



dRSK

Kommentar zu: Urteil: [5A_797/2019](#) vom 1. Mai 2020
Sachgebiet: Sachenrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Sachenrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Rei vindicatio eines französischen Cellos nach Art. 641 Abs. 1 ZGB

Unter Berücksichtigung der in Art. 930 Abs. 1 ZGB statuierten Eigentumsvermutung

Autor / Autorin

Philipp Eberhard



Redaktor / Redaktorin

Barbara Graham-Siegenthaler



Christina Schmid-Tschirren



Dreh- und Angelpunkt des französischsprachigen Bundesgerichtsurteils 5A_797/2019 vom 1. Mai 2020 stellte ein in Frankreich hergestelltes und von den französischen Beschwerdeführern gekauftes Cello dar, das durch deren gemeinsamen Sohn, einen Cellisten, in die Schweiz gebracht und dort als Arbeitsinstrument genutzt wurde. Die Beschwerdeführer forderten im Rahmen einer Herausgabeklage das im Strafverfahren gegen ihren Sohn beschlagnahmte Cello erfolglos vom «Conseil d'Etat» des Kantons Waadt heraus. Die Beschwerdeführer konnten nicht nachweisen, dass sie Eigentümer des Cellos und somit zur Vindikation aktivlegitimiert waren.

I. Sachverhalt

[1] Der in der Schweiz lebende C., Sohn der in Frankreich lebenden Beschwerdeführer A. und B., ist passionierter Musiker und Inhaber eines Diploms als Cellist. Im Jahr 2006 übergab der in Frankreich lebende Geigenbauer D. dem C. ein Cello «E.», welches dieser als Arbeitsinstrument nutzte.

[2] Am 2. November 2007 stellte D. eine Quittung auf den Namen von A. für den Verkauf des besagten Cellos in der Höhe von EUR 80'000 aus. Auf dieser Quittung wurde vermerkt, dass am selben Tag EUR 20'000 bezahlt wurden. Darüber hinaus wurde eine Zahlung von EUR 30'000 vom 20. April 2008 vermerkt.

[3] Am 13. Januar 2010 reichte der «Service de prévoyance et d'aide sociales» (abgekürzt «SPAS») eine Strafanzeige gegen C. und seine Frau F. ein. Gegen diese wurde in der Folge ein Strafverfahren eröffnet, da sie ihre Nebeneinkünfte den Sozialbehörden («services sociaux») nicht gemeldet hatten. Im Rahmen der Strafuntersuchung wurden am 13. Januar 2010 zahlreiche Musikinstrumente, darunter das Cello «E.», am Wohnort von C. entdeckt, inventarisiert und anschliessend beschlagnahmt. Der sich als Privatkläger konstituierte «SPAS» stellte den Antrag, dass alle verarrestierten Objekte dem Staat zurückzugeben seien, damit der «SPAS»

durch den mittels öffentlicher Versteigerung durchgeführten Verkauf der Instrumente für den entstandenen Schaden entschädigt werde.

[4] C. liess am 28. September 2010 ein Schreiben mit einer Bescheinigung seiner Mutter, worin diese am 15. September 2010 bestätigte, an diesem Tag das Cello mit einem Wert von EUR 80'000 besessen zu haben, der «Police de sûreté» zukommen. Mit Entscheid vom 31. Juli 2015 verurteilte das «Tribunal correctionnel de l'arrondissement de La Côte» C. und seine Frau F. wegen gewerbsmässigen Betrugs sowie Urkundenfälschung. Das Gericht ordnete die Konfiszierung und die anschliessende Verwertung der beschlagnahmten Instrumente – darunter auch das Cello – von C. an. Am 29. Oktober 2015 übergab C. durch seinen Mitarbeiter J. das Cello dem Kanton Waadt, in dessen Besitz es sich seither befindet. Mit handschriftlicher Erklärung vom 5. November 2015 erklärte D., dass A. ihm immer noch die Summe von EUR 30'000 schulde.

