

21. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Mai 1945
i. S. Kitzinger gegen Scherer.

Retentionsrecht, Connexität: Mehrere gleichartige unerlaubte Handlungen derselben Täter gegenüber demselben Geschädigten sind miteinander connex. Art. 895 ZGB.

Vorteilsanrechnung bei Schadenersatz: Der Richter kann statt der Vorteilsanrechnung den Ausgleich in natura durch Verpflichtung des Geschädigten zur Herausgabe des Vorteils herbeiführen. Art. 43 OR.

Droit de rétention. Connexité de plusieurs actes illicites de même nature commis par les mêmes auteurs contre le même lésé, art. 895 CC.

Imputation de l'avantage obtenu sur le dommage subi. Au lieu d'opérer une compensation, le juge peut accorder l'indemnité complète et ordonner la restitution de l'avantage en nature, art. 43 CO.

Diritto di ritenzione: connessione. V'è rapporto di connessione fra più atti illeciti della stessa natura, commessi dai medesimi autori contro lo stesso danneggiato. Art. 895 CC.

Compensatio lucri cum damno. In luogo di operare la compensazione del danno col vantaggio, il giudice può accordare l'intero risarcimento al danneggiato, obbligandolo a rimettere al responsabile il vantaggio in natura. Art. 43 CO.

Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte und Widerkläger Scherer kaufte von einem gewissen Disch sieben Gemälde alter Meister, die zum Teil falsch waren, zum übersetzten Preis von Fr. 30,000.—. Disch war der Mittelsmann des Antiquars Kitzinger, dem die Bilder gehörten, und des Kunsthändlers Hufschmid. Wenige Tage später erwarb Scherer von Disch zwei weitere Gemälde zum Preis von Fr. 25,000.—. Da Scherer in der Folge die Einlösung des von ihm unterzeichneten Schuldscheins über Fr. 25,000.— verweigerte, belangte ihn Kitzinger als Zessionar des Disch auf Bezahlung des Kaufpreises, eventuell auf Rückgabe der beiden Bilder. Scherer bestritt seine Zahlungspflicht und erhob Widerklage auf Bezahlung einer Schadenersatzsumme von Fr. 30,000.—.

Das Obergericht Luzern erklärte die beiden Kaufgeschäfte wegen Urteilsunfähigkeit des Scherer nichtig und wies daher die Klage ab. Die Widerklage wurde begründet

erklärt, weil die vom Kläger gemeinsam mit Disch und Hufschmid begangene, durch Täuschung herbeigeführte Verleitung des Beklagten zum Ankauf der 7 Gemälde eine unerlaubte Handlung darstelle. Für den Schaden des Beklagten, der im bezahlten Kaufpreis von Fr. 30,000.— bestehe, hafte der Kläger solidarisch mit den beiden andern Beteiligten. Demgemäss verpflichtete das Obergericht den Kläger, dem Beklagten den Betrag von Fr. 30,000.— zu bezahlen gegen Rückgabe der 9 Gemälde, die Gegenstand der beiden Geschäfte gebildet hatten.

Das Bundesgericht weist die Berufung des Klägers ab, die sich gegen die Guttheissung der Widerklage und die Zubilligung eines Retentionsrechts des Beklagten auch an den beiden Gemälden, welche Gegenstand des zweiten Geschäftes bildeten, richtet.

Aus den Erwägungen:

2. — Das erstinstanzliche Urteil wird deshalb angefochten, weil es zwar das klägerische Eventualbegehren auf Rückgabe der beiden Bilder, die Gegenstand des zweiten Kaufabschlusses waren (ein Spitzweg und ein angeblicher Rubens), im Hinblick auf die Abtretung der Rechte des Disch an den Berufungskläger dem Grundsatz nach als begründet erklärte, dagegen die Rückgabepflicht bloss Zug um Zug gegen Bezahlung eines Betrages von Fr. 30,000.— durch den Berufungskläger an den Berufungsbeklagten als Schadenersatz wegen des ersten Abschlusses vom 31. Mai 1941 aussprach.

Nach Art. 895 ZGB kann der Gläubiger bis zur Befriedigung für seine Forderung bewegliche Sachen und Wertpapiere, die sich mit Willen des Schuldners in seinem Besitz befinden, zurückbehalten, sofern die Forderung fällig ist und ihrer Natur nach mit dem Gegenstand der Retention in Zusammenhang steht. Unter Kaufleuten besteht dieser Zusammenhang, sobald der Besitz sowohl als die Forderung aus ihrem geschäftlichen Verkehr herühren. Da es sich im vorliegenden Falle nicht um Ge-

schäfte unter Kaufleuten handelt, hängt die Frage des Bestehens eines Retentionsrechtes an den Bildern und damit eine Verpflichtung zur Herausgabe nur Zug um Zug davon ab, ob zwischen dem Kaufabschluss vom 31. Mai und demjenigen vom 6. Juni 1941 ein Zusammenhang besteht.

