

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: 40 (1921)

Artikel: Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte

Autor: Thur, Andreas v.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896356>

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 21.08.2025

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

Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte.

Von Professor ANDREAS v. TUHR in Zürich.

I.

Der rechtliche Vorgang, welcher zur Übertragung des Eigentums führt, wird im römischen Rechte in zwei Elemente zerlegt: einen obligatorischen Vertrag (z. B. den Kaufvertrag), durch welchen sich der Eigentümer zur Übertragung seines Rechtes verpflichtet; und ein zweites Rechtsgeschäft, durch welches in Erfüllung der obligatorischen Pflicht der Übergang des Eigentums bewirkt wird. Das geschah im klassischen Rechte der Römer bei Grundstücken und einigen Mobilien in der Form der *mancipatio*, bei der Mehrzahl der beweglichen Sachen durch *traditio*, d. h. formlose Einigung in Verbindung mit Übergabe des Besitzes. Im Rechte des *Corpus Juris* ist für Sachen jeder Art die Tradition das Mittel der Eigentumsübertragung.¹⁾ Da die Tradition eine Einigung der Parteien enthält, fällt sie unter den Begriff des Vertrags. Sie ist kein obligatorischer Vertrag, weil sie keine Pflichten begründet, sondern ein dinglicher Vertrag, weil sie eine Veränderung im dinglichen Rechte des Eigentums herbeiführt. Sie gehört, wie alle dinglichen Verträge, zu der Klasse von Rechtsgeschäften, welche die neuere Dogmatik Verfügungen nennt²⁾, im Gegensatz zu den Verpflichtungsgeschäften.

¹⁾ In der älteren Jurisprudenz nannte man die Tradition den *modus*, den obligatorischen Vertrag den *titulus* des Eigentumserwerbs.

²⁾ Vergl. meinen Allg. Teil des BGB § 54.

Streitig war in der gemeinrechtlichen Wissenschaft das Verhältnis der Tradition zu dem ihr zugrundeliegenden obligatorischen Verträge, der *causa traditionis*. Ist die Tradition kausal, d. h. abhängig von Gültigkeit des obligatorischen Vertrags, oder abstrakt, d. h. wirksam auch wenn es an einer *causa* fehlt? Im Gegensatz zur älteren Doktrin hat sich im 19. Jahrhundert die abstrakte Beschaffenheit der Tradition durchgesetzt,³⁾ nicht ohne Widerspruch,⁴⁾ aber unbezweifelt für den praktisch wichtigsten Fall: wird zur Erfüllung einer Verpflichtung tradiert, so geht Eigentum über, auch wenn die Verpflichtung nicht besteht. Der Tradent kann die Sache nicht vindizieren, sondern nur mit einem obligatorischen Ansprüche, *condictio indebiti*, zurückverlangen; der Empfänger hat Eigentum erworben und ist eben dadurch grundlos bereichert.

Die abstrakte Auffassung der Tradition kann auf den ersten Blick als ein sonderbares Kunstprodukt der Jurisprudenz erscheinen: wenn X keinen guten Grund zum Eigentumserwerb hat, warum soll ihm das Gesetz trotzdem das Eigentum zusprechen und sogleich auf dem Umwege eines Bereicherungsanspruchs wieder entziehen? Der praktische Zweck dieser Einrichtung ergibt sich aus der Erwägung, dass das römische Recht keinen Schutz des guten Glaubens kannte. Wenn A die Sache an B veräußerte und B an C, so hing das Eigentum des C davon ab, dass B Eigentum erworben hatte. Wäre nun der Rechtsgrund Voraussetzung des Eigentumserwerbs, so könnte A einen Mangel in seinem Kaufvertrage oder sonstigen Rechtsverhältnis z. B. nicht nur gegen B vorbringen, sondern auch gegen C und ihm die Sache durch *vindicatio* entreissen. Um solche Störungen des Rechtsverkehrs zu vermeiden, verlangte man zur Gültigkeit der Tradition, ohne Rücksicht auf deren *causa*, nicht mehr als

³⁾ Windscheid § 172 Anm. 16a, Dernburg, Pand. 1 § 213 Anm. 7.

⁴⁾ Vergl. namentlich Strohal, Jahrb. f. Dogm. 27, 340.

Einigung des A und B über den Übergang des Eigentums. Fehler der causa wurden durch obligatorische Ansprüche zwischen den am Rechtsgrunde beteiligten Personen, A und B ausgeglichen. Mit Aufkommen des gutgläubigen Erwerbs hat die abstrakte Beschaffenheit der Tradition aufgehört, eine Notwendigkeit des Verkehrslebens zu sein. Denn selbst wenn B wegen eines Fehlers der causa nicht Eigentümer wäre, kann C durch seinen guten Glauben Eigentümer werden, wenn er den Fehler im Erwerbsgrunde des B nicht kennt. Immerhin ist die abstrakte Tradition auch neben dem Schutze des guten Glaubens eine Erleichterung des Verkehrs insofern, als C sich um den Erwerbsgrund seines Vorgängers B überhaupt nicht zu kümmern braucht und nie in die Lage kommen kann, wegen eines Fehlers in diesem Erwerbsgrunde einen Prozess verwickelt führen zu müssen.

Die modernen Rechte haben verschiedene Wege der Entwicklung eingeschlagen. Das französische Recht hat den Eigentumserwerb soweit als möglich mit dem obligatorischen Verträge verbunden, C. c. 1138. Der Käufer wird mit Abschluss des Kaufvertrags Eigentümer, so dass die Übergabe der Sache ihm nur noch den Besitz verschafft; nur beim Gattungskauf kann der Eigentumserwerb nicht vor der Lieferung erfolgen.⁵⁾ Auch die bei Grundstücken vorgeschriebene Transskription verschafft dem Käufer nicht das ihm bereits zustehende Eigentum, sondern nur eine Verstärkung seiner Rechtsstellung gegenüber Dritten. Da der Eigentumserwerb auf dem Kaufverträge beruht, so muss man bei Ungültigkeit des Kaufvertrags logischerweise annehmen, dass das Eigentum nicht übergeht. Der Verkäufer müsste vindizieren können und für eine *condictio indebiti* gäbe es, ausser bei Gattungsschulden, keinen Platz. Trotzdem hat C. c. 1376 fg. die *condictio indebiti* nach dem Muster des römischen Rechtes

⁵⁾ Nur in diesem Falle kennt das französische Recht einen dinglichen Vertrag.

geregelt, welches Eigentumserwerb an der grundlos gegebenen Sache voraussetzt. Aus dieser Unstimmigkeit des Gesetzes musste in der französischen Doktrin eine bis jetzt nicht gelöste und meines Erachtens unlösbare Kontroverse darüber entstehen, ob die *condictio indebiti* als dinglicher oder als persönlicher Anspruch zu betrachten ist.⁶⁾

Das deutsche BGB hat bei Mobilien am Traditionsprinzip festgehalten, bei Grundstücken in Anlehnung an germanisches Recht die Tradition ersetzt durch eine vor dem Grundbuchamte zu erklärende Einigung über den Eigentumsübergang (Auflassung) und die Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch. Die Eintragung erfolgt nach der Auflassung⁷⁾ auf formlosen Antrag des Veräußerers oder des Erwerbers. Gewöhnlich geht der Auflassung voraus ein obligatorischer Vertrag, in welchem der Eigentümer sich zur Veräußerung des Grundstücks verpflichtet (Kaufvertrag). Dieser Vertrag bedarf der öffentlichen Beurkundung, BGB § 313, ist aber nicht Voraussetzung der Eigentumsübertragung. Denn die Auflassung ist abstrakt: die Erklärungen der Parteien beziehen sich nur auf die Eigentumsübertragung, nicht auf deren *causa*; die Wirkung der Auflassung und Eintragung hängt nicht davon ab, dass ein Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung vorliegt.^{7a)} Ein formloser und daher unverbindlicher Kaufvertrag wird durch Auflassung und Eintragung geheilt, § 313, 2. Eine äusserliche Abweichung von diesen Grundsätzen besteht in einigen Bundesstaaten (insbesondere in Bayern, Württemberg

⁶⁾ Crome, Begriff der *causa*, Zeitschr. f. franz. Zivilr. 21, 304; Zachariä-Crome § 296 zu Note 10; Aubry et Rau § 441 Bote 37; Huc, Commentaire du CC VIII Nr. 400; Planiol, Traité élémentaire du CC II Nr. 892.

⁷⁾ Grundbuchordnung § 20.

^{7a)} Eine scharfe Kritik des abstrakten dinglichen Vertrags findet sich neuerdings bei Rumpf, Arch. f. zivil. Praxis 117, 361 fg.

und Baden) auf Grund eines Vorbehalts zugunsten der Landesgesetze in Grundbuchordnung § 98: die Auflassung darf nur dann entgegengenommen werden, wenn ein öffentlich beurkundeter obligatorischer Vertrag vorgelegt wird. Man nennt diese Einrichtung Notariatszwang. Aber diese Vorschrift betrifft nur das Verfahren. Ihre Nichtbeachtung beeinträchtigt nicht die nach Reichsrecht vorliegende Gültigkeit der Eintragung.⁸⁾

II.

Das schweizerische Recht hat für Mobilien das bereits im alten Obligationenrecht Art. 199 angenommene Traditionsprinzip beibehalten, ZGB 714 (und es in einigen Punkten schärfer durchgeführt als das BGB, z. B. in ZGB 715: Eigentumsvorbehalt, ZGB 717: *constitutum possessorium*);⁹⁾ für Grundstücke ist das Eintragungsprinzip eingeführt, ZGB 656, 971, 972.¹⁰⁾ Wir wollen zunächst die Eigentumsübertragung an Grundstücken betrachten, insbesondere den häufigsten Fall, den Kauf.

Nach ZGB 657 I bedarf der Vertrag auf Eigentumsübertragung (an Liegenschaften) der öffentlichen Be-

⁸⁾ Staudinger, Erl. B I 2 zu BGB § 925.

⁹⁾ Durch die vernünftige Vorschrift des Art. 717 wird die missbräuchliche Verwendung der Sicherungsübereignung ausgeschlossen, welche im deutschen Rechte zu einer unerträglichen Benachteiligung der redlichen Gläubiger führt und durch Verfeinerung begrifflicher Unterschiede eine unbrauchbare, weil in ihren praktischen Resultaten unberechenbare, Jurisprudenz hervorgerufen hat, vergl. meinen Allgem. Teil § 77 III.

