



**University of
Zurich** ^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Lösungsrecht und Singularsukzession

Ernst, Wolfgang

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-53811>

Book Section

Originally published at:

Ernst, Wolfgang (2011). Lösungsrecht und Singularsukzession. In: Sethe, Rolf. Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag. Bern: Stämpfli, 839-854.

Lösungsrecht und Singularsukzession

WOLFGANG ERNST

Inhaltsverzeichnis

I.	Das Lösungsrecht als Rechtstechnik zur Ordnung des Konflikts zwischen gutgläubigem Erwerber und bisherigem Eigentümer.....	839
II.	Von der Abwehr der Fahrnisverfolgung zum materiell-rechtlichen Erwerb des gutgläubigen Käufers	842
III.	Lösungsrecht und Singularsukzession	844
1.	Fragestellung und Vorbemerkungen	844
2.	Die Singularsukzession in die Stellung des geschützten Erwerbers als dogmatisches Problem im Übergang von aktionsrechtlichem zu materiell-rechtlichem Erwerberschutz	845
3.	Das abgeleitete Lösungsrecht und sein Inhalt	845
a)	Die Sukzession in das Lösungsrecht.....	845
b)	Der Inhalt des abgeleiteten Lösungsrechts.....	847
4.	Abgeleitetes Lösungsrecht aufgrund unentgeltlichen Erwerbs?.....	849
5.	Die Ableitung des Lösungsrechts bei Sachübertragung zu beschränktem dinglichem Recht.....	850
6.	Zusammentreffen von abgeleitetem und originärem Lösungsrecht	852
7.	Bösgläubiger Nacherwerber nach Entstehen eines Lösungsrechts.....	852
8.	Nachbemerkung.....	854
IV.	Schluss	854

I. Das Lösungsrecht als Rechtstechnik zur Ordnung des Konflikts zwischen gutgläubigem Erwerber und bisherigem Eigentümer

Es gehört zu den zentralen Ordnungskonflikten des Vermögensrechts, ob beim Umsatz von Fahrnis ein gutgläubiger Käufer, der es mit einem nichtberechtigten Verkäufer zu tun gehabt hat, in seinem Erwerb geschützt werden soll oder ob der bisherige Eigentümer ihm die Sache abverlangen kann. Eine schon in der Antike¹ zum Einsatz gebrachte Regelungstechnik ist das soge-

¹ Zu erwarten ist die Drucklegung von MATTHIAS ARMGARDT, Antikes Lösungsrecht – eine Untersuchung zum jüdischen, griechisch-hellenistischen und römischen Recht; s. auch DERS., Unterschiedliche Typen von Lösungsrechten im europäischen Privatrecht, ZfRV

nannte Lösungsrecht: Dem bisherigen Eigentümer wird die Berechtigung zuerkannt, die Sache dem gutgläubigen Erwerber abzuverlangen; der Erwerber muss die Sache aber nur herausgeben gegen die Erstattung des Kaufpreises, den er an den nichtberechtigten Verkäufer gezahlt hat. Im ZGB ist das Lösungsrecht in Art. 934 Abs. 2 angesiedelt.

Das Lösungsrecht hatte in der neueren kontinentaleuropäischen Rechtsgeschichte einen starken Bezug auf den mit Privilegien ausgestatteten Markthandel.² Es genügt, auf das Beispiel des Lübisches Rechts zu verweisen.³ Es gehörte zu der damaligen Konfliktsituation, dass der nichtberechtigte Verkäufer seine Ware während eines zeitlich begrenzten Besuchs eines Marktes oder einer Messe abgesetzt hatte, so dass rein tatsächlich – typischerweise – weder der bisherige Eigentümer noch der Abnehmer der Ware gegen ihn gerichtlich vorgehen konnte. So musste der Konflikt allein im Verhältnis von Eigentümer und Erwerber ausgetragen werden, musste der Verlust, der sich aus dem Verschwinden des nichtberechtigten Verkäufers ergab, entweder dem einen oder dem anderen zugewiesen werden. Der Schutz des gutgläubigen Käufers stärkte das Vertrauen der Marktkäufer und wird daher dem Marktumsatz als ganzem förderlich gewesen sein. Nicht zwangsläufig handelte es sich schon um generelle Regelungen für „Märkte“ im allgemeinen Sprachgebrauch. Der Käuferschutz erfolgte teilweise im Rahmen der sonstigen rechtlichen Privilegierungen (z.B. Arrest- und Pfändungsfreizone) ganz bestimmter Märkte oder Messen. Regulatorisch stand genau fest, welche Märkte sich (an welchen Tagen) als „freie“ Märkte oder – in England – als *market overt* qualifizierten.⁴

Von den neuzeitlichen Kodifikationen hatte zunächst das preussische Allgemeine Landrecht die Technik des Lösungsrechts aufgenommen.⁵ Der französische Code civil enthält die Regelung, dass derjenige, dem eine bewegliche Sache durch Diebstahl oder auf andere Weise verloren gegangen ist, diese noch drei Jahre lang auch von einem gutgläubigen Besitzer abfordern kann,

2007, 203 ff.; DERS., Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers abhanden gekommener Sachen in den europäischen Rechtsordnungen und das quotale Lösungsrecht, ZEuP 2007, 1006 ff.; in den Arbeiten ARMGARDTS finden sich umfassende Lit.-Nachweise; seither noch RALF MICHAELS, Stichwort „Erwerb vom Nichtberechtigten“, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. 1, Tübingen 2009, 451 ff. m.w.N.; s. auch KURT SIEHR, Verlust von Ansprüchen auf Herausgabe von Mobilien, in: Constanze Fischer-Czermak/Andreas Kletecka/Martin Schauer (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Welser, Wien 2004, 997 ff.

² HELMUT COING, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, München 1985, 296 ff.; s. seither vor allem BRUNO HUWILER, Vindikationsprinzip versus Hand wahre Hand, Dogmengeschichtliches zur Rechtfertigung des gutgläubigen Erwerbs, in: Clausdieter Schott/Claudio Soliva (Hrsg.), Nit anders denn liebs und guets. Petershauser Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Karl S. Bader, Sigmaringen 1986, 75 ff.; WERNER HINZ, Die Entwicklung des gutgläubigen Fahrnisserwerbs in der europäischen Rechtsgeschichte, ZEuP 1995, 398 ff.

³ ARTUR VÖLKL, Das Lösungsrecht von Lübeck und München. Ein Beitrag zur Geschichte der Fahrnisverfolgung, Wien 1991.

⁴ S. z.B. WILLIAM BLACKSTONE, Commentaries on the Laws of England, vol. 2, 1766, 449.

