

22-D-265

Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft

12.

herausgegeben von

A. Egger, E. Hafter, Max Huber und Hans Reichel,
Professoren an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich.

XLVI.

Der Schutz des guten Glaubens

nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch.

Sachenrecht.



Von

II bld 43

Dr. Otto Hegetschweiler.



čís. 5827 - II.

AARAU, 1912.

Druck und Verlag von H. R. Sauerländer & Co.

1417/61

definiční str. 12

Inhaltsangabe.

	Seite
Literatur und Abkürzungen	VII
Einleitung	1
A. Allgemeiner Teil.	
§ 1. Definition des guten Glaubens	2
I. Im Allgemeinen	2
II. Im Speziellen	4
a) Der gute Glaube ist ein Nichtwissen	4
b) Der gute Glaube ist ein Nichtwissen eines rechtlichen Mangels	8
c) Der gute Glaube ist ein schuldloses Nichtwissen eines rechtlichen Mangels	8
§ 2. Abgrenzung des guten Glaubens gegen Treu und Glauben und in guten Treuen	12
I. Guter Glaube und Treu und Glauben	12
II. Guter Glaube und in guten Treuen	13
B. Spezieller Teil.	
Anwendungsfälle des guten Glaubens.	
<i>I.</i>	
<i>Der gute Glaube beim Erwerb dinglicher Rechte durch Rechtsgeschäft.</i>	
Kap. I. Im Mobiliarsachenrecht.	
§ 3. Einleitung und geschichtliche Entwicklung	15
§ 4. Die wirtschaftliche Funktion des guten Glaubens beim Erwerb dinglicher Rechte	18
§ 5. Das Wirkungsgebiet des guten Glaubens	19
I. Im Allgemeinen	19
II. Im Speziellen	21
a) Der gute Glaube an ein dingliches Recht des Veräußerers	21
b) Der gute Glaube an eine Vertretungsmacht des Veräußerers	25
c) Der Schutz des guten Glaubens beim Vorliegen anderer rechtlicher Mängel	30
§ 6. Beschränkung des Schutzes des guten Glaubens beim Erwerb von abhandengekommenen Sachen	32
§ 7. Voraussetzungen des Schutzes des guten Glaubens	38
I. Guter Glaube auf seiten des Erwerbers	38
II. Zeitpunkt des guten Glaubens	41
III. Erwerb durch Übertragung	42
a) Beim Erwerb durch Besitzanweisung	43
b) Beim Erwerb durch constitutum possessorium	44
c) Beim Erwerb durch brevi manu traditio	46

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
 PRAŽSKÉ PŘÍRODOVĚDECKÉ FAKULTY I
 STARÝ FOND
 C. inv. 2. 011408

	Seite
§ 8. Die Bedeutung des guten Glaubens beim Erwerb dinglicher Rechte an Wertpapieren	46
Kap. II. Im Immobiliarsachenrecht.	
§ 9. Einleitung	53
§ 10. Der öffentliche Glaube des Grundbuches und der gute Glaube des Erwerbers	55
A. Der öffentliche Glaube des Grundbuches	55
B. Die Wirkungskraft des guten Glaubens des Erwerbers dinglicher Rechte	60
§ 11. Voraussetzungen des Schutzes des guten Glaubens	62
§ 12. Der Schutz des guten Glaubens im Grundpfandrecht	64
I. Im Allgemeinen	64
II. Schuldbrief und Gült	66
III. Grundpfandverschreibung	72
II.	
<i>Der gute Glaube beim Erwerb dinglicher Rechte durch Ersitzung.</i>	
§ 13. Einleitung und geschichtliche Entwicklung	73
§ 14. Inhalt, Umfang und Zweck des guten Glaubens bei der Ersitzung	75
III.	
§ 15. Der Schutz des gutgläubigen Besitzers	78
I. Im Allgemeinen	78
II. Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers	79
III. Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers	80
IV. Ersatzforderungen des gutgläubigen Besitzers	83
IV.	
§ 16. Das Requisit des guten Glaubens beim Eigentumserwerb durch Spezifikation	85

Literatur und Abkürzungen.

- Adler = *Adler*, Die Wirkungen des Rechtsirrtums in Iherings Jahrbüchern Bd. 33.
- Arndt = *Arndt*, Pandekten, Stuttgart 1883, elfte Auflage.
- BG = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes.
- BGB = Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich.
- Beckh = *Beckh*, Die Beweislast nach dem bürgerlichen Recht, München 1899.
- Bekker = *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. I, Weimar 1886.
- Biermann = *Biermann*, Das Sachenrecht, Kommentar zum BGB, 2. Aufl., 1903.
- Biermann W. u. V. = *Biermann*, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 8, Heft 2, 1901.
- Binding = *Binding*, Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer, Leipzig 1908.
- Brinz = *Brinz*, Pandekten, Erlangen 1873—92, 2. Aufl.
- Brunner = *Brunner*, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 3. Aufl., Leipzig 1908.
- Bruns = *Bruns*, Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung, Berlin 1872.
- Buhl = *Buhl*, Der Schutz des Eigentums an beweglichen Sachen, Heidelberg 1896.
- Burckhard = *Burckhard*, Über den Begriff und Beweis der bona fides bei der Eigentumserwerbung, in der Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozeß Bd. 21 Nr. IX und X, 1864.
- Busch = *Busch*, Der Schutz des gutgläubigen Rechtserwerbs durch Übertragung bei beweglichen Sachen, Forderungen und Wertpapieren. Dissertation Greifswald 1910.
- C. c. = Code civil français du 5 mars 1803.
- Chlamtacz = *Chlamtacz*, Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche, in Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911, II. Teil S. 433 ff.
- Cohn = *Cohn*, Wechsel und Scheckrecht, in Encyclopädie der Rechtswissenschaft v. Holtzendorff, herausgeg. v. Kohler, Bd. I S. 1029 ff., 6. Aufl., 1904.
- Cosack = *Cosack*, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Jena 1900.
- Cosack Handelsrecht = *Cosack*, Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl., Stuttgart 1910.

- Crome = *Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I 1900, Bd. III 1905, Tübingen.
- Crome Miete = *Crome*, Die juristische Natur der Miete, in Iherings Jahrb. Bd. 37 S. 1 ff.
- Denkschrift = Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1896.
- Dernburg = *Dernburg*, Pandekten, Bd. I 7. Aufl., Berlin 1902.
- Dernburg bürg. R. = *Dernburg*, Das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl., Halle 1908.
- Egger = *Egger*, Grundeigentumsordnung und Grundpfandrecht, Zürcher Beiträge z. Rechtswissenschaft XII S. 56 ff.
- Egger Personenrecht = *Egger*, Kommentar z. schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, Zürich 1911, enthält auch die Einleitung kommentiert v. Reichel.
- Ehrenberg = *Ehrenberg*, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, Iherings Jahrb. Bd. 47 S. 273 ff.
- Endemann = *Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 6. Aufl., Berlin 1900.
- Enneccerus = *Enneccerus*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd., 1. Abt. Einleitung und allgemeiner Teil, 4. und 5. Aufl., Marburg 1909.
- Erl. = Erläuterungen zum Vorentwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Heft 1 1901, Heft 3 1902, Bern.
- Escher = *Escher*, Beiträge zur Kenntnis des zürcherischen Grundpfandrechts, Bern 1905.
- Escher Erbrecht = *Escher*, Das Erbrecht, Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Zürich 1911.
- Exner = *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht, Wien 1867.
- Exner P. = *Exner*, Das Publizitätsprinzip, Wien 1870.
- Exner Hypothekenrecht = *Exner*, Das österreichische Hypothekenrecht, Leipzig 1876.
- Fuld = *Fuld*, Zum Mobiliärerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 89 S. 402 ff.
- Gampert = *Gampert*, Du gage immobilier, Genève 1902.
- Gierke = *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Leipzig, Bd. I 1895, Bd. II 1905.
- Gierke Fahrnisbesitz = *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für Streitiges Recht, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Prozeß des deutschen Reichs, Bd. I.
- Gierke Entwurf = *Gierke*, Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht in Schmollers Jahrbuch, n. F., Bd. 13, Heft 1 S. 201 ff., 1889.
- Girard = *Girard*, Manuel élémentaire de droit Romain, 2 éd., Paris 1898.

- Gmür = *Gmür*, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Bern 1910.
- Goldschmidt = *Goldschmidt*, Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 8 und 9, 1866.
- Grünhut = *Grünhut*, Wechselrecht Bd. I und II 1897, Leipzig.
- Guggenheim = *Guggenheim*, Der Artikel 205 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht, Diss. 1885, Zürich.
- Hachenburg = *Hachenburg*, Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, Vorträge gehalten 1896/97.
- Hafner = *Hafner*, Das schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1905.
- Hellwig = *Hellwig*, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.
- Hellwig Lehrbuch = *Hellwig*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig, Bd. I 1903, Bd. II 1907, Bd. III 1909.
- Heusler = *Heusler*, Institutionen des deutschen Privatrechts, I. Bd. 1885, II. Bd. 1886, Leipzig.
- Hitzig = *Hitzig*, Das Baurecht im Vorentwurf eines schweiz. Zivilgesetzbuches, in der Zeitschr. f. schweiz. R. n. F. 22, S. 1 ff.
- Huber Privatrecht = *Huber*, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd. III 1889, Bd. IV 1893, Basel.
- Huber Gewere = *Huber*, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, Bern 1894.
- Huber = *Huber*, Grundeigentum im Handwörterbuch für Volkswirtschaft etc., von Reichesberg, Bd. II, Bern 1905, S. 427 ff.
- Huggenberg = *Huggenberg*, Die Sparkasse und das Sparkassengeschäft, Dissertation, Zürich 1906.
- Hupka = *Hupka*, Die Vollmacht, Leipzig 1900.
- Jacobi = *Jacobi*, Das Wertpapier als Legitimationsmittel in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reichs, Bd. 14, Heft 1, München 1906.
- Jäger = *Jäger*, Kommentar zum Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., 1. und 2. Bd. Zürich 1911.
- Kohler = *Kohler*, Vertrag und Übergabe, in Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 18 S. 1 ff.
- Leemann = *Leemann*, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht (I. Abt.), Bern 1911.
- K. Lehmann = *K. Lehmann*, Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1908.
- Lienhard = *Lienhard*, Die Grundlagen einer schweizer. Gesetzgebung über das Grundbuchrecht, Verhandlungen des

- schweiz. Juristenvereins vom 14./15. Sept. 1896, Zeitschr. für schweiz. R. N. F. 15 S. 477 ff.
- Manigk = *Manigk*, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907.
- Marcusen = *Marcusen*, Das Grundpfandrecht im schweizerischen Entwurf. Zeitschr. des berner. Jur. V. Bd. 36 Heft 1.
- Meyer Ernst = *Meyer Ernst*, Schuldbrief und Gült nach den schweizerischen Zivilgesetzbuchentwürfen von 1900—1904, Zürcher Beiträge z. Rechtswissenschaft 1905.
- Herbert Meyer = *Herbert Meyer*, Entwerfung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht, Jena 1902.
- Mitteis = *Mitteis*, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht unter Berücksichtigung des österr. Rechtes, Wien 1885.
- Motive = Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, 2. Aufl. Bd. III, Berlin 1896.
- Munzinger = *Munzinger*, Motive zum Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes, Bern 1865.
- Neubecker = *Neubecker*, Erwerb vom Nichteigentümer, Besprechung eines kriminalistischen Angriffes, in Goldammers Archiv, Bd. 55 S. 145 ff.
- Nützel = *Nützel*, Der Erwerb in gutem Glauben nach dem Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Erlangen 1904.
- Oberneck = *Oberneck*, Das Reichsgrundbuchrecht, 1. Bd., 3. Aufl., 1904.
- österr. BGB = Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich.
- Oertmann = *Oertmann*, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl. 1908.
- Oertmann Schuldverhältnisse = *Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse 3. und 4. Aufl., Berlin 1910.
- Ostertag = *Ostertag*, Sachenrecht (III. Abt.), Bern 1912.
- Othmer = *Othmer*, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung, Breslau 1902.
- Pernice = *Pernice*, Marcus Antistius Labeo, Bd. 2.
- Petrażycki = *Petrażycki*, Die Fruchtverteilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten 1892.
- Pfeiffer = *Pfeiffer*, Die Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, in Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, 1910, Aarau.
- Planck = *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Bd. Das Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1906.
- Planiol = *Planiol*, Traité élémentaire de droit civil, Tome 1, 6 éd., Paris 1911.

- Protokolle = Protokolle der Expertenkommission zum ZGB.
- Ramdohr = *Ramdohr*, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruchot) Bd. 44, 1900.
- Randa = *Randa*, Das Eigentumsrecht nach österreichischem Recht, Leipzig 1884.
- Randa Besitz = *Randa*, Der Besitz nach österreichischem Recht, Leipzig 1865.
- Regelsberger = *Regelsberger*, Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, in Iherings Jahrbüchern Band 47 S. 339 ff.
- Regelsberger Studien = *Regelsberger*, Studien, in Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Bd. 37.
- Regelsberger Hypothekenrecht = *Regelsberger*, Das bayrische Hypothekenrecht, Leipzig 1874/77, 1. und 2. Abt.
- RG = Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts.
- Reichel = *Reichel*, Kommentar zum ZGB, Einleitung.
- Reichel Sch. K. = *Reichel*, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., 1902.
- Romeick = *Romeick*, Zur Technik des bürgerlichen Gesetzbuches Heft 3, Rechtsnachfolge, Stuttgart 1904.
- Rossel-Mentha = *Rossel-Mentha*, Manuel du droit civil suisse, Tome premier, Lausanne.
- Rossel = *Rossel*, Manuel du droit fédéral des obligations, Lausanne 1892.
- Rümelin = *Rümelin*, Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Leipzig 1901.
- Savigny = *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, Berlin 1840.
- v. Schey = *v. Schey*, Über den redlichen und den unredlichen Besitzer im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche, in der Festschrift zum siebenzigsten Geburtstage v. Unger, S. 415 ff., Stuttgart 1898.
- Scheidegger = *Scheidegger*, Grundbuchvormerkungen im schweizerischen Zivilgesetzbuch, in der Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F., Bd. 28 S. 111 ff., 293 ff.
- Schirmer = *Schirmer*, Zur Lehre der bona fides und dem justus titulus in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, N. F. Bd. 15 Nr. VII und IX 1858.
- Schloßmann = *Schloßmann*, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligat. Verträgen, Leipzig, I. und II. Teil.
- Schneider = *A. Schneider*, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Zürich 1888.
- Schneider u. Fick = *Schneider u. Fick*, Das schweizerische Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 1896.

- C. Schneider = *C. Schneider*, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, 1902.
- Schollmeyer = *Schollmeyer*, Hypotheken- und Grundbuchwesen im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. Aufl., Bd. V S. 527 ff.
- Schultze = *Schultze*, Publizität u. Gewärtschaft im deutschen Fahrnisrecht, Iherings Jahrbuch Bd. 49, S. 159 ff.
- Siegmund = *Siegmund*, Das Grundbuchwesen in Reichesbergs Handwörterbuch, 2. Bd. S. 404 ff.
- Sokolowski = *Sokolowski*, Die Philosophie im Privatrecht, Bd. II, Halle 1902.
- Solon = *Solon*, Zur Lehre von den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136 BGB, Dissertation, Leipzig 1908.
- Staub = *Staub*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., Berlin, Bd. I 1906, Bd. II 1907.
- Staub Wechselordnung = *Staub*, Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung, IV. Aufl., Berlin 1901.
- Stein = *Stein*, Der Begriff des guten Glaubens beim Fahrnis-erwerb im bürgerlichen Gesetzbuch und seine Beziehung zur juristischen Natur des gutgläubigen Erwerbes, Diss. Würzburg 1911.
- Steinbach = *Steinbach*, Treu und Glauben im Verkehr, Wien 1900.
- Steinlechner = *Steinlechner*, Die Unredlichkeit als rechts-hindernde Tatsache im bürgerlichen Verkehr, Graz 1904.
- Stintzing = *Stintzing*, Das Wesen von bona fides und titulus, Heidelberg 1852.
- Strohal = *Strohal*, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft in Iherings Jahrbuch Bd. 27 S. 335 ff.
- Thöl = *Thöl*, Handelsrecht, 3 Bände, Leipzig 1880.
- v. Tuhr = *v. Tuhr*, Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, in der Zeitschr. für schweiz. Recht, Bd. 17, S. 1 ff.
- Unger = *Unger*, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts, 2 Bd.
- Wächter = *Wächter*, Die bona fides, Leipzig 1871.
- Wellspacher = *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, Wien 1906.
- Wendt = *Wendt*, Erwerb von einem Nichtberechtigten, Archiv für zivil. Praxis, Bd. 89.
- Wieland = *Wieland*, Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1909.
- Wieland Grundbuchrecht = *Wieland*, Das Grundbuchrecht im Entwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, in der Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F. Bd. 21 S. 298 ff.

- Wieland Grundpfandrecht = *Wieland*, Zur Vereinheitlichung des Grundpfandrechts, Zeitschr. f. schweiz. Recht, n. F. Bd. 22, S. 171 ff.
- Windscheid = *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900.
- Wolff = *Wolff*, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 2. Bd., I. Abt., Das Sachenrecht 1. und 2. Aufl., Marburg 1910.
- v. Wyß = *v. Wyß*, Die Rechtskraft der Grundprotokoll-einträge in Zeitschrift für schweiz. Recht, a. F. Bd. 17 S. 91 ff.
- Zürich Pr. G. = Privatgesetzbuch des Kantons Zürich v. 1887.
- Zycha = *Zycha*, Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis, in der Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F. Bd. 22, S. 74 ff.

Einleitung.

Diese Arbeit bezweckt, den Schutz des guten Glaubens im Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches darzustellen. Eine solche Bearbeitung dürfte wohl gerechtfertigt sein, weil der gute Glaube durch die gewaltige Entwicklung des Handels und Verkehrs im vorigen Jahrhundert in allen modernen Kodifikationen große Bedeutung erlangt hat. Wenn in dieser Darstellung gerade das Sachenrecht herausgegriffen wurde, so liegt der entscheidende Grund dafür darin, daß sich in diesem Rechtsgebiet die zahlreichsten und wichtigsten Anwendungsfälle des guten Glaubens finden. Eine solche Erörterung dürfte um so eher am Platze sein, als es an einer ähnlichen Abhandlung für das schweizerische Recht fehlt. Es ist auch in dem gegenwärtigen Zeitpunkt um so interessanter, diese Materie zu bearbeiten, weil nicht ein älteres Gesetzbuch ausgelegt werden muß, worüber Doktrin und Praxis sich bis ins kleinste hinein ausgesprochen haben, sondern weil eine Kodifikation neuesten Datums vorliegt. Dazu bringt auch das ZGB, welches endlich der kantonalen Rechtszersplitterung ein Ende bereitet hat, für die Berücksichtigung des guten Glaubens erhebliche Modifikationen des bisherigen Rechtszustandes mit sich.

Die folgende Bearbeitung gliedert sich in zwei Hauptabschnitte, erstens in einen *allgemeinen Teil*, in welchem vor allem das Wesen des guten Glaubens näher erörtert wird und zweitens in einen *speziellen Teil*, in dem das Wirkungsgebiet des guten Glaubens bei den verschiedenen Anwendungsfällen dargestellt wird.

A. Allgemeiner Teil.

§ 1. Definition des guten Glaubens.

Im Allgemeinen.

Über das Wesen des guten Glaubens werden in der Literatur verschiedene Auffassungen vertreten. Wie der bekannte Prozeß um das Rittergut Gollmenglin zeigt, sind die Streitfragen, welche über diesen Begriff bestehen, nicht etwa erst in neuerer Zeit aufgetaucht, sondern sie waren schon unter dem gemeinen Rechte aufgeworfen worden.¹ Da das neue schweizerische Zivilgesetzbuch in Übereinstimmung mit den andern modernen Kodifikationen keine Definition des guten Glaubens enthält, so ist im folgenden näher zu untersuchen, was unter diesem Begriffe zu verstehen ist.

Was zunächst den Sprachgebrauch betrifft, so ist dieser in den verschiedenen Kodifikationen nicht einheitlich. Wo das schweizerische und das deutsche Recht das Requisite des guten Glaubens aufstellen, da werden zwar vorwiegend die Worte in gutem Glauben oder das entsprechende Adjektivum gutgläubig verwendet;² es finden sich aber auch Anwendungsfälle des guten Glaubens, wo im Gesetze lediglich von einem Nichtkennen gewisser rechtlicher Mängel die Rede ist.³ Daß der gute Glaube vom Gesetze hin und wieder durch ein Nichtkennen umschrieben wird, kann allerdings an dieser Stelle nicht bewiesen werden. Es kann hier lediglich darauf hingewiesen werden, daß dies in Doktrin und Praxis nicht

¹ Der Prozeß spielte Ende der sechziger und Anfang der siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts. Sechs juristische Fakultäten hatten darüber zu entscheiden, ob eine Partei gutgläubig war oder nicht. Dieser Rechtsfall gab auch die Veranlassung zu den eingehenden, jedoch einander widersprechenden Gutachten von Wächter und Bruns. Es sind dies Arbeiten, auf die in der neueren Literatur noch stets verwiesen wird.

² ZGB Art. 661, 714, 728, 933 etc.; 884, 925, 939.

³ z. B. Sch. K. G. Art. 204, 205, 287; vergl. OR Art. 37, 39; BGB § 892.

bestritten ist. (Ältere Kodifikationen, wie das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, das alte deutsche Handelsgesetzbuch und das zürcherische Privatgesetzbuch von 1854 sprechen nicht von gutem Glauben, sondern von Redlichkeit.⁴) Aller dieser synonymen Ausdrücke bedient sich auch die Literatur. Außerdem ist in älteren Arbeiten sehr häufig der von den Römern geprägte Ausdruck der bona fides zu finden.⁵

Wer die Frage nach dem Wesen des guten Glaubens stellt, dem drängt sich unwillkürlich auch die Frage auf, was ist böser Glaube? Denn diese beiden Begriffe stehen offenbar in enger Beziehung zu einander. Dies ergibt sich schon aus der Tatsache, daß bei allen Rechtsverhältnissen, bei denen der gute Glaube rechtlich von Bedeutung ist, auch der böse Glaube relevant ist. Wie der Wortlaut andeutet, sind guter und böser Glaube Gegensätze. Ihr Verhältnis zu einander ist dahin zu präzisieren, daß die Grenzen dieser Begriffe sich berühren. Wo das Wirkungsgebiet des guten Glaubens aufhört, da beginnt dasjenige des bösen Glaubens; ein neutrales Gebiet, ein Glaube, der weder böse noch gut wäre, ist ausgeschlossen.⁶ Wer nicht im guten Glauben ist, muß sich also im bösen Glauben befinden und umgekehrt. Als Beweis für diese Behauptungen ist besonders auf Artikel 936 des ZGB zu verweisen, wo das Marginale von bösem Glauben spricht, während im Texte selbst von nicht in gutem Glauben die Rede ist. Ebenso definiert z. B. Hafner den Bösgläubigen als einen, der sich nicht in gutem Glauben befindet.⁷ Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt auch aus den Worten Redlichkeit und Unredlichkeit, den synonymen Bezeichnungen für guten und bösen Glauben. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß es gar nicht möglich ist, den guten Glauben zu definieren und dabei die Frage unberührt zu lassen, was unter bösem Glauben zu verstehen ist. Da mit jeder Definition des guten Glaubens notwendigerweise auch der böse Glaube inhaltlich bestimmt wird, so ist daher bei allfälligen Kontroversen auch auf den bösen Glauben und sein Wirkungsgebiet Rücksicht zu nehmen.

⁴ z. B. österr. b. GB 367; a. HGB 306, Zch. Pr. G. § 85.

⁵ Vergl. etwa Wächter und Bruns.

⁶ Vergl. auch Bruns S. 79. — ⁷ Hafner zu § 207 a. SOR Bem. 1.

Im Speziellen.

a) Der gute Glaube ist *ein Nichtwissen*. Der gute Glaube ist, wie auch der böse Glaube, ein Begriff interner Natur. In dieser Beziehung ist er mit dem Wollen verwandt. Während aber das Wollen vom Rechte nur berücksichtigt wird, wenn es sich in einem äußeren Verhalten kundgetan hat, so ist der gute Glaube auch ohne Äußerung von rechtlicher Bedeutung.⁸ Während in der Literatur darin Übereinstimmung herrscht, ist dagegen sehr bestritten, wie der gute Glaube genauer zu definieren ist, worin er sich vor allem vom bösen Glauben unterscheidet.

Es ist besonders kontrovers, ob der gute Glaube eine Annahme, ein Glauben, oder ob er lediglich ein Nichtwissen sei. (Nach der gegenwärtig wohl vorherrschenden Ansicht ist der gute Glaube eine Überzeugung.) Diesen Standpunkt hat vor allem das schweizerische Bundesgericht in konstanter Praxis vertreten,⁹ wobei es sich auf Windscheid stützt, der in seinen Pandekten den guten Glauben bei der Ersitzung als die redliche Überzeugung definiert, „daß man in der Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begehe“.¹⁰ Dieser Meinung haben sich auch die meisten Kommentare zum früheren Obligationenrecht und neuen Zivilgesetzbuch angeschlossen.¹¹ Im übrigen ist namentlich auf die Ausführungen von Schirmer, Wächter, Dernburg, Crome, Randa und von Schey zu verweisen.¹² Umgekehrt dagegen bestimmen Stintzing und Savigny den guten Glauben bloß negativ als ein Nichtkennen.¹³ Auch die Motive zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch verstehen unter bona fides „die negative Tatsache der nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis des Erwerbers.“¹⁴ (Wieland vertritt wohl in seinem Kom-

⁸ Vergl. Manigk S. 625, 604.

⁹ BG Bd. XIV, S. 100 ff.; XX S. 442 ff.; XXI S. 835 ff.; XXV II S. 841 ff.; XXVIII II S. 367 ff.; XXXVI II S. 356 ff.

¹⁰ Windscheid P. I, § 176, Nr. 3-6.

¹¹ Schneider & Fick, Hafner zu § 205 a. SOR; Reichel und Gmür zu Art. 3 des ZGB.

¹² Schirmer S. 214, 229 ff.; Wächter S. 9 ff.; Dernburg P. I S. 451 ff.; bürgerl. Recht III S. 336; Crome I S. 109; Randa S. 322 ff.; v. Schey S. 486 ff.

¹³ Stintzing S. 60 ff., 120 ff., 123 ff.; Savigny System III S. 372.

¹⁴ Motive III S. 341 ff., 346.

mentar zum ZGB die gleiche Auffassung, indem er zu Art. 714 ausführt: „Guter Glaube ist Unbekanntheit mit Mängeln, die dem Erwerbe entgegenstehen.“¹⁵ Eine inhaltlich übereinstimmende Definition gibt auch Leemann zu dem soeben zitierten Artikel des ZGB.¹⁶ Von anderen Autoren sind noch Ramdohr und Beckh zu erwähnen.¹⁷ Auf die Deduktionen des letzteren wird im folgenden verschiedene Male zu verweisen sein. Von Goldschmidt, Burckhard und neuestens auch von Escher wird die Ansicht vertreten, daß grundsätzlich ein Nichtwissen genügt, daß es jedoch Fälle geben könne, wo die Überzeugung gefordert werden müsse, daß kein rechtlicher Mangel vorliege.¹⁸ Zu dieser Streitfrage hat Hachenburg in seinen Vorträgen die Meinung geäußert, daß sich eine generelle Antwort, ob guter Glaube etwas positives oder negatives sei, nicht geben lasse.¹⁹

Da das schweizerische Recht bei den verschiedenen Anwendungsfällen des guten Glaubens nicht zu erkennen gibt, welchen Sinn es mit dem Begriff des guten Glaubens verbindet, so soll ein indirekter Weg eingeschlagen werden, um den guten Glauben zu definieren. (Es soll zunächst versucht werden, das Wesen des bösen Glaubens zu bestimmen, um dann von diesem Begriff auf denjenigen des guten Glaubens zu schließen.) In der Tat läßt sich nämlich aus dem ZGB der Begriff des bösen Glaubens erkennen. Unter dem Marginalen „gegenüber bösgläubigen Dritten“ wird im ersten Absatz zu Art. 974 ausgeführt: „Ist der Eintrag eines dinglichen Rechtes (im Grundbuch) ungerechtfertigt, so kann sich der Dritte, der den Mangel kannte oder kennen sollte, auf den Eintrag nicht berufen“. Damit wird der böse Glaube unzweideutig als ein *Kennen* oder *Kennenmüssen* umschrieben. Diese Ansicht hat auch das schweizerische Bundesgericht in konstanter Praxis vertreten.²⁰ Eine ganz analoge Definition

¹⁵ Wieland Art. 714, Bem. 3d bb; vergl. aber Art. 933, Bem. 2a, wo von einer Annahme die Rede ist.

