Urteilskopf

120 II 191

36. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. Juni 1994 i.S. H. gegen A. Versicherungen (Berufung)
Regeste (de):
Bösgläubiger Besitz einer beweglichen Sache; besitzesrechtlicher Schadenersatzanspruch infolge bösgläubigen Besitzes; Subrogation in die Verantwortlichkeitsansprüche (Art. 934 Abs. 1 und Art. 940 Abs. 1 ZGB; Art. 72 Abs. 1 VVG).

Der besitzesrechtliche Schadenersatzanspruch des Berechtigten gegenüber dem bösgläubigen Besitzer besteht neben dem Anspruch auf Herausgabe der Sache; er ist quasi-akzessorischer Natur und kann immer dann geltend gemacht werden, wenn der Herausgabeanspruch gegeben ist oder einmal gegeben war. Der Berechtigte kann die Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber jedem Herausgabepflichtigen für die Zeit geltend machen, während der dieser die Sache in bösem Glauben besitzt oder besessen hat. Vorenthaltung im Sinne von Art. 940 Abs. 1 ZGB setzt grundsätzlich nicht voraus, dass die Sache vom Berechtigten bereits herausverlangt worden ist. Es genügt vielmehr, dass eine Pflicht zur Herausgabe besteht (E. 3c/aa).

Die Anwendung von Art. 940 Abs. 3 ZGB, wonach der Besitzer nur für den Schaden haftet, den er verschuldet hat, solange ihm nicht bekannt ist, an wen er die Sache herausgeben soll, ist ausgeschlossen, wenn der bösgläubige Besitzer den Berechtigten mittels nach Treu und Glauben zumutbarer Ermittlungen ohne weiteres ausfindig machen kann (E. 3c/cc).

Die Verantwortlichkeitsansprüche aus Art. 940 Abs. 1 ZGB sind ausservertraglicher, nicht quasi-kontraktueller Natur. Sie fallen daher unter Art. 72 Abs. 1 VVG (E. 4c).

Regeste (fr):
Possession de mauvaise foi d'une chose mobilière; prétention en dommages-intérêts consécutive à la possession de mauvaise foi; subrogation dans les prétentions en responsabilité (art. 934 al. 1 et art. 940 al. 1 CC; art. 72 al. 1 LCA).

La prétention en dommages-intérêts contre le possesseur de mauvaise foi existe à côté de la prétention en restitution de la chose; elle est de nature quasi-accessoire, et peut être invoquée chaque fois que la prétention en restitution existe ou a existé une fois. L'ayant droit peut faire valoir ses prétentions en responsabilité contre tous ceux qui sont tenus à restitution, pour le temps durant lequel ces derniers détiennent ou ont détenu la chose de mauvaise foi. L'indue détention, au sens de l'art. 940 al. 1 CC, ne suppose pas que la chose ait déjà été réclamée par l'ayant droit; une obligation de restituer suffit (consid. 3c/aa).

L'application de l'art. 940 al. 3 CC, aux termes duquel le possesseur de mauvaise foi ne répond que du dommage causé par sa faute aussi longtemps qu'il ignore à qui la chose doit être restituée, est exclue lorsque le possesseur de mauvaise foi peut découvrir sans difficulté l'ayant droit par les investigations qu'on peut, de bonne foi, exiger de lui (consid. 3c/cc).

Les prétentions en responsabilité découlant de l'art. 940 al. 1 CC sont de nature extracontractuelle et non quasi contractuelle; elles tombent dès lors sous le coup de l'art. 72 al. 1 LCA (consid. 4c).

Regesto (it):
Possesso in malafede di una cosa mobile; pretesa di risarcimento danni in seguito al possesso in malafede; surrogazione nelle pretese di responsabilità (art. 934 cpv. 1 e art. 940 cpv. 1 CC; art. 72 cpv. 1 LCA).

La pretesa di risarcimento, fondata sul possesso, contro il possessore in malafede sussiste parallelamente alla pretesa di restituzione della cosa; essa è di natura quasi-accessoria e può sempre essere fatta valere quando esiste o esisteva la pretesa di restituzione. L'avente diritto può far valere le pretese di responsabilità contro chiunque aveva un obbligo di restituzione per il periodo di tempo durante il quale quest'ultimo possiede o possedeva la cosa in malafede. L'illecita detenzione ai sensi dell'art. 940 cpv. 1 CC non presuppone, in linea di principio, che l'avente diritto abbia già domandato la restituzione della cosa. È piuttosto sufficiente che esista un obbligo di restituzione (consid. 3c/aa).

