

Arnold F. Rusch

Gutgläubiger Fahrniserwerb als Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre

In Gerichtsentscheiden und wissenschaftlichen Abhandlungen zum gutgläubigen Fahrniserwerb vom Nichtberechtigten tauchen häufig die Begriffe «Rechtsschein» und «Zurechnung» auf: Wer seine Sache einem Vertragspartner anvertraut, schafft durch Übertragung des Besitzes zurechenbar den Rechtsschein der Verfügungsbefugnis. Der gutgläubige Dritte, der die Sache kauft, erwirbt Eigentum – dem Rechtsschein wird zulasten des ursprünglichen Eigentümers folglich entsprochen. Wem eine Sache gestohlen wird, dem wird dieser Rechtsschein mangels eigener Handlung nicht zugerechnet. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Rechtsscheinlehre, der diese selektiv benutzten Begriffe entstammen, unterbleibt jedoch in den meisten Fällen. In diesem Aufsatz widmet sich der Autor dem gutgläubigen Fahrniserwerb vom Nichtberechtigten und prüft, ob dieser wirklich unter die Rechtsscheinlehre fällt und auch in Spezialfällen zu sinnvollen Ergebnissen führt.

Rechtsgebiet(e): Eigentum; Besitz / Grundbuch; Rechtsphilosophie. Rechtstheorie.

Zitiervorschlag: Arnold F. Rusch, Gutgläubiger Fahrniserwerb als Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre, in: Jusletter 28. Januar 2008

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
 - II. Voraussetzungen der Rechtsscheinlehre
 1. Rechtsschein
 - a. Besitz und Besitzwechsel
 - b. Mittelbarer Besitz und besondere Formen der Besitzesübertragung
 - c. Besitzdiener
 - d. Organe juristischer Personen
 2. Zurechnung
 - a. Zurechnungsprinzip
 - b. Willensmängel
 - c. Unbewusstes Anvertrauen
 - d. Urteilsunfähige oder unmündige Personen
 3. Vertrauen
 - a. Guter Glaube
 - b. Kenntnis des Vertrauenstatbestandes
 - c. Vertrauensdisposition und Schenkung einer anvertrauten Sache
 - d. Kausalzusammenhang zwischen Vertrauen und Disposition
 4. Rechtsscheinentprechung
 - III. Kritik
 1. Besitz deutet nicht mehr auf Eigentum
 2. Besitz ist nicht zwingend wahrnehmbar
 3. Stossende Ergebnisse
 4. Lösungsrecht passt nicht zur Rechtsscheinlehre
 - IV. Fazit
- Literaturverzeichnis

I. Problemstellung

[Rz 1] Der Einstieg in dieses Thema erfolgt am besten anhand zweier Zitate aus Bundesgerichtsentscheiden und einem Zitat aus dem Berner Kommentar STARKS. Diese Zitate zeigen, dass das Bundesgericht und die Lehre ganz klar mit den Begriffen und Voraussetzungen der Rechtsscheinlehre argumentieren. Diese Voraussetzungen ergeben sich nicht direkt aus dem Gesetz und auch nicht aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Umso erstaunlicher ist es, dass die Rechtsscheinlehre derart breite Verwendung in Rechtsprechung und Lehre gefunden hat.

[Rz 2] Im ersten Fall ging es um einen Speicher, in dem ein Schatz verborgen war. Die Eigentümerin des Speichers schloss einen Werkvertrag mit Vogelsang, den Speicher an einem anderen Ort zu versetzen. Der Speicher war somit Vogelsang anvertraut. Er fand im Speicher einen Schatz, der aus alten Münzen bestand. Er verkaufte diese an einen Dritten. Fraglich war, ob dieser Eigentum erwerben konnte: *«Ist jedoch die den Schatz bergende Sache jemandem anvertraut, so muss auch der Schatz selbst als anvertraut gelten. Mit der Überlassung des Speichers an Vogelsang hat die Klägerin die Gefahr auf sich genommen, dass allfällige darin verborgene Gegenstände unrechtmässig weiter veräußert würden. Sie hat den falschen Rechtsschein veranlasst (...).»*¹

[Rz 3] Im zweiten Fall ging es um einen gestohlenen Ferrari 512 BB: *«Vorweg höhere Anforderungen sind daher an jene Erwerbszweige zu stellen, in denen erfahrungsgemäss häufig Gegenstände zum Kauf oder Tausch angeboten werden, die mit Rechtsmängeln behaftet sind. Das gilt ganz besonders dann, wenn damit zu rechnen ist, dass angebotene Sachen dem Berechtigten gegen seinen Willen – so durch Diebstahl – abhanden gekommen sind; denn in derartigen Fällen hat der Berechtigte nicht dafür einzustehen, dass ein falscher Rechtsschein entstanden ist, indem seine Sache in den Verkehr gelangte und durch den Gegeninteressenten erworben wurde.»*²

[Rz 4] STARK beschreibt im Berner Kommentar das Art. 933 ZGB zugrunde liegende Prinzip wie folgt: *«Es braucht vielmehr das Zusammenfallen von zwei verschiedenen Voraussetzungen: Auf der Seite des Alteigentümers die Veranlassung des falschen Rechtsscheines der Berechtigung des Vertrauensmannes, auf der Seite des Erwerbers der Sache den guten Glauben in diese Berechtigung. Nur wenn der Alteigentümer den falschen Rechtschein ermöglicht hat, indem er die Sache aus der Hand gab, erscheint der Verlust des Eigentums (...) als rechte und billige Lösung des Interessenkonfliktes (...). Damit hat der Alteigentümer die Gefahr der Täuschung eines gutgläubigen Dritten selbst geschaffen und in Kauf genommen. Ausserdem hat er die Möglichkeit, einer Veräusserung der Sache durch den nichtberechtigten Besitzer durch dessen sorgfältige Auswahl weitgehend vorzubeugen (...).»*³

[Rz 5] Auf den ersten Blick stellt Art. 933 ZGB einen richtigen «Paradefall» der Rechtsscheinlehre dar: Die Voraussetzungen sind klar und deutlich gegeben und leuchten sofort ein. Eines der wichtigsten Ziele dieser Regelung ist der Verkehrsschutz, dem auch die Rechtsscheinlehre vordringlich dient.⁴ Auch wenn der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten möglicherweise als ein typischer Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre gilt, ist festzuhalten, dass das dogmatische Fundament und die Entstehungsgeschichte dieser Regelung nicht in der Rechtsscheinlehre zu suchen sind.⁵ Die

appeler la théorie de l'apparence efficace (...) Quant le possesseur d'une chose mobilière l'aliène sans droit en paraissant avoir le pouvoir juridique d'en disposer, il y a une apparence de droit de disposition de l'aliénateur; et, si cette apparence est imputable au propriétaire, il est juste que celui-ci perde sa propriété au profit de l'acquéreur de bonne foi, qui se fie sans faute à l'apparence trompeuse. Ainsi, c'est le propriétaire dépouillé, responsable de l'apparence trompeuse, qui en supporte les conséquences et qui doit s'en prendre à l'aliénateur.»

² BGE 113 II 397 ff., 399 f.

³ BK-STARK, ZGB 933 N 22.

⁴ Vgl. GÜLLER, S. 9; vgl. BK-STARK, Vorbemerkungen zu ZGB 930-937 N 26; zum Verkehrsschutz als Hauptanliegen der Rechtsscheinlehre, die einen positiven Vertrauensschutz gewährt, vgl. FEHLMANN, S. 114 und CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 526.

⁵ Zur Entstehungsgeschichte des Art. 933 ZGB siehe HURST-WECHSLER, passim und BÜHLER, ZSR NF 91 (1972) I S. 55 ff.; BK-STARK, Vorbemerkungen zu ZGB 930-937 N 5 ff.; zur legitimierenden Funktion der Rechtsscheinlehre

¹ BGE 100 II 8 ff., 13 f.; vgl. dazu PIOTET, JdT 1974, S. 586: *«La protection de l'acquéreur de bonne foi d'une chose mobilière aliénée sans droit par celui auquel elle est confiée constitue un cas d'application de ce qu'on peut*

Rechtsscheinlehre ist eine Theorie, die das Wirkungsprinzip verständlich macht – ein *heuristisches Prinzip* eben.⁶ Eine besondere Bedeutung erlangt ein heuristisches Prinzip, wenn es auf eine Vielzahl von verschiedenen Sachverhalten anwendbar ist und auch Fragen adäquat regelt, zu denen sich das Gesetz nicht äussert. Dass ein Teil der Lehre und das Bundesgericht auch in aktuellen Fällen anhand der Rechtsscheinlehre argumentieren, zeigt, dass diese die ursprüngliche Dogmatik zum Teil ersetzt hat. Dennoch verneinen mehrere Autoren, dass der gutgläubige Erwerb anvertrauter Sachen im Sinne des Art. 933 ZGB eine Rechtsscheinwirkung sei.⁷ In einem ersten Schritt sind deshalb die Voraussetzungen der Rechtsscheinlehre anhand der Vorgaben der Art. 933 und 934 ZGB herauszuschälen. In einem zweiten Schritt ist auf die Kritik einzugehen. Stets ist zu prüfen, ob die Rechtsscheinlehre auch spezielle Problemlagen richtig erfasst und zu adäquaten Lösungen führt.

II. Voraussetzungen der Rechtsscheinlehre

[Rz 6] Die Voraussetzungen der Rechtsscheinlehre sind ein Rechtsschein als Vertrauensbasis, die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins und Vertrauen (Gutgläubigkeit, Kenntnis des Vertrauenstatbestandes und kausale Vertrauensdisposition). Die Folge ist die Rechtsscheinentprechung, d.h. der *positive Vertrauensschutz*. Bei der Rechtsscheinentprechung wird dem Vertrauen vollumfänglich entsprochen, dies im Gegensatz zur Vertrauenshaftung schweizerischer Prägung, die bloss Schadenersatz vorsieht (*negativer Vertrauensschutz*).⁸

siehe ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 95 ff. und zur Kritik daran S. 99 ff.

⁶ Die Lehre vom Rechtsschein und der Rechtsscheinentprechung ist ein so genanntes *heuristisches Prinzip* (siehe dazu ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 95; vgl. FROTZ, S. 133: «Wirkungsprinzip»; WELLSPACHER, S. 268: «Auch für das österreichische Recht handelt es sich hier nicht um einen Rechtsatz, sondern um ein heuristisches Prinzip, auf dem eine Reihe grundlegender Bestimmungen des BGB. beruht und aus dem weitere Rechtssätze abgeleitet werden dürfen.»). Die Heuristik ist eine Wissenschaft, die das Verfahren der Problemlösung und die Analyse von Lösungsstrategien betrifft. Die Heuristik gibt Anweisungen, wie neue Erkenntnisse zu gewinnen sind und stellt als Hilfsmittel der Forschung Arbeitshypothesen auf. Die Brockhaus-Enzyklopädie definiert die Heuristik als «die Kunst, wahre Aussagen zu finden» (BROCKHAUS, Eintrag «Heuristik»; vgl. auch DUDEN, Fremdwörterbuch, Eintrag «Heuristik»). Anhand der positivierten Rechtsscheintatbestände im geltenden Recht können deshalb allgemeingültige Prinzipien abgeleitet werden, die auch auf weitere, extrapositive Tatbestände passen (vgl. CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 9). Diese abgeleiteten Prinzipien sind heuristischer Natur und dienen als *innere Begründung* der Rechtsscheinentprechungen. Ebenso passend wären die Termini *Baustein*, *Struktur* oder *Vorform des Rechts* (vgl. dazu VON CRAUSHAAR, S. 6 f. und CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 528: «Hinter der Vielzahl ihrer Erscheinungsformen, die auf den ersten Blick z.T. höchst heterogen anmuten, verbirgt sich also eine auf einheitlichen Grundgedanken beruhende Ordnung, d.h. ein System»); vgl. auch die Bemerkungen bei KINDL, S. 307.

⁷ Vgl. statt vieler ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 95 ff.

⁸ Zu den einzelnen Voraussetzungen siehe CANARIS, Vertrauenshaftung, S.

Die nachfolgenden Abschnitte widmen sich den einzelnen Voraussetzungen.

1. Rechtsschein

a. Besitz und Besitzwechsel

[Rz 7] Der Rechtsschein basiert grundsätzlich auf dem Besitz, d.h. der tatsächlichen Gewalt über eine Sache (vgl. Art. 919 Abs. 1 ZGB).⁹ Die tatsächliche Gewalt über die Sache befähigt auch, diese im Rahmen der Tradition zu übertragen.¹⁰ Der Besitz ist ebenfalls Anknüpfungspunkt des sachenrechtlichen *Publizitätsprinzips*, denn es ist die normale Erscheinungsform des Eigentums.¹¹ Der Besitz ist ein natürlicher Publizitätstatbestand, dies im Gegensatz zum Grundbuch, das ein künstliches Publizitätsmittel darstellt.¹² Der Rechtsschein basiert bei Art. 933 ZGB nicht darauf, dass die Sache dem Veräusserer *anvertraut* worden wäre. Die Voraussetzung der vom Eigentümer ausgeführten Handlung des Anvertrauens dient vielmehr der *Zurechnung* des Rechtsscheins (dazu unten, Rz. 26).

[Rz 8] Namentlich bei Distanzkäufen ist der Besitz jedoch nicht erkennbar. Erkennbar sind in diesen Fällen lediglich die Disposition über den Besitz und der Besitzwechsel bzw. der geäusserte Wille hiezu.¹³ Es ist deshalb mit KINDL und WADLE im Sinne einfacherer Verständlichkeit und besserer Kohärenz

491 ff.; zur Unterscheidung zwischen Vertrauenshaftung und Rechtsscheinhaftung siehe BERGER, recht 2002, S. 207 und LOSER, S. 204 ff.; vgl. auch die allgemeine Definition WELLSPACHERS, der 1906 das allgemeine Prinzip des Vertrauensschutzes auf S. 267 f. wie folgt erläuterte: «Wer im Vertrauen auf einen äusseren Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, der zufolge Gesetzes oder Verkehrsauffassung die Erscheinungsform eines bestimmten Rechtes, Rechtsverhältnisses oder eines rechtlich relevanten Momentes bildet, ist in seinem Vertrauen geschützt, wenn jener Tatbestand mit Zutun desjenigen zu Stande gekommen ist, dem der Vertrauensschutz zum Nachteile gereicht.»; zum Ersatz des Vertrauensschadens bei der Vertrauenshaftung schweizerischer Prägung siehe BERGER, S. 207 f., FEHLMANN, S. 114, WICK, AJP 1995, S. 1271 und LOSER, S. 204 ff. und 760 ff.; zum Begriffspaar negativer Vertrauensschutz – Vertrauensschaden siehe CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 5.