¹⁶ Leemann Nr. 22 zu Art. 714.

¹⁷ Ramdohr S. 118 ff. Beckh. S. 60 ff.

¹⁸ Goldschmidt Bd. 9, S. 27; Burckhard S. 329 ff.; Escher S. 143.

¹⁹ Hachenburg S. 158.

²⁰ BG XIV S. 100 ff., BG XXXVI S. 356 ff. Es ist besonders die Entscheidung 17 im 14. Band zu vergleichen, wo auf den Art. 211 des früheren

des bösen Glaubens findet sich auch im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, indem Absatz 2 des § 932 lautet: „Der Erwerber (einer beweglichen Sache) ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.“ Aus all diesen Ausführungen geht wohl hervor, daß der böse Glaube ein Begriff positiven Inhaltes ist, denn ein Kennen oder Kennenmüssen ist gar nicht denkbar ohne das Wissen von Umständen, die zu einer Überzeugung führten oder führen sollten.²¹ Daraus ergibt sich für den guten Glauben die notwendige Konsequenz, daß er nur negativ als ein Nichtwissen definiert werden kann. Würde er positiv als eine Annahme umschrieben, so wären Fälle möglich, in denen eine Person weder im guten noch im bösen Glauben sich befinden würde. Dies widerspricht aber den früheren Erörterungen über das Verhältnis des bösen zum guten Glauben.²² Es ist daher unzutreffend, wenn Dernburg in seinen Pandekten ausführt: „Redlichen Besitz — *bonae fidei possessio* — hat, wer aus gutem Grunde glaubt, daß er zum Besitze berechtigt war, unredlichen Besitz — *malae fidei possessio* —, wer weiß oder wissen muß, daß sein Besitz mit dem Rechte nicht übereinstimmt.“²³ Darnach wäre eine Person, die schuldlos nicht weiß, daß ihr Besitz rechtswidrig ist, weder als redlich noch als unredlich anzusehen.

Diese Ansicht, wonach der gute Glaube ein Begriff negativen Inhaltes ist, wird vor allem durch die allgemein anerkannte Regel über die Beweislastverteilung unterstützt. Normalerweise müssen von den Parteien nur Tatsachen d. h. kausale Veränderungen in der Außen- oder Innenwelt bewiesen werden.²⁴ Da ein Nichtwissen nicht auf Tatsachen beruht, so ist auch sein Vorliegen nicht zu erhärten. Dies ist ein Ergebnis, das sich mit der ausdrücklichen Regelung im ZGB deckt. „Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten.“²⁵ Dadurch wird allerdings diese Präsumtion,

OR verwiesen wird, der unter dem bösen Glauben ebenfalls ein Kennen oder Kennensollen versteht.

²¹ Beckh S. 60. — ²² Vergl. oben S. 3.

²³ Dernburg P. I S. 406. — ²⁴ Beckh S. 59, 61. — ²⁵ ZGB Art. 3.

die in Wahrheit keine echte Vermutung ist, zu einer selbstverständlichen, der Beweisregel entsprechenden Bestimmung. Schon unter dem früheren Obligationenrecht, das keine Regelung darüber enthielt, war diese Beweislastverteilung in der bundesgerichtlichen Praxis unbestritten.²⁶ Der Umstand, daß der böse Glaube bewiesen werden muß, war für Savigny der hauptsächlichste Grund dafür, daß der gute Glaube ein Begriff negativen Inhaltes sei. So führt er darüber aus, „daß stets derjenige, welcher einem Gegner die Unredlichkeit vorwirft, diese als eine Tatsache zu beweisen hat. Wir verfahren daher am genauesten, wenn wie die *bona fides* überhaupt negativ, als Abwesenheit eines unredlichen Bewußtseins, ausdrücken.“²⁷ Wenn der gute Glaube eine Überzeugung wäre, so wäre diese Beweislastverteilung des ZGB unverständlich, denn eine Erklärung, wie sie Dernburg gibt, daß der Redliche seine Redlichkeit nicht beweisen müsse, ist doch wohl keine Begründung, sondern eine neue Behauptung. Burckhard, Windscheid und Regelsberger haben daher den Beweis der *bona fides* dem Gutgläubigen aufgebürdet.²⁸ Dies ist aber von allen modernen Kodifikationen sowie der Gerichtspraxis abgelehnt worden.²⁹ Dies will nun allerdings nicht sagen, daß die Gesetzgebung nicht ausnahmsweise von dieser Beweislastverteilung abweichen dürfe. So wird z. B. im Gesetz für Schuldbetreibung und Konkurs der Beklagte gezwungen, seinen guten Glauben zu beweisen. Art. 287 bestimmt nämlich, daß die *actio Pauliana* dann nicht durchdringt, „wenn der Begünstigte beweist, daß er die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt hat.“ Diese Durchbrechung des Prinzipes rechtfertigt sich durch die besonderen Umstände, die bei einem Konkurs und einer Pfändung vorliegen.

²⁶ BG XX S. 83, XXI S. 835, XXVIII^{II} S. 367; vergl. aber in der Revue (VI Nr. 16) eine Entscheidung des waadtländischen Kantonsgerichtes: „Que c'est au créancier gagiste à établir sa bonne foi“.

²⁷ Savigny System III S. 372.

²⁸ Windscheid I S. 814, Burckhard S. 360 ff., Regelsberger Studien S. 162.

²⁹ BGB 932, Abs. II, anders der erste Entwurf z. d. BGB, der häufige Praesumtionen des bösen Glaubens enthielt; vergl. für das österr. Recht Randa S. 322. Auch der Entwurf Munzingers zu einem schweizerischen Handelsgesetzbuch statuierte eine Beweislast des Gutgläubigen.

Die Auffassung, in dem guten Glauben ein Nichtwissen zu erblicken, entspricht auch allein dem *Verkehrsinteresse*. Wie Goldschmidt mit Recht ausführt, „wird ein vorsichtiger Mann bei aller Gewissenhaftigkeit mit dem Nichteigentum seines Veräußerers unbekannt sein können, ohne von dessen Eigentum überzeugt zu sein. Er würde sich sicherlich nicht dazu entschließen können, zu beschwören, er sei überzeugt gewesen, daß sein Autor Eigentum bez. zur Verfügung berechtigt gewesen sei“.³⁰ Es wäre doch wohl unbillig, eine Person, die infolge ihrer Gewissenhaftigkeit zu keiner Überzeugung gelangt ist, schlechter zu stellen, als eine solche, die sich weniger ängstlich eine Meinung bildet.

b) Der gute Glaube ist ein Nichtwissen *eines rechtlichen Mangels*. Unter gutem oder bösem Glauben ist nicht jedes beliebige rechtlich relevante Nichtkennen resp. Kennen zu verstehen, sondern diese beiden Begriffe sind bedeutend enger zu fassen. Es wird in Doktrin und Praxis allgemein gefordert, daß sich das Nichtkennen resp. Kennen auf einen vorliegenden Mangel rechtlicher Natur beziehen müsse. Es ist der gute oder böse Glaube nur da von Bedeutung, wo ein rechtliches Requisite fehlt. Dabei ist besonders hervorzuheben, daß ein rechtlich relevantes Nichtkennen von rein faktischen Verhältnissen nicht unter den Begriff des guten Glaubens subsummiert wird.³¹ Wenn z. B. ein Käufer die Wandelungs- oder Minderungsklage anstellen kann, weil er Mängel der gekauften Sache nicht kannte, so ist darin nicht ein Anwendungsfall des guten Glaubens zu erblicken.

c) Der gute Glaube ist ein *schuldloses* Nichtkennen eines rechtlichen Mangels. Von bedeutender Tragweite ist die Beantwortung der Frage, ob Schuld den guten Glauben ausschließe. Dies war bekanntlich im gemeinen Recht sehr bestritten. So hat einerseits Stintzing die Ansicht vertreten,³² daß unter bona fides jedes Nichtwissen rechtlicher Mängel zu subsummieren sei. Auch verschiedene Juristen, die den guten Glauben positiv umschrieben haben, waren der Meinung, daß der Begriff des guten Glaubens auch ein unent-

³⁰ Goldschmidt IX. S. 29; ebenso Guggenheim S. 42.

³¹ Vergl. Ramdohr S. 120.

³² Stintzing S. 65—72. So auch Savigny System III S. 371.

schuldbares Glauben umschließe. Als Begründung hat z. B. Wächter ausgeführt: „Der gute Glaube ist lediglich eine Tatsache, deren Existenz nicht von der Art der Gründe, auf denen sie beruht, also auch nicht von der Entschuldbarkeit dieser Gründe abhängen kann.“³³ Andererseits stand allerdings die herrschende gemeinrechtliche Lehre auf dem entgegengesetzten Standpunkt, indem sie auch ein schuldhaftes Nichtwissen als bösen Glauben ansah. Wie vor allem Bruns ausgeführt hat, ist nach dieser Auffassung der gute Glaube ein Begriff, der in der redlichen Gesinnung wurzelt.³⁴

Von den modernen Kodifikationen hat das deutsche bürgerliche Gesetzbuch einen eigenartigen Standpunkt eingenommen. Weder lehnt es konsequent jedes Verschulden als irrelevant ab, noch setzt es überall das fahrlässige Nichtkennen dem Kennen gleich, sondern es variiert je nach dem Rechtsverhältnis. In gewissen Fällen des allgemeinen Teiles und des Obligationenrechtes genügt jede Fahrlässigkeit, um den guten Glauben auszuschließen,³⁵ im Mobiliarsachenrecht wird ein auf grober Fahrlässigkeit beruhendes Nichtwissen als mala fides angesehen,³⁶ im Immobiliarsachenrecht geht das Gesetz soweit, nur faktisches Wissen als bösen Glauben zu taxieren.³⁷

Im österreichischen Rechte hebt nach der überwiegenden Mehrzahl der Juristen grobes Verschulden die Redlichkeit auf. Die umgekehrte Ansicht Ungers hat nur wenig Anklang gefunden.³⁸

Was das schweizerische Recht betrifft, so hat das ZGB zu dieser Frage ausdrücklich Stellung genommen, indem es in Absatz 2 zu Art. 3 ausführt: „Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen“. Das ZGB gibt allerdings

³³ Wächter S. 14; v. Schey S. 486 ff, Unger S. 80.

³⁴ Bruns S. 11 ff; v. Vangerow I S. 325; Arndt § 164; Brinz I S. 630; Goldschmidt IX S. 30, S. 118; Burckhard S. 321 ff.

³⁵ BGB §§ 169, 179, 405, vergl. Busch S. 18 ff.

³⁶ BGB §§ 932 ff.

³⁷ BGB §§ 892 ff.

³⁸ Unger S. 80 ff.; v. Schey S. 48; vergl. aber Randa S. 322 ff. und die dort zitierte Literatur.

darüber nicht genügend Auskunft, ob Schuld den guten Glauben ausschließt oder ob der gute Glaube trotz Fahrlässigkeit vorliegt, und nur dessen Wirkungen nicht eintreten. Während der Wortlaut von Art. 3 zu Gunsten der letzteren Auffassung spricht,³⁹ ist umgekehrt aus Art. 974 die erstere Meinung herauszulesen, weil in diesem Artikel der böse Glaube ausdrücklich nicht nur als ein Kennen sondern auch als ein Kennensollen umschrieben wird. Auch die Erläuterungen zum Vorentwurf subsumieren unter den Begriff des bösen Glaubens ein Wissenmüssen.⁴⁰ Was die praktischen Konsequenzen betrifft, so ist es durchaus gleichgültig, welche Auffassung akzeptiert wird, da beide zu denselben Ergebnissen führen; auch theoretisch betrachtet, sind beide Konstruktionen annehmbar. Im Zweifel ist es wohl am richtigsten, sich für die Ansicht der Erläuterungen zu entscheiden, wonach ein guter Glaube nicht auf Fahrlässigkeit beruhen kann, da sich dieser Standpunkt auch mit der bisherigen konstanten Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes deckt.⁴¹

Was *das Maß des Verschuldens* betrifft, so geht aus Art. 3 hervor, daß nicht jedes geringfügige Verfehlen den guten Glauben ausschließt, sondern nur ein der gewöhnlichen Aufmerksamkeit widersprechendes Verhalten. Eine Person ist im bösen Glauben, wenn sie gemäß den vorliegenden Umständen den wahren Sachverhalt hätte wissen sollen. Darin liegt wohl nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, eine Beschränkung auf die grobe Fahrlässigkeit, sondern der Umfang des Verschuldens deckt sich mit der culpa in concreto des römischen Rechtes.⁴²

Daß ein auf Schuld beruhendes Nichtwissen rechtlicher Mängel dem Wissen gleichgestellt wird, ist in erster Linie

³⁹ Man vergl. vor allem den französischen Text, der mit den Worten beginnt: *Nul ne peut invoquer sa bonne foi...*

⁴⁰ Erl. III S. 411.

⁴¹ BG XIV 100 ff., XX S. 442 ff., XXI 835 ff., XXV II 846 ff., XXXVI II 356 ff.

⁴² Wie hier Wieland zu 974, 7 b; a. M. Gmür zu Art. 3 ZGB; Hafner zu 205 a. SOR. Wenn übrigens Dernburg (bürgerl. Recht III, § 98 sub 5) ausführt: „Um die Stellung eines redlichen Besitzers zu haben, muß man beim Erwerbe vorsichtig und sorgfältig zu Werk gegangen sein“, so kann man sich völlig einverstanden erklären, aber darin liegt wohl nicht mehr bloß eine Beschränkung auf die grobe Fahrlässigkeit. Vergl. auch Wendt S. 6.

aus *zivilprozessualen Gesichtspunkten* gerechtfertigt. Der böse Glaube ist eine interne Tatsache, die nur, wenn ein Geständnis vorliegt, oder ein formelles Beweisverfahren wie der Eid vorgesehen ist, direkt erhärtet werden kann. Regelmäßig wird aber das erstere fehlen, und was den Eid betrifft, so kennen ihn verschiedene kantonale Prozeßrechte überhaupt nicht.⁴³ Der Kläger wird also fast ausnahmslos auf einen Indizienbeweis angewiesen sein. Dieser an und für sich schon schwierige Beweis würde fast immer mißlingen, wenn wirklich der Nachweis des Wissens gefordert würde und nicht derjenige des Wissenmüssens genügt.⁴⁴

Auch *Billigkeitserwägungen* sprechen für den Standpunkt des ZGB. Wo das Requisite des guten Glaubens von Bedeutung ist, da fehlt stets ein zu einem Erfolge notwendiges Erfordernis. Nach strenger Logik müßte in solchen Fällen die betreffende Rechtswirkung entfallen. Wo aber die strikte Durchführung dieses Prinzipes praktisch verkehrshemmende und unbillige Ergebnisse zeitigen müßte, da hat das Recht die allgemeine Regel durchbrochen. Es läßt die Rechtswirkung trotzdem ganz oder wenigstens teilweise eintreten, unter der Voraussetzung, daß die dadurch begünstigte Person sich im guten Glauben befindet. Damit nun eine solche Begünstigung gerechtfertigt ist, verlangt das Rechtsgefühl nicht nur, daß der Geschützte den wahren Sachverhalt nicht weiß, sondern auch, daß die Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruht, dies um so mehr, als der Vorteil auf Kosten eines meist schuldlosen unbeteiligten Dritten erfolgt. Die Verhältnisse liegen durchaus anders im Strafrecht. Durch die Strafe soll nicht eine Begünstigung, sondern eine Benachteiligung eintreten, die selbstverständlich variieren muß je nach der Schwere der widerrechtlichen Gesinnung.⁴⁵

⁴³ z. B. das zürch. Prozeßrecht.

⁴⁴ Wie Bähr (Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 75, Anm. 3) zutreffend bemerkt, haben die Römer die enge Beziehung zwischen Entschuldbarkeit und Beweisbarkeit in der Bezeichnung des rechtswirksamen Irrtumes mit error „probabilis“ (l. 5, § 1 pro suo 41, 10) sehr fein wiedergegeben, da probabilis doppeldeutig auf beide Momente hinweist.

⁴⁵ Vergl. auch Wendt S. 9 ff., der durch ein Beispiel deutlich darlegt, wohin unter Umständen die Ansicht führen kann, daß guter Glaube jeder faktische Glauben oder Nichtwissen sei. Darnach wäre es möglich, daß ein Fehler, „gutgläubiger“ Erwerber sein könnte.

Diejenigen Juristen, die den guten Glauben als eine Überzeugung definieren, müssen offenbar im Zweifel noch ein weiteres Moment erblicken, das den guten Glauben zerstören kann.⁴⁶ Wird aber der gute Glaube als ein schuldloses Nichtkennen umschrieben, so kann dem Zweifel offenbar eine solche Wirkung nicht zukommen. Seine Bedeutung liegt lediglich darin, daß er zum Nachweis des Verschuldens geeignet ist; denn wie Exner richtig bemerkt, schließt der Mittelzustand zwischen Wissen und Nichtwissen die Pflicht in sich zur Erkundigung.⁴⁷ In dieser Hinsicht führt auch Goldschmidt zutreffend aus: „Wer indessen sich der für jedermann erkennbaren Wahrheit verschließt, wer zu bequem oder zu nachlässig ist, um irgend einen Zweifel in sich aufkommen zu lassen, wo für einen besonnenen Mann hinreichend Zweifelsgründe vorliegen; wer trotz wirklich bestehender und doch notwendiger und wohl begründeter Zweifel die Anwendung der zur Wahrheitserforschung geeigneter Mittel unterläßt, ein solcher irrt wohl, allein sein Irrtum ist nicht *entschuldigbar*, nicht guter Glaube.“⁴⁸

Zusammenfassend ergibt sich aus all diesen Ausführungen folgende Definition des guten Glaubens:

Der gute Glaube ist ein schuldloses Nichtwissen eines rechtlichen Mangels.

§ 2. Abgrenzung des guten Glaubens gegen Treu und Glauben und in guten Treuen.

I. Guter Glaube und Treu und Glauben.

In der Literatur wird häufig zwischen gutem Glauben und Treu und Glauben zu wenig unterschieden.¹ Trotz des so ähnlich klingenden Wortlautes sind dies nämlich zwei Begriffe, die scharf von einander zu trennen sind. Wo das Recht den guten Glauben fordert, da ist er stets ein Bestand-

⁴⁶ Vergl. Wächter S. 34 ff.

⁴⁷ Exner P. S. 85; Escher S. 144, Anm. 4.

⁴⁸ Goldschmidt IX S. 33.

¹ Vergl. Bruns S. 81 ff.; Burckhard S. 295; Thöl S. 144; sowie die französische Literatur, weil für beide Begriffe derselbe Ausdruck „bonne foi“ besteht.

teil eines Tatbestandes; er ist eines neben anderen Requisiten zur Begründung von rechtlichen Befugnissen. Eine Person befindet sich im guten Glauben. Demgegenüber handelt es sich bei Treu und Glauben um ein Rechtsprinzip. Eine Person handelt nach Treu und Glauben. Der Grundsatz von Treu und Glauben wendet sich in erster Linie an den Richter. Dieser soll gewisse entgegengesetzte Interessen der Parteien nach diesem Prinzip beurteilen. Dabei kommt nichts darauf an, ob die Parteien sich darauf gestützt haben oder nicht, denn ein Beweis von Treu und Glauben kann nicht gefordert werden.² Wie Gmür richtig ausführt, ist es sehr wohl denkbar, daß eine Person sich im guten Glauben befindet und daneben trotzdem wider Treu und Glauben handelt und umgekehrt, daß eine Person bösgläubig ist und trotzdem sich gemäß Treu und Glauben verhält.³

II. Guter Glaube und in guten Treuen.

Das ZGB bedient sich in drei Fällen des Ausdruckes in guten Treuen, nämlich im Verlöbnißrecht, bei der Gütertrennung und im elterlichen Vermögensrecht.⁴ Während in den Erläuterungen zum Vorentwurf in guten Treuen als identisch mit Treu und Glauben betrachtet wird, zählt Gmür in seinem Kommentar diese Fälle als Beispiele des Schutzes des guten Glaubens auf.⁵ Bei näherer Untersuchung ergibt sich aber offenbar die Unrichtigkeit der letzteren Ansicht. Im ersten Falle bricht ein Verlobter ohne wichtige Gründe das Verlöbniß oder es wird dieses wegen seines Verschuldens aufgehoben. Infolgedessen gewährt das ZGB dem anderen Teil sowie dessen Eltern oder auch Dritten ein Anrecht auf Ersatz aller Verwendungen, „die mit Hinsicht auf die Eheschließung in guten Treuen getroffen worden sind“. Schon deswegen kann dieses Beispiel nicht als ein Anwendungsfall des guten Glaubens angesehen werden, weil kein rechtlicher Mangel vorliegt. Es handelt sich lediglich um eine getäuschte

² Gmür zu Art. 2 ZGB: vergl. auch Oertmann zu § 242, Anm. 2 und 4; Endemann I § 100 II.

³ Über die Tragweite von Treu und Glauben vergl. die Arbeiten von Stammer, Steinbach und K. Schneider.

⁴ ZGB Art. 92, 198 II, 300 II.

⁵ Erl. I S. 27; Gmür zu Art. 3, Nr. 4.

Erwartung. Dazu kommt, daß diese Umschreibung in guten Treuen nicht nur etwa ein Nichtwissen fordert, daß die Ehe nicht eintreten werde — diese Voraussetzung ist im Gegenteil von nebensächlicher Bedeutung — sondern in diesen Worten liegt in erster Linie ein Hinweis auf das Maß der Aufwendungen. Es soll alles das ersetzt werden, was sich gemäß Treu und Glauben rechtfertigen läßt. Noch deutlicher zeigen die beiden anderen Fälle, daß in guten Treuen mit Treu und Glauben identisch ist. Da es sich um zwei völlig analoge Fälle handelt, so genügt es, den ersteren der beiden ausführlicher zu erörtern. Art. 198 bestimmt, daß für Gegenstände, die von den Ehegatten unter dem Schätzungswert verkauft worden sind, der Erlös an ihre Stelle treten könne, wenn sie in guten Treuen veräußert worden sind.⁶ Von einem guten Glauben d. h. schuldlosen Nichtwissen sprechen zu wollen, ist unmöglich, da es undenkbar ist, daß der Ehegatte sich entschuldbar über die Vermögenslage oder den Schätzungswert irrte, da ja ein öffentliches Inventar besteht.⁷ Mit den Worten in guten Treuen soll lediglich bezweckt werden, den Erlös bei Verkauf unter dem Schätzungswert eintreten zu lassen, wenn dies dem Prinzip von Treu und Glauben entspricht.

⁶ Diesen Art. zitiert auch Reichel in Art. 3 als Beispiel des g. Glaubens.

⁷ ZGB Art. 198, 197.

B. Spezieller Teil.

Anwendungsfälle des guten Glaubens.

I. Der gute Glaube beim Erwerb dinglicher Rechte durch Rechtsgeschäft.

Kap. I. Im Mobiliarsachenrecht.

§ 3. Einleitung und geschichtliche Entwicklung.

Bei der Übertragung dinglicher Rechte an Mobilien hat das ZGB in Übereinstimmung mit den meisten modernen Kodifikationen dem Requisit des guten Glaubens eine bedeutende Wirkung beigelegt. Der gute Glaube des Erwerbers ist in sehr weitgehendem Maße imstande, zu bewirken, daß ein Erwerb dinglicher Rechte an Mobilien unmittelbar eintritt, obwohl dem Veräußerer das Recht zur Übertragung oder Belastung der Sache fehlt.

Dieser Anwendungsfall des guten Glaubens ist das Endergebnis einer langen, interessanten Entwicklung; er ist ein Produkt des Ringens zwischen deutschen und römischen Rechtsideen.

Damit im römischen Recht ein Erwerb dinglicher Rechte an Mobilien gültig war, mußte der Veräußerer unbedingt zur Übertragung berechtigt sein. Das römische Recht hat streng an dem Grundsatz festgehalten: *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.*¹ Zu gunsten eines gutgläubigen Erwerbers bestand keine Durchbrechung dieses Prinzipes. Jedes dingliche Recht war durch eine absolute Klage geschützt: „*Ubi rem meam invenio ibi vindico.*“

Im Gegensatz zum römischen Recht hatte das alte germanische Recht einem dinglich Berechtigten in beschränktem Umfange eine gegen jedermann wirksame Klage eingeräumt. Nur dann, wenn jemandem die Gewere wider seinen Willen

¹ 1.54 D. de RJ 50, 17; 1.20 pr. D. de a. r. 41, 1.

gebrochen worden war, vermochte er mit der Deliktsklage des „Anefangs“ gegenüber jedem besitzenden Dritten durchzudringen; hatte er aber die Sache durch ein „Geding“ einem andern übergeben, dann verwies ihn das Recht auf seinen Vertrauensmann.² „Hand wahre Hand“.³ Dabei ist hervorzuheben, daß es irrelevant war, ob der Dritte in gutem oder in bösem Glauben die Sache vom Gewährsmann erworben hatte.⁴ Überhaupt war dem alten germanischen Recht, wie fast einstimmig in der Literatur angenommen wird, der Begriff des guten Glaubens noch unbekannt.⁵ Vom strafrechtlichen Gesichtspunkt aus verlangte allerdings das deutsche Recht, daß man unverdächtig erwarb, denn unehrlicher Erwerb war deliktsmäßig. Aber diese Reinigung vom Verbrechenverdachte war nur Voraussetzung nicht Rechtsgrund des Erwerbes. Wie Regelsberger sich ausdrückt, strebte das alte deutsche Recht nicht nach Schutz des gutgläubigen Erwerbes, sondern nach Schutz des bestehenden Rechtes gegen unredlichen Erwerb.⁶ Abweichend von dem sog. „Handwahrehandprinzip“ entwickelte sich partikularistisch ein sog. Lösungsanspruch des Eigentümers. Es wurde auch die Vindikation anvertrauten Gutes gegen Ersatz dessen, was der Erwerber verwendet hatte, zugelassen. Diese besonders im lübischen Rechte enthaltene Eigentümlichkeit kennt auch das zürcherische Stadt- und Landrecht.⁷ Eine Entwicklung in entgegengesetzter Richtung findet sich im sog. Judenrecht. Juden hatten anvertrautes Gut überhaupt nicht herauszugeben und gestohlene Gegenstände nur gegen Ersatz des Kaufschillings.⁸

Der wichtige Moment, wo allmählich im deutschen Fahrnisrecht der gute Glaube des Erwerbers von Bedeutung

² Sachsenspiegel LR II 60, § 1.

³ Ein anderes Rechtsspruchwort lautet: Wo du deinen Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen.

⁴ Meyer Herbert: „Erst in späterer Zeit ist der römische Begriff der bona fides in den Rechtssatz hineingetragen worden.“ S. 293, 294 und 140; ebenso Schultze S. 177, Anm. 32.

⁵ Vergl. Huber Priv. R. IV, S. 747; Gewere S. 12, Anm. 12; Buhl S. 13; a. M. Goldschmid VIII S. 264.

⁶ Regelsberger S. 349.

⁷ Revid. lüb. Recht III 2, Art. 2; Zürch. St. u. LR VI. Teil § 27. Vergl. Escher S. 45. — ⁸ Meyer Herbert S. 166, 193; Goldschmidt VIII S. 267 ff.

wurde, ist in der Zeit der Rezeption des römischen Rechtes zu suchen. An die Stelle der im alten germanischen Recht notwendigen Offenkundigkeit des Erwerbsaktes trat nach und nach das Requisite des guten Glaubens. Dies geschah wohl zunächst in der Weise, daß die Offenkundigkeit als objektive Erscheinungsform des guten Glaubens angesehen wurde, bis dann der gute Glaube die Publizität verdrängte. „Man fing an“, wie Huber sich ausdrückt, „vom Kläger den Beweis zu verlangen, daß er der Eigentümer sei, und wenn man alsdann die Klage verweigerte, sobald ein Vertrauensmann die Sache einem Dritten, der von der Sache nichts wußte, veräußert hatte, dagegen zustand, wenn die Sache von dem Beklagten gestohlen worden war, so ergab sich aus der Zusammenhaltung dieser Fälle die Folge, daß man von einem Schutz des gutgläubigen Erwerbes sprach.“⁹

Von den modernen Kodifikationen hat der französische Code civil sich besonders stark an das germanische Recht des Mittelalters angelehnt, indem er in Art. 2279 den berühmten Satz aufstellt: „En fait de meubles la possession vaut titre“. Der Vindikation unterliegen nur gestohlene und verlorene Sachen, zum Teil unter Verbindung mit einem Lösungsanspruch wie im Judenrecht. Ob auf seiten des Erwerbers das Requisite des guten Glaubens verlangt werden müsse, ist allerdings in der französischen Literatur bestritten.¹⁰ Wie Buhl ausführt, schützt der Kassationshof nur den gutgläubigen Erwerber.¹¹

Nicht so streng hat sich das österreichische Recht an die deutschen Rechtsideen angeschlossen. Zwar schützt es den redlichen Erwerber dinglicher Rechte in weitgehendem Maße, aber es hat einerseits regelmäßig die verschiedene Behandlung von abhanden gekommenen und gestohlenen Sachen fallen gelassen, und andererseits fordert es Entgeltlichkeit des Erwerbes.¹²

Auch vom deutschen bürgerlichen Gesetzbuch ist dieser sog. gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten übernommen

⁹ Huber, Privatrecht IV S. 747.

¹⁰ Buhl 19 ff.

¹¹ Buhl S. 19 ff.; vergl. Planiol Nr. 2479 sub. 2.

¹² Österr. BGB 326, 367, 368, 371, 824; vergl. Exner S. 61 ff.

worden. Im Gegensatz zum österreichischen Rechte können aber abhandengekommene Sachen regelmäßig vom Gutgläubigen nicht erworben werden, ferner ist es irrelevant, ob ein lukratives oder oneroses Rechtsgeschäft vorliegt.¹³

Die Regelung im schweizerischen ZGB, die inhaltlich mit derjenigen im früheren Obligationenrecht übereinstimmt, deckt sich im wesentlichen mit der soeben entwickelten Auffassung des deutschen BGB. Der hauptsächlich in Betracht fallende Artikel 933 lautet:

„Wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen erhält, ist in seinem Erwerbe auch dann zu schützen, wenn sie dem Veräußerer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden war.“¹⁴

§ 4. Die wirtschaftliche Funktion des guten Glaubens beim Erwerb dinglicher Rechte.

Alle Rechte, die ihrer Natur nach nicht mit einer bestimmten Person verknüpft, sondern infolge ihres Vermögenswertes verkehrsfähig sind, können Gegenstand einander widerstrebender Interessen werden. Ihre Übertragbarkeit bringt es mit sich, daß auf der einen Seite ein Berechtigter nicht Gefahr laufen will, daß ohne sein Wissen und Wollen sein Recht geschmälert werde, während es auf der andern Seite für einen Erwerbenden von großer Wichtigkeit ist, daß sein Erwerb nicht durch ihm unbekanntes Umstände gehindert werde. Das Bedürfnis nach Sicherheit der bestehenden Rechtszustände und das Streben nach Verkehrssicherheit können daher miteinander in Kollision geraten. Dem Rechte erwächst die Aufgabe, diese Spannung zu lösen.¹ Während im römischen Recht vorwiegend die Unantastbarkeit entstandener Rechte im Vordergrund stand, hat das moderne Recht infolge der gewaltigen Entwicklung von Handel und Verkehr im vergangenen Jahrhundert umgekehrt die Forderungen des Verkehrs in bedeutend höherem Maße berücksichtigt. Die

¹³ BGB 932 ff.

¹⁴ ZGB 933, 934, 935; a. SOR 205, 206.

¹ Vergl. Ehrenberg S. 273 ff.

weitgehendste Konzession zu Gunsten der Verkehrssicherheit liegt nun gerade in dem Schutz des guten Glaubens des Erwerbers dinglicher Rechte vom Nichtberechtigten, da jener dingliche Rechte erwerben kann, obwohl dem Veräußerer das Recht zur Übertragung fehlt.

§ 5. Das Wirkungsgebiet des guten Glaubens.

1. Im Allgemeinen.

In Übereinstimmung mit dem deutschen und österreichischen Rechte ist im Zivilgesetzbuch der gute Glaube des Erwerbers nicht imstande, alle rechtlichen Mängel auf Seiten des Veräußerers zu ersetzen.¹ Grundsätzlich geht der Schutz des guten Glaubens so weit, als die Publizitätswirkung des Besitzes des Autors reicht.² Es wird also mit andern Worten der gute Glaube prinzipiell nur dann berücksichtigt, wenn er sich auf ein fehlendes Recht bezieht, das durch den Besitz des Veräußerers als vorhanden vermutet wird. „Wer dem Besitzer traut, soll“, wie die Erläuterungen ausführen, „bei diesem im Verkehrsleben notwendig zu respektierenden Vertrauen geschützt werden, wäre es auch zum Schaden des wirklichen Berechtigten.“³ Wie übrigens Ramdohr und namentlich auch Wellspacher⁴ überzeugend nachgewiesen haben, wird der gute Glaube einer Person bei allen Anwendungsfällen im Privatrecht überhaupt nur dann berücksichtigt, wenn äußere natürliche oder künstliche Tatumstände irrtümlich für das Vorliegen des in Frage kommenden Rechtes sprechen.⁵

Bevor auf die Abgrenzung des Wirkungsgebietes des guten Glaubens im einzelnen eingetreten werden kann, ist zu einer Streitfrage über die Funktion des Besitzes beim Erwerb

¹ Vergl. ZGB 933 ff.; BGB 932 ff.; österr. BGB 367.

² Wieland, Vorbemerkungen S. 2, 1 c 3; Wellspacher S. 1 ff.

³ Erläuterungen III S. 368, 369 ff.

⁴ Ramdohr a. a. O.; Wellspacher a. a. O.

⁵ Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht besonders der Schutz des guten Glaubens im Immobiliarsachenrecht, siehe unten S. 53 ff. Sie erklärt auch das regelmäßige Fehlen des Schutzes des guten Glaubens im Obligationenrecht, denn obligatorische Rechte sind gedachte Verpflichtungen von Person zu Person, die einer äußern, für einen Dritten wahrnehmbaren Erscheinungsform entbehren.

vom Nichtberechtigten Stellung zu nehmen. Einerseits wird die Ansicht vertreten, daß der Besitzer infolge seines Besitzes lediglich zur Übertragung des dinglichen Rechtes berechtigt *erscheine*, während andererseits häufig die Auffassung besteht, daß der Besitzer durch den Besitz zur Verfügung über ein dingliches Recht legitimiert werde. Diese sogenannte Legitimationstheorie stellt den Satz auf: Wer besitzt, ist Verfügungsfähig. Besonders scharf hat sich Hellwig ausgedrückt,⁶ indem er sagt: „Das Gesetz verleiht dem Nichtberechtigten die ihm nach dem Regelrecht fehlende Macht zur Verfügung über fremdes Vermögen.“ Zu Gunsten dieser letzteren Meinung, die besonders noch von Gierke, Huber, Crome, Cosack und Wendt vertreten wird, scheint auch das Marginale von Art. 933 des ZGB zu sprechen.⁷ Das dort erwähnte Verfügungsrecht kann sich nur auf den veräußernden Besitzer beziehen. Diese letztere Auffassung läßt sich offenbar nicht aufrecht erhalten, da es jedem Rechtsgefühl widerspricht, daß einer Person ein Recht zu einer Handlung eingeräumt werde, die regelmäßig als ein strafrechtliches Delikt zu qualifizieren ist. Wie Regelsberger⁸ richtig bemerkt, ist es nicht zu verstehen, warum die Rechtsordnung die Absichten der Parteien durchkreuzen und eine Schurkerei des Besitzers legalisieren soll. Durchaus zutreffend führt auch Romeick aus:⁹ „Ein Rechtssystem, welches einerseits zum Schutze der allgemeinen Eigentumsordnung die Unterschlagung verbietet und unter Strafe stellt und andererseits gerade der das Eigentum verletzenden und eben darum strafbaren Veräußerungsverfügung des treulosen Veräußerers die Fähigkeit, die Macht zuerkennet, dem wahren Eigentümer sein Eigentum aus der Hand zu nehmen und es in die Hände eines Erwerbers zu legen, ... wäre auch selbstmörderisch.“ Da es offenbar unsittlich ist, dem Besitzer ein Verfügungs-

⁶ Hellwig, Lehrbuch I (Rechtskraft) S. 275, 103, 198, 483.

⁷ Gierke D. Pr. R. § 32 No. 2; Fahrnisbesitz S. 17; Huber Gewere S. 19ff; Crome System I § 71, Ziff. 4 lit. b; Cosack II § 196 IV 1, § 198 IV; Wendt S. 76; auch Pappenheim Z. f. H. R. Bd. 46, S. 525; Endemann II § 81.

⁸ Regelsberger (Ihering J. B. Bd. 47) S. 363; Sokolowski I, S. 322; Zycha S. 121, Binding S. 24 ff. (Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs v. Nichteigentümer).

⁹ Romeick, Rechtsnachfolge S. 18 ff., S. 37 ff.

recht einzuräumen, so darf dieser Ausdruck im Marginale zu Art. 933 des ZGB nicht in seiner technischen Bedeutung aufgefaßt werden, sondern lediglich als ein tatsächliches Verfügungskönnen.

II. Im Speziellen.¹⁰

a) Der gute Glaube an ein dingliches Recht des Veräußerers.

I. Bei völligem Mangel desselben.

Der moderne Besitz ist wie die Gewere im germanischen Recht die äußere Erscheinungsform jedes dinglichen Rechts; es besteht die Vermutung, daß der Besitzer dinglich berechtigt ist. Infolgedessen kann prinzipiell der gute Glaube des Erwerbers geschützt werden, wenn er sich auf ein solches fehlendes Recht des Veräußerers bezieht, das diesen zu der vorgenommenen Verfügung ermächtigt hätte.

Als dingliches Recht, dem die Befugnis zu Verfügungen über die Sache innewohnt, kommt in erster Linie *das Eigentum* in Betracht. In diesem Rechte liegt die Macht zur Übertragung und jeder dinglichen Belastung der Sache. Wer daher gutgläubigerweise vom vermeintlichen Eigentümer Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht übertragen erhält, ist zu schützen, natürlich unter der Einschränkung, daß die unten noch näher zu erörternden Voraussetzungen erfüllt sind.¹¹ Bestehen an der Sache, die der Gutgläubige zu Eigentum erwirbt, allfällige beschränkte dingliche Rechte Dritter, dann gehen diese unter, wenn der Erwerber auch ihr Vorhandensein schuldloserweise nicht kannte, weil solche Rechte mit dem Wesen eines in jeder Beziehung vollwirksamen Eigentumsrechtes im Widerspruch stehen.¹² Während das ZGB darüber keine Bestimmung enthält, war dies im früheren OR ausdrücklich gemäß der hier vertretenen Ansicht ge-

¹⁰ Um eine möglichst klare Darstellung geben zu können, soll in diesem § lediglich festgestellt werden, welche Rechte an sich geeignet sind durch den guten Glauben ersetzt zu werden. Über die andern notwendigen Voraussetzungen vergl. unten §§ 6, 7.

¹¹ Dies ist unbestritten; vergl. Wieland a. a. O., Leemann a. a. O.

¹² Vergl. Wieland 714 Nr. 4; Leemann 714 III 3c Nr. 32.

regelt.¹³ Bei Erwerb eines Pfandrechtes oder einer Nutznießung, erlöschen allfällige beschränkte dingliche Rechte Dritter *nicht*, sondern sie gehen lediglich dem erworbenen im Range nach.¹⁴ Sind dagegen dem gutgläubigen Erwerber solche beschränkte dingliche Rechte Dritter bekannt, dann gehen diese dem erworbenen dinglichen Rechte vor.¹⁵

Das *Pfandrecht* enthält ebenfalls eine gewisse Verfügungsmacht über eine Sache. So ist es Ausfluß dieses Rechtes, Eigentum übertragen zu können.¹⁶ Darum vermag auch der gute Glaube des Erwerbers von Eigentum das fehlende Pfandrecht des Veräußerers zu ersetzen. Dagegen wohnt dem Pfandrecht nicht ohne weiteres die Übertragbarkeit inne. Diese Befugnis hängt von dem obligatorischen Rechtsverhältnis ab, weil das Pfandrecht nur ein Nebenrecht einer Forderung ist und deren Schicksal in jeder Beziehung teilt. Da in diesem Falle die fehlende Verfügungsmacht nicht durch den Besitz als vorhanden vermutet wird, so wird auch der gute Glaube des Erwerbers nicht geschützt, wenn das vermeintliche Pfandrecht mangelt.¹⁷

Da das *Nutznießungsrecht* nicht die Fähigkeit zu einer Übertragung oder Belastung der Sache enthält, so ist ein gutgläubiger Erwerb dinglicher Rechte vom vermeintlichen Nutznießer ausgeschlossen.¹⁸

2. Bei vorliegendem, jedoch in bezug auf die Verfügungsmacht eingeschränktem Eigentum oder Pfandrecht.

„Steht der gänzliche Mangel des Rechtes in der Person des Vorgängers dem Rechtserwerbe nicht im Wege, so kann“, wie die Motive zum BGB richtig bemerken, „auch ein teilweiser Mangel nicht hinderlich sein.“¹⁹

¹³ a. SOR 205; so auch BGB 936.

¹⁴ Vergl. Wieland zu Art. 746, 3b, 884, 4b; ausdrücklich BGB §§ 1208, 1032.

¹⁵ Vergl. Wieland zu Art. 714 unter 4.

¹⁶ Dernburg, P. I S. 675; Romeick S. 68; Ihering in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 10, S. 535 (1871), a. M. Wendt 62 ff., darüber unten S. 29.

¹⁷ So Gierke, Fahrnisserwerb S. 35, Anm. 34 und 35.

¹⁸ So auch Gierke a. a. O. Wohl aber kann vom vermeintlichen Nutznießer ein dingl. Recht an den *Früchten* erworben werden, weil sie in das Eigentum des Nutznießers fallen (vergl. ZGB 756).

¹⁹ Motive I S. 213.

a) Hieher gehören in erster Linie Fälle, wo der Veräußerer zwar wirklich Eigentümer oder Pfandgläubiger ist, wo aber auf der Sache dem Erwerber unbekannt dingliche Rechte Dritter lasten. Die Wirkung des guten Glaubens besteht dann darin, daß bei Übertragung zu Eigentum die entgegenstehenden dinglichen Rechte erlöschen, bei Erwerb eines beschränkten dinglichen Rechtes lediglich im Range nachgehen.²⁰

β) Die Verfügungsmacht kann auch beschränkt sein durch dinglich wirkende Resolutivbedingungen. Im Gegensatz zum Grundbuchrecht ist es im Fahrnisrecht durchaus möglich, den Rechtsübergang mit auflösenden Bedingungen zu belasten. In solchen Fällen tritt der Rechtsübergang zwar sofort ein, es fällt aber das übertragene dingliche Recht bei Eintreten der Bedingung in sich zusammen. Diese anfänglich vom wirklichen Eigentümer vorgenommene Verfügung wird nachträglich zu einer solchen von einem Nichtberechtigten. Wie das deutsche BGB in seiner fürsorglichen Art ausdrücklich bestimmt, können die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, die Rechte vom Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden.²¹ Nicht hieher gehört der Fall, wo ein suspensiv bedingt Berechtigter auf einen Gutgläubigen ein dingliches Recht überträgt. Wenn nämlich eine solche Bedingung entfällt, dann handelt es sich um den normalen Fall des gutgläubigen Erwerbs vom völlig Nichtberechtigten; tritt dagegen nachträglich die Bedingung ein, so liegt infolge der Retroaktion sogar ein völlig gültiges Rechtsgeschäft vor, wobei ein böser oder guter Glaube des Erwerbers irrelevant ist.²²

γ) Eine besonders wichtige Kategorie von Verfügungsbeschränkungen sind die sog. Veräußerungsverbote. Darunter werden regelmäßig Ausnahmenvorschriften verstanden, die eine nach allgemeinen Rechtsprinzipien zulässige Veräußerung verbieten.²³ Der Ausdruck „Veräußerungsverbot“ ist nicht etwa bloß in seiner eigentlichen engen Bedeutung aufzufassen,

²⁰ Wendt S. 41; wie übrigens oben S. 22, a. M. Hafner zu 205 a. SOR.

²¹ BGB § 161, 163; Wendt S. 50 ff.; Oertmann zu § 161 BGB.

²² Wendt S. 52.

²³ Enneccerus, Allg. Teil S. 330; Oertmann I, § 135, Nr. 2; Solon S. 7 ff.

sondern ein solches Verbot ist gegen jede Verfügung gerichtet.²⁴ Das schweizerische Recht enthält keine Bestimmungen über die Wirkungskraft dieser Verbote. Wenn sie dingliche Rechte beschränken, so möchte vielleicht in Analogie zu den bereits erörterten Verfügungsbeschränkungen der Schluß gezogen werden, daß sie dem gutgläubigen Erwerber gegenüber stets wirkungslos sein müßten. Diese Folgerung wäre aber durchaus unzutreffend. Es muß unterschieden werden, ob ein solches Verbot vornehmlich im öffentlichen oder privaten Interesse erlassen ist.²⁵ Ist es nämlich zum Schutze der Allgemeinheit aufgestellt worden, so kann der gute Glaube des Erwerbers nicht ausgleichend wirken, weil die Vorschriften zum Schutze des guten Glaubens lediglich im privaten Interesse bestehen, das dem öffentlichen zu weichen hat. Es beschränkt sich infolgedessen die Wirkungskraft des guten Glaubens auf die Fälle, wo ein Verbot zu gunsten einer bestimmten Person erlassen ist.²⁶ In diesem Sinne hat auch ausdrücklich das deutsche BGB Stellung genommen.²⁷

Veräußerungsverbote können auf Rechtsgeschäft, Gesetz oder amtlicher Anordnung beruhen. *Rechtsgeschäftliche* Veräußerungsverbote fallen ohne weiteres außer Betracht, weil ihnen nur eine obligatorische Wirkung zukommen kann.²⁸ Der Erwerber wird an einer solchen Sache dinglich berechtigt, auch wenn er weiß, daß der Veräußerer sich durch einen Vertrag verpflichtet hatte, die Sache einem andern zu liefern. Es ist allerdings richtig, daß dann, wenn es sich um eine Verpflichtung handelt, die in natura nur einmal erfüllt werden kann, die Konsequenzen hart erscheinen.²⁹ Was die *gesetzlichen* oder *behördlichen* Verbote betrifft, so

²⁴ Solon S. 26, 27.

²⁵ So auch Wieland 714 2 e; Leemann 714 Nr. 27 ff.

²⁶ So Wieland a. a. O.; Leemann a. a. O.; Wendt S. 42 ff.; Ramdohr S. 324 ff.

²⁷ BGB § 135, 136; vergl. Oertmann §§ 135, 136; Biermann § 936 a.

²⁸ Wieland 714 3 e ee; Leemann 714 Nr. 31; Crome I S. 379; Hachenburg (Vorträge) S. 145, 146.

²⁹ So auch Steinlechner S. 12. Es wäre wohl der Prüfung wert, ob nicht de lege ferenda in solchen Fällen der böse Glaube des Erwerbers erwerbshindernd in bezug auf das dingliche Recht wirken sollte.

kann es nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, eine lückenlose Aufzählung zu geben, sondern es sollen lediglich einige wichtige Veräußerungsverbote erwähnt werden. Im privaten Interesse sind regelmäßig richterliche Verbote erlassen.³⁰ So wirken z. B. Verfügungsbeschränkungen, die der Richter nach der zürcherischen und deutschen Zivilprozeßordnung in gewissen Fällen erlassen darf, um rechtliche Verhältnisse unverändert zu erhalten, gegenüber einem gutgläubigen Erwerber der Sache nicht.³¹ Das weitaus wichtigste relative Veräußerungsverbot ist mit dem Fall der Pfändung gegeben, wo dem Schuldner unter Androhung von Strafe verboten wird, über die gepfändete Sache zu verfügen.³² Gemäß ausdrücklicher Gesetzesbestimmung ist dieses Verbot dem gutgläubigen Erwerber gegenüber unwirksam.³³ Ein weiteres Verbot zu gunsten bestimmter Personen liegt im Falle der Einsetzung eines Willensvollstreckers vor. Der Erbe ist insoweit in seiner Verfügungsmacht beschränkt, als dem Willensvollstreckter die Verwaltung und die damit verknüpfte Verfügungsmacht reicht.³⁴ Gegenüber dem gutgläubigen Erwerber dinglicher Rechte vom Erben dringt das Verbot nicht durch.³⁵ Es wird auch häufig angenommen, daß der Vorerbe durch ein relatives gesetzliches Veräußerungsverbot in seiner Verfügungsmacht beschränkt sei.³⁶ Es ist jedoch wohl richtiger diese Ansicht abzulehnen, da das ZGB nur eine Verfügungsbeschränkung auf Grund eines Rechtsgeschäftes annimmt.³⁷

b) Der gute Glaube an eine Vertretungsmacht des Veräußerers.

Von großer Tragweite ist die Antwort auf die Frage, ob durch den guten Glauben eine fehlende Verfügungsmacht

³⁰ Wendt S. 46.

³¹ Deutsche Zivilprozeßordn. §§ 935, 938; zch. Rechtspflegeges. § 577 ff.

³² Sch. K. G. Art. 96; Reichel zu Art 96; Jäger zu Art. 96 Bem. 4. Dagegen liegt ein absolutes Veräußerungsverbot vor, wenn der Schuldner in Konkurs gerät. So Jäger 204 Bem. 7; Reichel 204 Nr. 3; Wieland a. a. O.; Leemann a. a. O. Ebenso sind unentgeltliche Verfügungen eines Schuldners, dem Nachlaßstundung gewährt wurde, absolut nichtig. Sch. K. G. 298; Wieland a. a. O. — ³³ Sch. K. G. 96.

³⁴ ZGB 518; Escher 518 5 e; BGB 2 211 ausdrücklich.

³⁵ Escher 518 5 e; Wieland a. a. O.; Leemann a. a. O.; Wendt S. 46.

³⁶ So Escher 491 Bem. 5; Wieland; Leemann a. a. O.; a. M. Rümelin S. 68. Martin introduction S. 118. — ³⁷ So ausdrücklich ZGB 960 Ziffer 3.

ersetzt werden könne, die nicht als Ausfluß eines dinglichen Rechtes des Veräußerers erscheint. Es handelt sich um den Fall, wo der Erwerber sehr wohl weiß, daß dem Veräußerer das dingliche Recht an der Sache fehlt, wo ihm aber schuldloserweise unbekannt ist, daß sein Autor nicht zur Verfügung befugt ist, indem er etwa glaubt, daß eine Bevollmächtigung vorliege. Ob der gute Glaube einen solchen Rechtsmangel ersetzen könne, ist in der Literatur bestritten. Es stehen einander zwei widersprechende Ansichten gegenüber. Für die Ausdehnung des Schutzes des guten Glaubens hat sich besonders Wendt ausgesprochen, indem er ausführt, daß jemand sehr wohl noch in gutem Glauben sein könne, auch wenn er weiß, daß dem Veräußerer die Sache nicht gehöre.³⁸ Im wesentlichen beruft er sich auf die Bedeutung des Besitzes im BGB. Die Legitimationswirkung des Besitzes komme nicht nur dem Eigentümer zu gute, sondern, wer kraft angeblicher Vertretungsbefugnis verfüge, legitimiere sich in solcher Position durch den Besitz der Sache.³⁹ Seine Ansicht sucht er noch durch Analogieschlüsse zu begründen, auf welche unten speziell noch zurückzukommen ist.⁴⁰ Diesem Standpunkt hat sich Dernburg angeschlossen, sowie Hafner, Wieland und Leemann.⁴¹ Demgegenüber verwirft die herrschende Meinung der deutschen Doktrin diese analoge Anwendung des Schutzes des guten Glaubens.⁴² Abgesehen von den Gründen, die sich aus dem deutschen BGB⁴³ ergeben, stützt sie sich besonders darauf, daß im Besitz keine Legitimationswirkung einer vermeintlichen gewillkürten oder gesetzlichen Vertretungsmacht liege; ein guter Glaube könne demnach einen solchen Rechtsmangel nicht ersetzen, es sei denn, daß durch spezielle Vorschriften ausdrücklich Ausnahmen statuiert seien. In gleichem Sinne haben sich auch die Motive ausgesprochen, indem

³⁸ Wendt S. 61 ff., 57 ff. — ³⁹ Wendt S. 77.

⁴⁰ Wendt S. 61 ff., unten S. 27 ff.

⁴¹ Dernburg BGB III § 98 Anm. 3, § 104 Anm. 1. Hafner, a. SOR 205 Bem. 4. Wieland Art. 933, 2 a und S. 182. Leemann 714 Nr. 22; auch Rossel Nr. 255.

⁴² Planck, Vorbem. 2 zu § 932; Endemann II § 81, 59; Crome III § 381 Anm. 33; Cosack II § 198, IV; Biermann Erl. 6 zu § 932; Wellspacher S. 15 ff.

⁴³ Der Text des BGB spricht zweifellos zu gunsten der herrschenden Lehre. Vergl. § 932.

sie ausführen: „Der Entwurf läßt nur den Mangel des Eigentums des Veräußerers durch die bona fides des Erwerbers gedeckt werden. Ein Irrtum des Erwerbers in Ansehung sonstiger rechtsgeschäftlicher Erfordernisse, wie Vertretungsmacht, Geschäftsunfähigkeit und dergleichen, verdient nicht eine ähnliche Begünstigung; es würde unbillig sein, wenn man die schädlichen Folgen eines solchen Irrtumes von dem Irrenden auf einen Dritten, den Eigentümer der Sache abwälzen wollte“.⁴⁴

Während der *Wortlaut* des ZGB in Art. 933 eher für die Ansicht Wendts und der Kommentare zum ZGB spricht, führen doch wohl Erwägungen allgemeiner Natur dazu, prinzipiell einen guten Glauben an eine fehlende Vertretungsmacht nicht zu schützen. Wie bereits oben auseinandergesetzt wurde, wird der gute Glaube grundsätzlich nur da berücksichtigt, wo ein fehlendes Recht durch äußere Umstände als vorhanden vermutet wird. Da die Ansicht der Legitimationstheorie abgelehnt worden ist, welche dem besitzenden Veräußerer ein Verfügungsrecht zuspricht, so ist es offenbar unmöglich, sich auf die Funktion des Besitzes zu berufen.⁴⁵ Im Besitz liegt lediglich die Vermutung auf ein dingliches Recht, auf die Verfügungsmacht nur insoweit sekundär, als sie Ausfluß eines dinglichen Rechtes ist. Die Präsomtion der Verfügungsmacht muß zweifellos in dem Momente zerstört werden, wo der Erwerber weiß, daß das dingliche Recht dem Veräußerer mangelt.⁴⁶ Einen andern äußeren Tatumstand, der allgemein für das Vorliegen einer Vertretungsmacht zu Verfügungen über bewegliche Sachen sprechen würde, gibt es nicht. Ausnahmsweise sind gewisse Fälle zu finden, in welchen durch äußere Umstände ein Schutz des guten Glaubens an eine Vertretungsmacht gerechtfertigt ist. Es ist z. B. an die Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Vollmacht zu erinnern,⁴⁷ wonach zu gunsten eines gutgläubigen Dritten eine ausdrückliche oder tatsächlich kundgetane Vollmacht auch nach ihrem Erlöschen weiter besteht, wenn der Widerruf nicht ausdrücklich erfolgte. Eine ähnliche Bestimmung findet sich im Familienrecht des ZGB, indem der gute Glaube an die Schlüsselgewalt der Frau geschützt wird, wenn die

⁴⁴ Motive z. BGB III S. 344. — ⁴⁵ Siehe oben S. 20 ff.

⁴⁶ Vergl. Wellspacher S. 15 ff. — ⁴⁷ SOR § 34.

Entziehung von der zuständigen Behörde nicht öffentlich bekannt gemacht worden ist.⁴⁸ Im weiteren sind noch gewisse Vollmachten des Handelsrechtes, wie die Prokura und die Handlungsvollmacht, zu erwähnen, deren Beschränkungen in inhaltlicher Beziehung gutgläubigen Dritten gegenüber wirkungslos bleiben.⁴⁹ Eine lückenlose Aufzählung und Besprechung dieser Fälle fällt außerhalb des Rahmens dieser Arbeit, da es sich keineswegs mehr um sachenrechtliche Anwendungsfälle des guten Glaubens handelt, sondern um solche, welche mit der betreffenden Vertretungsmacht zusammenhängen. Es wird ja auch der gute Glaube Dritter geschützt, gleichgültig, ob eine Verfügung oder Verpflichtung vorliegt.

Ebensowenig vermag Wendt *durch Analogieschlüsse* seinen Standpunkt zu begründen. Seine Beweisführung ist zwar nicht darum zurückzuweisen, weil der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten nicht der analogen Anwendung fähig wäre,⁵⁰ — auch bei Sonderrechten, die ihren rationellen Grund haben, kann sich eine Analogie sehr wohl rechtfertigen⁵¹ — sondern deswegen, weil die Voraussetzungen einer solchen Analogie nicht gegeben sind. Wenn Wendt⁵² aus der römischen Ersetzungslehre Beweise und Belege zur Erhärtung seiner Behauptung nimmt, so ist dagegen einzuwenden, daß trotz der großen Ähnlichkeit zwischen Ersetzung und Erwerb vom Nichtberechtigten gerade in den entscheidenden Punkten wesentliche Unterschiede bestehen. Der Grund der Ersetzung liegt in erster Linie in dem jahrelangen tatsächlichen Innehaben einer Sache. Es ist mit dem Zweck der Rechtsordnung unvereinbar, daß ein dauernder Zwiespalt zwischen Recht und faktischem Haben besteht. Der gute Glaube des Ersetzenden tritt dabei durchaus in den Hintergrund. Gerade der Zeitablauf, der eine möglichst weite ersetzende Kraft des guten Glaubens rechtfertigt, fehlt völlig beim Erwerb vom Nichtberechtigten.

⁴⁸ ZGB Art. 164 II.

⁴⁹ SOR 460 III, 463 II; ebenso bei der Vertretungsmacht für Handelsgesellschaften SOR 561 II; 598, 99; 654; 700.

⁵⁰ So Romeick S. 70, der diese Ausnahme auf die gleiche Stufe stellt wie den Erwerb vom Fiskus im römischen Recht.

⁵¹ Dernburg, P. I S. 72. — ⁵² Wendt S. 67; S. 57.

Auch der gutgläubige Eigentumserwerb vom vermeintlichen Pfandgläubiger kann nicht zur Widerlegung herangezogen werden,⁵³ da die Ermächtigung zur Übertragung von Eigentum ein Ausfluß des durch den Besitz als vorhanden vermuteten Pfandrechtes selbst ist. Durch den guten Glauben wird nicht eine Verfügungsmacht kraft fremder, sondern kraft eigenen dinglichen Rechtes des Autors als vorhanden vermutet.⁵⁴ Dieses Beispiel ist demnach nicht nur nicht geeignet, den hier vertretenen Standpunkt zu widerlegen, sondern im Gegenteil ihn zu bestärken.

Einzig eine Bestimmung des deutschen Handelsgesetzbuches könnte vielleicht mit einigem Recht herangezogen werden. § 366 lautet: „Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs zu gunsten derjenigen, welche Rechte vom Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache oder, als Eigentümer zu verfügen, betrifft.“ Ganz abgesehen davon, ob dieser Schritt des deutschen Handelsgesetzbuches gerechtfertigt ist, kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß eine solche Ausnahmegesetzvorschrift vorliegt, die nicht der analogen Anwendung im bürgerlichen Rechte fähig ist.^{55, 56, 57.}

⁵³ Wendt S. 62 ff.

⁵⁴ Dernburg, P. I S. 675. „Dieser (der Pfandgläubiger) handelt daher bei dessen Vornahme aus eigenem Recht und im eigenen Interesse, *nicht* aus fremdem Recht und in fremdem Interesse.“

⁵⁵ Vergl. Romeick S. 66, besonders 73, 74 und die herrschende Meinung, besonders Wellspacher S. 15 Anm. 28.

⁵⁶ Ob diese Bestimmung des d. HGB gerechtfertigt ist, scheint doch zweifelhaft zu sein. Es kann offenbar nicht als genügende Begründung angesehen werden, wenn die Denkschrift auf S. 229 schreibt: „Im Handelsverkehr wird von dieser weitgehenden Berücksichtigung des guten Glaubens nicht verzichtet werden können.“ Trotz des Verkehrsinteresses wird z. B. auch im Handelsrecht eine mangelnde Geschäftsfähigkeit nie durch den guten Glauben ausgeglichen.

⁵⁷ Wendt verweist noch auf S. 66 ff. zur Erhärtung seines Standpunktes auf § 957 des deutschen BGB. Es ist dies aber eine singuläre Bestimmung, die allgemein als unhaltbar anerkannt wird. Man vergl. Wellspacher S. 14, 15 und die dort angeführte Literatur.

Aus all diesen Ausführungen ergibt sich wohl, nicht nur für das deutsche, sondern auch für das schweizerische Recht, daß grundsätzlich eine mangelnde Vertretungsmacht des Veräußerers durch den guten Glauben des Erwerbers nicht ersetzt werden kann. Da das schweizerische Recht keine Sonderbestimmung enthält, so besteht auch zu gunsten des Handelsverkehrs keine Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens wie im deutschen Rechte.⁵⁸

c) Der Schutz des guten Glaubens beim Vorliegen anderer rechtlicher Mängel.

In Literatur und Praxis herrscht darüber Übereinstimmung, daß andere rechtliche Mängel nicht durch den guten Glauben des Erwerbers ersetzt werden können.⁵⁹ Würden, abgesehen von der Verfügungsmacht des Veräußerers, Essentialien der Tradition fehlen, die das Rechtsgeschäft nichtig oder anfechtbar machen würden, dann könnte dieses durch keinen guten Glauben des Erwerbers zu einem vollgültigen werden. Insbesondere vermag eine mangelnde Geschäftsfähigkeit auf seiten des Veräußerers nicht durch den guten Glauben des Erwerbers ausgeglichen werden, denn sie ist von der Verfügungsmacht zu trennen. Sie ist nicht wie diese eine Beziehung zu einem der Verfügung unterliegenden Rechte, sondern eine Eigenschaft der Person an sich.⁶⁰

Gehört zu einem gültigen gutgläubigen Erwerb von dinglichen Rechten auch ein vollwirksames Grundgeschäft? Das deutsche Recht⁶¹ hat trotz einläßlicher Kritik von seiten Strohal und Gierkes den Eigentumsübergang abstrakt geregelt.⁶² Ob der zu Grunde liegende Verpflichtungsvertrag gültig ist oder nicht, bleibt einflußlos auf das dingliche Geschäft; infolgedessen ist auch der böse oder gute Glaube

⁵⁸ Dazu kommt noch, daß auch im *Immobiliarsachenrecht* nur *dingliche* Rechtsmängel durch den guten Glauben des Erwerbers ersetzt werden können, unten S. 60 ff.

⁵⁹ Vergl. etwa Wieland, Leemann a. a. O., Wendt S. 21, Hachenburg S. 133 ff.

⁶⁰ Vergl. Enneccerus, Allg. Teil S. 329; Egger (Personenrecht) zu Artikel 12 ZGB.

⁶¹ RG 30, S. 142.

⁶² Gierke, Entwurf S. 335; Strohal S. 335 ff.

des Erwerbers irrelevant. Auch unter der Herrschaft des früheren Obligationenrechtes war die Tradition in der schweizerischen Literatur und Praxis überwiegend als abstrakt angenommen worden.⁶³ Aus folgenden Gründen ist wohl für das ZGB die entgegengesetzte Auffassung als richtig anzusehen. Die Trennung der Verfügung von der Verpflichtung ist etwas künstliches, unnatürliches und entspricht auch nicht den Intentionen der Parteien.⁶⁴ Sie ist daher, wenn die Konsequenzen es gestatten, abzulehnen. Die Römer waren allerdings, wie Strohal zutreffend ausführt, infolge des so weit reichenden Vindikationsprinzipes gezwungen, die Kausa als irrelevant für den Eintritt des dinglichen Erfolges zu erklären.⁶⁵ Die Lage des Erwerbenden wäre zu unsicher gewesen, wenn irgend ein früherer Veräußerer durch den Nachweis eines fehlerhaften Titels sein dingliches Recht ohne weiteres hätte zerstören können.⁶⁶ Diese für das römische Recht notwendige Trennung von naturgemäß zusammengehörender Rechtsakten hat aber für die heutige Zeit ihre Berechtigung durch die Sanktion des „Hand-wahre-Hand-Prinzipes“ eingebüßt. Der Umstand, daß das ZGB im Immobiliensachenrecht ausdrücklich die Entstehung und den Übergang eines dinglichen Rechtes von einer gültigen Causa abhängig macht, spricht, wie Wieland zutreffend betont, ebenfalls dafür, daß auch im Fahrnisrecht dieselbe Auffassung zu akzeptieren sei.⁶⁸ Dazu kommt noch, daß dadurch die Beantwortung der schwierigen Frage gegenstandslos wird, ob ein Betrug oder ein Verstoß gegen die guten Sitten nur beim obligatorischen oder auch beim dinglichen Rechtsverhältnis anzunehmen sei.⁶⁹

Die Annahme, daß das Bestehen einer Causa ein notwendiges Erfordernis einer wirksamen Tradition sei, hat zur

⁶³ Hafner § 199 Nr. 4, BG 29 II S. 635; a. M. Rossel S. 289.

⁶⁴ Ihering, Geist III S. 210 (4. Aufl.); vergl. auch Escher S. 32 Anm. 1.

⁶⁵ Strohal S. 389. — ⁶⁶ Ausgenommen, es liege Ersitzung vor.

⁶⁷ Dieser Gedanke ist zum ersten Male von Ihering entwickelt worden. Vergl. Geist III S. 208.

⁶⁸ Wieland, Art. 714 3b.

⁶⁹ Man vergl. die beiden Entscheide des BG 25 II S. 448 mit 26 II S. 67, wo in jenem Falle Betrug die Übertragung annullierte, in diesem aber Furchterregung nicht.

Folge, daß auch der gute Glaube des Erwerbers diesen Mangel nicht ersetzen kann; trotz seiner bona fides wird er nicht Eigentümer. Anders verhält es sich beim nächstfolgenden, redlichen Erwerber, der auf Grund eines gültigen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäftes erwirbt.

Ganz wie das nichtige Grundgeschäft ist auch das relativ nichtige zu behandeln. Dies sind nach dem OR solche obligatorische Verträge, die infolge Irrtum, Drohung oder Betrug für den getäuschten oder in Furcht oder Irrtum versetzten Teil unverbindlich sind.⁷⁰ Würde auf Grund eines solchen hinkenden Geschäftes der nicht verpflichtete Kontrahent eine Tradition vornehmen, so wäre ein Eigentumsübergang auf den redlichen Erwerber als nicht erfolgt anzusehen, weil es an einer Causa für den Veräußerer fehlte. Diese Tradition kann allerdings in Kraft erwachsen, wenn innert Jahresfrist seit der Entdeckung von Irrtum und Betrug, oder seit Beseitigung der Furchterregung der obligatorische Vertrag genehmigt wurde, was schon im bloßen Stillschweigen liegt.^{71, 72, 73}

§ 6. Beschränkung des Schutzes des guten Glaubens beim Erwerb von abhandengekommenen Sachen.

Der Schutz des guten Glaubens des Erwerbers erleidet im schweizerischen Rechte eine sehr weitgehende Einschränkung, wenn eine abhanden gekommene Sache übertragen wird.¹ Als abhanden gekommene Sachen sind im Gegensatz zu den anvertrauten solche zu verstehen, die wider oder ohne den Willen eines unmittelbaren Besitzers aus dessen Gewahrsam

⁷⁰ Vergl. v. Thur, Z. f. sch. R. 17, S. 45 ff. SOR Art. 23 ff., 31 (a. SOR 18 ff); Wieland 714 c aa; Escher S. 33.

⁷¹ Anders das deutsche Recht, ein solcher Vertrag ist gültig, aber anfechtbar. Motive I S. 219, BGB 142 ff.

⁷² Die anfechtbaren Rechtsgeschäfte des Konkursgesetzes (Sch. K. G. 285 ff.) sind keine Ausnahmen, weil die Verfügung als solche, nicht der Rechtsgrund anfechtbar ist. A. M. Wieland 714 c aa, der diese Fälle als Beispiele für Anfechtbarkeit des Rechtsgrundes anführt.

⁷³ Vergl. SOR Art. 31.

¹ ZGB Art. 933, 934; a. SOR 205, 206; vergl. BGB 935; österr. BGB § 367. Code civil 2279, 2280.

gekommen sind.^{2, 3} Regelmäßig fallen darunter Gegenstände, die durch einen Diebstahl, Raub, Mundraub oder Fund im strafrechtlichen Sinne aus der Detention des Veräußerers gelangt sind. Dies ist jedoch keineswegs immer der Fall. Es ist durchaus möglich, daß auch eine solche Sache als eine abhandengekommene anzusehen ist, die strafrechtlich betrachtet durch eine Unterschlagung oder eine erlaubte Handlung vom Veräußerer angeeignet wurde. Das erstere kann z. B. der Fall sein, wenn ein Besitzdiener eine Sache veräußert. Hat dieser nämlich die alleinige Detention an der Sache, so liegt eine Unterschlagung im strafrechtlichen Sinne vor, während es sich zivilrechtlich betrachtet um eine abhandengekommene Sache handelt; denn dem Besitzdiener wird nicht die Sache in dem Sinne übertragen, daß er unmittelbarer Besitzer werde.⁴ Das letztere, eine erlaubte Handlung, würde etwa dann vorliegen, wenn eine Person infolge ihres Notstandes eine Sache aus fremdem Gewahrsam wegnimmt, um durch deren sofortigen Verkauf sich das Leben zu retten.⁵ Zweifelhaft ist es, ob eine Sache für eine anvertraute oder eine abhandengekommene zu halten ist, wenn ein unselbständiger Mitbesitzer sie veräußert hat. Wieland und wohl auch die Erläuterungen stehen auf dem Standpunkt,⁶ daß eine solche Sache eine anvertraute sei. Demgegenüber ist es jedoch wohl richtiger, anzunehmen, daß eine abhandengekommene Sache vorliege, weil der unmittelbare Besitz des andern Mitbesitzers wider dessen Willen und Wissen gebrochen wird.⁷ In seinem neuesten Entscheide führt darüber das Bundesgericht zutreffend aus:⁸ „Par consé-

² So auch Wieland, Art. 934 sub 3.

³ Im früheren Obligationenrecht war in Anlehnung an den Code civil nur von verlorenen und gestohlenen Sachen die Rede; es fehlte die Generalklausel der sonst abhandengekommenen Sachen. Trotzdem hat diese Änderung keine praktischen Konsequenzen, da das BG den Begriff des Diebstahles möglichst extensiv interpretiert hat. BG XIX S. 308 ff., XXXVI S. 347. Anders die franz. Praxis.

⁴ Wieland 934 unten 3 a, aa; Biermann § 935 Bem. 2; Erl III S. 361, 370, 371; Ostertag zu § 934, Nr. 6.

⁵ Vergl. Binding, Eigentumserwerb S. 17.

⁶ Wieland 934 unter 3 a bb; Erl. III S. 361.

⁷ BG XIX S. 308 ff., XXVII^{II} S. 150 ff., XXXII^{II} S. 346 ff.

⁸ BG XXXVI^{II} S. 347.

quent l'employé de commerce ou de banque qui s'approprie des valeurs se trouvant à la fois en sa détention et en celle de son patron commet un vol et non un abus de confiance, puisqu'il n'a pas pu se les approprier qu'en les soustrayant à la détention que le propriétaire conservait; celui-ci a donc perdu *involontairement* cette détention." Übereinstimmung herrscht dagegen in der Hinsicht, daß die Aneignung und Veräußerung einer im Gesamtbesitz sich befindenden Sache durch *einen* Besitzer als Diebstahl anzusehen ist.⁹ Da der Begriff des Anvertrauens eine gewollte Besitzaufgabe fordert, so sind Sachen, die von einem Willensunfähigen übergeben wurden, als abhanden gekommene zu betrachten.¹⁰ Dagegen liegt eine anvertraute Sache vor, wenn der Besitz unter Einfluß von Irrtum oder Betrug oder durch einen beschränkt¹¹ Geschäftsfähigen übertragen wurde. Nur bei Hingabe einer Sache unter Drohung ist es wohl richtiger, diese zu den abhandengekommenen zu zählen, da von einem Anvertrauen keine Rede mehr sein kann.¹²

Die Beschränkung des Schutzes des guten Glaubens des Erwerbers von abhandengekommenem Gute besteht darin, daß der Besitzer, der einen unfreiwilligen Besitzesverlust erlitten hat, befugt ist, die Sache während fünf Jahren jedem Empfänger abzufordern. Lediglich bei Geld oder Inhaberpapieren ist dieser Rückleistungsanspruch des früheren Besitzers ausgeschlossen. In diesem Falle wird der gutgläubige Empfänger schlechthin geschützt.¹³ Bei Sachen, die auf einer öffentlichen Steigerung, auf einem Markte oder von einem Kaufmann, der mit dergleichen Sachen Handel treibt, erworben wurde, hat das ZGB in Anlehnung an das französische

⁹ Dies ist der Fall, wenn ein Besitzer nur mit Hilfe eines andern Besitzers über die Sache tatsächlich verfügen kann; z. B. ein Kassenschrank öffnet sich nur, wenn zwei Schlüssel, die in verschiedenem Gewahrsam sind, gebraucht werden.

¹⁰ Wieland 934 unter 5; Erläuterungen III S. 370; Wellspacher S. 20, 21; Crome III S. 380, S. 212; Gierke D. Pr. R. II § 115.

¹¹ Crome a. a. O.; Gierke a. a. O.; Wieland 3b bb; Erl. a. a. O.; a. M. Planck, Erl. 2 zu § 935 BGB.

¹² Dernburg III § 103II 2; Wieland a. a. O.; Binding (Eigentumserwerb) S. 18; a. M. Crome, Gierke, Wellspacher, Biermann u. andere.

¹³ ZGB 934, 935; vergl. unten S. 47 ff.

Recht jedem gutgläubigen Empfänger der Sache einen Lösungsanspruch zugesprochen, wonach dieser nur gegen Vergütung des von ihm bezahlten Preises die Sache herauszugeben hat.¹⁴

Was die Stellung eines gutgläubigen Empfängers einer abhandengekommenen Sache betrifft, so besteht darüber in der schweizerischen Literatur folgende Kontroverse. Einerseits vertritt die herrschende Ansicht die Auffassung, daß der gutgläubige Empfänger nicht schon mit der Übergabe der Sache dinglich berechtigt werde, sondern daß der Übergang des dinglichen Rechtes sich erst nach Ablauf von fünf Jahren mit der Verwirkung des Herausgabeanspruches vollziehe.¹⁵ Andererseits vertritt Huber, der Redaktor des ZGB, in den Erläuterungen den Standpunkt,¹⁶ daß der Gutgläubige auch an abhandengekommenem Gute mit dem Besitz das dingliche Recht an der Sache erwerbe. Wenn nun auch das ZGB nicht ausdrücklich bestimmt hat, daß trotz des Herausgabeanspruches der Gutgläubige unmittelbar mit der Besitzübertragung dinglich berechtigt werde, so ergibt sich dies wohl indirekt aus folgenden Gründen: Wäre die herrschende Auffassung zutreffend, so müßte sich der Erwerber nicht nur bei der Übergabe der Sache, sondern auch noch im Zeitpunkt der Verwirkung des Herausgabeanspruches im guten Glauben befinden, da gemäß übereinstimmender Ansicht der gute Glaube des Erwerbers unbedingt im Moment des Überganges des dinglichen Rechtes vorhanden sein muß. Eine vorurteilslose Prüfung der in Betracht fallenden Art. 934 und 936 führt aber wohl zu dem Ergebnis, daß das ZGB lediglich

¹⁴ ZGB Art. 934II; vergl. Code 2280; dieser Lösungsanspruch ist dem deutschen und österreichischen Rechte unbekannt.

¹⁵ Vergl. Wieland 934 unter 6; Zycha S. 144; Ostertag 934 Nr. 31, BG XXXVI S. 34 ff. Auch wenn diese Ansicht richtig wäre, so würde nicht etwa ein Erwerb durch Ersitzung vorliegen, weil ein 5jähriger Besitz nicht gefordert wird. Hat während der 5 Jahren niemand, oder nur ein Bösgläubiger die Sache besessen, so würde trotzdem ein Gutgläubiger nach Ablauf der 5 Jahre mit der Tradition dinglich berechtigt. Vergl. Planiol Nr. 2485, der unter anderem richtig ausführt: „Il en résulte, que le possesseur actuel, ne fût-il en possession que depuis la veille, peut opposer la prescription, s'il y a trois ans (resp. 5 Jahre für das schweiz. Recht), que la chose a été perdue ou volée.“

¹⁶ Huber Erl. III S. 354.

auf den guten oder bösen Glauben beim Besitzerwerb ein Gewicht gelegt hat. Besonders Absatz 3 des Art. 934 wäre durchaus unverständlich, wenn eine mala fides nach Übergabe der Sache von Einfluß sein könnte. Dieser Absatz bestimmt nämlich zu gunsten des gutgläubigen Empfängers,¹⁷ daß die Rückleistung sich gemäß den Vorschriften des gutgläubigen Besitzers vollziehe. Wäre ein guter oder böser Glaube nach der Besitzübertragung noch relevant, so wäre keineswegs der gutgläubige Empfänger stets als gutgläubiger Besitzer zu behandeln, da es sehr wohl möglich wäre, daß dieser infolge einer nachträglich eingetretenen mala fides bösgläubiger Besitzer geworden wäre. Folgendes Beispiel vermag vielleicht noch deutlicher die Unrichtigkeit der herrschenden Ansicht darzulegen: „Es wird einer gutgläubigen Person eine abhandengekommene Sache auf einer öffentlichen Steigerung zu Eigentum übertragen. Bald nach dem Besitzerwerbe erfährt sie von dem Nichteigentum ihres Veräußerers. Nach Ablauf von 5 Jahren erhebt der frühere Eigentümer Klage auf Herausgabe der Sache.“ Wäre die herrschende Auffassung richtig, dann hätte der Empfänger der Sache auch nach Ablauf von 5 Jahren kein Eigentum erworben, und er hätte sie daher herauszugeben. Ein solcher Herausgabeanspruch steht aber nach dem ZGB dem bisherigen Berechtigten nicht mehr zu, da er sich weder auf Art. 934 noch Art. 936 berufen kann. Art. 934 kommt nicht zur Anwendung, weil mehr als fünf Jahre verfließen sind und Art. 936 darum nicht, weil es sich um einen gutgläubigen¹⁸ und nicht um einen bösgläubigen Besitzerwerber handelt.

Gegen die hier vertretene Ansicht Hubers erhebt Wieland¹⁹ den Einwand, daß sie darum nicht akzeptiert werden könne, weil dann dem bisherigen Besitzer lediglich ein persönlicher Herausgabeanspruch zustehen würde. Er könnte sonach die

¹⁷ Als gutgläubiger Empfänger ist jeder zu betrachten, der *im Moment des Besitzerwerbes* gutgläubig ist. Dies geht unzweifelhaft aus Art. 934 II hervor. Jede andere Auffassung hätte zur Folge, daß der Lösungsanspruch *nie* zur Anwendung käme.

¹⁸ Wie der französische Text beweist, ist gutgläubiger Empfänger identisch mit *gutgläubigem Erwerber*, indem dort der Ausdruck „*acquéreur de bonne foi*“ gewählt ist. Vergl. dazu oben Anmerk. 17.

¹⁹ Wieland 934 unter 6.

Sache im Konkurse des gutgläubigen Erwerbers nicht vindizieren.“ Dieser Schluß Wielands ist jedoch keineswegs zwingend. Es steht doch wohl einer Konstruktion nichts im Wege, wonach trotzdem dem bisherigen Besitzer ein dinglich wirkendes Rückforderungsrecht eingeräumt wird, indem das erworbene dingliche Recht auf seiten des gutgläubigen Empfängers gewissermaßen als resolutiv bedingt angesehen wird, das mit der Geltendmachung des Herausgabeanspruches in sich zusammenfällt.

Unwillkürlich drängt sich die Frage auf, ob eine solche verschiedene Behandlung von anvertrautem und abhandengekommenem Gute gerechtfertigt sei oder nicht.²⁰ Es finden sich in der Tat in der schweizerischen Literatur verschiedene Autoren, die der Ansicht sind, daß auch bei der Übertragung von abhandengekommenen Sachen der gutgläubige Erwerber unbedingt geschützt werden sollte. So hat z. B. Munzinger in seinen Motiven zu einem schweizerischen Handelsrechte die Meinung geäußert,²¹ daß er es vorgezogen hätte, diese Ausnahme des französischen Rechtes fallen zu lassen, um damit das Prinzip von der Nichtvindikation ganz rein und zweifellos hinzustellen. Dies sei nur deswegen unterblieben, damit der schweizerische Entwurf mit den Gesetzgebungen des Auslandes übereinstimme. Neuestens hat auch Zycha in einer Abhandlung über den Vorentwurf zum ZGB²² sich dahin ausgesprochen, daß es für den schweizerischen Gesetzgeber der empfehlenswerteste Standpunkt wäre, die Regel „Habe hat kein Geleite“ als eine ausnahmslose zu proklamieren. In diesen extremen Ansichten von Munzinger und Zycha liegt wohl eine Verkennung der Bedeutung des Besitzes. Die Unantastbarkeit der tatsächlichen Vermögensstellung ist eine der wesentlichsten Voraussetzungen für ein geordnetes Zusammenleben. Wird der Gewahrsam des Besitzers wider dessen Willen

²⁰ Das deutsche BGB geht insoweit noch weiter als das ZGB, als dort der Gutgläubige prinzipiell keine dinglichen Rechte an abhandengekommenen Sachen erwirbt. Dieser kann höchstens das mangelnde dingliche Recht ersitzen. Demgegenüber hat das österr. Gesetzbuch regelmäßig die verschiedene Behandlung von anvertrautem und abhandengekommenem Gute fallen gelassen. Vergl. § 367.

²¹ Munzinger Motive S. 227.

²² Zycha Z. f. sch. R. 22 S. 149 ff.

gebrochen, so muß die Gesetzgebung eingreifen. Es ist die Idee des Friedensbruches, die eine Beschränkung des Schutzes des guten Glaubens beim Erwerb von abhandengekommenen Sachen rechtfertigt.²³ Gegen die Gleichstellung von anvertrautem und abhandengekommenem Gute spricht auch der sogenannte „Gewährschaftsgedanke“.²⁴ Es wäre deswegen unbillig, dem bisherigen Berechtigten jeden Herausgabeanspruch zu versagen, wenn eine abhandengekommene Sache übertragen wird, weil er keinen Vertrauensmann, keinen „Garanten“ besitzt, an den er sich halten kann, denn der Dieb oder Finder wird ihm regelmäßig unbekannt sein. Im übrigen ist auch zu erwähnen, daß nur dann, wenn eine anvertraute Sache veräußert wird, der bisherige Berechtigte eine Diskrepanz zwischen dinglich Berechtigtem und durch den Besitz als berechtigt vermuteten verursacht.^{25, 26}

Lediglich in den Fällen, wo Geld oder Inhaberpapiere abhanden gekommen sind, ist es im Interesse des Verkehrs gerechtfertigt, dem bisherigen Berechtigten einen Herausgabeanspruch zu versagen. Dazu kommt noch, daß auch die Durchführung eines solchen Herausgabeanspruches praktisch sehr schwierig wäre, da diese Sachen sozusagen aller individualisierenden Merkmale entbehren.²⁷

§ 7. Voraussetzungen des Schutzes des guten Glaubens.

I. Guter Glaube auf seiten des Erwerbers.

Nach den klaren Gesetzesbestimmungen des Art. 933 des ZGB kann kein Zweifel darüber bestehen, daß das Gesetz

²³ Vergl. Beckh S. 259 ff., S. 18. Schultze S. 170 ff.

²⁴ Namentlich von Schultze entwickelt S. 171.

²⁵ Ein Verschulden liegt allerdings regelmäßig nicht vor, wie Zeiller fälschlicherweise annimmt. (Zeiller z. österr. BGB Bd. II S. 133).

²⁶ Es ist Schultze durchaus zuzustimmen, wenn er gegen die gleiche Behandlung von abhandengekommenem und anvertrautem Gute ausführt: „Das hieße, in der Jagd nach dem Idol der Verkehrssicherheit den Boden unserer Rechtsordnung unter den Füßen verlieren, der Verkehrssicherheit die Rechtssicherheit opfern.“ Vergl. auch Ehrenberg S. 273, Cosack S. 49, Exner Tradition S. 63.

²⁷ Vergl. Munzinger Motive S. 230; ebenso österr. BGB 367, deutsches BGB 935 II. Im deutschen Recht wird auch dann der gutgl. Erwerber unbedingt geschützt, wenn eine abhandengekommene Sache im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert wurde, BGB 935 II.

den guten Glauben nur vom Erwerber verlangt. Ob der veräußernde Nichtberechtigte böse- oder gutgläubig war, ist durchaus gleichgültig. Von den modernen Kodifikationen stellt keine den guten Glauben des Autors als notwendiges Erfordernis auf.¹ De lege ferenda hat in neuester Zeit Binding das Postulat aufgestellt, daß zum Eigentumserwerb an Fahrnis nicht nur die bona fides des Erwerbers sondern auch des Veräußerers der fremden Sache zu fordern sei.² Durch eine solche Einschränkung würde aber der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten sozusagen alle Bedeutung einbüßen, weil sich nur ganz wenige Fälle denken lassen, in welchen der nichtberechtigte Veräußerer nicht bösgläubig ist. In dieser Ansicht Bindings liegt wohl eine Verkennung der Bedürfnisse des Verkehrs. Es ist kaum anzunehmen, daß eine zukünftige Kodifikation diesen Erwerb, der z. B. in Österreich bereits seit 100 Jahren anerkannt ist, in dem genannten Sinn eingenen wird, um so weniger, als gerade in dem verflossenen Säkulum Handel und Gewerbe sich in ungeahnter Weise entwickelt hat.