[5] Mit dem am 22. August 2016 beim «Tribunal d'arrondissement de Lausanne» eingereichten Schlichtungsgesuch forderten A., B. und D. zusammengefasst, ihnen sei das Cello zurückzugeben. In diesem Zusammenhang betonten die drei Kläger, sie seien Gesamteigentümer («propriétaires communs») des besagten Cellos, weshalb sie in Bezug auf das Cello das Gesamteigentum («propriété commune sur l'instrument») bis zu dessen vollständiger Bezahlung durch A. und B. vereinbart hätten. Nach der Schlichtungsverhandlung wurde A. und B. die Klagebewilligung ausgestellt.

[6] Mit Klage vom 18. Januar 2017 forderten A. und B. zusammengefasst, dass der «Conseil d'Etat du canton de Vaud» zu verpflichten sei, ihnen das sich im Besitz des «Service pénitentiaire de l'Etat de Vaud» befindliche Cello zurückzugeben. A. und B. reichten am 19. September 2017 ein Schreiben ein, worin D. bestätigte, dass er nicht mehr der Eigentümer des Cellos sei, welches er an A. und B. verkauft hätte, da er auf der Rechnung nicht angegeben hätte, dass er bis zur vollständigen Bezahlung Eigentümer des Instruments bleiben würde, soweit dieses nicht vollständig bezahlt worden sei. Die Kläger brachten am 3. Oktober 2017 ein durch den Geigenbauer G. erstelltes und vom 26. November 2015 datierendes Dokument bei, in welchem G. bestätigte, dass das Cello, welches ihm an jenem Tag zur Prüfung unterbreitet wurde und A. und B. gehört, einen Wert von CHF 160'000 hatte («présenté ce jour pour être soumis à [son] expertise et appartenant à Madame et Monsieur A. et B. (...) a[vait] une valeur de CHF 160'000.—»). Am 27. November 2017 legten die Kläger ein neues Zertifikat von G. vom 10. November 2017 ins Recht, das sich gegenüber demjenigen vom 26. November 2015 dahingehend unterschied, dass nun auf das am 29. Januar 2008 zur Begutachtung vorgelegte Cello, welches A. und B. gehörte, Bezug genommen wurde («présenté en date du 29 janvier 2008 pour être soumis à [son] expertise et appartenant à Madame et Monsieur A. et B.»). Mit Entscheid vom 19. Juni 2018 wurde die Klage abgewiesen.

[7] Die von A. und B. gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhobene Berufung wies die «Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud» am 12. Juli 2019 ab.

[8] Am 4. Oktober 2019 gelangten A. und B. ans Bundesgericht und forderten zusammengefasst die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils dahingehend, dass das Cello den Klägern, eventualiter nur an A., herauszugeben sei. Subeventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

[9] Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

[10] Das Bundesgericht wies unter Bezugnahme auf die vorinstanzlichen Erwägungen darauf hin, dass sich die sachenrechtlichen Folgen des Verkaufs des Cellos, welches sich zu diesem Zeitpunkt in Frankreich befunden hätte, nach französischem Recht richteten. A. als Käuferin habe das Eigentum des Cellos im Jahr 2006 erworben. Es sei nicht erstellt gewesen, dass B. zusammen mit seiner Frau das Eigentum am Instrument erworben hätte. Da B. nicht nachgewiesen hätte, dass er zusammen mit seiner Frau Miteigentümer des Cellos geworden sei, hätte seine Frau A. das Cello allein erworben. Das Cello sei anschliessend an C. übergeben worden, der es in die Schweiz gebracht hätte und wo er bis am 29. Oktober 2015 auch Besitzer des Instruments gewesen sei. Gemäss Art. 100 Abs. 2 [IPRG](#) sei daher ab diesem Zeitpunkt korrekterweise Schweizer Recht auf die mit diesem Besitz zusammenhängende Eigentumsvermutung anwendbar gewesen (E. 3).

