

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 Pflichten. 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 Fehler. 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

wurden zu Freiheitsstrafen und dem Kläger gegenüber zu Entschädigung verurteilt: Strasser im Betrage von Fr. 8249.— mit solidarischer Mitverpflichtung von Hug und Kohler je für Fr. 4000.—.

C. — Der Kläger betrieb die Verurteilten erfolglos. Hierauf belangte er mit der vorliegenden Klage den Beklagten auf Zahlung von Fr. 8000.—. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage am 29. September 1944 ab. Der Kläger legte Berufung an das Bundesgericht ein.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Das Verhalten des Beklagten erweckt zunächst Zweifel an seinem guten Glauben: das Geheimnis, mit dem er seine Geschäfte umgab, das Verschweigen von Tatsachen, die unwahren Angaben zu Beginn der Strafuntersuchung. Die Vorinstanz kommt jedoch auf Grund allseitiger Würdigung der Beweise zum Schlusse, jenes Verhalten erkläre sich restlos aus der Befürchtung, gegen kriegswirtschaftliche Vorschriften verstossen zu haben. Mit einer solchen Befürchtung könnten sich freilich sehr wohl Zweifel über die Herkunft der Ware und das Verfügungsrecht des Vorbesitzers verbinden. Nach der Feststellung der Vorinstanz wurde jedoch dieser Punkt beim Ankauf der Ware durch den Beklagten nicht mit verdächtigem Stillschweigen übergangen. Vielmehr gab ihm Strasser eine einleuchtende Schilderung der Gelegenheiten, die sich ihm zum Erwerb solcher Ware boten. Die Vorinstanz findet, unter diesen Umständen habe der Beklagte keine Veranlassung gehabt, weiter nachzuforschen. Diese Betrachtungsweise ist angesichts ihrer tatbeständlichen Grundlage rechtlich einwandfrei.

2. — Das Abforderungsrecht des frühern Besitzers, dem die Sachen wider seinen Willen abhanden gekommen sind, besteht gemäss Art. 934 ZGB gegenüber jedem, auch einem gutgläubigen Besitzer. Und zwar hätte der Beklagte die Ware herausgeben müssen, ohne die Vergütung des von

ihm an Strasser bezahlten Preises zur Bedingung machen zu können; denn sein Erwerb fällt sowenig wie der eines Vorbesitzers seit dem Diebstahl unter eine der besondern Bedingungen von Art. 934 Abs. 2. Erst die Weiterveräusserung durch den Beklagten wird von dieser Bestimmung betroffen, da er ein Kaufmann ist, der mit Waren solcher Art handelt. Erst von dieser Weiterveräusserung an kann der Kläger das Verfolgungsrecht gegen den jeweiligen Besitzer nur noch gegen Vergütung des von diesem ausgelegten Preises (wofür der Besitzer natürlich ein Retentionsrecht hat) ausüben. Unentgeltlich könnte er die Ware nur herausverlangen, wenn der jetzige Besitzer sie geschenkt erhalten oder nicht als gutgläubiger Erwerber zu gelten hätte.

3. — Das Verfolgungsrecht nach Art. 934 ZGB geht nicht mehr gegen den Beklagten, da er die Ware nicht mehr hat. Der Kläger verlangt denn auch von ihm nicht die Ware, sondern eine Geldzahlung. Es fragt sich, ob der Beklagte als gutgläubiger Zwischenbesitzer zu einer solchen Leistung verpflichtet sei. Das Bundesgericht hat diese Frage bisher nicht entschieden. Die Lehrmeinungen sind geteilt. Die einen sind der Ansicht, der gutgläubige Zwischenbesitzer sei jeder Haftung enthoben (so OSTERTAG, zu Art. 938 N. 15 und 16). Andere halten dafür, der von einem solchen Zwischenbesitzer erzielte Erlös trete an die Stelle der Sache (so anscheinend Eugen HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf, Art. 980-982, 2. Ausgabe II 393). Sodann findet sich die Meinung vertreten, der gutgläubige Zwischenbesitzer hafte dem Verfolgungsberechtigten immerhin im Betrage einer ihm allenfalls erwachsenen Bereicherung (so HOMBERGER, zu Art. 938 N. 12), wenigstens dann, wenn er selbst die Sache unentgeltlich erworben hatte (so WIELAND, zu Art. 938 N. 6).

4. — Art. 934 ZGB weiss nichts von einer dinglichen Surrogation bei Weiterveräusserung der Sache. Wenn dem Besitzer, dem die Sache wider seinen Willen abhanden gekommen ist, das Recht zuerkannt wird, sie binnen fünf

Jahren jedem Empfänger abzufordern, so heisst das, er habe sich an den gegenwärtigen Besitzer zu halten. Dass er statt dessen nach seiner Wahl von einem Zwischenbesitzer den von diesem bezogenen Preis verlangen könne, ist nicht vorgesehen. Es folgt dies auch nicht aus der Natur des Verfolgungsrechts. Dieses soll dem wider Willen entwehrten Besitzer den Besitz wieder verschaffen. Das Verfolgungsrecht bedeutet nicht Anspruch auf Vermögensgleich, sondern einfach Zugriff auf die Sache.

Dieser Zugriff ist allerdings unter Umständen, so nach Erw. 2 hievor auch hier, an die Bedingung eines Lösegeldes geknüpft, entsprechend dem vom gegenwärtigen Besitzer ausgelegten Preis. Solchenfalls hat der Verfolgungsberechtigte ein Interesse, eben diesen Preis von einem Zwischenbesitzer ersetzt zu erhalten. Aber eine Haftung des gutgläubigen Zwischenbesitzers in solchem Sinne ist zu verneinen.

Das ZGB kennt kein allgemeines Surrogationsprinzip zugunsten eines nach Art. 934 Verfolgungsberechtigten. Gerade weil ein solches Prinzip nicht besteht, hat denn auch das Bundesgericht z. B. die Art. 804 und 822 in einschränkendem Sinne angewendet (BGE 52 II 201). Es gibt nur einzelne, bestimmt umschriebene Surrogationsfälle. Keiner derselben liegt hier vor. Nach Art. 721 Abs. 3 ZGB tritt der Erlös einer versteigerten Fundsache an deren Stelle. Damit ist der rechtlichen Stellung des Finders Rechnung getragen. Dieser ist nicht gutgläubiger Eigentumserwerber. Er hat nur eine Anwartschaft. Solange der Verlierer die Sache nicht versessen hat, soll ihm auch der Steigerungserlös haften. Spezieller Art sind auch die Vorschriften der Art. 54-58 VVG über die Schadensversicherung. Art. 107 Abs. 4 SchKG sodann lässt ein Widerspruchsverfahren wie über gepfändete Vermögensstücke so auch noch über deren Erlös zu, solange er nicht verteilt ist. Damit sind die Rechte der betreibenden Gläubiger gegenüber den materiellen Drittmannsrechten abgegrenzt. Daraus folgt kein allgemeines Surrogationsprinzip. Gleich

verhält es sich mit Art. 202 SchKG, der dem Eigentümer einer vom Gemeinschuldner vor der Konkursöffnung verkauften Sache unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf den vollen Preis, nicht bloss eine Konkursdividende zuerkennt. Das ist ein über die zivilrechtliche Grundlage hinausgehender, sogenannter konkursrechtlicher Aussonderungsanspruch, der keinen Rückschluss auf eine ausserhalb des Konkurses stattfindende zivilrechtliche Surrogation zulässt (vgl. BLUMENSTEIN, Handbuch des Schuldbetreibungsrechts S. 635). Übrigens wird die Anwendung dieser Vorschrift mit Recht davon abhängig gemacht, dass nach Zivilrecht immerhin ein obligatorischer Anspruch auf Abtretung der Preisforderung bestehe (in diesem Sinne E. JAEGER zu § 46 der deutschen Konkursordnung, dem Vorbild von Art. 202 SchKG; er kommt auf Grund dieser Erwägung zum Schlusse, jene Vorschrift sei nicht anwendbar, wenn der Gemeinschuldner den Verkauf als gutgläubiger Erwerber einer gestohlenen Sache abgeschlossen und vollzogen habe; ebenso J. REYMOND, Contribution à l'étude de la revendication en matière de faillite, S. 76/77: Supposons que le débiteur ait vendu avant l'ouverture de la faillite un objet qu'il avait acquis de bonne foi, le propriétaire véritable ne pourrait exiger de la masse ni la cession de la créance, ni le transfert du prix).

