

---

# Tradition und Zession - kausal oder abstrakt?

HEINRICH HONSELL

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Kausal- und Abstraktionsprinzip bei der Übereignung
  - 1. Die heutige Vielfalt und ihre Geschichte
  - 2. Das Verfügungsgeschäft abstrakt oder kausal
  - 3. Das Kausalprinzip
  - 4. Konsequenzen des Kausalprinzips
    - a) Die Vindikation der Kaufsache
    - b) Die Kondiktion des Kaufpreises
    - c) Vindikation und Kondiktion bei der Rückabwicklung
  - 5. Weitere Unterschiede zwischen kausaler und abstrakter Übereignung
    - a) Veräußerungsketten
    - b) Konkurs
    - c) Rückerwerb des Nichtberechtigten
    - d) Ergebnis
- III. Die abstrakte Zession
- IV. Zusammenfassung

## I. Einleitung

Der dingliche Vertrag und das Verhältnis zur causa ist ein ebenso altes wie zentrales dogmatisches Problem. Gleichwohl sind immer noch zahlreiche Fragen ungeklärt. Ich widme diese Skizze Wolfgang Wiegand, meinem langjährigen Freund und Kollegen. Die Wurzeln unserer Freundschaft reichen bis in die Sechziger Jahre des vorigen Jahrhunderts zurück als wir Assistenten an der Juristischen Fakultät der Ludwig Maximilians Universität in München waren. Ähnlich weit zurück reicht die Beschäftigung des Jubilars mit dem Abstraktionsprinzip und dem Gutgläubensschutz. Der legendäre Aufsatz über den Rückerwerb des Nichtberechtigten<sup>1</sup> war das Erstlingswerk des Jubilars. Später folgte ein Vortrag vor der Zivilrechts-

<sup>1</sup> WIEGAND JuS 1971, 72; ders., Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen, JuS 1974, 201 und 545; ders., Rechtsableitung vom Nichtberechtigten, JuS 1978, 145.

lehrervereinigung in Braunschweig<sup>2</sup> und last but not least betreut Wolfgang Wiegand seit 30 Jahren die Kommentierung der § 929 ff. BGB im Staudinger<sup>3</sup> Steht also fest, dass es keinen würdigeren Destinatär für einen Beitrag zu diesem Thema gibt, so bleibt nur zu hoffen, dass diese kleine Gabe das Interesse des Jubilars findet.

## II. Kausal- und Abstraktionsprinzip bei der Übereignung

### 1. Die heutige Vielfalt und ihre Geschichte

Unser Thema ist das Kausal- und Abstraktionsprinzip, also das Verhältnis von Rechtsgrund und Verfügung. Zunächst ist aber ein Blick auf das weitere Umfeld und die Konstruktion der Übereignung zu werfen. Dies betrifft das Konsens- und das Traditionsprinzip sowie den dinglichen Vertrag und das sog. Trennungsprinzip. Die Voraussetzungen des Eigentumserwerbs sind heute im deutschen, schweizerischen, österreichischen und französischen Recht jeweils unterschiedlich geregelt. Dabei bilden das deutsche und das französische Recht die Extreme. Das schweizerische und das österreichische Recht beherrschen mit unterschiedlichen Akzenten das Mittelfeld.

Nach deutschem Recht ist ein *abstrakter Übereignungsvertrag* notwendig, der aus einer Willenseinigung und einer realen Übergabe besteht (§ 929 BGB)<sup>4</sup>. Nach französischem Recht hingegen genügt (nur beim Stückkauf) der schlichte Kaufvertrag (Art. 1583 CC)<sup>5</sup>. Dasselbe gilt für das

<sup>2</sup> WIEGAND, Die Entwicklung des Sachenrechts, AcP 190 (1990) 112, 119 ff.

<sup>3</sup> Eindrucksvoll insbes. Staudinger/WIEGAND § 929 BGB N 16 - 18 zu den Interdependenzen und Funktionsüberschneidungen von Abstraktionsprinzip und Gutgläubensschutz.

<sup>4</sup> Aus der Lit. s. BRANDT, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft (1940); FELGENTRÄGER, Savigny's Einfluss auf die Übereignungslehre (1927); STADLER, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (1996).

<sup>5</sup> La propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée. Vgl. auch art. 711 : La propriété des biens s'acquiert ... par l'effet des obligations; und 1138 CC: L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite... ; vgl. FERID/SONNENBERGER, Das französische Zivilrecht, Band 2, Schuldrecht : Die einzelnen Schuldverhältnisse, Sachenrecht (2. Auflage 1986), 2 G 131.

italienische Recht (Art. 1376 CC it.)<sup>6</sup>. Dort herrscht also das *Konsensprinzip*. Das österreichische Recht (§ 425 ABGB) verlangt – wie das schweizerische – die Übergabe auf Grund eines wirksamen Titels (*causa*)<sup>7</sup>. Allerdings ist dort der dingliche Vertrag unbestritten. Diese verwirrende Vielfalt ist aus dem duplex dominium des römischen Rechts entstanden. Auf der einen Seite die abstrakte, vom Rechtsgrund losgelöste Manzipation oder die *in iure cessio*, auf der anderen Seite die *traditio ex iusta causa*. Das römische Recht kannte also einerseits eine Übereignung als abstraktes Verfügungsgeschäft, andererseits eine Übereignung als bloße Übergabe auf Grund eines gültigen Titels. Aus diesen Elementen wurden alle vier Möglichkeiten entwickelt: der abstrakte, dingliche Vertrag (deutsches Recht), der kausale, dingliche Vertrag (Österreich), die Entbehrlichkeit des dinglichen Vertrages und der Übergabe (Frankreich, Italien), die Entbehrlichkeit zwar nicht der Übergabe, aber des dinglichen Vertrages (so die Mindermeinung in der Schweiz).

Historisch betrachtet hat im gemeinen Recht die *traditio ex iusta causa* vorgeherrscht. Für die Notwendigkeit einer Übergabe (Tradition) spricht das Publizitätsprinzip (§ 1006 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 930 ZGB). Im Naturrecht wurde das Konsensprinzip entwickelt, welchem das französische und das italienische Recht gefolgt sind. Das Konsensprinzip beruht auf einer ebenso begrifflichen wie unpraktischen These: Da das Eigentum etwas nur Gedachtes sei, müsse es auch durch blossen Konsens übertragbar sein. Der Streit zwischen *Traditions-* und *Konsensprinzip*<sup>8</sup> beherrschte die Diskussion des 18. Jahrhunderts. Im 19. Jahrhundert hat SAVIGNY die beiden Theorien in einer dritten vereinigt: Danach war wegen des Publizitätsprinzips zwar eine Übergabe erforderlich, diese wurde aber zum dinglichen Vertrag ausgestaltet. Damit war die Theorie vom dinglichen Vertrag entstanden<sup>9</sup>.

In den romanistisch geprägten Ländern blieb freilich die Frage, ob die Übergabe ein blosses Faktum oder ein Vertrag ist.

<sup>6</sup> Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata ... la proprietà si trasmette e si acquista per effetto del consenso delle parti ...; vgl. CIAN/TRABUCCHI, commentario breve al codice civile (4. Aufl. 1992), Art. 1376 cc N 1 ff.

<sup>7</sup> ABGB § 425: Der bloße Titel gibt noch kein Eigentum. Das Eigentum und alle dinglichen Rechte überhaupt, können, außer den in dem Gesetz bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Übergabe und Übernahme erworben werden; und § 380: Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigentum erlangt werden.

<sup>8</sup> Dazu zuletzt SCHRAGE, FS K. Nörr (2003) 913 ff.

<sup>9</sup> Zur Geschichte s. FELGENTRÄGER, Friedrich Carl von Savigny's Einfluss auf die Übereignungslehre (1927); BRANDT, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft (1940) 8 ff., 53 ff.; STADLER, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (1996) 46 ff.