⁹ Vgl. GUISAN, S. 212 ff., WESTERMANN, JuS 1963, S. 3; FROTZ, S. 150; WELLSPACHER, S. 122 und dazu ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 96, mit weiteren Hinweisen.

¹⁰ Zu diesem subtilen Unterschied zwischen der statischen Innehabung und der Möglichkeit, die Sache zu übergeben, siehe KINDL, S. 311; zu anderen Rechtsscheinsfolgen des Besitzes, beispielsweise bei Inhaberaktien, siehe Art. 689a Abs. 2 OR und dazu BGE 123 IV 132 ff., 135 ff.; vgl. zum aus dem Besitz fliessenden Rechtsschein die Hinweise bei WELLSPACHER, S. 127 (Besitz als natürliches Zeichen für Eigentum), S. 143 (Zeichen der Kenntlichmachung der Eigentumsübertragung) und das Zitat ZEILLERS bei WELLSPACHER auf S. 180: «Dagegen hat derjenige, welcher eine Sache besitzt, aus dem, was gewöhnlich der Fall ist, die Vermutung für sich, dass er der Eigentümer sei (...) oder wenigstens, dass ihm, was der Wirkung nach gleich gilt (...), die Sache von dem Eigentümer anvertraut worden.»

¹¹ BK-STARK, Vorbemerkungen zu ZGB 930-937 N 23.

¹² BSK-WIEGAND, vor ZGB 641 ff. N 53 ff.

¹³ Vgl. dazu KINDL, S. 312 und ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 106.

zu befürworten, vom «*Rechtsschein des Besitzwechsels*»¹⁴ zu sprechen. Dies ist aber mit der Definition des Besitzes, der in der tatsächlichen Gewalt über eine Sache besteht, auch mitgesagt. Es handelt sich dabei um einen klassischen Fall der Dichotomie von grösserer Macht (im Sinne des Könnens) und kleinerer Befugnis (im Sinne des Dürfens). Der Besitz verschafft die Macht, diese Sache zu übertragen. Im Falle des blossen Anvertrautseins ist es eine die Befugnis überschüssende Macht. Ist der Besitz an der Sache anvertraut, liegt wie bei der Stellvertretung eine Kundgabe dieser Macht durch Legitimationsmittel vor.¹⁵

[Rz 9] Die Definition als Rechtsschein des Besitzwechsels oder der Besitzverschaffungsmacht¹⁶ hat jedoch einen *Haken*. Der Besitzwechsel an den gutgläubigen Erwerber erfolgt chronologisch erst nach der Vertrauensdisposition, d.h. dem Abschluss des Kaufvertrages, und kann somit für die Vertrauensbildung gar keine kausale Rolle spielen.¹⁷ Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist lediglich der Wille des Besitzers ersichtlich, dass er über die Sache verfügen möchte.¹⁸ Diesen Rechtsschein schafft der unberechtigte Veräusserer selber – dazu benötigt er den anvertrauten Besitz nicht. Trotz dieser eindeutigen Unstimmigkeit ist festzuhalten, dass der Wille, über eine Sache zu verfügen, nur dann für den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten von Relevanz ist, wenn

er die Sache später tatsächlich übergeben kann.¹⁹ Insofern spielt die fehlende Wahrnehmbarkeit des Besitzes bei Distanzkäufen also gar keine wesentliche Rolle.

[Rz 10] Im Alltag kennen die Rechtsgenossen den Unterschied zwischen Besitz und Eigentum kaum und gehen in vielen Fällen davon aus, dass derjenige, der die tatsächliche Herrschaft über die Sache ausübt, auch ihr Eigentümer sei. Dieses Verständnis ist zwar angesichts des weit verbreiteten Leasings insbesondere bei Autos stark ins Wanken gekommen,²⁰ besteht aber für den Grossteil von Fahrnis noch.²¹ Das Gesetz nimmt dieses Alltagsverständnis auf und vermutet vom Besitzer einer Sache, dass er auch ihr Eigentümer sei (Art. 930 Abs. 1 ZGB). Der Besitz ohne Eigentum schafft somit zumindest die Vermutung des Eigentums und damit der Verfügungsbefugnis. Im Prozessfalle führt die Vermutung zu einer Umkehr der Beweislast.²² Festzuhalten bleibt, dass der Rechtsschein nicht *wegen* der in Art. 930 Abs. 1 ZGB festgehaltenen Vermutung besteht, sondern dadurch nur bekräftigt oder «belegt» wird. Die Vermutung des Art. 930 Abs. 1 ZGB bezieht sich im Vergleich zum Rechtsschein auf ein anderes Rechtsgebiet und weist eine andere ratio legis auf, die sich beim Beweis im Prozess auswirkt.²³ Die Vermutung basiert auf der erhöhten Wahrscheinlichkeit der Eigentümerstellung und mildert aus Praktikabilitätsüberlegungen Schwierigkeiten beim Beweis des Eigentums.²⁴ Diese erhöhte Wahrscheinlichkeit lässt sich jedoch mit der nach wie vor häufig berechtigten Erwartungshaltung begründen, dass der Besitzer einer Sache auch deren Eigentümer sei. Der Funktionsverlust des Besitzes als Anhaltspunkt für das Eigentum ist die Hauptkritik an der Rechtsscheinlehre, aber auch an der gesetzlichen Lösung überhaupt.²⁵

b. Mittelbarer Besitz und besondere Formen der Besitzesübertragung

[Rz 11] Der *mittelbare* Besitzer zeichnet sich dadurch aus, dass ihm die tatsächliche Gewalt über die Sache fehlt, weil er die Ausübung der tatsächlichen Gewalt einem anderen übertragen hat (vgl. Art. 919 Abs. 1 ZGB).²⁶ Der mittelbare Besitz, der ein nach aussen unsichtbares und damit eigentlich imaginäres Konstrukt darstellt, kann gar keinen Rechtsschein der Verfügungsbefugnis oder des Eigentums des Veräusserers schaffen.²⁷ Es ist nachfolgend zu prüfen, wie diese Problemstellung in Deutschland und in der Schweiz gelöst wird.

¹⁴ WADLE, JZ 1974, S. 695 und KINDL, S. 312. Zu weiteren Versuchen, den Vertrauensstatbestand unabhängig vom Besitz zu formulieren, siehe HÜBNER, S. 89 ff., insbesondere S. 91, mit weiteren Hinweisen und GIEHL, AcP 161 S. 378; vgl. die vom Besitz gewissermassen losgelöste Formulierung in Urteil des BGH vom 11. Juni 1953, Nr. IV ZR 181/52, abgedruckt in NJW 1953, S. 1506: «*Weiss der Erwerber, dass der Veräusserer nicht der Eigentümer ist, hält er aber einen Dritten, der der Veräusserung zustimmt, für den Eigentümer, so wird der gute Glaube an das Eigentum des Dritten nur geschützt, wenn der Dritte als (mittelbarer) Besitzer oder sonst in einer tatsächlichen Beziehung zu der veräusserten Sache steht, die das Vertrauen des Erwerbers rechtfertigt.*»

¹⁵ Vgl. dazu die Beispiele von Legitimationsmitteln in BGE 85 II 22 ff., 25 (Schuldurkunden) und BGE 39 II 91 ff., 94 (Quittung). Wer diese Legitimationsmittel sofort übergeben kann, gilt als berechtigt, die Schuld für den Gläubiger vertretungsweise entgegenzunehmen. Darin liegt eine zu-rechenbare Kundgabe der Bevollmächtigung im Sinne des Art. 33 Abs. 3 OR. Genauso verhält es sich mit dem Besitz. Siehe zu diesem Gedanken MÜLLER-ERZBACH, AcP 106 S. 443 und WESTERMANN, JuS 1963, S. 2 (Kofferfall und Laden-Beispiel).

¹⁶ Siehe dazu ausführlich STAUDINGER-WIEGAND, Vorbemerkungen zu § 932 N 12 ff.

¹⁷ Vgl. HAGER, S. 248 und ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 112.

¹⁸ Vgl. ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 106. Der gleiche Gedanke geht auch aus § 934 BGB (zweite Variante) hervor. Der Veräusserer hat in diesem Fall nicht einmal mittelbaren Besitz – was dann aber durch die spätere Besitzerlangung geheilt wird, die für das Vertrauen gar keine kausale Rolle mehr spielen kann. Vgl. § 934 BGB: «*Gehört eine nach § 931 veräusserte Sache nicht dem Veräusserer, so wird der Erwerber, wenn der Veräusserer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, es sei denn, dass er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbs nicht in gutem Glauben ist.*»; vgl. dazu GIEHL, AcP 161 S. 377 und GUIGAN, S. 219.

¹⁹ Vgl. zu diesem Gedanken HAGER, S. 247.

²⁰ Vgl. dazu HONSELL, SJZ 95 (1999), S. 24; vgl. KINDL, S. 315.

²¹ Vgl. dazu eingehend unten, ab Rz. 55 ff.

²² BK-STARK, ZGB 930 N 1.

²³ Vgl. ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 98, HAGER, S. 242 und BAUER, S. 12.

²⁴ Vgl. BK-STARK, ZGB 930 N 1; BSK-STARK/ERNST, ZGB 930 N 1.

²⁵ Vgl. statt vieler HAGER, S. 240 f.

²⁶ Vgl. BSK-STARK/ERNST, ZGB 920 N 2 und 4; vgl. MÜLLER-ERZBACH, AcP 142 S. 38; vgl. auch ERNST, Eigenbesitz, S. 100 f.

²⁷ Vgl. GUIGAN, S. 218 f., HAGER, S. 241, VON CRAUSHAAR, S. 148; BAUER, S. 8 f. und

[Rz 12] Im deutschen *Fräsmaschinen-Fall* bejahte der Bundesgerichtshof dennoch den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten, der bloss mittelbaren Besitz hatte. Es ging um H, der eine Fräsmaschine unter Eigentumsvorbehalt kaufte. H als Vorbehaltskäufer und damit unmittelbarer Besitzer übertrug die Fräsmaschine sicherungshalber an den Kaufmann C, nutzte diese jedoch weiter. C schloss mit der L, der er Geld schuldet, einen Sicherungsvertrag ab. Er trat seine Rechte aus dem Besitzmittlungsverhältnis an die L ab. Das Gericht stellte fest, dass C aufgrund des § 933 BGB kein Eigentum erlangen konnte, weil er nie unmittelbarer Besitzer geworden ist.²⁸ Fraglich ist allerdings schon, ob C überhaupt mittelbarer Besitzer werden konnte, was der Bundesgerichtshof bejahte.²⁹ Die L konnte hingegen von C gutgläubig Eigentum erwerben, weil C ihr den Herausgabeanspruch zediert hatte (Vindikationszession). Das Gericht liess die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch den mittelbar besitzenden Veräusserer genügen, was unter Rechtsscheingesichtspunkten nicht überzeugen kann, aufgrund des diesbezüglich eindeutigen § 934 BGB aber als folgerichtig erscheint.³⁰ Die Zulässigkeit der im deutschen Fräsmaschinen-Fall erwähnten Vindikationszession – die Zession des Herausgabeanspruchs – verneint das Schweizerische Bundesgericht aufgrund der Unverträglichkeit mit dem Traditionsprinzip.³¹ Mittelbarer Besitz kann in der Schweiz aufgrund des Publizitätsprinzips nur mit den Traditionssurrogaten übertragen werden.

[Rz 13] In Frage kommt die *Besitzanweisung* (Art. 924 Abs. 1 ZGB). Der mittelbare Besitzer weist den unmittelbaren Besitzer an, künftig für den Erwerber der Sache den Besitz an ihr zu mitteln.³² Der Veräusserer hat keinen sichtbaren Besitz und somit auch keinen Rechtsschein der Verfügungsbefugnis. Das Vertrauen des gutgläubigen Erwerbers würde sich in diesen Fällen bloss auf die Behauptung des Besitzes stützen.³³ Dies ist eine zu schwache Vertrauensbasis. Die Besitzanweisung ist deshalb bei mittelbarem Besitz nur möglich, wenn der unmittelbare Besitzer die Herrschaft des

mittelbaren Besitzers anerkennt, d.h. für ihn besitzt. Nur dann liegt überhaupt mittelbarer Besitz des Veräusserers vor.³⁴ Dies ist aber immerhin ein recht starkes Indiz für die Eigentümerstellung des mittelbaren Besitzers.³⁵ Im BGE 132 III 155 ff. zugrunde liegenden Sachverhalt trat eine solche Situation ein. Die L. AG verkaufte der M. AG Stockwerkeigentum inklusive Mobilien als Zugehör und leaste es von dieser zurück. Weil die L. AG die Leasingraten nicht bezahlte, teilte die M. AG der L. AG 1994 mit, dass der Leasingvertrag dahingefallen sei und vermietete das Stockwerkeigentum an V und W. V kaufte das Stockwerkeigentum im Jahre 1998. Die L. AG verpfändete das Mobilien an E, die es im Rahmen einer freien Pfandverwertung durch Selbsteintritt erwarb. E verstarb. Die Erbengemeinschaft E übertrug das Eigentum am Mobilien mittels Vindikationszession an die Y GmbH. Da die Vindikationszession in der Schweiz nicht möglich ist, prüfte das Bundesgericht die Übertragung mittels Besitzanweisung. Da aber V als unmittelbarer Besitzer des Mobilien den mittelbaren Besitz der Erbengemeinschaft E nicht anerkannte, war dies nicht möglich.³⁶ Somit spielt gar keine Rolle, dass aus dem mittelbaren Besitz kein Rechtsschein ausgeht – der mittelbare Besitz reicht nur dann aus, wenn der unmittelbare Besitzer diesen anerkennt und dadurch auch für den mittelbaren Besitzer besitzt. Der unmittelbare Besitz kommt dann dem mittelbaren Besitzer zugute. Abgestützt wird somit nicht auf den (fehlenden) Rechtsschein, sondern auf die wirkliche Besitzlage.³⁷

[Rz 14] Beim *Besitzkonstitut* geht es um eine Sache, die beispielsweise verkauft wird, aber aufgrund eines besonderen

ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 104; vgl. LEUMANN, S. 19; vgl. GIEHL, AcP 161 S. 365 und 376 f.

²⁸ In der Schweiz wäre dieses Besitzkonstitut Dritten gegenüber unwirksam, hier also gegenüber dem Eigentümer und Vorbehaltsverkäufer (Art. 717 ZGB, Art. 884 Abs. 3 ZGB; vgl. dazu BSK-SCHWANDER, ZGB 717 N 3 f.).

²⁹ Siehe dazu LANGE, JuS 1969, S. 163. Das Gericht ging von einer Anwartschaft des C auf Erlangung des Vorbehalts Eigentums aus.