[11] Das Bundesgericht halte in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Gebrauchsleihe – im Zusammenhang mit

der Schenkung – nicht vermutet werde, weil der Nachweis einer Gebrauchsleihe den Nachweis einer Rückgabepflicht des entsprechenden Objekts voraussetzt. Es habe den Beschwerdeführern obliegen, das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zur Rückgabe des Cellos von C. zu beweisen. Einen solchen Nachweis hätten die Beschwerdeführer nicht erbracht. Aus den Akten hätte sich nicht ergeben, dass C., der das Cello zu seinem persönlichen Gebrauch erhalten hätte, verpflichtet gewesen wäre, dieses seinen Eltern zurückzugeben, zumal diese kein Cello spielten. C. hätte zudem darauf hingewiesen, dass seine Eltern in die beschlagnahmten Instrumente investiert hätten, sodass er und seine Kinder darauf hätten spielen können, wobei er erklärt hätte, dass seine Eltern kein Cello spielten, was darauf hindeuten würde, dass keine Verpflichtung zur Rückgabe des Cellos vereinbart worden sei. Gestützt auf die vorinstanzlichen Erwägungen sei damit der Nachweis des Eigentums der Beschwerdeführer am Cello nicht erstellt (E. 3).

[12] Die Beschwerdeführer monierten sodann eine Verletzung von Art. 116 und 117 IPRG. Die kantonale Vorinstanz hätte, gestützt auf eine «unerklärliche, auf Art. 100 Abs. 2 IPRG gründende Argumentation» («raisonnement énigmatique fondé sur l'art. 100 al. 2 LDIP») festgehalten, dass Schweizer Recht auf die vorliegende Sachlage anwendbar sei (E. 4). Die Beschwerdeführer betonten diesbezüglich, dass sich das anwendbare Recht nach dem gewöhnlichen Wohnsitz der Partei, welche die charakteristische Leistung erbringe, bestimme. Unabhängig davon, ob der Vertrag nun als Schenkung oder Gebrauchsleihe zu qualifizieren sei, hätten sie, als französische Staatsbürger, die charakteristische Leistung erbracht und den Besitz des Cellos übertragen, wobei dieser Vorgang zudem auf französischem Territorium stattgefunden hätte. Entsprechend sei französisches Recht auf das mit ihrem Sohn bestehende Vertragsverhältnis anwendbar (E. 4.1).

[13] Diesbezüglich betonte das Bundesgericht, dass die Argumentation der Beschwerdeführer das Ziel verfehle. Die kantonale Vorinstanz habe Schweizer Recht als für anwendbar erklärt aufgrund der Vermutung des Eigentums, welche sich aus dem Besitz des Cellos durch C. ergeben habe (Art. 930 Abs. 1 [ZGB](#)). Die Anwendung von Art. 100 Abs. 2 IPRG sei demzufolge nicht zu beanstanden (E. 4.2).

[14] Die Beschwerdeführer hätten der Vorinstanz ferner vorgeworfen, eine willkürliche Beweiswürdigung vorgenommen zu haben, indem diese festgestellt hätte, dass die Beschwerdeführer die Tatsache, dass der zwischen ihnen und ihrem Sohn geschlossene Vertrag als Gebrauchsleihe und nicht als Schenkung zu qualifizieren sei («tendant à qualifier de prêt à usage le contrat conclu entre eux et [leur fils] et non de donation») und damit eine Pflicht des Sohnes bestanden hätte, ihnen das Cello herauszugeben, nicht genügend substantiiert hätten (E. 5).

