

Stämpflis Repetitorien



REPETITORIUM ZUM
SACHENRECHT

FRAGEN UND ANTWORTEN –
EINSTIEGSFÄLLE – LEADING CASES

2. Auflage

**Stephanie Hrubesch-Millauer
Barbara Graham-Siegenthaler
Martin Eggel**



Stämpfli Verlag

Zu den verschiedenen Themenbereichen des Sachenrechts wie etwa Besitz, Grundbuch, Fahrniseigentum und Dienstbarkeiten bietet dieses Repetitorium Fragen und Einstiegsfälle mit den jeweiligen Lösungen. Auszüge aus ausgewählten Bundesgerichtsentscheidungen mit ergänzenden Kommentaren geben Einblick in die Rechtsanwendung und veranschaulichen die konkreten Probleme in diesem Rechtsgebiet. Das Repetitorium «Sachenrecht» orientiert sich am gleichnamigen Lehrbuch aus der Reihe «Stämpfli juristische Lehrbücher». Der gleiche Aufbau ermöglicht es, das Verständnis des Gelesenen zu überprüfen, Wissenslücken aufzudecken und diese zu schliessen. Das Buch eignet sich für Studierende zur Vorund Nachbereitung der Vorlesungen sowie als Lernhilfe für Prüfungen. Ebenso dient es Kandidatinnen und Kandidaten der Anwaltsprüfung zur Repetition und Festigung der Kenntnisse im Sachenrecht. Die Repetitorien im Stämpfli Verlag erscheinen in einem modernen zweifarbigen Layout und vermitteln Freude am Lesen und Lernen. Die beigelegten farbigen Haftnotizen – für die eigene Lernorganisation – machen das Buch zum perfekten Studienbegleiter.

REPETITORIUM ZUM
SACHENRECHT

FRAGEN UND ANTWORTEN –
LEADING CASES –
ANSCHAUUNGSUNTERLAGEN

2. AUFLAGE

Stephanie Hrubesch-Millauer
Barbara Graham-Siegenthaler
Martin Eggel



Die Sanduhr zeigt auf, wie lange das Durcharbeiten eines Kapitels ungefähr dauert.



Jeweils am Rand hat es einen Leerraum für eigene Notizen.

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2023
www.staempfliverlag.com

Umschlaggestaltung und Konzeption Gestaltung Inhalt:
nextgen by Stämpfli
nextgen.staempfli.com

E-Book ISBN 978-3-7272-8722-0

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:
Print ISBN 978-3-7272-8721-3

VORWORT ZUR 2. AUFLAGE

«Lang ist der Weg durch Lehren, kurz und wirksam durch Beispiele.» (*Seneca, Briefe über Ethik an Lucilius, ep. 6.5*)

Das vorliegende Werk aus der Reihe «Stämpfli Repetitorien» soll diesen Rat des römischen Philosophen Seneca beherzigen. Es lehnt sich an das Stämpfli Lehrbuch «Sachenrecht» an und folgt demselben Aufbau. Dies ermöglicht der Benutzer:in, das Verständnis des Gelesenen zu vertiefen, etwaige Wissenslücken aufzudecken und diese zu schliessen.

Anhand zahlreicher Fragen und Fälle (mit jeweiligen Lösungen) kann das erlernte Wissen angewandt und überprüft werden. Damit dient das Repetitorium einer optimalen Prüfungsvorbereitung, insbesondere für Studierende sowie für Kandidat:innen der Anwaltsprüfung. Sodann ermöglichen Auszüge aus ausgewählten Bundesgerichtsentscheidungen zu einzelnen Themenbereichen des Sachenrechts einen Überblick über die wichtigste Rechtsprechung. Dabei wurden Literatur- und Rechtsprechungsnachweise (gekennzeichnet durch: «(...)») und für das jeweilige Thema irrelevante Textpassagen (gekennzeichnet durch: «[...]») aus Gründen der Lesbarkeit herausgestrichen. Die Auszüge sollen einen Einblick in die reale Rechtsanwendung gewähren und auf die entsprechenden Ausführungen im Stämpfli Lehrbuch «Sachenrecht» hinweisen.

Es wird empfohlen, die Lektüre des Repetitoriums mit derjenigen des Gesetzes zu verbinden. Nur so ist ein erfolgreiches Lösen und Verstehen der Fälle und Fragen sowie der Bundesgerichtsentscheide möglich.

Für die Mithilfe bei der Aktualisierung des vorliegenden Werkes danken wir insbesondere Nieves Malpeli, BLaw, Hilfsassistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, sowie für die Durchsicht der §§ 3 und 11 Prof. em. Dr. iur. Roland Pfäffli, Notar.

Bern, Luzern und St. Gallen, im Juni 2023

Stephanie Hrubesch-Millauer
Barbara Graham-Siegenthaler
Martin Eggel

INHALTSÜBERSICHT

Vorwort zur 2. Auflage	5
Inhaltsübersicht	7
Inhaltsverzeichnis	9
Verwendete Entscheide	12
§ 1 Einleitung	15
§ 2 Der Besitz	27
§ 3 Das Grundbuch	91
§ 4 Das Eigentum im Allgemeinen	127
§ 5 Das Fahrniseigentum	167
§ 6 Das Grundeigentum	229
§ 7 Die beschränkten dinglichen Rechte im Allgemeinen	287
§ 8 Die Dienstbarkeiten und Grundlasten	293
§ 9 Das Grundpfand	327
§ 10 Das Fahrnispfand	373
§ 11 Anschauungsmaterial	411

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort zur 2. Auflage	5
Inhaltsübersicht	7
Inhaltsverzeichnis	9
Verwendete Entscheide	12
§ 1 Einleitung	15
I. Übungen	16
A. Fragen und Fälle	16
B. Lösungen	17
II. Rechtsprechung	22
§ 2 Der Besitz	27
I. Übungen	28
A. Fragen und Fälle	28
B. Lösungen	31
II. Rechtsprechung	41
§ 3 Das Grundbuch	91
I. Übungen	92
A. Fragen und Fälle	92
B. Lösungen	96
II. Rechtsprechung	100
§ 4 Das Eigentum im Allgemeinen	127
I. Übungen	128
A. Fragen und Fälle	128
B. Lösungen	133
II. Rechtsprechung	144

§ 5	Das Fahrniseigentum	167
I.	Übungen	168
A.	Fragen und Fälle	168
B.	Lösungen	174
II.	Rechtsprechung	191
§ 6	Das Grundeigentum	229
I.	Übungen	230
A.	Fragen und Fälle	230
B.	Lösungen	235
II.	Rechtsprechung	246
§ 7	Die beschränkten dinglichen Rechte im Allgemeinen	287
I.	Übungen	288
A.	Fragen und Fälle	288
B.	Lösungen	289
§ 8	Die Dienstbarkeiten und Grundlasten	293
I.	Übungen	294
A.	Fragen und Fälle	294
B.	Lösungen	297
II.	Rechtsprechung	303
§ 9	Das Grundpfand	327
I.	Übungen	328
A.	Fragen und Fälle	328
B.	Lösungen	332
II.	Rechtsprechung	341

§ 10 Das Fahrnispfand	373
I. Übungen	374
A. Fragen und Fälle	374
B. Lösungen	379
II. Rechtsprechung	384
§ 11 Anschauungsmaterial	411
I. Grundbuch	412
A. Grundbuchplan	412
B. Grundbuchauszug (alt)	413
C. Grundbuchauszug	417
II. Eigentum im Allgemeinen	421
A. Checkliste Kulturgüter	421
III. Dienstbarkeiten und Grundlasten	422
A. Kaufvertrag	422
B. Grunddienstbarkeitsvertrag	431
IV. Grundpfand	435
A. Öffentliche Urkunde Namensschuldbrief	435
B. Pfandvertrag	439
C. Öffentliche Urkunde Papier-Schuldbrief	441

