

# **GR\_GERICHTE ZF 2005 66 vom 17. Januar 2006**

GR Gerichte, 2006-01-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZF 2005 66](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF_2005_66)

FR: GR\_GERICHTE ZF 2005 66 du 17 janvier 2006

IT: GR\_GERICHTE ZF 2005 66 del 17 gennaio 2006

## **Regeste**

Forderung | OR Auftrag/Gesch\führung o. Auftrag/Bürgschaft etc. (OR 394-529)

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Unter vollumfänglicher gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7.6% MWST zulasten des Beklagten.“ E. Mit Prozesseingabe vom 11. Oktober 2004 prosequierte die Berufungsklägerin die Streitsache an das Bezirksgericht Maloja. Dabei reduzierte sie die strittige Forderung auf Fr. 45'000.-- zuzüglich Verzugszins seit 1. Januar 2004. Mit Prozessantwort vom 14. Dezember 2004 beantragte der Berufungsbeklagte was folgt:

### **E. 3**

Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten mit Fr. 700.-- ausseramtlich zu entschädigen.

### **E. 4**

(Rechtsmittelbelehrung)

### **E. 5**

Anschaffungspreis geltend gemacht worden sei. Der Schaden berechne sich aber auf Grund des Zeitwertes beziehungsweise im vorliegenden Fall auf Grund des Verkaufserlöses, nachdem die Berufungsklägerin unmissverständlich dargelegt habe, dass sie den Mantel veräussern werde. An Hand der Aussage des Betreibungsbeamten des Kreises Oberengadin sei die Vorinstanz zu Recht von einem Zeitwert von Fr. 5'000.-- ausgegangen. 3. Die Berufungsklägerin als Auftragsgeberin hat den Schaden (Vorhandensein und Quantitativ) zu beweisen (Art. 398 OR). Grundsätzlich ist ein konkreter Schadensnachweis erforderlich. Die subjektive oder relative Methode der Schadensberechnung verlangt eine Ermittlung des konkreten, also des in casu effektiv erlittenen Schadens (Berner Kommentar, Brehm, N 14 zu Art. 42 OR). Der für die Schadensberechnung massgebende Zeitpunkt ist grundsätzlich die Fällung des Urteils. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Urteils derjenigen kantonalen Instanz, bei der nach dem kantonalen Prozessrecht noch neue Tatsachen vorgebracht und berücksichtigt werden können (Basler Kommentar, Schnyder, N 4 zu Art. 42 OR). Zinsen sind vom Tage an zuzusprechen, an dem das Schadensereignis eingetreten ist. Kann der Schaden nicht ziffernmässig nachgewiesen werden, ist er nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen (Art. 42 Abs. 2 OR). Da die Schadensbestimmung nach richterlichem Ermessen die Ausnahme gegenüber einer genauen Schadensberechnung sein soll, ist sie nur zulässig, sofern eine zahlenmässige, auf

reale Daten gestützte Berechnung für den Geschädigten nicht möglich oder - was der Unmöglichkeit gleichzustellen ist - unzumutbar ist (Basler Kommentar, a.a.O., N. 10 zu Art. 42 OR). Dabei ist der Geschädigte der Pflicht nicht enthoben, alle Umstände, welche die Abschätzung des Schadens erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen. Der Richter kann den Schaden nach seinem Ermessen festsetzen, wenn ihm die Partei, welche die Beweislast trägt, alle diesbezüglichen Tatsachenelemente geliefert hat (Gauch/Aeppli/Stöckli, Präjudizienbuch zum OR, N. 4 zu Art. 42 OR). Der Begriff des „Ermessens“ nach Art. 42 Abs. 2 OR ist hier anders zu verstehen als in Art. 4 ZGB. Hier bezeichnet dieser Ausdruck nicht die Entscheidung nach Billigkeit, sondern die Beweiswürdigung nach freiem Ermessen (Berner Kommentar, a.a.O., N. 53 zu Art. 42 OR). Bei der Ermittlung des der Berufungsklägerin durch das Abhandenkommen des Pelzmantels entstandenen Schadens ist die Vorinstanz in sachverhaltlicher Hinsicht davon ausgegangen, dass diese den Pelzmantel nicht zurückgenommen,

