie, abgesehen vom Eigentumsvorbehalt, dem Abzahlungsgeschäft und seinen Klauseln eher indifferent gegenüber.

Bleibt das Interesse des Schuldners. Wir haben im ersten Abschnitt gesehen, dass die wohlthätigen Wirkungen des Abzahlungsgeschäftes als solchen den schädlichen mindestens gleichkommen, dass aber einzelne Auswüchse als lästig empfunden werden. Von einer Unterdrückung desselben, die übrigens nicht durchführbar wäre, kann daher nicht die Rede sein. Dagegen fragt es sich, wie die mit ihm verbundenen Missstände beseitigt oder weniger fühlbar gemacht werden können.

Die Massregeln, die gegen das Abzahlungsgeschäft ergriffen werden können, sind polizeilicher und materiellrechtlicher Natur. Nur jene sind geeignet, das Abzahlungsgeschäft als ganzes zu treffen, dagegen sind diese gegen einzelne Vertragsklauseln gerichtet.

Als am wenigsten geeignetes Mittel, dem Abzahlungsgeschäft beizukommen, erachten wir eine besondere Besteuerung desselben. Eine solche Steuer wird erfahrungsgemäss regelmässig vom Betroffenen möglichst auf Dritte abgewälzt, hier vom Verkäufer auf den Käufer, und zwar, wenn nicht durch Erhöhung der Preise, so durch die Verschlechterung der Ware. Damit die Kundschaft dem Abzahlungsgeschäft verloren gehe und sich dem Kassengeschäft zuwende, bedürfte es schon einer Steuer, die einer Beseitigung der Handels- und Gewerbefreiheit gleichkäme. Die Kunden der Abzahlungsgeschäfte wenden sich nur gezwungen an diese. Bei den Kassengeschäften würden sie mangels der nötigen Mittel nicht ankommen. Sie haben also nur die Wahl, ob sie die Befriedigung der Bedürfnisse ganz aufgeben, oder sich an die Abzahlungsgeschäfte mit ziemlich starker Vergütung des Kredites halten wollen, wobei ihnen letzteres als das kleinere Opfer erscheint.

Es könnte sodann eine behördliche Einmischung beim Betrieb eines Abzahlungsgewerbes, ähnlich etwa der beim Betrieb einer Pfandleihanstalt, in Frage kommen. So erwünscht

es nun wäre, wenn unzuverlässige Personen, d. h. hier solche mit schlechtem Leumund vom Betriebe dieses Gewerbes ausgeschlossen wären, so schwer wäre die Durchführung einer dahingehenden Vorschrift. In den meisten Geschäften werden einzelne Artikel abgegeben, während als Regel das Barzahlungsprinzip besteht: sollen auch diese betroffen werden? Die Frage stellen heisst doch wohl schon sie verneinend beantworten. Dann werden aber zweifelhafte Leute sich leicht der staatlichen Aufsicht entziehen können. Zudem hinkt der Vergleich mit den Pfandleihanstalten denn doch bedenklich: die diesen in von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abweichender Weise eingeräumten Befugnisse werden nur durch gewisse polizeiliche Einschränkungen erträglich, während die Abzahlungsgeschäfte in ihrem Betriebe den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen unterstehen. Jedenfalls könnte bei den Abzahlungsgeschäften nur von einer Konzession zum Betrieb, nicht von einer kontinuierlichen Aufsicht die Rede sein. Dadurch würde aber für den Käufer ein durch die Umstände nicht gerechtfertigtes Sicherheitsgefühl erzeugt.

Diskutabler wäre die partielle Einschränkung des Abzahlungsgeschäftes, sei es bezüglich der gehandelten Gegenstände, sei es bezüglich der Art der Ausübung des Geschäftes.

Es lässt sich nicht verkennen, dass da, wo auf Abzahlung Gegenstände gekauft werden, deren Anschaffung vom Standpunkte des Käufers schon im Barverkehr überflüssig ist oder gar Leichtsinn verrät, wie Schmucksachen, Spiegel, Uhrketten, Oelbilder, Modesachen, Flittertand oder Dinge, deren Lebensdauer aufhört, bevor die Preiszahlung zu Ende ist, der dem Abzahlungsgeschäfte zu grunde liegende wohltätige Gedanke karriert wird. Es steht fest, dass gerade bei denjenigen Geschäften, zu deren Abschluss ein wirtschaftliches oder kulturelles Bedürfnis am wenigsten Veranlassung gegeben, die Betreibungsämter am meisten Beschäftigung bekommen. Es ist diese Tatsache auch begreiflich, denn wenn das Interesse am Besitz aufhört, bevor der Kaufpreis entrichtet ist, wird die Zahlungspflicht am lästigsten empfunden. Es wäre

daher im Prinzip eine Gesetzgebung zu begrüßen, deren Tendenz dahin ginge, das Abzahlungsgeschäft in Produktionsmitteln vor dem an zur Konsumtion bestimmten Gegenständen zu bevorzugen und es an einzelnen Sachen der letzteren Kategorie ganz auszuschliessen. Dadurch würde der Kredit da eingeschränkt, wo er zweifelsohne am wenigsten angebracht ist. Eine Einschränkung wäre hier eher am Platze, als beim Eigentumsvorbehalt, weil die Beseitigung des Eigentumsvorbehaltes das Kreditieren nicht verhindert, sondern für den Schuldner nur an schwierigere Bedingungen knüpft, und daher den, der der Hülfe am meisten benötigt, wirtschaftlich noch tiefer hinabdrückt. Demgegenüber würde die Einschränkung des Abzahlungsgeschäftes, womit allerdings die Einschränkung des Kreditgeschäftes im allgemeinen verbunden sein müsste, in vielen Fällen den Ausschluss der Anschaffung bedeuten. Leider ist die Durchführung einer entsprechenden Bestimmung schwer: die Unterscheidung müsste abstellen auf die Zweckbestimmung der angeschafften Gegenstände, ein zu unbestimmtes und vom Einzelfall zu sehr abhängiges Kriterium, als dass sie sich ohne allzu grosse Schädigung des legitimen Handels und Entfernung der soliden Elemente vom Abzahlungsgeschäft durchführen liesse.