VERWENDETE ENTSCHEIDE

1. BGE 55 II 302 («Kausalitätsprinzip»)	22
2. BGE 112 II 113 («Richter als Besitzer?»)	41
3. BGE 144 III 145 («Der Pächter»)	46
4. BGer 6S.5/2004 («Streit auf dem Bauernhof»)	50
5. BGE 85 II 275 («So ein Mist!»)	54
6. BGE 135 III 633 («Überflieger»)	58
7. BGE 84 II 253 («Schleierhafter Aktienkauf»)	63
8. BGE 141 III 7 («Besitz ohne Eigentumsvermutung»)	69
9. BGE 139 III 305 («Gestohlener Malewitsch»)	73
10. BGE 120 II 191 («Gestohlener Mercedes»)	85
11. BGE 106 II 341 («Kantonshaftung»)	100
12. BGE 147 III 1 («Teilung eines Baurechts»)	102
13. BGE 132 III 603 («Einsicht ins Grundbuch»)	108
14. BGE 137 III 293 («Grundbuchberichtigung»)	111
15. BGE 138 III 512 («Tagebucheintrag»)	117
16. BGE 137 III 153 («Natürliche Publizität»)	122
17. BGE 106 II 333 («Tankanlage»)	144
18. BGE 76 II 26 («Ford-Lastwagen Chassis I»)	149
19. BGE 131 III 217 («Abgetretener Mais»)	153
20. BGer 5C.119/2002 («Waschmaschine»)	155
21. BGE 111 II 24 («Künstliche Böschung»)	159
22. BGE 113 II 15 («Streit unter Stockwerkeigentümern»)	161
23. BGer 6B_994/2010 («Kokaingeschäft»)	191
24. BGE 132 III 155 («Vindikationszession»)	195
25. BGE 121 III 345 («Betrügerischer Autoverkauf»)	201
26. BGE 100 II 8 («Goldmünzen I»)	206
27. BGE 122 III 1 («Gestohlene Waffensammlung»)	212
28. BGE 93 III 96 («Pneuhandel»)	216
29. BGE 76 II 26 («Ford-Lastwagen Chassis II»)	222
30. BGE 85 IV 189 («Liegegebliebene Skischuhe»)	223
31. BGE 138 III 137 («Bucheffekten herausverlangen»)	225
32. BGE 132 III 353 («Abbaye de l'Arc»)	246

33. BGE 99 II 131 («Neues Primarschulhaus»)	250
34. BGE 100 II 8 («Goldmünzen II»)	255
35. BGE 146 III 217 («Entfallen des Vorkaufsrechts»)	257
36. BGE 126 III 223 («Feuchtfrohlicher Barbetrieb»)	260
37. BGE 134 III 248 («Ohrenbetäubender Überflug»)	264
38. BGE 131 III 505 («Japanische Zierkirsche»)	268
39. BGE 136 III 130 («Notweg»)	273
40. BGE 144 III 19 («Pflegeheim in einer Stockwerkeinheit»)	277
41. BGE 145 III 400 («Airbnb in einer Stockwerkeinheit»)	282
42. BGE 86 II 243 («Kolonialwarengeschäft»)	303
43. BGE 106 II 315 («Spannteppiche»)	307
44. BGE 103 II 176 («Wohnrecht»)	310
45. BGE 92 II 89 («Bierlager»)	314
46. BGE 117 II 536 («Neue Bedürfnisse»)	316
47. BGE 122 III 358 («Mehrbelastung der Dienstbarkeit»)	319
48. BGE 93 II 290 («Wasserversorgungsanlage»)	321
49. BGE 108 II 47 («Sicherung zukünftiger Forderungen»)	341
50. BGE 88 II 422 («Öffentlicher Glaube»)	343
51. BGE 92 II 227 («Fabrikanlage»)	345
52. BGE 103 II 33 («Armierungseisen»)	347
53. BGE 106 II 22 («Vollendung der Arbeiten»)	350
54. BGE 95 II 87 («Forderung des Unterakkordanten»)	353
55. BGE 115 II 136 («Vorrecht der Baupfandgläubiger»)	356
56. BGE 142 III 738 («Hinreichende Sicherheit»)	360
57. BGE 108 II 305 («Verwaltungsvermögen»)	365
58. BGE 89 II 387 («Einreden»)	367
59. BGE 123 III 367 («Funktion des Fahrnispfands»)	384
60. BGE 119 II 344 («Verpfändung kotierter Aktien»)	385
61. BGE 78 II 140 («Kaufmännisches Retentionsrecht»)	387
62. BGE 85 II 580 («Garagist»)	390
63. BGE 86 II 355 («Nicht kaufmännisches Retentionsrecht»)	395
64. BGE 131 III 418 («Fehlende Verfügungsmacht»)	399
65. BGE 142 III 746 («Ungenügende Bestimmbarkeit»)	402
66. BGer 5A_315/2009 («Faustpfandprinzip»)	406

§ 1

Einleitung



1 Stunde

Dieser Paragraf befasst sich mit den Grundlagen des Sachenrechts. Die Übungen behandeln den Sachbegriff und die wichtigsten sachenrechtlichen Prinzipien und helfen dabei, die weiteren Themen zu verstehen.

Vgl. hierzu § 1 im Stämpfli Lehrbuch «Sachenrecht»

I. ÜBUNGEN

A. FRAGEN UND FÄLLE

1. Was ist eine Sache?
2. In welche zwei Bereiche kann das Sachenrecht eingeteilt werden?
3. Wo und wie sind die Gerichtsstände für nationale sachenrechtliche Sachverhalte geregelt?
4. Was sind dingliche, was sind obligatorische Rechte?
5. Welche verschiedenen dinglichen Rechte gibt es?
6. Gibt es noch andere als die gesetzlich vorgesehenen dinglichen Rechte?
7. Kann die inhaltliche Ausgestaltung der gesetzlich normierten dinglichen Rechte abgeändert werden?
8. Was bedeutet Realobligation und welche Erscheinungsformen gilt es zu unterscheiden?
9. In welche zwei Geschäfte kann ein Rechtsgeschäft dem Inhalt nach unterteilt werden? Wie unterscheiden sie sich?
10. Was bedeutet das Kausalitätsprinzip bzw. das Abstraktionsprinzip? Inwiefern unterscheiden sich diese Prinzipien im Falle eines ungültigen Verpflichtungsgeschäfts?
11. Lisa verkauft Markus ein Fahrrad, welches Tina gehört.
 - a Ist der Kaufvertrag rechtlich gültig?
 - b Kann Lisa, solange das Fahrrad Tina gehört, den Vertrag erfüllen, somit Markus das Eigentum am Kaufgegenstand verschaffen?

12. Franziska will Karl eine Wohnung verkaufen, welche noch nicht gebaut wurde. Ist ein solcher Kaufvertrag rechtsgültig? Kann sie ihm die Wohnung bereits vermieten?
13. Welches sind die wichtigsten Prinzipien des Sachenrechts?

B. LÖSUNGEN

1. *Eine Sache ist ein körperlicher, für sich bestehender, unpersönlicher Gegenstand, welcher der menschlichen Herrschaft unterworfen werden kann. Die einzelnen Voraussetzungen einer Sache sind: Körperlichkeit, Abgegrenztheit, Unpersönlichkeit und rechtliche Beherrschbarkeit.*
2. *Das Sachenrecht kann zweigeteilt werden in Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht. Das ZGB kennt viele Regelungen, welche zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen unterscheiden: So ist z.B. das Eigentum in Grund- und Fahrniseigentum (Art. 655 ff. bzw. 713 ff. ZGB), das Pfandrecht in Grund- und Fahrnispfand (Art. 793 ff. bzw. 884 ff. ZGB) eingeteilt.*
3. *Für Klagen betreffend Grundstücke ist Art. 29 ZPO anwendbar: Zuständig ist grundsätzlich das Gericht am Ort, an welchem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre.*

Für Klagen betreffend Fahrnis ist Art. 30 ZPO anwendbar: Zuständig ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an welchem die Sache liegt.

4. *Dingliche Rechte räumen dem Berechtigten eine mehr oder weniger weitgehende Befugnis zur unmittelbaren Beherrschung einer Sache ein; der Berechtigte kann (innerhalb der Schranken der Rechtsordnung) über die Sache verfügen. Er hat diesbezüglich ein Ausschliesslichkeitsrecht, welches Dritten verbietet, ihn in seiner Nutzung oder Verfügung über die Sache zu stören. Dingliche Rechte sind demnach absolute Rechte, welche sich gegen jeden Störer richten*

und gegenüber jedermann geltend gemacht werden können. Eine positive Leistungspflicht enthalten sie grundsätzlich – anders als die obligatorischen Rechte – nicht.

Obligatorische Rechte sind relative Rechte, d.h., sie richten sich nur gegen den Schuldner, nicht aber gegen Dritte. Inhaltlich richten sie sich auf eine Leistung (Tun, Dulden, Unterlassen).

- 5.** *Dingliche Rechte können eingeteilt werden in Eigentum (allgemeine Bestimmungen in Art. 641 ff. ZGB, Grundeigentum in Art. 655 ff. ZGB und Fahrniseigentum in Art. 713 ff. ZGB), beschränkte dingliche Rechte (Art. 730 ff. ZGB) und Realobligationen (vgl. Fall 8).*

Die beschränkten dinglichen Rechte können weiter unterteilt werden in:

- Nutzungs- und Gebrauchsrechte;*
 - Dienstbarkeiten (Grunddienstbarkeiten in Art. 730 ff. ZGB, Personaldienstbarkeiten in Art. 745 ff. ZGB);*
 - Grundlasten (Art. 782 ff. ZGB);*
 - Wert- und Verwertungsrechte;*
 - Grundpfandrechte (Art. 793 ff. ZGB; Grundpfandverschreibung in Art. 824 ff. ZGB, Schuldbrief in Art. 842 ff. ZGB);*
 - Fahrnispfandrechte (Faustpfand und Retentionsrecht in Art. 884 ff. ZGB, andere Fahrnispfandrechte in Art. 899 ff. ZGB).*
- 6.** *Die Frage ist dem Grundsatz nach zu verneinen. Das Gesetz stellt den Rechtssubjekten nur eine geschlossene Zahl dinglicher Rechte zur Verfügung («numerus clausus»). Dieser Grundsatz der Typengebundenheit wird allerdings stellenweise gelockert: Von der Praxis werden dingliche Sicherungsmittel (z.B. Sicherungsübereignung, irreguläres Pfandrecht) anerkannt und persönliche Rechte (z.B. Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte) können im Grundbuch*

vorgemerkt werden und erhalten so Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht (Art. 959 ZGB).

- 7.** *Nein, grundsätzlich nicht. Die inhaltliche Ausgestaltung der dinglichen Rechte ist durch das Gesetz weitgehend vorgegeben (Typenfixierung). Teilweise sieht indes das Gesetz selbst eine gewisse Ausgestaltungsfreiheit vor (so sind z.B. beim Baurecht Abreden über Inhalt, Umfang und Benutzung nicht überbauter Flächen möglich, vgl. Art. 779b ZGB).*
- 8.** *Man spricht von Realobligationen, wenn obligatorische Rechte dingliche Komponenten aufweisen. Wie beim gewöhnlichen Schuldverhältnis steht eine positive Leistungspflicht im Vordergrund (obligatorisches Element), der Schuldner der Leistung wird aber durch sein dingliches Recht oder seinen Besitz an der Sache individualisiert (dingliches Element). Zu unterscheiden sind die gesetzlichen Realobligationen (z.B. Anspruch auf Einräumung eines Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) und die rechtsgeschäftlichen Realobligationen (z.B. vertraglich vereinbartes und im Grundbuch vorgemerktes Vorkaufsrecht nach Art. 216a OR).*
- 9.** *Es kann zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und dem Verfügungsgeschäft unterschieden werden.*

Das Verpflichtungsgeschäft wird durch die Verpflichtung zu einem Handeln bzw. Unterlassen oder zu einem Verhalten bzw. zu Leistungen begründet. Verpflichtungsgeschäfte sind unter anderem im Besonderen Teil des Obligationenrechts geregelt.

Das (fast immer im Sachenrecht geregelte) Verfügungsgeschäft basiert in der Regel auf dem Verpflichtungsgeschäft und ist auf die Übertragung, Änderung, Beendigung oder Belastung eines Rechts gerichtet. Meistens bezieht es sich auf dingliche Rechte.

- 10.** *Kausalitätsprinzip, welches in der Schweiz gilt: Eine Person kann nur dann ein Recht erwerben, wenn dem Rechts-erwerb ein gültiger Rechtsgrund (die causa) vorangeht. In Art. 974 Abs. 2 ZGB ist dieses Prinzip für das Immobilien-sachenrecht explizit geregelt (der Grundbucheintrag ist un-gerechtfertigt, wenn er «ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist»). Im Mobiliar-sachenrecht ist das Kausalitätsprinzip zwar nicht ausdrück-lich vorgesehen, findet aber gleichwohl Anwendung. Bei ungültigem oder fehlendem Verpflichtungsgeschäft bleibt das dingliche Recht (trotz Verfügungsgeschäfts) beim Ver-äusserer bzw. beim ursprünglichen Eigentümer und dieser kann die Sache herausverlangen (Vindikation) bzw. die Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB erheben. (vgl. Entscheidung 1 [«Kausalitätsprinzip»])*

Abstraktionsprinzip, welches z.B. in Deutschland gilt: Das Verfügungsgeschäft ist auch dann gültig, wenn das Ver-pflichtungsgeschäft einen Mangel aufweist. Dies hat die Konsequenz, dass eine Sache mit gültigem Verfügungsge-schäft nicht durch dingliche Rechtsbehelfe herausgefordert werden kann, obwohl das Verpflichtungsgeschäft ungültig ist. Allerdings steht die Kondiktion (ungerechtfertigte Berei-cherung) zur Verfügung.

- 11.** *Die Rechtslage gestaltet sich wie folgt:*
- a** *Ja. Das Verpflichtungsgeschäft ist gültig.*
 - b** *Nein. Solange das Fahrrad im Besitz von Tina ist, fehlt es schon an der notwendigen Besitzübertragung. Sofern Lisa den Besitz übertragen kann (z.B. weil sie das Fahrrad aus-geliehen oder entwendet hat), kommen die Vorschriften über das Besitzesrecht zum Zuge (vgl. § 2 «Der Besitz»).*
- 12.** *Beide Fragen sind zu bejahen. Die Verpflichtungsgeschäfte sind gültig.*

13. Die wichtigsten Prinzipien des Sachenrechts sind:

- *Publizitätsprinzip: Dingliche Rechte sind absolute Rechte, d.h., sie gelten gegenüber jedermann. Aus diesem Grund sollen sie auch für jedermann erkennbar sein.*
- *Spezialitätsprinzip: Dingliche Rechte können nur an einzelnen, individualisierten Sachen bestehen (nicht aber an Sach- oder Rechtsgesamtheiten).*
- *Prinzip der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte (Grundsatz der Typengebundenheit [vgl. Fall 6] und Grundsatz der Typenfixierung [Fall 7]).*
- *Kausalitätsprinzip (Fall 10).*
- *Prinzip der Alterspriorität: Die Rangordnung mehrerer dinglicher Rechte an einer Sache bestimmt sich nach deren Entstehungsdatum.*
- *Akzessionsprinzip: Die Bestandteile einer Sache teilen notwendigerweise das sachenrechtliche Schicksal der Hauptsache (vgl. dazu § 4 «Das Eigentum im Allgemeinen»).*

II. RECHTSPRECHUNG

1. BGE 55 II 302 («Kausalitätsprinzip»)

Die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen setzt ein gültiges Rechtsgeschäft voraus.

Sachverhalt:

J. Näf, Automechaniker in Münchwilen, verkaufte am 13. Mai 1927 sein Wohnhaus mit Werkstatt und Ladenlokal für CHF 54'000.– an den in Bern wohnenden Kläger, der sofort eine Anzahlung von CHF 4'000.– leistete. Dem Vertrag sind folgende Klauseln zu entnehmen:

«CHF 16'000.– werden vom Käufer bar bezahlt bei 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 wegen absichtlicher Täuschung als für ihn unverbindlich halte, und verlangte die geleistete Anzahlung zurück. Infolgedessen unterblieb die Grundbucheintragung. Dagegen hob Näf für den inzwischen fällig gewordenen Teil des Kaufpreises von CHF 16'000.– Betreuung an und verlangte gegenüber dem Rechtsvorschlag provisorische Rechtsöffnung und erhielt sie auch, wogegen der Kläger die Aberkennungsklage anstrebte. Mittlerweile wurde am 29. August der Konkurs über Näf eröffnet. Auf Verlangen des Konkurs- bzw. Betreibungsamtes wurden am 9. September sämtliche verkaufte Fahrnisgegenstände in der erwähnten Betreuung gepfändet. Wenig später zog der Kläger wiederum von Münchwilen weg. Seine Aberkennungsklage wurde am 25. April 1928 vom Bezirksgericht Münchwilen zugesprochen; dieses Urteil ist in Rechtskraft getreten. Nun zog die Konkursverwaltung die gepfändeten Gegenstände zu Näfs Konkursmasse. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger als deren Eigentümer bzw. – nach der vereinbarungsgemäss bereits erfolgten Verwertung durch die Konkursverwaltung – als Eigentümer des Verwertungserlöses von CHF 4'200.– Herausgabe.

Aus den Erwägungen:

Grundsatz des Kausalitätsprinzips

«2. Allein selbst wenn die Kontrahenten im massgebenden Zeitpunkt über den Eigentumsübergang einig gewesen wären, so könnte doch wegen 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 Kausalgeschäfts ausgesprochen (...). Nachdem nun aber das ZGB durch Art. 974 die Frage für Grundstücke positiv anders angeordnet, dagegen für bewegliche Sachen neuerdings offen gelassen hat, drängt sich eine neue Prüfung auf, und diese muss zur Aufgabe der früheren Rechtsprechung führen. [...]

Begründung der Praxisänderung

2. [...] 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 (...). Die Übernahme dieses «grossen Grundsatzes» der Unabhängigkeit des sog. dinglichen Rechtsgeschäfts von der obligatorischen causa in das deutsche BGB – das doch den Schutz des gutgläubigen Dritterwerbers in weitem Umfang durchführte –, wofür in erster Linie doktrinäre Gründe und nicht etwa die Einsicht in dessen Zweckmässigkeit im Rechtsverkehr angeführt wurden (...), wurde denn auch scharf bekämpft (...). 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 Geschäfts 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 verkehrsublich bezeichnet (...). Vielfach wird denn überhaupt die Abstraktion des dinglichen Geschäftes von der Kausalvereinbarung als eine künstliche Konstruktion bezeichnet (...). Und das österreichische Recht, das den Eigentumswechsel bei beweglichen Sachen ebenfalls von der Tradition abhängig macht, vermag ohne jede Konstruktion auszukommen (...). 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 (...), so wird man nicht darum herumkommen, im Liegenschaftsrecht mindestens eine in der Anmeldung (Eintragungsbewilligung) liegende dingliche Verfügung des Veräusserers, als Gegenstück zum dinglichen Vertrag im Fahrnisrecht,

anerkennen zu müssen (...). 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. [...] 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 (...), weswegen eben in weitem Umfange mit der besprochenen stillschweigenden Bedingung nachgeholfen wird. Gerade aus dem letzteren Grunde kann das (...) 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 weiter nachzustreben sei, ist übrigens eine Frage. Wieso aber der Erwerber selbst, dessen bösgläubige Rechtsnachfolger – bösgläubig in dem Sinne, dass ihnen die Ungültigkeit des Kausalgeschäfts nicht verborgen geblieben sein kann – und schliesslich im Konkurs des Erwerbers dessen Konkursgläubiger vor dem Veräusserer Schutz verdienen sollten, ist nicht einzusehen. [...]»

Anmerkungen:

Das Kausalitätsprinzip besagt, dass eine Person nur dann ein Recht erwerben kann, wenn dem Rechtserwerb ein gültiger Rechtsgrund vorangeht. Fehlt ein gültiges Verpflichtungsgeschäft, bleibt der Veräusserer bzw. der ursprüngliche Eigentümer (trotz Vollzugsgeschäfts) grundsätzlich dinglich berechtigt und kann die Sache herausverlangen (Vindikation; Art. 641 Abs. 2 ZGB) bzw. die Grundbuchberichtigungsklage erheben (Art. 975 ZGB). In Art. 974 Abs. 2 ZGB findet das Kausalitätsprinzip für das Immobiliarsachenrecht eine ausdrückliche Regelung. Im Mobiliarsachenrecht ist es demgegenüber nicht

explizit vorgesehen, findet aber – wie im vorliegenden Urteil erstmals auch durch das Bundesgericht entschieden – ebenfalls Anwendung.

Das Bundesgericht hat seit dem grundlegenden Entscheid an dieser Praxis festgehalten und sie fortlaufend bestätigt, so z.B. in BGE 121 III 345.

In Deutschland gilt nicht das Kausalitäts-, sondern das Abstraktionsprinzip: Das Verfügungsgeschäft ist auch dann gültig, wenn das Verpflichtungsgeschäft einen Mangel aufweist. Dem Veräusserer stehen keine dinglichen Rechtsbehelfe zur Verfügung (aber die Kondiktion), um die Sache herauszufordern (vgl. N. 76 ff. im Stämpfli Lehrbuch «Sachenrecht»).

§ 2

Der Besitz



2¾ Stunden

Dieser Paragraf befasst sich mit dem Besitz, welcher zum grössten Teil in Art. 919–941 ZGB geregelt wird. Thematisiert werden die Definition, die Arten und der Schutz des Besitzes.

Vgl. hierzu § 2 im Stämpfli Lehrbuch «Sachenrecht»

I. ÜBUNGEN

A. FRAGEN UND FÄLLE

1. Was ist Besitz?
2. Wie unterscheidet sich der Besitzdiener vom Besitzer?
3. Welche verschiedenen Arten des Besitzes gibt es?
4. Das Mobiltelefon, welches mir von meinem Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wird, ist momentan für Reparaturarbeiten beim Hersteller. Welche Art von Besitz
 - a habe ich?
 - b hat der Hersteller?
 - c hat mein Arbeitgeber?
5. Was sind die Voraussetzungen des Besitzesschutzes und welche Rechtsbehelfe sieht er vor?
6. Peter ist Eigentümer eines Parkplatzes in einem belebten Wohnquartier. Eliane stellte ihr Auto um ca. 20 Uhr auf dem gut markierten Parkplatz von Peter ab. Als sie am nächsten Morgen den Wagen abholen will, stellt sie fest, dass das vordere Nummernschild abgebrochen ist. Ihrer Ansicht nach hat Peter aus Wut über die unberechtigte Belegung seines Parkplatzes das Nummernschild mit Gewalt abgerissen. Peter ist demgegenüber der Auffassung, in erlaubter Selbsthilfe gehandelt zu haben, und bestreitet den Schädigungsvorsatz. Er habe den Wagen von Eliane verstellen wollen, indem er versucht habe, ihn an der Stosstange auf- und abzuwippen und dadurch schrittweise zu verschieben. Dabei sei das Nummernschild abgebrochen, worauf er das Unternehmen beendet und sich einen anderen Parkplatz gesucht habe. Der angerichtete Schaden beläuft sich auf CHF 7.50. Hat sich Peter rechtmässig verhalten? Auf welche Norm kann er sich gegebenenfalls berufen?

7. Tina beobachtet, wie Kevin ein Paar Rollschuhe aus ihrer Garage stiehlt. Darf sie den Dieb, der die Garage bereits verlassen hat, verfolgen und ihm die gestohlene Sache abnehmen? Worauf muss Tina gegebenenfalls achten?
8. Johann sieht sein Fahrrad, das ihm einige Tage zuvor gestohlen wurde, vor Timos Garage stehen. Darf Johann das Fahrrad gegen den Willen von Timo an sich nehmen?
9. Welche Vermutungen stellt der Besitzesrechtsschutz unter welchen Voraussetzungen auf?
10. Wann kann die Besitzesrechtsklage erhoben werden?
11. Roger leiht sein Auto Ruth aus, die es Lucien verkauft. Was kann Roger gegen Lucien, der davon nichts wusste (und nichts wissen konnte), machen?
12. Marianne stiehlt das Fahrrad von Bruno und verkauft es der gutgläubigen Simone. Wie sieht die Rechtslage aus?
13. Susanne verkauft ein teures Gemälde, welches sie von Konrad gestohlen hat, auf dem Flohmarkt an Heinz. Was kann Konrad in diesem Fall machen?
14. Patrick leiht seinen Computer Stefanie aus, die ihn Remo verkauft. Was kann Patrick gegen Remo machen, wenn
 - a Remo nicht weiss (und auch nicht wissen kann), dass der Computer Patrick gehört?
 - b Remo weiss, dass der Computer Patrick gehört?
 - c Remo wissen könnte (jedoch nicht weiss), dass der Computer Patrick gehört?
15. Der italienische Staatsangehörige Luciano versteckte in einer Wandverschalung des Zuges Basel-Mailand zum Zweck des Devisenschmuggels Geld in verschiedenen Währungen. Luciano schliesst sich in der Toilette des Waggons ein und wird dort von einem Beamten, welcher den Insassen ohne Erfolg zum Öffnen auffordert und sich daraufhin mit seinem Passepartout Einlass verschafft, überrascht, als

er eben im Begriffe ist, mehrere kleine Pakete, die er hinter der abgeschraubten Wandverschalung hervorgezogen hatte, in seiner Mappe zu verstauen. Die SBB ziehen das Geld ein. Kann sich Luciano für die Rückforderung auf die Eigentumsvermutung nach Art. 930 ZGB berufen?

- 16.** Silvie betreibt Handel mit Autos der Luxusklasse und verkauft jährlich ca. 300 Autos, welche sie sowohl im Inland als auch im Ausland erwirbt. Vor drei Jahren kaufte sie von einem belgischen Autohandelsunternehmen einen gebrauchten Personenwagen der Marke Lamborghini zum Preis von CHF 85'000.–. Sie traf dabei weder spezielle Abklärungen noch verlangte sie einen Herkunftshinweis. In der Folge stellte sich heraus, dass es sich um ein in Spanien gestohlenen Fahrzeug handelte. Die spanische Versicherungsgesellschaft INSUCAR S.L. hatte das Autoverleihunternehmen (bereits) entschädigt, welchem das Fahrzeug abhanden gekommen war, und die Rechte daran waren auf sie übergegangen. Die Versicherungsgesellschaft einigte sich mit Silvie vorerst darauf, dass der Wagen verkauft und der Erlös auf einem gemeinsamen Bankkonto hinterlegt würde. Nachdem darüber hinaus keine Einigung hatte erzielt werden können, stellte Silvie beim Bezirksgericht den Antrag, es sei ihr der hinterlegte Betrag (nebst Zins und Spesen) auszuzahlen. Die INSUCAR S.L. erhob Widerklage, indem sie ihrerseits die Auszahlung desselben Betrages verlangte.
- a** Auf welches Recht kann Silvie sich allenfalls berufen, um die hinterlegte Summe zu erhalten?
- b** Sind die Voraussetzungen vorliegend erfüllt?
- 17.** Wie ist die Verantwortlichkeit des nichtberechtigten Besitzers geregelt?
- 18.** Der (ursprüngliche) Eigentümer Josef bekommt sein gestohlenen Auto gestützt auf Art. 934 Abs. 1 bzw. Art. 936 Abs. 1 ZGB von der Käuferin Louise zurück. Josef stellt aber

fest, dass Louise die Stossstange verbeult sowie die folgenden Änderungen/Arbeiten am Wagen durchgeführt hat:

- a die vollständig abgefahrenen (unbrauchbaren) Reifen wurden ersetzt;
- b ein kompletter Frühjahrsservice wurde durchgeführt;
- c ein Skiträger wurde auf dem Dach montiert.

Wie sieht die Rechtslage aus, wenn Louise gutgläubig bzw. wenn Louise bösgläubig war?

B. LÖSUNGEN

1. *Unter Besitz im materiellen Sinne ist die tatsächliche Gewalt über eine Sache zu verstehen (Art. 919 Abs. 1 ZGB). Es können zwei Elemente unterschieden werden:*

- *Tatsächliche Sachherrschaft (physisch-körperliches Element; die Beziehung muss fest und auf Dauer gerichtet sein).*
- *Wille zur Sachherrschaft (psychisches Element; der abstrakte Wille, eine Sache zu erwerben, genügt).*

Besitz im formellen Sinn umfasst die Gesamtheit der Rechte, welche das Gesetz bei tatsächlicher Sachherrschaft gewährt.

2. *Der Besitzdiener hat – anders als der Besitzer – keinen Besitz. Er übt diesen lediglich für den Besitzer aus und ist (ohne selbst ein Recht an der Sache zu haben) nur der verlängerte Arm des Besitzers. Besitzdiener sind z.B. der Kunde im Coiffeursaloon bezüglich der dort aufliegenden Zeitschriften oder der Gast im Restaurant bezüglich des Bestecks.*

3. *Die wichtigsten Arten des Besitzes sind:*

- *Selbständiger und unselbständiger Besitz: Selbständiger Besitzer ist in der Regel der Eigentümer, unselbständiger Besitzer derjenige, der eine Sache von einem anderen*

zu einem beschränkten dinglichen oder obligatorischen Recht übertragen erhält.

- *Unmittelbarer und mittelbarer Besitz: Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache direkt ausübt, ist unmittelbarer Besitzer. Mittelbarer Besitz liegt bei indirekter Ausübung der Sachherrschaft (durch eine andere Person) vor.*
- *Eigen- und Fremdbesitz: Wer eine Sache mit dem Willen als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer; Besitzer ohne diesen Anspruch sind Fremdbesitzer.*
- *Mitbesitz und Gesamtbesitz: Beide Formen beinhalten, dass mehrere Personen an derselben Sache Besitz haben (Mitbesitz i.w.S.). Kann jede Person ohne Mitwirkung der anderen die Sachherrschaft ausüben, liegt Mitbesitz i.e.S. vor. Kann die Sachherrschaft nur gemeinsam ausgeübt werden, liegt Gesamtbesitz vor.*

4. *Es liegen folgende Arten von Besitz vor:*

- a** *Unselbständiger Besitz (Fremdbesitz) und mittelbarer Besitz.*
- b** *Unselbständiger Besitz (Fremdbesitz) und unmittelbarer Besitz.*
- c** *Selbständiger Besitz (Eigenbesitz) und mittelbarer Besitz.*

5. *Die Regeln über den Besitzesschutz gemäss Art. 926 ff. ZGB werden wirksam, wenn folgende grundlegende Voraussetzungen erfüllt sind:*

- *Besitz des Gestörten;*
- *Störung eines fremden Besitzes;*
- *verbotene Eigenmacht.*

Die Rechtsbehelfe bei Besitzesentziehung oder -störung sind:

- *Abwehrrecht/Selbsthilfe (Art. 926 ZGB);*
 - *Besitzwehr (defensiv, Art. 926 Abs. 1 ZGB);*
 - *Besitzkehr (offensiv, Art. 926 Abs. 2 ZGB);*

- *Besitzesschutzklagen (Art. 927–929 ZGB);*
- *Klage aus Besitzesentziehung, d.h. auf Rückgabe der Sache gemäss Art. 927 ZGB;*
- *Klage aus Besitzesstörung, d.h. auf Beseitigung oder Unterlassung der Störung gemäss Art. 928 ZGB.*

6. *Anwendbar ist Art. 926 Abs. 1 ZGB (Besitzwehr). Vorausgesetzt wird neben den generellen Erfordernissen (Fall 5), dass die Erwehrung während der Dauer der verbotenen Eigenmacht erfolgt und dass sie verhältnismässig ist (Art. 926 Abs. 3 ZGB). In casu ist die Rechtslage wie folgt zu beurteilen:*

- *Besitz des Gestörten: Gemäss Sachverhalt ist Peter Eigentümer und damit selbständiger Besitzer des Parkplatzes.*
- *Störung eines fremden Besitzes: Indem Eliane ihr Auto auf dem Parkplatz abstellt, wird Peter in seinem Besitz gestört.*
- *Verbotene Eigenmacht: Eliane war weder durch Einwilligung von Peter noch durch Vorliegen einer Erlaubnisnorm des objektiven Rechts zum Abstellen des Autos auf dem Parkplatz berechtigt und hat daher in verbotener Eigenmacht gehandelt.*
- *Besitzwehr während der Dauer der Störung: Peter hat das Nummernschild während der Zeit, in der das Auto auf dem Parkplatz stand, abgebrochen.*
- *Verhältnismässigkeit: Es darf jeweils nur so weit Gewalt angewandt werden, als es zur Wahrung des ungestörten Besitzes erforderlich ist. Massgebend sind die Verhältnisse, welche der Besitzer im Augenblick seines Handelns erkannte bzw. erkennen konnte. In casu war Peter berechtigt, zumindest den Versuch zu unternehmen, sich wieder störungsfreien Besitz zu verschaffen. Nachdem sich das Nummernschild gelöst hat, hat er den Versuch umgehend eingestellt, womit er den Schaden in Grenzen hielt. Der angerichtete Schaden von CHF 7.50 steht nicht in einem unangemessenen Verhältnis zur Störung des Besitzes, vor allem weil durch Abschleppen lassen des Wagens oder durch Ab-*

stellen des eigenen Wagens in einem Parkhaus ein weitaus grösserer Schaden entstanden wäre. Peter hat somit verhältnismässig gehandelt. (vgl. dazu auch OG Zürich vom 11.04.1967 in: SJZ 63 [1967] 243)

Fazit: Peter hat in erlaubter Selbsthilfe gemäss Art. 926 Abs. 1 ZGB gehandelt.

- 7. Da Kevin die Garage bereits verlassen hat, ist Tina die Diebessache «entzogen» worden. Kann Tina Kevin einholen, hat sie ihn in Übereinstimmung mit Art. 926 Abs. 2 ZGB «auf frischer Tat ertappt» und darf ihm das Diebesgut wieder abnehmen. Allerdings muss Tina das Prinzip der Verhältnismässigkeit wahren (Art. 926 Abs. 3 ZGB).*
- 8. In diesem Fall wurde der Täter Timo nicht «auf frischer Tat ertappt». Vielmehr hat Johann die abhanden gekommene Sache erst später entdeckt, weshalb er nicht zur Selbsthilfe nach Art. 926 ZGB greifen und die gestohlene Sache wieder von Timo «zurückstehlen» kann. Für den vorliegenden Fall stellt das Gesetz dem ursprünglichen Besitzer die in Art. 927 ZGB geregelte Klage aus der Besitzesentziehung zur Verfügung. Voraussetzungen: Dem Besitzer wurde die Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen und der Beklagte ist noch im Besitz der Sache. Dies trifft vorliegend zu. Art. 927 ZGB ordnet die Rückgabe der Sache an, auch wenn der Beklagte ein besseres Recht auf diese zu haben behauptet. Verweigern kann dieser die Rückgabe nur dann, wenn er «sofort ein besseres Recht nachweist und auf Grund desselben dem Kläger die Sache wieder abverlangen könnte» (Art. 927 Abs. 2 ZGB). Neben der Rückgabe der Sache kann Johann von Timo gegebenenfalls auch Schadenersatz gemäss Art. 927 Abs. 3 ZGB fordern.*
- 9. Art. 930 Abs. 1 ZGB stellt die Vermutung auf, dass der Besitzer einer beweglichen Sache auch deren Eigentümer ist, weil und solange er besitzt. Ebenso wird beim unselbständigen Besitzer, der die Sache aufgrund eines beschränkten*

dinglichen oder persönlichen Rechts besitzt, der Bestand dieses Rechts vermutet (Art. 931 Abs. 2 ZGB). Vorausgesetzt wird, dass:

- der Besitz nicht verdächtig ist;*
- das geltend gemachte Recht seiner Natur nach den Besitz umfasst.*

10. *Mit der Besitzesrechtsklage kann ein früherer gutgläubiger Besitzer in den folgenden zwei Fällen die Herausgabe der Sache verlangen:*

- Bei Bösgläubigkeit des neuen Besitzers kann der frühere Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden (Art. 936 ZGB).*
- Bei unfreiwilligem Besitzesverlust (Art. 934 ZGB): Der Erwerber einer abhanden gekommenen Sache kann während fünf Jahren auf Herausgabe belangt werden. Dies im Gegensatz zum Fall der anvertrauten Sache gemäss Art. 933 ZGB, in welchem der gutgläubige Erwerber in seinem Besitz geschützt wird.*

11. *Der Eigentümer Roger hat Ruth sein Auto i.S.v. Art. 933 ZGB anvertraut, worauf diese das Auto ohne Ermächtigung von Roger an Lucien veräussert hat. Da Lucien gemäss Sachverhalt nichts von der fehlenden Verfügungsberechtigung der Verkäuferin Ruth wusste und auch nichts davon wissen konnte, d.h. gutgläubig war (Art. 3 ZGB), wird er gemäss Art. 933 ZGB in seinem Erwerb geschützt. Der gute Glaube des Käufers vermag bei anvertrauten Sachen den Irrtum über das Eigentum des Veräusserers zu heilen. Lucien wird Eigentümer des Autos, denn: «Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräusserer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzesregeln im Besitz der Sache geschützt ist» (Art. 714 Abs. 2 ZGB). Roger muss sich an Ruth halten.*

- 12.** *Da Marianne das Fahrrad von Bruno entwendet hat, handelt es sich hier um den Fall einer abhanden gekommenen Sache. Gemäss Art. 934 Abs. 1 ZGB kann daher der Eigentümer Bruno sein Fahrrad von Simone zurückverlangen, auch wenn Simone gutgläubig war. Die Frist hierfür beträgt fünf Jahre.*
- 13.** *Für abhanden gekommene Sachen, welche an einer öffentlichen Versteigerung, auf dem Markt oder bei einem Kaufmann, der mit Waren gleicher Art handelt, erstanden werden, existiert für den gutgläubigen Käufer ein sog. Lösungsrecht: Der ursprüngliche Eigentümer kann die Sache zurückfordern, dies jedoch nur bei Vergütung des vom Käufer bezahlten Preises (Art. 934 Abs. 2 ZGB). Es stellt sich die Frage, ob beim Verkauf auf dem Flohmarkt die Bestimmung von Art. 934 Abs. 2 ZGB greifen soll, d.h., ob auch der Flohmarkt von diesem Marktbegriff erfasst wird oder ob der Käufer auf einem Flohmarkt gar damit rechnen muss, dass die verkauften Waren ihrerseits unrechtmässig erworben wurden. Im Grunde sollte sich der Käufer aber darauf verlassen können, dass die auf dem Flohmarkt angebotenen Waren (ebenfalls) rechtmässig erworben worden sind. Der Käufer soll bei einem Flohmarktkauf nicht schlechtergestellt sein als bei einem gewöhnlichen Marktkauf. Demzufolge kann Konrad das Gemälde vom gutgläubigen Heinz während fünf Jahren zurückfordern, muss ihm aber den auf dem Flohmarkt bezahlten Kaufpreis zurückvergüten (Art. 934 Abs. 2 ZGB).*
- 14.** *Patrick hat den Computer Stefanie gemäss Art. 933 ZGB anvertraut. Remo wird in seinem Erwerb geschützt, wenn er dabei in gutem Glauben gehandelt hat und sich gemäss Art. 3 ZGB auch auf diesen berufen darf (Art. 933 ZGB).*
- a** *Remo ist gutgläubig und darf sich darauf berufen, dass er auch mit der gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB verlangten Aufmerksamkeit nicht wissen kann, dass der Computer Patrick gehört.*

- b** Remo kennt den Rechtsmangel und ist somit in jedem Fall bösgläubig, weshalb Patrick den Computer jederzeit gemäss Art. 936 Abs. 1 ZGB von ihm zurückverlangen kann.
 - c** Remo muss sich – obwohl er den Mangel nicht kennt – vorwerfen lassen, dass er den Mangel aufgrund der Situation und der Umstände (z.B. unverhältnismässig tiefer Preis) hätte erkennen müssen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Er wird deshalb wie ein bösgläubiger Erwerber behandelt. Patrick kann den Computer (wie bei Variante b) jederzeit gemäss Art. 936 Abs. 1 ZGB zurückverlangen.
- 15.** Art. 930 ZGB setzt unter anderem voraus, dass der Besitz nicht verdächtig ist, d.h., er darf weder gewaltsam noch heimlich oder zweideutig erfolgt sein. In casu ist das Geld hinter der Wandverschalung verborgen, was einen heimlichen Besitz darstellt. Zudem muss Luciano mit dem Losschrauben der Verschalung Gewalt anwenden, um an das Geld heranzukommen. Insgesamt liegt ein verdächtiger Besitz vor, weshalb sich Luciano nicht auf die Eigentumsvermutung gemäss Art. 930 ZGB berufen kann. (vgl. zum Ganzen BGE 68 II 24)
- 16.** Die Rechtslage gestaltet sich folgendermassen:
- a** In Betracht kommt Art. 934 Abs. 2 ZGB: Eine abhanden gekommene Sache, welche von einem Kaufmann, der mit Waren der gleichen Art handelt, übertragen wurde, kann dem gutgläubigen Erwerber nur gegen Vergütung des von ihm bezahlten Preises abgefordert werden. Anwendbar ist die Frist von fünf Jahren gemäss Art. 934 Abs. 1 ZGB.
 - b** Die Voraussetzungen von Art. 934 Abs. 2 ZGB sind wie folgt zu beurteilen:
 - Frist (Art. 934 Abs. 1 ZGB): Gemäss Sachverhalt hat Silvie den Wagen vor drei Jahren gekauft, d.h., die Frist von fünf Jahren ist noch nicht abgelaufen.

- *Abhanden gekommene Sache: Der Lamborghini wurde gestohlen und ist deshalb als abhanden gekommene Sache zu qualifizieren.*
- *Kaufmann, der mit Waren gleicher Art handelt: Silvie ist Autohändlerin und hat den Wagen ihrerseits von einem belgischen Autohandelsunternehmen gekauft, weshalb auch diese Voraussetzung erfüllt ist.*
- *Gutgläubigkeit: Der gute Glaube wird grundsätzlich vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Massgebend ist dabei grundsätzlich ein Durchschnittsmass an Aufmerksamkeit, welches der Redliche unter den gegebenen Umständen anzuwenden pflegt. Dieses richtet sich nach der in der Branche herrschenden Verkehrsübung, wenn der Erwerb bestimmter Sachen für einen Erwerbszweig typisch ist. Dabei sind an jene Geschäftszweige, in denen erfahrungsgemäss oft Gegenstände zum Kauf oder Tausch angeboten werden, welche mit Rechtsmängeln (v.a. Diebstahl u.Ä.) behaftet sind, höhere Anforderungen zu stellen. Dies ist beim Handel mit Gebrauchtwagen aller Art der Fall, weshalb den an sich gutgläubigen Händler von Occasionsfahrzeugen auch ohne konkrete Verdachtsmomente eine Abklärungspflicht treffen kann. Hinzu kommt, dass der Diebstahl und die Hehlerei von Luxusautos durch gut organisierte internationale Banden im europäischen Raum allgemein bekannt sind. An Silvie können dem Gesagten zufolge höhere Anforderungen im Bereich der gebotenen Aufmerksamkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB gestellt werden. Gemäss Sachverhalt hat sie keine besonderen Abklärungen getroffen und kann sich daher nicht auf den guten Glauben berufen.*

Fazit: Silvie hat keinen Anspruch auf Herausgabe der hinterlegten Summe gestützt auf Art. 934 Abs. 2 ZGB. (vgl. zum Ganzen BGE 113 II 397)

17. *Die Verantwortlichkeit des nichtberechtigten Besitzers ist in den Art. 938–940 ZGB geregelt.*

- *Für Beschädigung oder Zerstörung der Sache haftet grundsätzlich nur der bösgläubige Erwerber (Kausalhaftung, Art. 940 Abs. 1 und 3 ZGB), nicht aber der gutgläubige Erwerber (Art. 938 Abs. 2 ZGB).*
- *Für bezogene und versäumte Nutzungen (insbesondere Früchte) hat grundsätzlich nur der bösgläubige Erwerber Ersatz zu leisten (Art. 940 Abs. 1 ZGB), nicht aber der gutgläubige (Art. 939 Abs. 3 ZGB).*
- *Anspruch auf Verwendungsersatz:*
 - *Für notwendige Verwendungen haben sowohl der gutgläubige als auch der bösgläubige Erwerber Anspruch auf Ersatz (Art. 939 Abs. 1, Art. 940 Abs. 2 ZGB).*
 - *Für nützliche Verwendungen hat nur der gutgläubige Erwerber einen Ersatzanspruch, nicht aber der bösgläubige (Art. 939 Abs. 1, Art. 940 Abs. 2 ZGB).*
 - *Für luxuriöse Verwendungen haben weder der gut- noch der bösgläubige Erwerber Anspruch auf Ersatz. Der gutgläubige Erwerber hat allerdings ein Wegnahmerecht, sofern eine Wegnahme ohne Beschädigung der Sache möglich ist (Art. 939 Abs. 2, Art. 940 Abs. 2 ZGB).*

18. *War Louise beim Erwerb gutgläubig, so darf sie das Auto seinem «vermuteten Rechte gemäss» benutzen (Art. 938 Abs. 1 ZGB) und braucht keinen Ersatz zu leisten, wenn dieses dabei untergeht oder Schaden erleidet. Für die verbeulte Stossstange muss sie demzufolge keinen Ersatz leisten (Art. 938 Abs. 2 ZGB).*

- a** *Louise hat, indem sie beim Auto die vollständig abgefahrenen Reifen ersetzte, eine «Verwendung» i.S.v. Art. 939 Abs. 1 ZGB gemacht. Verwendungen sind Leistungen aus freien*

Stücken im Interesse einer (fremden) Sache. Da das Auto mit den abgefahrenen Reifen nicht mehr verkehrstüchtig war und diese auch vom Eigentümer hätten ersetzt werden müssen, handelt es sich um eine notwendige Verwendung. Josef muss Louise für diese Verwendung Ersatz leisten (Art. 939 Abs. 1 ZGB). Auch ist Louise berechtigt, die Auslieferung des Wagens bis zur Bezahlung der Verwendung zu verweigern (Art. 939 Abs. 1 ZGB).

- b** Der komplette Frühjahrservice stellt dagegen nicht eine «notwendige Verwendung» dar, da das Auto auch ohne diesen einsatzfähig und fahrtüchtig gewesen wäre. Da die Arbeiten aber nicht unnötig waren und den Zustand des Wagens verbesserten, sind sie gemäss Art. 939 Abs. 1 ZGB als «nützliche Verwendung» zu qualifizieren. Betreffend Rückforderung, Bezahlung und Auslieferungsverweigerung gilt daher dasselbe wie im Fall a.
- c** Anders ist die Rechtslage bezüglich des neu montierten Skiträgers: Dieser ist weder für den Betrieb des Wagens noch für dessen Verkehrstauglichkeit notwendig. Es handelt sich um eine «andere» Verwendung, d.h. eine «Luxusverwendung». Für solche kann Louise keinen Ersatz fordern. Louise darf den Skiträger aber – wenn ihn Josef nicht übernehmen will – demontieren, sofern das Auto dabei nicht beschädigt wird (Art. 939 Abs. 2 ZGB).

War Louise beim Erwerb bösgläubig, ist sie für die verbeulte Stossstange schadenersatzpflichtig (Art. 940 Abs. 1 ZGB). Bezüglich der Fälle a bis c gilt Folgendes: Louise hat nur für die ausgewechselten Reifen ein Ersatzrecht (Art. 940 Abs. 2 ZGB), nicht jedoch für den Frühjahrservice und den Skiträger.

II. RECHTSPRECHUNG

2. BGE 112 II 113 («Richter als Besitzer?»)

Der blosse Gewahrsam des Besitzdieners ist keine ausreichende Grundlage, um den Besitz des Besitzherrn auf einen neuen mittelbaren Besitzer zu übertragen.

Der Richter, dem eine Sache zu Beweis Zwecken überlassen wird, hat nicht die Stellung eines Besitzdieners für den mittelbaren Besitzer. Aber auch unselbständiger Besitz i.S.v. Art. 924 Abs. 1 ZGB kommt dem Richter an der Sache nicht zu. Eine Besitzanweisung ist daher ausgeschlossen.

Sachverhalt:

Am 9. Februar 1979 betrieben Joseph Belle und Zoltan Deaki Karl Thönen mit Zahlungsbefehl Nr. 73 395 des Betreibungsamtes Arlesheim auf Verwertung eines Inhaberschuldbriefs für eine Forderung von CHF 260'000.– nebst 5% Zins seit dem 1. Januar 1977. Der Betriebene erhob Rechtsvorschlag, worauf die beiden Gläubiger beim Gerichtspräsidenten von Arlesheim um die provisorische Rechtsöffnung nachsuchten. Im Verlaufe dieses Verfahrens reichten sie dem Rechtsöffnungsrichter den Inhaberschuldbrief ein, der ihnen in einem Herausgabeverfahren mit rechtskräftigem Urteil vom 16. Mai 1983 des Zivilgerichts Basel-Stadt zugesprochen und am 8. August 1983 durch Verfügung des Gerichtspräsidenten von Arlesheim im Rahmen eines Hinterlegungsverfahrens ausgehändigt worden war. Mit Urteil vom 27. Oktober 1983 wurde den Gläubigern die provisorische Rechtsöffnung erteilt.

Am 9. November 1983 reichte Karl Thönen beim Bezirksgericht Arlesheim gegen Belle und Deaki Aberkennungsklage ein.

In seiner späteren Klagebegründung machte er geltend, die Beklagten seien an der Forderung nicht mehr berechtigt, weil sie

den Inhaberschuldbrief am 18. November 1983 an die Immoorp AG in Stansstad veräussert hätten. Von dieser Handänderung habe die Immoorp AG dem Bezirksgericht Arlesheim am 23. Dezember 1983 Kenntnis gegeben. Das Bezirksgericht wies die Klage mit Urteil vom 5. Dezember 1984 ab.

