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: 61 (1942)

Artikel: Das Eigentum am Erlös aus Kommissionsware

Autor: Lemp, Paul

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896281

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: 10.12.2025

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

Das Eigentum am Erlös aus Kommissionsware.

Von Dr. Paul Lemp, Bundesgerichtssekretär,
Lausanne.

I.

Das schweizerische OR bestimmt nicht ausdrücklich, wem das Eigentum an der eingekauften und am Erlös aus der verkauften Kommissionsware zusteht, ob unmittelbar dem Kommittenten oder zunächst dem Kommissionär. In der Literatur und Rechtsprechung ist versucht worden, die Lösung aus Art. 434 und Art. 401 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 425 Abs. 2 OR abzuleiten.

Art. 434 OR bestimmt, dass der Kommissionär am Kommissionsgute sowie am Verkaufserlös ein Retentionsrecht habe. Der entsprechende Art. 442 aOR verwies auf das Retentionsrecht „im Sinne des Art. 224 aOR", und diese Bestimmung entsprach dem heute geltenden Art. 895 ZGB, regelte also das Retentionsrecht als beschränkt dingliches Recht an fremder Sache. Daraus wurde geschlossen, dass das Retentionsrecht des Kommissionärs am Kommissionsgute und am Verkaufserlös ein solches an fremder Sache sei, dass also das Eigentum am Kommissionsgute und am Erlös dem Kommittenten zustehe. Art. 434 OR enthält keinen Hinweis auf Art. 895 ZGB, lässt somit die Frage offen, ob das Retentionsrecht des Kommissionärs ein beschränkt dingliches Recht an fremder Sache oder bloss ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des Art. 82 OR (exceptio non adimpleti contractus) sei. Die Gesetzesmaterialien sagen nicht, aus welchem Grunde der Hinweis auf das dingliche Retentionsrecht des Art. 895 ZGB bei der Revision fallen gelassen worden ist. Entweder betrachtete der Gesetzgeber die Verweisung als überflüssig, oder er wollte zum Ausdruck bringen, dass das Retentionsrecht des Kom-

missionärs gegebenenfalls ein blosses Zurückbehaltungsrecht im Sinne des Art. 82 OR sei. Für die erste Alternative spricht, dass das OR und das ZGB — im Gegensatz zum deutschen BGB — Verweisungen grundsätzlich vermeiden. Es wäre jedoch zu gewagt, daraus zu schliessen, dass Art. 434 OR gleich wie Art. 442 aOR nur das dingliche Retentionsrecht an fremder Sache im Auge habe.

Was sodann Art. 401 OR anbetrifft, welcher auf das Kommissionsverhältnis anwendbar ist (Art. 425 Abs. 2 OR), bestimmt dessen Abs. 3, dass der Auftraggeber im Konkurse des Beauftragten, unter Vorbehalt der Retentionsrechte desselben, die beweglichen Sachen herausverlangen könne, die dieser in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat. Daraus wird geschlossen, dass der Beauftragte (Kommissionär) an den in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers (Kommittent) erworbenen beweglichen Sachen Eigentum habe. Diese Überlegung ist nicht schlüssig. Aus Art. 401 Abs. 3 OR ergibt sich bloss, dass der Kommissionär am eingekauften Gute Eigentum haben kann, nicht aber dass er es stets habe. Über die Fälle, in welchen das Eigentum dem Kommittenten zusteht, sagt Art. 401 Abs. 3 OR nichts, weil sich in diesen Fällen das Aussonderungsrecht gegenüber der Konkursmasse des Kommissionärs aus Art. 197, 242 SchKG ergibt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Streitfrage, wem das Eigentum am Kommissionsgut und am Verkaufserlös zustehe, aus keiner Bestimmung des OR unmittelbar beantwortet werden kann.

II.

Um der Lösung näher zu kommen, ist zunächst ein Blick auf die in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung vertretenen Theorien zu werfen. Eine bedeutende Rolle spielt das deutsche Schrifttum, in welchem die Frage vor und nach dem Inkrafttreten des BGB immer wieder erörtert

worden ist. Nach deutschem wie nach schweizerischem Recht kauft und verkauft der Kommissionär in eigenem Namen für Rechnung des Kommittenten (§ 383 HGB; Art. 425 Abs. 1 OR). Er tritt als mittelbarer (indirekter) Stellvertreter des Kommittenten auf. Nach beiden Rechtsordnungen spitzt sich daher das Problem der Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut und am Verkaufserlös auf die Frage des Eigentumserwerbs durch mittelbare Stellvertreter zu.

A. Nach deutschem Recht erfordert die Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache, dass der Veräusserer sie dem Erwerber übergebe und beide darüber einig seien, dass Eigentum übergehen solle (§ 929 Satz 1 BGB).

1. Unter der Übergabe ist die Verschaffung des Besitzes zu verstehen[1]).

Nach der einen Auffassung, vorwiegend vertreten unter der Herrschaft des gemeinen Rechts, geht der Besitz im Falle indirekter Stellvertretung vom Veräusserer auf den Stellvertreter und nur auf diesen, nicht auf den Vertretenen über[2]). Dies muss einmal der Fall sein nach der Theorie von Savigny, wonach der Wille des Tradenten die Person des Besitzerwerbers bestimmt[3]). Von Jhering erblickt den Grund für den Besitzerwerb des indirekten Stellvertreters in der Interessenlage[4]). Die Kausaltheorie schreibt den Besitz dem Gläubiger aus dem dem Besitzerwerb zugrunde liegenden Kausalverhältnis zu[5]). Eine weitere Theorie wendet das für Rechtsgeschäfte geltende Offenheitsprinzip des § 164 BGB an, wonach der Vertretene nur dann unmittel-

---

[1]) Wolff, Sachenrecht (9) 205.

[2]) Von Jhering, Jher. Jahrb. 1 330; Wolff, Ehrenbergs Handbuch 4 I 28; ROHG 16 212, 19 79 f.

[3]) Savigny, Das Recht des Besitzes (5) 310 f.; Brinz, Lehrbuch der Pandekten (2) 1 521 f.

[4]) Von Jhering, Der Besitzwille, Jena 1889, 380.

[5]) Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, Jher. Jahrb. 36 55 ff.; Regelsberger, Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen, Jher. Jahrb. 44 418 ff.

bar berechtigt wird, wenn der Wille des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, erkennbar hervortritt[6]).

Nach der anderen Auffassung hängt es nicht vom Willen des Tradenten ab, wer Besitz erwerbe, ob der Beauftragte oder der Auftraggeber[7]). Der Beauftragte braucht daher seine Stellung nicht kundzutun[8]). Vielmehr wird die Person des Besitzerwerbers durch das Innenverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem bestimmt[9]), sei es, dass Willensübereinstimmung zwischen Auftraggeber und Beauftragtem verlangt wird[10]), sei es, dass es als genügend gilt, wenn der Beauftragte den Auftrag kennt und beim Empfang der Sache nicht den Willen kundgibt, selbst zu erwerben[11]).

Das BGB unterscheidet unmittelbaren und mittelbaren Besitz. Wer eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf

---

[6]) Kniep, Der Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches 230; Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, Jher. Jahrb. 50 332.

[7]) Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, Jher. Jahrb. 34 49 f.; Eger, Vertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, Diss. Giessen 1900, 28; Dernburg, Das bürgerliche Recht 3 63; Jung, Der Eigentumsübergang beim Kommissionsgeschäft nach dem Inkrafttreten des BGB, ZHR 47 196 f.; Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübingen 1910, 168; Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht, Leipzig 1895, 567 f.

[8]) Dernburg, Pandekten 1 § 180; David, Stellvertretung ohne Kundgebung des Vertretungswillens, Das Recht 5 508; Hellmann, Kritische Vierteljahresschrift 50 116; vgl. auch RGZ 11 128.

[9]) Nassauer, Besitzerwerb durch Mittelspersonen nach gemeinem Recht und dem Recht des BGB, Diss. Heidelberg 1910, 33; Munscheid, Stellvertretung im Besitzerwerb nach römischem und gemeinem Recht, verglichen mit den Vorschriften des BGB, Diss. Leipzig 1901, 41.

[10]) Dernburg, Das bürgerliche Recht 3 64; Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften 100; Randa 567 f.

[11]) Bruns 168; Goetz, Eigentumserwerb des Auftraggebers bei verdeckter Stellvertretung, Diss. Breslau 1917, 45.

Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, besitzt, ist unmittelbarer, der andere dagegen mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB). Als Verhältnis, welches geeignet ist, der einen Person unmittelbaren, der anderen mittelbaren Besitz zu verschaffen, gelten unter anderem auch der Auftrag und die Kommission[12]). Der Auftraggeber bzw. Kommittent hat mittelbaren, der Beauftragte bzw. Kommissionär unmittelbaren Besitz an der Kommissionsware. Ob der Beauftragte oder Kommissionär sie aus der Hand des Auftraggebers bzw. Kommittenten (zum Verkauf) oder aus der Hand eines Dritten (durch Einkauf) empfangen hat, ist dem Bestehen mittelbaren Besitzes neben unmittelbarem kein Hindernis[13]).

2. Die Einigung über den Eigentumsübergang setzt unbestrittenermassen voraus, dass der Veräusserer das Eigentum aufgeben will; sonst kann weder der indirekte Stellvertreter noch dessen Auftraggeber Eigentum erwerben. Bestritten ist dagegen, ob der Wille des Veräusserers auch insofern erheblich sei, dass er die Person des Erwerbers mitbestimmen helfe, mit andern Worten, ob es genüge, wenn die Beteiligten einig sind, dass Eigentum übergehen solle, oder ob sie darüber hinaus einig sein müssen, auf wen es übergehen solle.

Nach der einen Auffassung hängt es nicht vom Willen des Veräusserers ab, wer Eigentümer wird[14]). Nach der

[12]) Moeller, Eigentumserwerb beim Kommissionseinkauf, Diss. Leipzig 1906, 21; Bruns 162; Nassauer 32; Goetz 44; Jung, ZHR 47 205 f.; Staudinger-Riezler (9) § 164 Bem. 3 b. Wolff, Ehrenbergs Handbuch 4 I 28 und Sachenrecht (9) 25 nimmt dies nur für die Verkaufskommission an.

[13]) Eger 20 ff.; Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 3 316 Anm. 48; Henning von der Osten, Der Eigentumsübergang bei Tradition an einen im fremden Interesse, aber eigenen Namen handelnden Beauftragten im gemeinen und bürgerlichen Recht, Diss. Greifswald 1907, 53; Petri, Zur Frage der Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut, ArchZivPra 111 381 f.; von Kupsch, Die Stellvertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, Diss. Greifswald 1928, 14.

[14]) David a. a. O.

anderen Auffassung hilft der Wille des Veräusserers den Erwerber mitbestimmen. Zu den Anhängern dieser Ansicht gehört, wer das Eigentum schlechthin auf den Gläubiger aus dem Grundgeschäft übergehen lässt, ausgehend von der Erwägung entweder, dass der indirekte Stellvertreter wie beim Grundgeschäft auch bei der Einigung über den Eigentumsübergang in eigenem Namen handle und daher nach dem Offenheitsprinzip selber Eigentümer werde, oder dass der Veräusserer in Erfüllung seiner Verpflichtung aus dem Grundgeschäft Eigentum übertrage, also seinen Gläubiger und nur diesen zum Eigentümer machen wolle[15]). Andere Autoren betonen, dass der neue Eigentümer mit dem Gläubiger aus dem Grundgeschäft nicht identisch zu sein brauche[16]). Sie wollen im einzelnen Falle prüfen, ob der Veräusserer ein Interesse daran habe, dass nur der indirekte Stellvertreter und nicht dessen Auftraggeber Eigentümer werde[17]). Dieses Interesse nehmen die einen als Regel an und erachten es daher als nötig, dass der Wille des Veräusserers, den Eigentümer ausnahmsweise

[15]) Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB, Gruchots Beitr. 42 671; Eger 32; Weidmann, Das Kommissionsgeschäft, Rostock 1908, 137; Lehmann, ZHR 51 269; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht 181; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (12) 268; Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürg. Rechts (13) 1 550; Wolff, Sachenrecht (9) 206; Staub-Bondi (12/13) Anhang zu § 58 Anm. 110; ROHG 19 79; RGZ 5 2; RGSt 3 152, 47 43.

[16]) Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels 432; Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen im BGB, ArchZivPra 93 235; Moeller 7; Langen, Rezension zu Riezers Kommentar zum Bankdepotgesetz, ArchBürgR 30 295; von der Osten 21; Jung, ZHR 47 191; Ritter, Rezension zu Riezers Kommentar zum Bankdepotgesetz, ArchBürgR 40 415; von Kupsch 21; Klee, Die Rechte des Kommittenten im Konkurs des Kommissionärs, unter Berücksichtigung des schweiz. Rechts, Diss. Basel 1934 (in Maschinenschrift), 101; Kaminer, Die Umtauschkommission, Diss. Basel 1936 (in Maschinenschrift), 74.

[17]) Bremer, Z. f. Zivilrecht und Prozess NF 20 45; von Kupsch 36 ff.; Düringer-Hachenburg (3) Anm. 74 zu § 384 HGB; Staub (12/13) § 383 Anm. 33.

durch den Empfänger bestimmen zu lassen, im einzelnen Falle tatsächlich vorhanden sei und erklärt werde[18]) oder wenigstens aus den Umständen hervorgehe[19]). Andere gehen von der Annahme aus, dass es dem Veräusserer in der Regel gleichgültig sei, wer das Eigentum erwerbe, und verlangen daher, dass sein ausnahmsweiser Wille, nur den Empfänger zum Eigentümer zu machen, erkennbar hervortrete[20]). Ist letzteres der Fall, so muss mit dem Empfänger eine Einigung zustande kommen, ansonst das Eigentum beim Veräusserer verbleibt[21]).

Streitig ist, nach welchen Kriterien der neue Eigentümer bestimmt wird, wenn es dem Veräusserer gleichgültig ist, wer Eigentümer wird. Rümelin stellt auf das objektive Verhältnis zwischen Geschäftsmittler und Geschäftsherrn ab, in welchem ausser den zwischen beiden getroffenen Abmachungen der Verkehrsauffassung und der Auslegung nach Treu und Glauben Bedeutung zukomme. Ist nach alledem der Mittler nicht zum Fremderwerb verpflichtet, so erwerbe er selber Eigentum[22]). Riezler pflichtet dieser Auffassung bei[23]). Von Kupsch spricht das Eigentum dagegen dem Kommittenten zu, es sei denn, der Kommissionär beweise, dass er gemäss einer mit dem Kommittenten getroffenen Vereinbarung oder anderen Umständen zuerst selber Eigentümer werden sollte[24]). Jung sieht den Grund für den direkten Eigentumserwerb des Kom-

---

[18]) Schmidt-Rimpler, Ehrenbergs Handbuch 5 I [1] 929 f.

[19]) Planck-Flad (4) § 164 Bem. 5 b; Ritter a. a. O.; vgl. auch Moeller 53 f.

[20]) Rümelin 229 ff.; Petri, ArchZivPra 111 379 f.; Goetz 29, 56; Rosenstock, Der Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung, Diss. Breslau 1917, 19; Randa 567 Anm. 21; RGSt 19 429; vgl. auch Moeller 56.

[21]) Grünhut 429 f.; Jung, ZHR 47 195; von der Osten 29, 48, 71; Goetz 56; Petri, ArchZivPra 111 385 f.

[22]) Rümelin 242.

[23]) Staudinger-Riezler (9) § 164 Bem. 3 c; ebenso Rosenstock 34.

[24]) Von Kupsch 36 f.

mittenten im Auftragsbewusstsein des Kommissionärs, d. h. in der Tatsache, dass der Kommissionär zum Einkauf der Ware beauftragt und sich dessen bewusst sei und am Kommissionsgut kein eigenes wirtschaftliches Interesse habe[25]). Nach Moeller wird der Kommittent Eigentümer, weil dies dem Willen entspreche, den ein redlicher Kommissionär nach Treu und Glauben haben müsse[26]). Eine andere Auffassung lässt den Eigentümer durch den inneren Willen des Kommissionärs bestimmen[27]), während nach einer weiteren Meinung der Wille des Kommissionärs den Eigentümer nur dann bestimmen kann, wenn er irgendwie kundgetan wird[28]). Wieder andere Autoren lassen den Eigentümer durch den übereinstimmenden Willen des Kommittenten und des Kommissionärs bestimmen[29]).