Keine Bedeutung kommt für die vorliegende Klage dem ziemlich allgemein anerkannten Surrogationsprinzip für Sondervermögen (Gesamtvermögen) zu, in dem Sinne, « dass alles was durch ein Opfer von Bestandteilen eines Sondervermögens erworben ist, in dieses Vermögen fällt » (GIERKE, Privatrecht II 60). Diese Ersatzregel wird namentlich im ehelichen Güterrecht und bei der Erbschaftsklage, sei es als eigentlicher Rechtssatz oder als Willensvermutung, beachtet (vgl. TUOR, zu Art. 599 ZGB, N. 14 ff.; ferner WENGLER, Artikel « Surrogation » im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch, herausgegeben von Schlegelberger, 6. Band). Das gemeine Recht prägte, mit deutlicher

Beschränkung auf Sondervermögen im Gegensatz zu einzelnen Sachen, folgenden Satz: « In universalibus pretium succedit in locum rei; secus in particularibus ». Stünde hier anstelle des Beklagten eine Erbengemeinschaft, so möchte diese Ersatzregel dazu führen, den für die als Erbschaftsgut verkaufte Ware bezogenen Preis auch seinerseits dem Erbschaftsgut zuzuzählen. Das wäre aber kein Forderungstitel für den Kläger. Die erwähnte Ersatzregel betrifft nur den Bestand des Sondervermögens und die darin eintretenden Veränderungen. Dritten kommt sie nur insoweit zugute, als ihnen Ansprüche auf das betreffende Sondervermögen zustehen. Für derartige Ansprüche gibt die erwähnte Ersatzregel selbst keine Grundlage ab. Es bedürfte hiefür eines besondern Rechtsgrundes, etwa eines weitergehenden Surrogationsprinzips, wonach der Preis für Dritte an die Stelle der Sache getreten wäre. Ein solches Prinzip gibt es, wie dargetan, im schweizerischen Recht nur für bestimmte Fälle, deren keiner hier vorliegt. Surrogationsregeln ausländischer Gesetze, wie etwa derjenigen von Chile und Argentinien, wonach der Verfolgungsberechtigte vom *gegenwärtigen* Besitzer den allenfalls noch unbezahlten Kaufpreis verlangen kann (vgl. WENGLER, a.a.O. S. 475), sind dem schweizerischen ZGB ebenfalls fremd. Sie wären mit der Ordnung des Art. 934 gar nicht vereinbar.

5. — Ob die vorliegende Klage ausserdem als Bereicherungsklage genügend substantiiert wäre, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls wäre sie auch unter diesem Gesichtspunkt aus grundsätzlichen Erwägungen abzuweisen.

Einem Bereicherungsanspruch würde zwar die Weiterveräußerung der Sachen durch den Beklagten nicht entgegenstehen. Als Bereicherung gilt die Vermögensvermehrung. Diese kann bei einer Weiterveräußerung in Form des erzielten Preises fortbestehen, ja sie kann, wenn die Sachen seinerzeit entgeltlich erworben wurden, gerade in einem dafür erzielten Mehrpreis bestehen. Sollte nun eine

solche Bereicherung des Beklagten vorliegen, so hätte aber der Kläger keinen Anspruch darauf.

Der gutgläubige Zwischenbesitzer ist nach Art. 938 ZGB in allem zu schützen, was ihm die Sachen an Vorteil boten, sei es zufolge Gebrauchs, Vermietung oder anderer Nutzung oder auch ganzen oder teilweisen Verbrauchs. Es ist darnach gleichgültig, ob demzufolge beim Beklagten eine fortbestehende Bereicherung eingetreten ist. Aber auch ein Veräußerungsgewinn des Beklagten kann vom Kläger nicht beansprucht werden. Im Regelfall des Art. 934 Abs. 1 spielt es für den Verfolgungsberechtigten gar keine Rolle, wieviel der jetzige Besitzer für die Sache bezahlt hat. Als dann kann unmöglich von einer auf seine Kosten eingetretenen Bereicherung eines Zwischenbesitzers durch den für die Sache erzielten Mehrpreis gesprochen werden. Ist das Verfolgungsrecht, wie hier, seit der Weiterveräußerung durch den Beklagten grundsätzlich gemäss Art. 934 Abs. 2 beschränkt (oben Erw. 2), so kann allerdings in dem vom Kläger aufzuwendenden Lösegeld ein vom Beklagten erzielter Veräußerungsgewinn enthalten sein. Immerhin nicht notwendig. Auch wenn der Beklagte einen solchen Gewinn erzielt hat, kann die Ware seither mehrmals Hand geändert haben und zwischenhinein billiger gehandelt, ja geschenkt worden sein. Aber wie dem auch sein mag, kennt Art. 934 Abs. 2 ZGB keinen Ersatzanspruch des Verfolgungsberechtigten gegen frühere Besitzer, auch nicht im Umfang eines Veräußerungsgewinnes. Die Auslöschungspflicht des Klägers könnte denn auch dem Beklagten höchstens insoweit Nutzen bringen, als er demzufolge nicht Gefahr läuft, eine ihn sonst vielleicht treffende Gewährspflicht erfüllen zu müssen, ohne dafür bei den Dieben Ersatz zu bekommen. Die Gewährspflicht kann aber von vornherein wegbedungen sein. Im übrigen geht sie den Kläger als Verfolgungsberechtigten nichts an. Jener Vorteil, den die Auslöschungspflicht des Klägers für den Beklagten nach sich ziehen mag, ist kein ungerechtfertigter, sofern er sich überhaupt als Bereicherung bezeichnen lässt.

Vollends bietet Art. 934 Abs. 2 ZGB keinen Anhaltspunkt dafür, dass frühere als der jetzige Besitzer sich als Geschäftsführer des Klägers müssten behandeln lassen und aus diesem Gesichtspunkt eine Bereicherung sogar ohne Rücksicht auf eine entsprechende «Entreicherung» des Klägers herauszugeben hätten (Art. 423 OR, von Tuhr OR S. 402). Vielmehr ist aus den Art. 934 und 938 ZGB zu schliessen, dass dem Kläger gegen den Beklagten keine Ansprüche zustehen, nachdem das einzig vorgesehene Verfolgungsrecht den Beklagten nicht mehr treffen kann.

Zum gleichen Ergebnis, wenn auch ohne eingehende Begründung, gelangt der französische Kassationshof in seiner neuen Praxis zu den Art. 2279 und 2280 CC, denen die Vorschriften von Art. 934 Abs. 1 und 2 ZGB nachgebildet sind (DALLOZ 1931 I 129; vgl. daselbst die Kritik von R. SAVATIER, während M. SEGOND der Entscheidung zustimmt: SIREY 1931 I 273). Zu der abweichenden Ordnung des deutschen BGB, namentlich den §§ 816 und 822, ist hier nicht Stellung zu nehmen.

Vorbehalten bleibt die Frage nach einer Bereicherungshaftung des gegenwärtigen Besitzers, falls er die Sachen zufolge Verbindung oder Vermischung mit andern nicht mehr herausgeben kann (vgl. Art. 727 Abs. 3 ZGB). Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob in ein besonderes, Bereicherungsansprüche (allenfalls aus Geschäftsführung ohne Auftrag) begründendes Rechtsverhältnis zum Kläger ein solcher Zwischenbesitzer getreten wäre, der unmittelbar ohne Rechtsgrund in dessen Vermögen eingegriffen hätte, wenn auch aus entschuldbarem Irrtum und daher nicht durch unerlaubte Handlung. Ein derartiges Rechtsverhältnis besteht keineswegs zwischen den Parteien dieses Rechtsstreites. Der Beklagte hat ja die Ware durch Kauf von einem Dritten erworben. Dadurch sind, vom Verfolgungsrecht abgesehen, keine Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Kläger entstanden (vgl. zu dieser Unterscheidung im übrigen BGE 65 II 62).

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 29. September 1944 bestätigt.

#### IV. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

##### 23. Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Mai 1945 i. S. Wärtli gegen Wärtli.

*Simulation* oder *fiduziarisches Rechtsgeschäft*? Kriterien für die Unterscheidung.

Eine in die Form eines Kaufvertrages gekleidete fiduziarische Eigentumsübertragung an Grundstücken ist nur gültig, wenn nicht nur die Eigentumsübertragung, sondern auch der Kaufvertrag von den Parteien wirklich gewollt ist.

*Simulation* ou *acte fiduciaire*? Critères de distinction.

Le transfert fiduciaire de la propriété immobilière revêtu de la forme d'une vente n'est valable que si les parties ont réellement voulu non seulement convenir du transfert mais aussi conclure la vente.

*Simulazione* o *negozio fiduciario*? Criteri distintivi.

Presupposto della validità del trasferimento fiduciario della proprietà di un immobile operatosi nella forma della vendita è che le parti abbiano realmente voluto non solo il trapasso della proprietà, ma altresì il contratto di compra-vendita.

2. — Die Klage dreht sich darum, ob die Übertragung des Eigentums an den beiden streitigen Liegenschaften wegen Simulation des Kaufvertrages vom 10. Oktober 1931 nichtig sei, wie der Kläger behauptet, oder ob man es gemäss der Darstellung des Beklagten mit einer gültig erfolgten fiduziarischen Eigentumsübertragung zu tun habe.

Zur Abklärung der Rechtslage sind vorerst die Begriffe der Simulation und des fiduziarischen Rechtsgeschäfts gegeneinander abzugrenzen.

Simulation im Sinne von Art. 18 OR liegt vor, wenn