

64. Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. November 1929  
i. S. Grimm gegen Konkursmasse Näf.

Die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen  
setzt voraus :

1. (gleichzeitiges) Einigsein der Kontrahenten über den Eigentumsübergang (Erw. 1),
2. ein gültiges Rechtsgrundgeschäft (Erw. 2).

A. — J. Näf, Automechaniker in Münchwilen, verkaufte am 13. Mai 1927 sein Wohnhaus mit Werkstatt und Ladenlokal um 54,000 Fr. an den in Bern wohnenden

Kläger, der sofort eine Anzahlung von 4000 Fr. leistete. Dem Vertrag sind folgende Klauseln zu entnehmen:

« 16,000 Fr. werden vom Käufer an bar bezahlt bei der Grundbucheintragung dieses Vertrages, welche bis spätestens Ende Juni 1927 zu erfolgen hat. Der Antritt der gekauften Liegenschaft mit den bisherigen Rechten und Beschwerden findet mit 1. Juli 1927 statt.

Mitverkauft und in der Kaufsumme inbegriffen sind sämtliche vorhandene Maschinen mit Werkzeug.... und die Ladeneinrichtung samt Korpus.

Mit dem Kaufsantritt übernimmt der Käufer sämtliche noch vorhandene Pneus, Benzin- und Oelvorräte, sowie das ganze Warenlager zu Tagespreisen. Am Tage der Fertigung dieses Vertrages ist der Betrag für das Warenlager mittelst Inhaberschuldbrief.... auf das Kaufsobjekt sicherzustellen mit den Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen wie folgt.... »

Der Kläger zog schon ungefähr eine Woche vor dem vorgesehenen Zeitpunkt in das gekaufte Haus ein, worauf sofort mit der gemeinsamen Inventarisierung des Warenlagers begonnen wurde, ohne sie jedoch zu Ende zu führen. Denn schon am 30. Juni liess der Kläger dem Näf eröffnen, dass er den Vertrag als wegen absichtlicher Täuschung für ihn unverbindlich nicht halte, und verlangte er die geleistete Anzahlung zurück. Infolgedessen unterblieb die Grundbucheintragung. Dagegen hob Näf für den inzwischen fällig gewordenen Teil des Kaufpreises von 16,000 Fr. Betreibung an und verlangte gegenüber dem Rechtsvorschlag provisorische Rechtsöffnung und erhielt sie auch, wogegen der Kläger Aberkennungsklage anstrengte. Mittlerweile wurde am 29. August der Konkurs über Näf eröffnet. Auf Verlangen des Konkurs- bzw. Betreibungsamtes wurden am 9. September die sämtlichen verkauften Fahrnisgegenstände in der erwähnten Betreibung gepfändet. Wenig später zog der Kläger wiederum von Münchwilen weg. Seine Aberkennungsklage wurde am 25. April 1928 vom Bezirksgericht Münch-

wilen zugesprochen; dieses Urteil ist in Rechtskraft getreten. Nun zog die Konkursverwaltung die seinerzeit gepfändeten Gegenstände zu Näfs Konkursmasse.

Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger als deren Eigentümer bezw. — nach der vereinbarungsgemäss bereits erfolgten Verwertung durch die Konkursverwaltung — als Eigentümer des Verwertungserlöses von 4200 Fr. Aushingabe.

B. — Das Obergericht des Kantons Thurgau hat am 10. September 1929 die Klage abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Zweck des Vertrages vom 13. Mai 1927 war für beide Parteien, das Geschäft des Näf zu veräussern bezw. zu erwerben. Dementsprechend konnten die Parteien keine andere Meinung haben, als dass, wenn vielleicht auch nicht das Eigentum, so doch jedenfalls Nutzen und Gefahr am Haus nebst Zugehör und an den Warenvorräten gleichzeitig auf den Kläger übergehen sollen, nämlich an dem vereinbarten Antrittstermin des 1. Juli 1927. Dieser hätte nach dem auf die Form der öffentlichen Beurkundung entsprechend anzuwendenden Art. 12 OR nur durch eine neue öffentliche Beurkundung wieder abgeändert werden können, da es sich zwar um eine ergänzende Nebenbestimmung handelte, aber um eine solche, welche mit der Urkunde im Widerspruch gestanden hätte. Somit erscheint ausgeschlossen, dass Näf schon im Zeitpunkt, als der Kläger kurz nach dem 20. Juni in das Haus einzog, ihm den Besitz an den Warenvorräten mit dem auf Eigentumsverschaffung gerichteten Willen überlassen hätte, oder es würde doch ein solcher Wille rechtlich unbeachtlich sein. Es wäre denn auch nicht leicht verständlich, dass sich Näf der Warenvorräte hätte ohne Not entäussern, d. h. die Verfügungsgewalt darüber dem Kläger einräumen