3. Mit dem Übergang des Eigentums vom Veräusserer auf den Kommissionär oder direkt auf den Kommittenten ist nicht zu verwechseln der Übergang vom Kommissionär auf den Kommittenten. In der deutschen Literatur und Rechtsprechung wird immer wieder auf die Möglichkeit hingewiesen, dass dieser Übergang durch Besitzeskonstitut bewirkt werden könne. Die Autoren und Gerichte, insbesondere auch das Reichsgericht, die schlechthin oder unter bestimmten Voraussetzungen annehmen, dass das Eigentum vom Veräusserer auf den Kommissionär übergehe, er-

---

[25]) Jung, ZHR 47 200 f.

[26]) Moeller 64 f.

[27]) Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (6) 446; Staudinger-Kober (9) § 929 Bem. IV 2 bβ; Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Das Reichsstrafgesetzbuch (2) 757; Düringer-Hachenburg (3) § 384 Anm. 74.

[28]) Grünhut 430 ff.; Langen, ArchBürgR 30 295; von der Osten 38, 48, 71; Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts (2) 843; Schmidt-Rimpler 930; Randa 569; RGSt 19 429, 24 146.

[29]) Bremer 86; Seeba, Kann ein im eigenen Namen auftretender Stellvertreter unmittelbar mit der Übergabe der tradierten Sache an ihn für den Vertretenen Besitz und Eigentum erwerben?, Diss. Greifswald 1905, 28, 54; Ritter, ArchBürgR 40 415; Goetz 27 ff.

blicken im Besitzeskonstitut die Möglichkeit, dem Kommittenten trotzdem das Eigentum schon zuzusprechen, bevor ihm der Kommissionär das Kommissionsgut übergeben hat. Das Besitzeskonstitut besteht darin, dass der bisherige Besitzer mit dem Erwerber der Sache ein Rechtsverhältnis vereinbart, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, der bisherige Besitzer dagegen als nunmehriger Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder dergleichen die Sache als unmittelbarer Besitzer behält (§ 930, 868 BGB). Ein solches Rechtsverhältnis kann nach der einen Auffassung schon zum voraus vereinbart werden (sog. antizipiertes Besitzeskonstitut)[30]) und liegt bereits im Kommissionsverhältnis[31]). Andere Autoren halten das antizipierte Besitzeskonstitut für unzulässig[32]). Wieder andere betonen, dass der Kommittent durch antizipiertes Besitzeskonstitut nur dann Eigentum erwerbe, wenn der Kommissionär zur Zeit, wo er vom Dritten Besitz und Eigentum erlangt, den mit dem Willen des Kommittenten übereinstimmenden Willen noch habe, das Eigentum auf den Kommittenten zu übertragen[33]). Verbreitet ist auch die Auffassung, dass der Kommissionär das Besitzeskonstitut als Vertreter des Kommittenten mit sich selbst abschliessen könne[34]). Die Meinungen darüber,

---

[30]) Z. B. von der Osten 34; Düringer-Hachenburg (3) § 384 Anm. 76; Enneccerus-Nipperdey (13) 1 550; Wolff, Sachenrecht (9) 212; RGZ 56 54; RGSt 62 31.

[31]) Jung, ZHR 47 206 ff. — Anders Schmidt-Rimpler 932 f.

[32]) Z. B. Leonhard, Stellvertretung beim Fahrniserwerb 46; Lenel, Jher. Jahrb. 36 69; Regelsberger, Jher. Jahrb. 44 406; Przibilla, Jher. Jahrb. 50 335; von Kupsch 42 f.; Kohler, Lehrbuch des bürg. Rechts 2 ² 224; Kohler, ArchBürgR 18 102; Eccius, Gruchots Beitr. 47 52 f.; Weber, Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten 47 Anm. 3.

[33]) Crome 3 203 Anm. 15; Staudinger-Riezler (9) § 164 Bem. 3 c; Staudinger-Kober (9) § 930 Bem. 1 b δ; Planck-Flad (4) § 164 Bem. 5 c; Klee 107; RGZ 100 192 f., 109 167; vgl. auch RGZ 30 142 f.

[34]) Staub (12/13) § 383 Anm. 15, 33; Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts (2) 844; Müller-Erzbach, Deutsches Han-

ob er hiezu einer besonderen Vollmacht bedürfe oder ob eine solche im Abschluss des Kommissionsvertrages liege, gehen auseinander. Vorwiegend wird sodann verlangt, dass der Kommissionär das durch Selbstkontrahieren begründete Besitzeskonstitut irgendwie erkennbar mache, z. B. durch Aussonderung oder Anzeichnung der Ware.

B. Auch das schweizerische Recht verlangt zur Übertragung des Fahrniseigentums ausser der Einigung der Parteien den Übergang des Besitzes auf den Erwerber (Art. 714 Abs. 1 ZGB).

1. Der Besitz wird übertragen durch die Übergabe der Sache selbst oder der Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen (Art. 922 Abs. 1 ZGB). Gemäss Art. 923 ZGB kann die Übergabe statt an den Empfänger an dessen Stellvertreter erfolgen und gilt in diesem Augenblick als vollzogen. Von Tuhr weist darauf hin, dass diese Stellvertretung beim Besitzerwerb von der rechtsgeschäftlichen Vertretung nach Art. 32 OR infolge der tatsächlichen Natur des Besitzerwerbes wesentlich verschieden sei. Art. 920 ZGB unterscheidet zwei Arten des Besitzes: Den selbständigen (entsprechend dem mittelbaren Besitz des deutschen Rechts) und den unselbständigen (entsprechend dem unmittelbaren Besitz des deutschen Rechts). Wer eine Sache als Eigentümer besitzt, hat selbständigen, wer sie zu einem beschränkt dinglichen oder einem persönlichen Recht übertragen erhalten hat, unselbständigen Besitz. Der Wortlaut des Art. 920 ZGB könnte die Meinung aufkommen lassen, unselbständiger Besitz könne nur bestehen, wenn der unselbständige Besitzer die Sache vom selbständigen erhalten hat. Dem ist nach der herrschenden Auffassung nicht so[35]); es genügt,

---

delsrecht 181; Wolff, Sachenrecht (9) 213; Crome 3 205; Przibilla, Jher. Jahrb. 50 337; Ebermayer-Lobe-Rosenberg 756; von Kupsch 39 ff.; Schmidt-Rimpler 932; Düringer-Hachenburg § 384 Anm. 76; RGZ 52 132, 99 208.

[35]) Wieland Art. 920 Bem. 1; Ostertag Art. 920 N. 10, Art. 923 N. 3; Homberger Art. 923 N. 10, 16; von Tuhr 286.

dass der unselbständige sein dingliches oder persönliches Recht an der Sache vom selbständigen Besitzer ableite, gleichgültig, ob er die Sache von ihm oder von einem Dritten empfangen habe. Wer daher im Auftrag eines anderen eine bewegliche Sache kauft und vom Verkäufer in Empfang nimmt, kann sich selbst unselbständigen und dem Auftraggeber im gleichen Augenblick selbständigen Besitz erwerben. Auf diesen Vorgang soll die Bestimmung des Art. 923 ZGB, welche von der Übergabe der Sache an einen Stellvertreter spricht, anwendbar sein. Eine Besitzübertragung durch Übergabe an einen Stellvertreter soll aber auch dann vorliegen, wenn der Vertreter bloss sog. Besitzdiener des Erwerbers ist. In beiden Fällen ist von Tuhr der Ansicht, dass der Stellvertreter nicht im Namen des Vertretenen zu handeln oder auch nur den Willen zu haben brauche, für den Vertretenen Besitz zu begründen[36]).

Wieland betrachtet den Kommissionär als selbständigen Besitzer[37]).

Ostertag lässt den Vertretenen nur dann Besitz erwerben, wenn ihn der Vertreter dem Dritten nennt oder der Dritte aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen muss (Art. 32 OR). Wenn der Vertreter zum Vertretenen in einem Rechtsverhältnis steht, dessen Ausübung den Besitzerwerb mit sich bringt (z. B. Einkaufsmandat), erwirbt nach Auffassung von Ostertag der Vertretene auch dann Besitz, wenn nicht ausdrücklich in seinem Namen gehandelt wird[38]). Die Frage, ob der Besitz dem Empfänger der Sache oder seinem Auftraggeber übertragen werde, entscheidet Ostertag nach dem der Besitzübertragung zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäft. Daher nimmt er an, dass der Einkaufskommissionär selbst dann allein Besitz erwerbe und der Besitz auf den Kommittenten nur durch ein Konstitut übergehe, wenn der Verkäufer

---

[36]) Von Tuhr 286.
[37]) Wieland Art. 920 Bem. 1, Art. 923 Bem. 5 b.
[38]) Ostertag Art. 923 N. 4.

weiss, dass die Sache für den Kommittenten bestimmt ist[39]).

Homberger ist der Auffassung, dass es vom Willen des Kommissionärs und des Verkäufers abhange, ob der Kommissionär an der eingekauften Sache selbständigen Besitz (und Eigentum) erwerbe oder ob der Besitz (und das Eigentum) direkt auf den Kommittenten übergehe und der Kommissionär nur unselbständiger Besitzer werde. Letzteres sei der Fall, wenn der Kommissionär den Willen habe, dass direkt der Kommittent Eigentum erwerbe, und der Verkäufer entweder zustimme oder es ihm nach Art. 32 Abs. 2 OR gleichgültig sei, an wen er das Eigentum übertrage[40]).

2. Das Eigentum geht nach Ansicht einiger Autoren vom Dritten auf den Kommissionär über[41]). Meli führt zur Begründung an, dass der Kommissionär nicht in fremdem Namen handeln wolle, weil die Kommission begrifflich Handeln in eigenem Namen erfordere. Er sei also nicht Vertreter des Kommittenten, auch dann nicht, wenn dem Dritten die Person des Erwerbers gleichgültig ist. Der Kommissionär sei Gläubiger der Forderung gegenüber dem Dritten und erwerbe daher die aus der Realisierung entstehenden Rechte. Anders sei es nur, wenn der Kommittent kraft Vorleistung Gläubiger des Dritten geworden sei. Dass seine Auffassung richtig sei, schliesst Meli aus der Vor-

---

[39]) Ostertag Art. 923 N. 5.

[40]) Homberger Art. 923 N. 13.

[41]) Fick-Morlot Art. 401 N. 11, 12; Hans Geiger, Begriff und Arten der Konnexität im Retentionsrecht nach schweiz. Recht, Diss. Bern 1920, 8, 51; Rossel (4) 1 503; Hans Pestalozzi, Die indirekte Stellvertretung, Diss. Zürich 1927, 104 ff.; Werner Kaufmann, Die Vorzugsrechte des Mandanten gegenüber dem Mandatar, Diss. Basel 1931 (in Maschinenschrift), 44 ff.; Meli, Straflosigkeit der Aneignung des Kommissionserlöses, SJZ 21 37 ff.; Fritz Hirzel, Das constitutum possessorium, Diss. Zürich 1893, 98; Karl Oftinger, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, Diss. Bern 1933, 45; Jaeger, N. 4 C a zu Art. 197 und N. 3 D zu Art. 242 SchKG; Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht 5 51 (Lorenz).

schrift des Art. 401 Abs. 3 OR, die überflüssig wäre, wenn das Eigentum dem Kommittenten zustünde.

Die entgegengesetzte Ansicht geht dahin, dass das Eigentum direkt auf den Kommittenten übergehe[42]). Sie setzt natürlich voraus, dass der Kommissionär die Ware oder das Geld in Ausführung des Kommissionsvertrages entgegennehme. Nichts hindert ihn, Geschäfte auf eigene Rechnung abzuschliessen. Es ist daher immer zu prüfen, ob ein solches vorliegt oder ob der Kommissionär in Ausführung des Kommissionsvertrages, d. h. auf Rechnung des Kommittenten kontrahiert. Gibt das Geschäft hiefür keine Anhaltspunkte, ist es also neutral, so kann nur dann angenommen werden, es sei auf Rechnung des Kommittenten abgeschlossen, wenn der Kommissionär irgendwie einen bezüglichen Willen betätigt hat[43]).

Eine Mittelmeinung nimmt an, der Kommittent erwerbe aus einem auf seine Rechnung abgeschlossenen Geschäft nicht immer direkt Eigentum, könne es aber, wenn es dem Dritten gleichgültig sei, wer Eigentümer werde; dem Dritten komme es in der Regel nur darauf an, seine Verpflichtung aus dem Grundgeschäft zu erfüllen, und dies könne er unter Umständen auch durch direkte Eigentumsübertragung an den Kommittenten. Wenn es dem Dritten gleichgültig sei, wer Eigentümer werde, entscheide der Wille des Kommissionärs, ob das Eigentum direkt auf den Kommittenten übergehe[44]). Nach einer weiteren Ansicht wird der Kommittent nur dann direkt Eigentümer, wenn es sowohl dem Willen des Dritten als auch dem des Kommissionärs entspricht[45]).

---

[42]) Becker Art. 434 N. 2; Zürcher N. 1 zu § 177 zürcher. StGB; Reichstein, Straflosigkeit der Aneignung des Kommissionserlöses, SJZ 20 219 f.; Leemann Art. 895 N. 67; im Gegensatz dazu Leemann Art. 717 N. 14.

[43]) Becker Art. 434 N. 2, Art. 32 N. 7.

[44]) Von Tuhr 311 f.; Oser-Schönenberger Art. 401 N. 12; Homberger Art. 923 N. 13; vgl. auch Guhl (2) 1 78, 217.

[45]) Oskar Brander, Das Retentionsrecht nach schweiz. Zivilrecht, Diss. Zürich 1933, 71.

Die meisten Autoren, welche die Möglichkeit eines direkten Eigentumserwerbes des Kommittenten anerkennen, nehmen den Eigentumserwerb an Geld aus, weil der Kommissionär in der Regel berechtigt sei, den Erlös aus verkaufter Kommissionsware mit eigenem Gelde zu vermischen[46]).

3. Die Auffassung, Besitz und Eigentum könnten vom Kommissionär auf den Kommittenten mittels Besitzeskonstituts übergehen und der Kommissionär sei ermächtigt, durch Kontrahieren mit sich selbst ein solches abzuschliessen, wird vereinzelt auch in der schweizerischen Literatur vertreten[47]).

4. In einem Urteile aus dem Jahre 1907 liess das Bundesgericht dahingestellt bleiben, ob es zum direkten Besitzerwerb des Vertretenen genüge, wenn der Vertreter für den Vertretenen direkt erwerben will und eine entgegengesetzte Erklärung des Tradenten fehlt, ob also der Wille des Tradenten, an einen ihm bekannten Vertretenen zu tradieren, nicht vorzuliegen brauche[48]). In einem anderen Urteil führte es aus, dass beim Einkauf in eigenem Namen, aber auf Rechnung eines anderen das Eigentum dem Käufer zustehe und gegebenenfalls durch Besitzeskonstitut auf den anderen übergehe[49]).

Die kantonalen Gerichte haben sich mit der Frage vorwiegend in Strafverfahren wegen Veruntreuung zu befassen.

Die Polizeikammer des Kantons Bern führte in einem Urteil aus dem Jahre 1906 aus, das aOR gehe offenbar von der Ansicht aus, der Verkaufskommissionär werde nicht Eigentümer des Erlöses aus der verkauften Ware.

---

[46]) Becker Art. 434 N. 2; von Tuhr 313; Oser-Schönenberger Art. 401 N. 13, Art. 434 N. 2; Leemann Art. 895 N. 67; Brander 71.

[47]) Oser-Schönenberger Art. 401 N. 14; von Tuhr 312; Oftinger 46; vgl. auch Kaufmann 45, 50.

[48]) BGE 33 II 275.

[49]) BGE 38 II 188.