[15] Die Beschwerdeführer rügten diesbezüglich, dass es unhaltbar sei, dass der Verkauf eines Sammler-Musikinstrumentes («un instrument de musique de collection») zu einem hohen Preis auch zwingend dazu führe, dass das entsprechende Instrument gebraucht werde. Sie hätten das Cello sehr wohl gekauft, sodass ihr Sohn zeitweise darauf spielen könne. Es sei jedoch willkürlich, hieraus abzuleiten, dass sie das Instrument nie mehr zurückhaben wollten und dass das Instrument nicht in ihrem Vermögen verblieben sei, zumal sie D. noch EUR 30'000 schuldeten. Bei seiner Einvernahme vor dem «Tribunal correctionnel» hätte ihr Sohn nämlich ausgesagt, dass sein Vater Klavier spiele und seine Mutter aus einer Musikerfamilie stamme. Somit sei «die Liebe zur Musik und zu den Instrumenten, die sie hervorbringe, ein fester Bestandteil der Familie» der Beschwerdeführer («[l']amour de la musique et des instruments qui la conditionne constitu[ait] [ainsi] une partie inhérente et indéfectible de la famille [des recourants]»). Den Aussagen von C. hätte sich gemäss Beschwerdeführern nicht entnehmen lassen, dass er jemals behauptet hätte, Eigentümer des Cellos zu sein. Er hätte, im Gegenteil, erklärt, dass er das Instrument nur gebrauche («qu'il n'en avait que l'usage»), was den zwischen ihm und seinen Eltern bestehenden Vertrag als Gebrauchsleihe («prêt à usage») und nicht als Schenkung («donation») qualifiziere (E. 5.1).

[16] Diesbezüglich hielt das Bundesgericht entgegen, dass die Vorbringen der Beschwerdeführer rein appellatorischer Natur und damit unzulässig seien. Schliesslich sei auch nicht ersichtlich, inwiefern die Feststellung, dass das Cello für den persönlichen Gebrauch von C. bestimmt sei, für sich allein genommen die durch die Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung willkürlich mache. Obschon sie diesbezüglich beweispflichtig seien, hätten die Beschwerdeführer diesen Punkt nicht substantiiert (E. 5.2).

[17] Die Beschwerdeführer machten sodann eine Verletzung der Eigentumsgarantie (Art. 26 [BV](#)) geltend. Die

kantonale Vorinstanz hätte ihrer Meinung nach festgestellt, dass die Voraussetzungen für eine Beschlagnahme des Cellos offensichtlich nicht erfüllt gewesen seien. Es hätten daher keine Zweifel bestanden, dass dadurch ihr Eigentumsrecht verletzt worden sei. Da die Beschwerdeführer diese Rüge zum ersten Mal vor Bundesgericht erhoben hätten, sei diese ohnehin unzulässig. Unabhängig von deren Zulässigkeit beruhe die Argumentation der Beschwerdeführer vollständig auf der Annahme, sie seien die rechtsgültig festgestellten Eigentümer des Cellos. Aus dem Gesagten folge jedoch, dass die diesbezügliche Beweismwürdigung durch die kantonale Vorinstanz fehlerfrei sei. Unter diesen Umständen können die Beschwerdeführer keine Verletzung ihres Eigentumsrechts bzw. Willkür geltend machen (E. 6).

III. Kommentar

[18] Aus einer sachenrechtlichen Perspektive standen im vorliegenden Bundesgerichtsurteil die Eigentums- bzw. Besitzverhältnisse am fraglichen Cello als zivilrechtliche Vorfrage in einem Strafverfahren zur Disposition. Die vom Bundesgericht aufgegriffene und auch bestätigte Vorgehensweise der kantonalen Vorinstanz, welche unter Anwendung von Art. 930 Abs. 1 ZGB auf die Eigentümerstellung bezüglich des Cellos nicht von A. und B., sondern von C. schloss, ist im Lichte der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung konsequent.