⁵ I 15 § 25 ff. pr. ALR.

jedoch nur gegen Erstattung des Kaufpreises, wenn der belangte Besitzer die Sache auf einer Messe, auf dem Markt, in einer öffentlichen Versteigerung oder von einem Kaufmann, der Sachen solcher Art gewöhnlich verkauft hat, erworben hatte.⁶ Hier gilt die Regelung nicht mehr nur für ganz bestimmte, regulierte Märkte; sie ist vielmehr verallgemeinert auf „Märkte“ generell. Die Bestimmungen des CC haben überaus stark auf die jüngeren Gesetzgebungen ausgestrahlt. Unter den kantonalen Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts war es zuerst diejenige Fribourgs (1850), die ein Lösungsrecht vorsah,⁷ dem folgte etwa die Zivilgesetzgebung des Wallis (1855)⁸ und das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch.⁹ (Andere Kantone liessen die Vindikation ohne diese Beschränkungen zu.) Das alte Obligationenrecht von 1881 hatte in Art. 206 bereits die Regelung, die bei der Schaffung des Zivilgesetzbuches als Art. 934 übernommen wurde. Grosse Bedeutung hat das Lösungsrecht bislang wohl nicht erlangt. Immerhin könnte die verlängerte, dreissigjährige Herausgabepflicht hinsichtlich Kulturgütern (Art. 934 Abs. 1bis ZGB), bei der das Lösungsrecht ebenfalls zum Tragen kommen kann,¹⁰ zu einer häufigeren Befassung mit der Problematik führen.

Die Beschränkung des Käuferschutzes auf den Marktkauf (oder vergleichbare Geschäfte) hat heute keine sonderliche Überzeugungskraft mehr. Auch in ganz anderen Erwerbssituationen kann der Käufer durchaus gutgläubig sein. Das Erfordernis des Erwerbs auf dem Markt tritt zu dem der Gutgläubigkeit ja hinzu. Es verwundert nicht, dass derartige Sonderregelungen im 20. Jahrhundert nicht wieder aufgestellt und teilweise abgebaut worden sind.¹¹ So privilegierte das niederländische Recht zunächst neben dem Markt- und Auktionskauf auch den Kauf in einem Laden, in welchem normalerweise Sachen dieser Art verkauft wurden; die letztgenannte Variante wurde 1919 gestrichen. Im englischen *Sale of Goods Act* wurde 1995 die Privilegierung des Kaufs auf dem „market overt“ (dem der Kauf in der City of London gleichgestellt war) beseitigt.¹² Blicken wir auf die Gegenwart, so stellt der *Draft Common Frame of Reference* einen materiell-rechtlichen Tatbestand für

⁶ Art. 2279, 2280 frz. CC.

⁷ S. ausf. URS FASEL, Auswirkungen der Revolutionen auf die sachenrechtliche Dogmatik in den Kantonen, in: Lukas Gschwend/René Pahud de Mortanges (Hrsg.), *Wirtschaftsgeschichte der Modernisierung in Mitteleuropa*, Zürich 2009, 28 ff., 33 f.; s. schon THEODOR BÜHLER, „Hand wahre Hand“ und sein Niederschlag im ZGB, ZSR 1973 I 55 ff.

⁸ Wie vorige Fn.

⁹ §§ 651 ff.

¹⁰ WOLFGANG ERNST, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar zum ZGB*, Band II, Art. 457–977 ZGB, 4. Aufl., Basel 2011, Art. 934 N 17i.

¹¹ Das Lösungsrecht passe nicht zur Rechtsscheinlehre, findet ARNOLD RUSCH, *Gutgläubiger Fahrnisserwerb als Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre*, Jusletter 28. Januar 2008.

¹² Durch den *Sale of Goods (Amendment) Act 1994*.

den redlichen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten auf.¹³ Voraussetzung ist ein entgeltliches Geschäft. Bei gestohlener Ware ist dieser Erwerb nur möglich, wenn der Absatz „in the ordinary course of business“ erfolgt. Der gutgläubige Erwerb von Kulturgütern ist ganz ausgeschlossen.

II. Von der Abwehr der Fahrnisverfolgung zum materiell-rechtlichen Erwerb des gutgläubigen Käufers

In der geschichtlichen Entwicklung des Schutzes gutgläubiger Erwerber hat *ein* grundlegender Wandel stattgefunden.¹⁴ Zunächst schützte man den Erwerber „aktionenrechtlich“, indem man ihm die Möglichkeit gab, die Fahrnisverfolgung des älteren Berechtigten (des bestohlenen Eigentümers) abzuwehren. Diese Art des Erwerberschutzes ist – als Beschränkung der Fahrnisverfolgung gegenüber dem geschützten Erwerber – auf das zweiseitige Verhältnis des klagenden Diebstahlsopfers zum beklagten Besitzer bezogen *und beschränkt*. Wenn der beklagte Besitzer in diesem Verhältnis den Vorzug erhielt, war (und ist bei Art. 934 Abs. 2 ZGB) damit eine Neuordnung des Eigentums nicht verbunden. In einer Entwicklung, die vor rund zweihundert Jahren – erstmals wohl mit dem österreichischen ABGB¹⁵ – begonnen hat, tendiert man immer öfter dazu, den redlichen Erwerb als einen materiell-rechtlichen Tatbestand (originären) Eigentumserwerbs aufzustellen.¹⁶

Das ZGB steht teilweise bereits auf dem Standpunkt des materiell-rechtlichen Erwerbs (Art. 714 Abs. 2, Art. 933 ZGB). Dabei lässt die Anordnung des Art. 714 Abs. 2 ZGB noch heute schön erkennen, wie sich die Vorstellung des materiell-rechtlichen Eigentumserwerbs aus der an der Prozesssituation orientierten Beschränkung der Besitzrechtsklage herausentwickelt hat. In Art. 934 Abs. 2 ZGB hat sich freilich noch die mehr aktionenrechtliche Sichtweise erhalten.¹⁷

Wenn im Folgenden Detailfragen des Art. 934 Abs. 2 ZGB behandelt werden, so geschieht dies auf der Grundlage des Vorverständnisses, wonach der materiell-rechtlichen Sichtweise so weit wie möglich der Vorzug zu geben ist.

¹³ Art. VIII.-3:101; s. dazu mit viel rechtsvergleichendem Material CHRISTIAN V. BAR/ERIC CLIVE (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Full Edition, Bd. V, München 2009, 482–4877; MICHAELS (Fn. 1), 453 f.; ARTHUR F. SALOMONS, On the Economics of Good Faith Acquisition Protection in the DCFR, in: Alessandro Somma (ed.), The Politics of the Draft Common Frame of Reference, 2009, 14 ff.

¹⁴ S. HELMUT COING, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, München 1985, 296 ff.; Bd. 2, München 1989, 398 ff.

¹⁵ § 367 öst. ABGB; dazu zuletzt, auch mit rechtsvergleichend-historischen Erläuterungen, ERNST KARNER, Gutgläubiger Mobiliarerwerb: Zum Spannungsverhältnis von Bestandsschutz und Verkehrsinteressen, Wien 2006.

¹⁶ Ausgeprägt in ADHGB Art. 306.