Der im Verkehr geltenden Auffassung vom Wesen des Kommissionsvertrages entspreche jedoch eher eine gegenteilige Regelung und es dürfte deshalb häufig, wenn nicht regelmässig, zwischen den Parteien das Gegenteil von dem, was das Gesetz bestimme, abgemacht oder verstanden sein. Im beurteilten Falle nahm die Polizeikammer an, der Kommissionär sei nach seinem und des Kommittenten Vertragswillen nicht verpflichtet gewesen, gerade die eingenommenen Geldstücke abzuliefern, sondern habe sie mit anderem Gelde vermischen und verbrauchen dürfen, wenn und solange er in seinem Vermögen eine gleich hohe Summe besessen habe, um seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Kommittenten nachkommen zu können[50]).

Zu erwähnen ist sodann ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern aus dem Jahre 1914, worin ohne nähere Begründung ausgeführt wird, dass der Kommissionär an dem im eigenen Namen gekauften Gute in der Regel Eigentum erwerbe[51]).

Die I. Strafkammer vertrat im Jahre 1923 die Auffassung, der Erlös trete an die Stelle der Kommissionsware und werde folglich nicht Eigentum des Kommissionärs. Trotz Vermengung mit eigenem Gelde könne ihn der Kommissionär unterschlagen[52]).

Die Eigentumsverhältnisse am Kommissionserlös prüfte die Strafkammer erstmals eingehender in einem Urteil aus dem Jahre 1932. Sie führte aus, der Kommissionär könne nicht Stellvertreter des Kommittenten im Besitzerwerb sein, da er begrifflich in eigenem, nicht in fremdem Namen handeln wolle. Am Verkaufserlös und an der eingekauften Ware erwerbe daher zunächst der Kommissionär Eigentum. Es sei aber möglich, durch besondere Vertragsabrede, insbesondere durch ein echtes oder ein antizipiertes Besitzeskonstitut, das Eigentum unmittelbar auf den Kommittenten überzuführen. In der Vereinbarung, dass der

[50]) ZBJV 43 275.
[51]) ZBJV 51 155.
[52]) ZBJV 60 509.

Erlös mit der Aushändigung seitens der Käufer Eigentum des Kommittenten werden solle und ihm wöchentlich abzuliefern sei, liege ein Besitzeskonstitut[53]).

Die II. Strafkammer teilte zunächst ebenfalls die Ansicht, Kommittent und Kommissionär könnten vereinbaren, der Kommittent solle direkt Eigentümer des Erlöses werden. Sie fügte jedoch bei, dass mangels gegenteiliger Abmachung der Kommissionär den Erlös mit eigenem Gelde vermischen dürfe und ihn dadurch gemäss Art. 727 ZGB zu Eigentum erwerbe. Die Vereinbarung, dass der Erlös nicht mit anderem Gelde vermischt werden dürfe, sage nichts darüber, in wessen Eigentum er stehen solle[54]). In einem späteren Urteile führte das nämliche Gericht aus, dass der Verkauf in eigenem Namen den Übergang des Eigentums am Erlös auf den beauftragten Verkäufer (Kommissionär) zur Folge habe und auch die Vereinbarung zwischen ihm und dem Auftraggeber (Kommittent), wonach dieser am Erlös „direkt berechtigt" werden solle, hieran nichts ändere, da der Auftraggeber nicht den direkten Eigentumsübergang ausbedingen könne, ohne den Beauftragten als seinen direkten Stellvertreter auftreten zu lassen. Die erwähnte Vereinbarung könne auch nicht als (antizipiertes) Besitzeskonstitut gelten, da ein solches voraussetze, dass die Sache (hier der Erlös aus verkaufter Ware) auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräusserer bleibe. Ein solches liege nicht vor, wenn der Veräusserer auf Grund des Veräusserungsgeschäftes selbst vorläufig die Sache noch behält, wie es der Verkaufskommissionär tue, welcher den Erlös vereinbarungsgemäss erst nach bestimmter Zeit abliefert[55]). Weitere Urteile bestätigen diese Auffassung[56]).

---

[53]) ZBJV 69 580 ff.

[54]) ZBJV 73 335.

[55]) II. Strafkammer vom 12. Januar 1939 i. S. Feller Baruch.

[56]) II. Strafkammer vom 21. März 1939 i. S. Jost Friedrich und vom 6. Februar 1940 i. S. Steiger Max.

Was die Praxis der zürcherischen Gerichte anbetrifft, ist zunächst ein Urteil zu erwähnen, in welchem das Bezirksgericht Zürich aus Art. 401 OR schloss, dass am Erlös aus Kommissionsware der Kommissionär und nicht der Kommittent Eigentum erwerbe. Den gleichen Schluss zog es daraus, dass der Kommittent den Erlös im Konkurse des Kommissionärs nicht vindizieren könne. Im Willen des Kommissionärs, für den Kommittenten zu besitzen, erblickte es „einen Anhaltspunkt für die Zerstörung der gesetzlichen Vermutung, dass das Geld ins Eigentum des Kommissionärs übergegangen sei"[57]).

Die III. Kammer des Obergerichts legte Art. 401 Abs. 3 OR in einem vom Kassationsgericht geschützten Urteile dahin aus, dass der Kommissionär an den in eigenem Namen erworbenen Sachen Eigentum erlange, und leitete daraus ab, dass er in der Regel auch Eigentümer des Erlöses aus verkaufter Ware werde. Die Frage, ob das Eigentum direkt auf den Kommittenten übergehen könne, wenn der Kommissionär es dem Kommittenten erwerben will und der Dritte damit einverstanden oder es ihm gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schliesse, liess sie offen[58]).

Die Anklagekammer A des Obergerichtes vertritt ebenfalls die Ansicht, dass der Kommissionär Eigentümer des Erlöses aus Kommissionsware werde, wenigstens dann, wenn nicht Kommittent und Kommissionär übereinstimmend den Willen hätten, der Erlös solle direkt ins Eigentum des Kommittenten übergehen[59]).

Das Handelsgericht ist der Auffassung, dass beim Einkauf von Wertpapieren durch einen Kommissionär dem Verkäufer in der Regel die Person des Erwerbers gleichgültig sei und daher der Kommittent gemäss seinem inneren Verhältnis zum Kommissionär nach Art. 32 Abs. 2 OR unmittelbar mit der Übergabe der Wertpapiere an den

[57]) BlZüR 21 110.
[58]) BlZüR 23 8 = SJZ 20 135 ff.
[59]) BlZüR 28 33 = SJZ 25 361 ff.

Kommissionär Eigentum erwerbe. Darin, dass der Kommissionär in eigenem Namen kauft, sieht es kein Hindernis, ihn als Stellvertreter des Kommittenten zu behandeln[60]).

Die Anklagekammer des aargauischen Obergerichts steht auf dem Boden, dass der Kommissionär Eigentum am Erlös erwerbe, einmal mit Rücksicht auf Art. 401 Abs. 3 OR, dann auch deshalb, weil er das Geld in eigenem Namen einnehme und mit eigenem Gelde vermische[61]).

Die gegenteilige Ansicht vertritt das Obergericht des Kantons Thurgau. Es leitet aus dem Retentionsrecht, welches Art. 434 OR dem Kommissionär einräumt, ab, dass nicht der Kommissionär, sondern direkt der Kommittent Eigentümer des Verkaufserlöses werde[62]).

III.

1. Der Kommissionär kauft oder verkauft in eigenem Namen auf Rechnung des Kommittenten bewegliche Sachen oder Wertpapiere. Bevor entschieden werden kann, in wessen Eigentum die an den Einkaufskommissionär tradierte Sache übergeht, muss man sich im klaren sein, ob eine bestimmte Eigentumsübertragung überhaupt in Erfüllung eines vom Kommissionär auf Rechnung des Kommittenten abgeschlossenen Kaufvertrages erfolgt. Der Kommissionsvertrag hindert den Kommissionär nicht, Geschäfte auf eigene Rechnung (oder auf Rechnung Dritter) abzuschliessen. Wirkt er bei einer Eigentumsübertragung mit, die auf Grund eines auf eigene Rechnung abgeschlossenen Geschäftes erfolgt, so kann das Eigentum nicht auf den Kommittenten übergehen, weil diesen das betreffende Geschäft nichts angeht.

Es frägt sich daher zunächst, an welchem Merkmal zu erkennen ist, ob ein bestimmter Eigentumsübergang auf Rechnung des Kommittenten erfolgt. Über seine ei-

[60]) BlZüR 36 118.
[61]) VJS 24 26 = SJZ 21 44 Nr. 13.
[62]) SJZ 21 111 Nr. 33.

genen Geschäfte ist der Kommissionär niemandem Rechenschaft schuldig; will er auf eigene Rechnung einen Vertrag schliessen und sich tradieren lassen, so braucht er dem Kommittenten hievon nichts mitzuteilen. Daraus ergibt sich, dass der Kommittent nichts dazu zu sagen hat, ob ein bestimmter Eigentumsübergang auf seine oder des Kommissionärs Rechnung erfolgen soll. Anderseits ist es dem Tradenten gleichgültig, auf wessen Rechnung die Tradition erfolgt; er überträgt Eigentum in Erfüllung eines Vertrages, den der Kommissionär in eigenem Namen abgeschlossen hat; ihm ist es darum zu tun, sich von seiner Verpflichtung zu befreien; das Innenverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär berührt ihn nicht. Es kann deshalb einzig auf den Willen des Kommissionärs ankommen, ob ein bestimmter Eigentumsübergang auf seine oder auf des Kommittenten Rechnung erfolgen soll[63]). Damit der Wille, sich auf Rechnung des Kommittenten tradieren zu lassen, rechtlich erheblich sei, muss er jedoch irgendwie in Erscheinung treten[64]). Der innere Wille genügt nicht. Dies stünde mit dem Gesetz im Widerspruch, welches rechtsgeschäftliche Wirkungen immer nur an den geäusserten Willen knüpft, ja sogar (unter Vorbehalt der Anfechtung wegen Irrtums, Täuschung und Furchterregung) bloss an die Äusserung, wenn sie vom Willen abweicht (Art. 1, 18 OR). Ein Wille, der nicht geäussert ist, ist rechtlich unerheblich, schon deshalb, weil er veränderlich und meistens nicht beweisbar ist und daher die mitinteressierten Personen der Spekulation des Willensbildners ausliefern würde. Zudem ist der psychologische Vorgang des Entschlusses erst vollendet, wenn er sich in einer Handlung verkörpert hat. Ob der Mensch

[63]) Ob er sich einer Vertragsverletzung schuldig macht, wenn er einen seiner im Kommissionsvertrag eingegangenen Verpflichtung widersprechenden Willensentschluss fasst, ist eine Frage für sich, die hier nicht erörtert wird, da sie die Eigentumsverhältnisse nicht beeinflusst.

[64]) Staub (12/13) Anm. 11 zu § 383 HGB. - Anders Schmidt-Rimpler 889.

etwas wirklich will, weiss er erst, wenn er es getan oder unterlassen hat. In diesem Augenblick wird der Wille juristisch erheblich. Das Recht berücksichtigt nur die Handlung des Menschen, seinen in Wort oder Tat geäusserten Willen[65]). Am eindeutigsten äussert der Kommissionär den Willen, sich auf Rechnung des Kommittenten tradieren zu lassen, wenn er ihn dem Kommittenten durch eine Willenserklärung mitteilt. Bei einer solchen ist der Kommissionär unter Vorbehalt der Anfechtung wegen Irrtums, Täuschung oder Furchterregung zu behaften. Statt einer Willenserklärung genügt eine Willensbetätigung[66]). Eine solche liegt in einer Handlung, die nicht den Zweck verfolgt, dem Kommittenten den Willen des Kommissionärs zur Kenntnis zu bringen, aber doch auf einen bestimmten Willen des Kommissionärs schliessen lässt[67]). So betätigt der Kommissionär, welcher die vom Kommittenten erhaltene Sache verkauft, den Willen, das Geschäft auf Rechnung des Kommittenten abzuschliessen[68]), es sei denn, der Selbsteintritt sei zulässig und der Kommissionär habe ihn vor dem Verkauf der Sache dem Kommittenten gegenüber erklärt[69]). Der Einkaufskommissionär, welcher mit Geld des Kommittenten bezahlt, betätigt den Willen, die Ware auf Rechnung des Kom-

---

[65]) Von Tuhr, ZSchwR NF 41 259; Guhl (2) 56.

[66]) Oser-Schönenberger Art. 425 N. 9; Becker Art. 425 N. 16. — Anders Düringer-Hachenburg § 383 Anm. 7.

[67]) Von Tuhr 137; Oser-Schönenberger Art. 1 N. 62.

[68]) Becker Art. 32 N. 7.

[69]) Der Verkauf des Kommissionsgutes kann nie als Selbsteintritt ausgelegt werden, da das Recht des Selbsteintrittes als Gestaltungsrecht nur durch empfangsbedürftige Willenserklärung (ausdrücklich oder durch Meldung der Ausführung des Auftrages ohne Nennung einer andern Person als Käufer) ausgeübt werden kann: Vgl. Becker Art. 436 N. 7; Oser-Schönenberger Art. 436 N. 3, 14; von Tuhr 20; Guhl (2) 218; BGE 59 II 250. Nachdem die Sache auf Rechnung des Kommittenten verkauft ist, ist der Selbsteintritt nicht mehr möglich: Becker Art. 437 N. 2; Oser-Schönenberger Art. 425 N. 9, Art. 436 N. 12; Hafner N. 6a zu Art. 444 und N. 4 zu Art. 436 aOR.

mittenten entgegenzunehmen. Den gleichen Willen kann er z. B. auch betätigen durch eine Mitteilung an einen Dritten oder an den Verkäufer, durch die Weisung an den Lieferanten, die Ware an die Adresse des Kommittenten zu verfrachten, durch Abholung der Ware mit Wagen oder Verpackungsmaterial des Kommittenten, durch die Art und Weise der Verbuchung des Geschäftes. Ist das Grundgeschäft auf Rechnung des Kommittenten abgeschlossen, so gilt auch die in Erfüllung desselben erfolgte Eigentumsübertragung als auf Rechnung des Kommittenten erfolgt. Betätigungshandlungen sind Indizien, aus denen der Wille des Handelnden erschlossen wird, ohne dass er sich der Schlüssigkeit seines Handelns bewusst zu sein braucht. Der aus den Betätigungshandlungen gezogene Schluss ist daher widerlegbar durch den Nachweis, dass der Kommissionär in Wirklichkeit einen anderen Willen hatte[70]). Dies heisst nicht, dass der Kommissionär, der einen gehabten und betätigten Willen nachträglich ändert, dadurch die Rechtswirkungen der Willensbetätigung rückgängig machen könne. Dies würde dem Gebot der Rechtssicherheit widersprechen und dem Kommissionär zum Schaden des Kommittenten Spekulationen ermöglichen. Wie eine Willenserklärung den Kommissionär bindet, bindet ihn auch eine unwiderlegte Willensbetätigung.

2. Im Nachfolgenden setze ich voraus, dass eine bestimmte Eigentumsübertragung auf Rechnung des Kommittenten erfolgt ist. Damit ist nicht gesagt, dass die Sache direkt Eigentum des Kommittenten geworden sei.

Die Eigentumsübertragung ist ein Vertrag[71]). Bezieht sie sich auf Fahrnis (nur dieser Fall wird hier erörtert), so erfordert sie, wie bereits erwähnt, die Einigung der Parteien und die Übertragung des Besitzes.

---

[70]) Von Tuhr 137.

[71]) Leemann Art. 714 N. 14; von Tuhr 125; von Tuhr, ZSchwR NF 40 67; Tuor, Das schweiz. ZGB 490.