[19] Art. 930 Abs. 1 ZGB legt fest, dass vom Besitzer einer beweglichen Sache vermutet wird, dass er ihr Eigentümer sei. Diesbezüglich erkannte das Bundesgericht bereits in einem Entscheid vom 31. Mai 1928, dass der Besitzer einer beweglichen Sache die Vermutung des Eigentums auch demjenigen gegenüber beanspruchen kann, von dem er die Sache erhalten hat (BGE [54 II 244](#) E. 2 S. 245). Im Rahmen seiner Erwägungen kam das Bundesgericht in diesem Entscheid zum Schluss, dass, wo das Eigentum in Frage steht, der Rechtsvermutung nicht entgegensteht, dass ein Besitzer seinen Besitz nicht gegen einen anderen Besitzer ausspielen können soll, wobei das Bundesgericht jedoch auch erwog, dass die entsprechenden Gesetzesmaterialien auf eine gegenteilige Absicht des Gesetzesredaktors schliessen lassen (BGE [54 II 244](#) E. 2 S. 245). Dieses Urteil stiess in der Lehre auf Zustimmung (vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017, Rz. 267; EMIL W. STARK/BARBARA LINDENMANN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 1. Teilband: Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, 4. Aufl., Bern 2016 [zit. BK-STARK/LINDENMANN], Art. 930 N 35; THOMAS SUTTER-SOMM, Eigentum und Besitz, in: Schweizerisches Privatrecht, Eigentum/Besitz, Band V/1, 2. Aufl., Basel 2014, Rz. 1365, 1372).

[20] Den im Urteil BGE [54 II 244](#) erwähnten Grundsatz hat das Bundesgericht in mehreren nachfolgenden Entscheiden aufgegriffen und gestützt. Im Rahmen einer Erbschaftsklage betonte das Bundesgericht den Stellenwert der Vermutung von Art. 930 Abs. 1 ZGB und die daraus resultierenden Folgen: «Les auteurs admettent que la possession du bien entraîne la présomption de la propriété du défendeur (art. 930 al. 1 CC), de sorte que le demandeur doit détruire cette présomption pour faire renaître celle de la possession antérieure du de cujus» (BGE [119 II 114](#) E. 4c S. 117). Im Rahmen einer Klage, in der die Schadenersatzpflicht eines bösgläubigen Besitzers, der Inhaberpapiere in bösem Glauben von einem Nichtberechtigten erworben und an gutgläubige Dritte weiterveräusserte, zur Beurteilung stand, wies das Bundesgericht auf Folgendes hin: «Der Kläger stützt seinen Schadenersatzanspruch auf den Verlust seines Eigentums an den streitigen Aktien. Dass er einem Dritten gegenüber für diese Titel verantwortlich sei, hat er nicht behauptet. Seine Klagelegitimation hängt also davon ab, ob er wirklich Eigentümer dieser Titel war. Nach Art. 8 ZGB hat er dies zu beweisen.» (BGE [84 II 253](#) E. 3 S. 261).

[21] In einer Fallkonstellation, in der es um die Übertragung von Besitz und Eigentum an einer Fahrnissache ging und in der die Kläger zur Hauptsache behaupteten, der Besitz – und damit auch das Eigentum – sei durch Besitzanweisung übertragen worden, wies das Bundesgericht darauf hin, dass nach Art. 924 Abs. 1 ZGB ohne Übergabe der Besitz an einer Sache erworben werden kann, wenn ein Dritter auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache verbleibt (BGE [132 III 155](#) E. 4.1 S. 158). Voraussetzung hierfür ist allerdings ein gestufter Besitz, wobei ein selbstständiger mittelbarer Besitzer die Sache dem Gewahrsam eines Dritten überlassen hat, der unselbstständigen unmittelbaren Besitz daran hat (BGE [132 III 155](#) E. 4.1 S. 158). Dabei geht der Besitz an der entsprechenden Sache über, «sobald dies zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber vereinbart worden ist» (BGE [132 III 155](#) E. 4.1 S. 158). Für den Übergang der Sache auf den Erwerber als neuer selbstständiger mittelbarer Besitzer ist die Benachrichtigung des Dritten nicht nötig (BGE [132 III 155](#) E. 4.1 S. 158; vgl. BGE [112 II 406](#) E. 5c S. 420; BGE [109 II 144](#) E. 3d S. 150). Nötig und erforderlich ist hingegen, dass der Dritte – der unselbstständige unmittelbare Besitzer – «die Herrschaft des Veräusserers anerkennt» (BGE

[132 III 155](#) E. 4.1 S. 158). Mit anderen Worten muss der Dritte für den Veräusserer besitzen, wobei der Besitz des mittelbar Besitzenden untergeht, wenn diese Voraussetzung nicht – bzw. nicht mehr – gegeben ist (BGE [132 III 155](#) E. 4.1 S. 159; vgl. BGE [54 II 244](#) E. 2 S. 246; vgl. BK-STARK/LINDENMANN, a.a.O., Art. 920 N 20).

