

setzung der Ablösung der Dienstbarkeit. Allerdings ist das Bundesgericht in vereinzelt Entscheidungen auf eine Abwägung zwischen dem Interesse des Berechtigten an der Erhaltung der Servitut einerseits und dem Mehrwert, welcher dem belasteten Grundstück aus der Ablösung erwachsen würde, eingegangen (BGE 50 II 466), hat jedoch « die durch Geldschätzung gefundene Differenz zwischen den beidseitigen Interessen » als zur Begründung der gesetzlichen Ablösungspflicht ungenügend erklärt: « Das Gesetz spricht wohl absichtlich nicht einfach von einem geringeren Wertverhältnis, sondern geht davon aus, dass die Dienstbarkeit von geringerer Bedeutung geworden sei » (S. 467). Die Ablösungspflicht beruht auf dem Gedanken der Verhütung eines Rechtsmissbrauchs. « Lediglich deshalb, weil die Belastung des dienenden Grundstücks schwerer geworden ist, kann das Festhalten des Berechtigten an der Dienstbarkeit nicht als Rechtsmissbrauch bezeichnet werden, es wäre denn, dass sein Interesse auch qualitativ ein weniger schutzwürdiges ... wäre » (BGE 66 II 248). An dieser Auslegung ist seither festgehalten worden (BGE 70 II 98 f.). Abwegig ist der Hinweis der Berufung darauf, dass die Servitut « unkündbar, praktisch auf unbeschränkte Zeit, ja sogar mit zwangsläufiger Wirkung für alle Rechtsnachfolger begründet werde ». Sie teilt diese Eigenschaften mit allen dinglichen Rechten. Daraus folgt aber nicht, dass die Abänderung durchgesetzt werden könne, wenn die Belastung für das dienende Grundstück gewachsen, das Interesse des Berechtigten dagegen geringfügig sei. Es kommt nicht so sehr darauf an, ob dieses Interesse an sich geringfügig sei — das Gesetz erlaubt die Begründung einer Dienstbarkeit ohne Nachweis eines Interesses daran (BGE 66 II 248) —, sondern darauf, ob das Interesse sich seit der Errichtung so *vermindert* habe, dass ein Missverhältnis vorliegt, — was hier eben, wie ausgeführt, nicht der Fall ist. Es liegt daher im Festhalten an der Dienstbarkeit seitens der Beklagten kein Rechtsmissbrauch.

Wollte man aber, entgegen dem Ausgeführten, noch annehmen, das Interesse des Belasteten an der Beseitigung der Dienstbarkeit als solches falle in Betracht, so wäre jedenfalls mitzuberücksichtigen, ob das Anwachsen der Belastung auf Ursachen innerhalb oder ausserhalb des Machtbereichs der belasteten Grundeigentümer beruht (BGE 66 II 247, 70 II 100 f.). Hier beruht es aber offensichtlich darauf, dass die Klägerin die Liegenschaft zu einem Preise gekauft hat, der wirtschaftlich nur zu verantworten wäre, *wenn* sie darauf unbeschränkt bauen könnte. Hat sie die Liegenschaft in Kenntnis der Servitut gekauft im Verlass darauf, dass die Ablösung gütlich oder notfalls gerichtlich zu erreichen sein werde, und hat sie sich in dieser Spekulation getäuscht, so ist das ihre Sache und nicht die der Beklagten.

10. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. März 1953 i. S.
Bünzli gegen Obermüller.

Erwerb einer beweglichen Sache (Auto) von einem Nichtberechtigten. Guter Glaube? Schadenersatzpflicht des bösgläubigen Erwerbers. (Art. 3 Abs. 2 und Art. 940 ZGB).

Acquisition d'une chose mobilière (automobile) d'une personne n'ayant pas pouvoir d'en disposer. Bonne foi? Obligation pour l'acquéreur de mauvaise foi de réparer le dommage (art. 3 al. 2 et 940 CC).

Acquisto d'una cosa mobiliare (automobile) da una persona che non ha il diritto di disporre. Buona fede? Obbligo dell'acquirente in cattiva fede di risarcire il danno (art. 3 cp. 2 e 940 CC).

A. — Leo Reichlin mietete am 25. Februar 1947 von Hermann Obermüller in Zürich unter Hinterlegung von Fr. 500.— ein Personenauto Marke Standard, das Obermüller im September 1946 fabrikneu für Fr. 11,750.— nebst Fr. 470.— Umsatzsteuer gekauft hatte. Am gleichen Tage bot Reichlin dieses Auto zum Preise von Fr. 7000.— dem Autooccasionshändler Camillo Martinelli in Basel an.