A. Die Einigung der Parteien.

a) Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Entstehung der Verträge finden auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse (Art. 7 ZGB), also auch auf die Einigung der Parteien bei der Eigentumsübertragung. Diese Einigung bedarf daher der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien, die ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann (Art. 1 OR). Der Wille kann durch Stellvertreter geäussert werden, sei es, dass sich der Veräusserer, sei es, dass sich der Erwerber des Eigentums vertreten lässt (Art. 32 OR). Die Personen, zwischen denen Eigentum übergehen soll, brauchen in der Willensäusserung nicht unbedingt genannt zu sein. Aus Art. 32 Abs. 2 OR ergibt sich, dass sich ein Vertreter nicht in jedem Falle als solcher zu erkennen geben muss, nämlich dann nicht, wenn es dem anderen gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schliesse. Auf die Einigung über den Eigentumsübergang angewendet, heisst dies, dass es dem Veräusserer unter Umständen gleichgültig sein kann, wer das Eigentum erwirbt, und dem Erwerber gleichgültig, wer es veräussert[72]). Der Erwerber bzw. Veräusserer braucht dann weder ausdrücklich noch stillschweigend bezeichnet zu werden, noch aus den Umständen hervorzugehen. Die Fälle, in denen der einen Partei die Person der Gegenpartei nicht gleichgültig ist, dürften seltener sein als in obligatorischen Verträgen. Dem Veräusserer liegt meistens nur daran, durch die Eigentumsübertragung die Verpflichtung aus dem Grundgeschäft erfüllen zu können; wer das Eigentum erwirbt, ist ihm gleichgültig[73]). Er kann ja auch nicht verhindern, dass der Erwerber es sofort auf einen beliebigen Dritten überträgt. Und dem Erwerber ist nur wesentlich, dass er das erhält, was ihm versprochen worden ist, gleich-

---

[72]) Leemann Art. 714 N. 16.

[73]) Jung, ZHR 47 191. — Daher kann BlZüR 34 93 im Ergebnis richtig sein, wenn auch die Begründung nicht zutrifft.

gültig, ob der Gegenkontrahent selber Eigentümer der Sache sei oder sie mit Ermächtigung eines dem Erwerber nicht bekannten Dritten übertrage. Die Eigentumsübertragung braucht nicht zwischen den Parteien des Grundgeschäftes stattzufinden. Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn der Käufer den Verkäufer anweist, den Kaufgegenstand einem Dritten D zu übertragen, dem der Käufer z. B. eine Schenkung machen will. Das Eigentum geht dann direkt vom Verkäufer auf D über; der Vertrag auf Übertragung des Eigentums kommt zwischen diesen beiden zustande, und zwar handelt D, wenn er das Eigentum anzunehmen erklärt (was er meistens stillschweigend tut), in eigenem Namen, nicht im Namen des Käufers, denn e r, der Dritte D, soll Eigentümer werden. Der Käufer kann auch, statt den Verkäufer anzuweisen, den Kaufgegenstand D zu Eigentum zu übertragen und auszuhändigen, die Einigung über den Eigentumsübergang selber treffen und dabei erklären, er wolle Eigentum direkt dem D verschaffen, also die Einigung über den Eigentumsübergang als Stellvertreter des D abschliessen[74]). Der Verkäufer kann dies in der Regel nicht verhindern, da es ihm gleichgültig sein muss (andere Abmachungen im Kaufvertrag vorbehalten), wer Eigentümer wird. Die Parteien des Grundgeschäftes und der Eigentumsübertragung sind auch dann nicht die gleichen, wenn der Verkäufer den Drittteigentümer des Kaufgegenstandes anweist, diesen direkt dem Käufer zu übertragen. Die Einigung über den Eigentumsübergang kommt dann zwischen dem Dritten und dem Käufer zustande, und zwar handelt der Dritte in eigenem Namen, denn er überträgt eigenes Eigentum. Ein entsprechender Vorgang spielt sich ab, wenn der Käufer seine Bank anweist, den Kaufpreis zu bezahlen. Das Eigentum am Gelde geht direkt von der Bank auf den Verkäufer über, und es wird niemand behaupten, dass dies rechtlich nicht möglich sei, am wenigsten der Ver-

[74]) Z. B. weil der Käufer verhüten will, dass die Sache für seine, des Käufers, Schulden gepfändet werde.

käufer, obgleich er den Kaufvertrag nicht mit der Bank, sondern mit dem Käufer geschlossen hat. Man wird aber auch nicht zu der gekünstelten Konstruktion greifen, dass die Bank im Augenblick der Zahlung zuerst dem Anweisenden (Kaufpreisschuldner) Eigentum verschaffe und es im gleichen Augenblick als das seinige und in seinem Namen auf den Anweisungsempfänger (Verkäufer) weiterübertrage.

Ein Beispiel, in welchem die Parteien des Grundgeschäftes und der Eigentumsübertragung nicht identisch sind, bietet auch die Verkaufskommission. Der Kommissionär verkauft in eigenem Namen. Die Sache, die er verkauft und überträgt, steht jedoch im Eigentum des Kommittenten[75]). Der Käufer braucht dies nicht zu wissen; es genügt ihm, dass er die Sache zu Eigentum erhält, die ihm der Kommissionär versprochen hat. Der Kommissionär überträgt Eigentum mit Ermächtigung des Kommittenten, ohne dessen Namen zu nennen. Das Eigentum geht vom Kommittenten direkt auf den Erwerber über[76]); die Einigung über den Eigentumsübergang kommt somit zwischen dem Kommittenten und dem Erwerber zustande, wobei der Kommissionär als stiller Stellvertreter handelt, während das Grundgeschäft zwischen dem Kommissionär in eigenem Namen und dem Käufer abgeschlossen worden ist.

b) Die Erkenntnis, dass stille Stellvertretung bei der Eigentumsübertragung möglich ist und die Parteien nicht identisch zu sein brauchen mit denen des Grundgeschäftes,

---

[75]) Becker Art. 434 N. 1; Oser-Schönenberger Art. 434 N. 1; Rossel (4) 1 503, 505; Wieland Art. 714 Bem. 3 f.; Guhl (2) 1 216; Brander 70; Oftinger, Der Trödelvertrag 90 f.; BlZüR 21 110; Staub (12/13) § 383 Anm. 35 b; Düringer-Hachenburg (3) § 384 Anm. 80; Müller-Erzbach 181; Weidmann 146; Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts (2) 842 Anm. 2; Ebermayer-Lobe-Rosenberg 756.

[76]) Pestalozzi 108; Grünhut 428; Jung, ZHR 47 223; Spiess, LZ 2 691; Flechtheim, LZ 3 49; Schmidt-Rimpler 922 f.; Enneccerus-Nipperdey (13) 1 550.

lässt sich in der Einkaufskommission auf den Erwerb des Eigentums am eingekauften Gute anwenden.

Die Einkaufskommission erfordert begrifflich den „Einkauf" von beweglichen Sachen oder Wertpapieren durch den Kommissionär in eigenem Namen für Rechnung des Kommittenten (Art. 425 Abs. 1 OR). Von einem Einkauf in eigenem Namen wird man dann sprechen, wenn der Kommissionär nicht nur den Kaufvertrag, sondern auch die Eigentumsübertragung in eigenem Namen vereinbart. Nichts hindert jedoch die Parteien des Kommissionsvertrages abzumachen, dass der Kommissionär in eigenem Namen nur den Kaufvertrag abschliessen, das Eigentum am Kaufgegenstand dagegen im Namen des Kommittenten annehmen solle. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Machen Kommittent und Kommissionär von dieser Möglichkeit Gebrauch, so wird man das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis gleichwohl als Kommission bezeichnen können, weil sich der blosse Abschluss des Kaufvertrages sehr wohl als „Einkauf" im Sinne des Art. 425 Abs. 1 OR bezeichnen lässt und die Anwendung der Vorschriften über die Kommission zu keinem unbilligen Ergebnis führt[77]). Der Zweck der Einkaufskommission besteht darin, dass sich der Kommittent die Geschäftsbeziehungen, die Fachkenntnisse, die Kreditwürdigkeit des Kommissionärs zunutze macht, um einzukaufen, und dieser Zweck kann schon dann erreicht werden, wenn der Kommissionär bloss den Kaufvertrag in eigenem Namen abschliesst, die Einigung über den Eigentumsübergang dagegen im Namen des Kommittenten. Auch die Vorschriften über den Kaufvertrag stehen dem nicht entgegen. Wenn Art. 184 Abs. 1 OR bestimmt,

[77]) Wer Bedenken hat, mag einen solchen Vertrag anders benennen, denn der Name tut nichts zur Sache; wesentlich ist, dass keine zwingende Vorschrift einer Abmachung entgegensteht, wonach der Beauftragte den Kauf in eigenem Namen abschliessen, das Eigentum dagegen im Namen des Auftraggebers entgegennehmen solle.

dass sich der Verkäufer durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, so heisst dies nicht, dass der Kaufvertrag nur dann erfüllt sei, wenn der Käufer Eigentümer wird. Vielmehr wird damit nur gesagt, dass der Käufer Anspruch auf das Eigentum habe, d. h. bestimmen könne, wer Eigentümer werden soll. Erklärt der Käufer bei der Entgegennahme des Kaufgegenstandes, er wolle einen Dritten zum Eigentümer machen, so kann sich der Verkäufer dem nicht widersetzen, so wenig er sich einer Anweisung des Käufers, an einen Dritten zu leisten, oder einer Abtretung der Forderung des Käufers auf Verschaffung des Eigentums widersetzen könnte. Der Verkäufer hat bloss ein Interesse, von seiner Verpflichtung frei zu werden; kann er dies durch Leistung an einen vom Käufer bezeichneten Dritten, so genügt es ihm. Es ist somit möglich, dass der Einkaufskommissionär trotz Abschlusses des Kaufvertrages in eigenem Namen bei der Entgegennahme der eingekauften Sache als offener Stellvertreter des Kommittenten auftritt und erklärt, das Eigentum im Namen des Kommittenten erwerben, ihm dasselbe also direkt verschaffen zu wollen. Statt als offener kann er auch als stiller Stellvertreter dem Kommittenten Eigentum erwerben, denn dem Verkäufer ist es — was die Regel ist und hier vorausgesetzt wird — gleichgültig, wer das Eigentum erwirbt.

c) Als Beispiel dafür, dass der Kommissionär den Eigentumsübertragungsvertrag nicht in eigenem Namen abzuschliessen braucht, habe ich den Fall der Verkaufskommission angeführt. Man wird die Gültigkeit dieses Beispiels bestreiten und einwenden, dass der Verkaufskommissionär nicht nur in eigenem Namen verkaufe, sondern auch das Eigentum am Kommissionsgut in eigenem Namen auf den Erwerber übertrage; er übertrage zwar fremdes Eigentum, aber kraft Ermächtigung in eigenem Namen[78]). Wer diese Ansicht vertritt, muss zweierlei zu-

[78]) Vgl. Rümelin, ArchZivPra 93 153 f., 183.

geben: Einmal, dass in einem Vertrag auf Eigentumsübertragung auch ein Nichteigentümer Partei sein kann, dass also die Parteien des Vertrages auf Eigentumsübertragung mit den Eigentümern nicht identisch zu sein brauchen, und zweitens, dass die irrige Meinung des Erwerbers, der Kommissionär sei Eigentümer[79]), den Eigentumsübergang nicht hindert, mit anderen Worten, dass es zur übereinstimmenden Willensäusserung und damit zur gültigen Einigung über den Eigentumsübergang genügt, wenn der Erwerber erklärt, Eigentum erwerben zu wollen, ohne dass er auch zu wissen und zu sagen braucht, von wem er es erwerben wolle. Überträgt man diese beiden Erkenntnisse auf den Fall der Einkaufskommission, so muss man folgerichtig die Möglichkeit zugeben: Einmal, dass der Kommissionär im Eigentumsübertragungsvertrag Partei sein kann, ohne selber Eigentümer zu werden, dass er also die Einigung über den Eigentumsübergang in eigenem Namen abschliessen und trotzdem der Kommittent direkt Eigentümer werden kann, und zweitens, dass die irrige Meinung des Veräusserers, dem Kommissionär Eigentum zu übertragen[80]), den Eigentumsübergang nicht hindert, mit anderen Worten, dass es zur übereinstimmenden Willensäusserung und gültigen Einigung über den Eigentumsübergang genügt, wenn der Veräusserer erklärt, Eigentum übertragen zu wollen, ohne dass er zu wissen und zu sagen braucht, an wen er es übertragen wolle. Wie der Verkaufskommissionär durch einen im eigenen Namen geäusserten animus transferendi dominii das Eigentum vom Kommittenten auf den Erwerber zu lenken vermag, ohne dass dieser den früheren Eigentümer zu kennen braucht, kann der Einkaufskommissionär durch einen im eigenen Namen geäusserten animus accipiendi dominii das Eigentum vom Veräusserer direkt auf den

---

[79]) Dass er bloss Kommissionär ist, weiss der Erwerber in der Regel nicht.

[80]) Dass er Kommissionär ist, weiss der Veräusserer in der Regel nicht.

Kommittenten lenken, ohne dass der Veräusserer diesen zu kennen und in seinen Willen oder seine Willensäusserung aufzunehmen braucht. Das Ergebnis ist also das gleiche wie bei der unter b erörterten Konstruktion: Der direkte Eigentumserwerb des Kommittenten steht mit dem Begriff des Kommissionsvertrages nicht in Widerspruch.

d) Der Kommittent kann, aber braucht nicht direkt Eigentum zu erwerben.

Nimmt man an, der Kommissionär verschaffe dem Kommittenten direkt Eigentum auf Grund stiller Stellvertretung, so ist erforderlich, dass es dem Veräusserer gleichgültig sei, wer Eigentümer wird. In der Regel ist dies der Fall; wenn nicht, muss der Veräusserer erklären, dass er nur den Kommissionär zum Eigentümer machen wolle. Erklärt er diesen Willen erst bei der Eigentumsübertragung und nicht schon im Grundgeschäft, so verletzt er seine Verpflichtung aus dem Grundgeschäft, weil er dadurch dem Kommissionär entgegen seinem Anspruche aus dem Grundgeschäft verunmöglicht, das Eigentum direkt auf den Kommittenten zu lenken.

Geht man von der zweiten Konstruktion aus, nämlich davon, dass der Kommissionär den animus accipiendi dominii nicht als stiller Stellvertreter, sondern in eigenem Namen äussere, so erwirbt der Kommittent das Eigentum ebenfalls nur dann direkt, wenn dem der geäusserte Wille des Veräusserers nicht entgegensteht. Wie der Erwerber erklären kann, das Eigentum nur von einer bestimmten Person annehmen zu wollen, kann der Veräusserer erklären, es nur einer bestimmten Person, dem Einkaufskommissionär, übertragen zu wollen. Ob er den Vertrag verletzt, wenn er diese einschränkende Erklärung erst bei der Eigentumsübertragung und nicht schon im Grundgeschäft abgibt, ist eine Frage für sich und hat mit der anderen, ob die Erklärung des Veräusserers den direkten Eigentumsübergang auf den Kommittenten zu verhindern vermöge, nichts zu tun.

Im folgenden setze ich voraus, dass es dem Veräusserer gleichgültig sei, wer Eigentümer wird, dass er also weder im Grundgeschäft, noch bei der Eigentumsübertragung einen gegenteiligen Willen erkläre. Von welchen Voraussetzungen hängt dann der direkte Übergang des Eigentums auf den Kommittenten ab?

Sie können nur im Innenverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär liegen. Ich habe ausgeführt, dass unter dem „Einkauf im eigenen Namen" im Regelfall nicht nur der Abschluss des Kaufvertrages, sondern auch die Entgegennahme des Eigentums in eigenem Namen zu verstehen ist, wobei ich als deren Folge den Übergang des Eigentums auf den Kommissionär (und nicht auf den Kommittenten, wie sich aus der von mir abgelehnten Konstruktion unter lit. c ergäbe) ansehe. Um in Abweichung von der gesetzlichen Regelung das Eigentum direkt auf den Kommittenten übergehen zu lassen, müssen Kommittent und Kommissionär einverstanden sein. Gegen den Willen des Kommissionärs kann der Kommittent nicht verlangen, direkt Eigentum zu erwerben, und gegen den Willen des Kommittenten kann der Kommissionär es ihm nicht direkt verschaffen[81]). Dies ergibt sich sowohl aus dem allgemeinen Grundsatz, dass sich mangels besonderer Abmachungen die Rechtsbeziehungen zwischen Vertragsparteien nach dem Gesetz richten, als auch aus den Voraussetzungen, welche das Handeln durch Stellvertreter erheischt.