[22] In der Praxis greift die *Rechtsvermutung aus dem Besitz* jedoch nur dann, wenn der Besitz so beschaffen ist, dass sich daraus, vorbehaltlich der Widerlegung durch andere Tatsachen, wirklich auf ein entsprechendes *Recht an der Sache schliessen lässt* (BGE [141 III 7](#) E. 4.3 S. 10; BGE [135 III 474](#) E. 3.2.1 S. 478; BGE [84 II 253](#) E. 3 S. 261; BGE [84 III 141](#) E. 3 S. 156).

[23] Die Rechtsvermutung *entfällt* jedoch nach ständiger Rechtsprechung in denjenigen Sachlagen, in denen der *Besitz zweideutig* ist (vgl. BGE [141 III 7](#) E. 4.3 S. 10; BGE [84 III 141](#) E. 3 S. 156; BGE [84 II 253](#) E. 3 S. 261; [76 II 344](#) S. 345). Dies ist dann der Fall, wenn die Umstände *fragwürdig* erscheinen, unter denen der Besitz begründet wurde (BGE [141 III 7](#) E. 4.3 S. 10; vgl. Urteil [5A_279/2008](#) vom 16. September 2008, E. 6.2). In zweideutigen Sachlagen kann der Besitzer sich nicht einfach auf seinen Besitz berufen, sondern hat substantiiert die *Legitimation des behaupteten Rechts* darzulegen (BGE [141 III 7](#) E. 4.3 S. 10; vgl. Urteil 5C.154/1998 vom 18. Dezember 1998, E. 2a). Vom Besitzer der entsprechenden Sache ist zu verlangen, dass er Ausführungen in Bezug auf den Erwerb des entsprechenden Rechts tätigt (BGE [135 III 474](#) E. 3.2.2 S. 479).

[24] In einer Fallkonstellation, in der die Übertragung von Namenaktien im Zentrum stand, hielt das Bundesgericht in diesem Zusammenhang fest: «Die Beklagte hat, als die Klägerin sich vor dem Prozess auf ihr Eigentum berief, deren Anfrage nach allfälligen von ihr an diesen Aktien beanspruchten Rechten unbeantwortet gelassen. Falls die Beklagte wirklich eigene Rechte an den Aktien zu haben glaubt, müsste sie doch wohl den Erwerbsgrund kennen und sich über die Umstände des Geschäftsabschlusses und der Übertragung zu äussern vermögen. Verweigert ein Besitzer die Aufschlüsse über seinen Erwerb, die nach der Sachlage von ihm nach Treu und Glauben verlangt werden dürfen, so macht er sich verdächtig, so dass die aus dem Besitz abzuleitende Rechtsvermutung entfällt [...]. Insbesondere im Prozess ist der Besitzer verpflichtet, das Seinige zur Abklärung des Sachverhaltes beizutragen, zumal wenn er, wie gewöhnlich, über die Umstände seines Erwerbes besser unterrichtet ist als der klagende Nichtbesitzer» (BGE [81 II 197](#) E. 7b S. 205).