Se il possessore in malafede può scoprire l'avente diritto senza difficoltà con indagini che si possono in buona fede da lui esigere, è esclusa l'applicazione dell' art. 940 cpv. 3 CC, secondo cui il possessore risponde unicamente per i danni cagionati per sua colpa, fintanto che egli non sa a chi deve restituire la cosa (consid. 3c/cc).

Le pretese di responsabilità derivanti dall'art. 940 cpv. 1 CC sono di natura extracontrattuale e non di natura quasi-contrattuale. Esse rientrano quindi nel campo di applicazione dell'art. 72 cpv. 1 LCA (consid. 4c).

Sachverhalt ab Seite 192

BGE 120 II 191 S. 192

A.- M. G. hatte bei der M.-B. C. AG einen Mercedes 300 CE geleast, der durch Kollektivpolice bei den A. Versicherungen kaskoversichert war. Der Wagen wurde am 25. Oktober 1989 gestohlen und gleichentags R. H. verkauft. Nachdem dieser am 2. November 1989 sichere Kenntnis vom Diebstahl des Mercedes erlangt hatte, übergab er den Wagen am 10. November 1989 oder später P. D., an den er ihn weiterverkauft hatte. Die A. Versicherungen entschädigten die M.-B. C. AG für den Verlust des Fahrzeugs mit Fr. 77'624.50.

BGE 120 II 191 S. 193

B.- Mit Urteil vom 13./21. September 1993 hiess das Obergericht des Kantons Solothurn die Klage der A. Versicherungen teilweise gut und verpflichtete R. H., der Versicherungsgesellschaft den Betrag von Fr. 65'000.– nebst Zins zu 5% seit 21. Februar 1990 zu bezahlen.

C.- R. H. hat Berufung eingelegt mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventuell die Sache zur Tatbestandsergänzung und Neubeurteilung zurückzuweisen. Die Versicherungsgesellschaft schliesst auf Abweisung der Berufung, soweit auf diese einzutreten sei. Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet, aber Abweisung der Berufung beantragt. Das Bundesgericht weist die Berufung ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. a) Das Obergericht stellt in tatsächlicher Hinsicht des weiteren fest, der Beklagte habe am 2. November 1989 sichere Kenntnis davon erhalten, dass der Mercedes am 25. Oktober 1989 gestohlen worden war. Ab diesem

Zeitpunkt habe er den Wagen auf jeden Fall bösgläubig besessen. Anders als für den Herausgabeanspruch nach Art. 936 ZGB sei unter dem Blickwinkel von Art. 934 ZGB die ganze Dauer des Besitzes in Betracht zu ziehen. Veräussere der bösgläubig gewordene Besitzer die gestohlene Sache weiter, beurteile sich die Verantwortlichkeit nach Art. 940 ZGB. b) Dem hält der Beklagte entgegen, das Obergericht lasse insbesondere unbeachtet, dass später eintretender böser Glaube für sich allein die Herausgabepflicht nicht zu begründen vermöge; die Anwendung von Art. 940 ZGB setze in diesen Fällen voraus, dass trotz gutgläubigen Erwerbs eine Herausgabepflicht bestehe, was als Haftungsvoraussetzung durch die Klägerin nachzuweisen sei. Begrifflich könne es indessen keine Herausgabepflicht und damit auch keine Vorenthaltung im Sinne von Art. 940 ZGB geben, solange die Herausgabe nicht verlangt werde; ebensowenig könnten dementsprechend die Nebenansprüche aus der Herausgabeklage entstehen. Da während der Dauer seines Besitzes die Herausgabe nicht verlangt worden sei, bestehe somit auch kein Verantwortlichkeitsanspruch. Ein solcher bestünde mangels Verschuldens in analoger Anwendung von Art. 940 Abs. 3 ZGB ohnehin nicht, da er in guten Treuen habe davon ausgehen dürfen, der Mercedes könne D.