Da dieser es mangels genügender Mittel nicht selber kaufen konnte, fuhr er mit Reichlin nach Zürich und verkaufte es am Abend des gleichen Tages für Fr. 5900.— (wovon Reichlin Fr. 4950.— erhielt) dem Ernst Bünzli, ohne den Namen seines Auftraggebers anzugeben. Am folgenden Tage verkaufte Bünzli den Wagen für Fr. 7320.— an Bernard Frésard in Delsberg. Fr. 1320.— wurden bar bezahlt, für den Rest nahm Bünzli einen DKW-Wagen an Zahlungsstatt.

Am 25. April 1947 kaufte Obermüller das Auto Standard zu Fr. 10,000.— von Frésard zurück, wogegen dieser sich bereit erklärte, bei ihm zum gleichen Preis ein Auto Citroën zu kaufen.

Gegen Reichlin wurde ein Strafverfahren eingeleitet, in das auch Bünzli wegen Hehlerei einbezogen wurde. Das Schwurgericht des Kantons Zürich sprach Bünzli mit Urteil vom 22. Mai 1951 frei, auferlegte ihm aber die Gerichtskosten und die Hälfte der Untersuchungskosten, weil er beim Kauf des Autos leichtfertig gehandelt habe.

B. — Mit der vorliegenden, am 4. Juni 1947 eingereichten Klage verlangte Obermüller von Bünzli Ersatz des Schadens von Fr. 12,500.—, den er ihm widerrechtlich zugefügt habe. Er stellte für die Zahlung an Frésard zuzüglich Verdienstausschlag und Spesen Fr. 13,656.— in Rechnung, zog hievon die von Reichlin geleistete Kautions- und seinen Gewinn aus dem Verkauf des Citroën-Wagens an Frésard mit zusammen Fr. 1000.— ab und rundete den Differenzbetrag von Fr. 12,656.— auf Fr. 12,500.— ab.

Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage am 15. November 1951 mangels Nachweises einer widerrechtlichen Handlung des Beklagten ab. Das Obergericht des Kantons Zürich bejahte dagegen mit Urteil vom 1. April 1952 die Schadenersatzpflicht des Beklagten und wies die Sache zur Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes an das Bezirksgericht zurück. Hierauf einigten sich die Parteien auf den Betrag von Fr. 10,000.—. Am 18. September 1952 sprach das Bezirksgericht dem Kläger diesen Betrag

zu. Das Obergericht hat dieses Urteil am 28. November 1952 bestätigt.

C. — Mit seiner Berufung an das Bundesgericht beantragt der Beklagte wie im kantonalen Verfahren Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Wie die Vorinstanz zutreffend angenommen hat, hängt das Schicksal der Klage davon ab, ob der Beklagte beim Erwerb des streitigen Autos gutgläubig gewesen sei oder nicht. Wer eine bewegliche Sache nicht in gutem Glauben erworben hat, kann nach Art. 936 ZGB vom früheren Besitzer auf Herausgabe belangt werden. Daneben hat der bösgläubige Besitzer dem Berechtigten gemäss Art. 940 ZGB für allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden Ersatz zu leisten. Kann er die Sache nicht herausgeben, weil er sich ihrer entäussert hat, so hat er dem früheren Besitzer nach dem Sinne von Art. 940 neben dem (übrigen) durch die Vorenthaltung verursachten Schaden auch den Wert der Sache zu ersetzen ; dies auf jeden Fall dann, wenn die Sache sich in den Händen eines Dritten befindet, dem der frühere Besitzer sie nicht abfordern kann (vgl. BGE 38 II 468, 45 II 265). Diese letzte Voraussetzung erscheint hier als erfüllt, weil der Beklagte das Auto, das der Kläger dem Reichlin anvertraut hatte, an Frésard verkauft hat und selber nicht einmal im Sinne eines Eventualstandpunktes behauptet, dass dieser es bösgläubig erworben habe und der Kläger es daher von ihm ohne Bezahlung wieder hätte erlangen können. Gegenüber der Behauptung des Klägers, dass Frésard sich als gutgläubiger Erwerber auf Art. 933 ZGB habe berufen können, wendete der Beklagte nichts ein, sondern machte lediglich geltend, der Kläger habe den Wagen beim Rückerwerb von Frésard überzahlt. Damit hat er implicite anerkannt, dass der Kläger sich nur auf dem Wege des Kaufes wieder in den Besitz des Wagens setzen konnte. Wenn der Beklagte den Wagen am 25.

Februar 1947 nicht in gutem Glauben erworben hat, ist er also verpflichtet, dem Kläger den Wert des Wagens und den übrigen Schaden im Sinne von Art. 940 zu ersetzen.

2. — Der gute Glaube ist dem Beklagten nicht nur dann abzusprechen, wenn er tatsächlich wusste, dass Martinelli bzw. dessen Auftraggeber nicht berechtigt war, über das Auto zu verfügen, sondern auch dann, wenn er bei der ihm zuzumutenden Aufmerksamkeit nicht gutgläubig sein, d. h. nicht annehmen konnte, dass Martinelli bzw. dessen Hintermann zum Verkauf des Wagens berechtigt sei (vgl. Art. 3 Abs. 2 ZGB).

Die Umstände, unter denen der Beklagte das Auto erwarb, müssen ohne Zweifel als verdächtig bezeichnet werden, auch wenn man berücksichtigt, dass es im Auto-Occasionshandel vorkommen mag, dass die Käufe rasch und gelegentlich zu für den Händler sehr günstigen Bedingungen abgeschlossen werden.

a) Auffällig war von vornherein die Tatsache, dass Martinelli, der auf telephonische Anmeldung hin nachts beim Beklagten erschien, diesem bei den Kaufunterhandlungen den sofortigen Weiterverkauf an einen Interessenten in Delsberg unter Teilung des Gewinns vorschlug, sich anerbote, diesen Weiterverkauf zu vermitteln, und sich dafür sogleich Fr. 200.— bezahlen liess. Wenn Martinelli schon einen Interessenten in Delsberg kannte, musste es dem Beklagten als merkwürdig erscheinen, dass er von Basel nach Zürich kam, um ihn in das Geschäft einzuschalten. Sonderbar war aber auch die nächtliche Vorführung des Wagens, bei der es dem Beklagten nach seiner eigenen Darstellung beim ersten Verhör durch den Untersuchungsrichter nicht einmal möglich war, den Wagen recht zu besichtigen.

b) Verdächtig war sodann der niedrige Kaufpreis. Martinelli erklärte dem Beklagten, der Verkäufer habe zunächst Fr. 7000.— verlangt, doch sei es ihm gelungen, den Preis auf Fr. 5900.— hinunterzumarkten. Der Experte Studer bezeichnete diesen Preis für die damalige Zeit

(wo Occasionen noch stark gesucht waren, wenn auch weniger als unmittelbar nach dem Kriege) als Schleuderpreis. Am nächsten Tage konnte dann auch ein Mehrpreis von Fr. 1420.— erzielt werden.

c) Besondern Anlass zu Bedenken gab schliesslich der Mangel aller Papiere. Martinelli konnte weder den Fahrgaugausweis noch die Zollquittung für den lediglich mit einer Zürcher Tagesnummer versehenen Wagen vorlegen. Er zeigte dem Beklagten lediglich ein handgeschriebenes Schriftstück, worin erklärt war, dass der Wagen verzollt worden sei, und verdeckte dabei sogar noch die Unterschrift.

Angesichts dieser Häufung von verdächtigen Umständen drängten sich Zweifel am rechtmässigen Besitz Martinellis und seines Auftraggebers auf. Es bestand entgegen den Behauptungen des Beklagten nicht bloss der Verdacht, dass der Wagen nicht verzollt worden sei. Die Verfügungsberechtigung des Verkäufers musste auf jeden Fall einem Autohändler, wie es der Beklagte war, als fragwürdig erscheinen. Der Beklagte konnte sich daher nur dann auf seinen guten Glauben berufen, wenn er sich mit der gebotenen Umsicht um die Abklärung des Sachverhalts bemüht und dabei Aufschlüsse erhalten hätte, die geeignet gewesen wären, die zunächst begründeten Zweifel zu zerstreuen. Solche Bemühungen hat der Beklagte vor dem Erwerb des Autos nicht unternommen. Erst nach dem Kauf hat er sich nach seiner Darstellung auf einen Polizeiposten begeben, um zu fragen, ob der Wagen als gestohlen gemeldet sei. Die ihm dort angeblich erteilte Auskunft, dass eine solche Meldung nicht vorliege, hätte ihm nicht erlaubt, den Verkäufer beim Erwerb des Autos trotz den geschilderten Umständen als verfassungsberechtigt zu betrachten, auch wenn diese Auskunft vor dem Erwerb eingeholt worden wäre. Dem Beklagten musste klar sein, dass immer einige Zeit vergeht, ehe gestohlene Autos gemeldet werden. Er musste zudem damit rechnen, dass es sich (wie es tatsächlich der Fall war) um ein unter-