[25] In einer Sachlage, in welcher es um die Eigentumsrechte eines Börsenmaklers in Bezug auf die von ihm gekauften Wertpapiere ging, wertete das Bundesgericht den Besitz als zweideutig, womit auch die Vermutung von Art. 930 Abs. 1 ZGB nicht zum Tragen kam: «Dagegen werden, wie die Vorinstanz zutreffend angenommen hat, durch die berufliche Tätigkeit des Klägers Zweifel darüber geweckt, ob er die Titel wirklich als Eigentümer und nicht bloss als Beauftragter besessen habe. Der Kläger war und ist unbestrittenermassen Börsenmakler [...]. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kauft und verkauft er als solcher Wertpapiere nicht nur für sich selber, sondern auch im Auftrag und für Rechnung von Kunden. Letzteres dürfte, dem Wesen des Gewerbes entsprechend, sogar die Regel sein. Wenn ein Börsenagent Titel im Auftrag und für Rechnung von Kunden einkauft, so folgt daraus allerdings noch nicht notwendig, dass die Titel nicht ihm, sondern den Kunden gehören. Der Börsenagent handelt in derartigen Fällen als Einkaufskommissionär. Dass die Sachen, die ein solcher für Rechnung eines Kunden erwirbt, unmittelbar in dessen Eigentum übergehen, trifft entgegen der den Erwägungen der Vorinstanz offenbar zugrunde liegenden Auffassung kaum allgemein zu, ist aber kraft stiller Stellvertretung (Art. 32 Abs. 2 [OR](#)) auf jeden Fall sehr wohl möglich und nach herrschender Ansicht sogar zu vermuten [...]. Unter diesen Umständen ist der frühere Besitz des Klägers an den streitigen Titeln nicht geeignet, die Vermutung zu begründen, dass diese Titel wirklich ihm gehörten, auch wenn er sie auf seinen eigenen Namen gekauft hat. Sein Besitz war in dem Sinne zweideutig, dass die Titel mindestens ebensogut Eigentum von Dritten [...] sein konnten.» (BGE [84 II 253](#) E. 3 S. 262).

[26] Prozessual von Bedeutung ist die Tatsache, dass die die Eigentumsvermutung bestreitende Partei dabei die der Vermutung entgegenstehenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat: «Die Vorinstanz hat es nicht bei den eigenen Angaben der Klägerin, an einem Teil der Inhaberaktien «bloss» fiduziarische Eigentümerin zu sein, bewenden lassen. Sie hält [...] mit Recht fest, dass die Klägerin als (rechtmässige) Besitzerin der Inhaberaktien so oder anders die gesetzliche Vermutung für sich hat, nicht nur zu deren Vorweisung im Umtauschverfahren legitimiert, sondern auch die aus den Aktien Berechtigte zu sein [...]. Warum diese Vermutung vorliegend nicht gelten, die Beweislast also umgekehrt und von anderen Voraussetzungen abhängig gemacht werden soll, ist nicht

zu ersehen. Es war Sache der Beklagten, die Vermutung zu zerstören, falls sie Anhaltspunkte für täuschende Angaben hatte [...]. Solche hat sie nach dem angefochtenen Urteil aber nicht behauptet, geschweige denn mit Beweismitteln [...] zu belegen versucht; sie begnügte sich vielmehr mit blossen Bestreitungen [...]» (BGE [109 II 239](#) E. 2a S. 241, 242).