Aus den Erwägungen:

Ausführungen der Vorinstanz

«3. Das Obergericht ist davon ausgegangen, dass die Übertragung des Besitzes am Pfandtitel auf die Immoorp AG nur als Besitzanweisung im Sinne von Art. 924 Abs. 1 ZGB habe vorgenommen werden können. Bei der Besitzanweisung könne die körperliche Sachübergabe unterbleiben, weil der Dritte, der die Sache aufgrund eines besondern Rechtsverhältnisses als unselbständiger und meistens unmittelbarer Besitzer innehave, sie auch für den neuen mittelbaren Besitzer gestützt auf ein besonderes Rechtsverhältnis weiterhin unselbständig besitze. Nun habe aber der Rechtsöffnungsrichter, dem der Pfandtitel zu Beweis Zwecken übergeben worden sei, zwar den Gewahrsam, aber keinen Besitz erworben. Er sei nicht unmittelbarer und unselbständiger Besitzer für die eine Partei im Rechtsstreit. Dem Richter könne vielmehr nur die Stellung eines Besitzdieners zukommen. Damit sei aber eine Besitzanweisung ausgeschlossen. Doch selbst wenn der Richter als unselbständiger Besitzer bezeichnet werden müsste, so würde dies dem Kläger nicht helfen. Begründung und Beendigung des unselbständigen Besitzes des Richters für die eine Streitpartei müssten ausschliesslich auf hoheitlicher Grundlage beruhen. Eine Besitzanweisung sei daher nur denkbar, wenn eine entsprechend hoheitliche Anordnung getroffen werde. Eine solche Erklärung bzw. Anordnung des Gerichts sei aber im vorliegenden Fall nie erfolgt.

Ausschluss der Besitzübertragung durch den Besitzdiener

4. Gegen diese Betrachtungsweise wendet der Kläger ein, die Vorinstanz verletze Art. 924 Abs. 1 ZGB, indem sie zu hohe An-

forderungen an den Besitz des Dritten stelle, wenn sie nicht jede tatsächliche Innehabung der auf den Erwerber zu übertragenden Sache als Grundlage dieses Besitzes anerkenne. Der Besitz sei weder eine Tatsache noch ein Recht, sondern eine durch unterschiedliche praktische Bedürfnisse bestimmte Rechtslage. Es sei nicht einzusehen, weshalb bei der Besitzübertragung durch Besitzanweisung nicht auf die Innehabung der zu übertragenden Sache allein abzustellen sei. Nach Auffassung des Klägers sollte demnach der bloße Gewahrsam des Dritten über die Sache genügen, um im Zusammenhang mit der Besitzanweisung nach Art. 924 Abs. 1 ZGB von unmittelbarem Besitz sprechen zu können.

Damit übt der Kläger aber nicht nur Kritik an den vorinstanzlichen Ausführungen, sondern auch an der herrschenden Lehre, die den bloßen Gewahrsam des Besitzdieners nicht als ausreichende Grundlage anerkennt, um den Besitz des Besitzherrn auf einen neuen mittelbaren Besitzer zu übertragen (...). Indessen wird die Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft durch den Besitzdiener mit Recht nicht als für eine Besitzanweisung genügend betrachtet. Der Besitzdiener steht in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zum mittelbaren Besitzer, der seinen Besitz nur mit Hilfe des ersteren ausüben kann (...). Mit der Übertragung dieses mittelbaren Besitzes auf einen Erwerber der Sache tritt der Besitzdiener aber nicht ohne weiteres in eine ähnliche Abhängigkeit zum neuen mittelbaren Besitzer wie zum Veräußerer, so dass auch vom Erwerber gesagt werden könnte, er übe seinen Besitz mit Hilfe des Besitzdieners aus. [...]

Entgegen der Auffassung des Klägers kann somit der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie habe Bundesrecht verletzt, weil sie die Möglichkeit der Besitzanweisung gegenüber dem Besitzdiener verneint habe. [...]

Weisungsgebundene Behörden als unselbständige Besitzer

4. [...] Indessen bestehen begründete Zweifel, ob der Richter, dem eine Sache im Rahmen eines Rechtsstreits zu Beweiszwecken überlassen wird, als Besitzdiener bezeichnet werden kön-

ne. Von einer Weisungsbefugnis, die dem mittelbaren Besitzer gegenüber dem Besitzdiener zukommt, kann im Verhältnis der Streitpartei zum Richter nicht die Rede sein. Bei den Beweismitteln, die dem Gericht eingereicht werden, steht die Sachherrschaft des Richters als solche keineswegs im Vordergrund, sondern es geht vielmehr um die Ermöglichung der Beweisführung mit der dem Richter oft nicht freiwillig überlassenen Sache. Entscheidend bleibt somit allein, ob die durch das Zivilprozessrecht oder das materielle Recht begründete Rechtslage genügt, um den Richter, nachdem keine Besitzdienerschaft angenommen werden kann, als unselbständigen Besitzer der Beweisstücke im Sinne von Art. 924 Abs. 1 ZGB in Erscheinung treten zu lassen, der diese Stellung gestützt auf eine Besitzeinweisung auch dem neuen mittelbaren Besitzer gegenüber einnimmt.

5. Dass auch weisungsungebundene Behörden ungeachtet ihrer hoheitlichen Stellung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben als unselbständige Besitzer im Sinne von Art. 924 Abs. 1 ZGB auftreten können, ergibt sich aus der Lehre und der Rechtsprechung (...). Indessen sind sich Rechtsprechung und Lehre nicht darüber einig, wann im konkreten Fall unselbständiger Besitz einer Behörde angenommen werden kann. Das Bundesgericht hat in BGE 52 II 52 aufgrund einer in einer Strafuntersuchung lediglich vorsorglich erlassenen Beschlagnahme-Verfügung den Behörden keinen unselbständigen Besitz zugesprochen, der die Eigentumsvermutung zugunsten des bisherigen Besitzers bzw. die bisherigen zivilrechtlichen Besitzverhältnisse umzustossen vermöchte (...). In BGE 47 II 269 f. hat das Bundesgericht dagegen dem Gerichtsschreiber, der eine bei ihm hinterlegte Geldsumme in Verwahrung nahm, unselbständigen Besitz an dieser zuerkannt (...), der die Passivlegitimation gegenüber dem Herausgabeanspruch des früheren Besitzers begründete.

Auch wenn die Umschreibung des unselbständigen Besitzes in Rechtsprechung und Lehre Schwierigkeiten bereitet und im konkreten Fall nicht immer Übereinstimmung zu erzielen ist, so sind sich Doktrin und Praxis immerhin darin einig, dass sich die Bejahung des unselbständigen Besitzes nach den in Frage

stehenden Rechtsfolgen richtet. Bei der Besitzeinweisung gilt es somit zu beachten, dass der unselbständige Besitz nicht länger für den bisherigen mittelbaren Besitzer ausgeübt werden soll, sondern für einen neuen mittelbaren Besitzer. Geht es hingegen um eine Beweiseingabe in einem vor dem Richter auszutragenden Rechtsstreit, so ist nicht zu übersehen, dass der Richter zum Beweisstück nicht in eine so intensive Beziehung tritt, wie dies bei der Hinterlegung oder der amtlichen Beschlagnahme einer Sache der Fall wäre. Diese Beziehung bleibt ungeachtet der vom bisherigen mittelbaren Besitzer gewünschten Besitzübertragung weiterhin auf das Verhältnis der einen Streitpartei zum Richter beschränkt und berührt den neuen mittelbaren Besitzer, der auf dieses Verhältnis auch keinen Einfluss auszuüben vermag, in keiner Weise. Der Frage, ob Sachherrschaft kraft hoheitlicher Aufgabenerfüllung nur dann zu einer privatrechtlichen Besitzeinweisung Anlass geben könne, wenn die Behörde eine zustimmende Erklärung abgegeben habe, die von der Vorinstanz bejaht, in der Lehre jedoch unterschiedlich beantwortet worden ist (...), kommt demnach für den vorliegenden Fall keine entscheidende Bedeutung zu. Der Vorinstanz ist vielmehr aus den angeführten Gründen keine Verletzung von Bundesrecht vorzuwerfen, weil sie einen hinreichenden unselbständigen Besitz des Richters im Sinne von Art. 924 Abs. 1 ZGB an dem zu Beweiszwecken von den Beklagten eingereichten Inhaberschuldbrief verneint hat. Die Berufung erweist sich damit als offensichtlich unbegründet.»

Anmerkungen:

Besitz an einer Sache setzt die tatsächliche Gewalt darüber und den Willen zur Sachherrschaft voraus. Die tatsächliche Gewalt umfasst eine physisch-körperliche, feste und auf Dauer gerichtete Beziehung zwischen Rechtssubjekt und Sache. Ob in einem konkreten Fall Sachherrschaft vorliegt, beurteilt sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, nach der Ver-