Dagegen wird sich gegen das Verbot des Ratengeschäfts in einzelnen Gegenständen, die in ihrer äusseren Erscheinung klar genug umschrieben werden können, kaum etwas einwenden lassen. Das Verbot könnte sich vor allem gegen gewisse Arten der Wertpapiere richten. Diese dienen zur verzinslichen Geldanlage. Werden sie angeschafft, bevor der Kaufpreis zur Verfügung steht, so ist das regelmässig für den Käufer unwirtschaftlich, denn der teurere Preis im Abzahlungsgeschäft wiegt die Differenz zwischen dem etwa höhern Ertrag des Papierses und dem Sparkassenzins reichlich auf. Geschieht die Anschaffung dennoch, so liegt der Grund in der Spekulation des Käufers auf das Steigen des Preises. Solche Geschäfte sind gefährlich für Personen, die den ungünstigen Ausgang der Spekulation nicht ertragen können, wie es die sind, die auf Abzahlung kaufen. Dazu kommt, dass der Käufer

diese Papiere nicht schätzen kann und ein Abzahlungskurs auch in den an der Börse kotierten Werten nicht existiert, wodurch eine Uebervorteilung des unkundigen Käufers durch den geschäftsgewandten Verkäufer nahegelegt wird. Gebräuchlich ist das Abzahlungsgeschäft zur Zeit nur in einer Art von Wertpapieren, nämlich in denen, wo die Rückzahlung oder der Zins ganz oder teilweise durch einen einmaligen Gewinn ersetzt wird, also den Anlehenslosen. Der Käufer wird angelockt durch die Aussicht auf einen unsicheren aussergewöhnlichen Gewinn, während er als Einsatz den Verzicht auf den Zins oder dessen Minderung sich gefallen lassen muss, also handelt es sich um einen Appell an den Spieltrieb. Dieser verdient am allerwenigsten den Schutz der Rechtsordnung bei Personen, die die Spielpapiere nicht bar bezahlen können, sondern sie mit ihrem unsicheren zukünftigen Erwerb anschaffen müssen. Daher erklärt sich auch das Einschreiten der Gesetzgebung auf diesem Gebiete. So ward — im Anschluss an das Geschäftsgebot einer bekannten Firma — im Kanton Zürich anlässlich der Aenderung des Börsengesetzes der „Verkauf von Prämienlosen auf Abzahlung (Ratenloshandel)“ verboten ⁵⁹⁾. Nach dem Freiburger Gesetz vom 25. November 1899 „concernant les valeurs à lots ou à primes et certaines opérations commerciales“ bedarf es zur Veräusserung derartiger Papiere überhaupt einer Konzession. Dagegen wird hier nicht das Abzahlungsgeschäft oder der Kreditkauf, sondern merkwürdigerweise das Zeitgeschäft (vente à terme), das doch, da es eine Börse in Freiburg nicht gibt, kaum viel vorkommen wird, noch einer besonderen Regelung unterworfen ⁶⁰⁾.

⁵⁹⁾ § 9 des Gesetzes betreffend den gewerbsmässigen Verkehr mit Wertpapieren vom 1. Juli 1896.

⁶⁰⁾ Von auswärtigen Gesetzen hat das Deutsche Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte in § 7 die Veräusserung von Lotterielosen und Inhaberpapieren mit Prämien untersagt, nachdem Oesterreich und Ungarn mit Spezialgesetzen über diese Materie (vom 30. Juni 1878 und vom 31. Januar 1889) vorausgegangen waren. Frankreich hat dagegen mit Gesetz vom 12. März 1900 „ayant pour objet de reprimer les abus commis en matière de vente à crédit des Valeurs de Bourse“ das Abzahlungsgeschäft (vente à tempérament) in den genannten Werten nicht verboten, dagegen einer einschränkenden Regelung unterworfen.

Neben dem Verbot des Verkehrs in Wertpapieren oder in einer bestimmten Art von Wertpapieren auf Abzahlung käme noch in Betracht der Ausschluss einer besonderen Art des Vertriebes, nämlich des Aufsuchens von Bestellungen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus im Abzahlungsgeschäft und namentlich das Mitführen der Waren. Die in dieser Beziehung vorgebrachten Klagen sind sicherlich grossenteils gerechtfertigt, und es könnte die Geschäftsreklame vermittelt der Handelsreisenden bei Personen, die den gehandelten Gegenstand nicht in ihrem Berufe brauchen, eine gewisse Beschneidung wohl ertragen. Dass aber die Reisenden und Agenten der Abzahlungsgeschäfte wesentlich anders vorgehen als die übrigen, folgt aus dem Begriff des Abzahlungsgeschäftes nicht.

Eher liegt eine gewisse Gefahr im Hausieren auf Abzahlung. Schon das Animieren zum Geschäftsabschluss gegenüber Personen von geringer wirtschaftlicher und sittlicher Selbständigkeit bildet eine Gefahr, die sich steigert durch die Aussicht auf sofortigen Genuss der mitgeführten Waren verbunden mit der Annehmlichkeit des Aufschubes der Zahlungspflicht.

Bereits wird in einigen kantonalen Gesetzen der Hausiervertrieb bezüglich einzelner Gegenstände, namentlich solcher, deren Wert der Käufer schwer beurteilen kann, ausgeschlossen; es würde sich empfehlen, weiter zu gehen und den Kreditverkehr — das Abzahlungsgeschäft bedarf hier keiner weiteren Beschneidung als der Kreditkauf im allgemeinen — auch da einzuschränken, wo der Hausierverkehr gegen Barzahlung gestattet ist, sei es durch Verbot, sei es durch Klagloserklärung oder Statuierung der Nichtigkeit der betreffenden Geschäfte. Ersteres könnte auf kantonalem, letzteres auf eidgenössischem Boden geschehen. Trotzdem die Klaglos- oder Ungültigkeitserklärung einen wirksameren Schutz des Käufers bedeuten würde, als das Verbot des Abschlusses, da die Anwendung des Rechtsbehelfes in die Hände derjenigen gelegt würde, die ein Interesse daran haben, während den Augen der Polizei manche Uebertretung einer Vorschrift verborgen bleiben muss, so würde es doch vorzuziehen sein, es dem kantonalen Rechte zu überlassen, ob und in welchem Umfang gegen das Abzah-

lungsgeschäft oder überhaupt gegen das Kreditgeschäft im Herumziehen, und zwar durch das Mittel des polizeilichen Verbotes, eingeschritten werden solle. Und dies aus zwei Gründen: Vorerst wirkt die Klagloserklärung einer Forderung, nachdem der Schuldner den Gegenwert empfangen, auf die Dauer demoralisierend auf das öffentliche Gewissen, die Statuierung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes aber, selbst nach erfolgter Exekution, lähmt die Verkehrssicherheit zu sehr; sodann aber sind die Gründe, die für die Existenzberechtigung des Hausierhandels, und damit auch des Wanderhandels auf Kredit, sprechen, in den verschiedenen Landesteilen, zumal in städtischen oder ländlichen Kantonen, zu verschieden, als dass eine einheitliche Regelung für alle Verhältnisse das Richtige treffen könnte.