[27] In seiner Rechtsprechung ist das Bundesgericht auch in Sachlagen von zweideutigem Besitz ausgegangen, in denen der aktuelle Besitzer seinen behaupteten selbstständigen Besitz aus der Übertragung der Sache vom früheren Eigentümer aufgrund eines umstrittenen Rechtsgrunds herleitete (vgl. BGE [141 III 7](#) E. 4.3 S. 10). In einer Fallkonstellation misslang einer Erbin der Beweis, dass die Erblasserin ihr zu Lebzeiten die umstrittenen Titel geschenkt hatte, die in ihrem Besitz waren, weshalb sie sich gegenüber ihren Miterben nicht auf die Rechtsvermutung aus ihrem Besitz der Titel berufen konnte (vgl. BGE [76 II 344](#)). In einem Fall, in welchem die Klägerin dem Beklagten wertvolle Möbel übergeben hatte, konnte der Sachherrschaft des Beklagten kein Rechtsschein für die «Schenkung» mehr abgewonnen werden, zumal eine natürliche, gegen eine Schenkung hochwertiger Gegenstände gerichtete Vermutung bestand (Urteil 5C.163/1988 vom 26. Januar 1989, E. 5b, 5c). In einer Konstellation, in welcher die Klägerin einem ihrer Söhne Kassenobligationen «schenkte», kam das Bundesgericht unter Würdigung sämtlicher Umstände zum Schluss, dass die Zweifel an der angeblichen Schenkung die Annahme eines die Rechtsvermutung rechtfertigenden Besitzes des Sohnes nicht zuließen: «Bei einem Vermögensstand von Fr. 524'922, von dem aufgrund der gegebenen Umstände auszugehen ist, erscheint es in der Tat als in hohem Masse unglaubwürdig, dass die Beschwerdeführerin, die im massgebenden Zeitpunkt (Juni 2001) erst rund 54 Jahre alt war, dem Beschwerdegegner eine Schenkung in der Höhe von Fr. 440'000 gemacht haben soll.» (Urteil [5A 521/2008](#) vom 5. Januar 2009, E. 4.4).

[28] Vor dem Hintergrund der besprochenen Sachlagen mit einem zweideutigen Besitz ist in der vorliegenden Fallkonstellation, in Übereinstimmung mit den bundesgerichtlichen Erwägungen, davon auszugehen, dass der Besitz von C. am Cello gemäss Sachverhalt derart beschaffen war, dass er auf ein entsprechendes Recht von C. am Instrument schliessen liess. Dies hatte auch zur Folge, dass die Vermutung von Art. 930 Abs. 1 ZGB in casu zum Tragen kam und C. als Eigentümer des Cellos eingestuft wurde. Hierbei ist auch zu beachten, dass C. das Cello, soweit aus dem Sachverhalt ersichtlich, aus alleinigem Besitz besass, sodass auch die Vermutung des alleinigen Besitzes bestand (vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 265). Denn nur aus Mitbesitz würde auch die Vermutung eines allfälligen gemeinschaftlichen Eigentums resultieren (vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 265). Bei der Vindikation nach Art. 641 Abs. 2 ZGB ist jedoch nur der Eigentümer – bzw. der Miteigentümer beim Miteigentum – zur Klage aktivlegitimiert (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 663). Die entsprechende Sache muss dem Eigentümer vom nicht berechtigten Besitzer widerrechtlich vorenthalten werden (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 660). In diesem Zusammenhang obliegt es dem Kläger, den Beweis zu erbringen, dass er Eigentümer der entsprechenden Sache ist (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 666). Dieser Beweis ist *in casu* den Beschwerdeführern A. und B. misslungen. Gleiches gilt in Bezug auf die Argumentation der Beschwerdeführer, dass das Cello im Rahmen einer Gebrauchsleihe an ihren Sohn übergeben worden sei. Dass diesbezüglich eine explizite Rückgabevereinbarung abgeschlossen worden wäre, lässt sich, wie vom Bundesgericht treffend festgehalten, dem vorliegenden Sachverhalt nicht entnehmen, weshalb auch diese Argumentationslinie der Beschwerdeführer ins Leere ging. Daher ist es folgerichtig, dass den Beschwerdeführern die Eigentumsstellung in Bezug auf das umstrittene Cello – und damit auch die Aktivlegitimation im Rahmen der von ihnen angehobenen Vindikation – abgesprochen wurde. Die durch das Bundesgericht geschützten Erwägungen der kantonalen Vorinstanz erweisen sich vor diesem Hintergrund und nach der hier vertretenen Meinung als konsistent und überzeugend.

PHILIPP EBERHARD, MLaw, Universität Luzern.

Zitiervorschlag: Philipp Eberhard, *Rei vindicatio eines französischen Cellos nach Art. 641 Abs. 1 ZGB*, in: dRSK, publiziert am 20. August 2020

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch