

No.

a) 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.

b) 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 Treu und Glauben zumutbarer Ermittlungen ohne weiteres ausfindig machen kann.

c) Als aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 72 Abs. 1 VVG stammend gilt jeder ausservertragliche Anspruch, sofern den Pflichtigen ein Verschulden trifft. Die Verantwortlichkeitsansprüche aus Art. 940 Abs. 1 ZGB sind ausservertraglicher, nicht quasi-kontraktueller Natur. Sie fallen daher unter Art. 72 Abs. 1 VVG.

(Fahrzeugkaskoversicherung)

a) 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.

b) 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.

c) Toute prétention extracontractuelle résulte d'un acte illicite au sens de l'art. 72 al. 1 LCA lorsqu'il y a faute. 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.

(Assurance corps de véhicules)

Bundesgericht, 23. Juni 1994,
H. c. Altstadt Versicherungen, Zürich
BGE 120 II 191

Tatbestand: G. hatte bei der X. Credit AG einen Mercedes 300 CE geleast, der durch Kollektivpolice bei den Altstadt Versicherungen kaskoversichert war. Der Wagen wurde am 25. Oktober 1989 gestohlen und gleichentags an 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 D., an den er ihn weiterverkauft hatte.

Die Altstadt Versicherungen entschädigten die X. Credit AG für den Verlust des Fahrzeugs mit Fr. 77'624.50.

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

H. hat Berufung eingelegt mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventuell die Sache zur Tatbestandsergänzung und Neuurteilung zurückzuweisen.

Die Versicherungsgesellschaft schliesst auf Abweisung der Berufung, soweit auf diese einzutreten sei, und begehrt ihrerseits mit Anschlussberufung, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und H. zu verurteilen, ihr den Betrag von Fr. 77'624.50 nebst Zins zu 5 % seit 21. Februar 1990 zu bezahlen.

H. beantragt Abweisung der Anschlussberufung.

Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet, aber Abweisung der Berufung beantragt.

Gründe: a) Das Obergericht stellt in tatsächlicher Hinsicht fest, der Beklagte habe das Fahrzeug D. erst am 10. November 1989 oder sogar 8 Tage später übergeben. Die vom Beklagten behauptete frühere Besitzesübertragung sei nicht erwiesen, und es fehle auf jeden Fall ein genügender Beweis dafür, dass der Beklagte D. am 25. Oktober 1989 einen Satz Schlüssel sowie eine Kopie des Fahrzeugausweises ausgehändigt habe. Er könne sich somit nicht auf diese Sachbehauptung berufen, um einen Besitzesübergang im Sinne eines Besitzeskonstituts darzutun. Dass eine solche Schlussfolgerung aufgrund anderer Sachbehauptungen gezogen werden könnte, sei nicht ersichtlich. Damit vermöge die Argumentation des Beklagten, im Zeitpunkt der Besitzesübertragung noch gutgläubig gewesen zu sein, nicht zu überzeugen.

Der Beklagte behauptet, das Obergericht gehe von falschen Anforderungen für das Zustandekommen eines Besitzeskonstituts aus und verletze damit Art. 924 ZGB. Er verweist zudem auf zusätzliche, angeblich vom Obergericht nicht berücksichtigte Aussagen des Zeugen M., aus denen sich seiner Ansicht nach das Besitzeskonstitut konstruieren lässt, und macht sodann geltend, das Ergebnis der Beweisführung zum Vertragsschluss zwischen D. und ihm sei vom Obergericht nicht hinreichend festge-

halten worden. Alles spreche dafür, dass das Geschäft örtlich und zeitlich anders abgelaufen sei, als die Vorinstanz annehme. Die Vertragsparteien müssten sich zwangsläufig über die Aufbewahrung des Mercedes durch ihn (den Beklagten) geeinigt haben, weshalb die Sachverhaltsfeststellung des Obergerichts der Ergänzung bedürfe, um seine Rechtsbehauptung (des Besitzeskonstituts) zu beurteilen; diesen Ausführungen entsprechend sei daher gemäss Art. 52, evtl. Art. 64 OG zu verfahren.

Diese Rüge erweist sich als unbegründet: Gemäss Art. 924 ZGB kann der Besitz einer Sache ohne deren Übergabe erworben werden, wenn ein Dritter oder der Veräusserer selbst aufgrund eines Rechtsverhältnisses in deren Besitz verbleibt. Die Anerkennung des Besitzeskonstituts durch das Gesetz bedeutet, dass der Besitz durch blosser Willenseinigung, d.h. ohne Übergabe der Sache, übergeht, wenn der bisherige, meistens der unmittelbare Besitzer den selbständigen Besitz an einen Dritten, den Erwerber, überträgt, gleichzeitig aber die Sache aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses als unselbständiger Besitzer behält (Stark, N. 44 f. zu Art. 924 ZGB; Homberger, N. 2 f. zu Art. 924 ZGB).

Zwar geht das Obergericht fehl in der Annahme, der Beklagte hätte allenfalls durch den Beweis der Übergabe der Wagenschlüssel sowie einer Kopie des Fahrzeugausweises ein Besitzeskonstitut darlegen können, haben doch diese Sachbehauptungen kein Besitzeskonstitut, sondern die Übergabe der die Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft erlaubenden Mittel statt der Sache selber zum Inhalt; die Übergabe der Mittel aber ist als solche der körperlichen Übertragung der Sache gleichgestellt (Stark, N. 22 zu Art. 922 ZGB; Homberger, N. 6 zu Art. 922 ZGB).

Zudem hat der Beklagte bereits in der Appellationsbegründung vorgebracht, der am 25. Oktober 1989 rechtsgültig verkaufte Mercedes sei auf Ersuchen des D. bis zu dessen Rückkehr aus dem Ausland noch bis zum 10. November 1989 bei ihm hinterlegt gewesen. Wenn das Obergericht daher annimmt, es sei nicht ersichtlich, dass die Schlussfolgerung eines Besitzeskonstituts aufgrund anderer Sachbehauptungen als der Übergabe des Schlüssels und des Fahrzeugausweises erstellt werden könne, so trifft dies somit in dieser Absolutheit ebenfalls nicht zu. Dies vermag dem Beklagten indes nicht zu helfen. Denn aus den in der Berufung herangezogenen Aussagen des Zeugen M. ergibt sich keineswegs, dass durch Rechtsgeschäft, d.h. Willenseinigung zwischen dem Beklagten und D., der Besitz am Mercedes ohne dessen Übergabe bereits am 25. Oktober 1989 übergegangen wäre, wie es das Besitzeskonstitut erfordert (Stark, N. 44 zu Art. 924 ZGB; Homberger, N. 5 zu Art. 924 ZGB); dass der Beklagte den Wagen für D., und zwar um dessen Interessen als Hinterleger willen (Guhl/Merz/Druey, Das schweizerische Obligationenrecht, 8. A. Zürich 1991, S. 546/1.; OR-Koller, N. 3 zu Art. 472 OR), an einem sicheren Ort hätte aufbewahren müssen (Art. 472 Abs. 1 OR), lässt sich ebensowenig daraus ableiten, zumal der Beklagte den Wagen den in der Berufung angeführten Aussagen des M. zufolge für sich selbst nutzen wollte. Weil die Eigentumsübertragung durch Konstitut die Ausnahme darstellt, liegt im Umstand, dass die Sache trotz abgeschlossenen Kaufvertrags beim Verkäufer verbleibt, keine Vermutung für das Vorliegen eines Besitzeskonstituts; vielmehr sind Tatsachen namhaft zu machen, die zwingend auf ein besonderes Rechtsverhältnis schliessen lassen, aufgrund dessen die Sache dem Verkäufer verbleibt (BGE 53 II 380). Solche Tatsachen hat der Beklagte nicht vorbringen können.