³⁰ Siehe das Urteil des BGH vom 27. März 1968 – Nr. VIII ZR 11/66, abgedruckt in NJW 1968, S. 1382 ff., besprochen von LANGE, JuS 1969, S. 162 ff.; vgl. § 934 BGB (zitiert in Fn. 18); vgl. auch den deutschen Turmkranken-Fall (abgedruckt in NJW 1959, S. 1536 ff.), besprochen in GIEHL, AcP 161 S. 366 f.; vgl. auch KINDL, S. 322 ff.

³¹ Siehe BGE 132 III 155 ff., 161: «Damit ist festzuhalten, dass durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs das Eigentum an einer Fahrnisssache nicht übertragen werden kann, da dies mit dem Traditionsprinzip nicht zu vereinbaren ist.»; kritisch dazu HOFFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 236 ff. und 243.

³² BSK-STARK/ERNST, ZGB 924 N 1.

³³ BK-STARK, ZGB 933 N 86 f.

³⁴ BGE 132 III 155 ff., 158 f.; BK-STARK, ZGB 924 N 8; ZK-HOMBERGER, ZGB 924 N 4; vgl. das Beispiel bei HINDERLING, SPR V/1, S. 487 (eingelagerter Wein); vgl. PIOTET, JdT 1974, S. 588: «(...) la possession médiate du propriétaire n'existe que parce que le possesseur immédiat la reconnaît»; vgl. auch BGE 29 II 630 ff., 635: Bosshard und Bachmann verkauften Wein an Matter und lieferten diesen direkt in ein Lagerhaus, das den Wein für Matter hielt. Matter nahm den Wein nicht an und behielt sich ein Retentionsrecht daran vor. Er verkaufte den Wein dennoch an Born und teilte dem Lagerhaus mit, es solle den Wein für Born halten. Born wies das Lagerhaus an, den Wein für die Bank in Luzern zu halten. Das Bundesgericht verneinte einen Eigentumserwerb Matters und prüfte deshalb den gutgläubigen Erwerb Borns durch Matter. Es verneinte diesen, weil kein Eigentumsübertragungs- oder -erwerbswille vorgelegen habe. Das Bundesgericht akzeptiert damit aber grundsätzlich die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs aufgrund der Besitzanweisung.

³⁵ Vgl. dazu die Überlegungen von HAGER, S. 263 f. und BAUER, S. 23 f.

³⁶ BGE 132 III 155 ff., 158 f.

³⁷ Diese Überlegungen lassen sich auch aus BGE 81 II 339 ff. (siehe dazu eingehend unten, Rz. 21 ff.) ableiten. Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, der zwei Inhaberschuldbriefe im Namen der AG einer Bank verpfändet und übergeben hat, kann diese nicht auch noch für seine persönliche Schuld nachverpfänden. Die Nachverpfändung würde mittels Besitzanweisung vollzogen, aber diese war vorliegend nicht möglich, weil die Bank das Faustpfand für die AG besitzt, nicht für deren Verwaltungsrat (BGE 81 II 339 ff., 344 f.). Die Besitzanweisung ist somit zwar auch bei nur mittelbarem Besitz möglich. Muss aber der unmittelbare Besitzer für den mittelbaren Besitzer besitzen, kommt dies im Ergebnis zumindest dem gewöhnlichen Erwerb vom unmittelbaren Besitzer gleich.

Rechtsverhältnisses im Besitz des Veräusserers verbleibt.³⁸ Die h.L. bejaht den Eigentumserwerb des gutgläubigen Dritten, der die vom Alteigentümer bei der Bank hinterlegten Wertpapiere von dieser kauft und gleich im Rahmen einer Hinterlegung bei derselben Bank belässt.³⁹ Auch mittels Besitzkonstitut kann gemäss h.L. der gutgläubige Erwerber vom Nichtberechtigten Eigentum erlangen, schliesslich ist der Veräusserer im Besitze einer anvertrauten Sache.⁴⁰ Das Besitzkonstitut wird dadurch definiert, dass der Veräusserer die verkaufte Sache in seinem *unmittelbaren* Besitz behält.⁴¹ Die Kommentatoren HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL sehen darin genau den Unterschied zur Besitzeinweisung.⁴² Dennoch behandeln mehrere Autoren den Fall, dass mittels Besitzkonstitut durch Übertragung bloss mittelbaren Besitzes Eigentum an den gutgläubigen Erwerber übertragen werden kann.⁴³ Vermietet der Mieter eines Autos dieses an einen Dritten und verkauft es an einen Vierten, mietet es aber von diesem zurück, ist der Dritte neu *Untermieter* des Veräusserers.⁴⁴ Das Auto verbleibt stets beim Dritten. Aufgrund der oben ausgeführten Überlegungen ist auch hier notwendig, dass der unmittelbare Besitzer für den Veräusserer besitzt, d.h. sein Besitzmittler ist. Besitz der unmittelbare Besitzer (Besitzmittler) für den Veräusserer, kann diesem der Besitz des unmittelbaren Besitzers angerechnet werden. Der Vierte kann dann gutgläubig Eigentum erwerben.

[Rz 15] Die *longa manu traditio* als Traditionssurrogat ist nur dann anwendbar, wenn der Veräusserer *unmittelbaren* Besitz hat und eine so genannte offene Besitzzlage herrscht (vgl. Art. 922 Abs. 2 ZGB).⁴⁵ Dies ist im Lichte der Rechtsscheinlehre nicht weiter problematisch.

[Rz 16] Bei der *brevi manu traditio* ist der Erwerber bereits in unmittelbarem Besitz der Sache. Hat er den Besitz vom Veräusserer erlangt, entspricht dies der normalen, in Art. 933 ZGB vorgesehenen Lage. Überträgt beispielsweise ein Depo-
nent als mittelbarer Besitzer die Sache via Besitzeinweisung

an einen Dritten, von dem der Depositär erwirbt, ist dies auch von der Rechtsscheinwirkung her mit der Normalsituation des Art. 933 ZGB problemlos vereinbar. Der Erwerber konnte den Besitz beim ursprünglichen Besitzer bei der Hinterlegung und den Besitzerwechsel aufgrund der Besitzeinweisung wahrnehmen. Besitz der Erwerber nicht für den Veräusserer, liegt auch hier keine *brevi manu traditio* vor.⁴⁶

[Rz 17] Entscheidend für die Anwendung der Art. 933 ff. ZGB ist in der Schweiz in Übereinstimmung mit der Rechtsscheinlehre somit im Ergebnis der *unmittelbare Besitz bzw. die Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den unmittelbaren Besitzer*. Wird der unmittelbare Besitz für den Veräusserer ausgeübt, ist auch gutgläubiger Erwerb durch Übertragung bloss mittelbaren Besitzes möglich. Damit erleidet die Rechtsscheinlehre aber einen markante Schwächung, denn wahrnehmbar ist in diesen Fällen eigentlich nur die Behauptung, Eigentümer zu sein. Der Erwerber verlässt sich somit auf das «*Gerede*»⁴⁷ des mittelbaren Besitzers – die «*Taten*» folgen erst später, wenn sich zeigt, dass der unmittelbare Besitzer für den mittelbaren Veräusserer tatsächlich besitzt. Aus Verkehrs- und Vertrauensschutzmotiven muss dies aber genügen.

c. Besitzdiener

[Rz 18] Zur Erläuterung dient der Sachverhalt des BGE 80 II 235 ff. Ein Weinlager wurde dreimal verpfändet. Die erste Pfandbestellung scheiterte daran, dass der Schuldner nach wie vor freien und jederzeitigen Zutritt zum Weinlager hatte. Die zweite Pfandbestellung glückte, weil die Bank dem Schuldner die einzigen Schlüssel zum Weinlager nur für genau definierte Zeiträume zwecks Instandhaltung des Lagers aushändigte. Darüber wurde auch Buch geführt. Der Schuldner brachte nach einer dieser Schlüsselausleihen jedoch falsche Schlüssel zurück und verpfändete mit den richtigen Schlüsseln das Weinlager ein drittes Mal. Die Rechtsfrage lautete, ob die Schlüssel dem Schuldner anvertraut waren oder der Bank abhanden gekommen sind. Wären sie anvertraut gewesen, hätte die dritte Pfandnehmerin gutgläubig das Pfand erlangt (Art. 884 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 933 ZGB).⁴⁸ Das Bundesgericht befand, die Schlüssel seien der Bank abhanden gekommen, obwohl sie sie freiwillig dem Schuldner für eine kurze Zeit mit Wissen und Willen übergeben hatte. Der Schuldner sei nicht Besitzer geworden, sondern lediglich *Besitzdiener*.⁴⁹

[Rz 19] Unter Rechtsscheingesichtspunkten kann diese Argumentation nicht überzeugen. Der Rechtsschein wurde auch in diesem Fall zurechenbar und wissentlich geschaffen.

³⁸ BSK-STARK/ERNST, ZGB 924 N 23.

³⁹ Dieses Beispiel bei ZK-HOMBERGER, ZGB 933 N 20 und WIESER, S. 70, Fn. 291; vgl. auch BGE 29 II 630 ff., 635.

⁴⁰ ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB 717 N 43, 45b, 48.

⁴¹ BK-STARK, ZGB 933 N 84, wo er explizit den unmittelbaren Besitz verlangt, so auch BSK-SCHWANDER, ZGB 717 N 2 und ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB 717 N 1, ausführlich begründet bei ZGB 717 N 39 f.; vgl. aber HINDERLING, SPR V/1, S. 434, ZK-HOMBERGER, ZGB 924 N 12 und BSK-STARK/ERNST, ZGB 924 N 26: «*Wenn der Konstituent dagegen mittelbarer selbständiger Besitzer ist, fügt er der Besitzerkette in der Person des Erwerbers eine neue Stufe an, bleibt aber selbst ein Glied davon.*»

⁴² ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB 717 N 39 ff.

⁴³ Vgl. LEUMANN, S. 19, der in diesem Fall den gutgläubigen Erwerb erst dann bejaht, wenn dem Erwerber nachträglich der Besitz an der Sache verschafft worden ist; vgl. ERNST, Eigenbesitz, S. 275 und BSK-STARK/ERNST, ZGB 924 N 26 (vgl. das Zitat oben in Fn. 41).

⁴⁴ Vgl. zu dieser Situation ERNST, Eigenbesitz, S. 275 beschrieben.

⁴⁵ Vgl. BSK-STARK/ERNST, ZGB 922 N 16; BK-STARK, ZGB 922 N 44 ff. und 49 f.; BGE 132 III 155 ff., 159 f.

⁴⁶ Siehe zum Ganzen BK-STARK, ZGB 933 N 83.

⁴⁷ HAGER, S. 241 und BAUER, S. 9; vgl. auch die Erwägung in BGE 81 II 339 ff., 344. Das Bundesgericht bemängelte, dass sich der Erwerber nur auf die Behauptungen des Veräusserers gestützt habe.

⁴⁸ Siehe dazu BSK-BAUER, ZGB 884 N 115; vgl. BGE 80 II 235 ff., 237.

⁴⁹ BGE 80 II 235 ff., 238; vgl. BK-STARK, ZGB 933 N 29d.

Ebenfalls bleibt ein Wertungswiderspruch zu BGE 121 III 345 ff. (siehe unten, Rz. 35) bestehen, bei dem der Besitz aufgrund einer Täuschung übergeben worden war. Es kann eigentlich keine Rolle spielen, ob die Sache für fünf Stunden oder für zwei Tage weitergegeben worden ist. Der Rechtschein wurde in beiden Fällen geschaffen. Das Faktum, dass der Schuldner bloss Besitzdiener war, ist für den gutgläubigen Dritten in keiner Weise ersichtlich. Auch der Besitzdiener hat die tatsächliche Gewalt über die Sache, wie ein Besitzer.⁵⁰ Das Bundesgericht argumentierte, erst durch das heimliche Vertauschen der Schlüssel habe sich der Schuldner den Besitz angemasst. Er hätte aber die Schlüssel auch ohne diese Handlung weitergeben können. Die Situation ist zum normalen Vorgang des Anvertrauens zu ähnlich, als dass sich eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen würde. Für die bundesgerichtlichen Erwägungen spricht jedoch die Definition des Besitzdieners in der Lehre. Er wird nicht zu den Besitzern gezählt.⁵¹ HOMBERGER argumentiert sogar in der Terminologie der Rechtsscheinlehre, dass nur der Besitzer und nicht der Besitzdiener nach aussen als Träger des Rechts erscheine.⁵²

d. Organe juristischer Personen

[Rz 20] Fraglich ist, ob auch Organe juristischer Personen den für Art. 933 ZGB erforderlichen Besitz an den Sachen der juristischen Person haben. Wenn ein Verwaltungsrat beispielsweise über eine Sache verfügt, die nicht ihm, sondern der juristischen Person gehört, sind sowohl die besitzrechtlichen, als auch die vertretungsrechtlichen Normen relevant. Möglich ist die Erfassung des Organs als Besitzer oder als Besitzdiener.

[Rz 21] Das Bundesgericht betrachtete den Verwaltungsrat und alleinigen Aktionär einer Aktiengesellschaft im Ergebnis als blossen Besitzdiener («*analog dem Besitzdiener*»). Im konkreten BGE 81 II 339 ff. erhielt die Aktiengesellschaft Stabag zwei Inhaberschuldbriefe von Trepp zur Verwaltung. Der einzige Verwaltungsrat der Stabag, Dunz, übertrug die beiden Titel einer Bank zu Faustpfand für Verpflichtungen der Stabag. Zusätzlich nahm Verwaltungsrat Dunz von Lüthi für persönliche Zwecke ein Darlehen auf und wollte zur Sicherung dieser Forderung via Besitzanweisung die Nachverpfändung der beiden Titel zugunsten Lüthi erreichen.⁵³ Die Bank akzeptierte dies nicht. Auch das Bundesgericht verneinte das Bestehen eines Nachpfandes zugunsten Lüthi. Dunz als blosser Besitzdiener könne keinen Besitz übertragen, weil er selber keinen habe.⁵⁴

[Rz 22] Es stellt sich die Frage, wie dies zur Rechtsscheinlehre passt. Nach aussen ist der Unterschied zwischen Besitzdiener und Besitzer in den seltensten Fällen zu erkennen, was auch das Bundesgericht einräumt (siehe auch oben, Rz. 19). Im vorliegenden Fall ging es um die Übertragung mittelbaren Besitzes. Unmittelbarer Besitzer war die Bank als Pfandnehmerin. Das Bundesgericht bemängelte zuerst, dass sich Lüthi folglich nur auf die Behauptung von Dunz verlassen habe, Besitzer zu sein: «*Beim Abschluss des Nachverpfändungsvertrages waren die (der Bank von der STABAG als Faustpfand übergebenen) Inhaberpapiere nicht zur Stelle. Der Kläger konnte sich damals nicht auf tatsächlich von ihm festgestellten Besitz des Nachverpfänders, sondern nur auf dessen Erklärungen stützen.*»⁵⁵ Dies bedeutet in Übereinstimmung mit der Rechtsscheinlehre, dass mittelbarer Besitz für den gutgläubigen Erwerb alleine nie genügen kann. Der unmittelbare Besitzer muss zusätzlich für den Veräusserer besitzen – und genau das war hier nicht der Fall: Die Bank besass das Pfand für die Stabag, nicht für deren Verwaltungsrat Dunz. Die Erwägungen des Bundesgerichts zeigen, dass aufgrund der besonderen Umstände kein Verlass auf den Besitz des Dunz möglich erschien. Die Bank teilte Lüthi sofort nach der Anzeige mit, dass Dunz die beiden Titel als Pfand der Stabag der Bank übergeben hatte.⁵⁶ Umgekehrt ist aber auch gesagt, dass ein gutgläubiger Erwerb eines Nachpfandes via Besitzanweisung grundsätzlich möglich ist.⁵⁷ Die Begründung, dass Dunz bloss Besitzdiener war, wäre somit gar nicht notwendig gewesen.

[Rz 23] Der Konnex zur vertretungsrechtlichen Lösung dieses Problems liegt darin, dass sich die juristische Person die Veräusserung ihres Eigentums gefallen lassen muss, wenn sie vom Gesellschaftszweck in der weiten bundesgerichtlichen Auslegung noch gedeckt ist und der Erwerber bezüglich der Vertretungsbefugnis gutgläubig ist. Das Bundesgericht legt den Gesellschaftszweck in der Vorschrift des Art. 718a OR grosszügig aus.⁵⁸ In vielen Fällen dürfte somit der Erwerber tatsächlich Eigentum erlangen, weil die juristische Person das Verhalten ihrer Organe gegen sich gelten lassen muss.⁵⁹ Ein Gutglaubensschutz ist in diesen Fällen

⁵⁰ Vgl. BSK-STARK/ERNST, ZGB 919 N 6 und 21.

⁵¹ Vgl. dazu BK-STARK, ZGB 924 N 12 und BGE 112 II 113 ff., 115.

⁵² ZK-HOMBERGER, ZGB 934 N 5.

⁵³ Dies ist eine Interzession im Interesse des Aktionärs, die auch aus weiteren Gründen nicht ohne weiteres gültig ist. Siehe dazu RUSCH, passim.

⁵⁴ BGE 81 II 339 ff., 343 f.

⁵⁵ BGE 81 II 339 ff., 344; vgl. BK-STARK, ZGB 933 N 86.

⁵⁶ Lüthi wäre somit auch nicht gutgläubig im Sinne von Art. 935 ZGB gewesen, weil er wusste, dass die Titel nicht Dunz gehörten; siehe dazu HOFSTETTER, JdT 1956, S. 366.

⁵⁷ Vgl. dazu BK-STARK, ZGB 933 N 86 f.

⁵⁸ Vgl. den Kammgarnspinnerei-Entscheid, BGE 116 II 320 ff., 323: «*Unter Rechtshandlungen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann, sind nicht bloss solche zu verstehen, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen; erfasst sind vielmehr ebenfalls ungewöhnliche Geschäfte, sofern sie auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, d.h. durch diesen zumindest nicht geradezu ausgeschlossen werden.*»; vgl. dazu BÖCKLI, § 13 N 496 ff., insbesondere N 500.

⁵⁹ Vgl. BK-STARK, ZGB 933 N 38; WIESER, S. 62 f.

aber nicht bezüglich des *Besitzes*, sondern bezüglich der *Vertretungsbefugnis* gegeben.

[Rz 24] Veräussert das Organ die Sache in eigenem Namen, ist die Sachlage anders. Die Sache ist dann nach h.L. abhanden gekommen.⁶⁰ Die Gesellschaft kann folglich die Sache aufgrund des Art. 934 Abs. 1 ZGB zurückverlangen. Diese Wertung kann jedoch nicht überzeugen. Die Gesellschaft hat einen Vertrauensmann ausgesucht und ihm die Sache zusammen mit der Verwaltung der Gesellschaft anvertraut. Die Auswahl der Organe einer Gesellschaft erfolgt meist in einem sorgfältiger durchgeführten Verfahren als das «gewöhnliche» Anvertrauen im Rahmen einer Miete.⁶¹ Dies erfüllt alle Bedingungen des Anvertrauens als relevante Zurechnung des Rechtsscheins. Der Besitz als Rechtsscheinträger erleidet durch diese Ansicht in einem wichtigen Anwendungsbereich eine einschneidende Relativierung, die für die beteiligten Parteien in keiner Weise ersichtlich ist.⁶²

[Rz 25] Das Bundesgericht hat in BGE 81 II 339 ff., 344 die Türe zur rechtsscheinkonformen Anwendung des Art. 933 ZGB auch bei juristischen Personen dennoch offen gelassen. Weil die Bank wusste, dass sie das Pfand von der Stabag erhalten hatte, konnte sie die Nachverpfändung via Besitzanweisung nicht mehr zugunsten des Verwaltungsrates vornehmen. Das Bundesgericht musste folglich nicht mehr überprüfen, ob Sachen auch dem Organ der Aktiengesellschaft anvertraut worden sind. Es hielt aber fest: «*Mitunter kann die Tätigkeit eines Organs (...) es allerdings mit sich bringen, dass nach aussen privater Besitz der betreffenden natürlichen Person vorzuliegen scheint. In solchen Fällen erhebt sich die Frage, ob ihr persönlich ein (zumeist unmittelbarer) Besitz anvertraut sei, kraft dessen eine von ihr wenn auch unbefugterweise im eigenen Namen getroffene Verfügung für einen gutgläubigen Empfänger der Sache nach Art. 933 ZGB gültig wäre.*»

2. Zurechnung

a. Zurechnungsprinzip

[Rz 26] Die zurechenbare Handlung liegt im Anvertrauen der Sache. Als massgebliches Prinzip der Zurechnung kommen das Veranlassungs-, das Verschuldens- und das Risikoprinzip in Frage.⁶³

[Rz 27] Das *Veranlassungsprinzip* stützt sich auf die Veranlassung im Sinne der Verursachung und Kausalität.⁶⁴

Dies sagt noch nicht viel über die Wertungen der Zurechnung aus.⁶⁵ Die Zurechenbarkeit des Besitzesübergangs ist dann insbesondere auch bei unfreiwilligem Besitzesverlust gegeben, wenn sich der Eigentümer unachtsam verhält.⁶⁶ Wer seine Sachen nicht richtig beaufsichtigt, setzt ebenfalls eine Ursache für deren Abhandenkommen. Dies deckt sich jedoch nicht mit Art. 934 Abs. 1 ZGB.

[Rz 28] Das *Verschuldensprinzip* ist aus denselben Gründen nicht geeignet, weil sonst auch bei verschuldetem Abhandenkommen eine Zurechnung möglich wäre.⁶⁷ Im umgekehrten Falle dürfte es häufig nicht möglich sein, dem Eigentümer ein Verschulden vorzuwerfen, weil er seinen Vertrauensmann vorsätzlich oder fahrlässig nicht als unzuverlässig erkannt hat. Art. 933 und 934 ZGB sehen in Übereinstimmung mit der Rechtsscheinlehre kein Verschulden vor.

[Rz 29] Die Zurechnung des Rechtsscheins erfolgt richtigerweise aufgrund des *Risikoprinzips*, das im Unterschied zum Veranlassungsprinzip auch eine Wertung enthält.⁶⁸ Die Übertragung des Besitzes schafft bei *lediglich anvertrauten* Sachen den Rechtsschein des Eigentums und stattet den Vertrauensmann mit einer Machtfülle aus, die das tatsächlich übertragene Recht überschreitet.⁶⁹ Diese Diskrepanz zwischen Macht und Befugnis schafft die *Gefahr*, dass gutgläubige Dritte auf den Schein der Verfügungsbefugnis vertrauen.⁷⁰ Diese Risikoverteilung stimmt mit den Überlegungen der ökonomischen Analyse des Rechts überein, die nach Effizienzgrundsätzen den optimalen Risikoträger und Risiko beherrscher sucht. Das Risikoprinzip rechnet ähnlich wie der Gefahrensatz Folgen von Risiken einer Person zu, die durch ihr Verhalten einen Rechtsschein und damit ein erhöhtes Risiko geschaffen hat und das Risiko leichter beherrschen kann als andere davon betroffene Personen.⁷¹ Diese Person nennen VOGT und MEIER-SCHATZ den «*superior risk bearer*».⁷² Vorliegend ist der Eigentümer *superior risk bearer*. Er hat es

Veranlassungsprinzip BGE 100 II 8 ff., 13 f. (Zitat oben bei Rz. 2) und BERGER, recht 2002, S. 209 Fn. 44.

⁶⁵ Dieser Gedanke bei CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 474: «*(...) liegt in der Verbindung des Vertrauensgedankens mit dem Veranlassungsprinzip in Wahrheit ein Verzicht auf das Zurechnungserfordernis.*»; vgl. auch HÜBNER, S. 105 und WESTERMANN, JuS 1963, S. 6.

⁶⁶ Dieser Einwand bei KINDL, S. 345, HAGER, S. 385 und GUIBAN, S. 223.

⁶⁷ Vgl. dazu GUIBAN, S. 229 f. und KINDL, S. 345; vgl. zum Verschuldensprinzip allgemein CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 476 ff. Er lehnt dieses für die Rechtsscheinlehre als systemwidrig ab. Diesen Fall behandelt er auf S. 479; zum Verschuldensprinzip siehe ebenfalls VOGT, S. 646 und HÜBNER, S. 98 f.

⁶⁸ Vgl. KINDL, S. 346.

⁶⁹ Vgl. dazu CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 483 und KINDL, S. 313.

⁷⁰ Vgl. BK-STARK, ZGB 933 N 22; vgl. PIOTET, SJZ 1959, S. 286, ebenfalls mit deutlichem Bezug zur Rechtsscheinlehre.

⁷¹ CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 482; vgl. dazu anschaulich MÜLLER-ERZBACH, AcP 106, S. 409.

⁷² VOGT, S. 648, 650, 652; MEIER-SCHATZ, ZSR 1989 I, S. 445, mit weiteren Hinweisen.

⁶⁰ Vgl. statt vieler WIESER, S. 63 und HINDERLING, SPR V/1, S. 485.

⁶¹ Vgl. dazu HOFSTETTER, JdT 1956, S. 365 f.

⁶² Zu den Argumenten siehe WIESER, S. 63; vgl. BK-STARK, ZGB 933 N 38 («*wobei allerdings die ratio legis von Art. 933 mindestens teilweise gegeben ist*»).

⁶³ Zu diesen Prinzipien siehe CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 473 ff.

⁶⁴ GÜLLER, S. 16 ff., spricht sich gegen das Veranlassungsprinzip aus; siehe zum Veranlassungsprinzip GUIBAN, S. 222 f. und VOGT, S. 647; vgl. zum

in der Hand, seinen Vertrauensmann und dessen Zahlungsfähigkeit auszusuchen oder die Sache so zu kennzeichnen, dass der allfällig vorhandene gute Glaube des Erwerbenden zerstört wird.⁷³ Der Eigentümer ist es auch, der am meisten von der durch den verhältnismässig einfachen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten erhöhten Umlauffähigkeit von Fahrnis profitiert.⁷⁴ Der Eigentümer will durch das Anvertrauen Werte schaffen: Er kann Mietzinse einnehmen und den Wert seiner Sache durch eine Reparatur steigern – kurz, er profitiert von der Nutzung oder Verbesserung seiner Sache durch andere, muss das Eigentum daran aber trotzdem nicht abgeben. Schwieriger ist es hingegen, das Eigentum des Veräusserers zu prüfen. Zugunsten des zügigen Verkehrs und der Rechtssicherheit soll diese Prüfung nicht zu lange dauern, was die Belastung des Eigentümers mit der Rechtsscheinsprechung nachvollziehbar macht.⁷⁵ Hinzu kommt, dass der Erwerber sich nicht bloss wie der Alteigentümer mit der Prüfung einer Person begnügen könnte, sondern die ganze Veräusserungskette analysieren müsste, wenn es keinen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten gäbe.⁷⁶

[Rz 30] Für das Gros der Fälle stimmen diese Erwägungen. In durchaus realistischen Fällen ergeben sich trotzdem stossende Resultate: Der Eigentümer hat es besser als alle übrigen Parteien in der Hand, die Sache gehörig zu verwahren und sie so vor einem Abhandenkommen zu schützen. Der Eigentümer schafft dann eine nahe liegende Gefahr, wenn er sein Eigentum unbeaufsichtigt herumstehen lässt.⁷⁷ Dennoch ist er bei diesem unfreiwilligem Abhandenkommen nach Art. 934 ZGB besser geschützt, als wenn er die Sache jemandem anvertraut, der sie dann weiterveräussert. Die Sache gilt trotz der fehlenden Sorgfalt als unfreiwillig abhanden gekommen (siehe dazu eingehend unten, insbesondere ab Rz. 60 ff.).

[Rz 31] Diese Kritik nimmt KINDL auf. Er lehnt eine Zurechnung auch nach dem Risikoprinzip ab, weil dadurch noch nicht beantwortet sei, welche Risiken wie getragen und auf wen verteilt werden müssen. Er legt in Anbetracht der Fälle des unachtsamen Abhandenkommens den Fokus auf das Fehlen eines Willens bei der Besitzesabgabe und stellt dieses Faktum der willentlichen Übertragung des Besitzes im Vorgang des Anvertrauens gegenüber.⁷⁸ Dies ist jedoch kein Zurechnungsprinzip der Rechtsscheinlehre, sondern das Unterscheidungsmerkmal zwischen Art. 933 und 934 ZGB. Eigentlich stellt sie lediglich eine Nuancierung des Verschuldensprinzips für die Rechtsscheinlehre dar. Treffender erscheint es, das Risikoprinzip nicht bloss anhand der simplen

Gefahrtragung und Gefahrbeherrschung anzuwenden, sondern in einem weiteren Rahmen der ökonomischen Analyse und der damit verbundenen Wertungen der auf dem Spiele stehenden Interessen zu analysieren. Dabei ist in den meisten Fällen, in denen die Sache willentlich dem Vertrauensmann übergeben worden ist, ein materielles oder zumindest ideelles Interesse an der Nutzung durch diesen vorhanden.⁷⁹ Wer die Sache vermietet, erhofft sich einen Gewinn durch Mietzinse. Wer die Sache dem Vertrauensmann unentgeltlich leiht, will ihm einen Dienst erweisen, was ebenfalls einen ideellen Nutzen darstellt. Wer die Sache einem Verwalter übergibt, will sich nicht selber um die Verwaltung kümmern müssen. In den Fällen, in denen die Sache abhanden kommt, ist keine Erwartung eines Nutzens gegeben. Der Eigentümer konnte beim Abhandenkommen im Unterschied zum Anvertrauen die Zahlungsfähigkeit des «Vertrauensmannes» nicht prüfen.⁸⁰ Durch die Ausgestaltung des gutgläubigen Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten fiel die Lösung des Interessenkonflikts zugunsten des Erwerbers aus, was ebenso den Interessen des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit zu Gute kommt. Der Erwerber soll nicht mit zu grossen Abklärungspflichten belastet werden, denn dies verlangsamt den Austausch der Güter.⁸¹ Diese Interessen, die allesamt in einer erweiterten Analyse aufgrund des Risikoprinzips zum Tragen kommen, sprechen somit für den Eigentümer als den *superior risk bearer* beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten.

[Rz 32] Beim Abhandenkommen ist der Erwerber der *superior risk bearer*. Die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins ist bei der unfreiwillig erfolgten Besitzesübertragung, wie z.B. aufgrund von Zwang, Drohung, Diebstahl und Abhandenkommen nicht gegeben.⁸² In diesen Fällen hat nicht der Eigentümer den Rechtsschein geschaffen, sondern der Dieb, dessen Zahlungsfähigkeit der Alteigentümer nicht überprüfen konnte. Dies stimmt mit der gesetzlichen Ordnung in Art. 934 Abs. 1 ZGB überein. Verlorene, gestohlene und gegen den Willen des Eigentümers abhanden gekommene Sachen schaffen zwar auch einen Rechtsschein, dieser ist jedoch dem Eigentümer mit der oben erwähnten Ausgestaltung des Risikoprinzips nicht zurechenbar.⁸³

[Rz 33] Der gutgläubige Erwerb von *Geld und Inhaberpapieren* im Sinne von Art. 935 ZGB lässt sich mit dem Risikoprinzip nicht erklären. Bei Geld und Inhaberpapieren würde bei einem unfreiwilligen Abhandenkommen die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins wegfallen, was sich mit der im Gesetz

⁷³ Vgl. BK-STARK, ZGB 933 N 22, GUI SAN, S. 226 und HARTMANN, recht 2002, S. 142; vgl. auch die Hinweise bei KINDL, S. 313.

⁷⁴ Dieser Gedanke bei KINDL, S. 308.

⁷⁵ Vgl. GUI SAN, S. 226.

⁷⁶ Dieser Gedanke bei HARTMANN, recht 2002, S. 140.

⁷⁷ Vgl. BK-STARK, Vorbemerkungen zu ZGB 930-937 N 31.

⁷⁸ KINDL, S. 346; vgl. auch HARTMANN, recht 2002, S. 139.; vgl. HAGER, S. 387 ff.

⁷⁹ Vgl. die Gedanken bei MÜLLER-ERZBACH, AcP 106 S. 411 f.

⁸⁰ Dieses treffende Argument bei HARTMANN, recht 2002, S. 142.

⁸¹ Vgl. dazu GUI SAN, S. 226, MÜLLER-ERZBACH, AcP 106 S. 444 und AcP 142, S. 20.

⁸² Vgl. dazu ausführlich PIOTET, SJZ 1959, S. 288.

⁸³ Das Bundesgericht benützte in BGE 113 II 397 ff., 399 f. (vgl. das Zitat oben, Rz. 3) die Rechtsschein-Terminologie und verneinte die Zurechnung des Rechtsscheins bei Diebstahl; vgl. auch BGE 36 II 341 ff., 347.

statuierten Lösung und den Verkehrsinteressen nicht verträgt. Die Rechtsscheinlehre erfasst jedoch umlaufensensitive oder besonders schutzwürdige Verkehrstatbestände auch ohne Zurechnung. Es handelt sich dabei um den Sonderfall des so genannten *reinen Rechtsscheinprinzips*, welches ohne Zurechnung auskommt.⁸⁴ Anwendungsfälle des reinen Rechtsscheinprinzips sind nebst Art. 935 ZGB beispielsweise der gutgläubige Erwerb von Grundstücken (Art. 973 Abs. 1 ZGB – als besonders vertrauenswürdiger Erwerb aufgrund des Grundbuchs) und die Fälle des Art. 167 OR.⁸⁵

b. Willensmängel

[Rz 34] Eines der Hauptprobleme der Rechtsscheinlehre stellt die Zurechnung bei irrtümlich gesetztem Rechtsschein dar.⁸⁶ Wer aufgrund einer Täuschung oder eines Betrugs den Besitz weitergegeben hat, dem ist der Besitz in gewisser Weise auch unfreiwillig abhanden gekommen – und die Freiwilligkeit des Anvertrauens bzw. die Unfreiwilligkeit des Abhandenkommens sind gerade die wesentlichen Anknüpfungsmerkmale der gesetzlichen Ordnung.⁸⁷ Der Rechtsschein als Vertrauenstatbestand ist aber auch dann entstanden. Die h.L. bejaht jedoch die fehlende Freiwilligkeit der Besitzesübergabe nur bei Vorliegen einer Drohung.⁸⁸ Die Drohung ist dem Diebstahl am nächsten – hier hat nicht der Eigentümer den Vertrauensmann ausgesucht, sondern die drohende Person das Opfer.

[Rz 35] Die fehlende Freiwilligkeit machte die Verkäuferin im Sachverhalt des BGE 121 III 345 ff. geltend. Sie übergab ihren VW Golf GTI einem Mann zwecks Veräusserung an einen Dritten oder zur Rückgabe, falls er innert 48 Stunden keinen Käufer finden sollte. Er verkaufte das Auto weiter, erstattete ihr den Erlös jedoch nicht und wurde später wegen Betrugs verurteilt.

[Rz 36] Das Bundesgericht unterschied zwischen der Täuschung im zugrunde liegenden Rechtsgeschäft und der Täuschung bei der Besitzesübergabe.⁸⁹ Der Grund hiefür leuchtet ein: Die Besitzesübergabe als tatsächlicher Vorgang passiert im Gegensatz zur Eigentumsübertragung unabhängig davon, ob das Grundgeschäft gültig ist oder nicht.⁹⁰ Damit

ist aber auch gesagt, dass die Übergabe einer falschen Sache oder die Übergabe an eine falsche Person durchaus anfechtbar sind und im Ergebnis bewirken, dass von einer abhanden gekommenen Sache auszugehen ist.⁹¹ Wer aber einem Betrüger auf den Leim gekrochen ist und die Sache deswegen übergeben hat, hat genauso wie in den normalen Fällen des Anvertrauens einen «Vertrauensmann» ausgesucht. Dabei hatte er einfach eine etwas weniger glückliche Hand.⁹² Es kommt wertungsmässig nicht darauf an, ob der Wille zur Veruntreuung schon bei der Entgegennahme der Sache gegeben war oder erst später vorlag.

c. Unbewusstes Anvertrauen

[Rz 37] BGE 100 II 8 ff. behandelt einen Fall des unbewussten Anvertrauens. Die Eigentümer eines Speichers beauftragten Vogelsang mit dessen Abbruch und Versetzung an einen neuen Ort. Vogelsang fand in einem Zapfloch des Speichers alte Goldmünzen und verkaufte einen Teil davon einer Bank. Das Bundesgericht ging davon aus, dass der Speicher und damit auch die Goldmünzen Vogelsang anvertraut waren. Die Bank konnte somit in gutem Glauben Eigentum an den Münzen erwerben.⁹³

[Rz 38] Der Vorgang des bewussten Anvertrauens betraf höchstens den Speicher. Von den Münzen wusste niemand etwas. Es stellt sich die Frage, ob dies als Handlung des Anvertrauens noch zugerechnet werden kann oder ob es bereits ein Abhandenkommen darstellt.⁹⁴ STARK geht davon aus, dass ein Anvertrauen nur dann zurechenbar sei, wenn mit dem Vorhandensein des Gegenstandes gerechnet werden müsse, was beispielsweise bei einem Pult der Fall sei, in dem sich noch ein Buch befinde.⁹⁵

[Rz 39] Der Rechtsschein des Besitzes an den Münzen ist vorliegend sicher entstanden, fraglich ist bloss seine Zurechenbarkeit. Nach den oben dargelegten Kriterien ist auf die Interessenlage abzustellen. Der anvertrauende Eigentümer hatte lediglich das Interesse, den Speicher versetzen zu lassen. Bezüglich des Schatzes hatte der Eigentümer kein Interesse an einer Besitzesübertragung. Damit es in seinem Interesse liegt, müsste das Anvertrauen bewusst geschehen. Bei diesem Fall ist jedoch die gesetzliche Definition

⁸⁴ CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 471 (in Deutschland ist es § 935 Abs. 2 BGB) und S. 528; vgl. WESTERMANN, JuS 1963, S. 6; vgl. auch zu den Verkehrsinteressen PETERS, S. 124, HARTMANN, recht 2002, S. 139 und von CRAUSHAAR, S. 157 f.

⁸⁵ Vgl. dazu die deutschen Pendants, dargestellt bei CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 144 und 471.

⁸⁶ Siehe zu diesem Grundproblem KINDL, S. 1 ff.

⁸⁷ Vgl. WIESER, S. 52.

⁸⁸ Vgl. die Übersicht bei WIESER, S. 56, mit weiteren Hinweisen; vgl. aber LEUMANN, S. 23. LEUMANN betrachtet die Sache auch bei Erlangung durch «Irrtum und Betrug, aus Furcht und Zwang» als anvertraut. Es ist das Prinzip des «*coactus tamen voluit*» (KINDL, S. 353).

⁸⁹ Vgl. dazu BK-STARK, ZGB 933 N 25 und insbesondere N 29; vgl. WIESER, S. 52 ff.

⁹⁰ Vgl. BGE 121 III 345 ff., 347 f.: «*Da die Unverbindlichkeit des*

Grundgeschäftes keinen Einfluss auf die Besitzübertragung als Realakt hat, erweist sich ein Willensmangel in bezug auf dieses Rechtsgeschäft auch als unerheblich dafür, ob eine Sache mit dem Willen des Erstbesitzers dem neuen Besitzer anvertraut wurde oder ihm ohne seinen Willen abhandengekommen ist.».

⁹¹ Vgl. WIESER, S. 53.

⁹² Vgl. HINDERLING, SPR V/1, S. 475 f.; vgl. zu den beiden verschiedenen Meinungen BGE 121 IV 26 ff., 28 f.; zur Anfechtung von Besitzverträgen bei den Übergabesurrogaten siehe HINDERLING, ZSR 1970 I S. 162 ff. und WIESER, S. 57 f.

⁹³ Vgl. das Zitat aus BGE 100 II 8 ff., 13 f., abgedruckt oben bei Rz. 2.

⁹⁴ BK-STARK, ZGB 933 N 23b und HINDERLING, SPR V/1, S. 476 f., Fn. 26 gehen beide von einer abhanden gekommenen Sache aus.

⁹⁵ BK-STARK, ZGB 933 N 23b.

des Schatzfundes zu berücksichtigen. Der Schatz definiert sich dadurch, dass er keinen Eigentümer hat. Der Eigentümer des Grundstück oder der Sache, in der der Schatz liegt, erwirbt originär Eigentum im Zeitpunkt der Entdeckung der Sache.⁹⁶ Der Schatz wird dem Eigentümer des Bodens oder der Sache zugerechnet – je nach dem, wo er gefunden wird (Art. 723 Abs. 1 und 2 ZGB). Es handelt sich folglich um eine herrenlose Sache.⁹⁷ Das Wissen um den Schatz spielt nicht nur beim Eigentum keine Rolle. Bei der Übertragung des Eigentums oder des Besitzes ist das Wissen um den Schatz genauso belanglos. Das Bundesgericht hat folglich im Ergebnis durchaus sachgerecht entschieden. Die Begründung des Bundesgerichts, die Eigentümerin habe «*die Gefahr auf sich genommen, dass allfällige darin verborgene Gegenstände unrechtmässig weiter veräussert würden*», vermittelt jedoch keine adäquate Vorstellung der relevanten Handlung. Sie suggeriert das Vorliegen einer bewussten Entscheidung, die keine war. Eine Begründung, die näher bei der Definition des Schatzes und seiner Übertragung und Übertragbarkeit verlaufen wäre, hätte sicher auch in der Lehre mehr Unterstützung gefunden.⁹⁸ Der Schatz ist folglich aber auch ein unpassendes Beispiel für das unbewusste Anvertrauen einer Sache.

[Rz 40] Wie verhält es sich aber im Falle des Anvertrauens eines Pults, in dem sich ohne Wissen noch Gegenstände des Eigentümers befinden? An ihnen besteht im Gegensatz zum Schatz noch Eigentum. Der Eigentümer war sich beim Anvertrauen des Vorhandenseins der anderen Sache dessen bloss nicht mehr bewusst. Das massgebliche Zurechnungsprinzip ist das Risikoprinzip. Der Eigentümer schafft eine Gefahr, dass jemand auf die Verfügungsbefugnis des Besitzers schliessen könnte und begibt die Sache in seinem Interesse weiter (siehe oben, Rz. 29 ff.). Für die Übergabe des im Pult verbliebenen Buches, das noch einen Eigentümer hat, besteht dieses Interesse nicht. Es ist einem unfreiwilligem Verlust gleichzusetzen. Die so abhanden gekommene Sache kann deshalb nach Art. 934 Abs. 1 ZGB zurückgefordert werden.⁹⁹

d. Urteilsunfähige oder unmündige Personen

[Rz 41] Es stellt sich die Frage, ob eine urteilsunfähige oder urteilsfähige unmündige Person gültig Sachen anvertrauen kann. In der Lehre wird meist nur das Ergebnis festgehalten, ohne auf die Gründe einzugehen: STARK verneint die Möglichkeit gültigen Anvertrauens durch einen *urteilsunfähige Person*. Die fehlende Handlungsfähigkeit (beispielsweise unmündiger Personen) sei jedoch kein Hindernis, weil das

Anvertrauen keine rechtsgeschäftliche Handlung sei.¹⁰⁰ Das Ergebnis überzeugt wenigstens teilweise, nicht aber die (fehlende) Begründung. Es kommt beim Anvertrauen trotzdem auf den Willen an. Der wesentliche Unterschied zwischen Art. 933 und 934 ZGB liegt in der Freiwilligkeit der Besitzesabgabe, oder umgekehrt formuliert, in der *Besitzesabgabe mit Willen* und, wie oben (vgl. Rz. 31) unter Rechtsschein Gesichtspunkten dargelegt, *im Interesse der anvertrauenden Person*. Der bezüglich der Besitzesabgabe und damit des Anvertrauens urteilsfähige Handlungsunfähige wäre dann bei seiner Handlung zu behaften, weil dahinter ein relevanter Wille steht.¹⁰¹ Aber auch der urteilsfähige Handlungsunfähige benötigt Schutz. Wenn schon Art. 18 ZGB auf seine Anvertrauenshandlung angewandt wird, weshalb dann nicht auch Art. 19 ZGB beim Anvertrauen von Sachen durch urteilsfähige Unmündige? Weshalb sollte der urteilsfähige Unmündige bei der weniger deutlichen Handlung des Anvertrauens schlechter geschützt sein als bei einer gewöhnlichen und expliziten Willenserklärung? Die auf den Vertragsabschluss gerichtete Willenserklärung ist ein viel deutlicherer und vertrauenswürdigerer Vertrauenstatbestand als das Anvertrauen einer Sache. Die Konsequenzen dieser Handlung können einschneidender sein als beim Abschluss von Verträgen.¹⁰² BUCHER verweist in diesem Kontext zu Recht auf die *rechtsgeschäftsähnliche* Wirkung des Anvertrauens und verlangt deshalb die volle Handlungsfähigkeit.¹⁰³ Immerhin kann im Bereich des *freien Kindesvermögens* und im restlichen Bereich mit Zustimmung des Vertreters auch die urteilsfähige, aber handlungsunfähige Person gültig Sachen anvertrauen.¹⁰⁴ Bestreiten lässt sich jedoch nicht, dass im Anvertrauen grundsätzlich keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern ein *faktisches Verhalten* mit rechtsgeschäftsähnlicher Wirkung liegt.¹⁰⁵ Es rechtfertigt sich deshalb, Art. 18 und 19 ZGB analog auch auf die Anvertrauenshandlung anzuwenden.

[Rz 42] Die einfachere, auf der Hand liegende Lösung liegt wiederum in der konsequenten Anwendung der Rechtsscheinlehre. Die Voraussetzung der Zurechenbarkeit bei urteilsunfähigen oder handlungsunfähigen Personen ist in der Rechtsscheinlehre nicht gegeben. Diese sollen für das Anvertrauen von Sachen nicht mit der Rechtsscheinentsprechung belastet werden.¹⁰⁶ Vergleicht man die auf dem Spiel stehenden Interessen und die jeweilige Schutzwürdigkeit der

⁹⁶ Vgl. BSK-SCHWANDER, ZGB 723 N 3.

⁹⁷ Vgl. BSK-SCHWANDER, ZGB 723 N 1 f.

⁹⁸ Vgl. WIESER, S. 59 f., mit weiteren Hinweisen; PIOTET, JdT 1974, S. 587, lehnt den Entscheid ebenfalls ab.

⁹⁹ Im Ergebnis gleich WIESER, S. 60.

¹⁰⁰ BK-STARK, ZGB 933 N 28; BSK-STARK/ERNST, ZGB 933 N 15; HINDERLING, SPR V/1, S. 475 und 478; vgl. dazu auch BK-UCHER, ZGB 12 N 79 und allgemein WIESER, S. 49 f.; vgl. zum deutschen Recht KINDL, S. 347 ff. und Urteil des Oberlandesgerichtes München vom 21. März 1991, Nr. 29 U 6420/90, abgedruckt in NJW 1991, S. 2571 ff.

¹⁰¹ Vgl. HINDERLING, SPR V/1, S. 475 und 478.

¹⁰² Vgl. KINDL, S. 349. Beim Anvertrauen verwirklicht sich eine typische Gefahr der Teilnahme am Geschäftsverkehr.

¹⁰³ BK-UCHER, ZGB 12 N 79.

¹⁰⁴ WIESER, S. 50.

¹⁰⁵ Vgl. BK-UCHER, ZGB 12 N 78.

¹⁰⁶ CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 469; KINDL, S. 347 ff.

Parteien, ist klar, dass der Schutz urteils- und handlungsunfähiger Personen dem Verkehrsschutz vorgeht.¹⁰⁷ Das Bundesgericht hat dies zumindest im vergleichbaren Bereich des Gutgläubensschutzes im Stellvertretungsrecht festgehalten.¹⁰⁸ Die durch eine handlungs- oder urteilsunfähige Person anvertraute Sache muss deshalb als abhanden gekommen im Sinne des Art. 934 ZGB gelten.

3. Vertrauen

[Rz 43] Der Erwerber muss dem Anschein tatsächlich vertrauen.¹⁰⁹ Zum Vertrauen gehört der gute Glaube, die Kenntnis des Vertrauenstatbestandes, die Vertrauensdisposition, die Kausalität zwischen Vertrauen und der Disposition sowie das Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts.¹¹⁰

a. Guter Glaube

[Rz 44] Der gute Glaube wird in Art. 933 und 934 Abs. 2 ZGB als Voraussetzung des Eigentumserwerbs sowie des Lösungsrechts verlangt. Der gute Glaube des Erwerbers muss sich auf die Verfügungsbefugnis des Veräusserers beziehen.¹¹¹ Dieses Erfordernis deckt sich mit den Voraussetzungen der Rechtsscheinlehre. Keinen Schutz verdient eine Person, die die Rechtswirklichkeit hinter dem Rechtsschein kennt oder aufgrund der Umstände hätte kennen müssen (vgl. Art. 3 Abs. 2 ZGB).¹¹² Wer also weiss oder wissen muss, dass der Besitzer nicht der Eigentümer ist und deshalb keine Veräusserungsbefugnis hat, erwirbt kein Eigentum.

¹⁰⁷ Vgl. KINDL, S. 350; WESTERMANN, JuS 1963, S. 2.

¹⁰⁸ Vgl. die Wertungen in BGE 107 II 105 ff., insbesondere 115 f. Das Bundesgericht entschied, dass es bei Handlungsunfähigen keinen Gutgläubensschutz für die fehlende Vertretungsmacht geben kann. Es prüfte dabei eine Analogie zu den Rechtsscheinanwendungen der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht sowie der kundgegebenen, aber nur intern widerrufenen Vollmacht: «Bei der gesetzlichen Vertretung hingegen vermag das Verhalten des Vertretenen die fehlende Vertretungsmacht des Vertreters nicht zu ersetzen, weil es sich beim Vertretenen um eine handlungsunfähige Person handelt, deren Willenskundgebung, vom Spezialtatbestand des Art. 411 Abs. 2 ZGB abgesehen, keine Rechtswirkung zu erzeugen vermag (...) Die Anerkennung eines solchen Gutgläubensschutzes bei der gesetzlichen Stellvertretung ist nicht unbedenklich. Sie kann sich jedenfalls nicht direkt auf eine Gesetzesvorschrift stützen. Die analoge Anwendung der Bestimmungen über die gewillkürte Stellvertretung, insbesondere der Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR, fällt hier, wie bereits dargelegt, ausser Betracht, weil nicht das Verhalten des Vertretenen massgebend ist. (...) Dazu kommt, dass die gesetzliche Vertretung ihren Ursprung in der besonderen Schutzbedürftigkeit des Vertretenen hat. Dieser Umstand legt es ebenfalls nahe, dem guten Glauben des Dritten nur mit grosser Zurückhaltung eine heilende Wirkung zuzuerkennen, da diese Rechtsfolge auf Kosten des Schützlings geht.»

¹⁰⁹ Zu diesem Erfordernis siehe BGE 120 II 197 ff., 202 f.

¹¹⁰ Siehe dazu CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 504.

¹¹¹ Vgl. BSK-STARK/ERNST, ZGB 933 N 29; vgl. BK-STARK, ZGB 933 N 44: «Der Erwerber ist gutgläubig, wenn er die redliche Überzeugung hat, dass der Veräusserer berechtigt sei, ihm das in Frage stehende dingliche Recht zu übertragen.»

¹¹² CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 504.

[Rz 45] Das Bundesgericht hat die Anforderungen an den guten Glauben für diverse Gegenstände verschärft, insbesondere für den Handel mit Fahrzeugen und Antiquitäten. Diese Reaktion lässt sich damit erklären, dass die Eigentumsvermutung aus dem Besitz in vielen Bereichen (Fahrzeugleasing, Abzahlungskäufe mit Eigentumsvorbehalt etc.) nicht mehr gerechtfertigt ist (siehe dazu detailliert unten, Rz. 55 ff.).

b. Kenntnis des Vertrauenstatbestandes

[Rz 46] Die Kenntnis des Vertrauenstatbestandes ist vom Erfordernis des guten Glaubens zu trennen. Das Vorliegen des guten Glaubens besagt lediglich, dass die wahre Rechtslage dem Erwerber nicht bekannt ist oder nicht bekannt sein muss.¹¹³ Die Voraussetzung der Kenntnis des Vertrauenstatbestandes verlangt vorliegend, dass der gutgläubige Erwerber Kenntnis vom Rechtsschein, d.h. vom Besitz hat, der in der tatsächlichen Herrschaft über die Sache besteht.

[Rz 47] Im Normalfall mag dies sicher zutreffen, es gibt jedoch viele Fälle, in denen Besitz sich nur aus dem Veräusserungswillen oder Behauptungen darüber ableiten lässt. Der Besitz ist beispielsweise bei einem Distanzkauf nicht wahrnehmbar, bzw. der Besitz wird in diesen Fällen vom Erwerber lediglich angenommen.¹¹⁴ In diesen Fällen liegt streng genommen keine Kenntnis des Besitzes vor. Zeigt sich der Besitzer bezüglich der Sache veräusserungswillig, schliesst der Erwerber daraus, dass er über die tatsächliche Macht verfügt, den Besitz und das Eigentum auch zu übertragen. Dies passt zum oben definierten *Rechtsschein des Besitzwechsels* (siehe Rz. 7 f.). Zumindest den Besitzwechsel oder den Willen dazu kann der Erwerber eindeutig wahrnehmen. Kann er die Sache nicht übergeben, gerät er in Verzug und ein allfälliger Rechtsschein bleibt ohne Relevanz. Kann er sie übergeben, hat sich der Rechtsschein als relevant gezeigt – erst in diesem Fall ist es notwendig, den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten überhaupt zu prüfen.

c. Vertrauensdisposition und Schenkung einer anvertrauten Sache

[Rz 48] Das Vertrauen ist erst dann schützenswert, wenn es sich ausgewirkt hat. Nacktes, d.h. nicht ausgeübtes Vertrauen «kostet» nichts. Deshalb fordert die Rechtsscheinlehre eine *Vertrauensdisposition* der vertrauenden Person. Hat der gutgläubige Erwerber einen Kaufpreis für die Sache bezahlt, ist diese Voraussetzung sicher erfüllt.

[Rz 49] Fraglich ist die Vertrauensdisposition aber bei der Annahme einer Schenkung.¹¹⁵ Das Vertrauen in den Besitz

¹¹³ Zur Voraussetzung der Kenntnis des Vertrauenstatbestandes siehe CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 507.

¹¹⁴ Vgl. ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 106.

¹¹⁵ Vgl. PIOTET, SJZ 1959, S. 289 f.; vgl. auch zur Analyse der Interessenlage HAGER, S. 136 f.: «Erst die tatsächlich erbrachte eigene Investition trennt

des veräussernden Nichteigentümers hat den Erwerber nichts gekostet, weil er die Sache gratis bekommen hat. Art. 933 ZGB äussert sich zu diesem Problem nicht. Mehrere Autoren bejahen deshalb auch die Möglichkeit des kostenlosen gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten.¹¹⁶ HONSELL will Art. 933 ZGB nur auf den entgeltlichen Erwerb beschränken und begründet dies mit der in der Schweiz im Gegensatz zum deutschen Recht fehlenden Kondiktion (§ 816 Abs. 1 BGB).¹¹⁷ In mehreren Ländern wird der Gutgläubensschutz nur dann gewährt, wenn die Sache entgeltlich erworben worden ist.¹¹⁸

[Rz 50] Mehrere Autoren lösen dieses Problem nicht über die Auslegung des Art. 933 ZGB, sondern über das Schenkungsrecht. Die Legaldefinition der Schenkung in Art. 239 Abs. 1 OR bestimmt, dass der Schenkende etwas *aus seinem Vermögen* schenkt. Die anvertraute oder gestohlene Sache gehört folglich nicht dazu.¹¹⁹ Die lediglich anvertraute Sache kann nach der Auffassung vieler Autoren nicht verschenkt werden, weil *keine gültige causa donandi* vorliegt.¹²⁰ Die Lösung mit der fehlenden causa überzeugt nicht. Die Schenkung einer anvertrauten Sache ist kein Problem der *causa*, sondern der *Erfüllung und der Gewährleistung*.¹²¹ EMMENEGGER zeigt deutlich, dass die schenkungsrechtliche Argumentation lediglich eine Krücke zur Verhinderung des unerwünschten Gutgläubensschutzes bei Schenkungen darstellt.¹²²

[Rz 51] Die adäquate Lösung liegt in der konsequenten Anwendung der Rechtsscheinlehre. Diese verlangt eine Vertrauensdisposition, die bei Art. 933 ZGB im entgeltlichen Erwerb liegt.¹²³ Nur betätigtes Vertrauen verdient Schutz. Es

den schutzwürdigen vom nicht schutzwürdigen Erwerb.»; und PETERS, S. 112 ff.

¹¹⁶ Vgl. statt vieler BK-STARK, Vorbemerkungen ZGB 930-937 N 33; BSK-STARK/ERNST, ZGB 933 N 23; siehe dazu ausführlich EMMENEGGER, S. 219 ff., insbesondere S. 221 ff. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass je nach den Umständen des Erwerbs der gute Glaube des Erwerbers fehlen kann, wenn er etwas geschenkt erhält. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung erfasst diese Problematik beim zu niedrigen Preis, der den Erwerber stutzig machen sollte (vgl. BGE 121 III 345 ff., 349; BGE 107 II 41 ff., 43).

¹¹⁷ Vgl. HONSELL, OR BT, S. 196 f. und § 816 Abs. 1 BGB: *«Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt.»*; vgl. dazu EMMENEGGER, S. 222 und 227 ff. und BK-STARK, Vorbemerkungen ZGB 930-937 N 32.

¹¹⁸ Siehe die Hinweise bei WIESER, S. 38 f.; vgl. auch FROTZ, S. 147.

¹¹⁹ Vgl. statt vieler BSK-VOGT, OR 239 N 42, von TUHR/PETER, S. 497 f., Fn. 143, S. 516 und HUGUENIN, OR BT, N 437; a.M. HINDERLING, SPR V/1, S. 472 Fn. 3 und BK-STARK, Vorbemerkungen ZGB 930-937 N 33; vgl. die Übersicht bei WIESER, S. 82.