Wie weiter unten auszuführen sein wird, qualifizieren sich die Fr. 30,000.— als eine Schadensersatzforderung aus unerlaubter Handlung. Hinsichtlich der Rechtsgeschäfte ist in Doktrin und Praxis anerkannt, dass das Gesetz den Begriff des Zusammenhanges nicht auf jenen Fall beschränkt, wo Forderung und Besitz des Gegenstandes aus demselben Rechtsgeschäft stammen; vielmehr kann die Konnexität auch darin bestehen, dass Forderung und Gegenstand einem Komplex von gleichen Rechtsgeschäften entspringen, m.a.W., es genügt ein natürlicher innerer Zusammenhang (LEEMANN, Komm. Art. 895 N 47). Was mit Bezug auf das Retentionsrecht bei Rechtsgeschäften gilt, hat umso mehr dort Gültigkeit, wo die Forderung durch eine unerlaubte Handlung begründet wurde. Wenn die nämlichen Personen im Komplott auf die nämliche Art und Weise innerhalb eines Zeitraumes von einer Woche das gleiche Opfer schädigen, so müssen diese Handlungen als konnex bezeichnet werden. Eine andere Auffassung würde gegen Treu und Glauben verstossen. Es kann nicht angehen, dass im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Bezug auf das Retentionsrecht des Geldgläubigers ein milderer Massstab angelegt wird, als wenn die Geldforderung aus einer unerlaubten Handlung herrührt. Daher macht der Berufungsbeklagte mit Recht sein Retentionsrecht geltend und es ist daher das Urteil der Vorinstanz in diesem Punkte zu bestätigen.

3. — (Ausführungen darüber, dass der Kläger an der unerlaubten Handlung des Disch und des Hufschmid gegenüber dem Beklagten ebenfalls mitgewirkt hat.)

4. — Nach Art. 41 OR in Verbindung mit Art. 50 OR ist daher der Kläger dem Beklagtem zum Ersatz des aus

der unerlaubten Handlung entstandenen Schadens verpflichtet. Schadenersatz zielt ab auf die Ausgleichung des Interesses am Nichteintritt der schädigenden Tatsache. Auf das Vermögen bezogen ist also in Vergleichung zu setzen dessen Zustand infolge des Eintrittes des den Ersatz begründenden Ereignisses mit der Vermögenslage, die bestehen würde, wenn dieses Ereignis nicht eingetreten wäre (OSER/SCHÖNENBERGER, Komm. Art. 43 N 14).

Der Berufungskläger bestreitet, dass der dem Berufungsbeklagten durch den Vertragsschluss vom 31. Mai 1941 erwachsene Schaden Fr. 30,000.— beträgt. Er behauptet, der Beklagte besitze gegenüber seinem damaligen Vertragskontrahenten eine durch Retentionsrecht an den sieben Bildern gesicherte Forderung auf Rückerstattung der geleisteten Zahlung, die er auf dem Wege des Pfandverwertungsverfahrens geltend zu machen habe. Demgemäss liege der Schaden lediglich in der Differenz zwischen den Fr. 30,000.— und dem effektiven Wert der Bilder resp. dem Exekutionserlös.

Dieser Auffassung kann nicht beigespflichtet werden. Tatsächlich ist das Vermögen des Berufungsbeklagten durch den Abschluss des Kaufvertrages vom 31. Mai 1941 um Fr. 30,000.— kleiner geworden, denn wie unbestritten ist, bezahlte er bei Kaufabschluss Fr. 250.— und am 2. Juni 1941 den Restkaufpreis von Fr. 29,750.—. Richtig ist nun allerdings, dass der Beklagte zufolge des nichtigen Kaufvertrages, d. h. des schädigenden Ereignisses, nicht nur einen Schaden erlitten hat, sondern es ist ihm dadurch auch ein Vorteil erwachsen, indem er in den Besitz der sieben Bilder gelangte. Es ist ein längst anerkannter Grundsatz im schweizerischen Schadensersatzrecht, dass — gleichgültig ob es sich um vertraglichen oder ausservertraglichen Schadenersatz handelt — eine Vorteilsanrechnung stattzufinden hat, da sonst eine Bereicherung des Geschädigten stattfinden würde (OFTINGER, Haftpflichtrecht S. 134 ff. und die dort zitierte Judikatur und Literatur). Voraussetzung für die Vorteilsanrechnung ist

einzig, dass zwischen dem schädigenden und vorteilhaften Ereignis Identität besteht. Dies ist im vorliegenden Fall gegeben.