Der Wille des Kommissionärs, dem Kommittenten direkt Eigentum zu verschaffen, ist Stellvertretungswille. Als Stellvertreter einen Vertrag schliessen, heisst, ihn in fremdem Namen schliessen (Art. 32 Abs. 1 OR). Hiezu gehört der Wille des Stellvertreters, in fremdem Namen zu handeln[82]). Bei der offenen Stellvertretung muss er der Gegenpartei gegenüber erklärt werden. Trifft der Kommissionär die Einigung über den Eigentumsüber-

[81]) Vgl. von Tuhr, ZSchwR NF 40 67.

[82]) Becker Art. 32 N. 7.

gang als offener Stellvertreter, so ist daher die Feststellung, dass der Kommittent Eigentum erworben habe, nicht schwierig. Bei der stillen Stellvertretung erklärt der Stellvertreter dem Veräusserer nicht, in fremdem Namen handeln zu wollen. Diesen Willen muss er dennoch haben, weil sonst jegliches Merkmal, welches das Handeln in fremdem Namen vom Handeln im eigenen Namen unterscheiden würde, bei der stillen Stellvertretung fehlte. Auch hier genügt jedoch der innere Wille nicht[83]). Direkter Eigentumserwerb des Kommittenten ist nur dann möglich, wenn der Kommissionär den Willen, das Eigentum als stiller Stellvertreter des Kommittenten direkt diesem zu verschaffen, irgendwie äussert, nicht gegenüber dem Veräusserer (sonst wäre die Stellvertretung keine stille mehr), wohl aber sonstwie, sei es auch bloss durch Willensbetätigung[84]). Eine solche Willensäusserung liegt z. B. in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Abmachung mit dem Kommittenten, die Einigung über den Eigentumsübergang als dessen (offener oder stiller) Stellvertreter vornehmen zu wollen. Ob der Kommissionär nachträglich einen anderen inneren Willen hat, ist unerheblich. Dagegen ist ein anderer nachträglich irgendwie geäusserter Wille erheblich; der Kommissionär, welcher mit dem Kommittenten vereinbart hat, ihm das Eigentum direkt verschaffen zu wollen, kann den direkten Eigentumsübergang verhindern, indem er spätestens beim Abschluss des Übereignungsvertrages durch Willenserklärung oder blosse Willensbetätigung den Willen äussert, selber Eigentum zu erwerben. Dadurch verletzt er seine gegenüber dem Kommittenten eingegangene Verpflichtung, was aber mit der Frage, wer Eigentümer werde, nichts zu tun hat. Hat der Kommissionär mit dem Kommittenten nicht vorher vereinbart, ihm direkt Eigentum zu verschaffen, sondern will der Kommissionär den direkten Eigentumsübergang von sich aus bewirken, so muss er diesen Willen spätestens

[83]) Vgl. oben S. 299.

[84]) Becker Art. 32 N. 7.

im Augenblick, in welchem er sich mit dem Veräusserer über den Eigentumsübergang einigt, irgendwie äussern. Es nützt nichts, wenn er es erst nachträglich tut, weil inzwischen das Eigentum auf den Kommissionär übergegangen ist und nicht mehr direkt auf den Kommittenten gelenkt werden kann. Drittpersonen sind somit vor nachträglichen unlauteren Machenschaften des Kommissionärs, der sich durch eine blosse Willensäusserung zum Schaden seiner Gläubiger seines Eigentums entledigen möchte, geschützt.

Dass der Wille des Kommittenten zum direkten Eigentumsübergang erforderlich ist, ergibt sich daraus, dass der Kommissionär die Einigung über den Eigentumsübergang nur dann wirksam als offener oder stiller Stellvertreter des Kommittenten treffen kann, wenn der Kommittent ihn hiezu ermächtigt (Art. 32 Abs. 1, Art. 33 OR) oder sein Handeln als Stellvertreter nachträglich genehmigt (Art. 38 OR)[85]). In der Regel darf die Ermächtigung schon in der Abmachung erblickt werden, dass der Kommissionär dem Kommittenten das Eigentum direkt verschaffen solle. Der Kommittent kann sie widerrufen (Art. 34 OR). Ob er dadurch seine Verpflichtung verletzt, ist für die Gültigkeit des Widerrufs unerheblich. Der Widerruf muss dem bevollmächtigten Kommissionär gegenüber ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden[86]), und zwar bevor der Kommissionär sich mit dem Dritten über den Eigentumsübergang einigt. Der nicht erklärte Wille des Kommittenten, die Ermächtigung zu widerrufen, genügt nicht, selbst dann nicht, wenn er betätigt wird. Dies ist meines Wissens noch nie bezweifelt worden[87]).

[85]) Ermächtigung und Genehmigung müssen dem Kommissionär gegenüber erklärt werden. Erklärung gegenüber dem Dritten genügt nicht, da dieser keinerlei Interesse hat zu vernehmen, ob das Eigentum statt dem Kommissionär direkt dem Kommittenten zukommen soll.

[86]) Von Tuhr 297.

[87]) Es ist dies ein Grund mehr, entsprechend anzunehmen, dass der innere Wille des Kommissionärs nicht entgegen einem

Widerruft der Kommittent die Ermächtigung erst nach erfolgter Einigung über den Eigentumsübergang, so vermag er dadurch den direkten Eigentumsübergang auf ihn nicht rückgängig zu machen. Dagegen kann der Kommittent gestützt auf Art. 38 OR eine ohne seine Ermächtigung in seinem Namen zustande gekommene Einigung über den Eigentumsübergang nachträglich wirksam genehmigen. Die Wirkung der Genehmigung wird zurückbezogen auf den Zeitpunkt der Einigung über den Eigentumsübergang.

B. Die Übertragung des Besitzes.

Gemäss Art. 922 ZGB kann der Besitz auf zwei Arten übertragen werden: Nach Abs. 1 durch die Übergabe der Sache selbst oder der Mittel, welche dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen, während es nach Abs. 2 zum Vollzug der Übergabe auch genügt, wenn sich der Empfänger mit dem Willen des bisherigen Besitzers in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache auszuüben.

a) Die erste Art der Besitzübertragung ist weder Rechtsgeschäft noch Rechtshandlung, sondern Tathandlung[88]). Als solche ist sie vom Willen des bisherigen Besitzers unabhängig; der Empfänger erwirbt den Besitz mit der tatsächlichen Gewalt über die Sache auch dann, wenn dies dem Willen des bisherigen Besitzers nicht entspricht[89]). Wer den Besitz erlangt, ob der Kommittent oder der Kommissionär oder beide zusammen, hängt daher nicht vom Willen des Veräusserers ab. Der Besitzerwerb ist auch unabhängig von dem der Besitzübertragung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft[90]). Besitz kann daher nicht nur der

---

vorher geäusserten anderen Willen, insbesondere entgegen einer mit dem Kommittenten getroffenen Vereinbarung, den direkten Eigentumsübergang auf den Kommittenten verhindern könne.

[88]) Homberger Art. 922 N. 7. — Anders Wieland Art. 923 Bem. 3.

[89]) Ostertag Art. 922 N. 3; Homberger Art. 922 N. 7. — Anders Wieland Art. 923 Bem. 3 b.

[90]) Homberger Art. 922 N. 9.

Gläubiger aus dem Grundgeschäft erwerben; der Umstand, dass der Kommissionär das Grundgeschäft in eigenem Namen abgeschlossen hat, steht dem direkten Besitzerwerb des Kommittenten nicht im Wege. Auch braucht der Kommissionär bei der Entgegennahme der Sache nicht zu erklären, dass er im Namen des Kommittenten handle.

Da es auf den Willen des Veräussereres nicht ankommt, sind die Voraussetzungen für den direkten Besitzerwerb des Kommittenten einzig beim Kommissionär und beim Kommittenten zu suchen.

Art. 923 ZGB gestattet den Besitzerwerb durch Stellvertreter. Diese Art der Stellvertretung deckt sich nicht mit der obligationenrechtlichen, da die Besitzübertragung im Sinne des Art. 922 Abs. 1 ZGB nicht Rechtsgeschäft ist. Als Stellvertretung im Besitzerwerb können drei Fälle bezeichnet werden:

aa) Die an den Besitzerwerb geknüpften Rechtsfolgen treten direkt in der Person des Vertretenen ein, obschon nur der Stellvertreter Besitz erwirbt, weil nur er und nicht auch der Vertretene die tatsächliche Gewalt über die Sache hat[91]).

bb) Durch die Übergabe der Sache an den Stellvertreter erwirbt dieser unselbständigen und zugleich der Vertretene selbständigen Besitz. Dies ist dann der Fall, wenn der Stellvertreter an der Sache ein dingliches oder persönliches Recht hat, das er vom Vertretenen ableitet[92]).

cc) Der Stellvertreter ist Besitzdiener des Vertretenen, also nur Mittelsperson, deren sich der Vertretene bedient, um die Gewalt über die Sache auszuüben. In diesem Falle gilt einzig der Vertretene als Besitzer, nicht auch der Stellvertreter[93]).

---

[91]) Homberger Art. 923 N. 4.

[92]) Ostertag Art. 923 N. 3, Art. 920 N. 10; Wieland Art. 920 Bem. 1, Art. 923 Bem. 3 c; Homberger Art. 923 N. 10, 16; vgl. oben S. 291.

[93]) Ostertag Art. 923 N. 3, Art. 919 N. 16; Homberger Art. 923 N. 15, Art. 919 N. 10, 11.

Der erste der drei Fälle (aa) hat seine rechtliche Grundlage in Art. 923 ZGB. Bei der Einkaufskommission kann er vorkommen. Damit der Kommissionär den Besitz als Stellvertreter im Sinne des Art. 923 ZGB erwerbe, die Rechtsfolgen des Besitzerwerbes statt bei ihm direkt beim Kommittenten eintreten, muss der Kommissionär einen bezüglichen Willen haben. Nichts hindert ihn, eigene Geschäfte abzuschliessen und selber Eigentum zu erwerben. Stellvertreter im Besitzerwerb ist er nur, wenn er es sein will. Auch hier kann aber der bloss innere Wille des Kommissionärs nicht genügen. Wie der Wille, die Einigung über den Eigentumsübergang im Namen des Kommittenten abzuschliessen, irgendwie geäussert sein muss, ist der Wille des Kommissionärs, Stellvertreter im Besitzerwerb zu sein, nur erheblich, wenn er irgendwie geäussert wird, sei es auch bloss durch Willensbetätigung. Der Grund liegt darin, dass das Gesetz einen nicht geäusserten Willen grundsätzlich als rechtlich unerheblich betrachtet[94]). Eine Äusserung des Willens, den Besitz als Stellvertreter des Kommittenten zu erwerben, liegt z. B. in der Abmachung mit dem Kommittenten, diesem das Eigentum direkt verschaffen zu wollen. Hat der Kommissionär spätestens beim Besitzerwerb einen dieser Abmachung widersprechenden Willen, so ist dieser nur erheblich, wenn er irgendwie geäussert wird. Möglich ist auch, dass der Kommissionär beim Besitzerwerb als Stellvertreter des Kommittenten handeln will, ohne es mit dem Kommittenten vorher vereinbart zu haben. In diesem Falle muss sein Wille auf andere Weise irgendwie geäussert werden.

Damit die Rechtsfolgen des Besitzerwerbes direkt beim Kommittenten eintreten, muss eine zweite Voraussetzung erfüllt sein. Der Kommittent braucht sich nicht gegen seinen Willen mit den erwähnten Rechtsfolgen belasten zu lassen[95]). Seinen Willen, das Handeln des Kommissionärs als das eines Stellvertreters im Besitzerwerb für und gegen

[94]) Vgl. oben S. 299.

[95]) Ostertag Art. 923 N. 6.

sich gelten zu lassen, muss er dem Kommissionär erklären. Eine solche Erklärung liegt z. B. in der Abmachung mit dem Kommissionär, dass dieser ihm das Eigentum direkt verschaffen solle. Will der Kommissionär ohne Ermächtigung den Besitz als Stellvertreter des Kommittenten erwerben, so kann der Kommittent das Handeln des Kommissionärs durch eine an ihn gerichtete Erklärung nachträglich genehmigen[96]). Die Wirkung der Genehmigung wird auf den Zeitpunkt des Besitzerwerbes zurückbezogen.

Die Voraussetzungen, dass die Rechtsfolgen des Besitzerwerbes des Kommissionärs direkt beim Kommittenten als Vertretenem eintreten, sind somit durchwegs die gleichen wie die Voraussetzungen dafür, dass die Einigung über den Eigentumsübergang als im Namen des Kommittenten abgeschlossen gelten kann: Erforderlich sind irgendwelche Äusserungen des Kommissionärs, aus welchen hervorgeht, dass dieser den bezüglichen Willen hat, und eine Ermächtigung oder nachträgliche Genehmigung durch den Kommittenten.

Der zweite Fall der Stellvertretung im Besitzerwerb (bb) kann bei der Einkaufskommission ebenfalls vorliegen. Der Auffassung, wonach der Besitz auch dann gleichzeitig einem selbständigen und einem unselbständigen Besitzer zukommen könne, wenn letzterer die Sache nicht vom ersteren, sondern von einem Dritten empfangen hat, ist beizupflichten[97]). Der selbständige Besitzer, welcher die Sache einem unselbständigen übergibt, gibt seine tatsächliche Gewalt auf. Art. 920 ZGB schlägt somit eine Bresche in den Grundsatz des Art. 919 Abs. 1 ZGB, wonach der Besitz die tatsächliche Gewalt über eine Sache voraussetzt. An Stelle dieser Gewalt tritt das anscheinende Rechtsverhältnis zwischen dem selbständigen und dem unselbständigen Besitzer, und zwar ist es ein Rechtsverhältnis, wie es sonst zwischen Personen besteht, von denen

---

[96]) Ostertag Art. 923 N. 6.