¹²⁰ EMMENEGGER, S. 221 ff., mit Fazit auf S. 226 und BSK-VOGT, OR 239 N 42.

¹²¹ Vgl. EMMENEGGER, S. 223 ff. und CAVIN, SPR VII/1, S. 183 Fn. 1.

¹²² EMMENEGGER, S. 225.

¹²³ Erhellend ist in diesem Zusammenhang der direkte Vergleich zum «milderen» Gutgläubensschutz in Art. 934 Abs. 2 ZGB (so genanntes Lösungsrecht). Der Erwerber erlangt bei den abhanden gekommenen Sachen zwar

verursacht in der Regel auch keine oder weniger Nachteile, wenn die geschenkte Sache zurückgegeben werden muss. Bei der Schenkung ist im Gegensatz zum Kauf keine Vertrauensdisposition ersichtlich, die eine Rechtsscheinentsprechung rechtfertigen würde.

d. Kausalzusammenhang zwischen Vertrauen und Disposition

[Rz 52] Zwischen dem Vertrauen und der Disposition muss eine natürliche Kausalität bestehen.¹²⁴ Es geht darum, ob die Disposition auch dann vorgenommen worden wäre, wenn er nicht vertraut hätte und die wirkliche Rechts- oder Sachlage bekannt gewesen wäre.¹²⁵ Während dies in anderen Fällen der Rechtsscheinhaftung häufig zu bejahen ist, kann dieses Kriterium beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten keine Rolle spielen. Bei Kenntnis der wahren Rechts- und Sachlage wäre der Erwerber bösgläubig und würde ohnehin kein Eigentum erwerben.

4. Rechtsscheinentsprechung

[Rz 53] Der gutgläubige Erwerb einer anvertrauten Sache führt zum Erwerb des Eigentums. Dies ergibt sich aus Art. 933 ZGB i. V. m. Art. 714 Abs. 2 ZGB. Damit wird dem Vertrauen des gutgläubigen Erwerbers in den Rechtsschein entsprochen. Der positive Vertrauensschutz ist Merkmal der Rechtsscheinentsprechung und zugleich Unterscheidungsmerkmal zur blossen Vertrauenshaftung, die nur Schadenersatzansprüche gewährt.¹²⁶

[Rz 54] Bei abhanden gekommenen Sachen wird aufgrund der fehlenden Zurechenbarkeit keine Rechtsscheinentsprechung gewährt. Lediglich ein verminderter Gutgläubensschutz ist für die in Art. 934 Abs. 2 ZGB erfassten Fälle vorgesehen. Dies ist für die Rechtsscheinlehre jedoch nicht von Relevanz.

kein Eigentum. Er muss die Sache zurückgeben, erhält aber immerhin den von ihm gezahlten Preis zurück. Der Schutz des Vertrauens geht also genauso weit, wie es betätigt worden ist.

¹²⁴ CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 514 f., mit mehreren Beispielen auf S. 515.

¹²⁵ CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 515. Es wäre beispielsweise durchaus möglich, dass ein Vertrag mit einer einfachen Gesellschaft auch dann abgeschlossen würde, wenn ein bestimmter (Schein-)Gesellschafter gar nicht Mitglied dieser Gesellschaft wäre. Die relevante Frage lautet, ob das Vertrauen in das Bestehen einer Gesellschaft weggedacht werden kann und das Geschäft trotzdem zustande gekommen wäre (*conditio sine qua non*). Die deutschen Gerichte wenden diesbezüglich Erfahrungssätze an, die die Kausalität recht grosszügig bejahen (vgl. Urteil des Bundesgerichtshofes vom 11. März 1955 – Nr. I ZR 82/53, abgedruckt in NJW 1955, S. 985 f., 986 und Regeste). Es stellt sich die Frage, ob diese Erfahrungssätze die Situation realistisch wiedergeben. Häufig ist es im Vorfeld eines Vertragschlusses belanglos, ob und wie viele mithaftende Gesellschafter vorhanden sind.

¹²⁶ Vgl. dazu BERGER, recht 2002, S. 206 ff., insb. 208. Zur Disponibilität der Rechtsscheinentsprechung bei Verfügungen des Nichtberechtigten über Fahrnis siehe ALTMETZEN, S. 291 ff.

III. Kritik

1. Besitz deutet nicht mehr auf Eigentum

[Rz 55] Die weit verbreitete Kritik bezieht sich vor allem auf den Rückschluss vom Besitz auf das Eigentum.¹²⁷ Der Besitz wird freiwillig in grossem Masse weitergegeben und verdient die Vermutung des Eigentums nicht immer.¹²⁸ Tatsächlich gab und gibt es unzählige Ausnahmen, in denen Besitz und Eigentum auseinander fallen: Leasing, Miete, Abzahlungsgeschäft mit Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Sachen in der Reparatur bei einer Werkstatt. Dies sind typische Beispiele, deren Häufigkeit im Alltag mit der Vielfalt an Finanzierungsformen rapide zunimmt.¹²⁹

[Rz 56] Dass dieser Einwand ganz sicher berechtigt ist, zeigen Rechtsprechung und Lehre, die auf die Schwäche des Konnexes zwischen Besitz und Eigentum reagiert haben.¹³⁰ Die Rechtsprechung hat die gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB einzuhaltenden Sorgfaltspflichten im Antiquitäten- und Luxuswagengeschäft verschärft, indem sie den Erwerbenden recht umfassende Abklärungspflichten auferlegt haben.¹³¹ Die Rechtsscheinlehre hat die Schwäche des Rechtsscheins mit erhöhten Anforderungen an den guten Glauben und damit an die erforderliche Sorgfalt aufgefangen.¹³²

[Rz 57] Das Bundesgericht hat nicht nur die Anforderungen an den guten Glauben erhöht, sondern auch die Anforderungen an den Rechtsschein. Der Erwerber kann sich nicht nur auf den Besitz stützen, sondern hat auch die Kaufsache, beispielsweise das Auto, dessen Chassisnummer und die Wagenpapiere einer Prüfung zu unterziehen.¹³³ Auch dies deutet

¹²⁷ Siehe dazu ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 101 f., KINDL, S. 315, BAUER, S. 5 ff. und HAGER, S. 240 f.

¹²⁸ Diese Kritik bei WIESER, S. 33 und 40 f.

¹²⁹ KINDL, S. 308 weist aber zu Recht darauf hin, dass die Veräusserung der zu reparierenden Sache im Alltag kaum eine wesentliche Rolle spielen dürfte.

¹³⁰ In Deutschland ist dasselbe Phänomen festzustellen, siehe dazu KINDL, S. 306 f. und 320 f.

¹³¹ Vgl. BGE 113 II 397 ff., 399 ff. (Ferrari 512 BB), BGE 122 III 1 ff., 3 f. (antike Waffensammlung) und BGE 107 II 41 ff., 43 (Ford Cougar XR 7); BGE 79 II 59 ff., 63 f. (Standard).

¹³² Siehe STAUDINGER-WIEGAND, BGB 932 N 37 (Interdependenz von Rechtsschein und Vertrauen), 40 ff., 47 ff., KINDL, S. 319 ff., HAGER, S. 243 f., BAUER, S. 18 f. und ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 109 f., je mit weiteren Hinweisen; vgl. BGE 113 II 397 ff., 399 ff.

¹³³ BGE 113 II 397 ff., 401: «Die kantonalen Gerichte haben aus ihren Feststellungen die Folgerung gezogen, es treffe die Klägerin wegen der Besonderheit des von ihr betriebenen Geschäftes – jedenfalls soweit der Erwerb von Luxusautomobilen aus dem Ausland in Frage steht – eine erhöhte Sorgfaltspflicht. Das Obergericht hält dafür, dass ein Kaufmann, dem ein solches Fahrzeug angeboten wird, sowohl den Wagen als auch die dazugehörigen Papiere einer genauen Prüfung zu unterziehen habe. Es bejaht damit eine besondere Prüfungspflicht bei Geschäften dieser Art, die sich (zunächst) auf das Fahrzeug und die mitgelieferten Wagenpapiere beschränkt.»; vgl. zur Tendenz, weitere Anscheinsmerkmale zu verlangen ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 110 ff., mit weiteren Hinweisen,

darauf hin, dass der Besitz in gewissen Fällen als solcher nicht immer ausreicht, sondern dass zum Besitz weitere *Eigentumsindizien* hinzutreten müssen.¹³⁴

2. Besitz ist nicht zwingend wahrnehmbar

[Rz 58] Ein weiterer Einwand ist die häufig fehlende Wahrnehmbarkeit des Besitzes. Vielmehr beruht der Schein auf der Tatsache, dass der Besitzer sich wie ein Eigentümer aufführt und über die Sache verfügen will.¹³⁵ Diesen Rechtsschein schafft jedoch nicht der Eigentümer, sondern der Besitzer selber. Dass er das kann, beruht nicht immer auf dem Besitz. Der Besitz muss für dieses Verhalten nicht einmal vorliegen. Bei einem Distanzkauf existiert beispielsweise genau genommen gar kein wahrnehmbarer Besitz. Der Besitz scheint vielmehr dahingehend eine Rolle zu spielen, dass er später die Übertragung ermöglicht.¹³⁶ Passend dazu wurde der massgebliche Vertrauenstatbestand als Rechtsschein des Besitzwechsels definiert (siehe oben, Rz. 8). Dass der Verkäufer die Sache *tatsächlich übergeben* kann, ist aber ein in der chronologischen Folge späteres Ereignis, das auf das Vertrauen und die Vertrauensdisposition keinen Einfluss mehr haben kann. Der Verkäufer hätte sich den Besitz auch später verschaffen können.

[Rz 59] Diese Diskrepanz zur Rechtsscheinlehre bleibt im Ergebnis jedoch folgenlos. Die Veräusserungsbereitschaft und der spätere Besitzesübergang gehören zu allen Tatbeständen der Art. 933 ff. ZGB – es könnte sonst gar nicht zu einem gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten kommen. In den Fällen, in denen die Sache nicht übergeben werden kann, bleibt der Rechtsschein sowieso ohne Bedeutung. Diese Fälle sind über die Regeln der Unmöglichkeit bzw. des Verzugs zu lösen.

3. Stossende Ergebnisse

[Rz 60] Eine weitere Kritik befasst sich mit den Ergebnissen der Unterscheidung zwischen anvertrauten und abhanden gekommenen Sachen. BÜHLER brachte diese Kritik mit Beispielen auf den Punkt: «Wenn ich ein Velo in einem verrufenen Quartier stehen lasse und es deshalb gestohlen wird, so kann ich dieses Velo von jedem gutgläubigen Erwerber herausverlangen, nicht aber, wenn ich es bei einem Mechaniker, den ich als ehrlich betrachte, reparieren lasse und dieser es weiterveräussert. Der Trunkenbold, der seine goldene Uhr im Wirtshaus liegen lässt, ist besser geschützt als der Vorsichtige, der sie einer Bank zur Aufbewahrung anvertraut.»¹³⁷ Ein weiteres stossendes Ergebnis ergibt sich in den Fällen,

insbesondere auf GIEHL, ACP 161 S. 374 f.

¹³⁴ Vgl. dazu GIEHL, ACP 161 S. 374 f. («*indicia of ownership*»).

¹³⁵ Vgl. ERNST, Rechtsscheinwirkung, S. 106.

¹³⁶ Dieser Gedanke bei KINDL, S. 311 f.

¹³⁷ BÜHLER, ZSR NF 91 (1972) I S. 73; siehe auch die Kritik bei PIOTET, SJZ 1959, S. 288 f.

in denen beispielsweise eine Uhr in der Reparatur vom Uhrmacher verkauft wird oder aufgrund seiner Unachtsamkeit gestohlen wird. Einmal verliert der ursprüngliche Eigentümer das Eigentum, ein anderes Mal nicht – für dasselbe Verhalten.¹³⁸ Anhand des Beispiels mit dem Velo, das im verrufenen Quartier stehen gelassen wird, zeigt PIOTET, dass weniger ein Abhandenkommen, sondern vielmehr ein blindes Anvertrauen an eine beliebige Vielzahl unbekannter Personen stattgefunden hat.¹³⁹

[Rz 61] Festzuhalten bleibt, dass dies letztlich Mängel des Gesetzes sind, die nicht gegen die Erfassung des gutgläubigen Fahrnisserwerbs durch den Nichtberechtigten als Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre sprechen.

[Rz 62] Die Unterscheidung zwischen anvertrauten – also freiwillig aus der Hand gegebenen Sachen – und abhanden gekommenen Sachen, die sich in der Rechtsscheinlehre aufgrund der Zurechenbarkeit ergibt, erscheint aber bei diesen durchaus realistischen Alltagsbeispielen als nicht überzeugend. Die gesetzliche Lösung in Art. 933 ff. ZGB ist im Normalfall einer mit Sorgfalt beaufsichtigten oder verwahrten Sache sicher angebracht. Kommt jedoch beim eigenen Halten einer Sache (wie beim oben als Beispiel angeführten Trunkenbold) oder bei der Auswahl der Person, der die Sache anvertraut wird, eine Unsorgfalt ins Spiel, fehlt in der ganzen Gleichung der Faktor, der die Fahrlässigkeit und das Verschulden allgemein mitberücksichtigt. PIOTET schlägt vor, verlorene Sachen wie anvertraute Sachen zu behandeln, weil beim Verlust stets eine Nachlässigkeit vorliege. Beim Verlust komme im Gegensatz zum Diebstahl hinzu, dass es das eigene «Werk» sei, nicht dasjenige eines Dritten.¹⁴⁰ Ob der Eigentümer seine Sachen nicht richtig beaufsichtigt oder seine Vertrauensmänner nicht richtig aussucht, dürfte für den Entscheid, ob er die Sache zurückfordern kann, keine Rolle spielen.