¹⁰⁾ Das Eintragungsprinzip ist wiederholt in OR 242 II: „bei Grundstücken kommt eine Schenkung erst mit der Eintragung in das Grundbuch zustande.“ Dieser Satz ist überflüssig und nicht ganz richtig. Denn eine Schenkung liegt schon darin, dass jemand sich zur unentgeltlichen Übertragung eines Grundstücks verpflichtet. Nur der Eigentumsübergang am verschenkten Grundstück kommt erst mit der Eintragung zustande, was sich schon aus ZGB 656 ergibt.

urkundung. Dieser Grundsatz ist wiederholt in OR 216 für den Kaufvertrag an Liegenschaften, in OR 243 II für das Schenkungsversprechen, wenn es ein Grundstück zum Gegenstand hat. Die Formvorschrift bezieht sich nicht bloss auf das Versprechen der Eigentumsübertragung, sondern auf den ganzen Vertrag, insbesondere beim Kaufvertrage auf den Kaufpreis.^{10a)} Daher ist der Vertrag nichtig, wenn in der Urkunde ein niedrigerer Kaufpreis, als wirklich verabredet, angegeben ist. Auch im umgekehrten Falle (wenn die Urkunde einen höheren Kaufpreis nennt, als wirklich verabredet ist) dürfte es richtiger sein, Nichtigkeit des Vertrags anzunehmen.^{10b)}

Der obligatorische Vertrag, in welchem sich der Eigentümer zur Veräusserung seines Grundstücks verpflichtet,¹¹⁾ ist der Rechtsgrund (causa), auf welchem der Erwerb des Grundeigentums beruht, ZGB 665 I. Er ist bedeutsam sowohl in formeller Beziehung (in dem vom Grundbuchamte zu befolgenden Verfahren) als auch in materieller Beziehung: als Voraussetzung einer gültigen Eintragung.

Die formellen Erfordernisse der Eintragung sind:

1. Eine schriftliche Erklärung des Eigentümers des Grundstücks, auf das sich die Verfügung bezieht, ZGB 963 I. Das ist die in der Verordnung vom 22. Februar 1910 Art. 11 fg. näher geregelte Anmeldung.¹²⁾ Sie muss nach Art. 12 unbedingt und vorbehaltlos sein.

2. Ausweis über das Verfügungsrecht, ZGB 965 II (Identität des Verfügenden mit dem als Eigentümer Ein-

^{10a)} Wieland, Bem. 7 zu 657, Leemann, Bem. 15 zu 657. Vergl. auch *Entsch. des Reichsger.* 93 S. 219.

^{10b)} So *Reichsger.* 78 S. 115. Man könnte zweifeln, weil in der beurkundeten grösseren Summe die gewollte kleinere Summe enthalten ist.

¹¹⁾ Vergl. unt. Note 24.

¹²⁾ Sie entspricht dem „Antrag“ der deutschen Grundbuchordnung § 13.

getragenen¹³⁾ oder eine vom Eingetragenen ausgestellte Vollmacht,¹⁴⁾ Verord. 15, 16).¹⁵⁾

3. Ausweis über den Rechtsgrund. Dieser Ausweis liegt nach ZGB 965 III in dem Nachweise, dass die für die Gültigkeit des Rechtsgrundes erforderliche Form erfüllt ist, vergl. Verordn. Art. 18. Das Grundbuchamt hat daher Vorlage eines öffentlich beurkundeten Kaufvertrags zu verlangen, braucht aber die materielle Gültigkeit des Vertrags nicht zu prüfen.¹⁶⁾ Dagegen hat das Grundbuchamt zu untersuchen, ob der Vertrag, welcher als Rechtsgrund der Eintragung dienen soll, inhaltlich mit der Anmeldung genau übereinstimmt. Denn der Zweck der öffentlichen Beurkundung besteht darin, eine vollständige und richtige Wiedergabe des Parteiwillens als Grundlage für die Eintragung herzustellen.^{16a)} Daher muss der Vertrag dasselbe Grundstück betreffen, auf welches sich die

¹³⁾ Die formelle Prüfung des Grundbuchamts bezieht sich nicht darauf, ob der Anmeldende Eigentümer ist, sondern ob er als Eigentümer eingetragen ist. Daraus ergibt sich, dass wer ohne Eintragung (z. B. durch Erbrecht) Eigentümer geworden ist, vor der Eintragung über das Grundstück nicht verfügen kann, ZGB 656 II.

¹⁴⁾ Die Vollmacht kann auch dem Erwerber erteilt werden, Grundbuchverordn. Art. 16 II, Ostertag, Bem. 41 zu 963.

¹⁵⁾ Nicht im Gesetze erwähnt, aber wohl selbstverständlich ist es, dass Anmeldungen abzulehnen sind, wenn ein Mangel der Handlungsfähigkeit in der Person des Anmeldenden offensichtlich oder dem Grundbuchbeamten bekannt ist. Denn es kann nicht Aufgabe des Grundbuchamts sein, Einträge vorzunehmen, welche aller Wahrscheinlichkeit nach ungültig sind. Ostertag, Bem. 10 zu 965.

¹⁶⁾ Das gilt auch beim Schenkungsversprechen, welches nach OR 13 nur die Unterschrift des Schenkers zu tragen braucht. Das Grundbuchamt hat daher nicht zu prüfen, ob die Annahme dieses Versprechens erfolgt ist. Allerdings sagt OR 242 III, dass die Eintragung ein gültiges Schenkungsversprechen voraussetzt. Aber da ZGB 964 sedes materiae für die Eintragsfrage ist, darf man annehmen, dass OR 242 III ein formgültiges Schenkungsversprechen meint.

^{16a)} Leemann, Bem. 3 zu 657.

Anmeldung bezieht,^{16b)} und den auf Übertragung des Eigentums gerichteten Willen beider Parteien zum Ausdrucke bringen. Bedenken können sich ergeben, wenn im Vertrage für die Eintragung ein Termin oder eine Bedingung vorgesehen ist. Ist z. B. verabredet, dass das Eigentum am 31. Dezember übergehen soll, so darf das Grundbuchamt einer verfrüht eingereichten Anmeldung nicht vor diesem Tage folge geben, weil eine Eintragung dem Rechtsgrunde nicht entsprechen würde, und hat daher die Anmeldung nach Art. 24 der Verordnung zurückzuweisen.^{16c)} Diese Entscheidung scheint mir auch inhaltlich gerechtfertigt. Denn aus dem Vertrage ergibt sich nicht, dass der Käufer vor dem 31. Dezember Eigentümer werden will und es scheint unzulässig, ihm ohne seinen Willen das Eigentum (mit den damit verbundenen Lasten) aufzudrängen. Sind die Parteien über den vorzeitigen Eintrag einig, so muss das Grundbuchamt korrekterweise eine notarielle Änderung des Vertrags verlangen. Dasselbe gilt, wenn im Vertrage die Übergabe des Eigentums von einer Bedingung abhängig gemacht ist,¹⁷⁾ z. B. von der Zahlung des Kaufpreises, und der Verkäufer den Vertrag vor Eintritt der Bedingung zur Eintragung anmeldet. Die Eintragung scheint mir nur dann zulässig, wenn die Bedingung durch notarielle Änderung aus dem Vertrage eliminiert wird.¹⁸⁾ Behauptet der An-

^{16b)} Das Grundstück muss im Vertrage unter der Bezeichnung genannt sein, welche ihm im Grundbuche beigelegt ist, Ostertag, Bem. 17 zu 963, vergl. unt. Note 74. Ist das von beiden Parteien gemeinte Grundstück im Vertrag aus Versehen falsch bezeichnet, so muss vor der Eintragung eine Berichtigung des Vertrags erfolgen, Leemann, Bem. 41 zu 657.

^{16c)} Die Sicherung des Käufers bei betagtem Kaufvertrage kann durch Vormerkung eines Kaufrechts bewirkt werden, Ostertag, Bem. 38 zu 959.

¹⁷⁾ Für den Fall, dass nicht nur die Verpflichtung des Verkäufers, sondern der ganze Kaufvertrag bedingt ist, bestimmt OR 217, dass die Eintragung erst nach Eintritt der Bedingung erfolgen kann.

¹⁸⁾ Vergl. unt. Note 34.

meldende, dass die Bedingung erfüllt sei, so hat das Grundbuchamt sich von der Richtigkeit dieser Behauptung zu überzeugen.^{18a)} Das könnte pedantisch scheinen. Aber bei der materiellen Bedeutung, welche dem Rechtsgrunde im schweizer Rechte zukommt, sind Eintragungen, welche dem Rechtsgrunde nicht entsprechen, sorgfältig zu vermeiden.

Weitere formelle Erfordernisse der Eintragung existieren nicht. Insbesondere nicht das Erfordernis der Zustimmung des Erwerbers zur Eintragung.¹⁹⁾ Es genügt, dass er im obligatorischen Vertrage seinen Willen, das Grundstück zu erwerben, geäußert hat. Die Eintragung des Erwerbers kann auch gegen seinen Willen erfolgen,²⁰⁾ z. B. bei Annahmeverzug des Grundstückkäufers.

Die Anmeldungen sind nach ihrer zeitlichen Reihenfolge in das Tagebuch einzuschreiben, ZGB 948, und sodann in das Hauptbuch einzutragen.²¹⁾

Betrachten wir nunmehr die materiellen Erfordernisse der Eigentumsübertragung, d. h. die Tatsachen, von denen die Gültigkeit der Eintragung abhängt. Das schweizer Recht begnügt sich, so wenig wie das deutsche, mit einer formgerecht vorgenommenen Eintragung.²²⁾

^{18a)} Wenn der Verkäufer bei der Anmeldung behauptet, dass die Bedingung des Kaufpreiszahlung erfüllt sei, wird man von ihm einen Beweis nicht zu verlangen brauchen, weil eine Anerkennung der Zahlung des Kaufpreises vorliegt. Anders Oberger, Bem. 4 zu 963.

¹⁹⁾ Leemann, Bem. 6 zu 665.

²⁰⁾ Auch wenn der Käufer die Gültigkeit des Kaufvertrags bestreitet.

²¹⁾ Art. 967 sagt: „nach der Reihenfolge, in der die Anmeldungen angebracht sind.“ Auch dann, wenn die Anmeldungen in unrichtiger Reihenfolge (unter Verstoss gegen Art. 948) in das Tagebuch eingeschrieben sind? Aus der Grundbuchverordnung Art. 26 III ergibt sich, dass die Reihenfolge des Tagebuchs (auch wenn sie unrichtig ist) bei den Eintragungen im Grundbuche zu befolgen ist.

²²⁾ Ein Eigentumsrecht, welches ausschliesslich auf die Eintragung aufgebaut wäre, hätte den Vorzug logischer Einfachheit,

Während aber das deutsche Recht neben der Eintragung eine abstrakte Einigung über den Eigentumsübergang verlangt und vom zugrundeliegenden Kausalverhältnis (z. B. dem Kaufvertrage) gänzlich absieht, ist im schweizerischen Rechte die Eigentumsübertragung basierend auf der Eintragung in Verbindung mit dem Rechtsgrunde.^{22a)} Das ZGB kombiniert in einer bisher nicht versuchten Weise das deutsche Eintragungsprinzip mit dem französischen Rechtsgedanken der eigentumsübertragenden Wirkung des obligatorischen Vertrags.

Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung kann verschieden sein:²³⁾ gesetzliches oder testamentarisches Erbrecht, Vermächtnis, Enteignung, Zuschlag in der Zwangsvollstreckung, Urteil, insbesondere aber Vertrag, durch welchen sich der Eigentümer zur Veräußerung verpflichtet.²⁴⁾ Dieser Vertrag ist am häufigsten ein Kauf. Da OR 17 abstrakte Verträge (Verpflichtungen ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes) zulässt, so können auch solche Verträge als Grundlage der Eigentumsübertragung dienen,²⁵⁾ d. h. der dem Grundbuchamte als Grund-

wäre aber für den Verkehr ein zu scharfes Instrument, weil jeder fehlerhafte Eintrag einen Rechtsverlust zur Folge hätte. Es wäre eine Überspannung des Publizitätsprinzips, Wieland, Bem. 2 zu ZGB 974, Ostertag, Vorb. 20 fg. zum 25. Titel.

^{22a)} sogen. Legalitätsprinzip.

²³⁾ Vergl. die Verordnung Art. 18.

²⁴⁾ Der Vertrag braucht eine Veräußerungspflicht nicht zu enthalten. Es genügt Einigung der Parteien über den bevorstehenden Eigentumsübergang, so dass eine Bindung der Parteien erst dann eintritt, wenn der Vertrag durch Eintrag in das Grundbuch ausgeführt ist. So E. Huber, Zum schweiz. Sachenrecht S. 119 Anm., in Anwendung auf den Teilungsvertrag. In derselben Weise kann m. Er. auch eine Schenkung vorgenommen werden, indem der Schenker keine Leistung verspricht, sondern nur seinen Willen der Eigentumsübertragung auf den Beschenkten zum Ausdruck bringt. Ein solcher Vertrag genügt formell zur Anmeldung und materiell als Grundlage der Eintragung, erzeugt aber keine Verpflichtung zur Vornahme der Anmeldung.

²⁵⁾ Huber a. a. O.

lage der Eintragung vorzulegende Vertrag braucht, wenn die Parteien es wollen, nur das Versprechen der Eigentumsübertragung zu enthalten und die Annahme dieses Versprechens durch den Erwerber, ohne darüber Auskunft zu geben, ob es sich um einen Kauf, eine Schenkung oder welches sonstige Rechtsverhältnis handelt.

Die materielle Bedeutung des Rechtsgrundes ergibt sich aus ZGB Art. 974 II: „Ungerechtfertigt ist der Eintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäfte erfolgt ist.“ Das Wort „ungerechtfertigt“, welches in OR 62 wie im gemeinen Rechte technischer Ausdruck für die grundlose Bereicherung ist, könnte zu dem Gedanken verleiten, dass es sich um einen Eintrag handelt, welcher zwar Eigentum überträgt, aber wegen fehlenden Grundes rückgängig gemacht werden muss. Aber „ungerechtfertigt“ hat in ZGB 974/5²⁶⁾ eine viel intensivere Bedeutung: der Eintrag ist wirkungslos und daher unrichtig. Der Veräußerer ist Eigentümer geblieben²⁷⁾ und kann nach ZGB 975 auf Änderung des Eintrags ^{27a)} klagen gegen den Erwerber und gegen jeden Dritten, welcher den Mangel des Rechtsgrundes kannte oder hätte kennen sollen, ZGB 974 I und III.²⁸⁾ Durch

²⁶⁾ Ebenso in ZGB 661.

²⁷⁾ Und zwar auch dann, wenn er den Mangel des Rechtsgrundes kannte. Denn durch OR 63 wird der Bereicherungsanspruch bei Kenntnis der Nichtschuld ausgeschlossen, nicht die Geltendmachung des Eigentums.

^{27a)} Diese Klage entspricht dem Berichtigungsanspruche des BGB § 894. Das ZGB Art. 977 versteht unter „Berichtigung“ die Korrektur von Eintragungsfehlern, welche die materielle Rechtslage nicht berühren.

²⁸⁾ Auch der Eingetragene muss ein Mittel haben, um eine unrichtige zu seinen Gunsten lautende Eintragung zu beseitigen; das Mittel ist die Berichtigungsklage gegen den Vorgänger, der die unrichtige Eintragung bewirkt hat. Allerdings gibt ZGB 975 die Berichtigungsklage nur dem, welcher durch den Eintrag in seinen dinglichen Rechten verletzt ist, weil das Gesetz (wie auch BGB § 894) nur an den gewöhnlichen Fall denkt, dass die Berichtigung zur Abwendung eines Verlustes gewünscht wird.

die Abhängigkeit des Eigentumserwerbs von der richtigen Beschaffenheit des Rechtsgrundes werden grundlose Eigentumsverschiebungen vermieden, während sie nach deutschem Rechte vorkommen können und durch obligatorische Mittel (Bereicherungsansprüche) beseitigt werden müssen.^{28a)} Das schweizer System hat neben allen Vorteilen des Eintragungsprinzips den Vorzug, dass der Eigentümer gegen die Folgen ungültiger Veräußerungsgeschäfte besser geschützt ist, als im deutschen Rechte. Er verliert sein Eigentum nicht;²⁹⁾ auch nicht im Konkurs des Gegners;³⁰⁾ auch nicht gegenüber einem Rechtsnachfolger des Gegners, es sei denn, dass diesem der gute Glaube zur Seite steht. Für den Erwerber kann sich aus ZGB 975 eine Erschwerung ergeben. Er ist sicher, wenn er gutgläubig ist. Aber der gute Glaube bezieht sich auch auf den obligatorischen Vertrag, auf Grund dessen der Veräußerer das Grundstück erworben hat. Wenn X von A ein Haus kaufen will und erfährt, dass zwischen A und seinem Rechtsvorgänger B ein Streit über die Gültigkeit ihres Kaufvertrags ausgebrochen ist, so muss er sich, um sicher zu gehen, über die Gültigkeit dieses Kaufvertrags eine Meinung bilden, sofern man annimmt, dass dieser Grad der Aufmerksamkeit nach den Umständen von ihm verlangt werden darf (ZGB Art. 3). Nach

Ausdehnende Auslegung scheint mir geboten, besonders im ZGB, weil der unrichtige Eintrag ohne Willen des Erwerbers erfolgt sein kann, vergl. ob. Note 19.

^{28a)} Vergl. Strahel, Leipziger Zeitschr. 1909 S. 613.

²⁹⁾ Obgleich sein Eigentum aus dem Grundbuche nicht mehr ersichtlich ist. Art. 971 ZGB ist restriktiv auszulegen und kann sich nur auf solche Rechte beziehen, welche mangels der zur Begründung erforderlichen Eintragung nicht entstanden sind, Ostertag, Bem. 16 zu 971.

³⁰⁾ Ostertag, Bem. 36 zu 975. Anders nach deutschem Rechte, in welchem die Rückgängigmachung einer grundlosen Eigentumsübertragung durch den obligatorischen Bereicherungsanspruch erfolgt. Über diese, vielfach als unbillig bezeichnete, Konsequenz des deutschen Systemes vergl. meinen Allgem. Teil § 73 Anm. 52, aber auch unten Note 82.

deutschem Rechte braucht sich X um den ihm nicht näher bekannten Kaufvertrag zwischen A und B nicht zu kümmern und ist gutgläubig, solange ihm nicht bekannt wird, dass bei der Auflassung zwischen A und B ein Fehler vorgekommen ist.

Das Gesetz nennt in Art. 974 II zwei Fälle des ungerechtfertigten Eintrags:

1. Den Eintrag, der „ohne Rechtsgrund erfolgt ist“, d. h. ohne einen Veräußerungsvertrag zwischen dem bisherigen Eigentümer A und dem als Erwerber eingetragenen B. Solche fehlerhafte und unwirksame Einträge können aus verschiedenen Gründen vorkommen, z. B. wenn durch Versehen des Grundbuchamts der Eintrag bei einem anderen, als dem im Verträge bezeichneten, Grundstücke stattfindet, oder wenn der Kaufvertrag zwischen A und X geschlossen ist und auf Anmeldung des A infolge einer beim Grundbuchamte stattgefundenen Personenverwechslung nicht X, sondern sein Namensvetter B eingetragen wird. Oder: A lässt auf Grund eines öffentlich beurkundeten Schenkungsversprechens den B eintragen und es erweist sich, dass ein Vertrag mit B überhaupt nicht geschlossen ist³¹⁾ (weil A der in Laienkreisen weit verbreiteten Meinung ist, dass Schenkungen keiner Annahme bedürfen). Oder: A schliesst mit B einen Kaufvertrag und bevollmächtigt seinen Vertreter X mit der Anmeldung; sodann wird der Vertrag von A und B durch formlose Verabredung, OR 115, aufgehoben,^{31a)} aber von X, der von der Aufhebung nicht rechtzeitig Kenntnis erhält, zur Anmeldung gebracht. In allen diesen Fällen ist der Eintrag des B ungerechtfertigt und kann durch Änderung, ZGB 975, beseitigt werden. Aber der fehlende Rechtsgrund kann nachgeholt werden.³²⁾ Wenn A und B nach der Eintragung

³¹⁾ Die Prüfung des Grundbuchamts bezieht sich nach ZGB 965 III nur auf die Form des Rechtsgrundes, vergl. ob. Note 16.

^{31a)} Leemann, Bem. 19 zu 657.

³²⁾ Im letzten Beispiel kann die Aufhebung des Kaufvertrags

einen formgültigen Veräußerungsvertrag schliessen, so geht mit Abschluss dieses Vertrags das Eigentum auf B über, ohne dass die Eintragung wiederholt zu werden braucht.³³⁾ Vorläufig ohne Rechtsgrund ist der Eintrag, und darf daher m. Er. nicht erfolgen,³⁴⁾ wenn der Kaufvertrag oder die Verpflichtung des Verkäufers betagt oder bedingt ist. Der Eintrag ist ungerechtfertigt und der Veräußerer zunächst noch Eigentümer geblieben.³⁵⁾ Allerdings würde seiner Änderungsklage eine aufschiebende Einrede entgegenstehen, bis sich herausstellt, dass die Bedingung nicht eintreten kann.³⁶⁾

2. Der Eintrag ist ferner nach ZGB 974 II ungerechtfertigt, wenn er aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäfte erfolgt ist. Die Unverbindlichkeit des Geschäfts kann auf verschiedenen Gründen beruhen, von denen ich die wichtigsten erwähne:

a) Formfehler. Die Formen der nach ZGB 657 erforderlichen öffentlichen Beurkundung richten sich nach kantonalem Rechte.³⁷⁾ Ebenso die Frage, welche Bestand-

nicht durch formlose Verabredung rückgängig gemacht werden; die Parteien müssen vielmehr einen neuen Kaufvertrag in der Form des § 657 ZGB schliessen.