¹⁷ S. schon HANS HINDERLING, Der Anwendungsbereich der Besitzrechtsklage, Basel 1966, 9.

Es wäre ein Rückschritt, wenn man die aktionenrechtliche Sichtweise heute wieder bekräftigen wollte. Hierfür gibt folgende Überlegung den Ausschlag: Der Ansatz beim lokalen Marktgeschehen und auch die Technik der Vindikationsbeschränkung haben keinen inneren Rechtswert; sie verdanken sich dem Umstand, dass die „Regulatoren“ des örtlichen Marktgeschehens nicht den Regelungsanspruch, vielleicht auch nicht die Möglichkeit gehabt hatten, einen „materiell-rechtlichen“ Tatbestand des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten aufzustellen.

Sehen wir uns die Rechtsstellung des nach Art. 934 Abs. 2 ZGB geschützten Besitzers näher an. An erster Stelle muss hier eine Aussage stehen, die man in der Literatur schmerzlich vermisst: Wenn im Verhältnis eines früheren Besitzers zum jetzigen Besitzer die Besitzrechtsklage des früheren Besitzers nach Art. 934 Abs. 2 ZGB beschränkt wird, so muss dies auch für eine allfällige Vindikation¹⁸ des früheren Besitzers gelten. Der für den Auktions- resp. Marktkäufer etc. vorgesehene Schutz wäre illusorisch, wenn der Besitzer, der durch einen Diebstahl von seiner Sache getrennt worden ist, mit der Vindikation gegen den gutgläubigen Erwerber durchdringen würde. Man muss bedenken, dass die Schwierigkeiten hinsichtlich des Eigentumsnachweises, die in früheren Zeiten die Durchsetzung der Vindikation behindert haben mögen, heute kaum noch bestehen. Das bestehende Eigentum erfährt mithin durch einen nach Art. 934 Abs. 2 ZGB qualifizierten Erwerb eine – zumindest vorübergehende – *materiell-rechtliche* Beschränkung.¹⁹ Durch den von Art. 934 Abs. 2 ZGB erfassten Erwerbsvorgang ist die materiell-rechtliche Lage *umgestaltet* worden.

Nachdem der Tatbestand des Art. 934 Abs. 2 ZGB einmal verwirklicht ist, stellt sich die sachenrechtliche Lage wie folgt dar: Durch den Umsatz im qualifizierten Geschäft erhält der Erwerber eine das Eigentum des Berechtigten beschränkende Rechtsposition: Er muss sich die Sache nur noch gegen Erstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises abnehmen lassen. Besitzesrechtsklage und Vindikation sind ihm gegenüber nur noch in der Form zugelassen, dass der Eigentümer seine Sache gegen den Kaufpreisbetrag „austauscht“. Es geht wohl nicht zu weit, wenn man sagt, dass in Höhe des Kaufpreises die Sache wirtschaftlich schon dem Vermögen des Erwerbers zugeordnet ist; der Erwerber muss es sich lediglich gefallen lassen, dass die Sache in Natur gegen den Geldbetrag ausgetauscht wird, den sie ihn gekostet hatte. Ebenso ist das Eigentum nun gegenüber dem Besitzer auf die Möglichkeit reduziert, die Sache gegen Erstattung dieses Betrages herauszuverlangen. Ebenso, wie die

¹⁸ Art. 641 Abs. 2 ZGB.

¹⁹ Nach WIELAND (CARL WIELAND, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band 4, Sachenrecht, Zürich 1909, Art. 934 N 8 a.E.) sollte dem Besitzer wegen des Betrages seines Lösungsrechts ein Retentionsrecht nach Art. 895 ZGB zustehen; dies erscheint zweifelhaft, weil die Sache nicht mit dem Willen des Eigentümers in den Besitz des Erwerbers gekommen ist.

Sache wirtschaftlich schon dem Vermögen des Besitzers zugeordnet ist, ist sie als Vermögenswert schon aus dem Vermögen des Eigentümers ausgeschieden, denn wenn dieser sein Interesse, die Sache in natura zurückzuerhalten, durchsetzen will, muss er dafür deren Vermögenswert, wie er durch den Erwerbspreis bestimmt wurde, aufbringen. Mit der formellen Eigentümerposition kann der Eigentümer gegenüber dem geschützten Besitzer nurmehr ein allfälliges Affektionsinteresse – also ein *ideelles* Interesse – verwirklichen, aufgrund dessen ihm das Haben an der Sache in Natur wertvoller ist als der für sie aufgebrachte Geldbetrag. Nicht hinsichtlich der Sache als konkretem Rechtsobjekt, wohl aber hinsichtlich ihres Vermögenswertes ist im Fall des Art. 934 Abs. 2 ZGB der Eigentümer bereits „enteignet“. Im Unterschied hierzu betrifft die Enteignungsanordnung der Art. 714 Abs. 2, 933 ZGB das Eigentum *als Recht*. Die Anordnung des Art. 714 Abs. 2 ZGB erfasst die Sache als Rechtsobjekt und damit zugleich auch deren Vermögenswert. Im Fall von Art. 934 Abs. 2 ZGB verbleibt die Eigentümerposition noch bei dem Alteigentümer; wirtschaftlich betrachtet hat dieser aber bereits denselben Vermögensverlust erlitten wie im Fall des Art. 933 ZGB.

Wenn einmal der Tatbestand des Erwerbs nach Art. 934 Abs. 2 ZGB verwirklicht ist, wird das entstandene Lösungsrecht nicht in Frage gestellt, sollte der Erwerber von der Nichtberechtigung seines Vormannes Kenntnis erlangen oder nun erlangen müssen (Art. 3 Abs. 2 ZGB): die *mala fides superveniens* schadet nicht. Auch dies spricht für den Eintritt einer Änderung in der Sachenrechtslage.

III. Lösungsrecht und Singularsukzession

1. Fragestellung und Vorbemerkungen

Das Lösungsrecht nach Abs. 2 des Art. 934 ZGB ist an das Vorliegen bestimmter objektiver Erwerbsumstände gebunden. Die damit zusammenhängenden Fragen sollen im Folgenden ebenfalls nicht besonders behandelt werden. Zur Abkürzung wird hier vom „qualifizierten Erwerbsgeschäft“ gesprochen; gemeint ist jedes Geschäft, das von Art. 934 Abs. 2 ZGB erfasst ist. Auch Einzelfragen der Gutgläubigkeit werden im Folgenden nicht behandelt.

Wenn ein durch Lösungsrecht geschützter Erwerber die Sache weiterveräußert, inwiefern kommt dann der nächste Abnehmer in den Genuss des Lösungsrechts? Die Beantwortung der Frage wird dadurch erschwert, dass das Geschäft zwischen dem ersten Käufer und seinem Abnehmer wiederum ein qualifiziertes Erwerbsgeschäft sein kann; es kann aber auch ein Erwerb sein, der selbst nicht unter Abs. 2 fällt. Weiterhin kann der nächste Käufer seinerseits gutgläubig sein; ausnahmsweise mag aber der nächste Käufer bösgläubig sein, obschon der frühere Käufer in gutem Glauben erworben hatte.