Im schweizerischen Recht scheint der Wortlaut von Art. 714 ZGB nahezu legen, dass eine bloss faktische Übergabe genügt. Ebenso wie in Österreich und in Deutschland hat sich jedoch auch in der Schweiz die Auffassung durchgesetzt, dass die traditio ein Vertrag ist, d. h. dass eine Einigung der Parteien notwendig ist (*dinglicher Vertrag*)<sup>10</sup>. Richtig ist allerdings, dass sich das Erfordernis einer dinglichen Einigung dem Art. 714 ZGB nicht entnehmen lässt. Richtig ist auch, dass die Vertragsnatur der traditio nicht der römisch-gemeinrechtlichen Tradition entspricht. Nach römischer Auffassung war die traditio ein blosses Faktum. Der Kauf selbst hatte, wenn man so will – eine dingliche Seite und die traditio musste ex causa (emtionis, donationis usw.) erfolgen. Ein faktischer Übergang der Sache durch Zufall oder Eigenmacht konnte damals wie heute keinen Eigentumsübergang herbeiführen<sup>11</sup>. Holt der Käufer die Sache ohne Wissen des Verkäufers ab, so geht ebenfalls kein Eigentum über. Ist aber erforderlich, dass der Verkäufer die Sache selbst oder durch einen Vertreter übergibt, so ist dies nicht weit entfernt von der Annahme einer Einigung über den Eigentumsübergang. Dies bedeutet indes noch nicht, dass man einen eigenen dinglichen Vertrag konstruieren muss. Die Annahme eines dinglichen Vertrages leuchtet beim Lieferungskauf eher ein. Hier erfolgt die Lieferung zu einem späteren Zeitpunkt und die Parteien kennen beim Abschluss des Kaufvertrages das individuelle Stück, das übereignet werden soll, noch nicht. Für die Annahme eines dinglichen Vertrages spricht auch der Eigentumsvorbehalt. Bei ihm ist die Übereignung bedingt, nicht der Kaufvertrag. Eine Bedingung ist aber immer ein Zusatz zu einem Rechtsgeschäft, welcher den Eintritt der Rechtsfolgen desselben von einer zukünftigen, ungewissen Tatsache abhängig macht. Das spricht für die Annahme eines dinglichen Vertrages; denn ein blosses Faktum kann nicht bedingt sein<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Der dingliche Vertrag wird von SCHÖNLE (ZK-SCHÖNLE OR 184 N 27), BUCHER (OR AT 73) und LIVER (SPR V/1, 318 ff.) bejaht, von HAAB/SIMONIUS (ZK-HAAB/SIMONIUS ZGB 714 N 13 ff.) hingegen verneint.

<sup>11</sup> BUCHER OR AT 73.

<sup>12</sup> Zum Problem der bedingten Übereignung beim Eigentumsvorbehalt HONSELL OR BT (7. Aufl. 2003) § 14.

## 2. Das Verfügungsgeschäft abstrakt oder kausal

Der Vertragscharakter der Übereignung von Mobilien<sup>13</sup> ist in Deutschland und Österreich unbestritten und entspricht der h. L. in der Schweiz. Dagegen sind die Auffassungen zur Rechtsgrundabhängigkeit geteilt.

Im deutschen Recht hat sich das Abstraktionsprinzip durchgesetzt. Seine Eigenart beschreibt treffend WIEGAND im Staudinger<sup>14</sup>: "Das Abstraktionsprinzip dient ... der Verselbständigung der sachenrechtlichen Vorgänge; deren wichtigster Effekt ist es, dass der Erwerber das Eigentum an der Sache ohne Rücksicht darauf erlangt, ob die Vermögensverschiebung durch eine gültige causa gedeckt ist. Gravierende Folgen hat das vor allem bei Vollstreckung in das Vermögen des Erwerbers oder bei dessen Konkurs. Diese Gesichtspunkte waren jedoch für den Gesetzgeber nicht ausschlaggebend. Als entscheidendes Motiv erweist sich vielmehr die Absicht, Zweit- und Dritterwerber, zukünftige Pfandgläubiger, mit anderen Worten das Publikum schlechthin zu schützen." Die Vorteile des Abstraktionsprinzips lassen sich nach STADLER<sup>15</sup> in vier Punkten zusammenfassen: „Verkehrsschutz und Gestaltungsfreiheit sowie rechtliche Flexibilität und begrifflich-systematische Klarheit“.

Das Abstraktionsprinzip herrscht in Deutschland ganz unbestritten<sup>16</sup>. Diskutiert werden Einschränkungen, die sich aus der sog. Fehleridentität von Grund- und Verfügungsgeschäft (namentlich bei mangelnder Geschäftsfähigkeit) oder bei durch Bedingung vereinbarter Rechtsgrundabhängigkeit ergeben<sup>17</sup>.

## 3. Das Kausalprinzip

Nach allgemeiner Auffassung in der Schweiz ist die Übereignung *kausal*, das heisst in ihrem Bestand vom Vorliegen eines gültigen Grundgeschäftes abhängig. Das Verhältnis zwischen causa und Verfügung liesse sich auch als Akzessorietät beschreiben, denn das akzessorische Geschäft kann ohne

<sup>13</sup> Für Immobilien gilt in Deutschland und Österreich dasselbe. Nach Art. 963 Abs. 1 ZGB erfolgt die Eintragung des Erwerbers ins Grundbuch auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers, also durch einseitiges Rechtsgeschäft.

<sup>14</sup> Komm. BGB (13. Bearbeitung 1995) Vorbem. zu § 929 ff. BGB N 17.

<sup>15</sup> STADLER 728 ff.

<sup>16</sup> S. nur Staudinger/WIEGAND § 929 BGB N 71 ff.; und STADLER 76 ff.; Staudinger/SEILER Einl. Sachenrecht (13. Bearbeitung 2000) N 48 ff. mwNw.

<sup>17</sup> Vgl. etwa WIEGAND § 929 BGB N 25 ff. und N 29 ff. und STADLER 82 ff. m. w. Lit.; GRIGOLEIT AcP 199 (1999) 397 ff.

das andere nicht bestehen. Der Begriff der Akzessorietät wird jedoch für das Verhältnis von Rechtsgrund- und Verfügungsgeschäft nicht verwendet, sondern ist herkömmlich auf das Verhältnis von Forderungen und Sicherheiten beschränkt<sup>18</sup>. Eine Bürgschaft oder eine Hypothek ist akzessorisch zur Forderung, d. h., sie besteht nur soweit als die Forderung besteht. Zur Bezeichnung der Abhängigkeit eines Rechtsgeschäfts von seiner causa verwenden wir das Adjektiv kausal und das Nomen "Kausalprinzip". Der meist verwendete Begriff "Kausalität" ist weniger geeignet, weil er als terminus technicus für den Ursachenzusammenhang eingebürgert ist. "Kausalheit"<sup>19</sup> ist keine geglückte Wortschöpfung. Bei Fehlen einer causa (z. B. wegen Dissens, Formungültigkeit, Sittenwidrigkeit usw.) oder bei rückwirkendem Wegfall derselben (z.B. durch Irrtumsanfechtung) geht kein Eigentum über. Das ergibt sich für Grundstücke aus Art. 974 Abs. 2 ZGB. Für Mobilien gibt Art. 714 ZGB auf diese Frage keine Antwort. Die h. L. bejaht indessen das Prinzip der *kausalen Tradition* seit BGE 55 II 302 einhellig<sup>20</sup>. Fehlen des Verpflichtungsgeschäfts (bzw. nachträglicher Wegfall mit ex-tunc-Wirkung) führt also dazu, dass kein Eigentum übergeht oder dass es automatisch wieder wegfällt. Der Verkäufer kann die Kaufsache nach Art. 641 Abs. 2 ZGB vindizieren, weil sie sein Eigentum geblieben ist. Auffällig ist, dass das BGer die wesentlichen Unterschiede der beiden Prinzipien nicht analysiert hat. Die Begründung ist ebenso ausführlich wie oberflächlich:

1. Das Kausalprinzip bei der Eigentumsübertragung von Grundstücken sei positiv in Art. 974 Abs. 2 ZGB geregelt. Daher dränge sich eine erneute Prüfung der Frage für den Eigentumsübergang an Fahrnis auf. Nichts zwingt dazu, der Abstraktheit auf das schweizerische Mobiliarsachenrecht einen Einfluss zuzugestehen, zumal sich auch das Immobiliarsachenrecht der Abstraktheit entzogen habe.
2. Die Grundlage der früheren Rechtsprechung sei ein Dogma des Gemeinen Rechts gewesen, das sich nicht auf eindeutige Quellen zu stützen vermochte, das aber den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs Rechnung getragen habe (Schutz des gutgläubigen Dritterwerbers).
3. Für die Abstraktheit sprächen in erster Linie doktrinäre Gründe und nicht etwa die Einsicht in dessen Zweckmässigkeit im Rechtsverkehr.

<sup>18</sup> Vgl. dazu auch STADLER 18 ff.

<sup>19</sup> So STADLER 18 ff. passim.

<sup>20</sup> Seit BGE 55 II 302, 306; s. ferner BGE 96 II 150 E. 3; 109 II 30; aus der Lit. statt aller KNELLWOLF ZSR 1990 I 389, 395 mwNw.; INAUEN, causa im schweizerischen Vermögensrecht (Diss. ZH 2004) 119 f.

4. An dem ursprünglichen Satz, dass der dingliche Vertrag notwendig, dem Begriffe nach abstrakt sei, habe schon früher nicht festgehalten werden können.
5. In Theorie und Praxis werde die Kausalität dadurch zu erzielen versucht, dass den Parteien eine Bedingung untergeschoben werde, auch wenn sie sich darüber ausgeschwiegen haben. Diese Bedingung werde geradezu als verkehrsüblich bezeichnet.
6. Die Abstraktion werde als eine künstliche Konstruktion bezeichnet.
7. Auch das österreichische Recht komme ohne jene Konstruktion (der Abstraktheit) aus.
8. Kausalität sei auch beim dinglichen Vertrag möglich, weil sie bei der einseitigen dinglichen Verfügung im Immobiliarsachenrecht auch möglich sei.
9. Abstraktheit wird auch nicht durch dringende Bedürfnisse des Rechtsverkehrs gefordert.

Diese Argumentation ist weitgehend substanzlos. Lediglich der Hinweis auf das Kausalprinzip in Österreich (§ 425 ABGB) und im schweizerischen Immobiliarsachenrecht (Art. 974 Abs. 2 ZGB) sowie die Charakterisierung des Abstraktionsprinzips als gekünstelte Konstruktion haben einen gewissen Argumentationswert. Die wesentlichen Punkte bleiben indes unerörtert.

Für das Abstraktionsprinzip spricht zunächst das systematische Argument der klaren Trennung von Sachenrecht und Obligationenrecht, welches dem Gedanken des Verkehrsschutzes und der Rechtsklarheit besser gerecht wird. Hier das absolute Eigentum, das inter omnes gilt. Dort das relative Forderungsrecht, das nur inter partes besteht. Mit dem Kausalprinzip transportiert man die Unwägbarkeiten und Streitigkeiten des einzelnen Schuldverhältnisses ins Sachenrecht. Das spielt insbesondere bei Veräußerungsketten und im Konkurs eine Rolle<sup>21</sup>.

Wenig erörtert sind die praktischen Konsequenzen des Kausalprinzips. Die wichtigsten Fragen sind die folgenden:

Welche Konsequenzen hat es, wenn der Verkäufer die Sache vindizieren, der Käufer hingegen den Kaufpreis nur kondizieren kann?

Passt die Ordnung der Nebenansprüche der Vindikation (Art. 938 ff. ZGB, bzw. § 329 ff. ABGB) für die Rückabwicklung gescheiterter Verträge?

<sup>21</sup> Dazu unten 5.

Welche Theorie liefert bei Veräußerungsketten und in Konkurs oder Zwangsvollstreckung sachgerechte Ergebnisse?

#### 4. Konsequenzen des Kausalprinzips

##### a) Die Vindikation der Kaufsache

Wie ausgeführt kann der Verkäufer wegen des Kausalprinzips die Kaufsache vindizieren. Neben die Vindikation treten die in Art. 938 ff. ZGB geregelten Nebenansprüche der Vindikation<sup>22</sup>. Diese Vorschriften wendet die h. L. auch auf die Rückabwicklung von Verträgen an<sup>23</sup>. In Wahrheit sind jedoch die Art. 938 ff. ZGB nicht auf die Fälle der Vindikation wegen Nichtigkeit des Kausalgeschäftes zugeschnitten, sondern auf den Fall von Art. 934 ZGB: Der Eigentümer kann die abhanden gekommene Sache dort vindizieren, wo er sie findet (*ubi rem meam invenio, ibi eam vindico*). Der gutgläubige Erwerber wird nicht geschützt. Zum Ausgleich für dieses Sonderopfer wird er nach Art. 938 ZGB in Bezug auf Nutzungen, Schäden und Verwendungsersatz privilegiert. Dies galt schon im römischen Recht. So musste z.B. der gutgläubige Eigenbesitzer, quasi zur Entschädigung der trotz seiner Gutgläubigkeit bestehenden Herausgabepflicht, verbrauchte Früchte nicht ersetzen, sondern nur das noch Vorhandene herausgeben<sup>24</sup> und er haftete nicht für Schäden<sup>25</sup> und schuldhaft nicht gezogene Früchte, weil er gleichsam seine eigene Sache vernachlässigt hatte (*quia quasi suam rem neglexit nulla querela subiecta est*<sup>26</sup>). Das ist noch heute so, z.B. im schweizerischen (Art. 938 ZGB), deutschen (§§ 987, 989 BGB) oder österreichischen Recht (§ 329 ABGB<sup>27</sup>). Die Privilegierung bei Beschädigung der vermeintlich eigenen Sache hat seit jeher eingeleuchtet. Es macht den Eigenbesitzer nicht haftbar, wenn er mit der Sache sorglos umgeht. Diese Privilegien

<sup>22</sup> Vgl. zum Folgenden ausführlich HONSELL FS Schulin (2002) 25 ff.; ferner DISCHLER, Rechtsnatur und Voraussetzungen der Tradition (Diss. BS 1992) 287 ff.

<sup>23</sup> BGE 84 II 373; 57 II 390; BK-STARK ZGB 938 Vorbem. N 16.

<sup>24</sup> I. 4, 7, 2 ...*si vero bonae fidei possessor fuerit, non habetur ratione consumptorum neque non perceptorum ...* – wenn er aber ein gutgläubiger Besitzer war, werden verbrauchte und nicht gezogene Früchte nicht berücksichtigt ... ; KASER, Römisches Privatrecht I, 427 mit Fn. 21.

<sup>25</sup> Gai. D. 6, 1, 36, 1; Paul. D. 6, 1, 21; KASER, Römisches Privatrecht I, 436.

<sup>26</sup> Ulp. D. 5, 3, 31, 3.

<sup>27</sup> Die Norm sagt ebenso anschaulich wie weitgehend: „Ein redlicher Besitzer kann schon allein aus dem Grund des redlichen Besitzes die Sache, die er besitzt, *ohne Verantwortung nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen*“ (Hervorhebung hinzugefügt).



passen indes nicht für die Rückabwicklung unwirksamer oder anfechtbarer Verträge. Man denke z.B. nur an die Rückabwicklung einer Unternehmensübernahme, namentlich beim sog. asset deal, bei dem nicht Gesellschaftsanteile am Unternehmen übertragen werden, sondern das Unternehmen selbst. Sollen hier wirklich die Art. 938 ff. ZGB auf die Rückabwicklung des Vertrages anwendbar sein? Die Frage stellen, heisst sie zu verneinen. Das Unternehmen ist eine komplexe, ständigen Veränderungen unterworfenen Vermögenseinheit und es hätte keinen Sinn, gerade und nur die Mobilien und Immobilien der statischen Rückabwicklung nach Sachenrecht zu unterstellen. Der komplexe Unternehmenskauf ist ein Sonderfall; aber auch für einfache Kaufverträge gilt nichts anderes. Generell sind die Regeln des Eigentumsrechts (ebenso wie die des Deliktsrechts) für die Rückabwicklung von Verträgen ungeeignet. Schädigungen im Rahmen eines Vertragsverhältnisses löst man auch nicht (primär) über das Deliktsrecht, das allerdings konkurrierend zur Anwendung kommt, sondern über die eigenständige Figur der positiven Vertragsverletzung. Angemessen ist allein eine genuine vertragsrechtliche Rückabwicklung, die das Recht jedoch nur in der unvollkommenen Form des Bereicherungsrechts kennt.

Die h. L. in der Schweiz bejaht nicht nur die Vindikation, sondern sieht das Verhältnis von Vindikation und Kondiktion als das der Subsidiarität<sup>28</sup>. Die Vindikation verdrängt die Kondiktion. So gelangt man zu dem Satz, dass die Rückabwicklung eines unwirksamen Kaufvertrags, was die Kaufsache anlangt, ausschliesslich über die Vindikation erfolgt. Das ist neben dem bereits genannten Grund auch deshalb misslich, weil der Kaufpreis im Gegensatz zur Kaufsache immer kondiziert werden muss. Dies bedeutet, dass Leistung und Gegenleistung ein und desselben Vertrages nach verschiedenen Regimen rückabgewickelt werden, einmal nach Vindikationsrecht, das andere mal nach Bereicherungsrecht.

#### b) Die Kondiktion des Kaufpreises

Um zu verstehen, weshalb der Kaufpreis kondiziert und nicht vindiziert wird, muss man sich die Besonderheiten der Geldschuld vergegenwärtigen.

Die Geldschuld führt nicht nur im schweizerischen Recht, sondern auch in anderen Rechtsordnungen ein ausgesprochenes Schattendasein. Trotz der überragenden wirtschaftlichen Bedeutung des Geldes hat man es bislang versäumt, eine eigene Dogmatik für das Recht des Geldes zu entwickeln. Stattdessen quält man sich mit seltsamen Hilfskonstruk-

<sup>28</sup> Kritisch dazu HONSELL FS Schulin (2002) 25 ff.

tionen<sup>29</sup>. So ist allein Bargeld gesetzliches Zahlungsmittel. Zahlung mit Buchgeld ist nach immer noch ganz h. L. vereinbarungsbedürftig<sup>30</sup>. Geldschulden sind Bringschulden (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Auch diese aus der Pandektistik stammende Regel passt allenfalls für das Bargeld, nicht für das Buchgeld. Der hier interessierende Punkt ist die Unterstellung des Geldes unter den Sachbegriff des Sachenrechts, der seit langem für verfehlt gehalten wird<sup>31</sup>. Er geht auf das römische Recht zurück<sup>32</sup> und mag in einer Zeit des Münzgeldes mit einer Vielfalt umlaufender Gold-, Silber- und Kupfermünzen noch irgendwie verständlich gewesen sein. Doch sind die Zeiten des Münzgeldes lange vorbei. An die Stelle des Valorismus ist der Nominalismus getreten, die Geldzeichen haben keinen dem Aufdruck entsprechenden Metallwert mehr, sondern Noten und Münzen repräsentieren ihren Wert als gesetzliches Zahlungsmittel und nicht als sachliches Substrat, das sich beim Buchgeld vollends verflüchtigt. Auch der schweizerische Gesetzgeber hat mit mehr als 100-jähriger Verspätung in Art. 84 Abs. 1 OR a.F. (Geldschulden sind in „Landesmünze“ zu bezahlen) das Wort „Landes*münze*“ durch „Landes*währung*“ ersetzt<sup>33</sup>.

Noch heute ist aber wegen des Sachgeldbegriffs im schweizerischen Recht die Auffassung herrschend, dass Geld, solange es nicht mit Geld der anderen Partei vermischt ist, vindiziert werden kann. Ist es mit Geld des Empfängers vermischt, so würde an sich nach Art. 727 ZGB Miteigentum entsprechend der Wertverhältnisse eintreten. Es gilt aber nach h. L. der gemeinrechtliche Satz, dass zu Unrecht erlangtes Geld ohne Rücksicht auf die Mengenverhältnisse ins Eigentum des Empfängers fällt, von dem es kondiziert werden muss<sup>34</sup>. Auch diese Auffassung ist hoffnungslos altmodisch und wird dem Wesen des Geldes nicht gerecht. Sie verkennt die gesteigerte Vertretbarkeit und den fortgesetzten Umlauf des Geldes<sup>35</sup>. Beim Geld geht es nicht um eine individualisierbare Stücksache, deren Zugehörigkeit zu einem bestimmten Eigentum bewiesen werden könnte oder sollte, sondern um einen abstrakten Wertanspruch, der nicht dem Eigentum, sondern dem Vermögen zuzuordnen ist. Die Beweisschwierigkeit bei

<sup>29</sup> Vgl. hierzu zuletzt K. SCHMIDT, Schuldwährung, Zahlungswährung und Zahlungsort, FS Kramer (2004) 689 ff.

<sup>30</sup> Vgl. WEBER, Berner Kommentar, Art. 84 N 163 ff.; GAUCH/SCHMID/SCHRANER, OR Art. 84 N 155, 164 ff.

<sup>31</sup> S. etwa KASER, Das Geld im Sachenrecht AcP 143 (1937) 1 ff. mwNw.; BRANDT 239 ff.; NUBBAUMER, Das Geld 39.

<sup>32</sup> S. KÜBLER, Geschichte des Römischen Rechts 351 ff.

<sup>33</sup> Bundesgesetz über die Währungs- und Zahlungsmittel vom 22.12.1989.

<sup>34</sup> Vgl. dazu BGE 47 II 271; 78 II 254, s. noch REY, Sachenrecht N 1943.

<sup>35</sup> S. etwa KASER, Das Geld im Sachenrecht, AcP 143 (1937) 1 ff, 14 f.

der Identifizierung einzelner Geldstücke kommt schon in der englischen Parömie zum Ausdruck „money has no earmark“ oder in dem österreichischen Spruch „Geld hat kein Mascherl“. Diese sind aber nicht der Grund für die Ablehnung der Vindikation. Wer einem anderen ungerichtet Geld zugewendet hat, will nicht den einzelnen Schein oder die Münze zurück, sondern den hingegebenen Wert als abstrakte Summe. Spätestens mit dem Verschwinden des Metallismus und Valorismus hatte die Geldvindikation keinen Sinn mehr. Stets handelt es sich nur um einen abstrakten Wertbetrag und es macht keinen Unterschied, ob jemand mit Münzen oder Noten, mit Bargeld oder Buchgeld bezahlt hat. Bei Letzterem ist eine Vindikation ohnedies ausgeschlossen. Obwohl sich schon einige Autoren gegen die Geldvindikation ausgesprochen haben<sup>36</sup>, ist diese bis heute herrschend und das nicht nur in der Schweiz, sondern auch in Österreich oder Deutschland. Die Bewertungs- und die Tauschfunktion des Geldes sind abstrakt. Der Geldwert einer bestimmten Währung ist stets der gleiche. Daraus ergibt sich, dass eine einzelne Banknote oder ein Geldstück nicht nach ihrer individuellen Beschaffenheit, sondern lediglich nach ihrem Nennwert beurteilt werden. Es liegt auf der Hand, dass das Verhältnis des Inhabers zu seinen Geldscheinen ein anderes ist als zu individuellen Gegenständen wie Bildern, Antiquitäten usw.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Geldleistung immer kondiziert werden muss, gleichgültig, ob mit Buch- oder Bargeld gezahlt wird und unabhängig davon, ob das Bargeld beim Empfänger vermischt ist oder nicht.

#### c) Vindikation und Kondiktion bei der Rückabwicklung

Was das systematische Argument anlangt, ist es keine vernünftige Ordnung, wenn die Sachleistung vindiziert, die Geldleistung hingegen kondiziert werden muss. Zu fordern ist vielmehr ein einheitliches Rückabwicklungsregime für ein fehlgeschlagenes Vertragsverhältnis und dieses Regime ist *faute de mieux* immer noch das Bereicherungsrecht. Das Bereicherungsrecht leidet indes an einem auf falscher Verallgemeinerung beruhenden Mangel: Der Möglichkeit der Berufung auf den Wegfall der Bereicherung nach Art. 64 OR<sup>37</sup>. Die Kondiktionen des klassischen Rechts waren – anders als die modernen Bereicherungsklagen – im Grundsatz

<sup>36</sup> Insbesondere BRANDT, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft (1940) 238 ff., 240 und KASER, Das Geld im Sachenrecht, AcP 143 (1937) 1 ff.

<sup>37</sup> Ebenso die meisten europäischen Gesetzbücher, vgl. etwa § 818 Abs. 3 BGB; § 1437 i.V.m. § 329 ABGB; Art. 2041 Codice civile, Art. 909 griech. ZGB, Art. 6.4.3.1 NBW.

nicht auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt, sondern auf Rückgabe der grundlos geleisteten Sache oder Wertersatz gerichtet. Die Besonderheit, die später den Konditionen den Namen gab (Bereicherungsansprüche), war für die römischen Konditionen nicht typisch. Eine Privilegierung durch Beschränkung der Rückgabeverpflichtung *in quantum locupletior factus est* („um wieviel er reicher geworden ist“), also auf die noch vorhandene Bereicherung, wurde z.B. gewährt, wenn ein Mündel eine Leistung ohne Genehmigung des Vormunds angenommen hat<sup>38</sup>. Ferner bei der Schenkung unter Ehegatten, die nach römischer Auffassung nichtig war. Eine Privilegierung gab es weiter für den gutgläubigen Eigenbesitzer<sup>39</sup>, der die Sache gleichwohl herausgeben muss. Der Entreichungseinwand galt im römisch gemeinen Recht nur für einige Sonderfälle der sog. prätorischen Bereicherungsklagen, bei denen es z.B. einem Minderjährigen oder einem vermeintlich Beschenkten gestattet war, die Herausgabe auf dasjenige zu beschränken, was von der Leistung noch vorhanden war<sup>40</sup>.

Der Entreichungseinwand als generelle Regel ist also ein Fremdkörper im modernen Bereicherungsrecht, der wie so oft auf falscher Verallgemeinerung beruht. Er ist a priori verfehlt, wenn der Konditionsschuldner seinerseits auf Herausgabe der Gegenleistung klagt. Denn es ist ein stossendes *venire contra factum proprium*, wenn jemand seine Leistung zurückfordert, obwohl er die Gegenleistung nicht mehr zurückgeben kann. Gleichwohl geht die h. L. in der Schweiz unverständlicher Weise immer noch von der sog. Zweikondiktionentheorie aus. Danach sind die beiden Konditionen, die bei Nichtigkeit eines synallagmatischen Vertrages entstehen, voneinander unabhängig und der redliche Empfänger einer Sachleistung, der bei zufälligem Untergang oder Verlust der Sache nicht mehr bereichert ist und auch von der Verpflichtung zum Wertersatz befreit ist, behält die Kaufpreiskondiktion. Erst recht vertritt man dieses Ergebnis, wenn sich, wie bei Zugrundelegung der kausalen Tradition eine Vindikation und eine Kondiktion gegenüberstehen. Das fehlerhafte Ergebnis der einseitigen und isolierten Rückforderung ist der Grund für die in Deutschland herrschende *Saldotheorie*<sup>41</sup>, die einen falschen Namen hat,

<sup>38</sup> NIEDERLÄNDER, Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht (1953); FLUME FS Niedermeyer (1953) 103, 116 ff., 124 ff.; s. noch MAIER, Prätorische Bereicherungsklagen (1932); KASER, Römisches Privatrecht I (2. Aufl. 1971) 598 f.

<sup>39</sup> Das gilt nach einem SC Iuventianum auch für den Erbschaftsbesitzer, vgl. D. 5, 3, 20, 6.

<sup>40</sup> Eingehend dazu HONSELL FS Schulin (2002) 25 ff.

<sup>41</sup> Für diese SCHWENZER OR AT (3. Aufl. 2003) N 58.17; ebenso GAUCH/SCHLUEP/SCHMID N 1527. Für die Zweikondiktionentheorie hingegen VON TUHR/PETER, 507 ff.; BGE 110 II 244, 247 hat die Frage offen gelassen.

weil nichts saldiert wird. Sie ist dogmatisch nur ein schlechter Notbehelf juristischer Konstruktion. Ihr Kern ist ein Zurückbehaltungsrecht, das sich aus Art. 2 ZGB herleiten lässt. Wer seine eigene Leistung kondizieren will, darf sich seinerseits nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen, da dies eine Negierung des Synallagmas bedeuten würde, welches auch bei der Rückabwicklung, zumindest als faktisches Synallagma, noch zu beachten ist. Auch das Bundesgericht anerkennt eine faktische Konnexität, wenn es bei einem unwirksamen Leasing-Vertrag dem Leasinggeber entgegen ZGB 938 bei jahrelanger Nutzung des Leasinggutes einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung unter dem Gesichtspunkt des faktischen Vertrages zubilligt<sup>42</sup>. Auch im Zusammenhang mit der Vindikation wird dieser Gedanke anerkannt<sup>43</sup>. Danach dürfen Vindikation und Kondiktion nicht isoliert betrachtet werden. Vindiziert der Verkäufer, so hat der Käufer ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Anspruchs auf den Kaufpreis<sup>44</sup>. De lege lata kann mit ZGB 2 verhindert werden, dass der Verkäufer die Sache zurückfordert und sich hinsichtlich des Kaufpreises auf den (teilweisen) Wegfall der Bereicherung beruft. Im Übrigen schliesst die Doktrin die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung in den Fällen aus, in denen der Kondiktionsschuldner das Geld zwar ausgegeben, sich aber dadurch anderweitige Aufwendungen erspart hat<sup>45</sup>.

Vorzugswürdig ist jedoch eine Lösung, die eine Rückabwicklung beider Leistungen im Rahmen des Bereicherungsrechts und die bei Unmöglichkeit der Rückgabe einer der beiden Leistungen einen Anspruch auf Wertersatz annimmt<sup>46</sup>. Eine restriktive Auslegung des Art. 64 OR in diesem Sinne ist möglich und geboten.

## 5. Weitere Unterschiede zwischen kausaler und abstrakter Übereignung

### a) Veräußerungsketten

Ein wichtiger materieller Unterschied zwischen beiden Konstruktionen ergibt sich bei Veräußerungsketten. Veräußert A auf Grund unwirksamer causa an B, B mit gültiger causa an C, so wird B bei abstrakter Übereignung Eigentümer der Sache. Er muss diese allerdings auf Grund der

<sup>42</sup> BGE 110 II 244 ff. = Pra 1985 Nr. 7.

<sup>43</sup> BGE 83 II 25.

<sup>44</sup> Vgl. dazu auch SCHWENZER OR AT (3. Aufl. 2003) N 58.21.

<sup>45</sup> v. TUHR/PETER 500 ff.

<sup>46</sup> Näher dazu HONSELL FS Schulin (2002) 25 ff.

Kondiktion zurückübereignen. Veräußert er sie an den Dritterwerber C, so kann sie der Eigentümer selbst dann nicht zurückverlangen, wenn C von dem causa-Mangel im Verhältnis A – B wusste; denn C hat vom Berechtigten erworben. Dieses Ergebnis wird gelegentlich für problematisch gehalten<sup>47</sup>. Hierauf ist sogleich zurückzukommen.

Bei kausaler Tradition kann A von B vindizieren, solange die Sache noch bei B ist. Hat B weiterveräußert, so ist die Verfügung eines Nichtberechtigten grundsätzlich unwirksam. Ein einziger causa-Mangel in einer Veräußerungskette bewirkt, dass kein späterer Erwerber Eigentümer wird, sieht man von der Ersitzung nach Art. 728 ZGB einmal ab. Diese Beschränkung der Verkehrsfähigkeit von Sachen ist umso merkwürdiger als die Nachmänner den causa-Mangel früherer Veräußerungsgeschäfte nicht kennen können und er sie an sich nichts angeht.

Die h. L. vermeidet dieses stossende Ergebnis durch analoge Anwendung von Art. 933 ZGB. Den durch das Abstraktionsprinzip gewährleisteten Verkehrsschutz übernimmt hier der gutgläubige Erwerb. C wird also Eigentümer, wenn er im Hinblick auf den causa-Mangel im Verhältnis A – B gutgläubig war. Art 933 ZGB gilt seinem Wortlaut nach nur für die klassischen Fälle der Veräußerung "anvertrauter" Sachen, wenn z.B. der Mieter Entleiher oder Verwahrer einer Sache, diese zu Unrecht veräußert. Es sind dies die Fälle, die strafrechtlich als Veruntreuung (§ 138 StGB) oder Unterschlagung (§ 246 dStGB) zu qualifizieren sind. Durch diese Erweiterung ist im Ergebnis das Merkmal des Anvertrautseins durch dasjenige der freiwilligen Weggabe ersetzt. Bei dieser ist stets gutgläubiger Erwerb möglich. Nur bei Abhandenkommen i. S. v. Art. 934 ZGB scheidet er aus. Danach führen beide Konstruktionen zum gleichen, den Verkehrsschutz berücksichtigenden Ergebnis<sup>48</sup>. Ein Unterschied besteht nur in der Frage der Kenntnis vom causa-Mangel. Nach dem Abstraktionsprinzip schadet sie nichts; nach dem Kausalprinzip schaden Kenntnis und fahrlässige Unkenntnis. Dies wird von einigen für die bessere Lösung gehalten. Bleibt man indessen bei dem Satz, dass den Dritterwerber (C) das Rechtsverhältnis inter partes der Vormänner (A und B) grundsätzlich nichts angeht, so sollte es auch nicht auf dessen Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis ankommen<sup>49</sup>. Haben jedoch der Zweitverkäufer und der Dritterwerber kollusiv zusammengewirkt, um die Kondiktion des Erstverkäufers auf Rückübereignung zu vereiteln, so kann man das Ergebnis,

<sup>47</sup> Gegen einen vom guten Glauben losgelösten Verkehrsschutz durch das Abstraktionsprinzip etwa HECK, Das dingliche Rechtsgeschäft (1937); a. M. GRIGOLEIT AcP 199 (1999) 384.

<sup>48</sup> S. dazu nur WIEGAND [oben Fn 1].

<sup>49</sup> Ähnlich GRIGOLEIT AcP 199 (1999) 384, der auch keine rechtsethischen Bedenken sieht.

dass der Dritterwerber kondiktionsfreies Eigentum erhält, mit Hilfe des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB, §§ 242, 826 BGB) bzw. der Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit (Art. 20 Abs. 1 OR) vermeiden<sup>50</sup>.

b) Konkurs

Unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben sich schliesslich im Konkurs. In den Konkurs fällt das dem Gemeinschuldner gehörende Vermögen und Eigentum (Art. 197 SchKG, § 1 dKO, § 35 dInsO). Nach dem Kausalprinzip bleibt die Sache im Eigentum des Verkäufers und fällt in dessen Konkursmasse<sup>51</sup> ungeachtet der Tatsache, dass sie sich bis zur erfolgreichen Geltendmachung des *causa*-Mangels beim Käufer befindet. Im Konkurs des Käufers kann der Verkäufer aussondern (Art. 242 SchKG, § 43 dKO, § 47 dInsO). Beim Abstraktionsprinzip gehört die Sache entsprechend den tatsächlichen Verhältnissen zur Konkursmasse des Käufers. Der Verkäufer hat das Eigentum verloren und deshalb kein Aussonderungsrecht. Der Bereicherungsanspruch auf Rückübereignung gibt kein Aussonderungsrecht. Dasselbe gilt in der Einzelzwangsvollstreckung, wo der Eigentümer eine Drittwiderspruchsklage hat (§ 771 dZPO). Im Konkurs des Verkäufers kann die Konkursverwaltung nicht Herausgabe, sondern lediglich Rückübereignung verlangen, wobei dann im Gegenzug der Kaufpreis zu erstatten ist. Die Ergebnisse, zu denen man mit dem Abstraktionsprinzip gelangt, erscheinen sachgerecht und vorzugswürdig. Das Konkursrecht stellt auf die sachenrechtliche Zuordnung, auf das absolute *inter omnes* geltende Eigentum ab. Dessen klare Zuordnung soll nicht durch das relative, nur *inter partes* geltende Obligationenrecht unklar gemacht werden. Auch der Gesichtspunkt der Klarheit der Verhältnisse und der *par condicio creditorum* (Gleichbehandlung der Gläubiger) sprechen für diese Lösung. In dem leading case von BGE 55 II 302 meinte das Gericht allerdings, es sei nicht einzusehen, dass bei Abstraktheit der Erwerber, sein bösgläubiger Rechtsnachfolger und bei Konkurs des Erwerbers alle Konkursgläubiger vor dem Veräusserer geschützt würden. Sieht man vom Erwerber ab, der nicht geschützt wird, sondern der Kondiktion ausgesetzt ist, so lässt sich der Schutz des Rechtsnachfolgers und der Konkursgläubiger hinreichend mit Verkehrsinteressen begründen, weil diese Personen der *causa*-Mangel nichts angeht. Sie können dies in der Regel nicht überprüfen und sollen nicht mit daraus resultierenden Unsicherheiten belastet werden. Paradoxerweise lag der Fall des BGer genau

<sup>50</sup> Wie hier STADLER 379 f.; GRIGOLEIT AcP 199 (1999) 383.

<sup>51</sup> BGE 55 II 302.

andersherum: Infolge des Kausalprinzips fiel das verkaufte Schreinerei-Inventar trotz Übergabe in die Konkursmasse des Verkäufers, nachdem der Käufer(!) den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten hatte. Kommt es zur Rückabwicklung, so kann allerdings der Käufer nach überwiegender Meinung ein Retentionsrecht nach ZGB 895 geltend machen, um die Sache bis zur vollen Rückerstattung der eigenen Leistung zurückzuhalten<sup>52</sup>. Auch nach BGE 55 II 302 hätte sich der getäuschte Käufer durch Ausübung seines Retentionsrechtes schützen können.

c) Rückerberwerb des Nichtberechtigten

Es bleibt ein Sonderfall, in dem das Kausalprinzip überlegen ist, der Rückerberwerb des Nichtberechtigten, mit dem sich der Jubilar schon in jungen Jahren befasst hat<sup>53</sup>. In der Tat ist es stossend, wenn das Abstraktionsprinzip bei der Rückabwicklung der rechtsgrundlosen Verfügung eines Nichtberechtigten dazu führt, dass dieser jetzt (jedenfalls zunächst) Eigentümer wird. Da der Erwerber trotz *causa-Mangels* Eigentümer geworden ist, führt nach Meinung des Jubilars kein Weg daran vorbei, dass nunmehr auch der Nichtberechtigte durch die „Rücküberweisung“ zum Eigentümer wird. Damit werden indes die Grenzen des Abstraktionsprinzips überschritten. Denn dieses dient, wie wir gesehen haben, namentlich dem Verkehrsschutz. Der Aspekt des Verkehrsschutzes kommt aber gar nicht ins Spiel, wenn das Geschäft zwischen dem Nichtberechtigten und dem Erwerber rückabgewickelt wird. Der Verkehrsschutz spielt auch keine Rolle mehr, wenn die Sache zunächst im Eigentum Dritter stand, später aber durch Zufall wieder in den Besitz des Nichtberechtigten gelangt, ein Lehrbuchfall, den wir ähnlich schon aus dem Römischen Recht kennen, der aber im Leben kaum vorkommen wird. M.E. steht der Annahme nichts im Wege, dass die Sache automatisch ins Eigentum des wahren Eigentümers zurückfällt, sobald sie zum Nichtberechtigten zurückgelangt<sup>54</sup>. Der Jubilar wird es mir nachsehen, wenn ich auf diese Diskussion, die lange und erschöpfend geführt worden ist, hier nicht mehr eingehe.

<sup>52</sup> BUCHER, 557; BSK-RAMPINI/SCHULIN/VOGT, ZGB 895 N 31; vgl. BK-ZOBL, N 163; a.A. ZK-OFTINGER/BÄR, N 66.

<sup>53</sup> Oben Fn 1.

<sup>54</sup> So die h.L. in Deutschland, vgl. etwa BAUR/STÜRNER Sachenrecht § 32 Rn 34; WOLF/RAISER Sachenrecht § 69 IV; WIELING Sachenrecht § 10 V 2; die Gegenmeinung (vgl. vor allem WIEGAND JuS 1971, 62; Staudinger/WIEGAND (13. Bearb. 1995) § 932 Rn 114 ff. mit zahlreichen Nachweisen; Palandt/BASSENGE § 932 Rn 17; MünchKomm/QUACK § 932 Rn 62 ff.) hält das für „nicht konstruierbar“.



## d) Ergebnis

Fasst man alle Aspekte zusammen, so muss man feststellen, dass das Abstraktionsprinzip dem Kausalprinzip materiell überlegen ist und dass es auch vom systematischen Standpunkt die richtige Grenze zwischen Eigentum und obligatorischem Anspruch, zwischen Schuld- und Sachenrecht zieht. Das einzige Argument, das bleibt, ist die gesetzliche Fixierung des Kausalprinzips im Liegenschaftsrecht (Art. 974 Abs. 2 ZGB). Die Lage ist hier insofern nicht ganz die gleiche, als es weniger auf die Verkehrsfähigkeit ankommt und der Gutgläubensschutz durch das Grundbuch gewährt wird. Im Übrigen sind jedoch die Einwände, was den Konkurs und die Nebenansprüche der Vindikation anlangt (die sich auch hier nach Art. 938 ff. ZGB beurteilen<sup>55</sup>), dieselben wie im Mobiliarsachenrecht. Wenn auch eine einheitliche Regelung für Immobilien und Fahrnis vom Standpunkt systematischer Konsequenz wünschenswert wäre, so kann dieses Argument doch nicht dazu führen, das falsche Prinzip des Art. 974 Abs. 2 auf das Mobiliarsachenrecht zu übertragen.

### III. Die abstrakte Zession

Anders als bei der Tradition plädiert die wohl überwiegende Meinung in der Schweiz bei der Zession für Abstraktion<sup>56</sup>. Eine im Vordringen befindliche Mindermeinung spricht sich hingegen auch hier für das Kausalprinzip aus<sup>57</sup>. Technisch dreht sich der Streit zunächst wieder um die Art

<sup>55</sup> Vgl. BK-STARK, Vorbemerkungen zu Art. 938-940 N 25.

<sup>56</sup> BK-BECKER (1941/42) Art. 164 N 3; BUCHER, AT (2. Aufl. 1988) § 31 III S. 554; BSK-GIRSBERGER (3. Aufl. 2003) Art. 164 N 25; HONSELL BT (7. Aufl. 2003) 43; M. R. KUMMER, Beiträge zur Lehre von der causa, insb. bei der Abtretung und beim Erlass von Forderungen, Diss. Bern 1942 (= ASR Nr. 194) 105 ff.; CR-PROBST, CO I Art. 164 N 6; W. SCHMID, Zur Rechtsnatur der Forderungsabtretung, SJZ 66 (1970) 299 ff.; SCHWENZER OR AT (3. Aufl. 2003); VON THUR/ESCHER AT II (3. Aufl. 1974) § 93 III S. 333; H.P. WALTER, Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht, Berner Bankrechtstage (1998) 61 ff.; BK-ZOBL, Syst OR Art. 884 ZGB N 1580.

<sup>57</sup> BÜHLER, Lohnzession im Schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1953, 58 ff.; DUTOIT, La cession de créance (= acte causal ou abstrait?, in: 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (Hrsg. PETER/STARK/TERCIER 1982) 453 ff.; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse (Bern 1997) 875; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches OR AT II (8. Aufl., 2003) N 3710 ff.; JÄGGI, P., Zur "Rechtsnatur" der Zession, SJZ 67 (1971) 6 ff.; MÖCKE, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb (1962); SPYRIG, Zur Kausalität der Abtretung, SJZ 2000, 7 ff.; ZK-SPYRIG, Vorbemerkungen zu Art. 164 ff. (1993) N 37 ff.; WEHRLI, Die vertragliche Abtretung von Forderungen, Diss. Bern 1993, 28 ff.; VON DER CRONE, Zession: Kausal oder abstrakt, SJZ 93 (1997) 249 ff.; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht

der Rückabwicklung, doch ergeben sich hier Unterschiede zur Tradition. Bei Unwirksamkeit der dem Zessionsvertrag zu Grunde liegenden causa, ist nach dem Abstraktionsprinzip eine Rückzession erforderlich. Hingegen ist nach dem Kausalprinzip eine Retrozession entbehrlich, weil die Zession unwirksam ist. Eine Rückforderung in Analogie zur Vindikation ist mangels gegenständlichen Substrats weder möglich noch notwendig. Die Forderung ist beim Zedenten geblieben.

Die Anhänger der Abstraktion argumentieren namentlich mit der Verkehrssicherheit bei der Kettenzession und mit dem Aspekt des Schuldnerschutzes<sup>58</sup>. Demgegenüber berufen sich die Anhänger des Kausalprinzips vor allem auf den Parteiwillen. Eine Forderung solle nicht übergehen, wenn es die Parteien gar nicht gewollt hätten<sup>59</sup>. So schreibt JAEGGI<sup>60</sup>: „Wer die Konstruktion, die Zession sei abstrakt, ablehnt, tut dies einfach deshalb, weil diese Konstruktion den Unterschied zwischen Zession und Rechtsgrund überbetont und daher gekünstelt wirkt. Sie kann sich nicht auf den Parteiwillen stützen, auf den es bei der dogmatischen Erfassung von Rechtsgeschäften ankommen muss.“ In ähnlicher Weise beruft sich VON DER CRONE<sup>61</sup> auf den Parteiwillen. Ohne gültiges Verfügungsgeschäft wollten die Parteien in der Regel auch kein Verfügungsgeschäft (Zession). Denn wer wisse, dass er nichts schuldet, werde auch nicht erfüllen.

Die Argumentation mit dem Parteiwillen ist nicht überzeugend, denn es handelt sich um eine Frage der juristischen Konstruktion. Die Parteien unterscheiden nicht zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft oder zwischen Schuld- und Sachenrecht und doch stellt niemand diese Systematik in Frage. Richtig ist allerdings, dass das Abstraktionsprinzip weder bei der Tradition noch bei der Zession gesetzlich normiert ist und dass die Regelung nicht zwingend ist. Lässt sich ausnahmsweise ein Parteiwille für eine kausale oder abstrakte Zession nachweisen, so ist dieser zu beachten. Allerdings muss ein entsprechender Parteiwille tatsächlich beweisbar vorliegen. Eine blosser Vermutung genügt nicht. Häufig wird geltend gemacht, der Vergleich mit der Fahrnistradition verlange,

(2. Aufl. 2000) 12 ff.; GUHL/MERZ/KUMMER/KOLLER/DRUEY, Das Schweizerische OR; KLEYLING, Zession – unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession – und Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten, Diss. Basel 1980, 31 ff.

<sup>58</sup> Vgl. von den zuvor Genannten insb. SCHMID 302, GAUCH/SCHLUEP/REY N 3713, BUCHER 557; JAEGGI 6; VON TUHR/ESCHER II 333; VON BÜREN 318, BÜHRLE 60.

<sup>59</sup> JAEGGI/GAUCH/SCHMID/REY, N 3717; DUTOIT 453 ff.; MERZ, Vertrag Nr. 76 ff.; WEHRLI 28 ff.; ZK-SPYRIG, 164 N 106, Vorbemerkung zu Art. 164 ff. N 106; MÖCKE 43 f.

<sup>60</sup> SJZ 67 1971, 7.

<sup>61</sup> SJZ 1993 250.

dass auch die Zession kausal sei. Eine ähnliche Argumentation findet man in Österreich<sup>62</sup>, wo ebenfalls das Kausalprinzip auch für die Zession gilt. Im italienischen Recht hat der Titel nach h.L. unmittelbare Übertragungswirkung<sup>63</sup>, was keine Unterscheidung zwischen Rechtsgrund und Verfügung ermöglicht. Dasselbe gilt für das französische Recht, das die Forderungsabtretung als Form des Forderungskaufs (Art. 1689-1695 Code civil) regelt, also ebenfalls nicht zwischen Rechtsgrund und Verfügungsgeschäft unterscheidet. Grundsätzlich gilt für die Abtretung dasselbe wie für die Übertragung beweglicher Sachen. Eine Doktrin der Zession hat sich in Frankreich kaum entwickelt<sup>64</sup>. Die Analogie zum Recht der beweglichen Sachen ist schon deshalb fragwürdig, weil es keinen gutgläubigen Erwerb von Forderungen gibt. Anders als bei beweglichen Sachen, wo der Besitz einen Rechtsschein begründet, fehlt bei Forderungen jede Rechtsscheinbasis. Hier gibt es nichts ausser der Behauptung des Inhabers, es stünde ihm eine Forderung zu. Dessen ungeachtet will ein Teil der schweizerischen Lehre auch den gutgläubigen Erwerb von Forderungen zulassen<sup>65</sup>. Demgegenüber ist im deutschen<sup>66</sup> und im österreichischen<sup>67</sup> Recht anerkannt, dass es keinen gutgläubigen Erwerb von Forderungen gibt.

Nicht ganz zutreffend ist die gelegentlich geäusserte Behauptung<sup>68</sup>, die abstrakte Ausgestaltung der Zession sei in erster Linie wegen des Schuldnerschutzes nötig. Es ist zwar richtig, dass der Schuldner nur die Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts zu prüfen hat und sich um das Verpflichtungsgeschäft nicht kümmern muss. Diesen notwendigen Schuldnerschutz leistet indessen regelmässig das Zessionsrecht selbst, indem etwa bestimmt wird, dass der Schuldner, dem die Abtretung vom Zedenten angezeigt worden ist, mit befreiender Wirkung an den Zessionar leisten

<sup>62</sup> Allgemeine Meinung, vgl. etwa KOZIOL/WELSER, Bürgerliches Recht II (12. Aufl. 2001) 116; SCHWIEMANN/HONSELL/HEIDINGER, Kommentar zum ABGB (2. Aufl. 1997) § 1392 N 8; aus der Judikatur vgl. SZ 42/72; 57/174.

<sup>63</sup> Vgl. art. 1260 und 1376 CC it.; CIAN/TRABUCCHI, Commentario breve al Codice civile, art. 1260 N 1 ff. bezeichnet die Zession als „contratto con efficacia traslativa immediata“ mit Verweis auf die Kritik zur h.L. bei MANCINI, Tr. Rescigno, 9.

<sup>64</sup> TERRE/SIMLER/LEQUETTE, Droit civil, Les obligations (7. Aufl. 1999) N 1180; Vgl. STADLER, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (1995) 621 ff.

<sup>65</sup> Vgl. insb. JAEGGI SJZ 1971, 6, 7; MÖCKE 97; WEHRLI 34; VON DER CRONE 260 spricht allgemein von Vertrauensschutz.

<sup>66</sup> Vgl. z.B. Palandt/HEINRICHS § 405 N 1, dort auch zu den Ausnahmen bei verbrieften Forderungen.

<sup>67</sup> Vgl. z.B. KOZIOL/WELSER, Bürgerliches Recht (12. Aufl. 2001) 119; OGH EvBL 1982/140; EHRENZWEIG, System II/1 268 (222); WOLF (VI/294); OGH GIUNF 4114; SZ 41/16; a.M. WELLSPACHER, Das Vertrauen auf äussere Tatbestände (1906) 196.

<sup>68</sup> Vgl. z.B. VON TUHR/ESCHER II 333.

kann (vgl. z.B. § 409 BGB) und dies auch dann, wenn die Zession mangels causa unwirksam ist. Dass er umgekehrt bei Fehlen der Notifikation die Leistung an den Zedenten befreiende Wirkung (Altgläubiger) hat, sagen die Gesetze meist ausdrücklich (vgl. etwa Art. 167 OR, § 407 I BGB). Um die causa braucht sich der debitor cessus nicht zu kümmern, denn sie geht ihn nichts an<sup>69</sup>. Aus demselben Grund darf er sich aber umgekehrt auf das Fehlen der causa auch nicht berufen. Der Schuldner kann sich auf eine Unwirksamkeit des Grundgeschäftes und damit (im Falle des Kausalprinzips) auch der Zession nicht berufen, weil es sich um eine typische *exceptio ex iure tertii*<sup>70</sup>, um eine *res inter alios acta*, handelt<sup>71</sup>, welche ihn nichts angeht. Die Anhänger des Kausalprinzips haben Schwierigkeiten zu begründen, weshalb sich der debitor cessus nicht auf den Mangel der causa sollte berufen dürfen, macht er damit doch die Inexistenz einer Forderung des Zessionars geltend, eine Einwendung, die man glaubt, ihm nicht abschneiden zu können. Es wäre aber stossend, wenn der Schuldner nicht an den Zessionar zu bezahlen bräuchte<sup>72</sup>. Die Vorteile des Abstraktionsprinzips zeigen sich auch bei der Kettenzession. Das Kausalprinzip würde auch hier bedeuten, dass das Fehlen einer causa bei nur einer einzigen Transaktion alle späteren Erwerber ausschliesst. Spätere Zessionare müssten sich mit anderen Worten bei Zugrundelegung des Kausalprinzips Einwendungen aus dem Grundgeschäft aller vorausgehenden Zessionen entgegenhalten lassen. Bei mangelnder causa wären alle anschliessenden Zessionen gegenstandslos und spätere Zessionare würden nicht Gläubiger der Forderung. Da dies für die Verkehrsfähigkeit der Forderung untragbar ist, nimmt man Zuflucht zum gutgläubigen Erwerb. Indessen gibt es – wie ausgeführt – bei der Zession keinen gutgläubigen Erwerb von Nichtberechtigten. Der fehlende Gutgläubensschutz im Zessionsrecht wird durch die Abstraktheit der Zession ersetzt<sup>73</sup>.

Ein weiterer Aspekt, der für Abstraktheit der Zession spricht, sind die Auswirkungen im Konkurs und in der Einzelzwangsvollstreckung. Hat

<sup>69</sup> Anders teilweise die Anhänger des Kausalprinzips, s. etwa GAUCH/SCHLUEP/REY, N 3729, 3723, 3724; überwiegend wird freilich eine sog. "relative Abstraktheit" vertreten: Der gutgläubig leistende Schuldner soll sich auf die relative Abstraktheit der Zession berufen können, vgl. etwa VON BÜREN S. 318, MÖCKE 80 ff.; WEHRLI 32 ff.

<sup>70</sup> Dazu schon VON TUHR/ESCHER OR AT II (3. Aufl. 1974) 362.

<sup>71</sup> Vgl. JÄGGI SJZ 1971, 6, 8.

<sup>72</sup> So offenbar GAUCH/SCHLUEP/REY, N 3724; unklar JAEGGI 8, der dies als eine „ungelöste Frage des Zessionsrechts“ bezeichnet; für Zulässigkeit der *exceptio ex iure tertii* auch die h. L. im österreichischen Recht, vgl. z.B. KOZIOL/WELSER a.a.O. 118; OGH RdW 1983, 105.

<sup>73</sup> SCHWENZER OR AT N 90; vgl. GAUCH/SCHLUEP/REY N 3728. BSK OR I-GIRTSBERGER, Art. 164 N 25; vgl. auch ZR 1988, 306.

man die Grundentscheidung zu Gunsten der Mobilität von Forderungen, die dem Zessionsrecht zugrunde liegt, einmal getroffen, so sollte man es bei der durch abstrakte Zession getroffenen Güterzuordnung belassen. Die Forderung gehört vorbehaltlich einer bereicherungsrechtlichen Rückforderung zum Vermögen des Zessionars. Folgt man dem Kausalprinzip, so kann die Konkursverwaltung des Zedenten die Forderung wegen causa-Mangels zur Konkursmasse einziehen. Die Gegenforderung des Zessionars ist eine gewöhnliche Konkursforderung<sup>74</sup>. Das ist ungereimt. Anders als bei der Sachübereignung gibt es hier auch kein Zurückbehaltungsrecht nach Art. 895 ZGB<sup>75</sup>.

#### IV. Zusammenfassung

Das von der herrschenden Lehre vertretene Prinzip der kausalen Tradition führt zur Vindikation der Kaufsache. Dagegen spricht zunächst, dass die Nebenansprüche der Vindikation, die in Art. 938 ff. ZGB normiert sind, auf die Rückforderung abhanden gekommener Sachen zugeschnitten sind und für die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nicht passen. Dagegen spricht weiter, dass der Kaufpreis stets kondiziert wird. Eine Geldvindikation macht keinen Sinn.

Ein System, bei dem die Leistungen eines Vertrages mal vindiziert, mal kondiziert werden, ist unstimmg. Das Abstraktionsprinzip vermeidet dies. Leistung und Gegenleistung des fehlgeschlagenen oder gescheiterten Vertrages werden kondiziert. In Abweichung von dem in Art. 64 OR normierten Entreichungsprinzip tritt allerdings bei der Rückabwicklung gescheiterter Verträge an die Stelle der unmöglich gewordenen Sachleistung eine Kondiktion auf Wertersatz.

Im Übrigen sichert das Abstraktionsprinzip den notwendigen Verkehrsschutz. Die nachfolgenden Erwerber gehen etwaige causa-Mängel vorangehender Verträge nichts an. Das Kausalprinzip kann einen Verkehrsschutz nur durch analoge Anwendung der Gutgläubensvorschriften von Art. 933 ZGB gewährleisten. Auch im Konkurs führt das Abstraktionsprinzip zu den überzeugenderen Ergebnissen.

Ähnlich verhält es sich bei der Zession. Bei Anwendung des Kausalprinzips wäre die Zession nichtig und der Schuldner könnte dies dem

<sup>74</sup> Vgl. BUCHER OR AT 555.

<sup>75</sup> GAUCH/SCHLUEP/REY N 3728. Lediglich wenn eine Schuldurkunde vorhanden ist, kann der Zessionar diese bis zur Befriedigung seiner Forderung zurückbehalten (GAUCH/SCHLUEP/REY a.a.O.).

Zedenten gegenüber einwenden. Dabei würde es sich um eine typische *exceptio ex iure tertii* handeln, denn der *causa*-Mangel im Verhältnis Zedent/Zessionar geht den Schuldner nichts an. Weder kann er sich auf ihn berufen, noch muss er ihn sich entgegenhalten lassen. Vorteile hat das Abstraktionsprinzip auch bei der Kettenzession. Anders als bei Veräußerungsketten scheidet hier eine analoge Anwendung von Gutgläubensvorschriften aus, denn Forderungen sind nicht gutgläubig erwerbbar. Schliesslich führt das Abstraktionsprinzip auch im Konkurs und in der Einzelzwangsvollstreckung zu den besseren Ergebnissen. Folgte man dem Kausalprinzip, so könnte die Konkursverwaltung im Konkurs des Zedenten die Forderung wegen Fehlens der *causa* zur Konkursmasse ziehen. Die Gegenforderung des Zessionars dagegen wäre eine gewöhnliche Konkursforderung. Die Grundentscheidung des Zessionsrechts für eine Verkehrsfähigkeit von Forderungen verlangt eine abstrakte Zession. Die ganz überwiegenden Gründe sprechen also für das Abstraktionsprinzip. Für das Kausalprinzip lässt sich im Wesentlichen nur anführen, dass es in Art. 974 Abs. 2 ZGB für das Grundstücksrecht normiert ist und dass unter dem Aspekt systematischer Ordnung ein einheitliches Prinzip für Mobilien und Immobilien wünschenswert wäre. Indessen ist dieses Argument nicht stark genug, um eine Ausweitung des als fehlerhaft erkannten Prinzips zu rechtfertigen. Wer jedoch die Beharrungskräfte von herrschenden Meinungen kennt, wird kaum erwarten, dass sich die h. L. von diesem unrichtigen Prinzip verabschiedet.