Neben diesen in Frage kommenden Einschränkungen des Geltungsgebietes des Abzahlungsgeschäftes in einzelnen seiner Formen bleibt noch zu untersuchen, ob nicht das Abzahlungsgeschäft überhaupt, sei es als ganzes, sei es in einzelnen seiner Einrichtungen einer besonderen Regelung unterzogen werden sollte, wodurch den im ersten Abschnitt (IV, 2) hervorgehobenen Misständen begegnet werden könnte.

Bei einem Vorgehen in dieser Richtung kann man mehr oder weniger weit gehen.

Deutschland und Oesterreich haben es für nötig erachtet, besondere Gesetze über den Gegenstand zu erlassen, entsprechend der Ausdehnung, die er im praktischen Leben angenommen und den Klagen über Auswüchse, die darüber in die Öffentlichkeit gedrungen sind⁶¹⁾. Und zwar hat die Gesetz-

⁶¹⁾ Vgl. die im 1. Abschn., II angeführten Gesetze.

Auch in Dänemark hat ein Gesetzesentwurf über diese Materie bereits den 13. Februar 1897 das Folkething passiert, ohne bis jetzt Gesetzeskraft zu erlangen. In Norwegen spricht man wenigstens von der Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung des Abzahlungsgeschäftes (Lazarus a. a. O., S. 25 f.).

Neuerdings scheint man es vorzuziehen, an Stelle der Ausnahmegesetzgebung allgemeine Bestimmungen in ein zu erlassendes skandinavisches Ge-

gebung in Oesterreich einen viel weiteren Umfang angenommen, als in Deutschland. Es scheinen dort die Misstände im Raten-geschäft in viel eindringlicherer Weise aufgetreten und allgemeiner als solche empfunden worden zu sein, so dass man dagegen als gegen einen „Krebsschaden der Volkswirtschaft“ einschreiten zu müssen glaubte.

Sollen wir in der Schweiz auf den Bahnen der beiden Nachbarstaaten weiterwandeln?

Im allgemeinen empfiehlt es sich nicht, dass der Gesetzgeber überall da, wo das Verkehrsleben eine Wunde erzeugt hat, gleich sein Heftpflaster auflege. Es sollte im Gegenteil danach gestrebt werden, die Rechtsordnung so zu gestalten, dass der Verkehr sich möglichst frei abwickeln kann und wenig Reibungen erzeugt werden, und im übrigen der natürlichen Entwicklung der Verhältnisse keine Gewalt anzutun. Namentlich jetzt, wo wir vor der einheitlichen Regelung des Zivil- und Strafrechts stehen, wird es sich fragen, ob wir diese Materien nicht so ordnen können, dass sie in ihrem allgemeinen Rahmen genügend Rücksicht nehmen auf die einzelne Verkehrserscheinung des Abzahlungsgeschäftes. Die Erfahrungen, die wir in unserem Lande mit der Ausnahmsgesetzgebung auf zivil- und strafrechtlichem Gebiete gemacht haben, sind nicht dazu angetan, zu neuen Versuchen zu ermuntern. Schon zur Zeit des Erlasses ist es schwer, die Abgrenzung so vorzunehmen, dass die Uebelstände, die man visiert, ganz, und nichts anderes, getroffen werde. Dann aber verschlimmern sich die Verhältnisse mit dem Fortschreiten der Rechtsanschauungen zusehends. Diejenigen, die durch die Ausnahmsbestimmungen getroffen werden, fühlen sich verletzt und erbittert, finden aber fast immer einen Ausweg. Und die man schützen wollte, machen auf die Dauer den schlechtesten Tausch. Während die allgemeine Rechtsordnung sich weiter entwickelte, blieb das Spezialgesetz stecken, und auch die Gerichtspraxis, die die allgemeinen

setz über die vermögensrechtlichen Verträge aufzunehmen, wodurch diese Geschäftsart getroffen würde. (Lehmann in der Besprechung des skand. Gesetzes über den Kaufvertrag in der Zeitschr. für das ges. Handelsrecht, 1905, S. 5.)

Gesetze im Geiste der neuen Zeit mit den neuen Rechtsanschauungen interpretiert, steht der Ausnahmsgesetzgebung gegenüber hilflos da, denn die sehr präzisen, oft ziffermässigen Ausdrücke sind den geänderten Verhältnissen schwer anzupassen, und quod contra rationem iuris conceptum est, non est producendum ad consequentia. Es ist wohl nicht nötig, auf die Beispiele, die das Gesagte erhärten würden, noch speziell hinzuweisen.

Zudem kommen die im Abzahlungsgeschäft gewöhnlich gerügten Misstände auch bei anderen Verkehrserscheinungen vor, und wenn sie noch nicht fühlbar geworden sind, oder momentan nicht so sehr empfunden werden, wie beim Abzahlungsgeschäft, so kann es jederzeit anders kommen, und die Gesetzgebung erfüllt ihre Aufgabe besser, wenn sie die Krankheitsursachen beseitigt, als wenn sie stets erst einschreitet, wenn Fiebererscheinungen sich eingestellt haben.

In Deutschland speziell hat man es für nötig gefunden, gewisse Kreise, die ihre Interessen selbst zu verteidigen in der Lage sind, vom Schutze des Gesetzes über die Abzahlungsgeschäfte auszuschliessen, nämlich die sogen. Vollkaufleute (§ 8 des Gesetzes). Auch das spricht nicht zu gunsten der Spezialgesetzgebung für unsere Verhältnisse, wo diese Ausnahmsbehandlung nicht angängig wäre.