Nicht so einfach ist die Beantwortung der Frage, wer sich im guten Glauben befinden muß, wenn der Erwerb nicht durch den Erwerber selbst, sondern durch einen *Stellvertreter* sich vollzieht. Müssen in solchen Fällen der Vertretene oder der Vertreter oder gar beide sich im guten Glauben befinden?

Bei der gesetzlichen Stellvertretung herrscht in der Wissenschaft Übereinstimmung, daß nur das Wissen oder Nichtwissen des Vertreters von Bedeutung ist.³

Anders verhält es sich bei der gewillkürten Stellvertretung. Die in der Doktrin hierüber geäußerten Ansichten widersprechen sich in den wesentlichsten Punkten. Die Divergenz beruht nicht etwa auf der verschiedenen Ansicht über den Begriff des guten Glaubens, sondern hängt mit der verschiedenen Auffassung über die Stellvertretung zusammen. Fast übereinstimmend wird in der Theorie wohl richtigerweise davon ausgegangen, daß unbedingt diejenige Person in gutem

¹ Vergl. BGB 932 ff., österr. BGB § 367 und Kommentare.

² Binding: Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nicht-eigentümer, S. 36.

³ Vergl. Hafner zu a. SOR 205.

Glauben sich befinden müsse, welche das Rechtsgeschäft abschließt. Wer dies aber sei, ist jedoch sehr bestritten. Während Savigny⁴ einerseits den Standpunkt vertritt, daß der Vertretene den Vertrag selbst abschließen, so erblickt andererseits die sogenannte Repräsentationstheorie⁵ in dem Stellvertreter den eigentlichen Kontrahenten. Neben diesen extremen Ansichten besteht noch eine vermittelnde dritte Theorie, die sogenannte Kooperationstheorie von Mitteis, die das Rechtsgeschäft durch das unmittelbare Zusammenwirken beider Teile entstehen läßt.⁶

Gegen die Theorie Savignys kann mit Recht geltend gemacht werden, daß sie die gesetzliche und vollmachtlose Stellvertretung nicht erklären könne. Im weiteren entspricht es keineswegs den Tatsachen, daß der Prinzipal mit der Vollmacht den unmittelbaren Geschäftswillen erklärt.⁷ Es sei nur an den Fall der Generalvollmacht erinnert. Was die Theorie von Mitteis betrifft, so ist es allerdings zutreffend, daß neben dem Willen des Vertreters derjenige des Vertretenen von Bedeutung ist. Wenn aber Mitteis die Vollmachtserklärung zu einem Teil des Rechtsgeschäftes selbst stempelt, so liegt darin wohl eine Verkennung der Bevollmächtigung. Hupka führt wohl richtig aus, daß „die juristische Tätigkeit des Stellvertreters nicht bloß in einer Ergänzung der Bevollmächtigungserklärung bestehe, wo diese allgemein lautet, nicht in einer unveränderten Überbringung, wo sie erschöpfend, sondern stets in der Konzeption und der Formulierung der unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Verfügung in ihrer Totalität.“⁸ Es ist wohl diejenige Theorie als richtig anzusehen, die in dem Vertreter den ausschließlich juristisch handelnden Teil erblickt. Daraus folgt wohl, daß in allen Fällen der gute Glaube des Stellvertreters zu fordern ist.⁹

⁴ Savigny OR S. 59.

⁵ Regelsberger (Hypothekenrecht) S. 162; Schloßmann II § 313 Anm. 4; Windscheid P. II § 313 Anm. 4.

⁶ Mitteis S. 281, 109; auch Dernburg P. I S. 274 Anm. 11.

⁷ Hupka S. 30 ff.

⁸ Hupka S. 38.

⁹ A. M. Guggenheim zu 205; Hupka, der überhaupt die mala fides des Vertreters für irrelevant hält; wie hier Exner österr. Hypothekenr. S. 111, Zch. Oberger. 1884 Nr. 33.

Dagegen ist der andere Schluß zurückzuweisen, der häufig gezogen wird, daß die mala fides des Vertretenen nie schade.¹⁰ Insoweit nämlich der Prinzipal imstande war, den Eintritt von Rechtswirkungen zu beeinflussen, muß ein böser Glaube auf seiner Seite hinderlich sein. Diese Ausführungen decken sich völlig mit der Ansicht Regelsbergers,¹¹ der sich folgendermaßen ausdrückt: „Da sein (des Vertreters) Wille das Rechtsgeschäft hervorbringt, so drückt dessen Beschaffenheit dem dadurch vermittelten Erfolg den Stempel der Redlichkeit oder Unredlichkeit auf. Es schadet aber auch das unredliche Bewußtsein des Vertretenen, wenn er von dem beabsichtigten Erwerb Kenntnis besaß und damals bereits handlungsfähig war.“

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat einen von dieser Ansicht etwas abweichenden Standpunkt eingenommen,¹² indem es nur dann die mala fides des Prinzipales für bedeutsam hält, wenn dieser dem Vertreter bestimmte Weisungen erteilt hat. Während nach dieser Ansicht bei einer Generalvollmacht der gute oder böse Glaube des Prinzipales irrelevant ist, so folgt umgekehrt nach der hier vertretenen Ansicht, daß ein Wissen oder Wissenssollen des Vertretenen schadet, wenn er noch hätte rechtzeitig dem Vertreter Mitteilung machen können.¹³

Was die Organe der juristischen Personen betrifft, so liegen die Verhältnisse in dieser Hinsicht ganz analog wie bei der gesetzlichen Stellvertretung. Es kommt nur auf das Bewußtsein der Organe an.¹⁴ Dabei mag hervorgehoben werden, daß der böse Glaube eines Mitgliedes eines Kollektivorganes genügt, um den Eintritt des Erwerbes zu verhindern.

II. Zeitpunkt des guten Glaubens.

Der gute Glaube des Erwerbers wird unbestrittenermaßen im Moment des Überganges des dinglichen Rechtes, aber auch nur in diesem Zeitpunkt gefordert. Erfährt der Er-

¹⁰ Schloßmann II S. 415. Er stellt auf Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe ab.

¹¹ Regelsberger Hypothekenrecht S. 162.

¹² BGB § 166; sowie die Kommentare z. BGB.

¹³ So auch Hafner zu § 205 a. SOR. Leemann zu Art. 714 ZGB.

¹⁴ Egger Personenrecht zu Art. 55 Nr. 3 S. 191. Biermann zu 933 Bem. 2.

werber nachträglich den Mangel des Rechtes, so vermag ein solches Wissen den Erwerb des dinglichen Rechtes nicht zu vereiteln, gemäß dem Satze: Mala fides superveniens non nocet. Auch ein böser Glaube vor der Tradition, etwa zur Zeit des Kaufabschlusses ist grundsätzlich unerheblich.¹⁵ Trotzdem hat ein solches Wissen oder Wissenssollen einen Einfluß auf die Beweislast. Wird der böse Glaube des Erwerbenden für irgend einen Zeitpunkt vor dem Erwerb nachgewiesen, so ist wohl der Beweislast Genüge getan. Es dreht sich damit die Beweislast um, und es liegt dem Erwerbenden ob, Gründe gegen den bösen Glauben zur Zeit des Erwerbs des dinglichen Rechtes anzuführen. Es ergibt sich diese Ansicht nicht aus Art. 3 des ZGB, wohl aber aus allgemeinen Erwägungen über die Beweislast. Eine Person hat nur den Beweis des Eintrittes einer Tatsache, nicht aber ihr Weiterbestehen zu erhärten. So ist es z. B. Aufgabe eines Gläubigers nur nachzuweisen, daß eine Person X in einem gewissen Zeitpunkt sein Schuldner war. Ist inzwischen das Schuldverhältnis erloschen, dann hat diejenige Person, die daraus Rechte ableitet, die neue Tatsache zu beweisen.¹⁶

Wird ein dingliches Recht unter einer Suspensivbedingung übertragen, so muß offenbar der Erwerber nicht nur im Moment des Geschäftsabschlusses, sondern auch im Zeitpunkt des Eintrittes der Bedingung sich in gutem Glauben befinden, weil erst mit dem Eintritt der Nebenbestimmung das dingliche Recht auf den Erwerber übergeht.¹⁷

III. Erwerb durch Übertragung.

In Übereinstimmung mit dem deutschen und österreichischen Rechte ist es nach dem ZGB notwendige Voraussetzung, daß der Erwerb durch Übertragung erfolgt.¹⁸ Wie sich aus dem Gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unzweifelhaft ergibt, finden die Vorschriften über den gut-

¹⁵ Vergl. z. B. Gmür zu Art. 3 ZGB, Escher S. 145 ff.

¹⁶ Vergl. ZGB Art. 8.

¹⁷ So Biermann zu § 932 Bem 2. Cosack § 198 IV 1 c S. 121. Ostertag Art. 933 Nr. 36. Bei einem Erwerb unter einer Resolutivbedingung gelten die allgemeinen Grundsätze.

¹⁸ Daher kein Schutz des guten Glaubens des Erben; jedoch des Vermächtnisnehmers (vergl. 562 ZGB).

gläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten auch bei einem Erwerb durch öffentliche Steigerung Anwendung.¹⁹ Auch dann ist es wohl gerechtfertigt, den gutgläubigen Erwerber zu schützen, wenn dem Veräußerer, der zur Übertragung verurteilt worden ist, im Vollstreckungsverfahren gemäß dem kantonalen Prozeßrecht die Sache von dem zuständigen Beamten weggenommen und dem Erwerber übergeben wird.²⁰

Was speziell *den Erwerb durch Rechtsgeschäft* betrifft, so besteht bekanntlich in der schweizerischen Literatur eine Kontroverse, ob und wie weit der gute Glaube des Erwerbers zu schützen ist, wenn die Übertragung nicht in der gewöhnlichen Weise durch Übergabe der Sache selbst erfolgt, sondern wenn der bisherige Inhaber der Sache unmittelbarer Besitzer bleibt.²¹ Als Übertragungsformen, bei denen der Gewahrsam an der Sache trotz des Überganges des dinglichen Rechtes nicht verändert wird, sind die Besitzanweisung, das *constitutum possessorium* und die *brevi manu traditio*, zu nennen.

a) Beim Erwerb durch *Besitzanweisung* hat ein Dritter die Sache in unmittelbarem unselbständigem Besitz. Der Erwerb des dinglichen Rechtes vollzieht sich durch bloße Willenseinigung zwischen dem mittelbar besitzenden Veräußerer und dem Erwerber. In der schweizerischen Doktrin und Praxis wird regelmäßig der Standpunkt eingenommen, daß auch der gutgläubige Erwerber durch die Vereinbarung dinglich berechtigt wird.²² Auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat ausdrücklich in diesem Sinne Stellung genommen. Gegen die Richtigkeit dieser Auffassung sprechen aber schwerwiegende Bedenken. Die Besitzanweisung ist eine

¹⁹ Sch. K. G. Art. 108, 125 ff.; ZGB 956, 934; so auch Ostertag zu Art. 933 Nr. 19, Jäger zu Art. 125 Anm. 1 S. 224. Eine öffentliche Steigerung ist auch ein Verkauf aus freier Hand, Art. 108 Sch. K. G.

²⁰ Ostertag zu 933 ZGB Nr. 21; der böse Glaube des Beamten ist wohl irrelevant, da er als Vertreter des Veräußerers gilt. So auch Biermann zu § 932 Ziff. 4; a. M. Ostertag a. a. O.; Staub 366 HGB Ziffer 16; vergl. deutsche ZPrO § 898.

²¹ Hafner zu 205 a SOR; Wieland ZGB 933 2b; Leemann 714 ZGB; Ostertag 933 Nr. 14 ff.

²² Wieland 933 2b; Ostertag 933 Nr. 15; BG 29₂ S. 635 Erw. 5; BGB 934 u. Kommentare; a. M. Wellspacher S. 9 ff.

Übertragungsform, die keineswegs verlangt, daß der Erwerber mit der Sache selbst in Berührung kommt. Würde nun auch der gutgläubige Erwerber schon im Moment der Vereinbarung dinglich berechtigt, so müßte sich die sonderbare Konsequenz ergeben, daß dieser auch dann zu schützen wäre, wenn die Beschaffenheit der Sache gegen das Vorliegen der Verfügungsmacht spricht, mit andern Worten auch dann, wenn die an den Besitz geknüpfte Vermutung zerstört ist.²³ Um diese Ausführungen noch verständlicher zu machen, soll der folgende, von Wellspacher angenommene Fall²⁴ hier näher erörtert werden. „A hat ein Buch aus der Universitätsbibliothek entliehen und dem B weitergeliehen. Der mittelbare Besitzer A veräußert nun das Buch an den C durch Abtretung des Herausgabeanspruches“ (respektive durch Besitzanweisung). Nach der Auffassung der schweizerischen Doktrin und Praxis ist in diesem Fall der gutgläubige Erwerber C im Moment der Willenseinigung zwischen ihm und dem A Eigentümer geworden, wobei der Umstand völlig bedeutungslos bleiben muß, daß der Erwerber C später bei Übergabe der Sache durch den B aus den amtlichen Stempeln ersieht, daß der Veräußerer keineswegs verfügungsberechtigt war. Diese Konsequenz ist aber offenbar unbillig, denn diese Signierung und Markierung des Buches seitens des Eigentümers ist, wie Wellspacher²⁵ zutreffend bemerkt, gleichsam ein Widerspruch gegen den im Besitz gelegenen Eigentumschein. Infolgedessen ist es wohl trotz des allgemein gehaltenen Art. 933 des ZGB²⁶ gerechtfertigt, den Übergang des dinglichen Rechtes erst in dem Zeitpunkt eintreten zu lassen, in welchem der Gutgläubige die Sache vom unmittelbar besitzenden Dritten ausgehändig erhält.²⁷

b) Beim Erwerb durch *constitutum possessorium* bleibt infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses der Veräußerer

²³ Wellspacher S. 14. — ²⁴ Wellspacher S. 14. — ²⁵ Wellspacher S. 14.

²⁶ So ist z. B. auch im Marginale zu 717 ZGB, „Erwerb ohne Besitz“, Besitz nur im Sinne von unmittelbarem Besitz zu verstehen.

²⁷ Wellspacher ist der Ansicht, daß der Erwerb durch Besitzanweisung besonders auch darum nicht genüge, weil der Veräußerer lediglich mittelbarer Besitzer sei. Der mittelbare Besitz sei keine Tatsache der Erscheinungswelt, sondern eine juristische Konstruktion, welche die Publizitätsfunktion des Besitzes nicht zu tragen vermöge (Seite 30 ff.). Diese Behauptung ist

unmittelbarer Besitzer der Sache.²⁸ Es ist dies eine Übertragungsweise, die lediglich beim Erwerb eines Eigentums- oder Nutznießungsrechtes vorkommen kann. Beim Erwerb eines Pfandrechtes genügt diese Übertragsform nicht, da nach dem ZGB dieses dingliche Recht nicht begründet ist, solange der Veräußerer die unbeschränkte Gewalt über die Sache behält.²⁹ Ob der Gutgläubige, der durch *constitutum possessorium* Eigentum oder eine Nutznießung erwirbt, zu schützen ist, ist infolge des Schweigens des ZGB und früheren SOR bestritten.³⁰ Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat ausdrücklich bestimmt, daß der Erwerber erst dann dinglich berechtigt werde, wenn er nachträglich in gutem Glauben die Sache vom Veräußerer übergeben erhalte.³¹ Diese Auffassung des deutschen BGB ist wohl als richtig anzusehen, denn dieser Übertragungsform fehlt es an der notwendigen Offenkundigkeit.³² Die Motive zum BGB führen durchaus zutreffend aus: „Der durch den bona fide Erwerb bedrohte Eigentümer muß dagegen geschützt werden, daß der ihn treffende Rechtsverlust hinter einem so wenig ersichtlichen Akt wie das *constitutum possessorium* sich verstecke.“ „Eine Unbilligkeit gegen den gutgläubigen Erwerber liegt nicht vor, da in dem Belassen der Sache in den Händen des Veräußerers eine Vertrauensweisung liegt, deren Gefahr ohne Unbilligkeit den Vertrauenden trifft.“³³ Dazu kommt noch, daß der gleiche Grund, der bei der Besitzanweisung für die Hinausschiebung der Perfektion des dinglichen Rechtserwerbes auf den Zeitpunkt des Empfanges der Sache spricht, auch beim *constitutum possessorium* zutrifft. Auch hier ist

aber doch wohl nicht richtig, denn infolge der äußern Tatsache des unmittelbaren unselbständigen Besitzes des Dritten kommt auch dem mittelbaren selbständigen Besitze des Veräußerers — wenn auch indirekt — die Publizitätsfunktion zu. Im ZGB kommt ebenfalls dem mittelbaren Eigenbesitzer die Eigentumsvermutung zu. Vergl. Art. 930, 931.

²⁸ Vergl. Wieland ZGB 924 1b.

²⁹ ZGB 884. Vergl. Wieland ZGB 884 5b; dagegen ist Besitzanweisung möglich.

³⁰ Vergl. Hafner zu 205 a. SOR; Wieland zu 933 2b; Leemann 717 Nr. 15.

³¹ BGB 933 und Kommentare, besonders Crome III S. 205.

³² So auch Guggenheim S. 33 ff.; Ostertag ZGB 933 Nr. 17, auch Kohler S. 5; a. M. Hafner a. a. O.; Wieland a. a. O.; Leemann a. a. O.; Wellspacher S. 13; Randa Eigentum 326. — ³³ Motive III S. 345.

es möglich, daß der Erwerber im Moment der Willenseinigung die Sache selbst noch nicht gesehen hat.^{34, 35}

c) Bei einer *brevi manu traditio* tritt der Übergang eines dinglichen Rechtes durch bloße Willenseinigung ein, da der Erwerber bereits vor dem Erwerbe unmittelbarer Besitzer der Sache ist. In der schweizerischen Literatur sind regelmäßig darüber keine Erörterungen zu finden, in welchem Umfang der gutgläubige Erwerber zu schützen sei, der auf diese Weise ein dingliches Recht übertragen erhalte. Das deutsche BGB enthält die Bestimmung, daß der Erwerb nur dann eintreten könne, wenn der Gutgläubige den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte.³⁶ Diese Abgrenzung ist wohl, wie Ostertag richtig bemerkt, etwas zu eng.³⁷ Auch dann ist der gutgläubige Erwerber zu schützen, wenn er den unmittelbaren Besitz von einem andern selbständigen Besitzer erwarb, der nachher seinen selbständigen Besitz auf den Veräußerer durch Anweisung übertrug.³⁸ Weiter kann aber nicht gegangen werden, weil sonst der Schutz des guten Glaubens des Erwerbers nicht mehr durch die Publizitätswirkung des Besitzers gerechtfertigt wird.

§ 8. Die Bedeutung des guten Glaubens beim Erwerb dinglicher Rechte an Wertpapieren.

Die Ausführungen über den Schutz des guten Glaubens des Erwerbers dinglicher Rechte vom Nichtberechtigten sind noch in der Hinsicht zu ergänzen, als sie nicht nur beim Erwerb von Sachen im eigentlichen Sinne, sondern auch von Wertpapieren, die in sachenrechtlicher Form übertragen werden, Anwendung finden.

Von den drei Arten von Wertpapieren, den Namen-, Inhaber- und Orderpapieren, fallen die *Namenpapiere* ohne weiteres außer Betracht. Es sind dies Wertpapiere, die nicht durch bloße Tradition des Papieres übertragen werden können, sondern die dazu noch einer weitem Übertragungshandlung

³⁴ Siehe oben S. 43 ff.

³⁵ Auch im alten germanischen Recht war es unmöglich Vergabungen zu machen, ohne sich der Gewere zu entledigen: „donner et retenir ne vaut“. Vergl. Heusler II § 115 S. 199.

³⁶ BGB § 932. — ³⁷ Ostertag 933 Nr. 14. — ³⁸ ZGB 924.

bedürfen, die sich nach dem Charakter des in der Urkunde verbrieften Rechtes richtet. Um z. B. ein obligationenrechtliches Namenpapier erwerben zu können, ist neben der Übergabe des Papieres noch eine vollwirksame Zession notwendig.¹ Bei diesen Wertpapieren kann daher der sogenannte gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten keine analoge Anwendung finden.

Anders verhält es sich dagegen bei den *Inhaberpapieren*. Darunter sind Wertpapiere zu verstehen, die den Besitzenden als den Berechtigten des verbrieften Rechtes legitimieren.² Ob ein solches Wertpapier vorliegt, ist häufig zweifelhaft. Aus der Tatsache allein, daß der Berechtigte nicht genannt ist, läßt sich nicht ohne weiteres auf ein Inhaberpapier schließen.³ Häufig wird sich ergeben, daß der Schuldner lediglich nicht verpflichtet ist, vom Gläubiger eine Legitimation außer dem Besitze zu verlangen, daß er aber sich das Recht gewahrt hat, gegebenen Falles vom Besitzer einen Ausweis über den Erwerb des Papieres fordern zu können. Als Beispiele seien etwa die sogenannten hinkenden Inhaberpapiere, wie Sparkassenhefte und Versicherungspolizen erwähnt.⁴ Auch die Abgrenzung zwischen einem Inhaberpapier und Geld kann Schwierigkeiten bereiten. So ist es z. B. fraglich, ob Geldsurrogate wie Banknoten und Kassascheine als Inhaberpapiere oder als Geld anzusehen sind.⁵ Darauf ist jedoch in dieser Arbeit nicht näher einzutreten, da der gut-

¹ Nach der bundesger. Praxis sind sie überhaupt keine Wertpapiere; BG XXVII II S. 22.

² Vergl. Jacobi S. 256, SOR Art. 846.

³ Unter Umständen liegt nicht einmal ein Wertpapier vor. Über die auf den Inhaber lautenden Karten und Marken des täglichen Verkehrs vergleiche Jacobi S. 370, Gierke D. Pr. R. II S. 161, Oertmann 807 1 a e und Wieland zu Art. 714 und 935. Häufig muß auch die Verkehrsübung abgestellt werden. Darnach sind wohl Inhaberpapiere: Stadtbahnmarken, Bademarken, Speisemarken, Biermarken etc.

⁴ Vergl. Wieland zu 714 Bem. 6, zu 935; Huggenberg S. 92; Staub d. HGB § 365 Anm. 10; Hafner § 485 a. SOR. Wie Huggenberg ausführt, gibt es auch Sparkassenhefte, die Inhaberpapiere sind.

⁵ Staub § 365 Anm. 50 in fine. Jacobi S. 28. Kassascheine und Banknoten werden von beiden als Geld angesehen; vergl. aber SOR § 858, Schneider zu § 846 a. SOR.

gläubige Erwerber von Geld in gleichem Umfang wie derjenige von Inhaberpapieren geschützt wird.

Um Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht an einem solchen Papier zu erwerben, bedarf es lediglich der Übertragung des Besitzes und der entsprechenden Willenseinigung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber. Keineswegs kommen auch die Grundsätze über den Erwerb der in der Urkunde verkörperten Forderungs-, Mitgliedschafts-⁶ oder Liegenschaftsrechte⁷ zur Anwendung. Infolge dieser rein fahrisrechtlichen Übertragungsform ist es gerechtfertigt, den Gutgläubigen zu schützen, der von einem nichtberechtigten Veräußerer erwirbt. Da das Inhaberpapier ein skripturrechtliches Wertpapier ist, so geht das Recht aus dem Papier entsprechend dem Inhalte der Urkunde auf den Gutgläubigen über. Darin liegt nun zugleich eine bedeutende Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens des Erwerbers. Nicht nur das dingliche Recht am Papier, sondern auch das verbrieft Forderungs-, Mitgliedschafts- oder Liegenschaftsrecht geht auf den gutgläubigen Erwerber über, obwohl es dem Veräußerer fehlte. Es wäre z. B. der Schuldner keineswegs befugt, die Einrede zu erheben, daß der Veräußerer nicht sein Gläubiger gewesen sei, oder daß er mit dem Veräußerer aus der Urkunde nicht ersichtliche Modifikationen des bestehenden Schuldverhältnisses vereinbart habe.⁸

Was die notwendigen Voraussetzungen betrifft, damit der Schutz des guten Glaubens eintreten kann, so ist in erster Linie zu erwähnen, daß ein Inhaberpapier gültig entstanden sein muß.⁹ Im Moment der Errichtung darf der Schuldner nicht geschäftsunfähig sein, noch die Unterschrift auf der Urkunde gefälscht, oder durch Einwirkung von Irrtum, Betrug oder Zwang erreicht worden sein. Was speziell die Inhaberpapier betrifft, so ist auf die Sonderbestimmung hinzuweisen, daß Aktien, die vor Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister ausgegeben wurden, nichtig sind und auch in den

⁶ z. B. Aktien. — ⁷ Schuldbriefe und Gülden.

⁸ Persönliche Einreden stehen dem Schuldner gegen den jeweiligen Berechtigten nicht zu; vergl. SOR 847. Anders bei Orderpapieren; vergl. SOR 843.

⁹ Vergl. Oertmann III § 796 3 a. SOR 847.

Händen eines gutgläubigen Erwerbers keine Gültigkeit erlangen.¹⁰ Ob zur Entstehung eines Wertpapiers ein Begebungsvertrag gehört, oder ob Kreation genügt, ist bekanntlich sehr bestritten.¹¹ Wird die Kreationstheorie akzeptiert,¹² was eher dem Verkehrsbedürfnisse entspricht, so wird der gutgläubige Erwerber berechtigt, auch wenn das entstandene Inhaberpapier unter Drohung oder Betrug in Umlauf gesetzt wurde oder gar dem Schuldner gestohlen wurde. Inbezug auf die übrigen notwendigen Voraussetzungen, wie Übertragungsart, Geschäftsfähigkeit des Veräußerers etc. kann völlig auf die früheren Erörterungen verwiesen werden. Es soll an dieser Stelle lediglich in Erinnerung gerufen werden, daß es unerheblich ist, ob der Erwerber ein anvertrautes oder abhandengekommenes Inhaberpapier übertragen erhält.¹³

Einer besonderen Erwähnung bedarf noch eine Bestimmung des deutschen Handelsgesetzbuches, die für gewisse Fälle eine Vermutung für das Vorliegen des bösen Glaubens des Erwerbers von Inhaberpapieren aufstellt. Gemäß § 367 sind Kaufleute, die Bank- und Geldwechslergeschäfte treiben, nicht im guten Glauben, wenn sie abhandengekommene Inhaberpapiere kaufen oder zu Pfand nehmen, vorausgesetzt, daß der Verlust zur Zeit der Übertragung bereits im deutschen Reichsanzeiger durch die Behörde oder den Verpflichteten veröffentlicht worden war und seither nicht mehr als ein Jahr verstrichen ist.¹⁴ Für diese Personen bleibt nur die Exkulpationsmöglichkeit, daß sie infolge besonderer Umstände die Bekanntmachung nicht kannten, noch kennen mußten. Bei gewissen Nebenpapieren, wie Zinsrenten, Gewinnanteilscheine und Banknoten gilt jedoch diese Bestimmung wegen der zu großen Menge solcher Papiere nicht. Das schweizerische Recht enthält kein ähnliches privilegium odiosum. Ein solches ist aber auch entbehrlich, da gemäß Art. 3 II des ZGB jedes Verschulden den guten Glauben aus-

¹⁰ SOR 623.

¹¹ Vergl. Jacobi S. 167 ff. und die dort zitierte Literatur.

¹² So z. B. Dernburg P. II S. 24 Anm. 13; a. M. Jacobi S. 167 ff.

¹³ Vergl. oben S. 34, 38.

¹⁴ Nach Wendt S. 16 soll diese Norm nicht Platz greifen wenn Bankiers in fremdem Namen kontrahieren.

schließt. Allerdings wird dem Richter diese Bestimmung des deutschen Handelsgesetzes eine angenehme Handhabe sein, und er wird wohl in analogen Fällen in dem Nichtkennen des schweizerischen Handelsamtsblattes ein Verschulden auf seiten des erwerbenden Bankiers erblicken.