[97]) Oben S. 291.

die eine der anderen ein beschränkt dingliches oder ein persönliches Recht an der Sache eingeräumt hat. Ein solches Rechtsverhältnis kann auch dann bestehen oder anscheinend vorhanden sein, wenn der beschränkt dinglich oder persönlich Berechtigte die Sache nicht aus der Hand dessen empfangen hat, von dem er sein Recht ableitet. Man denke z. B. an den Fall, wo der Käufer den Verkäufer oder der Hinterleger den Verwahrer anweist, die gekaufte bzw. hinterlegte Sache einem Gläubiger des Käufers bzw. Hinterlegers als Pfand auszuhändigen. Es ist nicht einzusehen, warum selbständiger und unselbständiger Besitz nur dann sollte vorliegen können, wenn der beschränkt dinglich oder persönlich Berechtigte die Sache vom selbständigen Besitzer, nicht aber, wenn er sie aus der Hand eines Dritten empfangen hat. Es ist somit denkbar, dass der Einkaufskommissionär an der eingekauften Sache im Augenblick, in welchem sie ihm übertragen wird, unselbständigen und gleichzeitig der Kommittent selbständigen Besitz erwirbt, so wie im angeführten Beispiel der Käufer selbständigen Besitz erwirbt, sobald der Verkäufer den Kaufgegenstand dem Pfandgläubiger des Käufers aushändigt. Dass das Rechtsverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär an sich geeignet ist, selbständigen und unselbständigen Besitz zu schaffen, zeigt das Beispiel der Verkaufskommission: Der Kommittent ist als Eigentümer der Sache selbständiger, der Verkaufskommissionär als persönlich Berechtigter unselbständiger Besitzer. Im Falle der Einkaufskommission stösst sich allerdings der direkte Erwerb selbständigen Besitzes durch den Kommittenten scheinbar daran, dass der Besitzerwerb dem Kommittenten erst das Eigentum verschaffen soll. Art. 920 ZGB verlangt jedoch vom selbständigen Besitzer nicht, dass er Eigentümer sei, sondern nur, dass er „als Eigentümer besitze". Als Eigentümer besitzt er schon dann, wenn er zum unselbständigen Besitzer anscheinend in einem Rechtsverhältnis steht, wie es sonst zwischen einem Eigentümer und einem beschränkt dinglich oder persönlich Berechtigten

besteht[98]). Nichts steht daher der Annahme im Wege, dass der Kommittent, weil er Kommittent ist, selbständiger Besitzer werden könne im Augenblick, in welchem der Kommissionär die eingekaufte Sache in Empfang nimmt. Da aber nicht jeder Kommittent schon in diesem Augenblick Eigentümer werden kann, sondern auf jeden Fall die oben unter lit. A dargelegten Voraussetzungen erfüllt sein müssen, besitzen alle die Kommittenten nicht „als Eigentümer", deren anscheinendes Verhältnis zum Kommissionär diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Jene dagegen, deren Rechtsverhältnis zum Kommissionär die unter lit. A erwähnten Voraussetzungen anscheinend erfüllt, können, rein objektiv betrachtet, selbständigen Besitz erwerben, sobald der Kommissionär die Sache in Empfang nimmt. In subjektiver Hinsicht müssen jedoch dazu im Willen des Kommittenten wie des Kommissionärs gewisse Voraussetzungen erfüllt sein. Besitzer ist nur, wer die ihm zustehende Gewalt auch haben will[99]). Dies muss auch für den selbständigen Besitzer gelten, weil er sonst gegen seinen Willen zum Besitzer gemacht werden könnte. Der Wille des selbständigen Besitzers richtet sich jedoch nicht auf die tatsächliche Gewalt über die Sache, sondern auf das Rechtsverhältnis zum unselbständigen Besitzer. Der selbständige Besitzer muss zum unselbständigen in einem Rechtsverhältnis stehen wollen, wie es zwischen einem Eigentümer und einem beschränkt dinglich oder persönlich Berechtigten besteht. Hat der Kommittent den Kommissionär ermächtigt, ihm das Eigentum am einzukaufenden Gute direkt zu erwerben, so ist der erwähnte Besitzwille des Kommittenten vorhanden. Stets ist erforderlich, dass er im Augenblick, in welchem der Kommissionär die Sache in Empfang nimmt, bereits bestehe; andernfalls erwirbt der Kommissionär allein Besitz und kann dem Kommittenten solchen nur noch nach den Regeln der Besitzübertragung einräumen. Was den Willen

[98]) Homberger Art. 919 N. 5, Art. 920 N. 2, 3.
[99]) Homberger Art. 919 N. 6.

des Kommissionärs anbetrifft, muss auch er auf ein Rechtsverhältnis gerichtet sein, wie es zwischen einem beschränkt dinglich oder persönlich Berechtigten und einem Eigentümer besteht[100]). Will der Kommissionär selber Eigentümer werden, so erwirbt der Kommittent nicht Besitz[101]). Der Wille des Kommissionärs, zum Kommittenten in einem Rechtsverhältnis zu stehen, wie es zwischen einem beschränkt dinglich oder persönlich Berechtigten und einem Eigentümer besteht, kann sich aus der Abmachung, dem Kommittenten direkt Eigentum erwerben zu wollen, oder aus irgendwelchen anderen Umständen ergeben. Er muss im Augenblick der Entgegennahme der Sache durch den Kommissionär vorhanden und irgendwie geäussert sein. Selbst wenn er sich aus einer Abmachung mit dem Kommittenten ergibt, kann ihn der Kommissionär nachträglich bis zur Entgegennahme der Sache ändern und durch irgendwelche Äusserung des neuen Willens den direkten Erwerb selbständigen Besitzes durch den Kommittenten verhindern.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zum direkten Erwerb selbständigen Besitzes durch den Kommittenten am eingekauften Kommissionsgute spätestens im Augenblick der Entgegennahme der Sache durch den Kommissionär sowohl dieser als auch der Kommittent irgendwie den Willen geäussert haben müssen, miteinander in einem Rechtsverhältnis zu stehen, wie es zwischen einem Eigentümer und einem beschränkt dinglich oder persönlich Berechtigten besteht.

---

[100]) Ostertag Art. 920 N. 4; Homberger Art. 920 N. 11; Wieland Art. 920 Bem. 1. — Vgl. dagegen von Tuhr 286.

[101]) Der Kommissionär vermag ihm sogar den einmal begründeten selbständigen Besitz wieder zu entziehen, indem er den Entschluss fasst und irgendwie äussert, selber Eigentümer sein zu wollen: Ostertag Art. 920 N. 14; Homberger Art. 920 N. 7. Durch diese nachträgliche Entziehung des Besitzes vermag jedoch der Kommissionär dem Kommittenten nicht auch das Eigentum wieder zu entziehen.

Der dritte Fall der Stellvertretung im Besitzerwerb (cc) interessiert hier nicht, da der Kommissionär nie blosser Besitzdiener des Kommittenten ist.

b) Die Besitzübertragung nach Art. 922 Abs. 2 ZGB, nämlich dadurch, dass der Empfänger mit Willen des bisherigen Besitzers ohne Übergabe der Sache oder der Mittel in die Lage versetzt wird, die Gewalt über die Sache auszuüben, lässt Stellvertretung im Besitzerwerb in gleicher Weise zu wie die Besitzübertragung nach Art. 922 Abs. 1 ZGB. Es ist also möglich, dass der Kommissionär den Besitz nach Art. 922 Abs. 2 ZGB erwirbt, aber die Rechtsfolgen dieses Besitzes gestützt auf Art. 923 ZGB als Stellvertreter direkt auf den Kommittenten lenkt. Die Voraussetzungen sind die gleichen wie beim Besitzerwerb nach Art. 922 Abs. 1. Es ist auch möglich, dass der Kommissionär nach Art. 922 Abs. 2 ZGB unselbständigen und gleichzeitig der Kommittent selbständigen Besitz erwirbt. Die Voraussetzungen sind die gleichen wie im Falle der Besitzübertragung nach Art. 922 Abs. 1. Insbesondere ist nicht nötig, dass der Kommittent in der Lage sei, die Gewalt über die Sache auszuüben, sondern es genügt, wenn dies dem Kommissionär möglich ist; der selbständige Besitzer braucht die Gewalt über die Sache nie zu haben.

Die Besitzübertragung nach Art. 922 Abs. 2 ZGB bietet nun aber eine weitere Möglichkeit, dem Kommittenten direkt Besitz zu verschaffen. Die Besitzübertragung im Sinne der erwähnten Bestimmung ist Rechtsgeschäft. Zum Erwerb des Besitzes genügt hier die Möglichkeit der Gewaltausübung durch den Erwerber in Verbindung mit einer rechtsgeschäftlichen Willenseinigung zwischen ihm und dem Veräusserer[102]). Veräusserer und Erwerber müssen übereinstimmend den Willen äussern, und zwar ausdrücklich oder stillschweigend, dass ersterer seinen Besitz aufgebe und nunmehr der Erwerber Besitz haben

---

[102]) Homberger Art. 922 N. 10.

solle[103]). Ausserdem muss der Erwerber in der Lage sein, die Gewalt über die Sache auszuüben. Daraus ergeben sich für den direkten Besitzerwerb des Kommittenten zwei Voraussetzungen:

aa) Der Kommissionär muss mit dem Veräusserer die Besitzübertragung als Stellvertreter des Kommittenten vereinbaren. Da die Kommission nur erfordert, dass das Grundgeschäft, nicht auch, dass die Eigentumsübertragung vom Kommissionär im eigenen Namen abgeschlossen werde, ist diese Stellvertretung zulässig. Sie kann eine offene oder eine stille sein. Letztere setzt voraus, dass es dem Veräusserer gleichgültig sei, wer Besitz erwirbt. In der Regel ist diese Voraussetzung erfüllt. Sie ist es immer dann, wenn der Veräusserer weder im Grundgeschäft noch bei der Besitzübertragung einen gegenteiligen Willen erklärt. Es kann auf das verwiesen werden, was ich oben unter A lit. d ausgeführt habe. Auch die übrigen Voraussetzungen dafür, dass die Willenseinigung über den Besitzübergang vom Kommissionär als im Namen des Kommittenten abgeschlossen gelten kann, sind analog den unter A lit. d dargelegten Voraussetzungen. Es muss also der Kommittent den Kommissionär ermächtigen, den Besitzübergang offen oder stille in seinem, des Kommittenten, Namen zu vereinbaren, oder er muss den vom Kommissionär ohne Ermächtigung als Stellvertreter vereinbarten Besitzübergang nachträglich genehmigen, und der Kommissionär muss spätestens bei der Vereinbarung des Besitzüberganges mit dem Veräusserer irgendwie, wenn auch nicht notwendigerweise gegenüber dem Veräusserer oder dem Kommittenten, den Willen äussern, als Stellvertreter des Kommittenten zu handeln. In einer Abmachung zwischen Kommittent und Kommissionär, dass dieser dem Kommittenten das Eigentum direkt erwerben solle, liegt seitens des Kommittenten die Ermächtigung an den Kommissionär, die Einigung über den Besitzübergang im

[103]) Homberger Art. 922 N. 14. — Anders Ostertag Art. 922 N. 9, der den Willen des Erwerbers nicht für nötig hält.

Namen des Kommittenten abzuschliessen, und seitens des Kommissionärs die Äusserung des Willens, den Besitzübergang als Stellvertreter des Kommittenten zu vereinbaren. Ein nachträglich anderer Wille des Kommissionärs ist beachtlich, wenn er spätestens im Augenblick der Einigung über den Besitzübergang irgendwie geäussert wird. Fasst der Kommittent einen der Abmachung widersprechenden Entschluss, so ist dieser nur beachtlich, wenn er ihn dem Kommissionär vor der Einigung über den Besitzübergang ausdrücklich oder stillschweigend erklärt.

bb) Der Kommittent muss in der Lage sein, die Gewalt über die Sache auszuüben[104]). Wenn bloss der Kommissionär diese Möglichkeit hat, so kann er — unter den weiter oben genannten Voraussetzungen — unselbständigen und der Kommittent selbständigen, nie dagegen der Kommittent alleinigen Besitz erwerben.

IV.

Die bisherigen Ausführungen haben sich vornehmlich auf den Eigentumserwerb am eingekauften Gute bezogen. Es bleibt zu prüfen, ob sie auch für den Eigentumserwerb am Erlös aus verkauftem Kommissionsgut gelten.

1. Der Erlös besteht in Geld, und an solchem kann Eigentum erworben werden wie an anderen beweglichen Sachen. Geld kann Spezies oder Gattungssache sein. Diese Unterscheidung ist jedoch für die Frage, ob der Kommittent direkt Eigentum am Erlös erwerben könne, unerheblich. Wie der Kommittent am eingekauften Gute direkt Eigentum auch dann erwerben kann, wenn es Gattungssache ist, kann er am gelösten Gelde aus verkauftem Kommissionsgut auch dann direkt Eigentum erwerben, wenn es — wie in der Regel — Gattungssache ist. Die Voraussetzungen sind die gleichen wie für den direkten Erwerb des Eigentums am eingekauften Kommissionsgut:

a) Der Käufer muss dem direkten Eigentumsübergang auf den Kommittenten zustimmen oder es muss ihm

[104]) Homberger Art. 923 N. 6.

gleichgültig sein, wer Eigentümer des Kaufpreises wird. Die zweite Alternative ist stets erfüllt, wenn nicht im Kaufvertrag ausdrücklich Gegenteiliges vereinbart wird. Der Kaufpreis besteht in Geld, und dieses ist naturgemäss dazu bestimmt, als Tauschmittel weitergegeben zu werden; es lässt sich daher nicht annehmen, der Käufer habe ein Interesse daran, dass nur der Kommissionär und kein anderer am Kaufpreis Eigentum erwerbe. Dem Käufer ist es nur darum zu tun, sich zu befreien, gleichgültig ob durch Eigentumsübertragung an den Kommissionär oder mit dessen Willen direkt an den Kommittenten.

b) Der Kommissionär muss spätestens bei der Entgegennahme des Geldes irgendwie den Willen äussern, sei es auch bloss durch Willensbetätigung, das Geld auf Rechnung des Kommittenten entgegenzunehmen und ihm direkt Eigentum zu verschaffen. Der Wille, auf Rechnung des Kommittenten zu handeln, lässt sich bei der Verkaufskommission verhältnismässig leicht beweisen. Er ergibt sich immer daraus, dass der Kommissionär das vom Kommittenten erhaltene Kommissionsgut verkauft, denn wollte er es auf eigene Rechnung verkaufen, so müsste er es veruntreuen[105]), es sei denn, der Selbsteintritt sei zulässig und erklärt worden[106]). Hat der Kommissionär das Grundgeschäft auf Rechnung des Kommittenten abgeschlossen, so nimmt er auch den Kaufpreis auf Rechnung des Kommittenten entgegen. Der Wille sodann, den Erlös nicht nur auf Rechnung, sondern auch im Namen des Kommittenten anzunehmen, braucht wie der entsprechende Wille bei der Einkaufskommission nicht erklärt zu werden, sondern kann aus einer Willensbetätigung hervorgehen, insbesondere aus einer Abmachung mit dem Kommittenten, und bleibt rechtserheblich, wenn er nicht spätestens bei der Entgegennahme des Erlöses durch einen gegenteiligen irgendwie geäusserten Willen ersetzt wird.

---

[105]) Von Tuhr 313 Anm. 24; Reichstein, SJZ 20 219 f.; vgl. auch Oser-Schönenberger Art. 401 N. 13.

[106]) Oben Anm. 69.

c) Der Kommittent muss den Kommissionär ermächtigt haben, ihn direkt zum Eigentümer zu machen, oder er muss den Willen des Kommissionärs, das Eigentum als Stellvertreter des Kommittenten direkt diesem zu erwerben, nachträglich genehmigen. Sowohl die Ermächtigung als auch die nachträgliche Genehmigung müssen dem Kommissionär gegenüber ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden; eine blosse Willensbetätigung genügt nicht. Die Ermächtigung kann z. B. in einer Abmachung mit dem Kommissionär liegen, wonach dieser dem Kommittenten am Erlös direkt Eigentum verschaffen solle.