wollen, bevor über deren Menge auch nur irgendwelche Feststellung getroffen worden war. Auch bei dieser Betrachtungsweise hatte es einen guten Sinn, dass Näf den Kläger früher kommen liess, nämlich um so rasch wie möglich zum Abschluss der gemeinsamen Festsetzung von Menge und Wert der Warenvorräte zu gelangen, woran es ihm gelegen zu sein schien, um nachher über seine Zeit frei verfügen zu können. Allein je näher diese Arbeit dem Abschlusse kam, umso mehr verdichtete sich beim Kläger die Überzeugung, dass er sich vom Vertrage lossagen dürfe, und noch bevor Näf in den Fall gekommen sein kann, das Eigentum an den Warenvorräten nun zugunsten des Klägers aufzugeben, tat ihm der Kläger kund, dass er vom Erwerb absehen wolle. Somit war weder im massgebenden Zeitpunkte, noch je vorher der übereinstimmende gegenseitige Wille der Kontrahenten auf Eigentumsübertragung an den Warenvorräten vorhanden, und infolgedessen hat, ungeachtet der Übertragung des Besitzes, die Übertragung des Eigentums überhaupt nie stattgefunden. Hieran vermochte das nachträgliche Verhalten der Beteiligten anlässlich der Pfändung natürlich nichts mehr zu ändern. Dem Kläger stand ohnehin kein Mittel zu Gebot, um sich dagegen zur Wehr zu setzen, dass die in seinem Gewahrsam befindlichen Warenvorräte gepfändet werden, als ob sie ihm selbst gehören. Und das Konkursamt bzw. Betreibungsamt war, als es das Pfändungsbegehren kaum zehn Tage nach der Konkurseröffnung über Näf stellte, offenbar noch nicht als Konkursverwaltung eingesetzt; somit handelte es sich hiebei (wie bei der Inventaraufnahme) um eine übrigens nur folgerichtige rein konservatorische Massnahme, aus der nicht auf einen bestimmten Willen der späteren Konkursverwaltung geschlossen werden darf, als ob sie selbst gehandelt hätte. Abgesehen von einem solchen Rückschluss steht das Begehren um Pfändung gewisser Sachen der eigenen Geltendmachung des Eigentums daran nach dem Wegfall der Betreibung nicht mehr entgegen,

sofern sie nicht zu deren Verwertung geführt hat. Damit ist der vorliegenden Eigentumsklage von vorneherein der Boden entzogen.

2. — Allein selbst wenn die Kontrahenten im massgebenden Zeitpunkt über den Eigentumsübergang einig gewesen wären, so könnte doch wegen des Fehlens eines gültigen Rechtsgrundgeschäftes dem Kläger nicht zugestanden werden, dass er Eigentümer der streitigen Sachen geworden sei. Freilich hat sich das Bundesgericht unter der Herrschaft des aOR im Anschluss an das Gemeine Recht gegen die Abhängigkeit der Gültigkeit der Übertragung des Eigentums an Mobilien von der Gültigkeit des Kausalgeschäftes ausgesprochen (vgl. namentlich Urteil vom 3. Juni 1903, abgedruckt in den Blättern für zürcherische Rechtsprechung 2 S. 321 und der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 39 S. 734, sowie BGE 34 II S. 812). Nachdem nun aber das ZGB durch Art. 974 die Frage für Grundstücke positiv anders geordnet, dagegen für bewegliche Sachen neuerdings offen gelassen hat, drängt sich eine neue Prüfung auf, und diese muss zur Aufgabe der früheren Rechtsprechung führen. Grundlage der früheren Rechtsprechung war ein Dogma des Gemeinen Rechts, das sich zwar in seiner Allgemeinheit nicht auf eindeutige Quellen zu stützen vermochte, aber jedenfalls den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs Rechnung trug, namentlich nach der Richtung, dass es auf den Schutz des gutgläubigen Dritterwerbers hinauslief, der dem Gemeinen Rechte sonst fremd war (vgl. hierüber IHERING, Geist des römischen Rechtes (2. Auflage) III 1 S. 207; GIRARD-SENN, Droit romain S. 318<sup>2</sup>; KRIEGSMANN, Rechtsgrund der Eigentumsübertragung S. 117). Die Übernahme dieses « grossen Grundsatzes » der Unabhängigkeit des sog. dinglichen Rechtsgeschäftes von der obligatorischen causa in das deutsche BGB — das doch den Schutz des gutgläubigen Dritterwerbers in weitem Umfang einfuhrte —, wofür in erster Linie doktrinäre Gründe und nicht etwa die Einsicht in dessen Zweckmässigkeit

im Rechtsverkehr angeführt wurden (Motive zum Entwurf des BGB II S. 3, III S. 6 ff.), wurde denn auch scharf bekämpft (vgl. namentlich STROHAL in IHERINGS Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 27 S. 335 ff.; WENDT, ebenda 29 S. 29; GIERKE, Entwurf des BGB S. 335 f.). Indessen konnte an dem ursprünglich (in den Motiven zum BGB) ausgesprochenen Satz, der dingliche Vertrag sei notwendig, dem Begriffe nach abstrakt, nicht festgehalten werden. Im Gegenteil wird in Theorie und Praxis, wenn irgendwie möglich, die Abhängigkeit des dinglichen Geschäftes vom obligatorischen dadurch zu erzielen gesucht, dass den Parteien eine bezügliche Bedingung untergeschoben wird, auch wenn sie sich darüber ausgesprochen haben; ja diese Bedingung wird geradezu als verkehrüblich bezeichnet (vgl. Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes in Zivilsachen 57 S. 96; KRIEGSMANN, a. a. O. S. 118 ff.; DERNBURG, Bürgerliches Recht III S. 188<sup>4</sup>, 281<sup>3</sup>. Unverständlich REICHEL, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 15, Spalte 8, der nicht gelten lassen will, dass, wenn die Gültigkeit der Übereignung beweglicher Sachen durch die Rechtsbeständigkeit des Kausalgeschäftes bedingt wird, sie der abstrakten Natur entkleidet werde). Vielfach wird denn überhaupt die Abstraktion des dinglichen Geschäftes von der Kausalvereinbarung als eine künstliche Konstruktion bezeichnet (OSTERTAG, Note 7 zu Art. 922 ZGB; KRIEGSMANN, a. a. O. S. 111; HEDEMANN im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von STIER-SOMLO und ELSTER II S. 170; « verschrobene Denkweise »). Und das österreichische Recht, das den Eigentumswechsel bei beweglichen Sachen ebenfalls von der Tradition abhängig macht, vermag ohne jene Konstruktion auszukommen (EHRENZWEIG, Österreichisches Privatrecht [6. Auflage] I 2 S. 196<sup>4</sup>). Nichts zwingt dazu, ihr auf das schweizerische Mobiliarsachenrecht noch einen Einfluss zuzugestehen, zumal nachdem das Immobiliarsachenrecht sich ihr

entzogen hat. Will man den dinglichen Vertrag nicht geradezu in das Kausalgeschäft hineinverlegen (wie WENDT a. a. O. S. 46 ff.), so wird man nicht darum herumkommen, im Liegenschaftsrecht mindestens eine in der Anmeldung (Eintragungsbewilligung) liegende dingliche Verfügung des Veräussers, als Gegenstück zum dinglichen Vertrag im Fahrnisrecht, anerkennen zu müssen (so GUHL in der Berner Festgabe für das Bundesgericht S. 101 ff. im Gegensatz zu den nicht widerspruchslosen Ausführungen von HUBER, Zum schweizerischen Sachenrecht S. 119 f.). Lässt sich aber im Liegenschaftsrecht die abstrakte Natur jener einseitigen dinglichen Verfügung verneinen, wie es eben durch Art. 974 ZGB geschehen ist, so ist dies bei beweglichen Sachen für den dinglichen Vertrag nicht weniger möglich. Schlüssig ist auch nicht der Hinweis darauf, dass der in Art. 63 OR vorgesehene *condictio indebiti* das Anwendungsgebiet entzogen wäre, sobald im dort geregelten Fall angenommen würde, der Empfänger erlange durch die Zahlung nicht das Eigentum an den Zahlungsmitteln (wie VON TUHR, Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge, 40 S. 68 ff. meint). Bei der bei der Ausarbeitung des ZGB und Revision des OR befolgten Gesetzgebungsmethode kann keine Rede davon sein, dass dem Gesetzgeber nicht imputiert werden dürfte, er sei sich des Zusammenhanges zwischen der Ordnung des Eigentumserwerbes im ZGB und der schon im aOR getroffenen und einfach von dorthier übernommenen Regelung des *Kondiktionen* nicht bewusst gewesen. Zudem hat das Gesetz jene *condictio* ja gar nicht etwa zur *condictio indebiti* gestempelt, so dass sie sich zwanglos als — freilich auf den Fall irrthümlicher Zahlung einer Nichtschuld beschränkte — *condictio sine causa* auffassen lässt mit Rücksicht auf die der Zahlung meist auf dem Fusse folgende Vermengung der eingezogenen Zahlungsmittel mit anderen (vgl. EGER, ebenda 33 S. 351). Übrigens bleibt für die eigentliche *condictio indebiti* immer noch Raum, wenn es sich nämlich um eine durch

Forderungsabtretung geleistete Zahlung handelt, die ungeachtet der vorstehenden, nur für die Tradition geltenden Ausführungen als abstraktes Zuwendungsgeschäft anzusehen ist (BGE 50 II S. 393). Endlich wird die Annahme der Konstruktion von der abstrakten Natur des dinglichen Vertrages über bewegliche Sachen auch nicht durch dringende Bedürfnisse des Rechtsverkehrs gefordert, ganz abgesehen davon, dass bezweifelt werden kann, ob sie sich nicht gerade überall dort als unbefriedigend erweise, wo sie überhaupt praktisch wird (STROHAL, Gültigkeit des Titels als Erfordernis wirksamer Eigentumsübertragung S. 7), weswegen eben in weitem Umfange mit der besprochenen stillschweigenden Bedingung nachgeholfen wird. Gerade aus dem letzteren Grunde kann das (von LEEEMANN, Note 23 zu Art. 714 ZGB erhoffte) Ziel der Erleichterung und Beweglichkeit des Mobiliarverkehrs doch nicht erreicht werden. Ob diesem Ziel nach der Einführung weitgehenden Schutzes des gutgläubigen Dritterwerbers und der Rechtsvermutungen zugunsten des Besitzers noch weitergehend nachzustreben sei, ist übrigens eine Frage. Wieso aber der Erwerber selbst, dessen bösgläubige Rechtsnachfolger — bösgläubig in dem Sinne, dass ihnen die Ungültigkeit des Kausalgeschäftes nicht verborgen geblieben sein kann — und schliesslich im Konkurs des Erwerbers dessen Konkursgläubiger vor dem Veräusserer Schutz verdienen sollten, ist nicht einzusehen. So haben denn die Konstruktion der abstrakten Natur der Tradition für das ZGB abgelehnt: WIELAND, Note 3 b zu Art. 714 ZGB; OSTERTAG a. a. O.; EGER a. a. O.; STROHAL in der Leipziger Zeitschrift für Handels- u. s. w. -Recht S. 610 ff.; RUEMELIN in SCHMOLLERS Jahrbüchern für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 25 S. 1548 (bezw. 358); RABEL in der Rheinischen Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 2 S. 426. — Vorliegend würde diese Konstruktion freilich zum Schutze des betrogenen Klägers beigetragen haben. Allein er hätte sich auch durch Ausübung des Retentionsrechtes

für die Rückforderung der Kaufpreisanzahlung sichern können.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 10. September 1929 bestätigt.

---