Auch beim Erwerb von *Orderpapieren* kommen die Grundsätze des Fahrnisrechtes über den Schutz des guten Glaubens des Erwerbers zur Anwendung, wenn die Übertragung des Wertpapiere durch Indossament erfolgt ist. Während für Inhaberpapiere nur eine Übertragungsart besteht, kann sich ein Erwerb dinglicher Rechte an Orderpapieren nicht nur durch Indossament, sondern auch wie bei Namenpapieren in der Form des in der Urkunde verkörpertten Rechtes nebst Übergabe des Papiere vollziehen.¹⁵ Wird diese letztere Übertragungsweise gewählt, so erlangt der Erwerber nur diejenigen Rechte, die auch dem Veräußerer zustanden; ein Schutz des gutgläubigen Erwerbers findet nicht statt. Wird dagegen die Verfügung über das Orderpapier in der skripturmäßigen Form vollzogen, so kommt dem guten Glauben des Erwerbenden eine bedeutende ausgleichende Wirkung zu; ja er wird sogar in beträchtlich weitgehendem Maße berücksichtigt, als beim Erwerb von Inhaberpapieren. Der redliche Erwerber dinglicher Rechte an Orderpapieren wird auch dann geschützt, wenn der Veräußerer geschäftsunfähig war, Indossamente gefälscht waren oder sonst der Begebungsvertrag an rechtlichen Mängeln litt.¹⁶ Dieser Standpunkt wird wenigstens fast übereinstimmend in der deutschen Literatur und Praxis vertreten. Aus § 74 der deutschen Wechselordnung ergibt sich auch

¹⁵ Vergl. Wieland zu Art. 774 Bem. 10 d cc, zu Art. 901 Bem. 3 c. Bei der Verpfändung wurde im bisherigen Recht infolge der absoluten Fassung des Art. 214 a. SOR Indossierung gefordert. BG 20, S. 927 Erw. 8, anderer Meinung bereits für das bisherige Recht Wieland Z. f. schw. R. 25 S. 353 ff.

¹⁶ Vergl. Staub WO § 74, § 3; Cohn S. 1065; Grünhut Bd. II S. 124; Cosack HR S. 229; R. Gericht 45 S. 265, 55, S. 49. Auch dann wird der gutgläubige Erwerber geschützt, wenn er irrtümlicherweise den Veräußerer und die durch das Indossament legitimierte Person als identisch ansah. A. M. Cosack II S. 355 im Beispiel.

Düringer und Hachenburg fordern ein gültiges Schlußindossament (II S. 455); anders die herrschende Meinung.

in der Tat die Richtigkeit dieser Auffassung, indem ausdrücklich bestimmt ist, daß der durch eine ununterbrochene Kette von Indossamenten legitimierte Besitzer den Wechsel nur herausgeben muß, wenn er ihn in bösem Glauben erworben hat *oder* ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Auch für das schweizerische Recht ergibt sich die nämliche Diskrepanz zwischen dem Schutz des guten Glaubens des Erwerbers bei Inhaberpapieren und zwischen demjenigen bei Orderpapieren. Wenn auch in Art. 790 des SOR nur vom Wechsel die Rede ist, so gilt doch dieser Artikel auch für die andern Orderpapiere, da das SOR bei den andern indossablen Papieren in Art. 844 in dieser Hinsicht auf die für den Wechsel geltenden Bestimmungen verweist. Diese verschiedene Behandlung von Order- und Inhaberpapieren läßt sich kaum rechtfertigen. Es ist wohl Cosack durchaus Recht zu geben, wenn er diesen weitgehenden Schutz des gutgläubigen Erwerbers als einen gesetzlichen Mißgriff bezeichnet, „der sich nur dadurch erklärt, daß man noch nicht die Zeit gefunden hat, die Regeln der Wechselordnung über den Eigentumserwerb an Wechseln mit den Regeln des bürgerlichen Gesetzbuchs über den Eigentumserwerb an Inhaberpapieren in Übereinstimmung zu bringen.“¹⁷

Inbezug auf die notwendigen Erfordernisse kann völlig auf die Ausführungen bei den Inhaberpapieren verwiesen werden, die alle mit Ausnahme der soeben erwähnten Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens auch für die Orderpapiere Gültigkeit besitzen.¹⁸

Einer besonderen Erwähnung bedarf noch der gutgläubige Erwerb von Konnossementen, Lagerscheinen und Ladescheinen. Es sind dies sogenannte Waren- oder Traditions-papiere, welche den Eigentümer des Papiere berechtigen, von einem Frachtführer oder Lagerhalter die Auslieferung der in der Urkunde genannten Waren zu verlangen.¹⁹ Die eigenartige Funktion dieser Wertpapiere besteht darin, daß

¹⁷ Cosack HR S. 229. Darum suchte auch Jacobi (S. 72) und Lehmann (S. 540) die ausgleichende Kraft des g. Gl. einzuschränken, um eine Übereinstimmung mit den Inhaberpapieren zu erreichen.

¹⁸ Vergl. oben S. 48 ff.

¹⁹ Jacobi S. 211. R. Ger. 34, S. 74. Wieland zu Art. 925 und 902.

sie Waren vertreten. Der legitimierte Besitzer eines Warenpapiers ist zugleich der dinglich Berechtigte an der Ware. Mit der Übertragung des Warenpapiers zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Rechte geht auch das entsprechende Recht an der Ware selbst auf den Erwerber über.²⁰ Häufig kommt es vor, daß von dem Hauptpapier ein Nebenpapier, ein sogenannter Warrant, detaschiert wird, der lediglich dazu bestimmt ist, der Verpfändung der Ware zu dienen.²¹

Ob und inwieweit der gute Glaube des Erwerbers zu schützen ist, hängt davon ab, ob das Warenpapier auf den Namen, den Inhaber oder an Order lautet. Es ist daher an dieser Stelle lediglich auf die früheren Erörterungen zu verweisen.²² Nur in einem ganz bestimmten Falle werden jene Ausführungen modifiziert. Steht nämlich dem gutgläubigen Empfänger des Warenpapiers ein gutgläubiger Empfänger der Ware selbst gegenüber, so geht, wie das ZGB ausdrücklich bestimmt, der letztere dem ersteren vor.²³ Dies hat zur Wirkung, daß dann, wenn die Sache selbst zu Eigentum übertragen wird, der gutgläubige Erwerber des Warenpapiers sein dingliches Recht an der Sache infolge Untergang des Wertpapiers verliert. Wird die Sache lediglich mit einem Faustpfand belastet oder wird daran ein Nießbrauch bestellt, so bleibt das Traditionspapier in Kraft, aber das verbrieftes Eigentum und ein eventuelles Pfandrecht²⁴ gehen im Range dem durch die Übertragung der Sache begründeten Faustpfand nach.²⁵

²⁰ In der deutschen Literatur wird eine Verpfändung des Herausgabeanspruches ohne Mitverpfändung der Ware angenommen, wenn ein an Order lautendes Traditionspapier nicht durch Indossament verpfändet wird. So Staub § 368 Anm. 23, 30. Biermann § 1292 Anm. 5. Diese Ansicht stützt sich auf § 1292 des BGB. Nach schweizerischem Rechte ist eine solche Verpfändung des Herausgabeanspruches abzulehnen, da dies der Natur eines Warenpapiers widerspricht; vergl. Erl III S. 311.

²¹ Vergl. ZGB 902 II, Wieland zu 902 Bem. 3.

²² Siehe oben S. 46, 47, 50 ff.

²³ ZGB 925; vergl. Wieland zu 925; so auch der Code civil 1141.

²⁴ z. B. durch Verpfändung des Warrant.

²⁵ Vergl. Wieland zu 902 ZGB.

Kap. II. Im Immobiliarsachenrecht.

§ 9. Einleitung.

Nachdem bereits im österreichischen¹ und deutschen² Rechte der Schutz des guten Glaubens des Erwerbers dinglicher Rechte vom Nichtberechtigten im Immobiliarsachenrecht in sehr weitgehendem Maße Anerkennung gefunden hat, hat nun auch das Zivilgesetzbuch denselben Standpunkt eingenommen.³ Wer sich im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuches ein dingliches Recht an einer Liegenschaft bestellen läßt, wird dinglich berechtigt, auch wenn dem Veräußerer die zur Übertragung notwendige dingliche Berechtigung an der Sache mangelt. Damit hat das ZGB dem Immobilierverkehr diejenige Sicherheit und Beweglichkeit gewährleistet, deren er dringend bedurfte.

Was den bisherigen Rechtszustand betrifft, so war den meisten kantonalen Kodifikationen ein solcher Schutz des guten Glaubens des Erwerbers unbekannt. So wurde weder in den Kantonen der welschen Schweiz, in denen das französische Inskriptions- und Transskriptionssystem Geltung hatte, noch in den Kantonen der deutschen Schweiz mit ihrem Fertigungssystem, der Inhalt der Bücher zu gunsten des gutgläubigen Erwerbers als wahr garantiert.⁴ Hatte dem Veräußerer das dingliche Recht an der Liegenschaft gefehlt, dann konnte der gutgläubige Erwerber höchstens das betreffende dingliche Recht ersitzen. Anders verhielt es sich in den beiden Kantonen Solothurn und Basel-Stadt, die zum Grundbuchsystem übergegangen waren. Nach dem Rechte von Solothurn stand dem Benachteiligten eine Anfechtung gegen-

¹ Vergl. Grundbuchgesetz von 1871 (25. VII.) und Vollzugsvorschrift von 1872.

² Vergl. BGB 892 ff. Das deutsche Recht hat sich vor allem an die preußische Gesetzgebung angelehnt. Bereits im ALR I Tit. 10 § 7 ff. wird der redliche Erwerber einer Hypothek geschützt; Ausdehnung dieses Schutzes auf alle dingl. Rechte durch das Gesetz von 1872.

³ ZGB 973 ff.

⁴ Vergl. Huber Erläuterungen III S. 21 ff.; Huber Privatrecht III S. 45 ff.; Zch. Pr. G. B. § 118 a; Siegmund 404 ff.; Lienhard S 483 ff.; v. Wyß Z. f. sch. R. XVII S. 92 ff. (1872).

über dem redlichen Erwerber überhaupt nicht zu.⁵ Nicht so konsequent war das Recht von Basel-Stadt, indem der gutgläubige Erwerber regelmäßig erst nach Ablauf von fünf Jahren endgültig geschützt war.⁶ Inbezug auf das Recht des Kantons Waadt ist zu bemerken, daß dieses zwar bei der Einführung des Grundbuchsystemes einen Schutz des guten Glaubens des Erwerbers ganz analog wie das solothurnerische Recht anerkannte, daß es aber merkwürdigerweise in einem neueren Gesetze von 1897 diesen Standpunkt völlig fallen ließ.⁷

Die Auffassung des ZGB, die im Gegensatz zu den meisten kantonalen Rechten steht, findet ihre Erklärung und zugleich ihre Rechtfertigung durch die Wahl des Grundbuchsystemes als Form der dinglichen Rechte an Immobilien. Dieses System ermöglicht es in der Tat infolge seiner Realordnung, sowohl die dinglichen Rechtsverhältnisse an Liegenschaften vollständig und klar wieder zu spiegeln als auch die Richtigkeit der Bücher zu gunsten des gutgläubigen Erwerbers zu garantieren.⁸

Einige deutsche Rechte, wie die Rechte von Hamburg, Lübeck, Mecklenburg und Sachsen, sind sogar noch einen Schritt weiter gegangen und haben geradezu der Eintragung im Grundbuch formale Rechtskraft beigelegt.⁹ Dies hat zur Folge, daß mit der Einschreibung das dingliche Recht unfehlbar entsteht, wobei es durchaus gleichgültig ist, ob der Erwerber sich in gutem oder bösem Glauben befindet. In diesem Systeme, das besonders eingehend von Exner verteidigt worden ist, liegt offenbar eine Überspannung des Verkehrsinteresses, und es ist daher mit Recht von keiner neueren Gesetzgebung übernommen worden.¹⁰

Anhangsweise ist noch speziell darauf hinzuweisen, daß der Schutz des gutgläubigen Erwerbers trotz des Inkraft-

⁵ Vergl. § 646, Siegmund S. 404 ff.

⁶ Vergl. § 2, § 11 und § 32 dieses Gesetzes.

⁷ Gampert Z. f. sch. R. XV S. 631; Siegmund S. 404 ff.; Lienhard S. 524.

⁸ So auch Huber Erl. III S. 25.

⁹ Vergl. Motive III S. 137–140, Schollmeyer 539, Wieland zu Art. 973 unter 2.

¹⁰ So mit Recht auch Wieland a. a. O.; Schollmeyer a. a. O.; vergl. aber Exner, das Publizitätsprinzip S. 1 ff., S. 62.

tretens des Sachenrechtes noch während einer geraumen Zeit nur in wenigen Kantonen geschützt werden kann, da das ZGB im Schlußtitel ausdrücklich bestimmt hat, daß eine Grundbuchwirkung zu gunsten des gutgläubigen Dritten nur in denjenigen Gebieten Anwendung findet, in welchen bereits das Grundbuch selbst eingeführt oder eine andere Einrichtung ihm gleichgestellt worden ist.¹¹

§ 10. Der öffentliche Glaube des Grundbuches und der gute Glaube des Erwerbers.

A. Der öffentliche Glaube des Grundbuches.

Im Fahrnisrecht wird der gutgläubige Erwerber in dem Umfange berücksichtigt, als die Publizitätswirkung des Besitzes reicht.¹ Ganz analog verhält es sich auch im Immobiliarsachenrecht. Der gutgläubige Erwerber wird insoweit geschützt, als die Einträge im Grundbuch mit öffentlichem Glauben ausgestattet sind.²

Bei diesem öffentlichen Glauben des Grundbuches ist, inhaltlich betrachtet, eine positive und eine negative Seite zu unterscheiden.³ Nach der positiven Seite hin besteht die Funktion des öffentlichen Glaubens darin, daß der Inhalt des Grundbuches zu gunsten des gutgläubigen Erwerbers als wahr vermutet wird. Die negative Seite des Publizitätsprinzipes zeigt sich darin, daß der Gutgläubige den Grundbuchinhalt als lückenlos ansehen darf. Darnach gelten zu seinen Gunsten alle eintragungsfähigen aber nicht eingetragenen Rechte als nicht bestehend⁴ und alle zu Unrecht gelöschten Rechte als untergegangen.

¹¹ Sch. T. 48 III, EG Zürich § 277.

¹ Siehe oben S. 19 ff.

² Art. 973 ZGB; Wieland Grundbuchrecht S. 368 ff.; Lienhard S. 522 ff.

³ Vergl. Lienhard S. 523 ff.; Huber schw. Priv. R. III S. 88; Wieland Vorbemerkungen S. 5; Siegmund S. 405; Marcusen S. 437; Gierke DPrR II S. 326 ff.; Ostertag Art. 973 Nr. 1.

⁴ Dies ist der Fall, wo ausnahmsweise dingliche Rechte ohne Eintragung im Grundbuch entstehen können. Vergl. Lienhard S. 512 ff.; Wieland Vorbemerkungen S. 4 und 5 und zu Art. 656, wo sämtliche Fälle aufgeführt sind. Häufigster Fall: Erwerb infolge Erbschaft.

Abgesehen von den besonderen Verhältnissen bei Schuldbrief und Gült⁵ erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuches nur auf solche Eintragungen, die sich auf den Bestand und den Inhalt der dinglichen Rechte an Immobilien beziehen.⁶ Demgemäß haben am öffentlichen Glauben die sogenannten Einträge im engern Sinne des Art. 958 Anteil, da diese über die bekannten dinglichen Rechte des Eigentumes, der Dienstbarkeiten, der Grundlasten und der Pfandrechte Auskunft geben. Auf die dinglichen Rechte des bisherigen kantonalen Rechtes, die wie das Stockwerkseigentum unter dem ZGB nicht mehr begründet werden können, erstreckt sich der öffentliche Glaube nicht, da sie nicht im Grundbuch eingetragen, sondern lediglich angemerkt werden können.⁷

Ob neben den vier im ZGB anerkannten Kategorien von Sachenrechten auch die vorgemerkten persönlichen Rechte dinglichen Charakter besitzen, ist bestritten.⁸ In einigen wenigen, vom Gesetze genau umschriebenen Fällen, ist es nämlich möglich, gewisse obligatorische Rechte, wie Miete und Pacht, im Grundbuch vorzumerken, wodurch sie, wie das ZGB sich ausdrückt, Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte erhalten.⁹ Inbezug auf die juristische Struktur dieser Rechte verfißt Scheidegger ihren dinglichen Charakter, woraus er auch in konsequenter Weise den Schluß zieht, daß einem gutgläubigen Erwerber eines solchen vorgemerkten Rechtes das mangelnde Recht seines Autors nicht schade.¹⁰ Andererseits sind Wieland und besonders Pfeiffer der Ansicht, daß diese Rechte durch die Vormerkung ihre Natur nicht verändern.¹¹ Auch Huber hat unzweideutig in

⁵ Vergl. darüber speziell unten S. 64 ff.

⁶ Vergl. z. B. Wieland Grundbuchrecht S. 370.

⁷ Vergl. ZGB Sch. T. 45; a. M. allerdings Wieland 973 unter 4 d.

⁸ Vergl. Scheidegger S. 125, 135, 304; Wieland (Vorbemerkungen) S. 4 unter 1 g; Pfeiffer S. 20 ff.

⁹ ZGB 959. Folgende persönliche Rechte sind vormerkbar: das Vorkaufsrecht, das Kaufs- und Rückkaufsrecht, das Recht des Grundpfandgläubigers auf Nachrücker, das Rückfallsrecht bei Schenkungen, Miete und Pacht. Vergl. Pfeiffer S. 12, 13 und die Art. 681, 683, 814 III des ZGB; Art. 247, 260, 282 des SOR.

¹⁰ Scheidegger a. a. O. — ¹¹ Wieland a. a. O.; Pfeiffer spez. S. 34.

diesem Sinne Stellung genommen. In den Erläuterungen drückt er sich folgendermaßen aus: „Gleichwohl wird man diesen vertraglich begründeten Beschränkungen nicht den Charakter von eigenen dinglichen Rechten geben wollen. Sie finden ihren Platz weder unter den Dienstbarkeiten noch unter den Grundlasten. Man müßte sie entweder als eine eigene Art von rechtsgeschäftlich begründeten beschränkten dinglichen Rechten ausgestalten, und hiefür ist bei der Geringfügigkeit der Sache keine rechte Veranlassung vorhanden oder sie bleiben eben persönliche Ansprüche, die gemäß 1002 durch Vormerkung mit Rechtswirkung gegenüber jedermann ausgerüstet werden können.“¹² In noch erhöhtem Maße ist die Konstruktion der vorgemerkten Rechte in der deutschen Literatur bestritten. Die zahlreichen Abhandlungen über diese Frage enthalten nicht nur Ansichten, die diese Rechte für dingliche oder obligatorische halten, sondern es sind in diesen Arbeiten alle möglichen zwischen diesen beiden Rechtsarten vermittelnden Konstruktionen, wie etwa ein jus ad rem oder ein jus in rem scriptam zu finden.¹³

Aus folgenden Erwägungen ergibt sich wohl für das schweizerische Recht, daß die vorgemerkten persönlichen Rechte keine dinglichen sind, auf die sich der öffentliche Glaube des Grundbuches erstreckt.¹⁴ Aus den in Betracht fallenden Art. 959 des ZGB und 260 des OR läßt sich mit ziemlicher Sicherheit ersehen, daß die Vormerkung von gewissen persönlichen Rechten lediglich die Bedeutung hat, den rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen, die diese persönlichen Rechte zu Lasten des Grundstückseigentümers enthalten, absolute Wirkung zu verschaffen. Besonders Art. 260 des OR spricht entschieden für diese Auffassung, indem dort

¹² Huber Erl. III S. 92. Vergl. auch sein Referat über das Grundbuch im Nationalrat Sten. Bull. Bd. 16 S. 1028 (1906).

¹³ Vergl. Pfeiffer S. 20 ff.; z. B. als jus ad rem betrachtet von Gierke II S. 338 Anm. 155; als dingliches Recht von Othmer S. 67; als actio in rem scripta von Oberneck S. 254.

¹⁴ Vergl. Pfeiffer S. 39 ff.; ebenso Crome § 376 Anm. 94; Gierke DPrR II S. 119 Anm. 152; a. M. Othmer S. 87. Strohal (Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube zustatten?) unterscheidet zwischen Vormerkungen, die mit Bewilligung des Verpflichteten erlangt worden sind und solchen, die es nicht sind. Im ersteren Fall greift der öffentliche Glaube Platz, im letzteren dagegen nicht. So auch Gierke DPrR II § 119, Anm. 152.

der Vormerkung einer Miete folgende Wirkung beigelegt wird: „Diese Vormerkung bewirkt, daß jeder neue Eigentümer dem Mieter die Benutzung des Grundstückes nach Maßgabe des Mietvertrages gestatten muß.“ Daß das ZGB dieser Vormerkungsart noch andere dingliche Wirkungen, wie etwa die Erstreckung des öffentlichen Glaubens auf die persönlichen Rechte *nicht* hinzugefügt hat, folgt auch aus der ratio legis, denn mit dieser Vormerkung soll lediglich verhindert werden, daß gewissen gültig entstandenen persönlichen Rechten durch spätere Verfügungen über das Grundstück die Realbefriedigung genommen werden könne.¹⁵

Noch nach einer anderen Richtung hin ist der Umfang des öffentlichen Glaubens bestritten. Bekanntlich besteht in der schweizerischen und deutschen Literatur die Kontroverse, ob die in den Plänen eingezeichneten Grenzen zu den tatsächlichen oder rechtlichen Grundbucheinträgen zu rechnen sind. Wieland ist der Ansicht, daß solche Eintragungen als rechtliche anzusehen seien, die infolgedessen am öffentlichen Glauben Anteil haben.¹⁶ Als Begründung führt er aus, daß erst durch die Grenzen das Eigentum und die beschränkten dinglichen Rechte individualisiert und inhaltlich bestimmt werden. Demgegenüber hat der Bundesrat in einer Botschaft die Auffassung vertreten,¹⁷ daß Pläne als solche keine Rechtskraft für die Feststellung der Rechte an Grundstücken besitzen. Auch Siegmund und Lienhard erblicken in dem Flächenmaß, den Grenzen und dergleichen tatsächliche Verhältnisse, die des öffentlichen Glaubens entbehren.¹⁸ Diese letztere Auffassung ist offenbar als richtig anzusehen, denn die Grenzen beziehen sich auf die Sache, die notwendige Voraussetzung jedes dinglichen Rechtes. Die Richtigkeit dieses Standpunktes wird auch dadurch unterstützt, daß der Flächen-

¹⁵ Würde das ZGB diese Rechte für dingliche halten, dann wäre es auch unverständlich, warum es dies nicht klipp und klar wie das österreichische Recht erklärt hätte. Vergl. öst. allg. BGB § 1095; so auch Pfeiffer S. 30.

¹⁶ Wieland zu Art. 668 unter 3 b; Ostertag 973 Nr. 4, Leemann 668 Nr. 8.

¹⁷ Botschaft 1909 Bd. IV S. 518.

¹⁸ Siegmund S. 406; Lienhard S. 529; so auch Dernburg III S. 158; Crome III S. 145 Nr. 7, 151, Nr. 33; Planck § 892 Bem. I 1; Gierke DPrR II S. 327, 328; a. M. Biermann § 893 Bem. 2; Endemann II § 52 und andere mehr.

inhalt, der sich mit Hilfe der Grenzen allein berechnen läßt, vom ZGB als ein rein tatsächlicher Eintrag angesehen wird.

Um bestimmen zu können, ob und in welchem Umfange sich die Publizitätswirkung auf ein eingetragenes dingliches Recht bezieht, ist die Gesamtheit der Grundbucheinträge zu berücksichtigen.¹⁹ Es sind vor allem auch diejenigen Einträge maßgebend, durch welche ein eingetragenes dingliches Recht durch andere dingliche Rechte belastet oder durch die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen und persönlichen Rechten eingeschränkt wird. Insbesondere ist auf die vorläufigen Eintragungen zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte hinzuweisen.²⁰ Es sind dies Vormerkungen provisorischen Charakters, die mit dem Widerspruch des deutschen Rechtes zu vergleichen sind.²¹ Ihre Bedeutung liegt nicht darin, daß sie wie die andern Vormerkungsarten gewisse Ausflüsse dinglicher Rechte paralisieren, sondern lediglich darin, den öffentlichen Glauben des Grundbuches zu zerstören. Wer eine solche vorläufige Eintragung bewirken konnte, hat damit erreicht, daß von dem Zeitpunkt der Vormerkung an nicht mehr die durch das Grundbuch wiedergegebene, sondern die materielle Rechtslage von Bedeutung ist. Wird nämlich nachträglich festgestellt, daß das behauptete außerbücherliche Recht dem Berichtigungskläger zusteht, so hat dies zur Folge, daß alle Verfügungen über das Grundstück, die der nicht berechtigte Eingetragene vorgenommen hat, unwirksam werden.²² Diese vorläufige Eintragung ist ein zweckmäßiges und notwendiges Korrektiv der Gefahr, die der öffentliche Glaube für den außerbücherlichen Berechtigten bedeutet; denn dieser muß infolgedessen nicht mehr befürchten, daß ihm der eingetragene Nichtberechtigte durch rechtlich wirksame Verfügungen über das Grundstück schaden kann.

¹⁹ *Nicht* zum Grundbuchinhalte gehören gefälschte Einträge. So auch die herrschende Ansicht, vergl. Wieland 974 unter 13.

²⁰ Vergl. ZGB 961.

²¹ BGB 890; vergl. Biermann (Widerspruch und Vormerkung) S. 72 ff., 91 ff., 123.

²² Vergl. Scheidegger S. 310 ff.; Wieland zu Art. 961 unter 1 und 2. Es tritt keineswegs eine Sperrung des Grundbuches ein.

vor, das auf Gesetz oder amtlicher Anordnung beruht, so ist bekanntlich zu unterscheiden, ob es im privaten oder öffentlichen Interesse erlassen ist. Wie bereits oben erörtert wurde, ist nur im erstgenannten Falle ein Schutz des guten Glaubens möglich. Für das Immobiliarsachenrecht ist aber noch folgende Besonderheit zu erwähnen. Das ZGB hat die Möglichkeit geschaffen, daß gewisse Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch vorgemerkt werden können, wodurch sie, wie das Gesetz sich ausdrückt, Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte erhalten.³² Wenn nun ein Veräußerungsverbot eingetragen ist, das im privaten Interesse erlassen wurde, so hat die Vormerkung die Wirkung, daß von diesem Zeitpunkt an ein guter Glaube des Erwerbers an die Verfügungsmacht des Veräußerers ausgeschlossen ist. Dies wäre z. B. der Fall, wenn eine der unter Ziffer 1 und 2 des Art. 960 aufgeführten Veräußerungsverbote vorgemerkt würde; allerdings mit Ausnahme der Verfügungsbeschränkungen auf Grund eines Konkurserkennnisses oder einer Nachlaßstundung.³³ Diese dringen bereits mit ihrem Erlasse gegenüber jedem Dritten durch, der ein dingliches Recht vom Falliten erwerben wollte. Wenn Scheidegger daraus den Schluß zieht, daß die Vormerkung dieser letztgenannten Veräußerungsverbote keine Veränderung mit sich bringe, so ist dies doch nicht ganz zutreffend.³⁴ Es wird dabei übersehen, daß ohne Vormerkung ein gutgläubiger Erwerb noch in dem Falle denkbar wäre, wo der erste Erwerber das betreffende Grundstück weiter veräußerte.³⁵ Erst durch die Vormerkung dringen diese Verfügungsbeschränkungen auch jedem zweiten oder dritten Erwerber gegenüber durch.

§ 11. Voraussetzungen des Schutzes des guten Glaubens.

Da grundsätzlich im Mobilien- und Immobiliarsachenrecht dieselben Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit der gutgläubige Erwerber dinglicher Rechte geschützt werde, so kann im allgemeinen auf die früheren eingehenden Er-

³² ZGB 960, Scheidegger S. 293 ff.

³³ Vergl. oben S. 25 und die dort zitierte Literatur.

³⁴ Scheidegger S. 302.

³⁵ Reichel Sch. K. G. Art. 204 unter 3.

örterungen im Fahrnisrecht verwiesen werden.¹ An dieser Stelle sind lediglich einige Ergänzungen und Modifikationen anzubringen.