BGE 120 II 191 S. 194

herausgegeben werden, nachdem ihm die Polizei anlässlich der Einvernahme vom 3. November 1989 nur gerade aufgetragen habe, das Fahrzeug noch "quelques jours à disposition de la justice" zu halten, und er dann nichts mehr gehört habe. c) aa) Der Besitzer, dem eine bewegliche Sache gestohlen wird, kann diese gemäss Art. 934 Abs. 1 ZGB während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern. Als Erwerber des am 25. Oktober 1989 gestohlenen und gleichentags an ihn gelangten Mercedes war der Beklagte somit ohne jeden Zweifel zur Herausgabe verpflichtet. Zudem war er, wie das Obergericht unwidersprochen gefolgert hat, bereits vor der Übergabe des Wagens bösgläubig. Wer eine Sache im bösen Glauben besitzt, hat für allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden sowie für die bezogenen und versäumten Früchte Ersatz zu leisten (Art. 940 Abs. 1 ZGB). Dieser Anspruch auf Ersatz des Schadens besteht neben demjenigen auf Herausgabe der Sache; er ist quasi-akzessorischer Natur und kann immer dann geltend gemacht werden, wenn der Herausgabeanspruch gegeben ist oder einmal gegeben war. Ob die Sache bereits herausgegeben worden ist, vom Belangten nicht herausgegeben werden kann, sei es, weil er sie weitergegeben hat, sei es, weil sie zerstört worden ist, oder weil der Herausgabeanspruch infolge eines Verzichts des Berechtigten auf Herausgabe entfällt, ist belanglos; der Berechtigte kann die Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber jedem Herausgabepflichtigen für die Zeit geltend machen, während der dieser die Sache in bösem Glauben besitzt oder besessen hat. Die Anwendung von Art. 940 ZGB ist daher einzig ausgeschlossen, wo kein Herausgabeanspruch besteht oder bestanden hat (STARK, N. 9, 10 und 25 der Vorbemerkungen zu Art. 938-940 sowie N. 13 zu Art. 940 ZGB; HOMBERGER, N. 4 und 8 zu Art. 938 sowie 1 und 2 zu Art. 940 ZGB; WIELAND, N. 1 zu Art. 938 ZGB). Vorenthaltung im Sinne dieser Bestimmung setzt grundsätzlich nicht voraus, dass die Sache bereits herausverlangt worden ist. Es genügt vielmehr, dass eine Pflicht zur Herausgabe besteht (STARK, N. 9 zu Art. 940 ZGB; HINDERLING, SPR V/1, S. 511). Wenn in BGE 57 II 392 - ohne jede nähere Begründung - ausgeführt wird, indessen habe "die Ersatzpflicht der Beklagten erst später" begonnen, "nämlich dadurch, dass sie dem Kläger das Automobil vorenthielten, als er dessen Herausgabe verlangte (vgl. Art. 940 Abs. 1 ZGB)", so handelt es sich dabei nicht um eine Erwägung grundsätzlicher Natur, sondern um ein obiter dictum; denn die am 27. Januar 1927 verlangte Herausgabe der Sache wurde in einem separaten Prozess beurteilt und vom Obergericht

BGE 120 II 191 S. 195

am 22. Juni 1928 gutgeheissen. In dem BGE 57 II 389 ff. zugrunde liegenden Verfahren sprach das Ober-

