

Die Vindikationszession

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 5C.182/2005 (BGE 132 III 155) vom 2. Dezember 2005 i.S. Y. GmbH und X. (Kläger und Berufungskläger) gegen V. und W. (Beklagte und Berufungsbeklagte)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Urs H. Hoffmann-Nowotny und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich¹

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt

II. Erwägungen des Bundesgerichts

A. Traditionssurrogate nach Art. 922 ff. ZGB

1. Besitzanweisung (Art. 924 Abs. 1 ZGB)
2. Offene Besitzeslage (longa manu traditio; Art. 922 Abs. 2 ZGB)

B. Unselbständige Vindikationszession

C. Selbständige Vindikationszession

D. Ermächtigung zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs

III. Bemerkungen

A. Selbständige Vindikationszession?

B. Praktische Bedürfnisse

C. Unselbständige Vindikationszession?

D. Weitere Möglichkeiten traditionsloser Eigentumsübertragung

1. Uneigentliche Tradition (Art. 922 Abs. 1 Halbsatz 2 ZGB)?
2. Besitzanweisung (Art. 924 Abs. 1 ZGB)?
3. Annahme einer Gesetzeslücke: Anwendung des Vertragsprinzips?
4. Analyse vor dem Hintergrund des Verkehrsschutzgedankens

E. Alternativen zur traditionslosen Eigentumsübertragung

IV. Fazit

I. Sachverhalt

Die Y. GmbH und X. klagen gegen das Ehepaar V. und W. auf Herausgabe des im Hotel H. in S. befindlich gewesenen bzw. noch befindlichen Hotelmobiliars.

Das Hotel H. stand ursprünglich im Eigentum der L. AG. Das «Hotelmobiliar laut Inventar Nr. 485 vom 2.3.1966» war auf dem Grundbuchblatt ohne Wertangabe als Zugehör angemerkt.² Im Rahmen eines Um-

baus im Jahre 1982 wurde die Hotelliegenschaft in mehrere Stockwerkeinheiten aufgeteilt, eine derselben bildete fortan das Hotelgebäude. Das alte Hotelmobiliar wurde vollumfänglich entsorgt und durch neues ersetzt. Eine Anmerkung als Zugehör auf der Stockwerkeinheit des Hotelgebäudes erfolgte offenbar nicht, doch blieb die ursprüngliche Anmerkung auf dem Stammgrundstück erhalten.³

Am 30. März 1988 verkaufte die L. AG unter anderem die Stockwerkeinheit des Hotels H. an die M. AG, leaste sie aber sogleich wieder zurück. Eine ausdrückliche Vereinbarung über das Hotelmobiliar trafen die Parteien nicht.

Am 14. September 1994 kündigte die M. AG den Leasingvertrag wegen Zahlungsverzugs. Sie vermietete in der Folge das Hotel H., in welchem das Hotelmobiliar weiterhin verblieb, am 1. April 1995 an das Ehepaar V. und W. (Beklagte) und verkaufte es schliesslich am 23. November 1998 an V.

Derweil hatte die L. AG das Hotelmobiliar mit Vertrag vom 19. April 1996 gegen Gewährung eines Darlehens an E. «verpfändet». Der Vertrag enthielt den Vermerk, das «Faustpfand» befinde sich im Besitz des jeweiligen Mieters des Hotels H. Am 3. Juli 1997 erwarb E. das Hotelmobiliar anlässlich einer gestützt auf das ihm eingeräumte Recht zur privaten Verwertung des Pfandes und zum Selbsteintritt durchgeführten privaten Versteigerung im Beisein eines Vertreters der L. AG.⁴

Die Erben des inzwischen verstorbenen E., deren Herrschaft über das Hotelmobiliar von V. und W. nie

dersimmental) vom 29. November 2004 (Z 04 581), Ziff. II.2.

³ Urteil des Obergerichts des Kantons Bern (Appellationshof, 1. Zivilkammer) vom 29. April 2005 (APH 04 570), Ziff. II.1.a; Urteil des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises XII (Frutigen-Niedersimmental) vom 29. November 2004 (Z 04 581), Ziff. II.3 und 4.

⁴ Die Ungültigkeit der zwischen der L. AG und E. beabsichtigten Pfandbestellung wegen Verletzung des Faustpfandprinzips (Art. 717 Abs. 1 und Art. 884 Abs. 1 ZGB) steht ausser Frage (BGE 132 III 155, 165 Erw. 7.1.1). Der Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises XII (Frutigen-Niedersimmental) geht jedoch davon aus, dass die Parteien das Eigentum am Hotelmobiliar selbst dann hätten übertragen wollen, wenn sie um die Ungültigkeit der Pfandbestellung gewusst hätten, und deutet die Pfandverwertung vom 3. Juli 1997 in ein kaufvertragsähnliches Geschäft um (Urteil des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises XII [Frutigen-Niedersimmental] vom 29. November 2004 [Z 04 581], Ziff. III.10 ff.; vgl. dazu auch BGE 132 III 155, 165 Erw. 7.1.2).

¹ Urs H. Hoffmann-Nowotny ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

² Dieses Sachverhaltselement wird im bundesgerichtlichen Entscheid nicht erwähnt, findet sich aber als für das Bundesgericht verbindliche tatsächliche Feststellung (Art. 63 Abs. 2 OG) im Urteil des Obergerichts des Kantons Bern (Appellationshof, 1. Zivilkammer) vom 29. April 2005 (APH 04 570), Ziff. II.1.a; ebenso im Urteil des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises XII (Frutigen-Nie-

anerkannt worden war, übertragen mit «Abtretungs- und Übereignungsvertrag» vom 30. Oktober 2002 «sämtliche der Erbengemeinschaft aus dem durch die Faustpfandverwertung vom 3. Juli 1997 erfolgten Erwerbs [recte: Erwerb] des vormals der L. AG [...] gehörenden Hotel-Mobiliars Dritten gegenüber zustehenden dinglichen oder obligatorischen Rechte» im Umfang von 95% an die Y. GmbH und im Umfang von 5% an X. (Kläger). Darin eingeschlossen war die Übereignung des Hotelmobiliars.

Der Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises XII (Frutigen-Niedersimmental) beschränkte das Verfahren zunächst auf die Frage der klägerischen Aktivlegitimation und wies die Klage in der Folge mit Urteil vom 29. November 2004 ab. Diesen Entscheid bestätigte das Obergericht des Kantons Bern (Appellationshof, 1. Zivilkammer) mit Urteil vom 29. April 2005. Die Kläger beantragen im Berufungsverfahren die Gutheissung ihrer Klage.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hält einleitend fest, strittig sei die Befugnis der Kläger zur Erhebung der Vindikationsklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB. Es gibt sodann den Standpunkt der Vorinstanzen wieder, wonach jedenfalls zwischen der Erbengemeinschaft E. und den Klägern keine gültige Eigentumsübertragung zu Stande gekommen sei, weshalb Letztere nicht zur Herausgabeklage legitimiert seien.⁵ Die Vorinstanzen hatten argumentiert, die Kläger könnten nur dann Eigentümer geworden sein, wenn die Eigentumsübertragungskette lückenlos sei. Die Mangelhaftigkeit auch nur eines Übertragungsvorgangs habe das fehlende Eigentum der Kläger zur Folge, weshalb die Prüfung auch am Schluss der behaupteten Übertragungskette beginnen könne.⁶ Die Vorinstanzen liessen demzufolge offen, wer heute Eigentümer des Hotelmobiliars ist, insbesondere ob dieses Gegenstand des Kaufvertrags zwischen der L. AG und der M. AG vom 30. März 1988 war, ob ihm Zugehörigkeit

zukommt sowie ob dieses allenfalls von V. gutgläubig erworben wurde.⁷

Das Bundesgericht untersucht die behauptete Eigentumsübertragung zwischen der Erbengemeinschaft E. und den Klägern unter verschiedenen Gesichtspunkten: Da unbestrittenermassen keine körperliche Übergabe des Hotelmobiliars stattfand, prüft es mit Blick auf das Traditionsprinzip,⁸ ob der Besitz am Hotelmobiliar gestützt auf ein Traditionsurrogat nach Art. 922 ff. ZGB übergegangen sei [A.].⁹ Dann erörtert es, ob die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs als Traditionsurrogat zur Übertragung von Eigentum in Frage komme (unselbständige Vindikationszession) [B.],¹⁰ und ob eine Abtretung ohne Absicht der gleichzeitigen Eigentumsübertragung (selbständige Vindikationszession) zulässig sei [C.].¹¹ Schliesslich prüft das Bundesgericht, ob der «Abtretungs- und Übereignungsvertrag» vom 30. Oktober 2002 in eine Ermächtigung zur Geltendmachung des Vindikationsanspruchs umgedeutet werden könne [D.],¹² und weist die Berufung der Kläger nach Verneinung sämtlicher dieser Fragen ab.¹³