Ein gutgläubiger Erwerber dinglicher Rechte vom Nichtberechtigten ist, wie sich wohl aus Art. 973 des ZGB ergibt, nur dann zu schützen, wenn er durch Rechtsgeschäft, durch öffentliche Steigerung oder endlich durch richterliche Zusage gemäß Art. 665 Absatz I ein dingliches Recht erworben hat.² Wenn Ostertag den gutgläubigen Erwerber auch bei anderen nicht rechtsgeschäftlichen Erwerbsarten berücksichtigen will,³ so widerspricht dies offenbar dem Inhalt des ZGB, da es gemäß Art. 973 notwendige Voraussetzung ist, daß ein Dritter sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen *und daraufhin* ein dingliches Recht erworben hat. Dies ist eine Bedingung, die nur bei den drei genannten Erwerbsarten erfüllt ist. Infolgedessen können weder Pfändungs- noch Konkursgläubiger vom Gemeinschaftner unabhängige Rechte erwerben.⁴ In der Hinsicht herrscht allerdings Übereinstimmung, daß weder ein Ehegatte infolge eines Erwerbes dinglicher Rechte durch das eheliche Güterrecht, noch ein Erbe infolge des Anfalles des Nachlasses dingliche Rechte erwerben, die nicht dem anderen Ehegatten respektive dem Erblasser zugestanden haben.⁵

Was den Zeitpunkt betrifft, in welchem der gute Glaube des Erwerbers vorhanden sein muß, so ist für das Immobiliarsachenrecht die Besonderheit zu erwähnen, daß es genügt, wenn der Erwerber im Moment der Einschreibung im Tagebuch gutgläubig war.⁶ Obwohl das dingliche Recht erst mit der Eintragung im Hauptbuch entsteht, so wäre doch ein böser Glaube zur Zeit dieses Eintrages als eine mala fides superveniens zu betrachten, die nicht mehr schaden kann. Diese Ansicht, die besonders auch von Wieland ver-

¹ Siehe oben S. 38 ff.

² So auch Wieland zu 974 unter 5; siehe auch oben S. 42.

³ Ostertag zu 973 Nr. 14.

⁴ So auch Wieland a. a. O.

⁵ Wieland a. a. O. Ostertag zu 973 Nr. 14. Auf diesem Standpunkt steht auch das deutsche Recht; vergl. §§ 892, 893.

⁶ ZGB 972 II; Wieland zu 974 unter 7 d; Ostertag zu 973 Nr. 9.

treten wird, ergibt sich aus der Bestimmung des ZGB, daß die Wirkungen des Erwerbes auf den Zeitpunkt zurückbezogen werden, in welchem die Einschreibung im Journal erfolgte. Es wäre auch in der Tat unbillig, wenn auch noch die Eintragung im Hauptbuch von Bedeutung wäre, da dieser Zeitpunkt dem Einfluß der Parteien völlig entzogen und von ganz zufälligen Momenten abhängig ist. Eine ganz analoge Bestimmung enthält auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, indem guter Glaube des Erwerbers nur bei Stellung des Antrages auf Eintragung erforderlich ist.⁷

Während der Schutz des guten Glaubens des Erwerbers im Fahrnisrecht eine bedeutende Abschwächung erleidet, wenn eine abhandengekommene Sache übertragen wird, oder gar ausgeschlossen ist, wenn der Veräußerer lediglich Besitzdiener war, so finden sich ähnliche Ausnahmen im Immobiliarsachenrecht nicht. Dies ist einerseits deswegen gerechtfertigt, weil dem tatsächlichen Innehaben im Grundbuchrecht jede Rechtsvermutung genommen ist und andererseits darum, weil eine Diskrepanz zwischen äußerem Schein und materieller Rechtslage infolge des Eintragungsprinzipes in Verbindung mit einer Prüfungspflicht des Grundbuchbeamten viel weniger häufig vorkommen kann als im Mobiliarsachenrecht. Zudem ist auch nicht außer Acht zu lassen, daß der Eigentümer einer beweglichen Sache, der einem Dritten infolge eines obligatorischen Rechtsverhältnisses oder infolge der Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechtes den Gewahrsam an der Sache übergibt, damit regelmäßig gegen seinen Willen bewirkt, daß der Dritte als Eigentümer erscheint, währenddem im Grundbuchrecht der Eigentümer niemals einen solchen Widerspruch zwischen bücherlicher und materieller Rechtslage schaffen muß, um dem Erwerber die genannten Berechtigungen gewähren zu können.⁸

§12. Der Schutz des guten Glaubens im Grundpfandrecht.

Im allgemeinen.

Von den beschränkten dinglichen Rechten an Immobilien bedarf das Grundpfandrecht noch einer eingehenden Wür-

⁷ BGB 892. — ⁸ Vergl. Wellspacher S. 18 ff.

digung, weil das Anwendungsgebiet des guten Glaubens des Erwerbers erhebliche Modifikationen erfährt. Das Grundpfandrecht ist seinem Wesen nach ein unselbständiges Recht, da es in enger Verbindung mit einem obligatorischen Rechte steht. In dieser Verknüpfung des dinglichen mit dem obligatorischen Rechtsverhältnisse liegt der Grund der differenzierten Behandlung des Schutzes des guten Glaubens des Erwerbers, denn in dieser Hinsicht sind die beiden Bestandteile des Grundpfandes Antagonisten. Einerseits hängt es mit dem Wesen der Verpflichtung von Person zu Person zusammen, daß nur die materielle Rechtslage berücksichtigt werden kann, und der bona fides grundsätzlich jede Wirkung zu versagen ist, andererseits rechtfertigt es sich, den guten Glauben an den Bestand des dinglichen Rechtes in ausgedehntem Maße anzuerkennen. Da diese beiden Rechtsverhältnisse in solcher gegenseitiger Abhängigkeit stehen, daß sie gewissermaßen zu einem einheitlichen Rechtsgebilde zusammengeschweißt sind, so ist der Gesetzgeber gezwungen, das gleiche rechtliche Schicksal beiden Rechtsverhältnissen zu Teil werden zu lassen. Je nachdem er die Obligation oder das Pfandrecht für prädominierend ansieht, wird der gute Glaube des Erwerbers eine Einschränkung oder Erweiterung erfahren. Die Entscheidung für die eine oder die andere Lösung ergibt sich aus dem Zweckmoment. Hiebei zeigt sich die interessante Erscheinung, daß dem Pfandrecht zwei wesentlich verschiedene Funktionen zukommen. Erstens soll es die Befriedigung einer Forderung sichern und zweitens den Immobiliarkredit mobilisieren.¹ Dies sind zwei Funktionen, die mit Rücksicht auf den Schutz des guten Glaubens des Erwerbers von entgegengesetztem Einflusse sind. Das Sicherungsinteresse rückt besonders die dem Schutz des guten Glaubens nicht förderliche Obligation in den Vordergrund, so daß das Pfandrecht lediglich deren Akzessorium ist, während umgekehrt die Hebung des Realkredites nur erreicht werden kann, wenn eine möglichst weitgehende Negotiabilität des Pfandrechtes vorhanden ist oder konkret gesprochen, wenn das Forderungsrecht verdinglicht ist.

¹ Vergl. Erl. III S. 175 ff., 180 ff., Egger S. 96 ff.

Diesen Gegensatz hat das ZGB in der Weise zweckmäßig gelöst, daß es zwei verschiedene Hauptformen des Pfandrechtes geschaffen hat, einerseits in Schuldbrief und Gült die beiden Repräsentanten, die in erster Linie die Förderung des Bodenkredites bezwecken,² und andererseits in der Grundpfandverschreibung den Typus der reinen Sicherungshypothek.³

II. Schuldbrief und Gült.

Es gibt kaum ein anderes Rechtsinstitut, bei welchem der gute Glaube einer Person in solchem Maße geschützt wird, wie beim Schuldbrief und bei der Gült. Wie bereits auseinandergesetzt wurde, liegt der Grund dafür in der völligen Verdinglichung der Forderung. Was nun diese Verdinglichung betrifft, so hat das ZGB nicht einfach auch die Obligation den Prinzipien des Grundbuches unterstellt, sondern es hat einen dem Verkehr weit dienlicheren Weg eingeschlagen, statt einer Immobilisierung nahm es eine Mobilisierung vor, indem es das obligatorische und das dingliche Recht in einem Wertpapier vereinigte, welches zur Übertragung keiner Eintragung im Grundbuch bedarf, sondern in jeder Beziehung nach Wertpapiergrundsätzen übertragen wird.⁴ Es fehlte allerdings nicht an Anfechtungen des Entwurfes zum ZGB infolge der Anerkennung der Briefhypothek bei Schuldbrief und Gült. So suchte besonders Wieland die Buchhypothek zu verteidigen, indem er für jede Rechtsveränderung die Eintragung im Grundbuch forderte.⁵ Wie aber Escher überzeugend nachgewiesen hat, sind die kleinen Übelstände, die mit der außerbücherlichen Übertragbarkeit verbunden sind, nicht imstande, die Sanktionierung der Buchhypothek zu rechtfertigen.⁶ Zu gunsten der Regelung des ZGB spricht vor allem die Tatsache, daß das Vorbild des schweizerischen Schuldbriefes, der zürcherische Schuldbrief, mit seiner außerbücherlichen Übertragung seine Lebensfähigkeit glänzend bewiesen hat.⁷

² ZGB Art. 842 ff. — ³ ZGB Art. 824 ff.

⁴ ZGB 866, 869; Egger Grundeigentumsordnung und Grundpfandrecht S. 105 ff.

⁵ Wieland, Zur Vereinheitlichung des Grundpfandrechtes S. 196 ff., speziell 201.

⁶ Escher S. 45 ff. — ⁷ Zürch. Privatrecht §§ 385 ff., spez. § 388.

In der folgenden Darstellung ist es nicht möglich, auch das deutsche und das österreichische Recht heranzuziehen, da die Differenz zwischen diesen ausländischen Gesetzgebungen und dem ZGB mit Rücksicht auf die Pfandrechtsinstitute zu groß ist. Was speziell den Schutz des guten Glaubens betrifft, so kommt ihm weder im österreichischen noch im deutschen Rechte die Bedeutung zu wie im ZGB, weil sie einerseits die Hypothek nicht in einem Wertpapier mit öffentlichem Glauben verkörpert haben und andererseits, weil sich dort das Publizitätsprinzip des Grundbuches gar nicht oder nur in beschränktem Umfange auch auf die Forderung bezieht. So umfaßt z. B. im deutschen Rechte der öffentliche Glaube des Grundbuches nur insoweit die Forderung, als sie grundpfandrechtlich gesichert ist.^{8 9} Dagegen wird häufig auf das zürcherische Recht und die zürcherische Praxis hinzuweisen sein, da ja der schweizerische Schuldbrief sich eng an das zürcherische Schuldbriefrecht anlehnt und eine Weiterbildung desselben darstellt.

Da Schuldbrief und Gült durch Begebung des Titels übertragen werden,¹⁰ so hängt der Schutz des guten Glaubens des Erwerbers in erster Linie davon ab, inwieweit das Papier mit einer Publizitätswirkung ausgestattet ist. In dieser Hinsicht bestimmt Art. 866 des ZGB, daß der formell richtig entstandene Pfandtitel jedem Gutgläubigen gegenüber gemäß seinem Wortlaut zu Recht bestehe. Damit wird der Titel als ein skripturmäßiges Wertpapier anerkannt, das Forderung und dingliches Recht verkörpert.¹¹ Die Angaben über die Kapital- und Zinsforderungen, über das Pfandrecht, sowie andere Tenorbestimmungen gelten jedem gutgläubigen Erwerber gegenüber als wahr und vollständig.¹² Einer besonderen Erörterung bedürfen die Zinsforderungen, weil hier die Verhältnisse etwas komplizierter sind. Wenn der gutgläubige Erwerber von einem nicht berechtigten Veräußerer einen

⁸ Vergl. Exner: Das österreichische Hypothekenrecht.

⁹ BGB § 1138; Wolff (Sachenrecht) S. 463.

¹⁰ Egger a. a. O.

¹¹ So auch Wieland zu 866 unter I Erl. III S. 284; zürch. Recht § 390 vergl. Escher S. 113 ff.

¹² Wieland zu Art. 866 unter 2 w 4.

Schuldbrief oder eine Gült übertragen erhält, so erwirbt er zweifellos nur einen Anspruch auf die laufenden Zinsen; denn auf die verfallenen Zinsen kann sich die Publizitätswirkung des Wertpapiere nicht erstrecken, weil sie bereits zu selbständigen Forderungen geworden sind.¹³ Dieser Anspruch des gutgläubigen Erwerbers kann jedoch in einem Falle illusorisch werden. Wenn der Schuldner fällige Zinsen, für die keine Coupons bestehen, an seinen früheren Gläubiger entrichtet hat, ohne zu wissen, daß eine Veränderung auf der Gläubigerseite eingetreten ist, so ist er gültig befreit.¹⁴ Dabei ist hervorzuheben, daß der Schuldner keineswegs verpflichtet ist, irgendwelche Legitimation von seiten des bisherigen Gläubigers zu verlangen.¹⁵ In diesem Schutze des guten Glaubens des Schuldners ist nicht etwa eine singuläre Bestimmung des ZGB zu erblicken, sondern es ist dies eine entsprechende Anwendung des im Obligationenrecht allgemein anerkannten Prinzipes, daß ein Schuldner solange das persönliche Band zwischen ihm und seinem bisherigen Gläubiger als fortdauernd ansehen darf, bis ihm die Übertragung der Forderung bekannt geworden ist.¹⁶

Art. 866 des ZGB genügt aber nicht, um die Wirkungssphäre des guten Glaubens des Erwerbers in ihrem vollen Umfange abzugrenzen. Über verschiedene Punkte enthält das ZGB keinerlei Bestimmungen im Grundpfandrechte. So wird z. B. nicht darauf eingetreten, ob auch abhandengekommene Schuldbriefe und Gült von Gutgläubigen erworben werden können,¹⁷ oder wie es sich verhält, wenn gefälschte Unterschriften sich auf dem Titel befinden.¹⁸ Das Stillschweigen des ZGB weist wohl darauf hin, daß darin auf die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes über die Wertpapiere abzustellen ist. Da nun aber, wie bereits oben eingehend erörtert wurde, der Schutz des guten Glaubens des Erwerbers beträchtlich differiert, je nachdem ein Namen-

¹³ Wieland Art. 866 unter 4 d; Escher S. 122; HE 19 S. 301 ff.; Bl. f. zch. Rechtspr. 1 Nr. 166, 4 Nr. 17.

¹⁴ ZGB 862, Wieland zu 862 unter 2.

¹⁵ ZGB 862 I; anders bei Kapitalabzahlungen 862 II.

¹⁶ SOR 167, BGB § 407.

¹⁷ Wieland zu 866 unter 3 g.

¹⁸ Wieland zu 869 unter 4 c.

Order oder Inhaberpapier vorliegt, so ist vorerst zu untersuchen, unter welche von diesen drei Kategorien Schuldbrief und Gült zu subsumieren sind.¹⁹

Gemäß Art. 869 des ZGB kann ein Schuldbrief und eine Gült auf den Inhaber oder auf den Namen lauten. Ist das erstere der Fall, dann handelt es sich um ein Inhaberpapier.²⁰ Nicht so unbedingt sicher ist der Charakter der auf den Namen ausgestellten Titel zu bestimmen. Es bleibt zweifelhaft, ob ein Namen- oder ein Orderpapier vorliegt. Würde lediglich auf den Wortlaut des OR und des ZGB Rücksicht genommen, so müßte wohl ein solcher Titel als ein Namenpapier zu betrachten sein, da er weder die positive Orderklausel enthält, noch vom Gesetz ausdrücklich als indossabel erklärt worden ist.²¹ Trotzdem ist wohl Wieland zuzustimmen, wenn er diese Titel zu den Orderpapieren rechnet.²² Wie sich aus den Protokollen ergibt, ist das Fehlen des Ausdruckes Indossament lediglich eine redaktionelle Änderung,²³ indem der in Betracht fallende Passus des Art. 848 von der Expertenkommission in folgender Form angenommen wurde: „Ein Indossament, das den Namen des Indossatars nicht enthält, ist ungültig.“ Daran wurde später materiell keine Änderung mehr vorgenommen. Daß in der Tat dieses Papier als ein indossables angesehen werden muß, folgt auch daraus, daß die Übertragung ganz wie bei Orderpapieren durch Übergabe des Papiere unter Beifügung der Übertragungserklärung *auf dem Titel selbst* sich vollziehen muß.²⁴ Im weiteren spricht auch entschieden gegen die Annahme eines Namenpapiere der Umstand, daß dem Schuldner gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des Titels nur diejenigen Einreden zustehen, die sich aus dem Papier selbst ergeben.²⁵

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß in dem Umfange, in welchem Art. 867 des ZGB die Wirkungssphäre des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers nicht genügend fixiert

¹⁹ Vergl. oben S. 46 ff.

²⁰ ZGB 869; Wieland 869 unter 1; Egger S. 104 ff.; ZGB 859; Wieland 859 unter 2 b aa.

²¹ Vergl. Wieland zu 859 unter 2 b bb.

²² Vergl. Wieland a. a. O.; a. M. Egger S. 108.

²³ Prot. S. 343. — ²⁴ ZGB Art. 869 II. — ²⁵ ZGB 872.

hat, die allgemeinen Bestimmungen über Inhaber- respektive Orderpapiere zur Ergänzung heranzuziehen sind. Da die Wirkungskraft des guten Glaubens beim Erwerb dieser Wertpapiere bereits oben im Fahrnisrechte eingehend untersucht worden ist, so genügt es, auf jene Ausführungen zu verweisen.²⁶ An dieser Stelle mag nur in Erinnerung gerufen werden, daß bei Orderpapieren der Schutz des guten Glaubens beträchtlich weiter reicht als bei Inhaberpapieren. Der Erwerber eines indossablen Papiers wird nicht nur geschützt, wenn er den Veräußerer für verfügungsberechtigt kraft eigenen dinglichen Rechtes hielt, sondern es kann überhaupt jeder Rechtsmangel in der Person des Autors durch den guten Glauben des Erwerbers ersetzt werden. Daß eine solche Differenz des Schutzes des guten Glaubens unmotiviert und unrichtig ist, zeigt sich besonders hier, wo dasselbe Rechtsverhältnis in einem Order- oder Inhaberpapier verkörpert werden kann.

Alle diese Ausführungen über den Schutz des guten Glaubens des Erwerbers eines Schuldbriefes oder einer Gült können unter Umständen erhebliche Modifikationen erleiden, da noch *ein zweites Publizitätsorgan, das Grundbuch* vorhanden ist. Damit ein Grundpfand entstehen kann, bedarf es nämlich eines formell richtigen Eintrages im Grundbuch.²⁷ Während sich sonst die Publizitätswirkung des Grundbuches nur auf dingliche Rechtsverhältnisse bezieht, so tritt hier eine bedeutende Erweiterung ein, indem sich der öffentliche Glaube gemäß ausdrücklicher Gesetzesbestimmung auch auf die Forderung bezieht und zwar auf die Forderung in ihrem ganzen Umfange, nicht nur in ihrer grundpfandrechlich gesicherten Höhe.²⁸ Solange sich der Inhalt des Grundbuches und des Titels decken, bedürfen die früheren Ausführungen keiner Korrektur. Anders verhält es sich aber, sobald die beiden Erkenntnisquellen differieren, weil das ZGB erklärt hat, daß in einem solchen Falle das Grundbuch maßgebend sein solle.²⁹ Dieser Standpunkt des ZGB, der im Gegensatz zum Entwurf von 1898 dem Grundbuch die prävalierende Publizitäts-

²⁶ Vergl. oben S. 47 ff.

²⁷ ZGB 865.

²⁸ ZGB 865; vergl. Wieland zu 865 unter 4.

²⁹ ZGB 867; Erl. III S. 285 ff.

wirkung zugesprochen hat, liegt vor allem im Interesse gutgläubiger Dritter, die im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchinhaltes Eigentum oder beschränkte dingliche Rechte erwerben. Diese müssen davor geschützt werden, daß durch außerbücherliche Tatsachen eine Veränderung der Belastung des in Frage kommenden Grundstückes eintreten könne; dies um so mehr, als es ihnen meistens nicht möglich ist, sich über den Inhalt des kursierenden Titels zu informieren. Dazu kommt noch, daß der gutgläubige Erwerber des Titels stets in der Lage ist, sich von dem Grundbuchinhalt Kenntnis zu verschaffen. Für diesen letzteren ist auch dadurch noch in der Weise gesorgt, daß ihm der Staat für allen Schaden verantwortlich ist, der sich aus der Führung des Grundbuches ergibt.³⁰

Die Wirkung des Art. 867 ist trotz seiner bestimmten Fassung nicht so absolut, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte. Nur dann ist der Grundbuchinhalt ohne Ausnahme maßgebend, wenn er zugleich der wahren Rechtslage entspricht.³¹ Wenn der Inhalt des Grundbuches unrichtig ist, so geht nur dann der wahre Inhalt des Titels nach, wenn erstens bereits ein gutgläubiger Dritter im Vertrauen auf das Grundbuch ein dingliches Recht erworben hat, und wenn zweitens eine geringere Belastung des Grundstückes im Grundbuch eingetragen ist als auf dem Titel. Wenn die erstgenannte Bedingung nicht erfüllt ist, so kann der gutgläubige Erwerber des Wertpapiers Berichtigung des unrichtigen Eintrages im Grundbuch fordern. Weder der Eigentümer noch andere spätere dinglich Berechtigte können dagegen Einsprache erheben.³² Ist die letztere Voraussetzung nicht gegeben, indem eine größere Belastung fälschlicherweise im Grundbuch eingetragen ist, so müssen sowohl der Grundstückseigentümer als auch andere interessierte dinglich berechtigte Dritte Änderung des Grundbucheintrages verlangen können, denn der Erwerber des Titels kann sich nicht auf ein redliches Vertrauen auf das Grundbuch berufen, da ihm der differierende Wortlaut des Wertpapiers bekannt sein mußte.³³

³⁰ ZGB 955. Der Kanton ist für den Schaden verantwortlich.

³¹ Vergl. Erl. III S. 285, 286. Wieland zu 867.

³² Wieland zu 867 unter 2. — ³³ Wieland a. a. O.

III. Grundpfandverschreibung.

In scharfem Gegensatz zu Schuldbrief und Gült steht die Grundpfandverschreibung, der Typus der Sicherungshypothek.³⁴ Da das Pfandrecht lediglich ein Nebenrecht der Forderung ist, so fehlt es nicht nur an einer Erweiterung des Wirkungsbereiches des guten Glaubens, sondern es sind im Gegenteil verschiedene Einschränkungen zu erwähnen.

Bei der Grundpfandverschreibung erstreckt sich die Publizitätswirkung nicht wie bei Schuldbrief und Gült auf die Forderung. Auch ein allfälliger Auszug aus dem Grundbuch ist nur eine Beweisurkunde.³⁵ Infolgedessen findet regelmäßig ein gutgläubiger Erwerb der Obligation nicht statt. Nur dann, wenn ausnahmsweise eine in einem Inhaber- oder Orderpapier verbrieftete Forderung durch eine solche Hypothek sicher gestellt wird, ist der gute Glaube des Erwerbers des Titels entsprechend dem im Fahrnisrecht erörterten Umfange zu berücksichtigen.³⁶

Was das eingetragene Pfandrecht betrifft, so wird es durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches als vorhanden vermutet. Da es aber ein völlig akzessorisches Recht ist, so ist ein gutgläubiger Erwerb einer nicht gültig entstandenen Hypothek ausgeschlossen, wenn die Forderung nicht besteht oder untergegangen ist.³⁷ Wenn allerdings die Obligation besteht und gültig zediert wird, dann geht das zu Unrecht eingetragene Pfandrecht auf den Erwerber über, vorausgesetzt, daß dieser gemäß Art. 973 des ZGB sich im guten Glauben auf die Richtigkeit des Grundbuches verlassen hat. Diese Auffassung wird allerdings von Wieland zurückgewiesen, der den Standpunkt vertritt, daß auch in diesem Falle der Zessionar das vermeintliche Pfandrecht nicht erwerben könne.³⁸ Die zur Unterstützung dieser Ansicht in seinem Kommentar angeführten Gründe, sind aber wohl nicht als stichhaltig anzusehen; insbesondere ist der von ihm gezogene Schluß keineswegs zwingend, daß deswegen, weil bei

³⁴ ZGB 824 ff.

³⁵ Vergl. Erl. III S. 176; Wieland zu 835 unter 1, Egger S. 111 ff.

³⁶ Vergl. oben S. 47 ff.

³⁷ Wieland zu 835 unter 3; weiter zu 793, 824, 826.

³⁸ Wieland zu 835 unter 3.

Schuldbrief und Gült sich der öffentliche Glaube auf die Obligation und das Pfandrecht erstreckt, a contrario bei der Grundpfandverschreibung für *beide* das Gegenteil anzunehmen sei. Was den Umfang des Schutzes des guten Glaubens betrifft, so kann völlig auf die früheren Erörterungen verwiesen werden.³⁹

II. Der gute Glaube beim Erwerb dinglicher Rechte durch Ersitzung.

§ 13. Einleitung und geschichtliche Entwicklung.

Ein weiterer Anwendungsfall des guten Glaubens ist die Ersitzung. Als dingliche Rechte, die durch den Gutgläubigen ersessen werden können, kommen das Eigentum, die Dienstbarkeiten und die Grundlasten in Betracht.¹ Was die zuletzt genannten dinglichen Rechte betrifft, so ist zwar Wieland der Ansicht, daß sie wohl infolge ihrer Natur nicht ersitzbar seien.² Demgegenüber ist aber einzuwenden, daß das ZGB mit Rücksicht auf den Erwerb dieser Rechte auf die Bestimmungen beim Grundeigentum verweist, ohne den Erwerb durch Ersitzung ausdrücklich auszunehmen.³ Es ist auch nicht einzusehen, warum zwar eine Grunddienstbarkeit wie eine servitus non altius tollendi ersessen werden kann, nicht aber eine Grundlast. In der Tat war auch dem zürcherischen Rechte eine Ersitzung von Grundlasten bekannt.⁴ Ausgeschlossen ist nach schweizerischem und deutschem Recht die Ersitzung eines Pfandrechtes.

Um die Bedeutung des guten Glaubens bei der Ersitzung besser verstehen zu können, ist es wohl angezeigt, einige Erörterungen historischer Natur vorzuschicken.

³⁹ Vergl. oben S. 60 ff.

¹ ZGB 661, 662, 728, 731, 746, 783, 941.

² Wieland zu 783 unter Nr. 2.

³ Vergl. Art. 783 ZGB.

⁴ Zch. Privatrecht 308 und 244.

Dem alten römischen Rechte war wohl bei der Ersitzung das Requisite des guten Glaubens noch unbekannt.⁵ Um unbillige Konsequenzen zu verhindern, wurden zunächst gewisse Erfordernisse objektiver Natur aufgestellt. Es wurden die *res furtivae* und die *res vi possessae* der Ersitzung entzogen.⁶ Dazu kam später noch das Requisite des Titels. Erst mit der Verfeinerung der Rechtsauffassung drang wohl das Erfordernis des guten Glaubens durch. Bei der von Justinian zur Ergänzung der ordentlichen Ersitzung geschaffenen außerordentlichen Ersitzung waren sogar nur *bona fides* und dreißig- oder vierzigjähriger Besitz gefordert.⁷ Erwähnenswert ist auch noch, daß im römischen Recht der gute Glaube lediglich beim Besitzerwerb vorliegen mußte, daß dagegen jede spätere *mala fides* irrelevant war.⁸

In dieser Hinsicht brachte das kanonische Recht eine bedeutsame Neuerung. Es forderte den guten Glauben des Erwerbers während der ganzen Ersitzungszeit. Der Grund dieser Modifikation ist wohl, wie Regelsberger zutreffend ausführt, nicht in einem entwickelteren Rechtsgefühl zu suchen, sondern darin, daß das kanonische Recht in dem Gutgläubigen einen moralisch guten Menschen erblickte, dessen redliche Gesinnung mit dem Erwerb dinglicher Rechte belohnt werde.⁹

Während im römischen und im gemeinen Recht die Ersitzung der weitaus wichtigste Anwendungsfall des guten Glaubens gewesen ist, so trifft dies keineswegs mehr für das moderne Recht zu. Es hängt dies damit zusammen, daß überhaupt das Institut der Ersitzung in neueren Gesetzbüchern erheblich an Bedeutung eingebüßt hat. Durch die Anerkennung des sogenannten gutgläubigen Erwerbers dinglicher Rechte vom Nichtberechtigten im Fahrnis- und Grundbuchrecht sind der Ersitzung die häufigsten Fälle genommen worden. Die

⁵ Vergl. Pernice *Labeo* II S. 153 ff.; Dernburg P. I. S. 507 ff.

⁶ Dernburg a. a. O.

⁷ Vergl. Dernburg P. I. S. 518 ff.

⁸ Vergl. Regelsberger in *Iherings Jahrb.* Bd. 47 S. 347. Dernburg S. 514. Beim Kauf war außerdem noch beim Abschluß des Kaufes guter Glaube notwendig.