Dem Lösungsrecht vorgeordnet ist die Unterscheidung zwischen gestohlenen (oder sonstwie abhanden gekommenen) Sachen und denen, die der bisherige Eigentümer freiwillig einem anderen anvertraut hat. Diese Unterscheidung, an deren rechtspolitischen Sinn man zweifeln kann, ist nicht Gegenstand der folgenden Betrachtungen.

2. Die Singularsukzession in die Stellung des geschützten Erwerbers als dogmatisches Problem im Übergang von aktionenrechtlichem zu materiell-rechtlichem Erwerberschutz

Der spannungsreiche Übergang von einem aktionenrechtlich bewirkten Erwerberschutz hin zum Erwerberschutz durch materiell-rechtlichen Eigentumserwerb spiegelt sich in kaum einer anderen Frage besser als in der der Sukzession in die Stellung des geschützten Erwerbers. Immer wieder findet sich in der Entwicklung die Streitfrage, ob denn, nachdem einmal ein Besitzer geschützt gewesen ist, dessen Nachfolger wieder ungeschützt der Fahrnisverfolgung ausgesetzt sein können. Vom aktionenrechtlichen Standpunkt war diese Frage ohne weiteres zu bejahen: Kam die Sache in die Hand eines neuen Besitzers, so musste für diesen erneut gefragt werden, ob er gegenüber der Vindikation/Fahrnisverfolgung des Berechtigten geschützt sein sollte. Prinzipiell gegensätzlich sieht es aus, wenn der Schutz des gutgläubigen Erwerbs dadurch bewirkt wird, dass ihm auf Kosten des bisherigen Eigentümers das Eigentum zugewiesen wird: Dieser Vorgang von Eigentumserwerb und Enteignung ist endgültig und dauerhaft; ein Singularrechtsnachfolger des Erwerbers erwirbt vom Berechtigten.²⁰ Auf seine Gut- oder Bösgläubigkeit kommt es deshalb nicht mehr an: Er erwirbt selbst dann, wenn er weiss, wie die Vorgeschichte der Sache verlaufen ist. So verhält es sich ja zweifelsfrei in den Fällen des Art. 714 Abs. 2, 933 ZGB.

3. Das abgeleitete Lösungsrecht und sein Inhalt

a) Die Sukzession in das Lösungsrecht

Nehmen wir zunächst den Fall, dass auf ein qualifiziertes Erwerbsgeschäft ein solches nachfolgt, das nicht die objektiven Voraussetzungen Art. 934 Abs. 2 ZGB erfüllt.²¹ Angesichts des Wortlauts („und jedem späteren gutgläubigen Erwerber“) kann kaum fraglich sein, dass der Letzterwerber, obschon er selbst nicht an einem qualifizierten Erwerbsgeschäft beteiligt war, in den Ge-

²⁰ S. z.B. für das preuss. Recht (dazu oben Fn. 5) HEINRICH DERNBURG, Lehrbuch d. Pr. Privatrechts, 2. Aufl., Halle 1879, Bd. 1, 576, 423 mit Fn. 22.

²¹ Zum Fall der Bösgläubigkeit des Nachmannes s. unten III. 7.

nuss des Lösungsrechts kommt.²² Dies scheint schon deswegen angezeigt, weil andernfalls sein Vorgänger, der qualifiziert erworben hatte, der Rechtsmängelhaftung seines Abnehmers ausgesetzt wäre; damit würde die Weiterveräußerung zum Verlust des Schutzes führen, den Art. 934 Abs. 2 ZGB dem gutgläubigen (qualifizierten) Erwerber zukommen lässt.

Wenn der vom bisherigen Eigentümer angesprochene zweite Käufer nicht selbst aufgrund eines qualifizierten Geschäfts erworben hat, kann es sich nur darum handeln, dass für ihn das in der Person seines Vormannes entstandene Lösungsrecht verfügbar ist. Dies bedeutet, dass das Lösungsrecht mit der Sache auf den nächsten Besitzer *übergeht*.²³ In diesem Fall mag man von einem „abgeleiteten“ Lösungsrecht sprechen, dem zur Verdeutlichung das Lösungsrecht, wie es dem Erwerber aufgrund des Umstands, das sein eigenes Erwerbsgeschäft sich als Geschäft nach Abs. 2 qualifiziert, als „originäres“ Lösungsrecht gegenübergestellt werden kann. Für die Ableitung des Lösungsrechts wird man wie für die *accessio temporis* nach Art. 941 ZGB²⁴ verlangen, dass der Nachfolger den Besitz durch Übergabe (oder Erbgang) erwirbt; bei Besitzverlust und Fund überträgt sich das Lösungsrecht nicht auf den Finder. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der einmalige objektive Durchgang durch ein qualifiziertes Umsatzgeschäft nicht genügt, damit der nachfolgende Erwerber in den Genuss des Lösungsrechts kommt; vielmehr muss dazu derjenige, der in diesem qualifizierten Geschäft erworben hat, guten Glaubens gewesen sein.²⁵ Es ist unabdingbar, dass das schützende Lösungsrecht in der Person des Vorgängers tatsächlich entstanden ist;²⁶ auch dies entspricht der Sukzessionsvorstellung.²⁷

Wenn die Ableitung (der „Übergang“) des Lösungsrechts von Rechtsprechung und Lehre anerkannt wird, so setzt sich insoweit die materiellrechtliche gegenüber der aktionenrechtlichen Sichtweise durch: Die geschützte Position, die der Vormann innehatte, weil er in einem qualifizierten Erwerbsvorgang gekauft hatte, überträgt sich auf seinen Nachfolger, obschon bei diesem die Voraussetzungen für einen Schutz nach Art. 934 Abs. 2 ZGB nicht nochmals erfüllt sind. Bei einer streng aktionenrechtlichen Betrachtungsweise könnte man hierzu nicht kommen, weil danach nur und stets je-

²² So schon für Art. 206 aOR A. SCHNEIDER/H. FICK, Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1882, Art. 206 N 1.

²³ So schon OSTERTAG, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV – Sachenrecht, 1. Aufl., Bern 1912, Art. 934 N 35.

²⁴ ERNST (Fn. 10), Art. 941 N 4.

²⁵ ERNST (Fn. 10), Art. 934 N 22 a.E.

²⁶ Es genügt nicht, dass die objektiven und die subjektiven Tatbestandserfordernisse getrennt bei aufeinanderfolgenden Erwerbem erfüllt wurden.