A. Traditionssurrogate nach Art. 922 ff. ZGB

1. Besitzanweisung (Art. 924 Abs. 1 ZGB)

Das Bundesgericht hält fest, dass der Besitz ohne Übergabe der Sache gestützt auf eine Besitzanweisung nach Art. 924 ZGB erworben werden könne. Voraussetzung hierfür sei aber, dass der unselbständig und unmittelbar besitzende Dritte die Herrschaft des Veräusserers anerkenne, mithin für diesen besitze.¹⁴ Im vorliegenden Fall verneint es das Vorliegen einer Besitzanweisung, weil die Beklagten nie einen mittelbaren Besitz der Erbengemeinschaft E. anerkannt hätten. Sie seien vielmehr während der Dauer

⁵ BGer. 5C.182/2005 Erw. 2 (in der amtlichen Sammlung [BGE 132 III 155] nicht publizierte Erwägung).

⁶ Urteil des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises XII (Frutigen-Niedersimmental) vom 29. November 2004 (Z 04 581), Ziff. III.3; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern (Appellationshof, 1. Zivilkammer) vom 29. April 2005 (APH 04 570), Ziff. II.3.a und III.1 sowie 7 f.

⁷ Urteil des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises XII (Frutigen-Niedersimmental) vom 29. November 2004 (Z 04 581), Ziff. III.1 und 14; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern (Appellationshof, 1. Zivilkammer) vom 29. April 2005 (APH 04 570), Ziff. II.4, III.1 f. und 8.

⁸ BGer. 5C.182/2005 Erw. 3 (in der amtlichen Sammlung [BGE 132 III 155] nicht publizierte Erwägung).

⁹ BGE 132 III 155, 158 ff. Erw. 4 und 5.

¹⁰ BGE 132 III 155, 160 f. Erw. 6.1.

¹¹ BGE 132 III 155, 162 ff. Erw. 6.2.

¹² BGE 132 III 155, 164 ff. Erw. 7.

¹³ BGer. 5C.182/2005 Erw. 8 (in der amtlichen Sammlung [BGE 132 III 155] nicht publizierte Erwägung).

¹⁴ BGE 132 III 155, 158 f. Erw. 4.1.

des Mietverhältnisses davon ausgegangen, für die M. AG zu besitzen, und hätten sich seit dem Kauf des Hotels H. durch V. für Eigenbesitzer gehalten.¹⁵

2. Offene Besitzeslage (*longa manu traditio*; Art. 922 Abs. 2 ZGB)

Aus demselben Grund verneint das Bundesgericht eine Besitzübertragung durch *longa manu traditio* nach Art. 922 Abs. 2 ZGB. Einerseits habe keine offene Besitzeslage vorgelegen, welche den Klägern die Möglichkeit vermittelt hätte, ohne weiteres auf das Hotelmobiliar zuzugreifen und die tatsächliche Gewalt darüber auszuüben. Andererseits sei die Erbengemeinschaft E. nie unmittelbare Besitzerin des Hotelmobiliars gewesen.¹⁶

B. Unselbständige Vindikationszession

Das Bundesgericht führt aus, die Anerkennung der unselbständigen Vindikationszession würde es dem nicht besitzenden Eigentümer erlauben, sein Eigentum an einer beweglichen Sache auf einen Dritten zu übertragen.¹⁷

Es weist darauf hin, dass das deutsche Recht die Abtretung des Herausgabeanspruchs in § 931 BGB ausdrücklich als Traditionssurrogat anerkenne, während im ZGB eine entsprechende Grundlage fehle. Insbesondere lasse sich diese Möglichkeit nicht aus Art. 922 Abs. 1 Halbsatz 2 ZGB ableiten, weil als «Mittel» im Sinne dieser Bestimmung ein technisches Mittel (z.B. der Schlüssel zu einem Warenlager) zu verstehen sei. Die Zession des Herausgabeanspruchs, die als rechtliches Mittel angesehen werden könne, erfülle diese Voraussetzung nicht.¹⁸

Das Vorliegen einer Gesetzeslücke verneint das Bundesgericht aus zwei Gründen: Einerseits habe sich der historische Gesetzgeber bewusst für das Traditions- und gegen das Vertragsprinzip entschieden. Die Notwendigkeit von Ausnahmen habe er erkannt und diese ausdrücklich geregelt. Hinsichtlich der Nichterwähnung der Vindikationszession liege deshalb eher ein qualifiziertes Schweigen nahe. Andererseits sei die praktische Bedeutung der unselbständigen Vindikationszession gering, und als zulässige

Alternative stehe die Ermächtigung zur Ausübung des Eigentumsanspruchs zur Verfügung.¹⁹

Das Bundesgericht folgert, das Eigentum an beweglichen Sachen könne nicht durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen werden, weil dies mit dem Traditionsprinzip nicht vereinbar sei.²⁰

C. Selbständige Vindikationszession

Das Bundesgericht stellt fest, dass es sich mit der Zulässigkeit einer selbständigen Vindikationszession bisher nur am Rande auseinander gesetzt habe, und die Frage in der Lehre strittig sei.²¹ In der Folge nimmt es im Wesentlichen auf *Piotet*,²² *von Tuhr/Escher*²³ und *Einsele-Wili*²⁴ Bezug und verneint die Zulässigkeit der selbständigen Vindikationszession mit folgender Begründung: Das Eigentum zeichne sich als dingliches Recht unter anderem durch die absolute Ausschlusswirkung gegenüber Dritten aus, deren äussere Erscheinungsform die Vindikationsklage sei. Letztere sei vollständig vom Bestand des dinglichen Rechts abhängig, womit Eigentum und Vindikation eine untrennbare Einheit bilden würden. Die Abtretung der Vindikation, welche zu einer Aushöhlung des Eigentumsrechts führen würde, sei deshalb abzulehnen.²⁵

D. Ermächtigung zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs

Zuletzt verneint das Bundesgericht auch die Frage, ob der «Abtretungs- und Übereignungsvertrag» vom 30. Oktober 2002 als Bevollmächtigung der Kläger zur Geltendmachung der Vindikation angesehen werden könne. Denkbar wäre dies nur, wenn E. bzw. seine Erben je das Eigentum am Hotelmobiliar erworben hätten, ihnen also überhaupt eine Vindika-

¹⁵ BGE 132 III 155, 159 Erw. 4.2.

¹⁶ BGE 132 III 155, 159 f. Erw. 5.1 und 5.2.

¹⁷ BGE 132 III 155, 160 Erw. 6.1.

¹⁸ BGE 132 III 155, 160 f. Erw. 6.1.1.

¹⁹ BGE 132 III 155, 161 Erw. 6.1.2.

²⁰ BGE 132 III 155, 161 Erw. 6.1.3.

²¹ BGE 132 III 155, 162 ff. Erw. 6.2.1 und 6.2.2.

²² *Paul Piotet*, Besprechung des Berner Kommentars zum schweizerischen Privatrecht von Arthur Meier-Hayoz (Bd. IV/1/1, Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 3. Auflage, Bern 1959), ZSR 81 (1962) Hbd. I S. 158.

²³ *Andreas von Tuhr/Arnold Escher*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Auflage, Zürich 1974, S. 351 f.

²⁴ *Felicitas Einsele-Wili*, Die Vindikationszession, Diss. Zürich 1975, S. 92 ff.

²⁵ BGE 132 III 155, 162 ff. Erw. 6.2.2 und 6.2.3.

tion zugestanden hätte. In gleicher Weise wie ein Eigentumserwerb der Kläger scheiterte aber auch ein Eigentumserwerb des E. daran, dass keine Besitzübertragung bzw. kein zulässiges Traditionssurrogat vorliege.²⁶

III. Bemerkungen

A. Selbständige Vindikationszession?

Die Rechtsfigur der Vindikationszession (*cessio vindicationis*) entstammt dem römischen Recht und hat über die gemeine Rechtslehre auch in die schweizerische Literatur Eingang gefunden.²⁷ *Einsele-Wili* weist nach, dass die Vindikationszession nach gemeinrechtlicher Lehre keinen unmittelbaren Eigentumsübergang bewirkte.²⁸ Dementsprechend nimmt ein Teil der Lehre einen Eigentumsübergang auf den Zessionar erst mit dessen Besitzerwerb nach erfolgreicher Geltendmachung der Vindikation – allenfalls gefolgt von einer *brevi manu traditio* – an.²⁹ Nach dieser Auffassung kommt es zur Trennung von Eigentumsrecht und Vindikation, es würde eine selbständige Vindikationszession vorliegen.

Wolff versteht die Vindikation als eine der Verletzung des Eigentumsrechts entspringende Forderung.³⁰ Die Bezeichnung «dinglich» gebe nur den Ursprung des Anspruchs wieder, beinhalte dagegen nicht die Vorstellung, die Vindikation sei mit dem dinglichen Recht identisch oder ein Teilmittel desselben.³¹ Damit wäre die Vindikationszession aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses nicht ausgeschlossen, und ihre Zulässigkeit liesse sich aus dem Fehlen eines gesetzlichen Abtretungsverbots herleiten (Art. 164 Abs. 1 OR).³² Mehreren Stellungnahmen, welche die Zulässigkeit der Vindikationszession bejahen, liegt (zumindest implizit) eine solche Betrachtungsweise zugrunde.³³ Andere Autoren gehen aber ebenfalls von einer grundsätzlichen analogen Anwendbarkeit des Zessionsrechts aus, obwohl sie die Forderungsnatur der Vindikation verneinen.³⁴

Für *von Tuhr/Escher* ergibt sich dagegen die Unzulässigkeit der Vindikationszession aus der Überlegung, dass nach der Abtretung nur noch der Zessionar, nicht mehr aber der Eigentümer zur Geltendmachung des Eigentumsrechts und zur Abwehr fremder Eingriffe in der Lage wäre, was zu einem schutzlosen Zustand des Eigentums führen würde.³⁵ Die Eigenartigkeit dieser Vorstellung legt es nahe, Eigentum und Vindikation wie das Bundesgericht in Anlehnung an *Piotet* und *Einsele-Wili* als «untrennbare Einheit», die Vindikation als äussere Erscheinungsform der Ausschlusswirkung des Eigentumsrechts zu betrach-

²⁶ BGE 132 III 155, 165 f. Erw. 7.1 und 7.2.

²⁷ *Von Tuhr/Escher* (Fn 23), S. 351 f.; ferner mit zahlreichen weiteren Hinweisen *Gian von Planta*, Die Abtretung von Herausgabeansprüchen an beweglichen Sachen, Diss. Basel 1964, S. 7 ff.; *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 1 ff. und 9 ff.

²⁸ *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 12 f.; vgl. auch *von Planta* (Fn 27), S. 8 f.

²⁹ *Max Wolff*, Wesen und Voraussetzung der Zession, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. LXII (= Diss. Zürich 1917), Aarau 1917, S. 198; *Fritz Ostertag*, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV/3, 2. Auflage, Bern 1917, N 16 zu Art. 933 ZGB; *Arthur Homberger*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV/3, 2. Auflage, Zürich 1938, N 4 zu Art. 924 ZGB; *von Planta* (Fn 27), S. 112 f.; *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 80 f., 95; *Andreas von Tuhr/Hans Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 121 (demgegenüber wird die Zulässigkeit der Vindikationszession bei *von Tuhr/Escher* [Fn 23], S. 351 f., mit eingehender Begründung verneint); *Karl Oettinger/Rolf Bär*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV/2, 3. Auflage, Zürich 1981, N 226 zu Art. 884 ZGB; *Dieter Zobl*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/2/5, 2. Auflage, Bern 1982, N 713 zu Art. 884 ZGB; vgl. ferner die Hinweise auf eine *brevi manu traditio* nach erfolgtem Besitzerwerb bei *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 105; *Piotet* (Fn 22), S. 158.

³⁰ *Wolff* (Fn 29), S. 174 ff.; vgl. auch die eingehende Auseinandersetzung mit dieser Position bei *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 88 ff.

³¹ *Wolff* (Fn 29), S. 180.

³² *Wolff* (Fn 29), S. 193.

³³ *Homberger* (Fn 29), N 4 zu Art. 924 ZGB; *Arthur Meier-Hayoz*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/1/1, 3. Auflage, Bern 1959, N 49 zu Art. 641 ZGB; *von Planta* (Fn 27), S. 85 ff.; *Robert Haab/August Simonius/Werner Scherrer/Dieter Zobl*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV/1, 2. Auflage, Zürich 1977, N 37 zu Art. 641 ZGB.

³⁴ *Bruno von Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 320; *Daniel Girsberger*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2003, N 6 zu Art. 164 OR.

³⁵ *Von Tuhr/Escher* (Fn 23), S. 352; vgl. auch *Peter Liver*, Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 27 Fn 5, der von «anspruchsberaubtem Eigentum» spricht und zur Ablehnung tendiert.

ten.³⁶ Diese Auffassung hat sich denn in der neueren Lehre weitgehend durchgesetzt.³⁷ Am treffendsten formuliert *Stahel*:³⁸

«Entspricht die Beziehung von Herausgabeanspruch zu dinglichem Recht nicht weitgehend derjenigen von Klage zu Forderung? Beide, Anspruch und Klage, sind im Recht enthalten, entstehen aber erst, wenn dieses verletzt wird. Kann die Klage von der Forderung nicht getrennt werden, so ist anzunehmen, dass auch die Vindikation einer vom Eigentum unabhängigen Existenz nicht fähig ist.»

Einer Ablehnung der selbständigen Vindikationszession steht nicht entgegen, dass (vindikatorische) Admassierungsansprüche nach Art. 260 SchKG abtretbar sind.³⁹ Hierbei handelt es sich gerade nicht um eine Ausscheidung materieller Rechte aus der Konkursmasse,⁴⁰ sondern um einen gesetzlichen Anwen-

dungsfall der in gewillkürter Form unzulässigen Prozessstandschaft.⁴¹ Die Vorstellung, dass es möglich sei, den Vindikationsanspruch von der Eigentümerstellung abzutrennen und durch Zession zu übertragen, kann nur mit einer starken Verwurzelung in einem aktionenrechtlichen Denken erklärt werden.⁴² Einem solchen ist das Bundesgericht zu Recht nicht verfallen.

B. Praktische Bedürfnisse

Die Befürworter der selbständigen Vindikationszession berufen sich überwiegend darauf, dass sie praktischen Bedürfnissen bzw. schützenswerten Interessen diene.⁴³

Im Vordergrund steht dabei der Fall des nicht besitzenden Eigentümers einer beweglichen Sache,⁴⁴ der bei strenger Beachtung des Traditionsprinzips seiner Verfügungsmöglichkeit beraubt würde. Gemäss *Zobl* mag die Vindikationszession hier als Korrektiv für die fehlende Traditionsmöglichkeit ihre Berechtigung haben.⁴⁵ Namentlich wenn ein Dritter

³⁶ BGE 132 III 155, 164 Erw. 6.2.3; *Piotet* (Fn 22), S. 158 («[L]a revendication [...] est le droit de propriété lui-même [...] qu'on exerce en justice.»); *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 95 («Die Vindikationszession hat [...] ausschliesslich die Funktion, das dingliche Recht zur Geltung zu bringen.»).

³⁷ So die ausdrückliche Feststellung von *Eugen Spirig*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/1/k, 3. Auflage, Zürich 1993, N 31 zu Art. 164 OR; *Wolfgang Wiegand*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2003, N 56 zu Art. 641 ZGB; *Heinz Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Auflage, Bern 2000, N 2040; *Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schwyder/Jean Nicolas Druey*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, § 34 N 16; *Paul-Henri Steinauer*, Les droits réels, Bd. I, 3. Auflage, Bern 1997, N 1024b; *Arthur Meier-Hayoz*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/1/1, 5. Auflage, Bern 1981, N 73 zu Art. 641 ZGB; a.M. *Girsberger* (Fn 34), N 6 zu Art. 164 OR sowie tendenziell auch *Zobl* (Fn 29), N 712 f. zu Art. 884 ZGB.

³⁸ *Rolf Karl Stahel*, Zur Rechtsübertragung unter besonderer Berücksichtigung der Wertpapiere, Diss. Zürich 1967, S. 10; vgl. auch BGE 78 II 265, 274 Erw. 3a.

³⁹ *Kurt Amonn/Fridolin Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003, § 47 N 32; *Marc Russenberger*, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Basel/Genf/München 1998, N 2, 12 und 44 zu Art. 242 SchKG; *Stephen V. Berti*, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Basel/Genf/München 1998, N 13 zu Art. 260 SchKG; *Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder-Bohner*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 3. Auflage, Zürich 1993, § 41 N 5.

⁴⁰ BGE 116 III 96, 101 Erw. 4a; BGE 111 II 81, 83 Erw. 3a; BGE 61 III 1, 3 Erw. 2; *Amonn/Walther* (Fn 39), § 47 N 32; *Fritzsche/Walder-Bohner* (Fn 39), § 51 N 21; *Walther J. Habscheid*, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1990, N 277.

⁴¹ BGE 113 III 135, 137 Erw. 3a; BGE 109 III 27, 29 Erw. 1a; BGE 86 III 154, 157 f. Erw. 1; *Oscar Vogel/Karl Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006, Kap. 5 N 40 und 41; *Habscheid* (Fn 40), N 277; *Max Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 142 f.

⁴² *Wolfgang Wiegand*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 925–984, Neubearbeitung 2004, Berlin 2004, N 3 zu § 931 BGB; zum Gegensatz von Aktionendenken und Denken in materiellen subjektiven Rechten: *Eugen Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis (Zürcher Habilitationsschrift), Tübingen 1965, S. 30.

⁴³ So ausdrücklich *Wolff* (Fn 29), S. 197 ff.; *von Planta* (Fn 27), S. 89 f. und 106 ff.; *Haab/Simonius/Scherrer/Zobl* (Fn 33), N 37 zu Art. 641 ZGB; *Meier-Hayoz*, (Fn 33), N 49 zu Art. 641 ZGB; *Zobl* (Fn 29), N 713 zu Art. 884 ZGB; vgl. für das deutsche Recht auch die eingehende Analyse der Interessenlage bei *Philipp Heck*, Grundriss des Sachenrechts, Tübingen 1930 (unveränderter Neudruck, Aalen 1960), S. 129 und 493 ff.

⁴⁴ Denkbar sind namentlich zwei Konstellationen: Entweder wird der Besitz dem Eigentümer von einem Dritten vorenthalten, oder an einer beweglichen Sache liegt überhaupt kein Besitz vor (z.B. an einem gesunkenen Schiff); vgl. *Karl Oftinger*, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge 82. Heft (= Diss. Bern 1933), Bern 1933, S. 36 f.

⁴⁵ *Zobl* (Fn 29), N 713 zu Art. 884 ZGB; ähnlich *Oftinger* (Fn 44), S. 38, der von der Herbeiführung einer unbilligen Rechtslage durch die Anwendung des eigentlichen Traditionsprinzips spricht.

(z.B. ein Dieb) die Sache unrechtmässig vorenthält, erscheint es unbillig, die Stellung des Eigentümers über die Beeinträchtigung der tatsächlichen Nutzung hinaus durch den Verlust der rechtlichen Verfügungsmöglichkeit zu erschweren. Wollte man den Beklagten bösen Glauben unterstellen, so käme der vom Bundesgericht beurteilte Fall einer solchen Konstellation sehr nahe.⁴⁶

Eine weitere Anwendung der Vindikationszession wird im Versicherungsrecht erblickt. Dem Versicherer, der den Eigentümer für den Verlust einer beweglichen Sache entschädigt hat, soll die Vindikation zwar nicht – wie die obligatorischen Ersatzansprüche – kraft Subrogation (Art. 72 Abs. 1 VVG) zustehen, aber durch Abtretung eingeräumt werden können.⁴⁷

C. Unselbständige Vindikationszession?

Nachdem die Vindikationszession für sich genommen dem Zessionar nur die Möglichkeit zur Erlangung unmittelbaren Besitzes gewähren würde, er-

blickt ein Teil der Lehre in ihr auch ein Mittel zur sofortigen Eigentumsübertragung.⁴⁸ Eine solche Ausgestaltung bedingt aufgrund des Traditionsprinzips im Mobiliarsachenrecht (Art. 714 Abs. 1 i.V.m. Art. 922 ff. ZGB) ihre Anerkennung als Traditions-surrogat. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass das deutsche Recht eine solche unselbständige Vindikationszession ausdrücklich in § 931 BGB⁴⁹ vorsehe, und diskutiert in der Folge deren Zulässigkeit nach schweizerischem Recht.⁵⁰

In der schweizerischen Lehre tendieren einzelne Autoren zur Zulässigkeit der unselbständigen Vindikationszession, obwohl sie die selbständige Vindikationszession ausdrücklich ablehnen.⁵¹ In derselben Richtung könnte der vom Bundesgericht – allerdings mit Blick auf die selbständige Vindikationszession – angeführte BGE 102 III 94 gedeutet werden.⁵² Der Entscheid anerkennt die grundsätzliche Pfändbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs.⁵³ Die Pfändbarkeit eines Vermögenswerts setzt jedoch dessen Übertragbarkeit bzw. Realisierbarkeit voraus.⁵⁴ Die

⁴⁶ Eine solche Unterstellung soll hier selbstverständlich keinesfalls erfolgen. Der Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises XII (Frutigen-Niedersimmental) ist in seinem Urteil vom 29. November 2004 (Z 04 581), Ziff. II.8, vielmehr – wenn auch offenbar ohne diesbezügliche Beweisabnahme – vom guten Glauben des Beklagten V. ausgegangen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern (Appellationshof, 1. Zivilkammer) vom 29. April 2005 (APH 04 570), Ziff. II.4 und III.2, lässt die Frage ausdrücklich offen.

⁴⁷ *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 12 f. und 80 f.; *von Tuhr/Peter* (Fn 29), S. 121 f.; *von Planta* (Fn 27), S. 107 ff. In diesem Zusammenhang wird die Zulässigkeit der Vindikationszession in der Lehre vereinzelt auf BGE 122 III 1, 2 Erw. 2 abgestützt (*Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich 2003, N 668). Das Bundesgericht billigte in diesem Entscheid implizit die Geltendmachung einer Klage auf Eigentumsherausgabe gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB durch eine Versicherung, der die Rechte am Deliktsgut vom Geschädigten abgetreten worden waren, jedoch unter Hinweis darauf, dass die Frage zwischen den Parteien vor Bundesgericht nicht mehr strittig sei. Angesichts der Relativierung des Grundsatzes «iura novit curia» im Verfahren der eidgenössischen Berufung durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung kann daraus – wie auch das Bundesgericht im vorliegenden Fall feststellt (BGE 132 III 155, 162 Erw. 6.2.1) – jedoch nicht auf die Zulässigkeit der Vindikationszession geschlossen werden (vgl. zur richterlichen Rechtsanwendung im Verfahren der eidgenössischen Berufung: *Georg Messmer/Hermann Imboden*, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, N 120; *Peter Münch*, Berufung und zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde, in: Thomas Geiser/Peter Münch (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1998, N 4.89).

⁴⁸ *Meier-Hayoz* (Fn 33), N 49 zu Art. 641 ZGB; *Hans Hinderling*, Der Anwendungsbereich der Besitzrechtsklage, Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 77, Basel/Stuttgart 1966, S. 39 Fn 102; *Stahel* (Fn 38), S. 10 f.; *Haab/Simonius/Scherrer/Zobl* (Fn 33), N 37 zu Art. 641 ZGB und N 64 zu Art. 714 ZGB; *Hans Hinderling*, Der Besitz, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 441; vgl. auch den Hinweis in BGE 132 III 155, 160 f. Erw. 6.1.

⁴⁹ § 931 BGB hat folgenden Wortlaut: «Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt».

⁵⁰ BGE 132 III 155, 160 f. Erw. 6.1.1.

⁵¹ *Stahel* (Fn 38), S. 10 f. und 28; ähnlich – wenn auch weniger bestimmt – *Rey* (Fn 37), N 2040.

⁵² BGE 132 III 155, 162 Erw. 6.2.1.

⁵³ BGE 102 III 94, 108 Erw. 5d.

⁵⁴ *Georges Vonder Mühl*, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, Basel/Genf/München 1998, N 1 sowie N 7 (m.H. auf hier nicht einschlägige Ausnahmen) zu Art. 92 SchKG; *Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann*, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 4. Auflage, Zürich 1997, N 9 zu Art. 92 SchKG; *Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder-Bohner*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, 3. Auflage, Zürich 1984, § 24 N 99; vgl. auch *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 81 und 92 f., die ihre Ablehnung der Vindikationszession u.a. auf die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung stützt, welche die Pfändbarkeit dinglicher (und teilweise auch obligatorischer) Herausgabeansprüche verneinte (BGE 90 II 158, 163 Erw. 4b; BGE 61 III 150, 152 Erw. 2; BGE 60 III 229, 232 ff. Erw. 4; BGE 44 III 19).

bundesgerichtliche Präzisierung, wonach ein Herausgabeanspruch für sich allein nicht der Pfändung unterliegt, sondern stets auf das ihm zugrunde liegende Vermögensrecht gegriffen werden muss,⁵⁵ spricht zwar gegen eine selbständige Vindikationszession. Eine unselbständige Vindikationszession, bei der nicht nur der Herausgabeanspruch, sondern auch das Eigentum übertragen werden soll, stünde jedoch damit im Einklang. Richtigerweise schliessen aber die gegen die selbständige Vindikationszession erhobenen dogmatischen Bedenken in gleichem Masse auch die unselbständige Vindikationszession aus. Wenn die Vindikation als äussere Erscheinungsform der Ausschlusswirkung des Eigentumsrechts verstanden wird,⁵⁶ so ist sie eine Rechtsfolge der Eigentümerstellung und kann nicht gleichzeitig ein Mittel zu deren Erwerb darstellen.⁵⁷

Die neuere deutsche Lehre steht denn – entgegen der Vorstellung des historischen Gesetzgebers – auch praktisch einhellig auf dem Standpunkt, dass § 931 BGB den vindikatorischen Herausgabeanspruch mangels Abtretbarkeit gar nicht erfasse.⁵⁸ Stattdessen nimmt die deutsche Lehre, wenn neben der Vindikation kein Herausgabeanspruch anderer Natur besteht, eine schlichte Willenseinigung als für die Eigentumsübertragung ausreichend an.⁵⁹ Der erwähnte Verweis des Bundesgerichts auf § 931 BGB im Zusammenhang mit der unselbständigen Vindikationszession erweist sich insoweit als unpräzise. Doch lassen die weiteren Erwägungen – namentlich die Auseinandersetzung mit *Oftinger*⁶⁰ – erkennen, dass das Bundesgericht die unselbständige Vindikationszession nicht im streng technischen Sinne der von ihm einleitend gegebenen Definition,⁶¹ sondern darü-

ber hinaus als Auffangbecken für verschiedene Konstruktionen einer traditionslosen Eigentumsübertragung versteht.

D. Weitere Möglichkeiten traditionsloser Eigentumsübertragung

Zahlreiche Lehrmeinungen verfolgen im Wesentlichen den Zweck, dem nicht besitzenden Eigentümer eine unmittelbare traditionslose Eigentumsübertragung zu ermöglichen. Nur so könnte er sich sofort und endgültig von seiner Sache zu trennen, ohne dass eine spätere Abrechnung mit dem Erwerber erfolgen müsste.

1. Uneigentliche Tradition (Art. 922 Abs. 1 Halbsatz 2 ZGB)?

Oftinger begründet die Möglichkeit zur traditionslosen Eigentumsübertragung, indem er unter dem Begriff des Mittels i.S.v. Art. 922 Abs. 1 Halbsatz 2 ZGB nicht die Einräumung einer konkreten Beherrschungsmöglichkeit versteht, sondern die blosser Befugnis, über die Sache als Eigentümer zu verfügen, genügen lässt.⁶² Die Tradition wird dabei «gewissermassen vergeistigt.»⁶³ Das Traditionsprinzip kann so gemildert werden, wo dieses – gerade mit Blick auf den nicht besitzenden Eigentümer – eine unbillige Rechtslage herbeiführen würde.⁶⁴ Das Bundesgericht verwirft diese Möglichkeit im Einklang mit seiner früheren Rechtsprechung.⁶⁵

2. Besitzeinweisung (Art. 924 Abs. 1 ZGB)?

Von Tuhr/Escher stellen, nachdem sie die Zulässigkeit der Vindikationszession mit eingehender Begründung abgelehnt haben, eine wieder andere Lösung für die Bedürfnisse des nicht besitzenden Eigentümers zur Verfügung: Eine Eigentumsübertragung sei gestützt auf Art. 924 Abs. 1 ZGB möglich.⁶⁶ Die beiden von dieser Bestimmung erfassten Fälle (Besitzeinweisung und Besitzeskonstitut) seien durch übertriebene Verkürzung zusammengeschoben, das

Übertragung von Eigentum (unselbständige Vindikationszession)».

⁵⁵ BGE 132 III 155, 162 Erw. 6.2.1 m.H. auf BGE 102 III 94, 108 Erw. 5d.

⁵⁶ BGE 132 III 155, 164 Erw. 6.2.3.

⁵⁷ Ähnlich *Friedrich Quack*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Sachenrecht, §§ 854–1296, 4. Auflage, München 2004, N 18 zu § 931 BGB («Der Vindikationsanspruch [...] ist keine mögliche Voraussetzung, sondern erst eine – notwendige – Folge des Eigentumserwerbs.»).

⁵⁸ *Wiegand* (Fn 42), N 2 und 13 zu § 931 BGB; *Quack* (Fn 57), N 8 zu § 931 BGB.

⁵⁹ *Wiegand* (Fn 42), N 14 und 16 zu § 931 BGB; *Quack* (Fn 57), N 11 zu § 931 BGB.

⁶⁰ BGE 132 III 155, 160 f. Erw. 6.1, insbesondere Erw. 6.1.1 m.H. auf *Oftinger* (Fn 44), S. 36 f.

⁶¹ BGE 132 III 155, 160 Erw. 6: «Die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs als Traditionssurrogat zur

⁶² *Oftinger* (Fn 44), S. 35.

⁶³ *Oftinger* (Fn 44), S. 35.

⁶⁴ *Oftinger* (Fn 44), S. 37 f.

⁶⁵ BGE 132 III 155, 160 f. Erw. 6.1.1 m.H. auf BGE 109 II 144, 148 Erw. 3b.

⁶⁶ *Von Tuhr/Escher* (Fn 23), S. 353.

«besondere Rechtsverhältnis» nur für das Besitzeskonstitut Voraussetzung, nicht aber wenn ein Dritter die Sache besitze.⁶⁷ Diese Auslegung findet in den gesetzgeberischen Materialien allerdings keine Stütze.⁶⁸ Sie hat in der Lehre durchwegs Ablehnung erfahren und wird vom Bundesgericht ebenfalls verworfen.⁶⁹

3. Annahme einer Gesetzeslücke: Anwendung des Vertragsprinzips?

Oftinger betrachtet Art. 922 Abs. 1 Halbsatz 2 ZGB ausdrücklich als Handhabe, um eine Annäherung an das Vertragsprinzip bereits *de lege lata* vollziehen zu können, wo dies aus Billigkeitsgründen geboten ist.⁷⁰ Verwirft man diesen Weg, so könnte die

Zulassung einer Eigentumsübertragung mittels blosser Willenseinigung⁷¹ nur mit dem Vorliegen einer Gesetzeslücke begründet werden (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Das Bundesgericht verneint aber unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die geringe praktische Bedeutung des Instituts auch diese Möglichkeit.⁷² Anders als im Fall der *brevi manu traditio*, deren gesetzliche Nichterwähnung darin gründet, dass der Gesetzgeber ihre Zulässigkeit als selbstverständlich voraussetzte,⁷³ stützen die gesetzgeberischen Materialien bezüglich der Zulassung weiterer Fälle traditionsloser Eigentumsübertragung aus Billigkeitsgründen eher die Folgerung des Bundesgerichts (Vorliegen eines qualifizierten Schweigens), wenn auch nicht mit absoluter Klarheit.⁷⁴ Stutzig macht jedoch die Feststellung von *Einsele-Wili*, wonach es für die Zulassung der unselbständigen Vindikationszession ohnehin an einer bewährten Lehre und Überlieferung i.S.v. Art. 1 Abs. 3 ZGB mangle.⁷⁵ In der gesamten untersuchten Literatur findet sich nämlich keine Stellungnahme, die dem nicht besitzenden Eigentümer die Möglichkeit zur Übertragung seines Rechts ausdrücklich abspricht.⁷⁶ Uneinigkeit herrscht nur über die dogmatische Konstruktion, welche die Eigentumsübertragung ermöglichen soll. Sogar *Einsele-Wili* hält – wenn auch *de lege ferenda* – die Möglichkeit einer Übertragung des dinglichen Rechts durch unselbständige Vindika-

⁶⁷ *Von Tuhr/Escher* (Fn 23), S. 353, insbesondere Fn 98.

⁶⁸ *Eugen Huber*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Zweiter Band, 2. Auflage, Bern 1914, S. 387, bezieht die Voraussetzung des besonderen Rechtsverhältnisses in eindeutiger Weise auf die Fälle fortdauernden Besitzes sowohl eines Dritten als auch des Veräusserers. In den parlamentarischen Beratungen zu dieser Frage findet sich im Wesentlichen nur der Hinweis, dass die Übertragung des Besitzes grundsätzlich übereinstimmend mit Art. 199 ff. des Obligationenrechts von 1881 geordnet werde (so Berichterstatter Huber, in: Amtl. Sten. Bull. NR vom 15. November 1906, S. 1014; ferner Berichterstatter Hoffmann, in: Amtl. Sten. Bull. SR vom 11. Dezember 1906, S. 1352, und vom 8. April 1907, S. 97). Berichterstatter Rossel scheint sodann mit Blick auf Abs. 3 des heutigen Art. 924 ZGB als selbstverständlich vorauszusetzen, dass der Dritte bei der Besitzanweisung aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache bleibe (Amtl. Sten. Bull. NR vom 15. November 1906, S. 1016). Im Obligationenrecht von 1881 war die Besitzanweisung in Art. 201 folgendermassen umschrieben: «Befindet sich die Sache in Händen eines Dritten, so erfolgt die Besitzübertragung auch dadurch, dass der Dritte von dem Veräusserer beauftragt wird, die Sache fortan für den neuen Erwerber in Gewahrsam zu halten.» Die Formulierung «beauftragt» scheint schon hier ein besonderes Rechtsverhältnis, mithin die Anerkennung des Veräusserers als «Auftraggeber» durch den Dritten, vorauszusetzen.

⁶⁹ BGE 132 III 155, 158 f. Erw. 4.1 m.H. auf *Schmid/Hürli-mann-Kaup* (Fn 47), N 166; *Emil W. Stark*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/3/1, 3. Auflage, Bern 2001, N 8 f. zu Art. 924 ZGB; *Steinauer* (Fn 37), N 273a; *Homburger* (Fn 29), N 4 zu Art. 924 ZGB; vgl. ferner aus der Rechtsprechung BGE 93 II 373, 376 Erw. 1b; des Weiteren *Emil W. Stark*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2003, N 3 zu Art. 924 ZGB; *von Planta* (Fn 27), S. 93; *Ostertag* (Fn 29), N 5 zu Art. 924 ZGB und N 16 zu Art. 933 ZGB.

⁷⁰ *Oftinger* (Fn 44), S. 38 und 52 ff.

⁷¹ Neben *Oftinger* (Fn 44), S. 35 ff. und 52 ff., wird diese Möglichkeit in der Lehre befürwortet von: *Peter Jäggi*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/7/a, Zürich 1959, N 83 zu Art. 967 OR; *Robert Furger*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002, N 5 zu Art. 967 OR; *Pierre Engel*, La cession des droits réels et des droits personnels annotés, ZBGR 54 (1973) S. 324; *Hinderling* (Fn 48), BSzR, S. 39 Fn 102 (mit ausdrücklichem Hinweis auf das Vorliegen einer Gesetzeslücke in Art. 714 ZGB).

⁷² BGE 132 III 155, 161 Erw. 6.1.2.

⁷³ *Huber* (Fn 68), S. 387.

⁷⁴ BGE 132 III 155, 161 Erw. 6.1.2.; so auch *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 101. Gegen die Annahme einer Gesetzeslücke spricht ferner der Hinweis bei *Huber* (Fn 68), S. 17, wonach im Sachenrecht häufig, «und wäre es auch auf Kosten der Billigkeit, eine sichere Rechtslage oder Ordnung überhaupt für den Verkehr als das wesentliche betrachtet wird». Vgl. auch *Oftinger* (Fn 44), S. 52, der zugibt, dass sich seine Auslegung von Art. 922 Abs. 1 Halbsatz 2 ZGB historisch nicht rechtfertigen lässt.

⁷⁵ *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 101.

⁷⁶ Diese Konsequenz wird immerhin in ZR 38 (1939) Nr. 113, S. 274 f. angedeutet.

tionszession oder schlichte Einigung für «sehr wünschenswert.»⁷⁷

4. Analyse vor dem Hintergrund des Verkehrsschutzgedankens

Nach dem Publizitätsprinzip sind dingliche Rechte an Sachen aufgrund ihrer Wirkung gegenüber jedermann offenkundig zu machen.⁷⁸ Bei beweglichen Sachen dient als Publizitätsmittel grundsätzlich der Besitz.⁷⁹ Diesem erkennt das Gesetz in Form der Vermutung, dass der Besitzer Eigentümer sei (Art. 930 Abs. 1 ZGB), legitimierende Wirkung zu. Der gutgläubige Dritte wird im Vertrauen auf den durch das Publizitätsmittel erzeugten Rechtsschein (zumindest teilweise) durch Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB geschützt.⁸⁰ Das Traditionsprinzip stellt eine Konkretisierung des Publizitätsprinzips dar. Die körperliche Übergabe (*traditio*) lässt die Entstehung bzw. Übertragung von dinglichen Rechten an beweglichen Sachen publik werden.⁸¹ Eine Durchbrechung erleidet das Traditionsprinzip zur Entlastung des Rechtsverkehrs durch die Traditionssurrogate nach Art. 922 ff. ZGB.⁸²

Das Bundesgericht schliesst im Ergebnis jede Möglichkeit eines nicht besitzenden Eigentümers zur Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen infolge Unvereinbarkeit mit dem Traditionsprinzip aus.⁸³ Diese Konsequenz erscheint jedoch diskutabel, zumal das Traditionsprinzip nicht Selbstzweck ist, sondern letztlich dem Verkehr zu dienen hat.⁸⁴ Auch rechtfertigt sich die legitimationsrechtliche Bedeu-

tung des Besitzes nur solange, als sie mit dem dinglichen Recht in Einklang steht.⁸⁵ Dies ist aber gerade nicht mehr der Fall, wenn ein Dritter die Sache dem Eigentümer unrechtmässig vorenthält. Die Publizitätsfunktion des Besitzes beschränkt sich mithin – sofern überhaupt eine anvertraute Sache vorliegt – auf den Schutz des gutgläubigen Erwerbers nach Art. 933 ZGB. Dieser besteht aber unabhängig davon, ob man dem nicht besitzenden Eigentümer die Möglichkeit zur Eigentumsübertragung einräumt. Wer die Sache in einer solchen Konstellation erwirbt, wäre sich des Risikos bewusst, die Berechtigung infolge gutgläubigen Erwerbs eines Dritten vom Nichtberechtigten verlieren zu können. Findet sich ein Erwerber, der gewillt ist, dieses Risiko auf sich zu nehmen, so kann der Zulassung einer traditionslosen Eigentumsübertragung höchstens noch entgegengehalten werden, dass sie mehrfache Verfügungen über dasselbe dingliche Recht begünstigt.⁸⁶

Das bundesgerichtliche Bekenntnis zum Traditionsprinzip ist vor dem Hintergrund seiner historischen Auslegung ohne weiteres vertretbar. Gleichzeitig haben aber die Erfahrungen anderer Rechtsordnungen mit dem Vertragsprinzip gezeigt, dass Abweichungen vom Traditionsprinzip zu keinen nennenswerten Nachteilen im Rechtsverkehr führen.⁸⁷ Vor diesem Hintergrund liesse sich mit gleichem Recht argumentieren, dass das Interesse des nicht besitzenden Eigentümers an einer Verfügungsmöglichkeit überwiegen muss, er mithin durch eine unrechtmässige Vorenthaltung seiner Sache über die in der Natur der Situation liegenden (Verlust der Nutzungsmöglichkeit) hinaus nicht noch weitere Nachteile erleiden soll. Oder, in den Worten *Oftingers*:⁸⁸

«Die Interessenabwägung und nicht doktrinale Überlegungen müssen für die Anwendung des Gesetzes nirgends mehr als hier wegleitend sein.»

E. Alternativen zur traditionslosen Eigentumsübertragung

In der Regel bestehen neben der Vindikation konkurrierende Herausgabeansprüche.⁸⁹ Neben der un-

⁷⁷ *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 101 f.

⁷⁸ *Rey* (Fn 37), N 272 f.; *Meier-Hayoz* (Fn 37), Systematischer Teil N 57; *Haab/Simonius/Scherrer/Zobl* (Fn 33), Einleitung N 62; *Oftinger* (Fn 44), S. 28.

⁷⁹ *Rey* (Fn 37), N 277; *Meier-Hayoz* (Fn 37), Systematischer Teil N 58; *Haab/Simonius/Scherrer/Zobl* (Fn 33), Einleitung N 63; *Stark* (Fn 69), BK, Einleitung N 37; *Oftinger* (Fn 44), S. 28.

⁸⁰ *Stark* (Fn 69), BK, Vorbemerkungen zu Art. 930–937 ZGB N 23 ff.; *Rey* (Fn 37), N 287 ff. und 292 ff.; *Meier-Hayoz* (Fn 37), Systematischer Teil N 59 f.

⁸¹ *Rey* (Fn 37), N 304; *Meier-Hayoz* (Fn 37), Systematischer Teil N 61 und 69; *Haab/Simonius/Scherrer/Zobl* (Fn 33), N 63 zu Art. 714 ZGB; vgl. auch *Oftinger* (Fn 44), S. 27 f.

⁸² *Rey* (Fn 37), N 307 und 1718; *Meier-Hayoz* (Fn 37), Systematischer Teil N 69; *Stahel* (Fn 38), S. 27.

⁸³ BGE 132 III 155, 160 f. Erw. 6.1. und insbesondere 6.1.3.

⁸⁴ *Oftinger* (Fn 44), S. 38; vgl. auch *Meier-Hayoz* (Fn 37), Systematischer Teil N 69, der davon spricht, dass der Rechtsverkehr nicht «in Fesseln» gelegt werden soll.

⁸⁵ *Stahel* (Fn 38), S. 26.

⁸⁶ *Stahel* (Fn 38), S. 27.

⁸⁷ *Oftinger* (Fn 44), S. 55 f.; *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 102.

⁸⁸ *Oftinger* (Fn 44), S. 53.

⁸⁹ *Wiegand* (Fn 37), N 57 und 71 ff. zu Art. 641 ZGB; *Meier-Hayoz* (Fn 37), N 81 ff. zu Art. 641 ZGB; *Haab/Simonius/Scherrer/Zobl* (Fn 33), N 31 und 45 ff. zu Art. 641 ZGB;

zweifelhaften Abtretbarkeit obligatorischer Herausgabeansprüche (aus Vertrag oder unerlaubter Handlung) bejahen Lehre und Rechtsprechung diese Möglichkeit namentlich auch für Ansprüche aus Besitzesrechtsschutz (Art. 934 Abs. 1/936 Abs. 1 ZGB) einhellig.⁹⁰ Als weitere Alternative verweist das Bundesgericht auf die Bevollmächtigung zur Ausübung des Eigentumsanspruchs.⁹¹

Die genannten Alternativen befriedigen das Bedürfnis nach einer traditionslosen Eigentumsübertragung jedoch nicht vollumfänglich.⁹² In seltenen Fällen kann der Eigentümer seinen Herausgabeanspruch nur auf Art. 641 Abs. 2 ZGB stützen.⁹³ Die Abtretung mit der Vindikation konkurrierender Herausgabeansprüche entfällt hier von vornherein. Mangels Anerkennung der Abtretung von Herausgabeansprüchen als Traditionssurrogat (analog § 931 BGB) bleibt es dem Eigentümer aber ohnehin stets verwehrt, sich seiner Sache sofort und endgültig zu entäussern. Auch eine Bevollmächtigung zur Ausübung der Vindikation hilft diesbezüglich nicht weiter. Die Unzulässigkeit der gewillkürten Prozessstandschaft⁹⁴ zwingt den Erwerber, im Namen des Veräusserers zu prozessieren. Unweigerliche Konsequenz ist ein späteres Abrechnungsverhältnis.

Liver (Fn 35), S. 27; *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 86 ff.; ferner für das deutsche Recht *Wiegand* (Fn 42), N 15 zu § 931 BGB.

⁹⁰ *Stark* (Fn 69), BSK, N 9 zu Art. 934 ZGB und N 6 zu Art. 936 ZGB; *Stark* (Fn 69), BK, N 9 zu Art. 934 ZGB und N 10 zu Art. 936 ZGB; *Steinauer* (Fn 37), N 458b; *Hinderling* (Fn 48), SPR, S. 441 und 503; *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 86 und 96; *von Planta* (Fn 27), S. 85 ff.; *Hombberger* (Fn 29), N 11 zu Art. 934 ZGB; *Ostertag* (Fn 29), N 16 zu Art. 934 ZGB; ferner aus der Rechtsprechung OGer. SH vom 10. Juni 1960, in: SJZ 57 (1961) S. 303; HGer. BE vom 17. September 1946, in: ZBJV 83 (1947) S. 80.

⁹¹ BGE 132 III 155, 161 Erw. 6.1.2.

⁹² So mit Bezug auf die Abtretung der Herausgabeansprüche aus Besitzesrechtsschutz (Art. 934 Abs. 1/936 Abs. 1 ZGB) auch *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 96.

⁹³ *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 86 ff. Vgl. ferner zum Verhältnis der Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB) zur Besitzesrechtsklage (Art. 934 Abs. 1/936 Abs. 1 ZGB): *Stark* (Fn 69), BSK, N 2 zu Art. 934 ZGB; *Schmid/Hürlimann-Kaup* (Fn 47), N 325 ff.; *Stark* (Fn 69), BK, Vorbemerkungen zu Art. 930–937 ZGB N 47; *Steinauer* (Fn 37), N 486 ff.; *Meier-Hayoz* (Fn 37), N 84 zu Art. 641 ZGB; *Hinderling* (Fn 48), SPR, S. 504 ff.; *von Planta* (Fn 27), S. 81 f.; *Hinderling* (Fn 48), BSzR, S. 39 f.

⁹⁴ *Vogel/Spühler* (Fn 41), Kap. 5 N 41; *Habscheid* (Fn 40), N 277; vgl. auch *Einsele-Wili* (Fn 24), S. 82.

Im vorliegenden Fall werfen die genannten Alternativen immerhin die Frage auf, ob die Gerichte allfällige von der Erbengemeinschaft E. an die Kläger abgetretene Ansprüche aus Besitzesrechtsschutz (namentlich Art. 936 Abs. 1 ZGB) nicht hätten zur Beurteilung des Herausgabebegehrens in Erwägung ziehen müssen: Solche wären vom Wortlaut des «Abtretungs- und Übereignungsvertrag[s]» ohne weiteres gedeckt.⁹⁵ Eine Abtretung könnte jedoch nur erfolgt sein, wenn E. bzw. seine Erben qua Universalsukzession (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB) den Besitz am Hotelmobiliar oder zumindest allfällige Ansprüche aus Besitzesrechtsschutz überhaupt erworben hätten. Diesbezüglich fehlen die für eine bundesgerichtliche Beurteilung erforderlichen tatsächlichen Feststellungen im vorinstanzlichen Urteil des Berner Obergerichts. Das erstinstanzliche Urteil erwähnt dagegen, dass E. und die L. AG festgestellt hätten, das Eigentum am gesamten Hotelmobiliar sowie sämtliche damit zusammenhängenden geldwerten Ansprüche seien auf E. übergegangen.⁹⁶ Auch von dieser Formulierung wären Besitzesrechtsansprüche erfasst, diese könnten also von der L. AG auf E. und von dessen Erben auf die Kläger übertragen worden sein.

Weil das klägerische Rechtsbegehren sowohl bei der Vindikation als auch bei der Besitzesrechtsklage einzig auf «Herausgabe der Sache» lautet, stellt sich die Frage nach dem Umfang des Streitgegenstandes.⁹⁷ Diese ist im Einzelnen – namentlich mit Bezug auf die Rechtskraftwirkung – umstritten.⁹⁸ Nach dem

⁹⁵ Mit dieser Vereinbarung vom 30. Oktober 2002 übertragen die Erben des E. den Klägern «sämtliche der Erbengemeinschaft [...] Dritten gegenüber zustehenden dinglichen oder obligatorischen Rechte».

⁹⁶ Urteil des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises XII (Frutigen-Niedersimmental) vom 29. November 2004 (Z 04 581), Ziff. II.10.

⁹⁷ Vgl. zur Unterscheidung zwischen materiellrechtlicher Theorie, Antragstheorie und Theorie des Lebenssachverhalts *Vogel/Spühler* (Fn 41), Kap. 8 N 5 ff.; *Habscheid*, (Fn 40), N 274 ff.; ferner *Daniel Schwander*, Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft – Ausgewählte Probleme, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 135 (= Diss. Zürich 2002), Zürich 2002, S. 155 ff. m.w.H.

⁹⁸ Annahme von Identität zwischen Vindikation und Besitzesrechtsklage: *Stark* (Fn 69), BSK, N 2 zu Art. 934 ZGB; *Stark* (Fn 69), BK, Vorbemerkungen zu Art. 930–937 ZGB N 45; *Hombberger* (Fn 29), N 19 zu Art. 934 ZGB. *Schwander* (Fn 97), S. 180, gelangt demgegenüber nach eingehender Untersuchung der rechtskraftspezifischen Aspekte zu einer differenzierenden Lösung: Das Gesetz stellt dem Kläger in Form der Besitzesrechtsklage einen Rechtsbehelf zur Verfügung, der die Rechtsverfol-

Grundsatz «iura novit curia» hat der Richter aber jedenfalls dann beide Rechtsgrundlagen von Amtes wegen zu prüfen, wenn deren tatsächliches Klagefundament – wie im vorliegenden Fall – in den Prozess eingeführt wurde.^{99, 100} Entgegen dem Berner Obergericht hätte sich demnach eine Beweisführung zur Gutgläubigkeit der Beklagten nicht erübrigt.¹⁰¹ Vielmehr wäre zusätzlich auch eine Beurteilung der Zugehörigkeit des Hotelmobiliars erforderlich gewesen bzw. zumindest der Frage, ob dasselbe Gegenstand des Kaufvertrags zwischen der M. AG und V. war. Ein gutgläubiger Eigentumserwerb durch V. gestützt auf Art. 933 ZGB hätte nämlich auch der Besitzrechtsklage die Grundlage entzogen.¹⁰²

Auch im Verfahren der eidgenössischen Berufung entbindet Art. 55 Abs. 1 lit c OG, wonach die durch den angefochtenen Entscheid verletzte Bundesrechtssätze in der Berufungsschrift darzulegen sind, nach überwiegender Lehre nicht von der richterlichen Rechtsanwendung (vgl. auch Art. 63 Abs. 3 OG).¹⁰³ Das Bundesgericht hat die Tragweite des Grundsatzes in seiner Praxis jedoch stark relativiert,¹⁰⁴ und umgeht auch im vorliegenden Fall die wenig prozessökonomische Konsequenz einer Rückweisung an die Vorinstanz (Art. 64 Abs. 1 OG), indem es die Frage des Anspruchs aus Besitzrechtsschutz nicht aufgreift.

IV. Fazit

Das Bundesgericht verneint die Zulässigkeit einer selbständigen Vindikationszession aus zutreffenden dogmatischen Überlegungen. Sodann verwirft es nicht nur die unselbständige Vindikationszession, sondern auch weitere Möglichkeiten einer traditionslosen Eigentumsübertragung unter Hinweis auf das gesetzgeberische Bekenntnis zum Traditionsprinzip. Der Entscheid verunmöglicht im Ergebnis einem Eigentümer, seine bewegliche Sache unter sofortiger Eigentumsübertragung zu veräussern, wenn ein Dritter sie ihm unrechtmässig vorenthält. Zwingende Konsequenz des Verkehrsschutzgedankens scheint dieser Schluss nicht. Man hätte auch argumentieren können, dass das Interesse des nicht besitzenden Eigentümers an der Verfügungsmöglichkeit stärker zu gewichten sei, zumal das Traditionsprinzip nicht Selbstzweck ist, sondern dem Verkehr zu dienen hat. Eine historische Auslegung legt allerdings in der Tat den gegenteiligen Schluss nahe, der Entscheid des Bundesgerichts erscheint deshalb ohne weiteres vertretbar.

Der vorliegende Fall demonstriert sodann gleich selbst, dass – wie auch das Bundesgericht zutreffend festhält – Alternativen bestehen, um den Bedürfnissen des nicht besitzenden Eigentümers zumindest

gegenüber der Vindikation erleichtern soll, indem er dem Kläger den Eigentumsbeweis (einstweilen) erspart. Dieser Zweck würde vereitelt, wenn der Kläger nach erfolgloser Geltendmachung des «erleichterten» Rechtsbehelfs mit der Vindikation infolge Rechtskraftwirkung ausgeschlossen wäre. Im Ergebnis ähnlich: *Steinauer* (Fn 37), N 470 f.; *Hinderling* (Fn 48), SPR, S. 506 f.; *Hinderling* (Fn 48), BSzR, S. 43 f.; *Max Kummer*, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954, S. 108; *Ostertag* (Fn 29), N 28 zu Art. 934 ZGB.

⁹⁹ *Stark* (Fn 69), BSK, N 2 zu Art. 934 ZGB; *Schwander* (Fn 97), S. 178; *Stark* (Fn 69), BK, Vorbemerkungen zu Art. 930–937 ZGB N 43; *Hinderling* (Fn 48), SPR, S. 504; *Hinderling* (Fn 48), BSzR, S. 38; vgl. ferner *Georg Leuch/Omar Marbach/Franz Kellerhals/Martin Sterchi*, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, Bern 2000, N 12c cc zu Art. 192 ZPO und N 3b zu Art. 202 ZPO; *Guldener* (Fn 41), S. 156; *Isaak Meier*, iura novit curia, Diss. Zürich 1975, S. 50 und 65; *Kummer* (Fn 98), S. 102; a.M. *Vital Schwander*, «Jura novit curia» und das Verhältnis dieses Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruchs, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 200 f. und 219.

¹⁰⁰ Diese Feststellung trifft im vorliegenden Fall selbst dann zu, wenn man einer materiellrechtlich geprägten Theorie den Vorzug geben möchte (so *Schwander* [Fn 99], S. 200 f. und 219), weil die Kläger ihre Eingabe im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich mit «Eigentums- und Besitzrechtsklage» betitelten (Urteil des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises XII [Frutigen-Niedersimmental] vom 29. November 2004 [Z 04 581], Ziff. I.6) und im Appellationsverfahren in ihren Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 auf die Besitzrechtsklage Bezug nahmen (Urteil des Obergerichts des Kantons Bern [Appellationshof, 1. Zivilkammer] vom 29. April 2005 [APH 04 570], Ziff. I.13).

¹⁰¹ Urteil des Obergerichts des Kantons Bern (Appellationshof, 1. Zivilkammer) vom 29. April 2005 (APH 04 570), Ziff. II.4 und III.2.

¹⁰² Diese Fragen lassen jedoch sowohl der Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises XII (Frutigen-Niedersimmental) im Urteil vom 29. November 2004 (Z 04 581), Ziff. III.1 und 14, als auch das Obergericht des Kantons Bern (Appella-

tionshof, 1. Zivilkammer) im Urteil vom 29. April 2005 (APH 04 570), Ziff. II.4, III.1 f. und 8, offen.

¹⁰³ *Meier* (Fn 99), S. 80 und 141; *Messmer/Imboden* (Fn 47), N 120; *Münch* (Fn 47), N 4.89.

¹⁰⁴ *Messmer/Imboden* (Fn 47), N 120; *Münch* (Fn 47), N 4.89.

teilweise gerecht zu werden. Es erscheint denkbar, dass sich das klägerische Herausgabebegehren nicht nur auf Art. 641 Abs. 2 ZGB, sondern auch auf den Besitzrechtsschutz nach Art. 936 Abs. 1 ZGB hätte stützen lassen. Eine Beurteilung dieser Rechtsgrundlage durch das Bundesgericht hätte jedoch eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Vervollständigung des Sachverhalts bedingt. Eine konsequente Befolgung des Grundsatzes «iura novit curia» hätte die Beant-

wortung weiterer – von den Vorinstanzen offen gelassener – Rechtsfragen erfordert (namentlich diejenige nach einem gutgläubigen Eigentumserwerb des Beklagten V. am Hotelmobiliar nach Art. 933 ZGB). Diese hätten eine Stellungnahme zur Zulässigkeit der Vindikationszession und weiterer Möglichkeiten einer traditionslosen Eigentumsübertragung entbehrlich gemacht.