⁹ Vergl. Regelsberger a. a. O.; Dernburg a. a. O. Cap 20 X de *praescriptionibus* 2, 26. *Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.*

Usukapion hat im modernen Rechte sozusagen nur noch die Funktion der außerordentlichen Ersitzung des römischen Rechtes. Dazu kommt noch, daß gewisse neuere Kodifikationen Ersitzungsarten kennen, denen das Requisite des guten Glaubens fehlt. So kennt z. B. das deutsche BGB im Immobiliarsachenrecht überhaupt nur solche Ersitzungsarten.¹⁰ Was das schweizerische Recht betrifft, so liegen die Verhältnisse folgendermaßen: Im Mobiliarsachenrecht besteht nur eine Ersitzungsart, deren Erfordernisse fünfjähriger ununterbrochener, unangefochtener Besitz und guter Glaube des Erwerbers sind.¹¹ Im Immobiliarsachenrecht ist zu unterscheiden zwischen der ordentlichen und der diese ergänzenden außerordentlichen Ersitzung. Während die erstere Art guten Glauben, zehnjährigen Besitz und Eintrag im Grundbuch voraussetzt,¹² fehlt der letzteren der sogenannte Kontratabular- oder Blankoersitzung nebst verschiedenen anderen Besonderheiten das Requisite des guten Glaubens.¹³ Sie ist daher in dieser Arbeit nicht weiter zu berücksichtigen; dagegen sind im folgenden Paragraphen noch näher Inhalt, Umfang und Zweck des guten Glaubens bei der Ersitzung im Fahrnisrecht und der ordentlichen Ersitzung im Grundbuchrecht zu erörtern.

§ 14. Inhalt, Umfang und Zweck des guten Glaubens bei der Ersitzung.

Wie beim Erwerb vom Nichtberechtigten muß auch bei der Ersitzung nur der Erwerber sich im guten Glauben befinden. Im Gegensatz zu jener Erwerbsart bezieht sich bei der Ersitzung der gute Glaube nicht auf ein mangelndes dingliches Recht in der Person des Veräußerers, sondern in derjenigen des Ersitzenden selbst.¹ Dieser ist gutgläubig, wenn er schuldlos nicht weiß, daß ihm das dingliche Recht

¹⁰ BGB 900; 927.

¹¹ ZGB 728. Keine Unterbrechung der Ersitzung, wenn eine abhandlungsgewordene Sache vom Besitzer innert Jahresfrist oder mittelst einer während dieser Frist erhobenen Klage wieder erlangt wurde.

¹² ZGB 661; vergl. Wieland zu Art. 661.

¹³ ZGB 662. Über die Voraussetzungen dieser Ersitzung, die höchst selten Anwendung findet, Wieland zu Art. 662.

¹ Wolff, Sachenrecht S. 187.

an der Sache fehlt. Während im französischen Rechte ganz analog wie im römischen Rechte die bona fides lediglich im Moment des Besitzerwerbes vorhanden sein muß, so genügt dies nach dem schweizerischen und deutschen Rechte nicht.² Der Besitzer muß während der ganzen Ersitzungszeit sich in gutem Glauben befinden. Diese Ersitzungsfrist, die bei Mobilien fünf Jahre, bei Immobilien zehn Jahre beträgt, kann eine Verkürzung erfahren, wenn bereits der Vorgänger des Besitzers in gutem Glauben die Sache in Ersitzungsbesitz gehabt hatte, indem der Nachfolger dessen Ersitzungszeit einrechnen darf.³ Diese accessio possessionis greift dann nicht Platz, wenn der Autor bösgläubig gewesen ist. Die Auffassung des römischen Rechtes, daß auch der gutgläubige Erbe eine Sache nicht ersitzen könne, wenn der Erblasser sich in bösem Glauben befunden hat, ist von den modernen Kodifikationen mit Recht fallen gelassen worden; es hindert die mala fides des Erblassers den Beginn eines eigenen Ersitzungsbesitzes des redlichen Erben nicht mehr.⁴ Nach dem schweizerischen Rechte muß der gute Glaube während der ganzen Ersitzungszeit in seiner vollen Stärke vorhanden sein, auch ein Wissenssollen nach dem Besitzerwerbe vernichtet die bona fides.⁵ Demgegenüber vertritt bekanntlich das deutsche BGB die Auffassung, daß nur im Moment des Besitzerwerbes grobe Fahrlässigkeit den guten Glauben ausschließe, daß dagegen nachträglich nur noch das Wissen die bona fides zerstört.⁶ Dieser Unterschied zwischen deutschem und schweizerischem Rechte ist allerdings nicht von großer praktischer Bedeutung, da nach Erlangung des Besitzes dem Ersitzenden regelmäßig keine Pflicht zur Prüfung seiner dinglichen Berechtigung an der Sache zugemutet werden darf.

Während beim Erwerb dinglicher Rechte vom Nichtberechtigten nur das mangelnde dingliche Recht auf Seiten des Veräußerers durch den guten Glauben ersetzt werden kann, so reicht bei der Ersitzung die Wirkungskraft des

² C. c. 2269. Planiol Nr. 2669.

³ ZGB Art. 941; Wieland zu Art. 941.

⁴ Vergl. Dernburg P. I S. 516.

⁵ ZGB 661; 728; vergl. auch Wieland zu 728 unter 2 c.

⁶ BGB § 937 II; vergl. auch die Kommentare z. BGB.

guten Glaubens erheblich weiter. Jeder rechtliche Mangel, der den Erwerb des dinglichen Rechtes ausschließen kann, vermag durch den guten Glauben des Ersitzenden ausgeglichen zu werden.⁷ Ein sogenannter Putativtitel ist durchaus genügend. War z. B. der Veräußerer handlungsunfähig oder war der sich als Vertreter aufspielende Veräußerer ein falsus procurator, so kann trotzdem der Gutgläubige das ihm nicht zustehende dingliche Recht ersitzen.⁸ Im weiteren ist es durchaus gleichgültig, auf Grund was für eines angeblichen Titels der gutgläubige Erwerber den Besitz an der Sache erlangt hat. Auch derjenige, der eine Sache okkupierte, die ein Nichteigentümer derelinquierte, kann die betreffende Sache zu Eigentum ersitzen.⁹ Ob einer oder gar mehrere dieser rechtlichen Mängel zusammen vorliegen, ist ohne Einfluß, wenn nur der Ersitzende in bezug auf alle Mängel sich im guten Glauben befindet.

In der neueren Literatur wird hin und wieder die Auffassung vertreten, daß der gute Glaube die Grundlage der Ersitzung sei. Es erhalte der Ersitzende das dingliche Recht an der Sache sozusagen als Belohnung für seine Redlichkeit.¹⁰ Dieser Standpunkt läßt sich offenbar schon aus dem Grunde nicht aufrecht erhalten, weil in modernen Kodifikationen Ersitzungsarten Anerkennung gefunden haben, denen das Requisite des guten Glaubens fehlt. Es sei nur an die außerordentliche Ersitzung des schweizerischen Immobiliarsachenrechtes erinnert.¹¹ Wie schon die römischen Juristen richtig betont haben, ist der rechtserzeugende Faktor der langandauernde Besitz „Usucapio est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti“.¹² Das Requisite des guten Glaubens soll bei der Ersitzung lediglich ermöglichen, daß die Ersitzungsfristen möglichst kurz bemessen werden können, ohne unbillige Konsequenzen im Gefolge zu haben. Daß dem in der Tat so ist, zeigt sich auch

⁷ Vergl. Wieland zu Art. 728.

⁸ Vergl. Wieland a. a. O.

⁹ Stein S. 81.

¹⁰ Stein S. 90.

¹¹ ZGB 662.

¹² I 3 D de usurp. 41 3; vergl. auch Dernburg P. I S. 506 ff.

darin, daß diejenigen Ersitzungsarten, die das Requisite des guten Glaubens nicht kennen, zwei- oder dreifachsolange Ersitzungsfristen haben.¹³

III.

§ 15. Der Schutz des gutgläubigen Besitzers.

I. Im Allgemeinen.

Wie im römischen und gemeinen Rechte, so ist auch in allen modernen Kodifikationen das Vorhandensein des guten Glaubens für die rechtliche Lage einer Person, die unberechtigterweise eine Sache besitzt, in verschiedener Hinsicht von Bedeutung.¹ Nach dem ZGB ist der gutgläubige Besitzer, d. h. derjenige, der schuldlos nicht weiß, daß er nur auf Grund eines vermeintlichen dinglichen oder obligatorischen Rechtes eine Sache besitzt,² folgendermaßen gegenüber dem bösgläubigen Besitzer begünstigt: Erstens ist er imstande, an Früchten der in seinem Besitze sich befindenden Stammsache mit deren Entstehung zu eigenen Rechtsobjekten Eigentum zu erwerben,³ zweitens ist seine Verantwortlichkeit gegenüber dem wahren Berechtigten bedeutend geringer als diejenige des Bösgläubigen,⁴ und drittens endlich kann er in viel höherem Maße Ersatzforderungen für Verwendungen auf die herauszugebende Sache geltend machen als der Unredliche.⁵ Dieser Schutz des guten Glaubens, dessen Inhalt im folgenden noch näher abzugrenzen ist, besteht keineswegs nur für den Eigenbesitzer, sondern er greift regelmäßig auch in demselben Umfange zu gunsten eines Fremdbesitzers, wie z. B. eines Nutznießers oder Pächters Platz.⁶ Ganz analog wie bei der Ersitzung ist es durchaus irrelevant, in Folge was für eines rechtlichen Mangels der Besitzer lediglich ein

¹³ Vergl. ZGB 662 mit 661.

¹ Vergl. BGB 955 ff., 987 ff.; C. c. 549; ZGB 938 ff.

² Wieland zu 643 unter 4 a ad a bb, 938, 939; sowie Ostertag zu 938 ZGB.

³ ZGB 643; Wieland a. a. O. und unten S. 79 ff.

⁴ ZGB 938 und unten S. 80 ff.

⁵ ZGB 939 und unten S. 83 ff.

⁶ Vergl. Wieland zu 938 und Ostertag zu 938.

Putativberechtigter ist. Auch darauf kommt nichts an, ob er eine bewegliche oder unbewegliche Sache in seinem Besitze hat.

II. Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers.

Während es bekanntlich eine der lebhaftesten Kontroversen des gemeinen Rechtes ist, ob ein gutgläubiger Besitzer einer fruchttragenden Sache an den Früchten Eigentum oder nur redlichen Besitz erwerbe, so besteht für das schweizerische, deutsche und österreichische Recht eine solche Streitfrage nicht mehr, indem alle diese Kodifikationen die erstere Ansicht akzeptiert haben.⁷

Damit ein gutgläubiger Besitzer Früchte zu Eigentum erwerben kann, genügt es freilich nicht, wenn er unwissend die Sache zu Unrecht besitzt, sondern er muß sich ein solches dingliches oder obligatorisches Recht zugeschrieben haben, das eine Nutzungsberechtigung enthält.⁸ Dies wäre z. B. bei einem putativen Eigentümer, Nutznießer oder Pächter der Fall. Dagegen könnte ein redlicher Faustpfandgläubiger kein Eigentum an den Früchten der scheinbar verpfändeten fruchttragenden Sache erwerben, da diese Befugnis auch dem wahren Berechtigten fehlt, es sei denn, daß er das angebliche Pfandrecht für ein antichretisches hielt.⁹

Es ist wohl die Annahme gerechtfertigt, daß der Putativberechtigte in demselben Zeitpunkt wie der wahre Berechtigte die Früchte zu Eigentum erwirbt, da das ZGB darüber völlig schweigt.¹⁰ Wie Wieland eingehend begründet, wird nach dem ZGB der Nutzungsberechtigte, der die Sache besitzt, mit dem Moment der Trennung Eigentümer der Früchte.¹¹ Da infolgedessen auch für den gutgläubigen Besitzer die Trennung als der Zeitpunkt des Fruchterwerbes anzusehen ist, so hat dies zur Konsequenz, daß ein böser Glaube bei der Perception als eine dem Erwerb der Früchte unschädliche mala fides superveniens aufzufassen ist, mag sie auch vielleicht eine Ersitzung der Stammsache ausschließen. Im Falle

⁷ Vergl. Dernburg P. I S, 478 ff. und dort zitierte Literatur.

⁸ So auch Petrazycki S. 244.

⁹ Vergl. ZGB 892.

¹⁰ So auch Wieland zu 643 unter 4 a/ad a bb; Leemann 643 Nr. 12.

¹¹ Wieland 643 unter 4 a; auch Leemann 643 Nr. 12.

einer vermeintlichen Nutznießung ist Ostertag der Ansicht, daß der gutgläubige Besitzer schon mit der Reife die Früchte erwerbe, so daß ein böser Glaube bei der Trennung bereits irrelevant wäre.¹² Er folgert dies aus Art. 756, welcher bestimmt, daß natürliche Früchte dem Nutznießer gehören, wenn sie während der Zeit seiner Berechtigung reif geworden sind. Wie aber Wieland wohl mit Recht ausführt, enthält dieser Artikel nicht eine Durchbrechung des in Artikel 643 sanktionierten Prinzipes, daß Früchte bis zur Separation Bestandteile der Stammsache sind, sondern er soll lediglich bezwecken, daß ein Nutznießer mit der Trennung Eigentum an den Früchten erlangt, auch wenn die Nutznießung zur Zeit der Reife beendet wurde.¹³ Die von Ostertag vertretene Auffassung würde auch die sonderbare Konsequenz ergeben, daß zwar ein redlicher Nutznießer mit der Reife, ein gutgläubiger *Eigenbesitzer* aber erst mit der Separation Eigentümer der Früchte würde. Insofern kommt allerdings dem gutgläubigen Nutznießer Art. 756 zu statten, als er auch nach Beendigung der vermeintlichen Nutznießung die Früchte von dem ihm nachfolgenden wahren oder putativen Berechtigten vindizieren kann, wenn er erstens noch bei der Trennung der Früchte gutgläubig ist und wenn zweitens die Früchte während der Dauer des gutgläubigen Besitzes reif geworden sind.^{14 15}

III. Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers.

Nach dem Vorbild der übrigen modernen Kodifikationen spricht das ZGB den gutgläubigen Besitzer, der die Sache entsprechend dem vermuteten Rechte nutzte und brauchte, von jeder Ersatz- und Herausgabepflicht frei.¹⁶ Was er in Einklang mit seinem vermeintlichen Rechte an der Sache an Früchten, Zinsen oder andern Erträgen eingenommen

¹² Ostertag zu Art. 938 Nr. 13; vergl. auch Erl. III S. 144.

¹³ Wieland zu Art. 756.

¹⁴ Es besitzt z. B. eine Person eine Sache, indem sie sich gutgläubig als nutznießungsberechtigt während 5 Jahren ansieht.

¹⁵ Über den Zweck und die Rechtfertigung dieses gutgl. Erwerbes der Früchte siehe unten S. 82 ff.

¹⁶ ZGB 938; BGB 987 ff.; vergl. Petrażycki S. 242 ff.; v. Schey S. 437 ff.; Chlamtacz S. 433 ff.

hat, kann ihm vom Berechtigten nicht mehr abgefordert werden.¹⁷ Mit Rücksicht auf die natürlichen Früchte ist besonders hervorzuheben, daß es durchaus gleichgültig ist, ob die Früchte bereits verbraucht oder noch vorhanden sind. Im Gegensatz zum römischen und gemeinen Rechte fallen nach allen modernen Kodifikationen auch die sogenannten *fructus extantes* dem redlichen Besitzer als unwiderrufflicher Gewinn zu.¹⁸ Nur in dem Umfange ist der Putativberechtigte verantwortlich, als er es auch als wahrer Berechtigter wäre. Würde sich der gutgläubige Besitzer z. B. für einen Nutznießer oder Pächter halten, so könnte er vom Berechtigten an der Sache auf Schadensersatz belangt werden, wenn er den Untergang oder die Wertminderung der Sache verschuldet hätte.¹⁹ Umgekehrt würde z. B. der gutgläubige Eigenbesitzer nicht schadensersatzpflichtig, auch wenn er durch unordentliche Wirtschaftsführung die Sache verderben ließ oder durch Übernutzung, wie z. B. durch Kahlschlag der Wälder, den Wert der Sache verminderte, denn auch der wirkliche Eigentümer ist niemandem verantwortlich.²⁰ Nach dem ZGB ist es offenbar gleichgültig, ob der Gutgläubige den Besitz entgeltlich oder unentgeltlich erlangt hat.²¹ Es steht dies im Gegensatz zum deutschen Rechte, das den Redlichen verpflichtet, bei unentgeltlichem Erwerbe die Nutzungen nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben.²² Ebenfalls im Unterschied zum deutschen Rechte tritt nach dem ZGB mit der Anhängigmachung der Klage durch den Berechtigten nicht ohne weiteres eine Erweiterung der Verantwortlichkeit des redlichen Besitzers ein.²³ Allerdings ist zu bemerken, daß das Anheben der Klage häufig den guten Glauben zerstört, denn die auftauchenden Zweifel verpflichten den Besitzer zu Nachforschungen, die auch regelmäßig zu

¹⁷ Wieland zu 938 unter 2; Ostertag zu 938 unter Nr. 12.

¹⁸ Dernburg P. I S. 480; Petrażycki S. 93 ff.; v. Schey S. 451 ff.

¹⁹ Wieland a. a. O.; Ostertag Nr. 8.

²⁰ Quia quasi suam rem neglexit 131 § 3 D de her. pet 5, 3. Wieland a. a. O.; Ostertag 938 Nr. 7.

²¹ So Ostertag 938 Nr. 16, zum Teil wohl anderer Meinung Wieland zu 938 unter 6.

²² BGB 988.

²³ BGB 987; vergl. Erl. III S. 371; Ostertag zu 938 Nr. 10.

der Erkenntnis führen oder führen müssen, daß er zu Unrecht besitzt.

Wird diese geringe Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers mit derjenigen des bösgläubigen verglichen, der für alle bezogenen und versäumten Früchte Ersatz zu leisten hat und regelmäßig auch noch für jeden verursachten Schaden haftet, dann muß sich unwillkürlich die Frage aufdrängen, was für Gründe einen solchen Schutz zu rechtfertigen vermögen. Offenbar kann darin nicht eine Belohnung der redlichen Gesinnung erblickt werden, denn es wäre doch ein sonderbarer Standpunkt, eine Person, die eine objektive Rechtsverletzung begeht, auszuzeichnen und dazu noch auf Kosten des schuldfreien Berechtigten.²⁴ Auch die Tatsache, daß dem Besitzer kein Verschulden vorgeworfen werden kann, vermag nicht den gesamten Schutz zu erklären, insbesondere nicht, warum der Redliche unter Umständen einen positiven Gewinn machen kann.²⁵ Einzig volkswirtschaftliche Gesichtspunkte vermögen einigermaßen den Schutz des gutgläubigen Besitzers zu rechtfertigen. Bekanntlich ist es Petrážycki gewesen,²⁶ der zum ersten Male mit Erwägungen wirtschaftlicher Natur die geringe Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers erklärt und begründet hat. Mit diesem Schutz des redlichen Besitzers soll verhindert werden, daß das wirtschaftliche Gleichgewicht des gutgläubigen Besitzers unerwarteterweise gestört werden kann. Wäre dieser verpflichtet, für den Gebrauch und den Nutzen, den er vielleicht während mehrerer Jahre aus der Sache bezogen hat, Ersatz leisten zu müssen, so würde dies sehr häufig seine wirtschaftliche Lage gefährden oder schwer schädigen.²⁷ Ob sich nun allerdings damit auch rechtfertigen läßt, daß der redliche Besitzer die fructus extantes behalten kann, mag dahin gestellt bleiben. Bekanntlich bestehen darüber in der Literatur widersprechende Auffassungen. Während Petrážycki auch de lege ferenda den Standpunkt des römischen Rechtes verteidigt,²⁸ wonach

²⁴ Vergl. Petrážycki S. 242 ff., 165 ff.; v. Schey S. 430 ff.

²⁵ v. Schey S. 443, 444.

²⁶ Petrážycki S. 173 ff.

²⁷ Vergl. Petrážycki S. 185 ff.; Chlamtacz S. 447 ff.

²⁸ Petrážycki S. 197, S. 245 ff.

die noch vorliegenden Früchte zu restituieren sind, wird von v. Schey, Girard und eingehend von Chlamtacz die entgegengesetzte Meinung vertreten.²⁹

Mag nun auch im allgemeinen die in Art. 938 enthaltene Lösung gerechtfertigt sein, so ist doch nicht zu verkennen, daß deren strikte Befolgung unter Umständen zu ungehöriger Bereicherung des redlichen Besitzers führen müßte. Es sei nur an folgendes Beispiel erinnert, das dem Kommentar von Schneider entnommen ist: Es hat jemand in gutem Glauben, daß er Erbe sei, einen Weinberg eben vor dem Herbst in den Besitz genommen, Weinlese gehalten und den Wein verkauft. Kurze Zeit darauf ergibt sich, daß ein näherer Erbe da sei.³⁰ In solchen Fällen muß offenbar der Richter befugt sein, mit Hilfe von Art. 2 des ZGB nach seinem Ermessen die Verantwortlichkeit des redlichen Besitzers zu erhöhen. Immerhin wäre es entschieden besser gewesen, wenn das ZGB die zweckmäßige Bestimmung des zürcherischen Rechtes übernommen hätte, welche folgendermaßen lautet: „Ausnahmsweise ist das Gericht in Fällen ungehöriger Bereicherung des Beklagten ermächtigt, denselben zur Herausgabe der vorhandenen oder zum Ersatz der genossenen Früchte anzuhalten.“³¹

IV. Ersatzforderungen des gutgläubigen Besitzers.

In enger Anlehnung an das römische und gemeine Recht räumt das ZGB dem redlichen Besitzer, der auf Herausgabe der Sache belangt wird, in weitem Umfange das Recht ein, für Verwendungen Ersatzforderungen geltend zu machen und bis zu deren Begleichung die Sache zurückzubehalten.³² Gemäß Art. 939 hat der gutgläubige Besitzer für sämtliche notwendigen und nützlichen Verwendungen Ersatzansprüche. Unter notwendigen Verwendungen sind solche Ausgaben zu verstehen, die eine ordentliche Bewirtschaftung der Sache mit

²⁹ v. Schey S. 451 ff.; Girard Manuel S. 315. „S'il n'a pas consommé ceux-là, il en a peut-être consommé d'autres, précisément en comptant sur les premiers.“ Chlamtacz S. 447 ff.

³⁰ Schneider, Komm. z. zürch. Priv. G. B. § 85.

³¹ Zürich. Privatgesetzbuch § 85 II.

³² Vergl. Dernburg P. I S. 534 ff.; ZGB 939.

sich bringt,³³ unter die nützlichen Verwendungen oder die sogenannten Meliorationen fallen diejenigen Auslagen, die den Einkommens- oder Verkaufswert der Sache erhöht haben.³⁴ In der schweizerischen Literatur wird bis jetzt übereinstimmend angenommen, daß zwar die *impensae necessariae* dem Redlichen auch dann zu ersetzen sind, wenn der Erfolg nicht eintrat oder nicht mehr vorhanden ist, daß dagegen die *impensae utiles* nur in dem Umfange von dem Berechtigten zu tragen sind, als sie noch den Wert der Sache zur Zeit der Übergabe erhöht haben.³⁵ Ob allerdings die Annahme einer solchen differenzierten Behandlung der Gefahrtragung für Verwendungen gerechtfertigt ist, ist doch wohl fraglich, da das ZGB darüber vollständig schweigt. Für Luxusausgaben, d. h. Verwendungen, die keinen wirtschaftlichen Wert besitzen, sondern lediglich den Gebrauch der Sache angenehmer gestalten, besteht keine Ersatzpflicht des Berechtigten; dem gutgläubigen Besitzer steht lediglich das *jus tollendi* zu, insofern es ohne Beschädigung der Sache durchführbar ist, und insofern es nicht als bloße Chikane erscheinen muß.³⁶ Hat der gutgläubige Besitzer Nutzungen von der Sache bezogen, so muß er sich diese allerdings in seinen Ersatzforderungen anrechnen lassen.

Demgegenüber hat bekanntlich der bösgläubige Besitzer lediglich Ersatzforderungen für notwendige Verwendungen, wobei noch zu bemerken ist, daß zur Bestimmung ihres Umfangs nicht ein objektiver sondern ein subjektiver Maßstab anzuwenden ist, indem ihm nur solche Auslagen ersetzt werden, die für *den Berechtigten* notwendig waren.³⁷

Die Regeln über die Ersatzansprüche des redlichen Besitzers beruhen auf derselben wirtschaftlichen Grundlage, wie dessen Verantwortlichkeit. Sie sind nur eine zweckmäßige Berücksichtigung des Nichtwissens der Gefahr, daß die Entziehung der Sache drohte.³⁸

³³ Wieland zu 939 unter 2; Ostertag zu 939 Nr. 3.

³⁴ Wieland zu 939 unter 2; Ostertag zu 939 Nr. 4.

³⁵ Wieland a. a. O.; Ostertag zu 939 Nr. 4. So ausdrücklich BGB § 996.

³⁶ Vergl. ZGB 939 II u. III; vergl. auch 138 D de rei vind. VI 1 ... „ne que malitiis indulgendum est...“

³⁷ Vergl. ZGB 940. — ³⁸ Vergl. Petražycki S. 180 ff.

IV.

§ 16. Das Requisit des guten Glaubens beim Eigentumserwerb durch Spezifikation.

Im Gegensatz zum deutschen BGB ist nach dem schweizerischen ZGB der endgültige Erwerb des Eigentums an einer fremden Moblie infolge Verarbeitung unter Umständen von dem Vorhandensein des guten Glaubens auf seiten des Verarbeitenden abhängig.¹ Es ist dies allerdings ein Anwendungsfall des guten Glaubens, der im Vergleich zu den bereits erörterten von sehr untergeordneter praktischer Bedeutung ist.

Wenn ein Spezifikant eine ihm nicht gehörende Sache nicht in gutem Glauben umgebildet hat, so bestimmt das ZGB, daß der Richter befugt ist, dem Stoffeigentümer das Eigentum an der neu entstandenen Sache zuzusprechen, auch wenn die Arbeit kostbarer ist als die verwendete Materie;² war dagegen dem Verarbeitenden schuldlos unbekannt, daß er eine fremde Sache verarbeitete, dann steht dem Richter diese Adjudikationsbefugnis nicht zu. Demnach steht das ZGB nicht etwa auf dem Standpunkt des klassischen römischen Rechtes, wonach das Fehlen des guten Glaubens den Erwerb überhaupt ausschließt,³ sondern es sieht im Gegenteil zunächst von dem Requisit des guten Glaubens ab. Auch der bösgläubige Spezifikant wird Eigentümer, wenn die Arbeit wertvoller ist als die gebrauchte fremde Materie.⁴ Wenn nun allerdings der Stoffeigentümer Klage erhebt und den bösen Glauben des Verarbeiters beweist, so hat der Richter die Kompetenz, das Eigentum an der verarbeiteten Moblie dem Kläger zuzuweisen. Es ist also der gute Glaube des Spezifikanten nicht ein absolut notwendiges, wohl aber ein eventuell notwendiges Erfordernis zu einem definitiven Eigentumserwerb an der fremden umgebildeten Sache.

¹ ZGB 726; vergl. Wieland zu 726; BGB 950.

² Wieland Nr. 2 zu 726; Leemann zu Art. 726.

³ Vergl. Dernburg P. I S. 476; auch die objektiven Voraussetzungen waren im römischen Rechte andere, vergl. darüber Dernburg a. a. O.

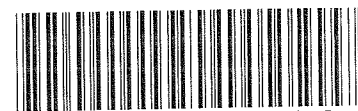
⁴ Vergl. Leemann zu Art. 726 Nr. 13; Wieland a. a. O.

Wird die Auffassung des schweizerischen Rechtes mit derjenigen des deutschen Rechtes verglichen, das von dem Requisite des guten Glaubens völlig absieht, so ist doch wohl die erstere der letzteren entschieden vorzuziehen. Gegen das deutsche Recht kann nämlich der Vorwurf erhoben werden, der auch schon von verschiedenen deutschen Autoren erhoben wurde, daß es auch dann nicht imstande sei, den definitiven Eigentumserwerb zu verhindern, wenn ein Hehler oder gar ein Dieb selbst die gestohlene Sache verarbeitet hat.⁵

⁵ Vergl. Strohal: Sachenrecht im Entwurf S. 33; Sokolowski: Die Philosophie im Privatrecht I S. 196.

REV15

ÚK PrF MU Brno



3 1 2 9 5 1 1 4 0 8

66-