gericht lediglich Ersatz für die von Ende Januar 1927 bis gegen Ende 1928 eingetretene Wertverminderung der Sache zu, und dagegen hatten einzig die Beklagten beim Bundesgericht Berufung eingelegt; damit können die in BGE 57 II 392 enthaltenen Ausführungen für den vorliegenden Fall nicht massgeblich sein (MEIER-HAYOZ, N. 538 zu Art. 1 ZGB). bb) Dass die Auffassung des Beklagten dem Berechtigten in gewissen Fällen überhaupt keinen, insgesamt nur einen lückenhaften Rechtsschutz vermittelte, Sinn und Zweck von Art. 938-940 ZGB zuwiderliefe und deshalb nicht zutreffen kann, liegt auf der Hand. Der Berechtigte wäre gezwungen, sich ausschliesslich an den gegenwärtigen Besitzer der Sache zu halten, der ihm möglicherweise gar nicht bekannt ist (STARK, N. 9 zu Art. 940 ZGB) oder gegenüber welchem zufolge Fristablaufs (Art. 934 ZGB), Gutgläubigkeit beim Besitzeserwerb (Art. 935 und 936 ZGB) kein Herausgabeanspruch oder wegen mangelnden späteren Besitzes in bösem Glauben kein Verantwortlichkeitsanspruch besteht. Gegenüber jedem an sich herausgabepflichtigen Vorbesitzer wäre er mit seinem Verantwortlichkeitsanspruch für die Zeit bösgläubigen Besitzes ausgeschlossen und bliebe so im Extremfall schutzlos. Art. 940 ZGB trifft, wie das bereits aus seinem Wortlaut unverkennbar hervorgeht, den bösgläubigen Besitzer, und zwar dem Sinn von Art. 207 des alten Obligationenrechts entsprechend, wonach der bösgläubige Erwerber die Sache stets herausgeben oder nach Veräusserung der Sache ihren Wert ersetzen muss (BGE 45 II 265 mit Hinweisen). Entgegen der Auffassung des Beklagten ist Art. 940 ZGB somit nicht nur auf den Fall zugeschnitten, wo sich der Besitzer dem Verlangen um Herausgabe widersetzt (STARK, N. 9 zu Art. 940 ZGB), was ohnehin nicht ohne weiteres zur Annahme bösen Glaubens führen müsste (STARK, N. 9 zu Art. 940 ZGB; vgl. ferner N. 27 der Vorbemerkungen zu Art. 938-940 ZGB; HOMBERGER, N. 3 zu Art. 938 ZGB und N. 4 zu Art. 940 ZGB). Der Berechtigte kann daher nicht darauf verwiesen sein, sich endgültig oder auch nur vorerst an den jeweiligen Besitzer der Sache zu halten (CURTI-FORRER, N. 1 zu Art. 940 ZGB; WIELAND, N. 3 zu Art. 940 ZGB).
cc) Der Beklagte vermag sodann auch nicht mit der Berufung auf Art. 940 Abs. 3 ZGB durchzudringen, wonach der Besitzer zwar nur für den Schaden haftet, den er verschuldet hat, solange ihm nicht bekannt ist, an wen er die Sache herausgeben soll. Die Anwendung dieser haftungsbeschränkenden Norm ist vorliegend allein schon

deshalb ausgeschlossen, weil der Beklagte sichere Kenntnis vom Diebstahl erlangt hatte und demnach den Berechtigten mittels nach Treu und Glauben zumutbarer Ermittlungen ohne weiteres hätte ausfindig machen können (STARK, N. 17 zu Art. 940 ZGB; HOMBERGER, N. 13 zu Art. 940 ZGB). Im übrigen war er wie ausgeführt im Zeitpunkt des Verkaufs des Fahrzeuges bösgläubig; er handelte somit schuldhaft, indem er den Wagen in Kenntnis des Diebstahls verkaufte, und kann deshalb aus Art. 940 Abs. 3 ZGB ohnehin nichts zu seinen Gunsten ableiten.

4. c) Als unbegründet erweist sich schliesslich auch der Standpunkt des Beklagten, die Verantwortlichkeitsansprüche aus Art. 940 Abs. 1 ZGB stellten keine solchen aus unerlaubter Handlung dar. Als aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 72 Abs. 1 VVG stammend gilt jeder ausservertragliche Anspruch, sofern den Pflichtigen ein Verschulden trifft (ROELLI/JAEGER, N. 15 und 16 zu Art. 72 VVG; KÖNIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. Bern 1967, S. 290). Die Verantwortlichkeitsansprüche aus Art. 940 Abs. 1 ZGB sind ausservertraglicher, nicht quasi-kontraktueller Natur, wie der Beklagte unter Hinweis auf die zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 75 II 226 E. 3) in Widerspruch stehende Auffassung von GAUTSCHI (N. 4a der Vorbemerkungen zu Art. 419 f. OR) geltend macht, der eine Geschäftsführung ohne Auftrag selbst bei fehlendem animus alieni negotii gerendi des Geschäftsführers annimmt. Dass den Beklagten ein Verschulden treffe, hat das Obergericht bejaht, und der Beklagte hat dies denn auch nicht substantiell beanstandet.