[Rz 63] Das Risikoprinzip erfasst grundsätzlich auch diejenigen Fälle als zurechenbar, in denen die Sache unsorgfältig verwahrt worden und in der Folge abhanden gekommen ist.¹⁴¹ Auch unter dem Gesichtspunkt der Effizienz – dabei ist in Übereinstimmung mit dem Risikoprinzip die Frage zu stellen, wer der *superior risk bearer* ist, wer das Risiko am besten tragen kann – ist festzuhalten, dass dem Eigentümer beim Abhandenkommen aufgrund einer unsorgfältigen Aufbewahrung der Rechtsschein eigentlich auch zugerechnet werden sollte. Das Risikoprinzip ist jedoch mit der Analyse der im Spiel stehenden Interessen zu ergänzen. Der Verlust des Eigentums tritt nur dann ein, wenn die Besitzesabgabe im Interesse des Eigentümers erfolgt ist (siehe oben, Rz. 31). Zu

berücksichtigen ist auch, dass zumindest in gewissen Fällen der Erwerb vom Dieb besser vermeidbar ist als der Erwerb vom ungetreuen Vertrauensmann des Eigentümers.¹⁴² Wer vom Dieb kauft, «kauft im Winkel».¹⁴³ Auf den ungetreuen Vertrauensmann ist immerhin der Eigentümer selber auch hereingefallen. Zutreffend zeigt HARTMANN, dass ohne die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs der Erwerber die ganze Veräussererkette prüfen müsste, während der Eigentümer stets nur den Vertrauensmann prüfen muss und kann. Kann er es nicht – was beispielsweise bei unfreiwilligem Verlust der Fall ist – ist ihm der Rechtsschein auch nicht zurechenbar. In diesem Fall ist der Erwerber der *superior risk bearer*.¹⁴⁴

[Rz 64] Einen gangbaren (Mittel-)Weg zeigt das Bundesgericht in BGE 83 II 126 ff. auf. Bei der Beurteilung, ob eine Bank bei der Pfandnahme gestohlener Inhaberpapiere eine genügende Sorgfalt an den Tag gelegt hat, wurde auch das Verhalten der früheren Eigentümer berücksichtigt. Weil es sich um nicht versteuertes Vermögen handelte, meldeten sie den Verlust der Polizei ohne Angaben über die Zahl und Art der Titel. Sie zögerten trotz mehrmaliger Aufforderung ihrer Bank, ein Verfahren zur Kraftloserklärung anzustrengen. Die genaue Einordnung dieser Erwägungen in die Wertungen des Art. 935 ZGB ist nicht ganz klar. Denkbar ist in krassen Fällen die Berücksichtigung der Nachlässigkeit der ursprünglichen Eigentümer als Einrede des Rechtsmissbrauchs oder eine Schadenersatzpflicht nach Art. 26 OR analog.¹⁴⁵

4. Lösungsrecht passt nicht zur Rechtsscheinlehre

[Rz 65] Die Rechtsscheinlehre kann nicht begründen, weshalb im Falle des Erwerbs einer gestohlenen Sache auf einem Markt, einer Auktion oder von einem Kaufmann die Herausgabe nur gegen Erstattung des Kaufpreises verlangt werden kann (Art. 934 Abs. 2 ZGB). Beim Abhandenkommen einer Sache wird aufgrund der fehlenden Zurechenbarkeit – trotz Bestehen eines Rechtsscheines – keine Rechtsscheinentprechung gewährt. Im Falle des Art. 934 Abs. 2 ZGB geschieht dies auch nicht, aber immerhin erhält der gutgläubige Käufer zurück, was er für die Sache bezahlt hat.¹⁴⁶ Es handelt sich dabei um eine Vertrauenshaftung – die innere Begründung dürfte darin liegen, dass eine Zurechnung des Rechtsscheins zwar nicht möglich ist, der Erwerb aber trotzdem als

¹³⁸ PIOTET, SJZ 1959, S. 289.

¹³⁹ PIOTET, SJZ 1959, S. 289.

¹⁴⁰ PIOTET, SJZ 1959, S. 288: «*Le vol est le fait d'un tiers. (...) Au contraire, la perte d'une chose est le fait de celui qui la possédait et lui est normalement imputable.*»

¹⁴¹ WIESER, S. 34; vgl. HÜBNER, S. 108 f.

¹⁴² Dieser Gedanke bei MÜLLER-ERZBACH, AcP 106 S. 444 f. und GUIBAN, S. 226: «*Ceci d'autant plus que le tiers qui achète une chose au voleur l'acquiert, en général, dans un recoin et qu'il est, d'autre part, beaucoup plus à même de s'en prendre à son vendeur que le propriétaire au voleur.*»

¹⁴³ MÜLLER-ERZBACH, AcP 106 S. 445.

¹⁴⁴ Vgl. die Überlegungen HARTMANNs, recht 2002, S. 140.

¹⁴⁵ BGE 83 II 126 ff., 140 f., Erw. 6; vgl. PIOTET, SJZ 1959, S. 292 f.

¹⁴⁶ Zum Lösungsrecht siehe die Erwägungen von LEUMANN, S. 10 f. und 23 f. und WIESER, S. 168 ff. Es handelt sich beim Lösungsrecht um eine Vertrauenshaftung, siehe BERGER, recht 2002, S. 209.

vertrauenswürdig oder zumindest als verkehrsschutzwürdig angesehen wird (strittige Meinung).¹⁴⁷

IV. Fazit

[Rz 66] Der gutgläubige Fahrnisserwerb vom Nichtberechtigten gemäss Art. 933 ff. ZGB ist eindeutig ein Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre, auch wenn die «Bilanz» von Makeln klar durchzogen ist. Die Rechtsscheinlehre bringt in der Schweiz Antworten hervor, die die Lehre stiefmütterlich behandelt und kaum begründet hat. Dort, wo der Rechtsschein nicht vorliegt – beispielsweise bei bloss mittelbarem Besitz oder bei Distanzkäufen – stützt sich das Gesetz auch nicht auf ihn ab, sondern orientiert sich an der wirklichen Besitzeslage. In dieser real existierenden Form ist Art. 933 ZGB eine Rechtsscheinwirkung, auch wenn diverse Autoren meinen, dass der Besitz nicht mehr ein ausreichend deutliches Indiz für die Eigentümerstellung sei. Die Rechtsprechung und Lehre haben auf den etwas verblassten Rechtsschein des Besitzes reagiert und stellen umso strengere Anforderungen an die Sorgfaltspflichten, die der Erwerber erfüllen muss, um die Sache in gutem Glauben zu Eigentum zu erhalten. Das Ausmass dieser Verschärfung betrifft jedoch nicht nur den guten Glauben, sondern auch den Rechtsschein selbst. Bei Autos werden sogar das Vorliegen und die Prüfung von weiteren *Eigentumsindizien* (Fahrzeugpapiere, Chassisnummer etc.) vorausgesetzt, die den Rechtsschein des Besitzes teilweise verdrängen. Wo der Einsatz der Rechtsscheinlehre im Vergleich zur gesetzlichen Lösung zu Abweichungen führt – beispielsweise beim verschuldeten Abhandenkommen einer Sache – ist es vertretbar und sinnvoll, das Risikoprinzip in einen weiteren Kontext der Interessenlage beim Anvertrauen und Abhandenkommen zu stellen. Die obigen Darstellungen zeigen, dass die Rechtsscheinlehre nicht bis ins letzte Detail überzeugen kann und einige Schönheitsfehler aufweist. Die gesetzliche Ordnung in Art. 933 ff. ZGB überzeugt aber auch nicht in allen Fällen. Dies ist auch wesentlich darauf zurückzuführen, dass die Rechtsordnung einen Ausgleich zwischen den legitimen Interessen des Eigentümers und des Erwerbers schaffen muss. Dennoch ist die Rechtsscheinlehre eine leicht fassbare Theorie, die sich überdies in vielen anderen Bereichen des Gesetzes ebenfalls niedergeschlagen hat.

Literaturverzeichnis

- ALTMIPPEN HOLGER, *Disponibilität des Rechtsscheins*, Habil. Bonn 1993, Köln 1993.
- BAUER MARIANNE, *Zur Publizitätsfunktion des Besitzes bei Übereignung von Fahrnis*, in: Habscheid Walther J./Gaul Hans Friedhelm/Mikat Paul (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch*, Bielefeld 1976, S. 1 ff.

- BERGER BERNHARD, *Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung*, recht 2002, S. 201 ff.
- BÖCKLI PETER, *Schweizerisches Aktienrecht*, 3. A., Zürich 2004.
- BUCHER EUGEN, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, Erster Teilband: Kommentar zu Art. 11-26 ZGB, 3. A., Bern 1976 (zitiert: BK-BUCHER).
- BÜHLER THEODOR, «Hand wahre Hand» und sein Niederschlag im ZGB, ZSR NF 91 (1972) I S. 55 ff.
- CANARIS CLAUS-WILHELM, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 16, München 1971 (zitiert: CANARIS, *Vertrauenshaftung*).
- CAVIN PIERRE, *Kauf, Tausch und Schenkung*, SPR VII/1, Basel 1977, S. 1 ff.
- EMMENEGGER SUSAN, *Schenkungen und Gutgläubensschutz*, in: Pichonnaz Pascal/Vogt Nedim Peter/Wolf Stephan (Hrsg.), *Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag*, Bern 2007, S. 219 ff.
- ERNST WOLFGANG, *Eigenbesitz und Mobiliarerwerb*, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 71, Tübingen 1992 (zitiert: ERNST, *Eigenbesitz*).
- ERNST WOLFGANG, *Ist der gutgläubige Mobiliarerwerb eine Rechtsscheinwirkung?* In: Lange Hermann/Nörr Knut Wolfgang/Westermann Harm Peter (Hrsg.), *Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1993, S. 95 ff. (zitiert: ERNST, *Rechtsscheinwirkung*).
- FEHLMANN REGULA, *Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage*, Diss. St. Gallen 2002.
- FROTZ GERHARD, *Gutgläubiger Mobiliarerwerb und Rechtsscheinprinzip*, in: Loebenstein Edwin/Mayer Johann/Frotz Gerhard/Doralt Peter (Hrsg.), *Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft, Festschrift für Walther Kastner*, Wien 1972, S. 131 ff.
- GIEHL FRIEDRICH, *Der gutgläubige Mobiliarerwerb – Dogmatik und Rechtswirklichkeit*, AcP 161 (1962) S. 357 ff.
- GUISSAN FRANÇOIS, *La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière*, Diss. Lausanne 1970.
- GÜLLER WALTER, *Unfreiwilliger Besitzesverlust und gutgläubiger Fahrnisserwerb*, Diss. Zürich 1924.
- HAAB ROBERT/SIMONIUS AUGUST/SCHERRER WERNER/ZOBL DIETER, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV. Band, Das Sachenrecht, Erste

¹⁴⁷ Siehe dazu BK-STARK, ZGB 934 N 47, mit weiteren Hinweisen.

- Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729, Zürich 1977 (zitiert: ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL).
- HAGER JOHANNES, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, Habil. München 1988, Münchener Universitätschriften. Reihe der Juristischen Fakultät, Band 77, München 1990.
 - HARTMANN STEPHAN, Der Fahrniserwerb vom Nichtberechtigten – zur Unterscheidung zwischen anvertrauten und abhanden gekommenen Sachen, recht 2002, S. 136 ff.
 - HINDERLING HANS, Der Besitz, SPR V/1, Basel 1977, S. 403 ff., (zitiert: HINDERLING, SPR V/1).
 - HINDERLING HANS, Die Bedeutung der Besitzübertragung für den Rechtserwerb im Mobiliarsachenrecht, ZSR 1970 I S. 159 ff. (zitiert: HINDERLING, ZSR 1970 I).
 - HOFFMANN-NOWOTNY URS H./VON DER CRONE HANS CASPAR, Die Vindikationszession, SZW 2006, S. 233 ff.
 - HOFSTETTER BERNARD, Note sur l'application des art. 933 et 935 CC en matière de transactions faites par l'administrateur d'une société anonyme, JdT 1956, S. 363 ff.
 - HOMBERGER ARTHUR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, Dritte Abteilung, Besitz und Grundbuch, Art. 919-977, 2. A., Zürich 1938 (zitiert: ZK-HOMBERGER).
 - HONSELL HEINRICH, Das Aussonderungsrecht des Leasinggebers im Konkurs des Leasingnehmers, SJZ 95 (1999), S. 21 ff. (zitiert: HONSELL, SJZ).
 - HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. A., Bern 2006 (zitiert: HONSELL, OR BT).
 - HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, 3. A., Basel 2007 (zitiert: BSK-VERFASSEN).
 - HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. A., Basel 2007 (zitiert: BSK-VERFASSEN).
 - HÜBNER HEINZ, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Habil. Erlangen 1953 = Erlanger Forschungen, Reihe A: Geisteswissenschaften, Band 4, Erlangen 1955.
 - HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2004 (zitiert: HUGUENIN, OR BT).
 - HURST-WECHSLER MARTINA, Herkunft und Bedeutung des Eigentumserwerbs kraft guten Glaubens nach Art. 933 ZGB, Diss. Zürich 2000.
 - KINDL JOHANN, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, Habil. Augsburg 1998, Berlin 1998.
 - LANGE HERMANN, Eigentumserwerb im Falle des § 934 Halbs. 1 BGB – BGHZ 50,45, JuS 1969, S. 162 ff.
 - LEUMANN OSKAR, Rechtsschein und Offenkundigkeitsgedanke im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1933.
 - LOSER PETER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006.
 - MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftsrechtliches Problem, ZSR 1989 I, S. 433 ff.
 - MÜLLER-ERZBACH RUDOLF, Das Recht des Besitzes, AcP 142 (1936) S. 5 ff.
 - MÜLLER-ERZBACH RUDOLF, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106 (1910) S. 309 ff. und AcP 109 (1912) S. 1 ff.
 - PETERS FRANK, Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb, Tübingen 1991.
 - PIOTET PAUL, L'acquisition d'une chose mobilière aliénée sans droit, SJZ 1959, S. 285 ff.
 - PIOTET PAUL, Trésor et chose confiée, JdT 1974, S. 586 ff.
 - RUSCH ARNOLD F., Interzession im Interesse des Aktionärs. Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004 = Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 188.
 - STARK EMIL W., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Besitz und Grundbuch, 3. Abteilung, 1. Teilband, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, 3. A., Bern 2001 (zitiert: BK-STARK).
 - VOGT HANS-UELI, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Diss. Zürich 2003 = SSHW Band 220.
 - VON CRAUSHAAR GÖTZ, Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, München 1969 = Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Band 24.
 - VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 3. A., Zürich 1979.
 - WADLE ELMAR, Die Übergabe auf Geheiss und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums, JZ 1974, S. 689 ff.
 - WELLSPACHER MORITZ, Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, Wien 1906.
 - WESTERMANN HARRY, Die Grundlagen des Gutgläubensschutzes, JuS 1963, S. 1 ff.

- WICK MARKUS, Die Vertrauenshaftung nach schweizerischem Recht, AJP 10/1995, S. 1270 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3, Sachenrecht, §§ 925-984, Berlin 2004 (zitiert: STAUDINGER-WIEGAND).
- WIESER CHARLOTTE, Gutgläubiger Fahrnisserwerb und Besitzesrechtsklage, Diss. Basel 2004 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Band 73.

Rechtsanwalt Dr. Arnold F. Rusch, LL.M., ist Oberassistent im Privatrecht an der Universität Zürich.

* * *