²⁷ Das französische Recht, auf das Art. 934 Abs. 2 ZGB zurückgeht, erkennt diese Sukzessionsvorstellung übrigens nicht an, weil Art. 2280 CC verlangt, dass der *possesseur actuel* auf dem Markt etc. erworben hat.

weils neu die Tatbestände der Besitzrechtsklage zwischen dem früheren Besitzer (Eigentümer) und dem aktuellen Besitzer entscheiden dürften.

b) Der Inhalt des abgeleiteten Lösungsrechts

Welcher Preis kommt für das abgeleitete Lösungsrecht in Anschlag? In Betracht kommen der im qualifizierten Erwerbsgeschäft entrichtete Preis und der, der im nachfolgenden, nichtqualifizierten Geschäft entrichtet wurde. OSTERTAG hatte sich schon 1912 dafür ausgesprochen, dass derjenige, auf den das Lösungsrecht seines Vormannes übergegangen ist, nicht den von diesem gezahlten Preis, sondern den allenfalls höheren Preis für den eigenen Erwerb verlangen dürfe.²⁸ Diese Sichtweise hat auch einmal das Bundesgericht zugrunde gelegt,²⁹ wobei es sich um ein *obiter dictum* handelte.

Geht man davon aus, dass es sich um die Überleitung eines in der Person des Vormannes begründeten Rechts handelt, so sollte das abgeleitete Lösungsrecht durch den Preis bestimmt bleiben, den derjenige gezahlt hat, für den das Lösungsrecht erstmals entstanden ist. Hierdurch ist meines Erachtens nämlich die Besitz- und Eigentumsposition des bestohlenen Eigentümers materiell alteriert worden: Das Eigentumsrecht hat sich gegenüber dem geschützten Besitzer auf die Befugnis reduziert, die Sache gegen eine bestimmte Ersatzleistung in Geld „auszulösen“. Wenn man die Erstreckung des Erwerberschutzes auf den Singularnachfolger bejaht, wie es allgemein befürwortet wird, so sollte der Singularnachfolger genau diejenige Position übernehmen, die sein Auktor innegehabt hatte. Diese besteht in dem Recht, die Sache dem Eigentümer vorenthalten zu dürfen, solange dieser nicht den im qualifizierten Erwerbsvorgang aufgebrauchten Preis erstattet. Während sich die Lösung, dass das vorangegangene qualifizierte Erwerbsgeschäft dem geschützten Besitzer eine Rechtsposition verleiht, die dieser weitergeben kann, als Sukzessionsvorgang verstehen lässt, passt die Ansicht der überwiegenden Meinung nicht recht zu einer Sukzession: Nach der herrschenden Meinung führt das erstmalige qualifizierte Erwerbsgeschäft dazu, dass der (gutgläubige) Nacherwerber ein Lösungsrecht nach Massgabe seines eigenen Schutzinteresses erhält; dies aber ist nicht als Sukzessionsregelung zu erfassen. Im Sinne der überwiegenden Meinung verstanden, enthält Art. 934 Abs. 2 ZGB folgenden Rechtssatz: Wenn einmal ein gutgläubiger qualifizierter Erwerb nach Art. 934 Abs. 2

²⁸ OSTERTAG (Fn. 23), Art. 934 N 35; ebenso FRANÇOIS GUIBAN, La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière, 1970, 132; EMIL W. STARK, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 3. Abt., 1. Teilbd. – Der Besitz, 3. Aufl., Bern 2001, Art. 934 N 43 m.w.N. Manche Autoren sind der Ansicht, zu Art. 206 aOR hätte man das Gegenteil annehmen müssen. Dies trifft so nicht zu. Der Wortlaut schon des Art. 206 aOR liess beide Deutungen zu. Im Ergebnis wie OSTERTAG auch ARTHUR HOMBERGER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 3. Abt., 2. Aufl., Zürich 1938, Art. 934 N 28.

²⁹ BGE 71 II 90, 93.

ZGB stattgefunden hat, erhält jeder spätere gutgläubige Erwerber den Schutz des Art. 934 Abs. 2 ZGB, unabhängig davon, ob auch sein Erwerb die besonderen Anforderungen dieser Bestimmung erfüllt.³⁰ Sicherlich ist eine solche Regelung nicht undenkbar. Es ist aber schwer zu verstehen, warum der Vorfall eines qualifizierten Erwerbs beim Vormann zu einer tatbestandlichen Erleichterung für den Erwerb eines Lösungsrechts durch den gutgläubigen Nachmann führen sollte. Demgegenüber fügt es sich, wenn die Übertragung des Sachbesitzes im Sinne einer Sukzession auch dessen besonderen Schutzstatus miterfasst.

Es steht ausser Frage, dass ein *Universalsukzessor* des Erwerbers in dieselbe Rechtsposition einrückt; dies hängt nicht davon ab, ob der *Universalsukzessor* gutgläubig ist. Für den *Singularsukzessor* sollte es sich im Grundsatz ebenso verhalten: Er übernimmt mit der Sache die Rechtsposition, die der Vormann durch qualifizierten Erwerb für sich gewonnen hatte. Zu dieser Rechtsposition gehört auch, gegen welchen genauen Geldbetrag der Eigentümer/frühere Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen kann. Wenn der Nacherwerber nicht seinerseits in einem qualifizierten Erwerbsvorgang erwirbt, besteht meines Erachtens kein Grund, dass sich dieser Betrag ändert. In den Fällen, in denen das Gesetz nicht auch dem Nacherwerber einen eigenständigen Schutz nach Art. 934 Abs. 2 ZGB gewährt, ist auch kaum einzusehen, warum das Recht des Eigentümers, der seine Sache nurmehr gegen einen bestimmten Geldbetrag „austauschen“ kann, durch eine allfällige Erhöhung dieses Betrages weiter eingeschränkt werden sollte. Es verhält sich meines Erachtens also entgegen OSTERTAG und denen, die ihm folgen, nicht so, dass das abgeleitete Lösungsrecht mit einem später gezahlten höheren Preis kombiniert werden könnte. Es ist durch das frühere Erwerbsgeschäft, auf das es sich bei seiner Entstehung bezog, geprägt, und es erleidet später keine Inhaltsänderungen.³¹

Wenn der beklagte Besitzer die Sache zu einem höheren Preis gekauft hat, als in dem vorangegangenen qualifizierten Erwerbsgeschäft gezahlt worden war, erhält er freilich, wenn sich das Lösungsrecht auf den niedrigeren, im vorangegangenen qualifizierten Erwerbsgeschäft vereinbarten Preis beschränkt, seinen Kaufpreis nur teilweise vom Eigentümer / früheren Besitzer ersetzt. Wegen des nichtgedeckten Teils muss er sich im Wege der Rechtsmängelhaftung an seinen Vormann halten.³² Dieser freilich war gegenüber dem Eigentümer auch nur in der Höhe des niedrigeren Betrages gedeckt; was er nun seinem Vertragspartner herausgeben muss, ist nur der überschüssende

³⁰ So, besonders klar, VIRGILE ROSSEL/FREDERIC-HENRI MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*. 2e (dernière) ed., Lausanne 1922, Bd. 3, 298.

³¹ Unberührt bleibt die Möglichkeit eines Nacherwerbers, in seiner Person ein originäres Lösungsrecht zu begründen, dazu unten III. 6.

³² Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 OR; zum Verhältnis von Art. 934 Abs. 2 ZGB und der Rechtsmängelhaftung s. ERNST (Fn. 10), Art. 934 N 26 m.w.N.

Betrag, den er durch die Weiterveräußerung meinte erzielt zu haben. Es ist auch nicht ungewöhnlich, dass der gutgläubige Erwerber zusätzlich zur Geltendmachung des Lösungsrechts auf die Rechtsmängelhaftung rekurren muss: Mit der „Vergütung“ erhält der Käufer keinen Ersatz für eine nachfolgende Wertsteigerung der Sache,³³ so dass der Käufer insoweit auf Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR angewiesen ist.

Wenn der beklagte Besitzer die Sache zu einem niedrigeren Preis gekauft hat als sein Vormann im qualifizierten Erwerb, erhält er nach dem hier vertretenen Ansatz „mehr“, als er selbst bezahlt hatte. Meines Erachtens ist es nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er auf der Leistung des vollen Betrages besteht. Er ist auch nicht gegenüber seinem Verkäufer ungerechtfertigt bereichert. Es macht sich nur bemerkbar, dass der jetzige Besitzer günstiger gekauft hat als sein Vormann; dieser Umstand gibt keine Veranlassung, den Vormann beim jetzigen Besitzer eine ungerechtfertigte Bereicherung abschöpfen zu lassen.³⁴

4. Abgeleitetes Lösungsrecht aufgrund unentgeltlichen Erwerbs?

Ob die Art. 933 f. ZGB auch einen gutgläubigen unentgeltlichen Erwerber schützen, ist bekanntlich umstritten.³⁵ Diese Frage soll hier nicht allgemein behandelt werden. Unabhängig davon, ob man mit der wohl h.M. davon ausgeht, dass ein Erwerb nach Art. 714 Abs. 2, 933 ZGB auch für den unentgeltlichen Erwerber möglich ist, kommt jedenfalls die originäre Entstehung eines Lösungsrechts für einen unentgeltlichen Erwerber *nicht* in Betracht: Dieser zahlt ja gerade keinen Preis für die Sache und es müssen wohl auch schon die objektiven Tatbestände des Art. 934 Abs. 2 ZGB so verstanden werden, dass es jeweils um entgeltlichen Erwerb geht.³⁶ Was aber, wenn jemand in einem qualifizierten (entgeltlichen) Geschäft erworben hat und anschliessend die Sache, hinsichtlich derer er den Schutz des Art. 934 Abs. 2 ZGB genießt, verschenkt? Dem hier vertretenen Ansatz entspricht es, dass auch der gutgläubige Beschenkte die Sache nur gegen Erstattung des vom Schenker gezahlten Kaufpreises herausgeben muss. Gegenstand der Schenkung ist die Sache in dem Zustand, wie sie sich im Vermögen des Schenkers befindet, und dazu gehört, dass die Sache dem Eigentümer nur im Gegenzug um Zahlung

³³ ERNST (Fn. 10), Art. 934 N 24.

³⁴ Auch ein stellvertretendes commodum kommt dem Gläubiger über sein verletztes Obligationeninteresse hinaus zugute, ohne dass man darin eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Schuldners sehen würde.

³⁵ Zuletzt, mit umf. Nachw., SUSAN EMMENEGGER, Schenkung und Gutgläubensschutz, in: Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler, Bern 2007, 219 ff.

³⁶ Eine Schenkung kann nicht auktionenweise erfolgen; es gibt keinen Markt für Schenkungen; Kaufmänner, die mit Ware gleicher Art „handeln“, verschenken nicht.

des Geldbetrages, der durch die Preisvereinbarung des früheren qualifizierten Geschäftes bestimmt wird, herausgegeben werden muss.³⁷

5. Die Ableitung des Lösungsrechts bei Sachübertragung zu beschränktem dinglichem Recht

Der vorstehend entwickelte Ansatz lässt sich bruchlos auf den Fall erstrecken, dass derjenige, der mittels qualifizierten Erwerbsgeschäfts in den Besitz gekommen ist, die Sache einem Gutgläubigen verpfändet. Nimmt der frühere Besitzer (Eigentümer/Diebstahlsopfer) hier den Pfandgläubiger/-besitzer auf die Herausgabe in Anspruch, so kann dieser die Herausgabe von der Zahlung des *vom Verpfänder gezahlten Kaufpreises* abhängig machen.³⁸ Man muss sich also gar nicht fragen, worin die „Vergütung“ besteht, die der Pfandgläubiger aufgewandt hat, um das Pfand zu erwerben. Entsprechendes gilt, wenn der nächste Besitzer die Sache zur Errichtung einer Nutzniessung erhalten hat. Wenn der „Nutzniesser“ auf Herausgabe in Anspruch genommen wird, kann er auf Zahlung desjenigen Betrags bestehen, den sein Auktor, der vermeintliche Eigentümer, in seinem von Art. 934 Abs. 2 ZGB geschützten Geschäft gezahlt hatte. In diesen Fällen erschiene eine Alterierung des Lösungsbetrages auch deshalb zweifelhaft, weil Pfandgläubiger und Nutzniesser nur unselbständige Besitzer sind und sich die Herausgabeklage auch gegen den Verpfänder als selbständigen Besitzer richten kann; in diesem Fall kommt als Lösungsbetrag nur der von diesem entrichtete Kaufpreis in Betracht.³⁹ Der (vermeintliche) Pfandgläubiger resp. (vermeintliche) Nutzniesser dürften gegenüber ihrem Vertragspartner, der versucht hat, ihnen das beschränkte dingliche Recht zu errichten, verpflichtet sein, die Sache nur gegen Zahlung des Lösungsbetrags herauszugeben.⁴⁰ – Wird ein Mieter auf Sachherausgabe

³⁷ A.A. BGE 71 II 90, 93.

³⁸ So zutr. WIELAND (Fn. 19), Art. 934 N 8 a.E.; HOMBERGER (Fn. 28), Art. 934 N 31 ff.; MARTIN BUSINGER/ROBERT LAUKO, Die gestohlene Uhr: Lizentiatsklausur im Privatrecht II, Ius Full 2010, 24 ff., a.A. (Höhe der Pfandforderung/Verkehrswert); DIETER ZOBL-/CHRISTOPH THURNHERR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV/2/5.1 – Das Sachenrecht. Systematischer Teil und Art. 884-887, Bern 2010, Art. 884 N 893 ff.; KARL OFTINGER/ROLF BÄR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, Bd. IV/2 c – das Fahrnispfand, 3. Aufl., Zürich 1981, Art. 884 N 373.

³⁹ Nicht unstr.; ZOBL/THURNHERR (Fn. 38), Art. 884 N 896 weisen darauf hin, dass ein Herausgabeurteil gegenüber dem unselbständigen Besitzer nur bei vorheriger Streitverkündung wirke; in den Prozess einbezogen, könne er seine eigenen Ansprüche geltend machen. Die Einbeziehung des unmittelbaren besitzenden „Pfandgläubigers“ würde danach den Lösungsbetrag (und dessen Gläubiger) verändern; es erscheint fraglich, ob die Litisdenunziation/Nebenintervention eine derartige Änderung im materiellen Recht hervorrufen kann.

⁴⁰ Auf die Folge, wonach sich ein (irreguläres) Pfandrecht surrogationsweise an dem Geldbetrag fortsetzt, soll hier nicht vertieft eingegangen werden; ZOBL/THURNHERR (Fn. 38), Art. 884 N 896; s. auch BARBARA LINDENMANN, Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers, Bern 2010, 161 f.

in Anspruch genommen, dessen Vermieter in einem qualifizierten Geschäft kraft guten Glaubens ein Lösungsrecht erworben hatte, so sollte sich der Mieter auf das Lösungsrecht seines Vermieters berufen können.⁴¹ In diesem Fall liegt jedoch keine Sukzession in das Lösungsrecht vor, da der Vermieter sein Lösungsrecht nicht verliert; vielmehr ist dem Mieter gestattet, das fremde Lösungsrecht zur eigenen Verteidigung geltend zu machen. Es versteht sich, dass sich hier der Betrag nicht nach dem Mietzins richtet, sondern nach dem vom Vermieter gezahlten Preis. Nach der hier vertretenen Ansicht verhält es sich in den Fällen der Sachübergabe zu Pfand oder Nutzniessung genauso. Wenn man annehmen wollte, der „Nutzniesser“ sei Inhaber eines abgeleiteten, nach seinem eigenen Schutzinteresse neu bemessenen Lösungsrechts (was hier verneint wird) – müsste man ihm dann nicht, wie dem Mieter, erlauben, sich wahlweise auf das Lösungsrecht desjenigen zu berufen, der ihm die Nutzniessung zu bestellen versucht hat?

Es ist eine andere Frage, welche Rechtsposition sich ergibt, wenn ein Gutgläubiger die gestohlene Sache zum Erwerb des Pfandrechts oder der Nutzniessung vom Nichtberechtigten in einem Erwerbsvorgang erhält, der als solcher dem Art. 934 Abs. 2 ZGB unterfällt. Dabei geht es um eine *originäre* Entstehung eines Lösungsrechts zugunsten von Pfandgläubiger oder Nutzniesser.

Man kann sich hier schon fragen, ob die objektiven Tatbestände des Art. 934 Abs. 2 ZGB überhaupt auf die Errichtung beschränkter dinglicher Rechte zugeschnitten sind: Pfandrechte und Nutzniessungen an Fahrnis werden für gewöhnlich nicht öffentlich versteigert oder auf dem Markt gehandelt; ebenso kann man fragen, ob der „Handel“ mit Waren der gleichen Art nicht lediglich auf die Erfassung von Umsatzgeschäften abzielt.⁴² Hält man einen qualifizierten Erwerbsvorgang bei der Begründung von beschränkten dinglichen Rechten für ausgeschlossen, bliebe bei (unwirksamer) Pfand- und Nutzniessungsbestellung – wenn nicht zuvor ein qualifizierter Erwerb vorangegangen war – die Rückforderung während der Frist des Art. 934 Abs. 1 ZGB unbeschränkt von jedem Lösungsrecht möglich; nach Ablauf der fünf Jahre des Abs. 1 wäre der Herausgabeanspruch verwirkt und damit der gutgläubige Pfandgläubiger resp. Nutzniesser kraft guten Glaubens geschützt.⁴³ Die Annahme, ein gutgläubiger Pfandgläubiger, der die Sache vom Nichtberechtigten zum „Pfand“ hat, erhalte bis zur Verwirkung der Fahrnisklage zwar kein Pfandrecht, aber doch ein sein Sicherungsinteresse schützendes Lösungsrecht, wäre vielleicht

⁴¹ ERNST (Fn. 10), Art. 934 N 25 m.w.N.

⁴² Differenzierend ZOBL/THURNHERR (Fn. 38), Art. 884 N 892.

⁴³ Wird indes das Pfand während dieser fünf Jahre verwertet, kann der Pfandverkauf ein nach Art. 934 Abs. 2 ZGB geschütztes Geschäft sein. Insofern wird der gutgläubige „Pfandgläubiger“, wenn es zur Verwertung gekommen ist, wenn es also für ihn auf die Pfandsicherung ernsthaft angekommen ist, in den allermeisten Fällen in den Genuss der Pfandwirkung kommen.

einmal zu überprüfen. Wenn man hier anders entscheiden würde, entfielen auch die leidige Streitfrage, welcher Betrag in einem solchen Fall (während des Laufs der fünf Jahre) das Lösungsrecht bestimmen sollte.⁴⁴

Diese Fragen beschlagen indes nicht die eigentliche Sukzessionsproblematik und sollen daher an dieser Stelle nicht vertieft werden.

6. Zusammentreffen von abgeleitetem und originärem Lösungsrecht

Der Übergang des Lösungsrechts kann es nicht ausschliessen, dass der jetzige Besitzer seinerseits aufgrund eines privilegierten Geschäfts erworben hat, das schon für sich genommen ein Lösungsrecht für ihn begründet. Dieses Lösungsrecht aus eigenem Recht kann ihm das abgeleitete Lösungsrecht nicht entziehen, wie auch umgekehrt das abgeleitete Lösungsrecht nicht die Entstehung eines eigenen Lösungsrechts ausschliessen kann. Die Folge kann nur sein, dass das abgeleitete und das aus eigenem Recht erworbene Lösungsrecht nebeneinander bestehen. Der Besitzer hat das Wahlrecht, auf welches Lösungsrecht er sich berufen will. Man könnte von einer Konkurrenz der Lösungsrechte sprechen. Da die Lösungsrechte einen unterschiedlichen Inhalt haben (aber auch hinsichtlich des Beweises und/oder der Rechtslage unterschiedlich „sicher“ sein können), muss stets das abgeleitete Lösungsrecht von dem aus eigenem Recht erworbenen Lösungsrecht unterschieden werden.

Es ist auch möglich, dass die Sache nochmals weiterveräussert wird, nachdem bereits zwei Lösungsrechte entstanden sind. Diese Lösungsrechte gehen dann – mitsamt dem Rechte, zwischen ihnen zu wählen – beide auf den Erwerber über, der seinerseits, wenn es sich auch für ihn um ein qualifiziertes Erwerbsgeschäft handelt, nochmals ein originäres Lösungsrecht erwerben und – dann wiederum wahlweise – geltend machen kann.