Rechtfertigt sich demnach der Erlass eines Spezialgesetzes nicht, so wird sich fragen, wie die allgemeine Gesetzgebung einzelnen Auswüchsen beikommen könne.

In der Schweiz sind aus beteiligten Kreisen unseres Wissens Klagen über Klauseln beim Abzahlungsgeschäft, abgesehen vom Eigentumsvorbehalt, in die Aussenwelt nur getreten, soweit sie sich beziehen auf die lex commissoria mit der Verwirkungsklausel⁶²⁾. Wir haben daher kaum Veranlassung, auch die Klagen über andere Nebenbestimmungen des Vertrages, wie

⁶²⁾ Vergl. die Mitt. des Sekretariates des Schweiz. Gewerbevereins, 1904, Nr. 2, S. 3.

Mitt. des Schweiz. Bauernsekretariates, Nr. 14 (betr. das Sachenrecht im Z. G. B.), 1902, S. 38.

sie in der auswärtigen Literatur sich Luft gemacht haben, zu berücksichtigen und die Abhilfsmittel der Gesetzgebung und die vielen von dieser nicht berücksichtigten Reformvorschläge einer näheren Erörterung zu unterwerfen.

Gewiss sind auch andere Klauseln an sich geeignet, in einzelnen Fällen zu Missbrauch Veranlassung zu geben, aber einerseits kommen sie mit analogen Wirkungen auch bei anderen Geschäften vor, andererseits entspricht deren Aufnahme in das Abzahlungsgeschäft einem berechtigten Interesse.

Dieser Art ist die sog. Fälligkeitsklausel, wodurch bestimmt wird, bei dem Verzug mit einer Rate werden alle gemäss Vertrag gestundeten Raten fällig. Dadurch wird der Kredit, den der Schuldner über die vereinbarte Zeit hinaus in Anspruch genommen, gekündet. Dasselbe Verhältnis kommt vielfach bei anderen Kreditgeschäften, namentlich beim Darlehen, vor, wozu letzteres bei nicht regelmässiger Verzinsung als zur Rückzahlung fällig abgemacht wird. Auch bei gerichtlichen Vergleichen, also unter Mitwirkung der zum Rechtsschutz berufenen Behörde, trifft man nicht selten die angefochtene Vereinbarung. Unbillig ist dabei, dass die gemäss der ursprünglichen Abmachung kreditierten Raten, die wegen des Kreditpreises höher gestellt wurden, als für den Fall der Barzahlung, beim Wegfall des Kredits nicht ermässigt werden. Es liegt also in der Fälligkeitsklausel der Erfolg einer Konventionalstrafe, und es fragt sich, ob sie nicht auch rechtlich als solche zu behandeln wäre. Darauf werden wir zurückkommen.

Die Abmachung eines besonderen Gerichtsstandes am Domizil des Abzahlungsgeschäfts entspricht ebenfalls einem fühlbaren Bedürfnis. Da es sich fast durchgehends um geringe Beträge handelt und meist Böswilligkeit die Ursache der Bestreitung ist, so würde dem Abzahlungsgeschäft der Boden untergraben, wenn es am Wohnorte jedes Kunden einen Vertreter zur Führung der Prozesse bestellen müsste. Das *forum prorogatum* kommt übrigens auch in vielen anderen Verhältnissen vor und beschränkt regelmässig den, der sich demselben unterworfen, in gewissem Masse in der Freiheit, ohne

dass man zur Beseitigung von Gesetzes wegen geschritten wäre ⁶³⁾.

Die Anwendung eines besonderen gedruckten Formulars zum Vertragsabschluss legt auch anderswo, und oft in höherem Masse, wie bei langatmigen Mietverträgen oder bei Vereinsstatuten, die Gefahr nahe, dass sie nicht vollständig gelesen oder verstanden werden. Deshalb besondere Massregeln anzuordnen, hat der Gesetzgeber nicht für nötig gefunden.

Andere Vorschriften, wie die Aufstellung eines besonderen Begriffes der *læsio enormis*, spezieller Bestimmungen über die Untersuchung der Ware nach ihrer Empfangbarkeit, wie sie das österreichische Gesetz enthält, tragen doch zu sehr den Stempel der *præsumtio mali* gegenüber dem Abzahlungshändler an der Stirne, als dass sie für uns in Frage kommen könnten. Je mehr sie zudem von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abweichen, desto mehr geben sie zur Umgehung Veranlassung.

Es bleibt danach bloss noch diejenige Klausel des Abzahlungsgeschäfts, die in der Schweiz wirklich zu Klagen geführt hat, und die, wie im ersten Abschnitte dargetan wurde, eine Uebervorteilung des Abzahlungskäufers bedeutet: die Abmachung der Verwirkung der bereits geleisteten Ratenzahlungen für den Fall des Rücktritts des Verkäufers infolge Verzuges des Käufers mit fälligen Abschlagszahlungen.

Am wirksamsten würde man gegen die angefochtene Klausel vorgehen, wenn der Rücktrittsvorbehalt ausgeschlossen würde. Es sind denn auch die Hauptangriffe der Gegner auf den Art. 264 des O. R. gerichtet.

⁶³⁾ Dass in Oesterreich übrigens durch den Ausschluss des *forum contractus* und des *forum prorogatum* „weder die Verteidigungsmöglichkeit vergrössert noch der Verteidigungswille gestärkt worden ist,“ weist auf Grund statistischen Materials neuerdings ein Praktiker, Landesgerichtsrat Bloch (—, A., Zur Anwendung des Ratengesetzes, Separatabzug aus der „Allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung,“ Wien, 1899, S. 4) schlagend nach.

Von landwirtschaftlicher Seite ⁶⁴⁾ wurde vorerst die Streichung des genannten Artikels verlangt. Damit wird jedoch dem Uebelstand nicht nur nicht abgeholfen, sondern den Artikel streichen hiesse einfach den Teufel mit Belzebub austreiben. Dann würden die Art. 122 ff. des O. R., von denen Art. 264 eine Ausnahme darstellt, zur Anwendung kommen, d. h. es könnte bei Verzug des Käufers in Bezahlung des Kaufpreises der Verkäufer zurücktreten ohne die Notwendigkeit des Vorbehaltes.