Abgesehen davon hat das Obergericht einleitend festgestellt, die Gegenbehauptung einer früheren als der am 10. November 1989 oder sogar ca. 8 Tage später erfolgten Besitzesübertragung sei nicht bewiesen. Damit aber ist das Ergebnis der Beweisführung eindeutig festgestellt, so dass der Sachverhalt hinsichtlich der Über-

tragung des Fahrzeuges ohnehin keiner Ergänzung im Sinne von Art. 51 Abs. 1 lit. c, 52 bzw. 64 OG bedarf (Poudret, Commentaire de la loi d'organisation judiciaire, Bern 1990, S. 366 N. 4 zu Art. 51 OG). An das erstellte Beweisergebnis ist das Bundesgericht im Rahmen der Berufung gebunden, da der Beklagte keine Einwendungen gemäss Art. 63 Abs. 2 OG erhoben hat. Soweit er mit seinen Ausführungen die vorinstanzliche Beweismwürdigung kritisiert oder eine Verletzung der Begründungspflicht rügt, hätte er staatsrechtliche Beschwerde erheben müssen.

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.

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. 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.

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

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).

b) 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.

c) Das Obergericht betrachtete unwidersprochen G. als den aus der Kaskoversicherung Berechtigten und ging davon aus, dieser habe Versicherungsleistungen aufgrund von Ziff. 15 Abs. 2 der Allgemeinen Bedingungen zum Leasingvertrag an die X. Credit AG abgetreten. Der Ersatzanspruch, der G. Dritten gegenüber aus unerlaubter Handlung zustehe, sei gemäss Art. 72 Abs. 1 VVG insoweit auf die Klägerin übergegangen, als sie Entschädigung geleistet habe.

Das Obergericht hielt mit dem Beklagten dafür, der Leasingvertrag enthalte Elemente des Finanzierungsleasings; es betrachtete jedoch dessen Einrede, der Vertrag sei wegen Missachtung zwingender Bestimmungen über den Abzahlungsvertrag nichtig, unter anderem deswegen als unbegründet, weil mit der vereinbarten Vertragsdauer von 48 Monaten und einer Nutzung von 25'000 Kilometern pro Jahr nicht die ganze mutmassliche wirtschaftliche Nutzungsdauer des Mercedes erfasst werde; Automobile dieser Klasse hätten eine viel längere Lebensdauer. Das ergebe sich auch daraus, dass bei einer vereinbarten Leasingrate von monatlich Fr. 1'672.--, Versicherungsprämien und Kapitalverzinsung eingeschlossen, auf das vorgesehene Vertragsende keine vollständige Amortisation erfolgen könne. Es liege somit keine Gebrauchsüberlassung bis zur völligen Entwertung des Leasingobjekts vor; dass die Parteien eine Gebrauchsüberlassung solcher Art bezweckt hätten, sei nicht bewiesen. Art. 226m Abs. 1 OR gelange daher nicht zur Anwendung.

Der Beklagte hält dafür, das Obergericht verwechsle die wirtschaftliche Nutzungsdauer mit der technischen, die bei einem Mercedes auf eine längere Lebensdauer als die vereinbarte Leasingdauer und Kilometerleistung angelegt sei. Liege die vertraglich bestimmte Nutzungsdauer unter der effektiv noch wirtschaftlich sinnvollen Dauer, so sei das regelmässig das Ergebnis einer vorsichtigen, vor allem den Sicherheitsinteressen des Leasinggebers dienenden Prognose im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die mutmassliche wirtschaftliche Nutzungsdauer sei daher mit 48 Monaten realistisch bewertet. Die X. Credit AG hätte das Leasingobjekt in dieser Zeit ohnehin längst abgeschrieben. Im übrigen spreche gerade die technische Wertbeständigkeit für die Anwendung abzahlungsrechtlicher Kriterien, ergebe sich doch bei einem totalen Entgelt von Fr. 80'256.-- nach Abzug der Versicherungsprämien und Verzinsung eine effektiv anrechenbare Tilgungssumme von rund Fr. 58'000.-- und damit ein Restwert des Mercedes bei Vertragsende von rund Fr. 23'700.--; angesichts dessen hätte die wirtschaftliche Rationalität den Leasingnehmer geradezu zur Weiterführung des Vertrages bis zur völligen Entwertung des Leasingobjekts gezwungen. Sie sei als Option in Ziff. 16 der Allgemeinen Bedingungen zum Leasingvertrag vorgesehen; deren zurückhaltende Formulierung gründe einzig im Bemühen, um der rechtlichen Auswirkungen willen zu verhindern, dass der Leasingvertrag zu den Veräusserungsverträgen gerechnet werde. Ebenso gehe der Hinweis fehl, die vereinbarten Leasingraten hätten keine Amortisation des Leasingobjekts innert der Vertragsdauer zugelassen; denn das Obergericht übersehe dabei, dass bloss eine Amortisation bis zum Restwert erforderlich sei, da dieser Grundlage der Weiterführungsoption bilde.

Soweit die Ausführungen des Beklagten nicht gegen tatsächliche Feststellungen des Obergerichts gerichtet sind, ohne dass gleichzeitig eine Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften bzw. ein offensichtliches Versehen geltend gemacht wird, oder sich in neuen Tatsachenbehauptungen erschöpfen und daher insgesamt unzulässig sind (Art. 55 Abs. 1 lit. c und 63 Abs. 2 OG), erweisen sie sich als unbehelflich. Der fragliche Mercedes hat als Konsum-, nicht als Investitionsgut zu gelten, so dass kein

Finanzierungsleasing vorliegen kann (BGE 118 II 152 Erw. 4a mit Hinweisen und 154 Erw. 5a mit Hinweisen). Lehre und kantonale Rechtsprechung haben zudem die Unterstellung des Finanzierungsleasings unter das Abzahlungsrecht bis jetzt eher verneint (BGE 118 II 155 Erw. 5b mit Hinweisen), und der Beklagte greift die Grundsatzfrage überhaupt nicht auf. Die "gleichen wirtschaftlichen Zwecke wie bei einem Kauf auf Abzahlung", die Art. 226m Abs. 1 OR für die Anwendbarkeit des Abzahlungsrechts voraussetzt, verfolgen die Parteien nur, wenn der Vertragsgegenstand nach Ablauf der festen Vertragsdauer völlig entwertet ist (vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Abzahlungs- und den Vorauszahlungsvertrag, BBl 1960 I S. 568; BGE 118 II 154 Erw. 5a; Stöcklin, Der Leasingvertrag als Mittel der Umgehung zwingenden Rechts, Diss. BS 1985, S. 73/74). Gerade das traf nach der verbindlichen tatsächlichen Feststellung des Obergerichts vorliegend nicht zu. Einer Verkaufsabrede nach Ablauf der festen Vertragsdauer aber käme wie derjenigen, den Leasingvertrag weiterzuführen, selbständiger Charakter zu; sie vermöchte daher keine rückwirkende Bedeutung bezüglich der rechtlichen Qualifikation des Leasingvorganges zu erlangen (Rinderknecht, Leasing von Mobilien, Diss. ZH 1984, S. 71/5.). Ob die wirtschaftliche Rationalität eine Vertragsverlängerung, wie sie gemäss Ziff. 16 der Allgemeinen Bedingungen zum Leasingvertrag der Leasingnehmer unter neuen Bedingungen fordern kann, bei denen die Leasingraten aufgrund des Restwerts des Fahrzeugs berechnet werden, geradezu nahegelegt hätte, ist vorliegend unerheblich. Denn das Obergericht stellt nicht fest, G. sei es von Anfang an darum gegangen, sich die dauernde Nutzung des Fahrzeugs zu verschaffen, sondern gelangt vielmehr zum Schluss, es sei nicht bewiesen, dass die Parteien eine Gebrauchsüberlassung bis zur völligen Entwertung des Leasingobjekts bezweckt hätten.

Zur Frage der Subrogation der Klägerin in die Ansprüche des G. aus Art. 940 Abs. 1 ZGB erwägt das Obergericht, durch die Weiterveräusserung des Mercedes seien die besitzrechtlichen Folgen des Diebstahls perpetuiert worden; zwischen Diebstahl und Veräusserung des Fahrzeugs bestehe insofern ein Sachzusammenhang, als dieses zufolge der Veräusserung vom bösgläubigen Besitzer nicht mehr unbeschwert, sondern nur noch unter erschwerten Bedingungen, möglicherweise nur noch gegen Vergütung des bezahlten Preises (Art. 934 Abs. 2 ZGB) habe herausverlangt werden können. Dadurch seien Versicherungsleistungen definitiv ausgelöst worden. Die Versicherung habe für den Wert des Fahrzeugs Ersatz geleistet, und solchen verlange sie mit der Klage nun ihrerseits; damit lägen identische Schadensposten vor, wie sie Art. 72 Abs. 1 VVG für eine Subrogation des Versicherers verlange. Ersatzansprüche aus unerlaubter Handlung im Sinne dieser Bestimmung stellten alle ausservertraglichen Ansprüche dar, zu denen auch solche aus Art. 940 Abs. 1 ZGB gehörten, sofern dem Pflichtigen wie hier dem Beklagten ein Verschulden zur Last falle. Die Voraussetzungen zur Ausübung des Regressrechts durch die Berufungsbeklagte seien demnach gegeben.

Der Beklagte rügt unter Hinweis auf Art. 18 Ziff. 3 der Allgemeinen Bedingungen für Motorfahrzeugversicherungen der Klägerin (AVB), leistungsauslösendes Ereignis bleibe der Diebstahl, der ein Erlöschen der Versicherungsdeckung bewirke; auf ihm allein gründe der dem Geschädigten gegenüber der Klägerin aus dem Versicherungsvertrag zustehende Ersatzanspruch; für die besitzrechtlichen Ansprüche aus Art. 940 Abs. 1 ZGB bestehe keine Versicherungsdeckung, weshalb sie auch nicht Subrogationsgegenstand bilden könnten. Dabei übersieht der Beklagte indes, dass der Deckungsumfang, d.h. die Art der Schäden, die versichert sind, in Art. 8 AVB und nicht, wie von ihm angenommen, in Art. 18 AVB umschrieben wird. Nach dem anwendbaren

Art. 8 AVB erstreckt sich der Deckungsumfang auf "alle Schäden am deklarierten Motorfahrzeug wie z.B. Schäden als Folge von Kollision, Feuer, Diebstahl, ...böswilligen oder mutwilligen Handlungen Dritter....". Das Obergericht hat zwischen Veräusserung und Diebstahl insofern einen Sachzusammenhang bejaht, als das Fahrzeug zufolge der Veräusserung vom bösgläubigen Besitzer nicht mehr unbeschwert, sondern nur noch unter erschwerten Bedingungen, möglicherweise nur noch gegen Erstattung des bezahlten Preises habe herausverlangt werden können; dadurch seien die Versicherungsleistungen definitiv ausgelöst worden. Damit aber hat es einen Schaden zufolge Diebstahls im Sinne von Art. 8 AVB angenommen, was der Beklagte denn auch nicht als bundesrechtswidrig beanstandet. Aus dem Gesagten folgt, dass im vorliegenden Fall aufgrund des Versicherungsvertrages für besitzrechtliche Ansprüche aus Art. 940 Abs. 1 ZGB versicherungsrechtliche Deckung besteht. Wie das Obergericht überdies zutreffend erkannt hat, ändert daran nichts, dass nach dem vom Beklagten angerufenen Art. 18 Ziff. 3 AVB bei Totalschaden die Versicherungsdeckung mit dem Schadenereignis erlöscht, spätere Entwertung der Überreste zu Lasten des Versicherungsnehmers gehen, solange die Klägerin deren Besitz nicht angetreten hat.

Der Beklagte geht auch fehl, wenn er sodann geltend macht, die Klägerin habe nur in die vom Leasingnehmer als direktem Anspruchsberechtigtem an die Leasinggeberin abgetretenen Ansprüche subrogieren können; aufgrund von Ziff. 15 Abs. 2 der Allgemeinen Bedingungen zum Leasingvertrag seien nur Ansprüche gegenüber Versicherungen, nicht jedoch Ansprüche gegenüber Dritten ausserhalb von Versicherungsverträgen abgetreten worden. Art. 72 Abs. 1 VVG bestimmt, dass der Ersatzanspruch, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht, insoweit auf den Versicherer übergeht, als dieser Entschädigung geleistet hat. Damit aber bedarf es für den Übergang des Anspruchs gerade keiner Abtretung; andernfalls entbehrte die Bestimmung jeden Sinns und Zwecks. Die vom Beklagten angesprochene Ziff. 15 beschlägt bloss das Verhältnis Leasingnehmer/Leasinggeber, nicht jenes des Versicherers zum Leasingnehmer.

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; Koenig, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A. Bern 1967, S. 290). Die Verantwortlichkeitsansprüche aus Art. 940 Abs. 1 ZGB sind ausservertraglicher, nicht quasi-kontraktuellem Natur, wie der Beklagte unter Hinweis auf die zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 75 II 226 Erw. 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 bejaht. Dass den Beklagten ein Verschulden treffe, hat das Obergericht bejaht, und der Beklagte hat dies denn auch nicht substantiell beanstandet.

Mit ihrer Anschlussberufung verlangt die Klägerin vom Beklagten den Betrag Fr. 77'624.50, den sie als Versicherungsgesellschaft entrichtet hat.

Das Obergericht führte dazu aus, der bösgläubige Besitzer sei zum Ersatz des Wertes der Sache verpflichtet, wenn er diese an einen Dritten veräussere, dem sie nicht oder nur gegen Erstattung des von ihm bezahlten Preises abgefordert werden könne (BGE 84 II 260 mit Hinweisen). Der Beklagte habe unter Hinweis auf die Eurotax-Werte bestritten, dass die von der Klägerin der X. Credit AG erbrachte Versicherungsleistung von Fr. 77'624.50 dem Wert des Mercedes entspreche. Die Klägerin weise zwar darauf

hin, dass die kurze Dauer, während der der Wagen im Verkehr war, keine wesentliche Werteinbusse verursacht habe; überdies könnten die gewöhnlichen Abschreibungssätze bei einem Fahrzeug dieser Art nicht angewendet werden. Dies erscheine allerdings - so das Obergericht - zweifelhaft und sei nicht ohne weiteres anzunehmen. Die Klägerin habe durch die von ihr erstellte Bewertung nicht den vollen Beweis für den Wert im Umfang ihrer Entschädigungsleistung zu erbringen vermocht. Der Wert des Mercedes sei daher ermessensweise zu schätzen und zwar auf ca. 80 % des unbestrittenen Neuwerts von Fr. 81'170.--, was rund Fr. 65'000.-- ergebe und der bei der Weiterveräusserung durch den Berufungskläger massgeblichen Preisbasis entspreche.

Die Klägerin beanstandet, dieses Vorgehen verletze die bundesrechtlichen Beweisvorschriften. Nachdem sie den Schaden ziffernmässig festgelegt habe, hätte der Beklagte den Nachweis eines geringeren Schadens erbringen müssen, was er indessen nicht getan habe. Den verbindlich festgestellten Schadensbetrag ohne strikten Gegenbeweis ermessensweise herabzusetzen, sei mit den bundesrechtlichen Beweisregeln nicht vereinbar.

Die Rüge erweist sich als haltlos, soweit die Klägerin damit nicht in unzulässiger Weise die vorinstanzliche Beweiswürdigung angreift (BGE 118 II 366 mit Hinweisen). Für den von ihr behaupteten Schaden trug sie die Beweislast (Art. 8 ZGB). Vorliegend hat sie zwar behauptet, der Wert des Mercedes belaufe sich auf Fr. 77'624.50, ohne allerdings den geltend gemachten Schaden durch ihre weiteren Vorbringen, deren Richtigkeit das Obergericht als zumindest zweifelhaft bezeichnet, oder durch die eigene Berechnung, die die Vorinstanz nicht als beweistauglich erachtete, ziffernmässig verbindlich festzulegen. Dass die Klägerin den von ihr behaupteten Schaden bewiesen hätte, trifft somit nicht zu. Indem das Obergericht unter der gegebenen Beweislage zum Schluss gelangte, der strikte ziffernmässige Schadensnachweis sei gar nicht zu erbringen (BGE 105 II 89 Erw. 3 mit Hinweisen), und daher den Schaden gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ermessensweise abschätzte, hat es keine bundesrechtlichen Beweisvorschriften verletzt.

I. Inhaltsverzeichnis

XXI (Regressrecht des Versichereres gegen den Haftpflichtigen)

II. Gesetzesregister

VVG	72
ZGB	8, 924, 934, 935, 936, 940
OR	42, 226m
OG	51, 52, 55, 63, 64

III. Sachregister

Regress

bei besitzesrechtlichem Schadenersatzanspruch infolge bösgläubigen Besitzes
Voraussetzungen des -