2. Die in der Literatur und Rechtsprechung oft vertretene Ansicht, dass der Kommissionär mangels gegenteiliger Abmachungen berechtigt sei, den Erlös mit eigenem Gelde zu vermischen, und dadurch Eigentümer des Erlöses werde[107]), ist nicht haltbar.

a) Wenn der Erlös Eigentum des Kommittenten ist, darf ihn der Kommissionär nicht mit eigenem Gelde vermischen. Keine gesetzliche Bestimmung erlaubt ihm dies. Als Eigentümer darf der Kommittent jede ungerechtfertigte Einwirkung abwehren (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Eine solche liegt zweifellos vor, wenn jemand durch Vermischung des Geldes die Eigentumsverhältnisse daran verändert, ohne dass eine ausdrückliche oder stillschweigende Ermächtigung des Eigentümers oder das Gesetz es ihm gestatten. Dies ergibt sich auch aus Art. 481 OR: Der Aufbewahrer von Geld hat bloss dann nicht die gleichen Stücke, sondern nur die gleiche Summe zurückzuerstatten, wenn er es ausdrücklich oder stillschweigend mit dem Hinterleger vereinbart hat. Eine stillschweigende Vereinbarung in diesem Sinne ist zu vermuten, wenn die Geldsumme unversiegelt und unverschlossen übergeben wurde. Werden andere vertretbare Sachen oder Wertpapiere hin-

---

[107]) Becker Art. 434 N. 2; Oser-Schönenberger Art. 434 N. 2; Brander 71; Schmidt-Rimpler 925; ZBJV 73 335. — Anders ZBJV 69 587.

terlegt, so darf der Aufbewahrer über die Gegenstände nur verfügen, wenn ihm diese Befugnis vom Hinterleger ausdrücklich eingeräumt worden ist. Es ergibt sich daraus, dass das Gesetz zwar dem Gelde im Gegensatz zu anderen vertretbaren Sachen oder Wertpapieren eine gewisse Ausnahmestellung einräumt, aber einmal besteht diese Ausnahme nicht etwa darin, dass der Hinterleger schlechtweg über hinterlegtes Geld verfügen dürfte, sondern nur in der unter bestimmten Voraussetzungen eintretenden und widerlegbaren Vermutung einer dahingehenden stillschweigenden Vereinbarung, und sodann — und dies ist das Wesentliche — gilt diese Ausnahme nur im Hinterlegungsvertrage, nicht auch in anderen Verträgen, insbesondere nicht in der Kommission. Man kann auch nicht einwenden, dass eine Geldschuld in der Regel Summenschuld sei. Die Frage, ob eine Schuld Summen-, Gattungs- oder Stückschuld sei, stellt sich nur bei obligatorischen Verpflichtungen, nicht auch bei der Herausgabepflicht auf Grund eines dinglichen Anspruches[108]). Der dinglich Berechtigte kann nur gerade die Sache herausverlangen, auf die sein dingliches Recht, im vorliegenden Falle das Eigentum, geht (Art. 641 Abs. 2 ZGB); der zur Herausgabe Verpflichtete kann sich nicht befreien durch Leistung einer Sache der gleichen Gattung; erst wenn er die im Eigentum des Berechtigten stehende Sache nicht mehr besitzt, schuldet er unter Umständen eine Sache gleicher Gattung, aber unter dem Titel des Schadenersatzes oder der Zurückerstattung einer ungerechtfertigten Bereicherung. Die Pflicht, dem Eigentümer den Schaden

[108]) Es geht daher nicht an, wie von Tuhr 313 es tut, den direkten Eigentumserwerb des Auftraggebers an Geld deshalb abzulehnen, weil der Beauftragte, der auf Rechnung des Auftraggebers Geld erwerbe, in der Regel nicht die erworbenen Stücke, sondern nur eine gleiche Summe herauszugeben habe. Nicht weil die Schuld des Beauftragten Summenschuld ist, erwirbt der Auftraggeber nicht direkt Eigentum, sondern wenn und weil gegebenenfalls der Auftraggeber nicht direkt Eigentum erwirbt, kann die Schuld des Beauftragten Summenschuld sein.

zu ersetzen oder ihm die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben, wenn seine Sache nicht mehr vorhanden oder sein Eigentum daran untergegangen ist, ist bloss die Folge der Verfügung über die Sache und macht die Verfügung nicht zur erlaubten. Man darf endlich auch nicht annehmen, im Kommissionsvertrag sei mangels gegenteiliger Willensäusserung immer stillschweigend vereinbart, der Kommissionär dürfe den Erlös aus dem Kommissionsgute mit eigenem Gelde vermischen. Steht der Erlös im Eigentum des Kommissionärs, so ist die Vermutung einer derartigen stillschweigenden Vereinbarung überflüssig, weil die Vermischung mit anderem Gelde des Kommissionärs ohnehin zulässig und der Kommissionär als bloss obligatorisch Verpflichteter nur zur Ablieferung einer gleichen Summe gehalten ist. Ist der Erlös dagegen direkt ins Eigentum des Kommittenten übergegangen, so nur deshalb, weil Kommittent und Kommissionär es beide gewollt haben. Diesem Willen würde es widersprechen anzunehmen, die Parteien hätten stillschweigend vereinbart, der Kommissionär dürfe den Erlös mit eigenem Gelde vermischen. Entweder rechtfertigen die Umstände die Annahme, es sei eine solche Vereinbarung getroffen worden, dann kann nicht gesagt werden, Kommittent und Kommissionär hätten den direkten Eigentumsübergang auf den Kommittenten gewollt; oder aber sie haben den direkten Eigentumsübergang gewollt, dann haben sie dazu Grund gehabt und nicht stillschweigend dem Kommissionär erlauben wollen, durch Vermischung die Eigentumsverhältnisse am Gelde zu verändern.

b) Die Auffassung, wer fremdes Geld mit eigenem vermische, erwerbe daran Eigentum, ist verbreitet[109]). Zum Teil wird sie auf Art. 727 ZGB gestützt, zum Teil auf allgemeine Erwägungen. Weder die eine, noch die andere Begründung überzeugt.

---

[109]) Oser-Schönenberger Art. 434 N. 2; Leemann Art. 727 N. 17; Wieland Art. 727 Bem. 6; BlZüR 21 110; ZBJV 73 335.

Art. 727 ZGB bestimmt in Abs. 1 und 2:

„Werden bewegliche Sachen verschiedener Eigentümer so miteinander vermischt oder verbunden, dass sie ohne wesentliche Beschädigung oder unverhältnismässige Arbeit und Auslagen nicht mehr getrennt werden können, so entsteht für die Beteiligten Miteigentum an der neuen Sache, und zwar nach dem Werte, den die einzelnen Teile zur Zeit der Verbindung haben.

Wird eine bewegliche Sache mit einer andern derart vermischt oder verbunden, dass sie als deren nebensächlicher Bestandteil erscheint, so gehört die ganze Sache dem Eigentümer des Hauptbestandteiles."

Nimmt man an, die Vermengung von Geld falle unter diese Bestimmung, so ergibt sich daraus nicht, dass das vermischte Geld dem gehöre, der es vermischt hat. Vielmehr entsteht Miteigentum[110]). Anwendbar kann von Art. 727 ZGB nur Abs. 1 sein. Abs. 2 betrifft den Fall, wo die einzelnen Sachen durch die Vermischung Bestandteil der neuen Sache werden. Bestandteil ist alles, was nach der am Orte üblichen Auffassung zu ihrem Bestande gehört und ohne ihre Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann (Art. 642 Abs. 2 ZGB). Diese Voraussetzung trifft für die vermengten Geldstücke nicht zu. Allerdings spricht Art. 727 Abs. 2 ZGB von einem „nebensächlichen Bestandteil" und einem „Hauptbestandteil" und könnte dadurch zur Annahme verleiten, diese Bestimmung verstehe unter einem Bestandteil etwas anderes als Art. 642 ZGB. Art. 727 Abs. 2 will jedoch durch die Begriffe „nebensächlich" und „Haupt . ." lediglich die Bedeutung umschreiben, welche dem einzelnen Teil in der ganzen Sache zukommt; auch der Hauptbestandteil ist Bestandteil im Sinne des Art. 642 ZGB. Wollte

---

[110]) Homberger, Das schweiz. Zivilgesetzbuch 130; Pestalozzi 106. Ebenso für das deutsche Recht: Staudinger-Kober (9) § 948 Bem. 6 b; Wolff, Sachenrecht (9) 234; Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 3 § 406 Anm. 29.

man aber annehmen, Art. 727 Abs. 2 habe nicht Bestandteile im Sinne des Art. 642 im Auge, auch vermischte Geldstücke könnten daher als Bestandteile im Sinne des Art. 727 Abs. 2 gelten, so müsste zur Bestimmung des Eigentümers des vermischten Geldes im einzelnen Falle untersucht werden, wer nur einen nebensächlichen und wer den Hauptteil der Geldstücke zu dem Gemisch beigetragen hat. Dies ist nicht immer der Kommissionär, der die Vermischung vornimmt. Die Frage wird meistens erst dann streitig, wenn er zu wenig eigenes Geld gehabt und sich daher an dem des Kommittenten vergriffen hat! Art. 727 ZGB versagt also zur Begründung der Ansicht, dass der Kommissionär durch Vermischung des Kommissionserlöses mit eigenem Gelde Eigentümer des Gemisches werde.

Nach einer andern Ansicht ist Art. 727 ZGB auf die Vermengung von Geld nicht anwendbar, weil diese Bestimmung nur gelte, wenn durch Vermischung von Sachen eine neue Sache entstehe, die verschiedenen Teile in ihrer Vereinigung etwas anderes ausmachten als einzeln[111]). Die Anhänger dieser Auffassung wollen den Eigentümer vermengten Geldes nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestimmen. Auffallend ist dabei, dass sie das Geld nicht anderen Gattungssachen gleichstellen, sondern einer Sonderregelung unterwerfen, die sie aus dem gemeinen Recht ableiten und welche, wie gesagt, darin bestehen soll, dass das Eigentum am gesamten Gelde demjenigen zukomme, der es mit eigenem vermischt[112]). Ganz abgesehen davon, dass die Lösung im schweizerischen und nicht im gemeinen Recht gesucht werden muss, hält diese Meinung auch des-

---

[111]) Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweiz. ZGB 2 126; Wieland Art. 727 Bem. 6; Leemann Art. 727 N. 4; Curti-Forrer Art. 727 N. 1.

[112]) Dernberg, Pandekten 1 § 210; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 1 § 189; Wächter, Pandekten 2 § 133 Beilage I; L 78 D. de solut. 46, 3.

halb näherer Prüfung nicht stand, weil Art. 727 ZGB nicht voraussetzt, dass durch die Vermischung etwas anderes entstehe, als was die einzelnen Teile waren. Es ist nicht einzusehen, warum z. B. bei Vermengung gleicher Arten von Mehl Art. 727 ZGB nicht anwendbar sein sollte, wohl aber bei Vermengung verschiedener Arten, wie die Erläuterungen zum Vorentwurf annehmen. Erforderlich ist bloss, dass die vermischten Sachen ohne Beschädigung oder unverhältnismässige Arbeit und Auslagen nicht mehr getrennt werden können. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn physisch nicht mehr jedem gerade das zurückgegeben werden kann, was das Seine war, sondern Vermischung liegt auch vor, wenn nicht mehr oder nicht ohne unverhältnismässige Arbeit und Auslagen festgestellt werden kann, wem die einzelnen Sachen gehörten, z. B. wenn Kartoffeln gleicher Art vermischt werden. Wäre dem nicht so, wollte man also Art. 727 ZGB auf die Vermengung gleicher Gattungssachen nicht anwenden, so müsste jeder Eigentümer das Eigentum an seinen Stücken beibehalten, ungeachtet der Schwierigkeit oder Unmöglichkeit zu beweisen, welche Stücke die seinigen sind[113]). Dies müsste insbesondere auch bei Vermengung von Geldstücken gelten, da das Gesetz hiefür keine Sonderregeln kennt. Die Anwendung des Art. 727 Abs. 1 ZGB auf die Fälle, in denen eine physische Trennung der einzelnen Stücke leicht möglich, die Feststellung der Eigentümer aber unmöglich oder unverhältnismässig schwierig ist, ist auch billig, besonders auch im Falle der Vermischung von Geld. Keine Partei wird bevorzugt, insbesondere nicht die, welche die Vermischung vornimmt. Beide erhalten Miteigentum. Vielleicht lässt sich das eine oder andere Mal nicht beweisen, in welchem mindestens

---

[113]) Unzutreffend BlZüR 36 118, wonach bei Vermengung von Wertpapieren, von denen nicht mehr festgestellt werden kann, wem die einzelnen Stücke gehören, jeder einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe von Wertpapieren gleicher Art und Anzahl wie er sie beigetragen, haben soll.

annähernden Verhältnis; dann hat jeder Miteigentümer einen gleichen Anteil (Art. 646 Abs. 2 ZGB)[114]).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass der Kommissionär, welcher direkt ins Eigentum des Kommittenten übergegangenen Erlös aus verkauftem Kommissionsgut mit eigenem Gelde vermischt, daran nicht Eigentum erwirbt, sondern dass das vermischte Geld ins Miteigentum des Kommittenten und Kommissionärs gelangt.

V.

Wenn zunächst der Kommissionär Eigentum am Erlös erwirbt, kann er es durch Einigung und Verschaffung des Besitzes auf den Kommittenten übertragen. Hier ist nur der Fall zu erörtern, in welchem der Kommittent den Besitz durch Konstitut erwirbt.

A. Die Verschaffung des Besitzes.

1. Ein Konstitut kommt nicht schon dadurch zustande, dass der Kommissionär abstrakt erklärt, von nun an für den Kommittenten besitzen zu wollen, auch nicht, wenn der Kommittent einer solchen Erklärung beistimmt[115]). Es ersetzt das Hin- und Hergeben einer Sache, wenn zwischen den Parteien zwei Rechtsverhältnisse bestehen, von denen das eine den Veräusserer zur Übertragung selbständigen Besitzes auf den Erwerber und das andere den Erwerber zur Verschaffung unselbständigen

[114]) Der Schadenersatz- und Bereicherungsanspruch, den Leemann Art. 727 N. 19 demjenigen geben will, der den Wert seines Beitrages nicht beweisen kann, nützt nichts, da auch die Höhe des Schadens oder der Bereicherung nicht festgestellt werden kann, wenn die einzelnen Beiträge nicht feststehen.

[115]) BGE 13 226 f.; 14 652; BlHE 12 233; BlZüR 4 181, 18 155; Wieland Art. 717 Bem. 4a; Leemann Art. 717 N. 16; Ostertag Art. 924 N. 7; Homberger Art. 924 N. 14; Hirzel, Das constitutum possessorium, Diss. Zürich 1893, 84; Hafner N. 3 zu Art. 202 aOR. — Anders Oftinger, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis 44 f.

Besitzes an den Veräusserer verpflichtet[116]). Dem Konstitut muss ausser dem Übertragungsgeschäft, welches dem Erwerber selbständigen Besitz verschaffen soll, ein zweites Rechtsgeschäft zugrunde liegen, welches dem Veräusserer Anspruch auf unselbständigen Besitz gibt. Das Gesetz drückt sich dahin aus, dass der Veräusserer auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache verbleiben müsse. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass das Rechtsverhältnis ein besonderes sein muss, also nicht identisch sein darf mit dem Veräusserungsgeschäft. Wenn der Veräusserer auf Grund des Veräusserungsgeschäftes selbst vorläufig den Besitz der Sache noch behält, liegt kein Konstitut vor[117]). Der Kommittent erwirbt daher nicht durch Konstitut Besitz, wenn der Kommissionär die Sache als Kommissionär noch besitzen soll; mit dem Konstitut muss dieser seiner Leistungspflicht als Kommissionär entledigt sein und an der Sache aus einem anderen Rechtsverhältnis, z. B. als Mieter, Entlehner, Aufbewahrer, Pfandgläubiger unselbständigen Besitz haben[118]). Zum Besitzübergang auf den Kommittenten genügt es daher z. B. nicht, dass Kommittent und Kommissionär vereinbaren, dieser solle den Erlös aus den Kommissionsgütern immer erst am Ende einer bestimmten Periode abliefern. Es ist aber nicht nötig, dass das besondere Rechtsverhältnis, auf Grund dessen der Kommissionär an der Sache unselbständigen Besitz haben soll, dem Veräusserungsgeschäft (Kommission) rechtlich unabhängig sei oder z. B. sogar getrennt verurkundet werde[119]). Einkaufskommission unter der Bedingung, dass der Kom-

---

[116]) BGE 35 II 488 Hirzel 11.

[117]) BGE 33 II 276; BlZüR 1 126, 8 41, 14 36, 38 113; II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 12 Januar 1939 i. S. Feller Baruch; Hafner a. a. O.; Wieland Art. 717 Bem. 4a; Leemann Art. 717 N. 10; Ostertag Art. 924 N. 7; Homberger Art. 924 N. 14.

[118]) BGE 25 II 580; Wieland Art. 717 Bem. 2, Art. 924 Bem. 1 b.

[119]) Homberger Art. 924 N. 12.

missionär die Sache als Mieter benutzen dürfe, schliesst daher den Besitzübergang durch Konstitut nicht aus.

2. Damit der Kommittent durch Konstitut Besitz erwerbe, genügt es nicht, dass neben dem Kommissionsvertrag ein besonderes Rechtsverhältnis bestehe, das dem Kommissionär Anspruch auf unselbständigen Besitz gibt. Die beiden Rechtsverhältnisse wirken an sich nur obligatorisch; der Kommissionsvertrag verpflichtet den Kommissionär, dem Kommittenten selbständigen, und das besondere Rechtsverhältnis verpflichtet den Kommittenten, dem Kommissionär unselbständigen Besitz zu verschaffen. Erst wenn diese Verpflichtungen erfüllt sind, hat der Kommittent selbständigen und der Kommissionär unselbständigen Besitz[120]). Die Erfüllung erfolgt beim Konstitut nicht durch Übergabe (Hin- und Rückgabe) der Sache, wie es sonst zur Besitzübertragung nötig ist, sondern durch Begründung derjenigen Tatbestandselemente, welche es erlauben, selbständigen Besitz von unselbständigem zu unterscheiden. Sie liegen im Willen der Parteien:

a) Selbständiger Besitzer ist nur, wer zum unselbständigen in bezug auf die Sache in einem Rechtsverhältnis stehen will, wie es zwischen einem Eigentümer und einem beschränkt dinglich oder persönlich Berechtigten besteht[121]). Will der Kommittent nicht, noch nicht oder nicht mehr als Eigentümer gelten, so ist er nicht, bzw. noch nicht oder nicht mehr selbständiger Besitzer. Vereinbart er mit dem Kommissionär ein besonderes Rechtsverhältnis, das dem Kommissionär Anspruch auf unselbständigen Besitz gibt, so liegt darin im Regelfall zugleich die Willensäusserung des Kommittenten, den Kommissionär nicht nur auf den unselbständigen Besitz zu berechtigen, sondern ihm diesen sogleich zu verschaffen und selber selbständiger Besitzer zu sein. An die Unterscheidung zwischen Verpflichtung und Erfüllung denken die Parteien in solchen Fällen in der Regel nicht. Von prak-

[120]) Vgl. Oftinger 43; Ostertag Art. 924 N. 8.
[121]) Oben S. 317.

tischer Bedeutung wird sie erst, wenn Verpflichtung und Erfüllung zeitlich auseinanderfallen, wenn nämlich die Vereinbarung des besonderen Rechtsverhältnisses der Besitzübertragung vorausgeht. In diesen Fällen muss der Kommittent den Willen, als Eigentümer zum Kommissionär in einem besonderen Rechtsverhältnis zu stehen, im Zeitpunkt, in welchem die Besitzübertragung möglich wird, noch haben. Die vorherige Vereinbarung eines besonderen Rechtsverhältnisses berechtigt zur Annahme, dass er diesen Willen solange habe, als er nicht einen gegenteiligen Willen irgendwie äussert, sei es auch bloss durch Willensbetätigung. Eine Änderung des innern Willens beachtet das Recht nicht; daher ist es nicht nötig, dass der durch Vereinbarung eines besonderen Rechtsverhältnisses geäusserte Wille zum Besitzerwerb im Augenblick, in welchem der Besitzerwerb, das Konstitut, wirksam werden kann oder werden soll, nochmals geäussert werde[122])[123]).

---

[122]) Wolff, Sachenrecht (9) 207. — Anders Staudinger-Kober (9) § 930 Bem. 1 b δ, der eine „Ausführungshandlung" verlangt.

[123]) Der Vorgang, welcher sich abspielt, lässt sich am besten mit einer Verrechnung vergleichen. Die beidseitigen Ansprüche auf Besitzübertragung entsprechen den beiden Forderungen, das Konstitut der Verrechnung. Das Gegenüberstehen zweier Forderungen hat nicht von Gesetzes wegen Verrechnung zur Folge, das Gegenüberstehen zweier Ansprüche auf Besitzübertragung nicht notwendigerweise ein Konstitut. Das Besitzeskonstitut gilt aber normalerweise als gewollt, wenn sich die beiden Ansprüche gegenüberstehen, denn sie beziehen sich auf ein und dieselbe Sache, deren Hin- und Hergabe meistens sinnlos wäre, während Verrechnung nicht eintritt, wenn sie nicht erklärt wird, weil die beiden Forderungen nicht auf die gleiche Sache, sondern nur auf gleichartige Sachen gehen und meistens nicht gleich hoch sind und weil Zahlung und Gegenzahlung im Geschäftsverkehr häufig vorkommen. Die Verrechnung kann zum voraus erklärt werden (anders von Tuhr 597); sie wirkt im Augenblick, in welchem sich die Forderungen verrechenbar gegenüberstehen, ohne dass die Verrechnungserklärung wiederholt zu werden braucht. Entsprechend kann der Wille, zwei Ansprüche auf Besitzübertragung zu „verrechnen", d. h. ein Konstitut zu begründen, zum voraus erklärt

Die Vereinbarung des besonderen Rechtsverhältnisses geht der Besitzübertragung voraus:

aa) Wenn der Kommissionär im Augenblick der Vereinbarung des besonderen Rechtsverhältnisses die Sache noch nicht besitzt (antizipiertes Besitzeskonstitut). Selbständigen Besitz kann der Kommittent frühstens im Augenblick erwerben, in welchem der Kommissionär vom Dritten Besitz übertragen erhält[124]).

bb) Wenn die Parteien das besondere Rechtsverhältnis aufschiebend bedingen oder aufschiebend befristen. Frühestens mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins kann der Kommittent selbständigen Besitz erwerben[125]).

cc) Wenn der Gegenstand der Besitzübertragung im Augenblick der Vereinbarung des besonderen Rechtsverhältnisses noch nicht individualisiert ist[126]). Bevor ein Konstitut wirksam werden kann, muss der Kommissionär bestimmen, ob er eine bestimmte Sache auf Rechnung des Kommittenten besitzen will[127]). Hat er Gattungssachen auf Rechnung verschiedener Personen eingekauft, so muss er irgendwie kundtun, welche Sache er auf Rechnung des Kommittenten besitzen will, z. B. durch Ausscheidung, Erstellung eines Nummernverzeichnisses über eingekaufte Wertpapiere, Aufzeichnungen in den Büchern, Mitteilung an den Kommittenten. Soll das besondere Rechtsverhältnis alle kommissionsweise eingekauften Sachen umfassen, so ist eine weitere Individualisierung nicht mehr nötig. Der Kommittent braucht daher z. B. die Nummern der

---

werden, ohne dass die Erklärung im Augenblick, in welchem sie wirksam werden soll, wiederholt zu werden braucht. Dass der Wille, ein Konstitut zu begründen, einseitig durch eine Äusserung wirksam geändert werden kann, beruht auf der Eigenart des Besitzes, der je nach den tatsächlichen Verhältnissen als vorhanden oder nicht vorhanden gilt.

[124]) Homberger Art. 924 N. 12.

[125]) Wolff, Sachenrecht (9) 213.

[126]) Wolff, Sachenrecht (9) 207.

[127]) Vgl. oben S. 299.

vom Kommissionär auf seine, des Kommittenten, Rechnung eingekauften Wertpapiere nicht zu kennen, wenn er vereinbart hat, dass der Kommissionär alle auf seine, des Kommittenten, Rechnung eingekauften Wertpapiere z. B. als Aufbewahrer behalten soll. Soll sich dagegen das besondere Rechtsverhältnis nur auf einen Teil der kommissionsweise eingekauften Sachen beziehen, so müssen, nachdem der Kommissionär irgendwie kundgetan hat, welche Stücke er auf Rechnung des Kommittenten eingekauft haben will, aus diesen Stücken jene individualisiert werden, welche Gegenstand des besonderen Rechtsverhältnisses sein sollen. Ist z. B. vereinbart, der Kommissionär solle zwei Pferde einkaufen und eines davon als Mieter behalten, das andere dem Kommittenten übergeben, so kann der Kommittent am vermieteten Pferde nicht durch Konstitut Besitz erwerben, bevor feststeht, welches der beiden Pferde das vermietete sein soll. Diese Individualisierung erfolgt nach den für das besondere Rechtsverhältnis geltenden vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen.

b) Auch der Wille des Kommissionärs muss auf ein Rechtsverhältnis gerichtet sein, wie es zwischen einem beschränkt dinglich oder einem persönlich Berechtigten und einem Eigentümer besteht[128]). Will der Kommissionär selber als Eigentümer besitzen, so erwirbt der Kommittent den Besitz nicht. In der Vereinbarung des besonderen Rechtsverhältnisses kommt in der Regel der Wille des Kommissionärs, nur noch als beschränkt dinglich oder persönlich Berechtigter zu besitzen, d. h. den Kommittenten auf den selbständigen Besitz nicht nur zu berechtigen, sondern ihm diesen sogleich zu verschaffen, genügend zum Ausdruck. Dieser Wille kann sich ändern, wenn die Vereinbarung des besonderen Rechtsverhältnisses der Besitzübertragung aus einem der bereits genannten Gründe vorangeht. Die Änderung des Willens des Kommissionärs ist beachtlich, wenn sie irgendwie geäussert wird. Der Kommissionär verhindert dadurch den Besitzübergang

[128]) Oben Anm. 101.

durch Konstitut, wenn er noch nicht stattgefunden hat, oder macht sich wieder zum selbständigen Besitzer, wenn das Konstitut bereits wirksam geworden ist. Äussert der Kommissionär keinen anderen Willen, so ist der Wille entscheidend, welcher in der Vereinbarung des besonderen Rechtsverhältnisses zum Ausdruck gekommen ist, ohne dass ihn der Kommissionär im Augenblick, in welchem das Konstitut wirksam wird, nochmals äussern müsste.

3. Nach der schweizerischen Rechtsprechung und Literatur darf der Stellvertreter ohne ausdrückliche Erlaubnis mit sich selbst kontrahieren, wenn keine Gefahr besteht, dass er den Vertretenen übervorteile, und daher anzunehmen ist, der Vertretene habe ihm das „Selbstkontrahieren" stillschweigend gestattet[129]). Keine Interessenkollision besteht in der Regel beim Abschluss reiner Erfüllungsgeschäfte[130]). Daraus darf indessen nicht geschlossen werden, der Kommissionär sei, andere Weisungen des Kommittenten vorbehalten, stets befugt, mit sich selbst ein Konstitut abzuschliessen und so dem Kommittenten Besitz zu verschaffen. Die Besitzübertragung durch den Kommissionär ist zwar Teil eines Erfüllungsgeschäftes und widerspricht den Interessen des Kommittenten in der Regel nicht. Das Konstitut setzt jedoch stets ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär voraus, kraft dessen der Kommissionär Anspruch auf den unselbständigen Besitz hat. Will der Kommissionär dem Kommittenten durch „Selbstkontrahieren" mittels Besitzeskonstituts Besitz verschaffen, so muss er ermächtigt sein, ein solches besonderes Rechtsverhältnis zu begründen. Man müsste jedoch den Verhältnissen Zwang antun, wollte man eine solche Ermächtigung, sei es auch bloss als stillschweigende,

---

[129]) BGE 39 II 568, 50 II 183, 57 II 560, 63 II 174; Reichel, SJZ 12 25; Oser-Schönenberger Art. 33 N. 12; Becker Art. 33 N. 4, 5; von Tuhr 295; Keicher, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters, Diss. Bern 1940, 62 f.

[130]) BGE 39 II 568, 57 II 561; Keicher 56; § 181 BGB.

aus der Kommission als solcher herauslesen. Allerdings gelten für die Kommission subsidiär die Vorschriften über den Auftrag (Art. 425 Abs. 2 OR) und ist im Auftrage die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen enthalten, die zu dessen Ausführung gehören (Art. 396 Abs. 2 OR). Die Kommission berechtigt und verpflichtet jedoch den Kommissionär nur, bewegliche Sachen oder Wertpapiere einzukaufen, nicht aber, bezüglich dieser Sachen mit sich selbst als Vertreter des Kommittenten irgend ein anderes Rechtsgeschäft, und sei es auch bloss einen Hinterlegungsvertrag, abzuschliessen. Das besondere Rechtsverhältnis wird normalerweis nicht um des Besitzeskonstituts willen abgeschlossen; es ist nicht bloss Mittel, dem Erwerber ohne Übergabe der Sache Besitz zu verschaffen, sondern erfüllt einen eigenen, vom Kommissionsvertrag unabhängigen Zweck. Die Pflicht des Kommissionärs, dem Kommittenten Besitz zu verschaffen, schliesst daher weder das Recht noch die Pflicht in sich, mit dem Kommittenten ein besonderes Rechtsverhältnis einzugehen. Welcher Art sollte es sein? Am ehesten denkt man an einen Hinterlegungsvertrag. Es ist jedoch weder notwendig noch üblich, dass der Kommissionär die eingekauften Sachen oder den Erlös aus verkauften Sachen als Aufbewahrer behalte. Soll er durch Kontrahieren mit sich selbst ein besonderes Rechtsverhältnis begründen und dem Kommittenten auf Grund desselben durch Besitzeskonstitut Besitz verschaffen dürfen, so muss ihn der Kommittent hiezu ermächtigen. Die Ermächtigung kann stillschweigend erfolgen, darf aber nicht schon im Kommissionsvertrag als solchem erblickt werden[131]). Fehlt es an der Ermächtigung, so kann der Kommittent das „Selbstkontrahieren" des Kommissionärs und damit den Besitzübergang durch Konstitut nachträglich genehmigen[132]).

Ein durch „Selbstkontrahieren" begründetes Besitzeskonstitut weist die gleichen Merkmale auf wie ein mit dem

[131]) Anderer Meinung von Tuhr 313 N. 23.

[132]) Art. 38 Abs. 1 OR; Becker Art. 33 N. 6; Keicher 70.

Kommittenten persönlich vereinbartes. Insbesondere genügt eine Äusserung des Willens, dem Kommittenten Besitz zu verschaffen, nicht, sondern der Wille muss auf Abschluss eines besonderen Rechtsverhältnisses gerichtet sein. Da der Kommissionär mit sich selbst kontrahiert, fehlt es an einer Person, welcher er seinen Willen erklären müsste. Dennoch genügt der bloss innere Wille des Kommissionärs nicht. Rechtserheblich kann nur der Wille sein, welcher irgendwie in Erscheinung tritt[133]). Nicht nötig ist, dass der Kommissionär die Sache im Augenblick des „Selbstkontrahierens" schon besitze; das Konstitut kann mit den gleichen Wirkungen antizipiert werden wie ein mit dem Kommittenten persönlich vereinbartes. Hat der Kommissionär den Willen, zum Kommittenten im Rechtsverhältnis eines beschränkt dinglich oder persönlich Berechtigten zu stehen, im Augenblick der Besitzerlangung nicht mehr, so wirkt das antizipierte Konstitut nur dann nicht, wenn der Kommissionär den geänderten Willen spätestens im Augenblick der Besitzerlangung irgendwie äussert.

B. Die Einigung über den Eigentumsübergang.

Eigentum geht nur über, wenn beide Parteien es wollen. Dieser Wille kommt schon im Abschluss des Kommissionsvertrages zum Ausdruck. Der Kommissionsvertrag wirkt aber nur obligatorisch. Im Augenblick, in welchem ihn die Parteien schliessen, hat der Kommissionär an der einzukaufenden Sache oder am Erlös aus der zu verkaufenden Sache normalerweise noch nicht Eigentum und kann es daher auch noch nicht auf den Kommittenten übertragen. Den Willen, den Übergang des Eigentums zu bewirken, müssen die Parteien im Augenblick noch haben, in welchem der Übergang möglich ist. Dies ist erst im Augenblick des Besitzüberganges der Fall. Der erwähnte Wille fällt mit dem Willen, welcher durch Kon-

[133]) Vgl. oben S. 299; von Tuhr 295 Anm. 52. Keicher 66 verlangt „äussere Erklärungen".

stitut den Besitz überträgt, zusammen. Will der Kommittent nicht Eigentümer sein und der Kommissionär das Eigentum nicht aufgeben und bloss persönlich oder beschränkt dinglich Berechtigter bleiben, so erwirbt der Kommittent nicht Besitz. Jeder Besitzübergang durch Konstitut erfordert den geäusserten Willen, Eigentum übergehen zu lassen. Wenn die unter A dargelegten Voraussetzungen des Besitzüberganges durch Konstitut erfüllt sind, ist daher auch bei beiden Parteien der Wille zur Eigentumsübertragung vorhanden. Er braucht weder neu erklärt noch neu betätigt zu werden. Er gilt als vorhanden, wenn nicht die eine oder andere Partei nach dem Abschluss des Kommissionsvertrages einen anderen Willen irgendwie äussert.

Damit ist nicht gesagt, dass Besitz und Eigentum immer zusammenfallen: Der Eigentumsübergang kann ungültig sein und der Kommittent trotzdem selbständigen Besitz haben, oder der Kommittent kann den Besitz nachträglich wieder verlieren, weil der Kommissionär den Willen äussert, wieder selbständiger Besitzer zu sein, ohne dass der Kommittent dadurch auch das Eigentum wieder verlieren würde.