7. Bösgläubiger Nacherwerber nach Entstehen eines Lösungsrechts

Wie verhält es sich, wenn die Sache an einen bösgläubigen Erwerber veräussert ist, nachdem bereits ein Lösungsrecht entstanden ist? Das Bundesgericht⁴⁵ bejaht dies im Einklang mit der Lehre. Hierfür kann man sich auf den Wortlaut des Art. 934 Abs. 2 ZGB stützen. Freilich ist der Normtext sehr gedrängt und vereinfacht; insofern ist das Wortlautargument vielleicht nicht ganz zwingend. Man sollte daher fragen, welche Sachgründe dafür oder dagegen sprechen, dem bösgläubigen Nacherwerber das Lösungsrecht abzusprechen. Für die mit einer Vindikationsbeschränkung arbeitenden Markt- und Rechtsordnungen war es nur konsequent, die Voraussetzungen für den

⁴⁴ ZOBL/THURNHERR (Fn. 38), Art. 884 N 893 f.

⁴⁵ BGE 103 II 186, 189.

Entscheid zwischen dem früheren Besitzer (Eigentümer) und dem aktuellen Besitzer aufs Neue zu ermitteln. Je mehr sich indes der Erwerberschutz einem materiellen Rechtserwerb annäherte, desto eher erschien die Weitergabe der erworbenen Rechtsposition denkbar, die von der Bös-/Gutgläubigkeit des nächsten Erwerbers unabhängig sein musste. Wir finden die Entwicklung daher von der immer wiederkehrenden, charakteristischen Streitfrage begleitet, ob denn, nachdem einmal ein Besitzer geschützt gewesen ist, dessen Nachfolger wieder ungeschützt der Fahrisverfolgung ausgesetzt sein können.⁴⁶ Das ZGB steht auf der Schwelle zwischen der „aktionenrechtlichen“ Beschränkung der Fahrisverfolgung und der Anerkennung eines regelrechten Rechtserwerbs kraft guten Glaubens, wie er durch Art. 933 i.V.m. Art. 714 Abs. 2 ZGB erfolgt. Wenn es sich bei einer neueren Sicht darum handelt, dass der Erwerber, der seinerseits nicht durch qualifiziertes Erwerbsgeschäft erworben hat, einen abgeleiteten Schutz erhält, sollte dieser Schutz, in den er gleichsam sukzediert, von der eigenen Gut- oder Bösgläubigkeit eigentlich nicht mehr abhängen. Man mag bedenken, dass der Nacherwerber schon dann bösgläubig ist, wenn der nach Art. 934 Abs. 2 ZGB geschützte Besitzer die eigene Rechtslage durchschaut und sie redlich dem Erwerber offengelegt hat.⁴⁷ Der geschützte Besitzer kann daher seine Rechtsposition nur weitergeben, wenn diese in der Beziehung zum nächsten Käufer nicht zur Sprache kommt. Es bestünde ein Anreiz zur unredlichen Weiterveräußerung. Wäre es demgegenüber nicht konsequent, auch dem bösgläubigen Nacherwerber das Lösungsrecht seines Vormannes zuzusprechen? Wenn man sich durch den Wortlaut an dieser Handhabung des Gesetzes gehindert sieht, dann sollte man wenigstens annehmen, dass mit dem Sachbesitz an sich auch das Lösungsrecht auf den bösgläubigen Nacherwerber übergeht, dass dieser sich aber auf das Lösungsrecht nicht berufen kann (Gedanke des Rechtsmissbrauchs).

Nur für den Fall, dass man bei der Ansicht bleibt, der bösgläubige Nacherwerber könne sich auf das bei seinem Vormann entstandene Lösungsrecht nicht berufen, stellt sich die folgende Frage: Wenn der Bösgläubige die Sache in einem nichtqualifizierten Geschäft an einen Gutgläubigen weiterveräußert (der also ein Lösungsrecht nicht originär erwerben kann) – kann sich dann dieser gutgläubige Käufer auf ein Lösungsrecht berufen, das *vor* dem Zwischenerwerb durch den Bösgläubigen bestanden hatte? Dies ist zu bejahen. Wenn man das ZGB so auslegen will, dass es den Bösgläubigen hindert, sich auf das Lösungsrecht zu berufen, so sollte dies doch einem späteren, gutgläubigen Nachmann nicht schaden. Der Zwischenerwerb durch einen Bösgläubigen hätte sonst die Wirkung, das bereits entstandene Lösungsrecht wieder

⁴⁶ S. als Beispiel für die vordringende materiell-rechtliche Sichtweise DERNBURG (Fn. 20), 576, 423 mit Fn. 22.

⁴⁷ Der gute Glaube ist auf die Berechtigung des Veräußerers zu beziehen, über die Sache zu verfügen; BGE 103 II 186, 188 m.w.N.

„abzustreifen“. Es besteht kein Grund, das Lösungsrecht nach dem Zwischen-
erwerb durch den Bösgläubigen für endgültig gelöscht zu halten.

8. Nachbemerkung

Es ist eine Folge der noch nicht vollends abgestreiften aktionsrechtlichen Sichtweise, dass das Lösungsrecht nur einredeweise geltend gemacht werden kann.⁴⁸ Gerade in den Fällen eines abgeleiteten Lösungsrechts ist es leicht denkbar, dass der Besitzer erst nach der Herausgabe an den Bestohlenen/Eigentümer erfährt, dass einer seiner Vormänner sich für den Schutz nach Art. 934 Abs. 2 ZGB qualifiziert hatte. Ob man in diesem Fall nicht doch einen Bereicherungsanspruch gegen den Eigentümer anerkennen sollte, der seine Sache ohne Zahlung des Auslösungsbetrages erhalten hat?

IV. Schluss

Das Lösungsrecht ist als Regelungstechnik historisch überholt.⁴⁹ Der Umstand, dass Einzelheiten des Vertragsverhältnisses zwischen dem nichtberechtigten Veräußerer und dem gutgläubigen Erwerber in die Fahndungsverfolgung seitens des bestohlenen Eigentümers übertragen werden müssen, führt von jeher zu unerspriesslichen Verkomplizierungen ohne inneren Rechtswert. In der Handhabung des Lösungsrechts geht es nicht ohne Spitzfindigkeiten ab. Dies hat sich auch in der vorstehenden Untersuchung gezeigt. Der Umstand, dass die juristische Überzeugungskraft des Lösungsrechts heute begrenzt ist, erschwert die Behandlung von Detailfragen: Wo schon der Grundgedanke brüchig erscheint, wird auch das Weiterdenken in die juristischen Einzelheiten mit Zweifeln belastet bleiben. Nachdem wir das Lösungsrecht aber nun einmal haben, müssen wir auch die damit auftretenden Rechtsprobleme lösen.

⁴⁸ S. statt aller: ERNST (Fn. 10), Art. 934 N 27.

⁴⁹ A.A. ARMGARDT (Fn. 1), 1006 ff.