schlagenes Auto handeln konnte, das der Polizei zu melden der Geschädigte noch keinen Anlass gehabt hatte, weil die Zeit, für die er es vermietet oder ausgeliehen hatte, noch nicht abgelaufen war. Eine Anfrage bei der Polizei genügte daher nicht. Vielmehr wäre, wie dem Beklagten als Autohändler bekannt sein musste, eine Erkundigung beim Strassenverkehrsamt erforderlich gewesen, das ohne weiteres den bisherigen Halter hätte angeben können. Der Experte Jörg stellte ausdrücklich fest, ohne diese Sicherheitsmassnahme kaufe ein seriöser Occasionshändler kein Auto, das ihm ohne Vorlegung der Papiere angeboten werde. Da der Beklagte diese einfache und naheliegende Vorsichtsmassnahme nicht getroffen hat, kann ihm der gute Glaube nicht zugebilligt werden.

3. — Der Beklagte suchte sich im kantonalen Verfahren damit auszureden, dass er damals noch kein erfahrener, branchekundiger Autohändler gewesen und nicht besonders intelligent sei und darum nicht habe erkennen können, dass es sich um ein veruntreutes Auto gehandelt habe. Die Vorinstanz stellte demgegenüber fest, er habe immerhin schon ca. 20 Wagen gekauft und verkauft gehabt. Hievon abgesehen war er intelligent genug, mit geringer Anstrengung einen grossen Gewinn zu machen. Wenn er das Auto kaufte, ohne es recht besichtigt zu haben, so offenbar deswegen, weil er gleich merkte, dass er bei diesem Geschäft angesichts des billigen Preises auf jeden Fall auf seine Rechnung kommen werde. Vor allem aber ist mit der Vorinstanz zu sagen, dass bei Beurteilung der Frage, welche Anforderungen an die Aufmerksamkeit des Erwerbers zu stellen sind, ein objektiver Maßstab anzulegen ist. Wer ein Gewerbe ausüben will, soll es kennen. Der Maßstab muss in Fällen wie dem vorliegenden ein strenger sein. Der bekannten Tatsache, dass Autos sehr oft gestohlen oder unterschlagen werden, hat der Occasionshändler durch besondere Vorsicht Rechnung zu tragen. Daran hat es der Beklagte fehlen lassen.

Im übrigen ist seine Entschuldigung auch deswegen

nicht zu hören, weil ihm nach seinen eigenen Aussagen tatsächlich Bedenken aufgestiegen sind. Er erklärte bei der polizeilichen Befragung vom 6. März 1947 wörtlich: « Irgend etwas schien mir am Handel nicht geheuer. » Dies war der Grund für die angebliche Erkundigung bei der Polizei. Dass diese nicht genügte, war leicht zu erkennen.

4. — Das Bezirksgericht hat in seinem ersten, die Klage abweisenden Urteil u. a. erwogen, auch Frésard habe das Auto ohne Ausweise erworben; der Kläger habe ihn aber nicht der Hehlerei bezichtigt, sondern ihm im Gegenteil das Auto abgekauft; es gehe daher nicht an, dem Beklagten anzukreiden, dass er seinerseits nicht auf der Vorlegung der Papiere bestand. Das Obergericht weist demgegenüber darauf hin, dass Frésard nicht Autohändler sei und einen höhern Preis bezahlt habe. Es hält deshalb dafür, der Beklagte habe Frésard mit Recht als gutgläubig behandelt. Eine nähere Untersuchung dieses Punktes erübrigt sich, weil der Beklagte, wie dargetan, gar nicht behauptet hat, Frésard sei bösgläubig gewesen.

5. — Dass Reichlin eine Schadenersatzpflicht anerkannt und Martinelli im Strafverfahren sich verpflichtet hat, den Kläger mit Fr. 1600.— zu entschädigen, ist kein Hindernis dafür, den Beklagten zum Ersatz des ganzen Schadens zu verurteilen. Es ist nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen, dass Reichlin und Martinelli bezahlt haben. Auch ihre Zahlungsfähigkeit steht nicht fest. Im übrigen ist die Frage, wie hoch der Schadenersatz zu bemessen sei, nicht näher zu erörtern, weil er für den Fall, dass die Klage grundsätzlich geschützt werden sollte, durch Vereinbarung auf Fr. 10,000.— festgesetzt wurde.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 28. November 1952 bestätigt.