Dem Zwecke der Anfechtung würde eher entsprechen das Streichen der Möglichkeit des Rücktrittsvorbehalts. Danach würde der Artikel lauten:

„Ist der Kaufgegenstand vor geleisteter Zahlung in den Gewahrsam des Käufers übergegangen, so kann der Verkäufer wegen Verzuges des Käufers auch dann nicht von dem Vertrage zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern, wenn er sich dieses Recht vorbehalten hat.“

Mit einer solchen Bestimmung würde aber das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Denn dadurch würde gerade bei der wichtigsten Vertragsart, dem Kauf, das Prinzip der gegenseitigen Abhängigkeit der bei einem synallagmatischen Vertrag bestehenden Verbindlichkeiten in seiner Hauptanwendung beseitigt und damit eine wertvolle Errungenschaft des modernen gegenüber dem Römischen Recht preisgegeben.

In neuester Zeit will man von der genannten Seite aus von einer so weit gehenden allgemeinen Bestimmung abstrahieren, dagegen verlangt man die Aufnahme einer speziell auf den Viehhandel bezüglichen Vorschrift. In der neuesten Nummer der Mitteilungen des Bauernsekretariates, die der Besprechung des Obligationenrechtes des Entwurfes zum Zivil-

⁶⁴⁾ In der bereits (1. Abschn., IV, 2) angeführten Besprechung des Sachenrechts. „Wir müssen,“ heisst es da nach Anführung eines typischen Falles der Uebervorteilung, „deshalb bei Revision des Obligationenrechtes auf das energischste die Streichung des Art. 264 verlangen.“

gesetzbuch gewidmet ist⁶⁵⁾, wird als Zusatz zu Art. 1255 (entsprechend dem jetzigen Art. 264) folgende Vorschrift beantragt:

„Im Viehhandel ist jedoch der Eigentumsvorbehalt in in jeder Form untersagt. Vertragsbestimmungen, welche dieser Vorschrift entgegenstehen, haben keine Rechtswirkung.“

Der Vorschlag scheint nur ein eventueller zu sein für den Fall, dass das Verbot des Eigentumsvorbehaltes in Art. 702 des Entwurfes nicht stehen bleibt.

Dabei befremdet vorerst der Ort, wohin die beantragte Bestimmung zu stehen käme. Art. 1255 spricht als Bestimmung des Obligationenrechts nicht von dem Eigentum, sondern bloss von dem persönlichen Recht, den Kauf aufzuheben (s. oben 3. Abschn., I, 2). Der Vorbehalt des Rücktrittsrechtes gibt also bloss das Mittel, das Eigentum, wenn es an den Käufer übergegangen war, wieder zu bekommen, oder, wenn es infolge des bekannten Vorbehaltes beim Verkäufer verblieb, mit diesem Eigentum zugleich wieder die dem Käufer durch den Verkauf abgetretenen Rechte wieder zu verbinden.

Sodann muss man sich sagen, dass mit der Annahme der Bestimmung den beteiligten Kreisen kaum geholfen würde. Nicht der Eigentumsvorbehalt ist es, der manchen Bauer ins Unglück gebracht hat, wie zur Begründung der vorgeschlagenen Bestimmung ausgeführt wird, sondern, wie aus dem drastischen Beispiel, das das Bauernsekretariat bei Besprechung des Sachenrechtes erwähnt⁶⁶⁾, der Rücktrittsvorbehalt. Durch den Eigentumsvorbehalt wird das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer im wesentlichen nicht geändert. Das schon vermöge des Rücktrittsrechtes dem Verkäufer zustehende Recht, die Kuh wieder zurückzuverlangen, wird durch denselben nur dinglich gesichert. Das Unglück des Bauern ist gerade so gut da,

⁶⁵⁾ Sie ist zur Zeit noch nicht publiziert, das Sekretariat hat jedoch den betreffenden Passus dem Referenten in verdankenswerter Freundlichkeit im Korrekturabzug zur Einsicht übermittelt.

⁶⁶⁾ S. oben 1. Abschn., IV, 2.)

wenn die Kuh vermittelt persönlicher Klage zurückverlangt wird, wie wenn sie als Eigentum vindiziert würde. Nur die Rechte dritter Personen werden verschieden beeinflusst, je nachdem das eine oder andere Rechtsmittel, die Rückforderung oder die Vindikation, zur Verfügung steht. Also wäre die Stellung des Bauern keine günstigere, wenn Art. 702 zwar belassen würde, aber auch Art. 1255 in der gegenwärtigen Fassung stehen bliebe. Es scheint daher die vorgeschlagene Bestimmung nicht sowohl deplaziert zu sein, als inhaltlich dem beabsichtigten Effekte nicht zu entsprechen. Man empfindet es als ein Unglück für den Käufer der Kuh, dass nebst dieser deren Wertvermehrung dem Verkäufer zukomme und erst noch die verfallenen Raten, wenn er den eingegangenen Verpflichtungen nicht nachkommt. Die vorgeschlagene Regelung ändert hieran nichts. Statt des Eigentumsüberganges kann der Kauf selbst suspensiv bedingt werden, dann gehen Nutzen und Gefahr — also auch die Wertvermehrung — erst mit der Bezahlung des Preises auf den Käufer über (so ausdrücklich, ohne dass es einer dahingehenden Vereinbarung bedürfte, nach Art. 1216 des Entwurfes, und in diesem Sinne können die Parteien es auch abmachen nach dem jetzt geltenden Art. 204), und der Ratenverfall ist nicht mit dem Eigentumsvorbehalt, sondern mit dem Rücktrittsrecht verbunden.

Wollte man auf den dem Vorschlag zu grunde liegenden Gedanken eingehen, so müsste beim Viehhandel nicht der Eigentumsvorbehalt, sondern der Vorbehalt des Rücktrittsrechtes vom Verkaufe ausgeschlossen werden. Einer solchen Vorschrift könnte man aber den Vorwurf der Willkür nicht ersparen. Einerseits kommen die hier gerügten Uebelstände auch anderswo vor, wo Sachen veräussert werden, die an Wert zu- statt abnehmen. Andererseits würden mit dem Verbot Fälle getroffen, wo es nicht angezeigt wäre, nämlich alle die, wo auch beim Viehhandel die Rücktrittsmöglichkeit die gerechteste und zweckmässigste Sicherung darstellt oder wenigstens bei Beschneidung von Auswüchsen darzustellen fähig ist.

Das Deutsche und das österreichische Gesetz glaubten dem Ratenverfall dadurch am besten beizukommen, dass sie für den Fall des Rücktritts vom Vertrag durch den Verkäufer die gegenseitigen Leistungen genau und durch *ius cogens* fixierten.

§ 2 Abs. 1 des Deutschen Gesetzes lautet:

„Der Käufer hat im Falle des Rücktritts dem Verkäufer für die infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen, sowie für solche Beschädigungen der Sache Ersatz zu leisten, welche durch ein Verschulden des Käufers oder durch einen sonstigen von ihm zu vertretenden Umstand verursacht sind. Für die Ueberlassung des Gebrauchs oder der Benutzung ist deren Wert zu vergüten, wobei auf die inzwischen eingetretene Wertminderung der Sache Rücksicht zu nehmen ist. Eine entgegenstehende Vereinbarung, insbesondere die vor Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgte vertragsmässige Festsetzung einer höheren Vergütung ist nichtig.“

Das österreichische Gesetz sagt in § 2:

„Hat der Verkäufer sich für den Fall der Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen das Recht des Rücktritts vom Vertrage vorbehalten, so ist derselbe, wenn er hievon Gebrauch macht, verpflichtet, dem Käufer das empfangene Angeld und die bezahlten Raten samt gesetzlichen Zinsen vom Empfangstage an zurückzuerstatten und die auf die Sache gemachten notwendigen und nützlichen Verwendungen zu ersetzen.

Der Käufer hat dagegen dem Verkäufer die Sache zurückzustellen und ihn nach den Umständen des Falles schadlos zu halten. Insbesondere hat derselbe für die Benützung der Sache in der Zwischenzeit eine angemessene Vergütung zu leisten. Eine im Vorhinein erfolgte Vereinbarung über die Höhe der zu leistenden Entschädigung ist ungültig.“

Nach beiden Gesetzen ist demnach der bereits bezahlte Preis zurückzuerstatten. Dafür hat der Verkäufer im Wesentlichen bloss zu gut eine Vergütung für den Gebrauch und die Wertminderung. Dagegen hat der Käufer nicht aufzukommen

weder für die allgemeinen Geschäftsauslagen mit dem Risiko, noch für den entgangenen Geschäftsgewinn ⁶⁷⁾).

Diese Regelung bietet zwei grosse Nachteile.

Vorerst wird naturgemäss der von dem im Vorzug befindlichen Schuldner nicht vergütete Schaden, da er natürlich von dem Abzahlungsgeschäft nicht endgültig getragen werden kann, auf die Preise geschlagen oder von der Ware in Form der Verschlechterung der Qualität in Abzug gebracht, was zur Folge hat, dass die ihren Verbindlichkeiten Nachkommenden für die Säumigen aufkommen müssen.

Sodann haben diese Vorschriften bei jedem nicht vertragsgemäss abgewickelten Abzahlungsgeschäft, weil die Entschädigung nicht zum Voraus festgesetzt werden darf, einen Prozess zur notwendigen Folge, wobei Sachverständige zur Schätzung zuzuziehen sind. Wir haben nun bereits gesehen ⁶⁸⁾, welchen Umfang die Prozesse in Abzahlungssachen in den zwei genannten Ländern haben. Die neue Ordnung der Dinge muss sie vermehren und hat sie in Oesterreich, wo in dieser Beziehung Angaben existieren, in ungeahntem Masse vermehrt, entfallen doch nach der Aufstellung eines Eingeweihten ⁶⁹⁾ an einem Gerichte in einem Arbeiterviertel von Wien von 4403 Bagatellklagen im Jahre 1898 „zumindest 90 0/0 auf Klagen aus Ratengeschäften gegen im Bezirke wohnhafte Personen.“ Die neue Regelung wird auch dort als solche Belästigung empfunden, dass sie vielfach in beteiligten Kreisen einfach ignoriert wird, sei es, dass schon der Wortlaut der neuen Formulare dem oben angeführten § 2

⁶⁷⁾ Noch weiter zu Lasten des Verkäufers geht ein Vorschlag von Boos-Jegher in den Mitteilungen des Sekr. des Gewerbevereins, 1904, Nr. 2, 13: „Nicht unwesentlich zur strikten Ablehnung des Eigentumsvorbehaltes führte der Schwindel mit den Abzahlungsgeschäften. Allein dem wird man nur beikommen, wenn man im Obligationenrecht bestimmt, dass bei Nichteinhaltung der Teilzahlungen seitens des Käufers der Verkäufer zwar ein Recht habe, die Ware zurückzuziehen, dass aber die gezahlten Beträge in Abrechnung zu bringen, bzw. auszuzahlen sind.“

⁶⁸⁾ 1. Abschnitt, II.

⁶⁹⁾ Bloch, a. a. O., S. 4.

nicht entspricht,⁷⁰⁾ sei es, dass durch Vergleich vor Gericht derselbe Effekt erzielt wird⁷¹⁾.

In der Schweiz, wo einerseits einer Betreibung für eine Forderung regelmässig eine gerichtliche Klage nicht vorausgeht, und wo anderseits — wohl auch infolge dessen — die kantonalen Einrichtungen zur prozessualen Behandlung von Bagatellsachen oft mangelhaft sind, würde diese Regelung, die in jedem Einzelfall auf eine gerichtliche Feststellung der Abnutzung und des sonstigen Schadens abstellen würde, als doppelt lästig empfunden. Der letzte der angeführten Nachteile, wie sie das deutsche und das österreichische System der Entschädigung bieten, enthebt uns wohl einer eingehenden Kritik desselben.

Einen Fortschritt gegenüber den beiden angeführten Gesetzgebungen würden wir schon darin erblicken, dass wenigstens bezüglich der Vergütung, die sich zum Voraus annähernd bestimmen lässt, nämlich der für den Gebrauch und für die Wertminderung, eine vorausgehende Vereinbarung getroffen werden könnte, wobei, um einer Uebervorteilung des Käufers vorzubeugen, für gewisse Gegenstände des Abzahlungsgewerbes behördliche Tarife aufgestellt werden könnten⁷²⁾. Diese würden je nach der seit der Übergabe der Sache abgelaufenen

⁷⁰⁾ Bloch, a. a. O., S. 8: „Es muss auffallen, dass Firmen (Kaufleute), die für sich einen Weltruf reklamieren, die sich zur Concipierung der von ihnen allgemein verwendeten Vertrags-, Klags- und Exekutionsformularien der rechtsfreundlichen Vertretung bedienen, denen die Bestimmungen des Ratengesetzes nicht unbekannt sein können, weil sie ja im Wege der Agitation der Fachpresse, Memoranden, Gutachten und Petitionen vor und mit Geltung des Ratengesetzes wider dasselbe in beständiger Fehde gestanden sind, in ihren Verträgen an dieser gesetzwidrigen Bestimmung (gemeint ist die Vereinbarung der Höhe der Entschädigung) für den Fall des Rücktritts festhalten.“

⁷¹⁾ Derselbe, a. a. O., S. 9.

⁷²⁾ Abgesehen von der Tarifierung ist die Vorausbestimmung der festen Entschädigungssumme von Vorteil da, wo sie an Stelle der rohen Berechnungsweise tritt, wie sie im Ratenverfall liegt. Nach Gessner, a. a. O., S. 123, soll diese Bestimmung in den schweizerischen Formularen häufig sein. Uns ist kein solches Formular zu Gesicht gekommen.

Zeit und nach der Abnützbarkeit der Sachkategorien einen gewissen Prozentsatz festsetzen, der die Gebrauchs- und Minderwertsvergütung darstellen würde, während dann bloss für die etwa vorkommende ausserordentliche Abnutzung (Beschädigung aus Gründen, die der Käufer zu vertreten hätte) stattfinden müsste.

Das Abzahlungsgeschäft ist aber heute so ausgebreitet, dass kaum für alle gehandelten Gegenstände eine Tarifierung möglich wäre. Zudem würde mit der Aufstellung oder der Genehmigung eines Tarifes durch eine Behörde — abgesehen von den allgemeinen Bedenken, die die Einmischung der öffentlichen Gewalt auf diesem Gebiete zu wecken geeignet ist, und auf die wir bereits hingewiesen haben — eine Sicherheit für das Publikum noch nicht geschaffen sein, da, weil es sich nicht um Gegenstände mit ein für allemal festgestellter Qualität handelt, eine Garantie dafür, dass die in Wirklichkeit gelieferten Sachen in ihrer Beschaffenheit mit den tarifierten übereinstimmen, nicht bestünde.

Es wird sich nach alledem nichts tun lassen, als dass man zwar durch die Parteien die Leistungen, die für den Fall der Auflösung des Kaufes zu machen sind, zum voraus fixieren lässt, dass aber die Möglichkeit gegeben wird, gegen dabei untergelaufene unreelle Machenschaften den Richter anzurufen.

Ein speziell für das Abzahlungsgeschäft verwendbarer Rechtsbehelf braucht deshalb nicht geschaffen zu werden, es genügt, dass die allgemeine Gesetzgebung die nötigen Reaktionsmittel an die Hand gibt.

Wir haben gesehen, dass die Hilfe der Art. 17 und 182 des geltenden O. R., die man wohl angerufen hat, versagt.

Dagegen suchten kantonale Gesetze aus dem Gesichtspunkte des Wuchers strafrechtlich — Art. 83, Absatz 2 des O. R. genügt, weil zu eng gefasst, nicht zur Rechtfertigung zivilrechtlicher Massregeln — gewissen Praktiken beizukommen. Am weitesten ⁷³⁾

⁷³⁾ Zu weit, denn es geht doch wohl nicht an, dass der kantonale Gesetzgeber eine Handlung mit Strafe bedroht, zu der die zu strafende Person gemäss der eidgenössischen Zivilgesetzgebung berechtigt war.

ging dabei Freiburg durch ein Gesetz vom 9. Mai 1903, wonach der Abzahlungsverkäufer, der die verkaufte Sache infolge Aufhebung des Kaufes zurückerhält, wenn er die empfangenen Zahlungen über 20 % des Kaufpreises und den Minderwert der Sache hinaus nicht an den Käufer herausgibt, mit Geldbusse im Betrag von 50 bis 1000 Franken oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft wird.

Wirksame Waffen im Kampfe gegen die missbräuchliche Ausbeutung der einmal vorgenommenen Schätzung der Leistungen für den Fall der Auflösung des Kaufes und namentlich gegen die Abmachung des Ratenverfalles bieten uns die Entwürfe zum Straf- und zum Zivilgesetzbuch.

Vorerst fällt in Betracht Art. 92 des Strafgesetzentwurfes mit dem weitgefassten Begriff des Sachwuchers:

„Wer die Notlage, den Unverstand, die Charakterchwäche, den Leichtsinn, die Unerfahrenheit oder die Abhängigkeit einer Person benützt, um sich oder einem andern übermässige Vermögensvorteile von ihr geben oder versprechen zu lassen, welche mit seiner Leistung in keinem Verhältnisse stehen wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft.“

Der Entwurf zum Zivilgesetzbuch (das Obligationenrecht in der revidierten Fassung) enthält mehrere einschlägige Bestimmungen.

Zunächst gibt Art. 1034 dem jetzigen Art. 17 eine Fassung, die dem Richter eine festere Handhabe bietet. Damit ein Vertrag als nichtig erklärt werden könne, ist nicht mehr nötig, dass dessen „Gegenstand“ eine „unsittliche“ „Leistung“ sei, sondern es genügt, dass „der Vertrag“ „gegen die guten Sitten verstosse.“ Genügt auch diese neue Fassung nicht, die Position der Verwirkungsklausel, wie sie jetzt üblich ist, zu erschüttern, so übt sie doch eine heilsame prophylaktische Mission gegen drohende andere Machenschaften aus.

Direkter wird die Klausel berührt durch den ganzen neuen Art. 1036:

„Wer einen Vertrag abschliesst, durch den ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegen-

leistung begründet wird, kann den Vertrag anfechten, wenn das Missverhältnis durch die Ausbeutung der Notlage oder des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Verletzten herbeigeführt worden ist.“

Ist das Missverhältnis zwischen dem Gesamtbetrag der Raten auf der einen und der dem Verkäufer nach den gegebenen Verhältnissen geschuldeten Vergütung auf der anderen Seite vorhanden, so wird sich seitens des Käufers in vielen Fällen der Beweis der Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit erbringen lassen.