³³⁾ Ostertag, Bem. 4 zu 971. Im Falle der Schenkung ohne Zustimmung des Empfängers ist es zweifelhaft, ob B, nachdem er von seiner Eintragung erfahren hat, durch zustimmende Erklärung die Schenkung perfizieren und Eigentümer werden kann. Es kommt darauf an, ob man in der von A bewirkten Eintragung eine an B gerichtete Offerte sieht und diese Offerte als noch bestehend betrachtet.

³⁴⁾ Vergl. ob. Note 18.

³⁵⁾ Die Verpflichtung des Verkäufers ist nicht deswegen als bedingt zu betrachten, weil er sie nach OR 82 nicht anders, als gegen Zahlung des Kaufpreises, zu erfüllen braucht. Die *exc. non adimpleti contractus* ist auch nach schweizer Recht eine richtige Einrede, Becker, Bem. 1 und 7 zu OR 82. Daher ist eine vor Zahlung des Kaufpreises erfolgte Eintragung des Erwerbers nicht ungerechtfertigt und der Veräußerer kann nicht Berichtigung verlangen. Anders, wie es scheint, Wieland, Bem. 2b zu 963.

³⁶⁾ Vergl. meinen Allg. Teil III S. 257.

³⁷⁾ Wieland, Bem. 3 und 6 zu ZGB 657. Leemann, Bem. 30 fg. zu 657.

teile der Form Gültigkeitserfordernisse des Rechtsgeschäfts sind, und ob die Gültigkeit des Geschäfts von der Zuständigkeit des beurkundenden Beamten abhängt. Ergibt sich aus dem kantonalen Rechte als Folge eines Formfehlers³⁸⁾ Unverbindlichkeit des Kaufvertrags, so ist die Eintragung, wenn sie trotz der in ZGB 965 III vorgeschriebenen Prüfung der Formfrage stattgefunden hat, ungerechtfertigt. Eine Heilung des Formfehlers durch Eintragung, wie im deutschen BGB § 313, ist im schweizer Rechte nicht vorgesehen,³⁹⁾ würde auch in das System des ZGB nicht passen; denn der Eintrag erfolgt auf einseitige Anmeldung des Veräusserers ohne Zustimmung des Erwerbers und der Erwerber darf nicht die Möglichkeit haben, dem Erwerber die Berufung auf Formfehler des Kaufvertrags abzuschneiden. Eine wegen Formwidrigkeit des Kaufvertrags ungerechtfertigte Eintragung kann nach ZGB 975 auf Klage des Veräusserers berichtigt werden, und zwar auch dann, wenn er bei der Anmeldung die Unverbindlichkeit des Kaufvertrags kannte. Denn das Erfordernis des Irrtums, OR 63, gilt nur für die *condictio* (Rückforderung einer gültigen, aber grundlosen Leistung), nicht für die *vindicatio* (Geltendmachung eines dem Veräusserer noch zustehenden Eigentums).^{39a)} Erst die zehnjährige Ersitzung,⁴⁰⁾ ZGB 611,

³⁸⁾ Z. B. in Folge der Unzuständigkeit des beurkundenden Beamten oder der unrichtigen Angabe des Kaufpreises.

³⁹⁾ Leemann, Bem. 52 zu ZGB 657.

^{39a)} Der Käufer kann seinerseits den gezahlten Kaufpreis zurückverlangen, und zwar auch dann, wenn er in Kenntnis des Formfehlers und der Nichtigkeit des Kaufs gezahlt hat; denn man kann annehmen, dass er in diesem Fall nicht zur Erfüllung einer Schuld zahlte, sondern in der Erwartung, dass der Gegner die Nichtigkeit des Kaufes nicht geltend machen werde, Reichel, Arch. f. zivil. Praxis 104, 27, Becker, Bem. 5 zu OR 11, Leemann, Bem. 55 zu 657.

⁴⁰⁾ Kenntnis vom Formfehler des Kaufvertrags genügt m. Er. nicht, um den zur Ersitzung nötigen guten Glauben auszuschliessen; denn der Erwerber kann trotzdem, in entschuldbarer Unkenntnis des Rechtes, von seinem Eigentum überzeugt sein.

verschafft dem Käufer das Eigentum. Auch der Erwerber kann trotz der Eintragung einen Formfehler des Kaufvertrags geltend machen. Für ihn ergibt sich daraus ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises.^{40a)} Dieser Anspruch verjährt nach OR 67 in einem Jahr seit der Kenntnis vom Anspruche, spätestens in 10 Jahren seit Entstehung des Anspruchs. Ist der Kaufvertrag durch Eintragung und Zahlung beiderseits erfüllt, so widerstrebt es in vielen Fällen unserem Rechtsgefühl, eine Umstossung des Vertrags wegen eines Formfehlers zuzulassen. Denn der wesentliche Zweck der Form liegt darin, die Parteien gegen die Folgen unüberlegter und übereilter Entschlüsse zu schützen. Ist aber der Vertrag beiderseits freiwillig erfüllt, so kann man in der Regel annehmen, dass der Inhalt der Verabredung einwandfrei war und dass der Versuch, diesen Vertrag wegen eines unbemerkt oder unbeachtet gebliebenen Formfehlers rückgängig zu machen, in der Absicht unternommen wird, eine mittlerweile eingetretene Änderung der Konjunktur auszunutzen. Bei steigenden Grundstückspreisen ist es ein unverhofftes und unverdientes Glück für den Verkäufer, wenn er im Vertrage einen Formfehler entdeckt, welcher der Aufmerksamkeit des Grundbuchbeamten entgangen ist. Soll es zulässig sein, solche Zufälle auszunutzen? Ein Rechtsatz des Inhalts, dass Formfehler durch beiderseitige Erfüllung geheilt werden, findet sich weder im deutschen Rechte,⁴¹⁾ noch im ZGB. Jedoch bietet ZGB Art. 2 eine Handhabe gegen missbräuchliche Geltendmachung eines Formfehlers. Der Unterschied gegen BGB § 313, 2 besteht immer noch darin, dass nicht schon die Eintragung, sondern erst die beiderseitige Erfüllung des Kaufvertrags die Berufung auf den Formfehler nach Art. 2 ausschliessen kann.

^{40a)} Aber nach OR 63 nur bei Irrtum über die Gültigkeit des Kaufvertrags.

⁴¹⁾ Einen solchen Rechtsatz befürwortet mit guten Gründen Reichel, a. a. O. S. 33.

b) Die Unverbindlichkeit des Rechtsgrundes kann auf der vom Grundbuchamte nicht bemerkten⁴²⁾ Handlungsunfähigkeit einer der Parteien beruhen. Urteilsunfähigkeit einer der Parteien bei Abschluss des Kaufvertrags hat Nichtigkeit des Vertrags zur Folge, ZGB 18. Wenn der Verkäufer nach wiedererlangter Urteilsfähigkeit oder sein gesetzlicher Vertreter die Anmeldung vornimmt, so bleibt der Kaufvertrag trotzdem nichtig und daher die Eintragung ungerechtfertigt; der Eintrag kann nur dann richtig werden, wenn nach Beseitigung der Urteilsunfähigkeit ein neuer Kaufvertrag in der Form des Art. 657 geschlossen wird.⁴³⁾ Unverbindlich ist der Kaufvertrag auch dann, wenn eine der Parteien zwar urteilsfähig, aber unmündig oder entmündigt ist, ZGB 19, und ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters handelt, ZGB 410. Dieser Vertrag kann aber gültig werden, wenn er genehmigt wird, sei es vom gesetzlichen Vertreter, sei es vom Kontrahenten nach erlangter voller Handlungsfähigkeit. Da die Genehmigung nicht ausdrücklich zu sein braucht, kann sie auch darin liegen, dass der Vertrag zur Eintragung angemeldet wird. War der Käufer beschränkt handlungsfähig, so wird der Vertrag durch eine ohne seinen Willen erfolgende Eintragung nicht gültig; der Eintrag ist daher ungerechtfertigt. Aber der Verkäufer ist an den Vertrag gebunden und kann sich nur durch Ansetzung einer angemessenen Frist nach Art. 410 II von der Bindung befreien; solange er an den obligatorischen Vertrag gebunden ist, muss ihm die Berichtigungsklage, ZGB 975, versagt bleiben.

c) Ein simulierter Kaufvertrag ist nach OR 18 nichtig,⁴⁴⁾ daher die Eintragung des Erwerbers ungerecht-

⁴²⁾ Vergl. ob. Note 15.

⁴³⁾ Egger, Bem. 1b zu ZGB Art. 18.

⁴⁴⁾ Von Anfechtung des Scheingeschäfts (Becker, Note 25 fg. zu Art. 18) sollte man m. Er. nicht sprechen und das Wort Anfechtung für die Fälle reservieren, bei denen die Ungültigkeit des Geschäfts vom Willen einer Partei abhängt, während bei der Simulation jede der Parteien die Ungültigkeit vorbringen kann.

fertigt im Sinne von ZGB 974. Ist die Eigentumsübertragung ernst gemeint, aber insgeheim verabredet, dass der Kaufpreis nicht gezahlt werden soll, so ist der Vertrag nach seiner wahren Beschaffenheit als Schenkungsversprechen zu beurteilen und es entsteht die Frage, ob der Form des Art. 243 II OR genügt ist, obgleich die Unentgeltlichkeit des Versprechens in der öffentlichen Beurkundung nicht zum Ausdruck gekommen ist. Das BG hat sich gegen die Gültigkeit der Schenkung ausgesprochen.⁴⁵⁾ Hält man mit E. Huber ein abstraktes Übereignungsversprechen für einen genügenden Rechtsgrund,⁴⁶⁾ so muss man Gültigkeit der Schenkung annehmen. Denn nach Wegfall des simulierten Kaufpreises bleibt ein als Schenkung gemeintes, wenn auch nicht als Schenkung bezeichnetes, Versprechen der Eigentumsübertragung übrig, welches der Form des Art. 657 ZGB genügt.⁴⁷⁾

c) Bei Willensmängeln (Irrtum,⁴⁸⁾ Betrug, Drohung) ist der Kaufvertrag unverbindlich, OR 23 fg., und daher der Eintrag ungerechtfertigt. Aber die Ungültigkeit des Vertrags und die Unrichtigkeit des Eintrags kann nur von der Partei geltendgemacht werden, in deren Person der Willensmangel vorlag. Der Kaufvertrag kann nachträglich mit rückwirkender Kraft gültig werden, wenn die Jahresfrist des Art. 31 unbenützt abläuft oder Genehmigung eintritt. Genehmigung würde insbesondere darin liegen, dass der anfechtungsberechtigte Verkäufer in Kenntnis der Ungültigkeit des Kaufvertrags die An-

⁴⁵⁾ 11. Febr. 1919, Entsch. 45 II S. 27, wiedergegeben in der Praxis 8 S. Nr. 40 (Das Zitat: Reichsger. 62 S. 175 scheint mir nicht zuzutreffen). Leemann, Schw. JZ 13, 273.

⁴⁶⁾ Vergl. ob. Note 25.

⁴⁷⁾ Vergl. meinen Allgem. Teil § 73 Note 83 und neuerdings Entsch. des RG 98, 125.

⁴⁸⁾ Wesentlicher Irrtum würde z. B. vorliegen, wenn im Kaufvertrag aus Versehen eine Katasternummer angegeben ist, welche nicht das vom Verkäufer oder vom Käufer gemeinte Grundstück bezeichnet.

meldung vornimmt.⁴⁹⁾ Mit der Konvaleszenz des Kaufvertrags hört der Eintrag auf ungerechtfertigt zu sein. Ähnliche Wirkungen, wie die Willensmängel, hat die wucherische Übervorteilung, Art. 21: der Kaufvertrag ist unverbindlich,⁵⁰⁾ wenn er innerhalb eines Jahres seit Abschluss angefochten wird. Die Eintragung ist ungerechtfertigt, es sei denn, dass sie in Kenntnis des Anfechtungsrechts erfolgt ist.

d) Nichtig ist ein Vertrag, der gegen die guten Sitten verstösst, OR 20. Als Beispiel solcher Nichtigkeit im Immobilienrechte kommt der Verkauf eines Bordells in Betracht.⁵¹⁾ Aus der Nichtigkeit des Kaufvertrags zwischen A und B ergibt sich nach ZGB 974 II, dass die Eintragung dem Käufer B kein Eigentum verschafft.⁵²⁾ Daher könnte der Verkäufer A (auch wenn er den Kaufpreis erhalten hat) das Haus vindizieren und brauchte den Kaufpreis nicht zurückzugeben, weil die Rückforderung des Kaufpreises nach OR 66 durch die Unsittlichkeit des Käufers ausgeschlossen ist.⁵³⁾ Dies Resultat scheint mir noch mehr gegen die guten Sitten zu verstossen, als der Bordellkauf selbst. Es wäre höchst anstössig und geradezu unerträglich, wenn es dem Verkäufer erlaubt wäre, das Haus an sich zu ziehen und den Käufer zu übervorteilen. Noch überraschender wäre das Resultat, wenn der Käufer

⁴⁹⁾ Bundesgericht 27 II S. 517.

⁵⁰⁾ Ich nehme an, dass die Ungültigkeit beim Wucher ebenso zu konstruieren ist, wie bei Willensmängeln, dass also in beiden Fällen das Geschäft ungültig ist, aber durch unterlassene Anfechtung gültig werden kann.

⁵¹⁾ Bundesgericht 33 II S. 430.

⁵²⁾ Anders nach deutschem Recht, infolge der abstrakten Auffassung, vergl. meinen Allgem. Teil § 73 Note 42 und über die wenig befriedigenden Resultate der Rechtsprechung § 70 Note 50, sowie neuerdings Rumpf, Arch. f. zivil. Praxis 117, 315 fg., welcher die Theorie des abstrakten dinglichen Vertrags bekämpft (vergl. ob. Note 7^a) und daher bei unsittlichen Rechtsgeschäften den Übergang des Eigentums nicht eintreten lassen will.

⁵³⁾ So Gierke, Deutsches Privatrecht III § 218 Anm. 89.

B das Haus an X weiterverkauft und X von der Unsittlichkeit des ersten Kaufes (zwischen A und B) Kenntnis hat. Auch X würde nicht Eigentümer werden, Art. 974 II, und müsste das Haus an A herausgeben.⁵⁴⁾ Es kann aber nicht im Sinn des Gesetzes liegen, dass der Verkäufer unter Berufung auf eigene Unsittlichkeit sich einen Vorteil auf Kosten seines Mitkontrahenten verschafft oder gar dem Rechtsnachfolger des Käufers die Sache abnimmt. Gegenüber dieser Erwägung kann der rechtstechnische Unterschied nicht in Betracht kommen, dass der Verkäufer seinen Anspruch nicht aus einer Bereicherung des Gegners ableitet (in welchem Falle der Anspruch nach OR 66 abzuweisen wäre), sondern aus seinem noch fortbestehenden Eigentum. Daher muss die Vindikation des Verkäufers zurückgewiesen werden, sei es durch analoge Anwendung des Art. 66,⁵⁵⁾ sei es unter Heranziehung des Art. 2 ZGB. Im praktischen Erfolge würde der Käufer B, bzw. sein Rechtsnachfolger X das Haus behalten, allerdings nicht als Eigentümer, sondern deswegen, weil das immer noch dem A zustehende Eigentum infolge seiner Unsittlichkeit sich nicht durchsetzen kann.⁵⁶⁾ An diesem Beispiel zeigt sich, dass die im ZGB grundsätzlich angeordnete Abhängigkeit des Eigentumserwerbs vom Rechtsgrunde bei

⁵⁴⁾ Beispiel: A hat ein Bordell an B verkauft. Ein Sittlichkeitsverein beschliesst dem Unfug ein Ende zu machen und kauft das Haus von B. Zu seiner grossen Überraschung muss der Verein das Haus an A herausgeben, da er kein Eigentum erworben hat. Denn aus dem Zwecke, zu welchem der Verein kaufte, geht hervor, dass er die Unsittlichkeit und daher die Nichtigkeit des Kaufvertrags zwischen A und B kannte.

⁵⁵⁾ Neubecker, Arch. f. bürgerl. R. 22, 70, Eger, Ztsch. f. Schw. R. 33, 355.

⁵⁶⁾ Dieser hybride Zustand (dass A Eigentümer ist, aber dem B das Haus nicht abnehmen kann) würde solange dauern, bis nach Art. 661 Ersitzung eintritt. Die Ersitzung kann aber leicht ausgeschlossen sein, sei es durch Mangel des guten Glaubens, sei es dadurch, dass der Verkäufer den Besitz des Käufers nicht unangefochten lässt.

Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts nicht konsequent durchgeführt werden kann.⁵⁷⁾

e) Unverbindlich ist das Rechtsgeschäft, wenn es in einem abstrakten Versprechen der Eigentumsübertragung⁵⁸⁾ besteht und dieses Versprechen wegen fehlenden Rechtsgrundes nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgenommen werden kann, bezw. nicht erfüllt zu werden braucht.

f) Unverbindlich für den Eigentümer ist ein Kaufvertrag, der in seinem Namen von einem Vertreter geschlossen wird, welchem die Vertretungsmacht fehlt.⁵⁹⁾ Dieser Mangel kann durch Genehmigung des Eigentümers geheilt werden, OR 38.

g) Kein Mangel des Rechtsgrundes im Sinne von 974 ZGB liegt vor, wenn der Kaufvertrag der Gläubigeranfechtung, SchKG 285 fg., unterliegt.⁶⁰⁾ Denn der Kaufvertrag ist für den Verkäufer verbindlich und nur ungültig gegenüber seinen Gläubigern. Diese Ungültigkeit ist nach der im schweizer Rechte herrschenden Anschauung rein obligatorisch: sie erzeugt den Rückgabeanspruch des SchKG Art. 291.⁶¹⁾

h) Ein gültiger Eintrag wird nicht dadurch ungerechtfertigt, dass der Rechtsgrund nachträglich wegfällt.⁶²⁾ Daher bleibt ein Eintrag auf Grund eines auflösend bedingten Kaufvertrags bei Eintritt der Be-

⁵⁷⁾ Ähnliche Bedenken gegen die Durchführbarkeit der kausalen Eigentumsübertragung sind uns oben unter a) bei Formfehlern des Kausalgeschäfts begegnet.

⁵⁸⁾ Vergl. ob. Note 25.

⁵⁹⁾ Der Glaube des Erwerbers an die Vertretungsmacht des in fremdem Namen handelnden Veräusserers wird im Grundbuchsrechte nicht geschützt, Wieland Bem. 3c zu 974.

⁶⁰⁾ Wieland, Bem. 3b zu 974.

⁶¹⁾ Jäger, Bem. 1a zu SchKG 285.

⁶²⁾ Ostertag, Bem. 9 zu 974. Anders bei Willensmängeln und Wucher, weil diese Tatbestände nach schweizerischem Rechte anfängliche, wenn auch durch Anfechtung geltend zu machende, Ungültigkeit des Geschäfts zur Folge haben.

dingung gültig⁶³⁾ und es entsteht ein Bereicherungsanspruch des Veräusserers auf Rückübertragung des Eigentums (*cond. ob causam finitam*). Dasselbe gilt bei Rücktritt,⁶⁴⁾ den sich der Verkäufer für den Fall ausbedingt, dass der Käufer mit der Zahlung des Preises in Verzug gerät, OR 214 III. Ebenso hat die Wandelung, OR 205, nicht Rückfall des Eigentums zur Folge, sondern obligatorische Verpflichtung des Käufers zur Rückübertragung des Grundstücks.

Eintragung und Rechtsgrund sind nicht die einzigen materiellen Erfordernisse des Eigentumserwerbs. Vom Gesetze nicht erwähnt, aber als selbstverständlich vorausgesetzt, ist die Verfügungsmacht dessen, der Eigentum übertragen will. Er muss selbst Eigentümer sein.⁶⁵⁾ Dies Erfordernis kann, wenn der Veräusserer im Grundbuche als Eigentümer eingetragen ist, durch den guten Glauben des Erwerbers ersetzt sein, ZGB 973, kommt aber in Betracht, wenn der gute Glaube durch Mangel der nach den Umständen zu verlangenden Aufmerksamkeit ausgeschlossen ist, ZGB 3 II. In welchem Zeitpunkte muss der Veräusserer Eigentümer sein? Eigentum bei Abschluss des Kaufvertrags ist weder erforderlich noch genügend.⁶⁶⁾ Das Eigentum muss in dem Momente vorhanden sein, in welchem es auf den Erwerber übergehen soll,⁶⁷⁾ d. h. im Momente der Eintragung.^{67a)} Wenn z. B. jemand sein Grundstück an A und an B verkauft hat und A eingetragen ist, so kann B nicht eingetragen werden, weil das in diesem Zeitpunkt erforderliche Eigentum des Ver-

⁶³⁾ OR 217 steht der Eintragung auf Grund eines auflösend bedingten Kaufvertrags nicht im Wege.

⁶⁴⁾ Oser, Bem. 2 zu OR 109.

⁶⁵⁾ Formell ist für die Anmeldung erforderlich, dass der Veräusserer als Eigentümer eingetragen ist, vergl. ob. Note 13.

⁶⁶⁾ Denn der Kaufvertrag ist bekanntlich auch dann verbindlich, wenn er über eine fremde Sache geschlossen wird.

⁶⁷⁾ Vergl. meinen Allgem. Teil § 60 Note 21.

^{67a)} Bei nachträglichem Erwerbe des Eigentums konvalesziert die Veräusserung.

äusserers fehlt. Welcher von beiden Käufern zur Eintragung gelangt und damit den anderen ausschliesst, hängt von der Priorität der Anmeldung ab, sofern die Ordnungsvorschrift des Art. 967 befolgt wird. Wäre aber unter Verstoss gegen 967 B, obgleich sein Vertrag später angemeldet ist, zuerst eingetragen, so wäre er, da alle materiellen Voraussetzungen des Erwerbs vorliegen, als Eigentümer zu betrachten und eine Eintragung des A nicht mehr möglich.⁶⁸⁾

Die Veräusserung kann scheitern an einer den Veräusserer treffenden Verfügungsbeschränkung, ZGB 960. In einigen Fällen entsteht die Verfügungsbeschränkung erst durch Vormerkung im Grundbuche, so bei der Pfändung, SchKG 101, beim Arrest, SchKG 275, und bei vorsorglichen Massregeln des Konkursgerichts, SchKG 170. In solchen Fällen kann, wenn die Veräusserung bereits angemeldet ist, die Verfügungsbeschränkung nicht durchgreifen, weil sie erst nach der Veräusserung eingetragen wird, ZGB 967. Dagegen entsteht durch Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner eine Verfügungsbeschränkung, SchKG 204, schon vor der in ZGB 960 vorgeschriebenen Vormerkung. Ebenso bei der Nachlasstundung, SchKG 298. Demgemäss wären solche Verfügungsbeschränkungen als wirksam anzusehen, wenn sie im Momente der Eintragung der Veräusserung vorliegen. Jedoch ergibt sich aus der in ZGB 972 II angeordneten Zurückziehung der Eintragungswirkung auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch, dass diese Verfügungsbeschränkungen unwirksam bleiben, wenn sie erst eintreten, nachdem die Veräusserung in das Tagebuch eingeschrieben ist.⁶⁹⁾

⁶⁸⁾ Die in ZGB 972 II vorgeschriebene Rückziehung auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch kann nicht stattfinden, da A überhaupt nicht eingetragen wird und daher sein Eigentum nicht entsteht.

⁶⁹⁾ Wieland, Bem. 8 zu ZGB 972. Ähnlich nach deutschem Rechte, BGB § 878.

Als weiteres materielles Erfordernis der Eigentumsübertragung findet sich, nicht im Gesetze, aber in den Kommentaren,⁷⁰⁾ eine sogen. Eintragungsbewilligung des Veräusserers. Es soll nämlich die Anmeldung neben ihrer Funktion als formelle Voraussetzung für die Tätigkeit des Grundbuchamts, ZGB 963, noch eine privatrechtliche Bedeutung haben, als eine auf Übertragung des Eigentums gerichtete Willenserklärung des Veräusserers. Es soll nicht genügen, dass der Verkäufer schon im Kaufvertrage den Übereignungswillen zum Ausdrucke gebracht hat; er soll ihn nochmals bei der Anmeldung aussprechen. In diesem Sinne, als dingliches Rechtsgeschäft, wird die Anmeldung in den Kommentaren als Eintragungsbewilligung⁷¹⁾ bezeichnet. Diese Theorie scheint mir, jedenfalls für den Kaufvertrag, unrichtig zu sein. Eine (in der Anmeldung enthaltene) Eintragungsbewilligung ist nach ZGB nicht materielles Erfordernis der Eigentumsübertragung.⁷²⁾ Denn ein Eintrag, welcher (unter Verstoss gegen die Ordnungsvorschrift des Art. 963 I) ohne Anmeldung (und daher auch ohne Bewilligung des Veräusserers) stattfindet, ist gültig,⁷³⁾ sofern der Rechtsgrund (der Kaufvertrag) in Ordnung ist. Da die Anmeldung auf Ordnungsvorschrift beruht, so kann es für die

⁷⁰⁾ Wieland, Bem. 2 zu 963. Ostertag, Bem. 4 und 53 zu 963.

⁷¹⁾ Das Wort Eintragungsbewilligung ist aus der deutschen Grundbuchordnung § 19 entnommen, wobei aber zu beachten ist, dass diese Bewilligung im deutschen Rechte keine materielle Bedeutung hat, sondern nur als formelle Grundlage des Eintrags dient.

⁷²⁾ Nur wenn der Rechtsgrund nicht in einem Vertrage besteht, sondern im einseitigen Willen des Eigentümers (Dienstbarkeit am eigenen Grundstücke, ZGB 733, Schuldbrief auf den Namen des Eigentümers oder auf den Inhaber, ZGB 859 II), enthält die Anmeldung eine auch für das materielle Recht bedeutsame Willenserklärung, von deren Gültigkeit die Entstehung des eingetragenen Rechtes abhängt.

⁷³⁾ Zugegeben von Wieland, Bem. 3c zu 963 und Ostertag, Bem. 57 zu 963 (vergl. aber auch Bem. 10 zu 963).

Gültigkeit des Eigentumserwerbs auch nicht darauf ankommen, ob der Anmeldende handlungsfähig ist.^{73a)} Denn der für die materielle Rechtsänderung erforderliche Wille des Veräusserers ist nach dem System des ZGB bereits im obligatorischen Vertrage enthalten und die Anmeldung ist nur das formelle Mittel, um eine dem Vertragswillen entsprechende Eintragung zu bewirken.^{73b)} Daher kann die Anmeldung nicht zur Ergänzung⁷⁴⁾ oder Abänderung des Rechtsgrundes dienen. Insbesondere kann m. Er. durch die Anmeldung eine im Kaufvertrag enthaltene Bedingung der Veräusserungspflicht nicht beseitigt werden.⁷⁵⁾ Der Eintrag würde, wenn die Bedingung nicht

^{73a)} Anders Ostertag, Bem. 60 zu 963 und Leemann, Bem. 42 zu 656. Im Gegensatze zur Handlungsfähigkeit muss die Verfügungsmacht, insbesondere das Eigentum, des Veräusserers im Momente der Eintragung bestehen, vergl. ob. Note 67.

^{73b)} Daher ist eine Veräusserung, die nach dem Tode des Eigentümers von seinem Vertreter angemeldet und eingetragen wird, m. Er. gültig, ohne dass es darauf ankommt ob die Vollmacht nach OR 67 fortbesteht. Denn der Eigentumsübergang beruht materiellrechtlich nicht auf der Anmeldung des Vertreters, sondern auf dem bereits im Kaufvertrage enthaltenen Willen des verstorbenen Eigentümers. Dass aber die Wirkungen einer Willenserklärung auch nach dem Tode des Erklärenden eintreten können, ist ein Grundsatz, der im modernen Rechte und wohl auch im schweizerischen Rechte allgemein anerkannt wird, vergl. meinen Allgem. Teil II S. 153.

⁷⁴⁾ Wieland, Bem. 7 zu ZGB 657 hält es für zulässig, dass A dem B sämtliche Liegenschaften einer ihm künftig zufallenden Erbschaft verkauft und die Bezeichnung der Grundstücke nachträglich in der Anmeldung erfolgt. Ich würde den Vertrag, in Ermangelung einer speziellen Bezeichnung der Grundstücke, als Vorvertrag, OR 216 II, auffassen und als Grundlage der Anmeldung einen Kaufvertrag mit Bezeichnung der Grundstücke verlangen. Denn in Ermangelung eines im ZGB nicht vorkommenden dinglichen Vertrages muss doch wenigstens im obligatorischen Vertrag eine auf bestimmte Grundstücke gerichtete Einigung der Parteien zum Ausdruck kommen, vergl. ob. Note 16b.

⁷⁵⁾ Darin sehen Wieland, Bem. 2 zu 963 und Ostertag, Bem. 55 zu 963 die Hauptfunktion der Bewilligung, die in der Anmeldung enthalten sein soll.

erfüllt ist, ungerechtfertigt sein.⁷⁶⁾ Daher hat das Grundbuchamt, um solche Einträge zu vermeiden, sich nicht mit der unbedingten Anmeldung zu begnügen, sondern festzustellen, ob auch der Kaufvertrag unbedingt oder die Bedingung erfüllt ist.⁷⁷⁾

Vergleicht man das ZGB mit dem deutschen Rechte, so erkennt man, dass nach beiden Systemen der Tatbestand der Eigentumsübertragung an Liegenschaften aus zwei Stücken besteht: nach deutschem Rechte aus Auflassung und Eintragung, nach ZGB aus dem Rechtsgrunde und der Eintragung. Der Rechtsgrund hat neben der in ZGB 665 erwähnten obligatorischen Bedeutung zugleich (wie im französischen Rechte) translative (eigentumsübertragende) Wirkung, nur dass letztere Wirkung, im Unterschiede zum französischen Rechte, vom Hinzutritt der Eintragung abhängt.^{77a)} Während im deutschen Rechte Verpflichtung und Verfügung des Veräusserers auseinandergerissen und auf Kaufvertrag und Auflassung verteilt sind, ist nach schweizer Recht die Verfügung im selben Rechtsgeschäfte, wie die Verpflichtung, enthalten.^{77b)}

⁷⁶⁾ Vergl. ob. Note 35. And. Ans. Ostertag, Bem. 58 zu 963.

⁷⁷⁾ Vergl. ob. Note 18.

^{77a)} Aber die im Kaufvertrag enthaltene Verfügung des Eigentümers ist vor der Eintragung nicht vollendet. Daher ist der Eigentümer durch den obligatorischen Vertrag nicht gehindert, unter Verletzung seiner Pflicht anderweitig über das Grundstück zu verfügen, Leemann, Bem. 29 zu 657, Ostertag, 3 zu 974. Ebenso nach deutschem Recht (in welchem selbst nach der Auflassung eine widersprechende Verfügung erfolgen kann) und auch im französischen Recht infolge der Transskription, Zachariä-Crome § 190.

^{77b)} Die obligatorische und die dingliche Funktion des Kaufvertrages treten bisweilen deutlich auseinander, so z. B. wenn der Ehemann in der Güterverbindung ein zum Frauengut gehörendes Grundstück verkauft. Der Kaufvertrag begründet für ihn eine Verpflichtung und Haftung des eigenen Vermögens, ZGB 206. Insofern aber der Vertrag eine Verfügung über das Grundstück enthält, bedarf er der Zustimmung der Frau, Art. 206, Ostertag, Exk. zu Art. 965 Bem. 18. Ohne diese Zustimmung

Daraus ergibt sich eine verschiedene Struktur der Klage des Käufers und der Vollstreckung seines Anspruchs. Nach deutschem Rechte wird der Beklagte zur Vornahme der Auflassung verurteilt; mit Rechtskraft des Urteils gilt nach ZPO § 894 seine Erklärung als abgegeben; nunmehr kann der Käufer durch Eintragung Eigentum erwerben. Nach schweizer Recht klagt der Käufer ebenfalls auf Übertragung des Eigentums (d. h. auf Vornahme der dazu erforderlichen Anmeldung). Aber im Urteil wird keine Verpflichtung des Verkäufers statuiert, sondern dem Käufer das Eigentum (auf Grund des Kaufvertrags) zugesprochen. Mit der Rechtskraft des Urteils wird er Eigentümer und kann nach ZGB 665 II die (deklarative) Eintragung von sich aus bewirken.

III.

Wie bei Liegenschaften so ist auch bei Fahrnis der obligatorische Veräußerungsvertrag nicht genügend, um Eigentum zu übertragen. Es muss die Tradition hinzukommen. ZGB 714 sagt: Übergang des Besitzes auf den Erwerber, während aOR 199 Besitzübergabe verlangte. Eine Änderung des Rechtszustandes dürfte mit dieser Änderung der Fassung nicht beabsichtigt sein.⁷⁸⁾ Oder sollte wirklich der Käufer auch dann Eigentum erwerben, wenn er eigenmächtig (heimlich oder gewaltsam) sich der Sache bemächtigt? Auch die Übergabe der Sache genügt nicht. Sie muss in der Absicht der Eigentumsübertragung erfolgen. Die entsprechende Absicht muss der Erwerber

kann der Eintrag nicht erfolgen. Auch eine Klage würde dem Käufer nicht das Eigentum verschaffen, sondern nur Schadenersatz aus dem Vermögen des Mannes, Egger, Bem. 2b zu 202. Verkauft die Frau ohne Einwilligung des Mannes, so entsteht für sie eine Verpflichtung, für welche jedoch nur das Sondergut haftet, Art. 208. Zur Eintragung bedarf es der Zustimmung des Mannes.

⁷⁸⁾ Die Kommentare schweigen. Auch die Erläuterung zum Vorentwurf gibt keine Aufklärung.

haben. Daher ist die Tradition, wie im bisherigen Rechte, als Einigung aufzufassen, welche den Eigentumsübergang bewirkt, als sogen. dinglicher Vertrag. Aus dem Erfordernis des Vertrags ergibt sich, dass das Fahrniseigentum niemandem ohne seinen Willen verschafft werden kann, auch nicht dem Käufer im Annahmeverzug.⁷⁹⁾ Daher musste das Gesetz dem Verkäufer helfen, durch Gestattung der Hinterlegung oder des Selbsthilfeverkaufs, OR 92 93.

Wie verhält sich der dingliche Vertrag zum obligatorischen, z. B. zum Kaufvertrage, welcher vor oder gleichzeitig mit der Tradition geschlossen wird? Ist er abstrakt, d. h. unabhängig von der Gültigkeit des Kaufes, oder kausal, d. h. ungültig, wenn ihm infolge von Unverbindlichkeit des Kaufes der Rechtsgrund (die causa) fehlt?⁸⁰⁾ Diese Frage war im aOR streitig und ist es im ZGB um so mehr,⁸¹⁾ als man für die kausale Beschaffenheit der Tradition sich auf die Analogie des Liegenschaftsrechts berufen kann. Diese Analogie trifft aber m. Er. nicht zu. Denn die Struktur des Eigentums-erwerbs ist bei Liegenschaften eine ganz andere als bei Fahrnis. Bei Liegenschaften beruht der Eigentums-erwerb ausser auf der amtlichen Handlung des Grundbuchführers ausschliesslich auf dem obligatorischen Ver- trage. Dieser Vertrag enthält die Verfügung. Er ist der einzige rechtsgeschäftliche Vorgang, in welchem der Übertragungswille der Parteien zum Ausdrucke kommt. Dem entspricht es, dass seine Gültigkeit für den Eigen- tumsübergang entscheidend ist. Bei Fahrnis steht dagegen neben dem Kaufe, der nur obligatorische Wirkungen er-

⁷⁹⁾ Anders im Liegenschaftsrecht, vergl. ob. Note 20.

⁸⁰⁾ Die Frage ist grundlegend für die theoretische Auffassung der Eigentumsübertragung, aber auch praktisch nicht ohne Bedeutung, weniger für den Dritten, der durch seinen guten Glauben geschützt ist, als für den Fall, dass der grundlose Erwerber in Konkurs verfällt.

⁸¹⁾ Wieland, Bem. 3b zu 714; Ostertag, Bem. 7 zu 922; Eger, ZSchw.R. 33, 334 fg. Für abstrakte Tradition Leemann, Note 2 zu 714, E. Huber, Zum schw. Sachenrecht S. 120 Anm.

zeugt, ein zweites Rechtsgeschäft, die Tradition, welche nur das zum Inhalte hat, was der Kaufvertrag nicht bewirken kann, nämlich den Übergang des Eigentums. Wenn das Gesetz für diese Wirkung einen zweiten, den dinglichen Vertrag verlangt, so liegt es nahe, anzunehmen, dass dieser Vertrag zur Übertragung des Eigentums nicht nur erforderlich, sondern auch genügend ist.

Zu diesen der Konstruktion entnommenen Argumenten gesellen sich Erwägungen rechtspolitischer Art. Die Abhängigkeit der Eigentumsübertragung von ihrem Rechtsgrunde schützt den Veräusserer gegen die Folgen einer grundlosen Weggabe seiner Sache. Sie ist ein konservativer Zug des Rechtes. Die abstrakte Eigentumsübertragung schützt den Erwerber (und seine Gläubiger)⁸²⁾ gegen Anfechtung seines Rechtes. Sie dient dem Verkehrsinteresse. Ein Gesetz kann aber gute Gründe haben, im Liegenschaftsrecht den Schutz des Veräusserers zu betonen, bei Mobilien dagegen grösseren Wert auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu legen.

Bei dieser Sachlage und angesichts des Umstandes, dass aus dem farblosen Text des Art. 714 ZGB sich für keine der beiden Ansichten etwas entnehmen lässt, ist die Auffassung die richtige, welche sich dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes am besten anpasst. In diesem Sinne scheint mir entscheidend für die abstrakte Beschaffenheit der Tradition zu sprechen das Kondiktionenrecht und insbesondere die *cond. indebiti* des schweizer Rechtes.⁸³⁾

⁸²⁾ Im Konkurs des Empfängers kann der Kondiktionsberechtigte nicht aussondern; sein Verlust kommt den Gläubigern des Empfängers zu gute. Man kann darin eine Unbilligkeit sehen, vergl. ob. Note 30. Jedoch ist zu erwägen, dass der Zahlende durch seinen oft auf Nachlässigkeit beruhenden Irrtum die Situation herbeigeführt hat, aus welcher ihm das Gesetz den Ausweg der Rückforderung eröffnet. Man kann der Ansicht sein, dass er keinen stärkeren Schutz verdient, als die übrigen Gläubiger, welche, ohne einen Irrtum begangen zu haben, durch den Vermögensverfall des Schuldners zu Schaden kommen.

⁸³⁾ Vergl. dazu die ob. Note 81 genannte Abhandlung von Eger.

OR 63 bestimmt (in Wiederholung von aOR 72): „wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat.“ Diese Rückforderung ist zweifellos, wie im gemeinen Rechte, nicht als Vindikation gemeint, sondern als obligatorischer Anspruch aus einer ungerechtfertigten Bereicherung des Empfängers. Die Bereicherung kann nur darin gefunden werden, dass der Empfänger an der grundlos erhaltenen Sache Eigentum erworben hat. Wäre die Tradition abhängig von ihrem Rechtsgrunde, so hätte der Empfänger kein Eigentum erworben⁸⁴⁾ und wäre nicht bereichert. Es gäbe daher keine *cond. indebiti* für Mobilien, wie es zweifellos für Grundstücke seit dem ZGB keine *cond. indebiti* gibt. Die grundlos weggegebene Mobilie könnte, wie das Grundstück, vindiziert werden und zwar auch dann, wenn der Zahlende das Nichtbestehen der Schuld kannte.⁸⁵⁾ Art. 63 wäre ganz ohne Anwendungsgebiet und es wäre unerklärlich, warum dieser Artikel bei der Revision unverändert in das neue OR herübergenommen wurde. Denn man kann dem Gesetzgeber nicht imputieren, dass er sich des Zusammenhangs zwischen Eigentumserwerb und *Condictio* nicht bewusst gewesen wäre.⁸⁶⁾ Wollte der

⁸⁴⁾ Eger, S. 346 behauptet, dass die wissentliche Zahlung einer Nichtschuld keine grundlose Zuwendung sei (weil der Zahlende irgend einen Zweck damit verfolge) und daher auch bei kausaler Auffassung der Tradition dem Empfänger das Eigentum verschaffe. Das kann nicht zugegeben werden. Versteht man bei Leistung *solvendi causa* unter dem Rechtsgrund den Bestand der zu tilgenden Forderung, so ist die Leistung in Ermangelung dieser Forderung grundlos und die Motive, welche den Zahlenden zu seiner Leistung veranlasst haben, kommen rechtlich nicht in Betracht. Anders natürlich, wenn auch der Empfänger das Nichtbestehen der Schuld kannte; dann wird der Zahlungszweck simuliert und in der Regel Schenkung gemeint sein, vergl. meinen Allgem. Teil III S. 85.

⁸⁵⁾ Vergl. ob. Note 27.

⁸⁶⁾ Wie es anscheinend bei den Verfassern des Code civil der Fall gewesen ist, vergl. ob. Note 6.

Gesetzgeber daran festhalten, die Rückforderung des Nichtgeschuldeten nur bei nachgewiesenem Irrtum zu gestatten, und dafür sprechen gute Gründe,⁸⁷⁾ so konnte er nicht anordnen wollen, dass der Gegenstand der Leistung, wenn nicht geschuldet, im Eigentum des Leistenden verbleiben solle.

Gegen diese Argumentation wird oft eingewendet,⁸⁸⁾ dass die Eigentumsfrage bei Mobilien und insbesondere bei Geld für die *cond. indebiti* keine Rolle spiele, weil ja in der Regel Verbrauch oder Vermischung der empfangenen Gegenstände eintrete und die Rückforderung schon aus diesem Grunde obligatorischen Charakter annehme. Dieser Einwand erweist sich bei genauerer Überlegung als unrichtig: wenn bei der Zahlung das Eigentum mangels eines Rechtsgrundes nicht übergeht, hat der Zahlende zunächst die Vindikation des geleisteten Gegenstandes. Erst durch Verbrauch oder Vermischung der Sache entsteht für ihn ein Bereicherungsanspruch.⁸⁹⁾ Aber dieser Anspruch ist keine *cond. indebiti* im Sinne des Art. 63. Denn die Bereicherung entsteht nicht durch grundloses Geben des Zahlenden, sondern durch ungerechtfertigtes Handeln des Empfängers.⁹⁰⁾ Da dieser Anspruch nicht auf der Zahlung

⁸⁷⁾ Vergl. Becker, Note 11 zu Art. 63 über die neuere Praxis des Bundesgerichts, welche sogar Entschuldbarkeit des Irrtums verlangt. Zu weit in der Begünstigung des Zahlenden scheint mir BGB § 814 zu gehen, indem es ihm den Beweis des Irrtums abnimmt und die Rückforderung nur bei Kenntnis der Nichtschuld ausschliesst. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann eine Leistung auch dann, wenn sie im Zweifel über das Bestehen der Schuld geschah, zurückverlangt werden. Allerdings wird in solchen Fällen meistens angenommen, dass die beiderseitige Absicht bestand, eine Rückforderung auszuschliessen. Vergl. darüber meinen Allgem. Teil § 79 Anm. 117 und neuerdings ReichsG 97, 140.

⁸⁸⁾ Eger a. a. O. S. 351.

⁸⁹⁾ Windscheid, Pand. § 422 Anm. 4, Becker, Note 13 zu OR Art. 62.

⁹⁰⁾ Dass die Bereicherungsansprüche aus grundlosem Geben (insbesondere die *cond. indebiti*) und aus rechtlosem Nehmen

beruht, kann er auch einen Irrtum des Zahlenden nicht zur Voraussetzung haben.

Ich komme daher zu dem Resultate, dass die Anwendbarkeit des Art. 63 von der abstrakten Natur der Tradition abhängt. Will man daran festhalten, dass eine nicht-geschuldete Leistung nur bei Irrtum zurückverlangt werden darf, so muss man dem Empfänger das Eigentum an der grundlos geleisteten Sache zuschreiben.⁹¹⁾ Damit ist aber nicht gesagt, dass man die Lehre von der abstrakten Beschaffenheit der Tradition in ihren äussersten Konsequenzen und in allen Fällen festzuhalten braucht. Sie hat seit der Abfassung des aOR in der deutschen Doktrin viel von ihrer Schärfe verloren und ist, insbesondere seit der Kritik von Strohal,⁹²⁾ auf ein vernünftiges Mass reduziert worden.⁹³⁾ Sie ist, wie oben dargelegt, wohlbegründet, wenn die Übergabe der Sache aus einer in der Vergangenheit liegenden Causa (insbesondere zur Erfüllung einer vermeintlich schon bestehenden Schuld) erfolgt.

(BGB § 816 und ähnliche Fälle) auf ganz verschiedenen Tatbeständen beruhen, und in einigen Beziehungen eine verschiedene Behandlung verdienen, kommt in den modernen Gesetzen nicht zum Ausdruck und wird, wie mir scheint, in der Rechtswissenschaft zu wenig beachtet, vergl. meinen Aufsatz über Bereicherung in der Festgabe für E. J. Bekker 1907 S. 27.

⁹¹⁾ Nach der erweiterten Fassung der Art. 24 I Nr. 4 könnte man daran denken, die irrtümliche Zahlung einer Nichtschuld als ungültig zu betrachten, weil „der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde.“ Diese Subsumption liegt jedoch zweifellos nicht im Sinn des Gesetzes. Der Irrtum des Zahlenden ist, wie im aOR, Motivirrtum und nach Art. 24 II unwesentlich für die Gültigkeit der Tradition. Wollte man anders entscheiden, so wäre die ganze cond. indebiti durch das Recht des wesentlichen Irrtums absorbiert. Es zeigt sich an diesem Beispiel, wie ungenau der sogen. Tatbestandsirrtum durch den Wortlaut des Art. 24 Nr. 4 abgegrenzt ist und wie gefährlich die neue Fassung bei unvorsichtiger Auslegung des Gesetzes werden kann.

⁹²⁾ Jahrb. f. Dogm. 27, 340 fg.

⁹³⁾ Vergl. meinen Allgem. Teil Bd. III S. 87, 106.

Anders dagegen, wenn der Kausalvertrag gleichzeitig mit der Übergabe der Sache geschlossen werden soll, so z.B. wenn X dem Y eine gleichzeitig zugesandte Sache zum Kaufe anbietet. Hier liegen zwei Offerten vor (eine zum Kaufvertrage, die andere zur Tradition), welche zweifellos vom Offerenten so gemeint sind, dass sie nur gemeinsam angenommen oder abgelehnt werden können. Daher ist es selbstverständlich, dass Y nicht die Traditionsofferte annehmen und die Kaufofferte ablehnen kann. Dasselbe muss gelten, wenn der Kauf am Dissens der Parteien scheitert, indem z. B. die Kaufofferte des X von Y missverständlich als Schenkungsantrag aufgefasst wird. Auch in diesem Falle wird Y nicht Eigentümer, weil ihm das Eigentum nicht anders, als in Verbindung mit dem Kaufe, angeboten war.⁹⁴⁾

Endlich ist zu beachten, dass Fehler des Kausalgeschäfts, insbesondere Willensmängel, auf die Tradition übergreifen und deren Ungültigkeit herbeiführen können.⁹⁵⁾ Ist ein Kaufvertrag wegen Betrug oder Drohung für den Verkäufer unverbindlich, so ist auch die Übergabe der Sache ungültig, falls der Betrug oder die Bedrohung zur Zeit der Übergabe noch bestand.⁹⁶⁾ Ebenso kann es vorkommen, dass ein wesentlicher Irrtum, der dem Kaufvertrage anhäftet, sich auf die Tradition miterstreckt.⁹⁷⁾ So z. B. wenn jemand durch Verwechslung eine andere Sache verkauft, als er verkaufen will, und immer noch in

⁹⁴⁾ So auch Leemann, Bem. 26 zu Art. 714. Dagegen scheint Eger a. a. O. diese Milderung der Lehre von der abstrakten Tradition nicht zu kennen.

⁹⁵⁾ Vergl. meinen Aufsatz über Willensmängel im ZSchwR. 39, 61, Leemann a. a. O. Bem. 25, Eger a. a. O. 340.

⁹⁶⁾ Bundesg. in BlZür. 2 Nr. 260. Allgem. Teil II S. 615. Ausnahmsweise kann es vorkommen, dass die Tradition aus einem mit Betrug behafteten Geschäft gültig ist, z. B. wenn sie von einem Vertreter des betrogenen Verkäufers vorgenommen wird; denn nur die Willensmängel kommen in Betracht, welche in der Person des Vertreters vorliegen, Becker, Bem. 10 zu Art. 32.

⁹⁷⁾ Allgem. Teil II S. 592.

diesem Irrtum über die Identität der Sache befangen, die Übergabe vollzieht. Anders wäre zu entscheiden, wenn der Kaufvertrag wegen eines Irrtums bei Verabredung des Kaufpreises unverbindlich ist, und der Verkäufer, bevor er diesen Irrtum merkt, die Sache übergibt. Denn der fortbestehende Irrtum ist in Ansehung der Tradition ein Motivirrtum⁹⁸⁾ (der Verkäufer übergibt die Sache, weil er den Kaufvertrag für verbindlich hält) und daher nach Art. 24 II unwesentlich. Das Eigentum geht über und der Verkäufer ist auf die *cond. indebiti* angewiesen.

Wenn das Eigentum infolge eines Willensmangels nicht übergeht, entsteht die weitere Frage, ob die Sache im Sinne von Art. 934 als „wider Willen des Besitzers abhandengekommen“ gelten soll, so dass auch ein weiterer gutgläubiger Erwerber nicht Eigentümer werden kann. Da das Gesetz den Willen des Irrenden oder Betrogenen als unverbindlich betrachtet (Art. 23, 28 OR), könnte man daran denken, ein Abhandenkommen der Sache anzunehmen. Das würde aber dem Grundgedanken des Art. 934 in seinem Gegensatz zu Art. 933 (anvertraute Sachen) widersprechen. Der Eigentümer muss dem gutgläubigen Erwerber weichen, wenn er die Situation herbeigeführt hat, welche den gutgläubigen Erwerb ermöglichte. Das geschieht in Art. 933 dadurch, dass er die Sache jemandem anvertraut, der sie dann ohne Ermächtigung veräussert. Aber auch wenn der Eigentümer die Sache aus Irrtum (z. B. durch Verwechslung mit einer anderen Sache) oder durch Betrug verleitet weggibt, hat er die Möglichkeit geschaffen, dass die Sache vom Empfänger an einen Gutgläubigen weitergegeben wird. Der Vorgang, durch welchen die Sache in den Verkehr kommt, hat in diesen Fällen weit mehr Ähnlichkeit mit dem Anvertrauen des Art. 933, als mit dem Diebstahl oder dem Verlieren der Sache nach Art. 934. Daher ist es unbestritten, dass solche Sachen

⁹⁸⁾ BIZür. 2 Nr. 260. Vergl. ob. Note 91.

dem gutgläubigen Erwerb nicht entzogen sind.⁹⁹⁾ Zweifelhafte ist die Entscheidung bei Sachen, deren Übergabe durch Drohung OR Art. 29, erzwungen wird. Hier könnte man mit grösserer Berechtigung davon sprechen, dass die Sachen „ohne Willen“ dem Besitzer abhandengekommen sind, weil der Wille des Bedrohten gegenüber der Einwirkung des Drohenden eine nur passive Rolle spielt.¹⁰⁰⁾ Trotzdem muss man sagen, dass der Bedrohte die Sache weggegeben hat. Und wenn auch sein Entschluss auf abnormen Motiven beruht, so hat er immerhin durch seinen Willen die Situation herbeigeführt, welche den Erwerb des Gutgläubigen ermöglichte. Daher dürfte es richtiger sein, auch an Sachen, deren Weggabe durch Drohung veranlasst wurde, den gutgläubigen Erwerb zu gestatten.¹⁰¹⁾ Anders natürlich, wenn der Drohende nicht Übergabe der Sache erzwungen, sondern die Sache dem Eigentümer weggenommen hat, indem er dessen Widerstand durch die Drohung beseitigte.

⁹⁹⁾ Wieland, Bem. 3b zu 934, Ostertag, Bem. 9 zu 934, Bundesger. 19 S. 311, 27 II S. 154. Ebenso im deutschen Recht die herrschende Lehre, Gierke, Sachenrecht § 115 Note 80, Wolf, Sachenrecht § 11 Note 3, mein Allgem. Teil § 57 Note 101.

¹⁰⁰⁾ Daher habe ich früher die Ansicht vertreten, dass eine durch Erpressung erlangte Sache als abhandengekommen zu behandeln sei, ZSchwR. 39, 59. Ebenso Wieland a. a. O.

¹⁰¹⁾ Ostertag a. a. O. So auch im deutschen Recht, vergl. meinen Allgem. Teil § 68 Note 45; a. A. Dernburg, Sachenrecht § 102 Note 11, Binding, Eigentumserwerb vom Nichteigentümer S. 18.