Der Berufungskläger glaubt nun, dass eine Vorteilsanrechnung nur in Form einer zahlenmässigen Anrechnung des Wertes des Vorteils stattfinden könne, verneint dagegen die Vorteilsausgleichung durch die Herausgabe des Vorteils in natura an den Pflichtigen. Dass der Geschädigte zur Herausgabe des Vorteils in natura bei Vorliegen einer unerlaubten Handlung nicht verpflichtet werden kann, sondern sich den Wert des Vorteils nur anrechnen lassen muss, ist selbstverständlich. Allein es fragt sich, ob dieses Recht des Geschädigten zugleich eine Pflicht bedeutet, d. h. ob der Geschädigte nicht in allen Fällen der compensatio lucri durch Angebot der Herausgabe des *lucrum* entgehen kann. Diese Frage kann offen gelassen werden. Denn jedenfalls besitzt der Richter, der gemäss Art. 43 OR sowohl die Art als auch die Grösse des eingetretenen Schadenersatzes zu bestimmen hat, die Befugnis, anstatt der Vorteilsanrechnung den Ausgleich in natura durch Herausgabe des Vorteils zu verfügen (OFTINGER, Haftpflichtrecht, S. 140, VON TUHR, Allg. Teil des OR, S. 101, VON TOBEL, Die Vorteilsanrechnung im schweizerischen Schadenersatzrecht, S. 47, BGE 41 II 89 am Schluss). Ein derartiges Vorgehen ist in concreto gerechtfertigt. Das Urteil der Vorinstanz ist daher auch hinsichtlich der Widerklage zu bestätigen.

22. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. März 1945
i. S. Eisenhut gegen Hoogstraal.

Abhanden gekommene Sachen. Abforderungsrecht (Verfolgungsrecht) gegen den gegenwärtigen Besitzer, unter Umständen nur unter Preisersatz (Art. 934 ZGB). Können daneben angesichts des Art. 938 ZGB noch Ersatzansprüche gegen einen gutgläubigen Zwischenbesitzer bestehen? Aus dinglicher Surrogation? Aus ungerechtfertigter Bereicherung bzw. Geschäftsführung (Art. 62 ff., 423 OR)? Weder das eine noch das andere, wenn der Zwischenbesitzer die Sache gutgläubig von einem

Dritten auf Grund eines Erwerbsgeschäftes erhalten und ebenso gutgläubig weiterveräussert hatte. Fälle dinglicher Surrogation. Tragweite des sog. Surrogationsprinzips bei Sondervermögen. Hinweis auf Art. 721, 727 ZGB, 107 und 202 SchKG, 54-58 VVG.

Choses dont le possesseur se trouve dessaisi sans sa volonté. Droit de revendiquer la chose (droit de suite) contre le possesseur actuel, à la condition parfois de rembourser le prix payé (art. 934 CC). Le possesseur dessaisi peut-il en outre, en invoquant l'art. 938 CC, réclamer une indemnité à un possesseur de bonne foi qui a eu à un moment donné la chose en mains? En vertu du principe de la subrogation réelle? En vertu des règles sur l'enrichissement illégitime ou de la gestion d'affaires (art. 62 ss, 423 CO)? A aucun de ces titres, lorsque le possesseur intermédiaire a de bonne foi acquis la chose d'un tiers et l'a de bonne foi également aliéné à son tour. Cas de subrogation réelle. Portée du principe *pretium succedit in locum rei* lorsqu'il s'agit d'une universalité de droit. Renvoi aux art. 721, 727 CC, 107 et 202 LP, 54 à 58 LCA.

Cose di cui il possessore venne privato contro la sua volontà. Diritto di rivendicarle dal possessore attuale, eventualmente con l'obbligo di rimborsarne il prezzo (art. 934 CC). Competono al rivendicatore, nonostante il tenore dell'art. 938 CC, delle pretese riparatorie nei confronti del possessore di buona fede intermedio, dedotte dal principio della surrogazione reale o in virtù delle norme reggenti l'indebito arricchimento (art. 62 ss. CO) o la gestione d'affari senza mandato (art. 423 CO)? Nessuna responsabilità del possessore intermedio che fu in buona fede sia al momento dell'acquisto sia all'atto dell'alienazione. Casi di surrogazione reale. Portata del principio di surrogazione reale trattandosi di universalità di diritto. Riferimento agli art. 721 e 727 CC; 107 e 202 LEF, 54 a 58 LCA.

A. — Der Kläger Eisenhut ist Inhaber einer Farben- und Lackfabrik. Zwei Angestellte, Hug und Kohler, stahlen ihm vom Mai 1942 bis zum Juli 1943 Leinöl, Leinölersatz und Terpentinöl. Strasser beteiligte sich als Mittäter und Hehler. Er verkaufte das Diebesgut dem Beklagten Hoogstraal, der chemisch-technische Erzeugnisse herstellt und mit solchen handelt. Der Beklagte verkaufte die Ware weiter.

B. — Die Strafuntersuchung wurde auf den Beklagten ausgedehnt, jedoch ihm gegenüber eingestellt, da sich nicht nachweisen liess, dass er die Herkunft der Ware gekannt hatte. Immerhin wurde ihm ein Teil der Untersuchungskosten auferlegt, da er sich dem Verdacht der Hehlerei ausgesetzt habe. Die andern Angeschuldigten