Endlich hat der Entwurf ein Mittel geschaffen, das es dem Käufer ermöglicht, beim Eintritt eines jeden Ratenverfalls an den Richter zu gelangen. Es geschieht dies durch die Aufstellung einer Begriffsbestimmung der Konventionalstrafe, wie sie im jetzigen Gesetze fehlt, und durch die ausdrückliche Subsumtion des Tatbestands der Ratenverwirkungsklausel unter die Bestimmungen über die Konventionalstrafe. Art. 1185, der vor den jetzigen Art. 179 zu stehen käme, lautet nämlich :

„Mit einem Vertrage kann die Abrede verbunden werden, dass im Falle der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung der Verpflichtete dem Berechtigten eine bestimmte Leistung als Strafe oder Schadenersatz zu entrichten habe (Konventionalstrafe).

Die Abrede, dass Teilzahlungen im Falle des Rücktrittes dem Gläubiger verbleiben, ist nach den Vorschriften über die Konventionalstrafe zu beurteilen.“

Es wird also gesagt, die Ratenverfallsklausel sei keine Konventionalstrafe, dagegen treten dieselben Wirkungen ein, wie wenn man es wirklich mit einer Konventionalstrafe zu tun hätte. Die Ausnahmsbestimmung wäre entbehrlich, und es würden zudem nicht direkt verbotene Mittel, die das gleiche Resultat anstreben, zum voraus ausgeschlossen, wenn ein weiterer Begriff der Konventionalstrafe aufgestellt würde, und diese definiert würde als Abrede, durch die jemand für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung einen Rechtsnachteil übernimmt. Damit würde nicht bloss

die Verwirkungs-, sondern auch die Fälligkeitsklausel und ähnliche Abreden unter den Begriff der Konventionalstrafe fallen. Ein Grund, warum in diesen Fällen andere Wirkungen eintreten sollten, als wenn „eine bestimmte Leistung als Strafe oder Schadenersatz“ versprochen wurde, ist doch kaum vorhanden.

Dem so erweiterten Begriffe müsste auch Art. 1189 des Entwurfes (Art. 182 des O. R.) in seinem zweiten Absatze insofern angepasst werden, als zu bestimmen wäre, die Konventionalstrafe könne nicht bloss herabgesetzt, sondern auch als ganz unwirksam erklärt werden, damit auch nicht teilbare Leistungen getroffen werden können.

Mit diesen Bestimmungen werden dem Richter gegen die Verwirkungsklausel genügende Repressionsmittel in die Hand gegeben, und es wird dem Käufer im Abzahlungsgeschäft ein Schutz gewährt, wie er nicht leicht bei einem anderen Rechtsverhältnisse dem wirtschaftlich Schwachen zur Verfügung steht: Je nach der Beschaffenheit der Voraussetzungen kann eintreten Herabsetzung der Gegenleistung, Anfechtung des Rechtsgeschäftes, Nichtigkeit desselben, Bestrafung der Gegenpartei.

Bei einer solchen Sachlage mag es sich daher wohl rechtfertigen, dem Verkäufer in der Gestalt des Eigentumsvorbehaltes mit Pfandrechtswirkung ein Mittel zu belassen, das die weitere Ausübung des Abzahlungsgewerbes auf solider Basis ermöglicht und zugleich den Interessen Dritter, soweit es die Rücksichtnahme auf die in erster Linie beteiligten Parteien gestattet, Rechnung trägt.

Wir kommen danach zu folgenden

Thesen.

1. Es empfiehlt sich nicht, über das Abzahlungsgeschäft besondere Gesetzesbestimmungen aufzustellen.

2. Dagegen soll bestehenden Misständen durch die allgemeine Zivil- und Strafgesetzgebung begegnet werden.

3. Die in den Entwürfen zum Zivil- und zum Strafrecht enthaltenen einschlägigen Bestimmungen sind im allgemeinen geeignet, diesem Zwecke zu entsprechen.

4. Dagegen werden dazu folgende Abänderungsvorschläge gemacht:

a) Art. 702 erhält folgende Fassung:

Ein Veräusserungsvertrag, bei dem das Eigentum an dem veräusserten Gegenstand zur Sicherung einer Forderung vorbehalten wird, belässt dem Veräusserer nur die Rechte eines Pfandgläubigers.

b) Art. 1185 erhält folgende Fassung:

Mit einem Vertrage kann eine Abrede verbunden werden, wodurch eine Partei für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung einen Rechtsnachteil übernimmt (Konventionalstrafe).

c) Art. 1189 erhält folgende Fassung:

Die Konventionalstrafe kann von den Parteien in beliebiger Höhe bestimmt werden.

Jedoch ist der Richter befugt, übermässige Strafen nach seinem Ermessen herabzusetzen oder ganz aufzuheben.



Inhaltsverzeichnis.

Erster Abschnitt.

Das Abzahlungsgeschäft.

	Seite
I. Begriff und Erscheinungsform	437
II. Verbreitung	439
III. Betriebstechnik	442
IV. Wirtschaftliche Funktion	443

Zweiter Abschnitt.

Der Eigentumsvorbehalt.

I. Entstehungsursachen und Anwendungsgebiet im allgemeinen .	458
II. Analoge Entwicklung im Immobiliarsachenrecht	461
III. Die Frage der gesetzlichen Zulässigkeit	463
IV. Rechtliche Natur	472

Dritter Abschnitt.

Die Funktion des Eigentumsvorbehalts beim Abzahlungsgeschäft.

I. Juristische Funktion	474
II. Wirtschaftliche Funktion	480

Vierter Abschnitt.

Vorschläge.

I. Der Entwurf: Beseitigung des Eigentumsvorbehalts und Ersatz durch die Fahrnisverschreibung	487
II. Unsere Vorschläge:	
1. Abschwächung des Eigentumsvorbehalts durch Beseitigung der Eigentumswirkungen	497
2. Massregeln gegen das Abzahlungsgeschäft	500
Thesen	520