## **E. 6**

sondern verkauft hätte. Entsprechend erachtete die Vorinstanz für die Schadensberechnung den mutmasslichen Verkaufserlös für massgebend. Mit den einlässlichen Erwägungen der Vorinstanz zu den einzelnen Tatsachen, aus welchen sie den Schluss gezogen hat, dass die Berufungsklägerin den Pelzmantel verkaufen wollte, setzt sich diese in der Berufungsbegründung nicht auseinander. Sie reklamiert nicht ausdrücklich und begründet, dass die Ansicht der Vorinstanz falsch sei. Sie hält lediglich in allgemeiner Form fest, dass die Vorinstanz den Umstand, dass sie sich einen neuen Pelzmantel gekauft habe, zu ihren Ungunsten gewertet habe. Damit liegt keine substantiierte Begründung im Sinne von Art. 227 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 223/109 ZPO vor und die Berufungsklägerin muss sich die von der Vorinstanz festgestellten Tatsachen anrechnen lassen. Zu ersetzen ist folglich nicht das positive Vertragsinteresse (Erfüllungsinteresse); relevant ist der mutmassliche Verkaufserlös. Dabei kann aber nicht, wie es die Vorinstanz getan hat, auf die Ergebnisse, welche in Zwangsverwertungen von Konkursverfahren erzielt werden, abgestellt werden. In Zwangsvollstreckungsverfahren werden bekanntlich nie Erlöse, wie auf dem freien Markt erzielt. Massgebend ist das mutmassliche Ergebnis einer freihändigen Veräusserung, wie wenn beispielsweise so ein Mantel einem Pelzfachgeschäft zum Verkauf in Kommission gegeben würde. Für den Verkauf gebrauchter Pelzmäntel besteht nun kein gefestigter Markt; ein abstrakter Verkehrswert lässt sich ebenfalls nicht bestimmen. Schliesslich handelt es sich beim fraglichen Zobelmantel um einen Pelz der gehobenen Preisklasse, welcher aus zirka 105 Tieren gefertigt und zudem im Innenfutter mit dem Vornamen der Berufungsklägerin bestickt und individualisiert worden ist (KB 3). Einem Experten vom freien Fachhandel kann der Zobelmantel nicht mehr zur optischen Begutachtung vorgelegt werden, nachdem er verschwunden und damit nicht mehr vorhanden ist. Der zahlenmässige Umfang des Schadens kann somit nicht ermittelt werden. Wenn die Nachteile nicht im einzelnen und ziffermässig erfasst werden können, die Akten aber genügend Anhaltspunkte für eine Schädigung enthalten, hat der Richter den Schaden nach den in Art. 42 Abs. 2 OR aufgestellten Grundsätzen durch Schätzung zu ermitteln (BGE 97 II 218). Um den Wert zu bestimmen, stehen dem Gericht folgende Daten zur Verfügung: Die Berufungsklägerin hat den Pelzmantel Ende 1995 in Florenz/Italien bei einem Umrechnungskurs von 0.072 zu Fr. 38'160.-- neu gekauft (BB 28). Gestohlen wurde der Zobelmantel im Februar 1999. Im Jahre 2000 konnte der gestohlene Pelzmantel aufgefunden werden. Er wurde bis zur Übergabe an das Un-

tersuchungsrichteramt Samedan vom 8. Mai 2002 (KB 14) im Geschäft Centro della Pelliccia in E. aufbewahrt (KB 10). Am 22. März 2000 wurde der Zobelmantel von D. vom Centro della Pelliccia bewertet (KB 3). Er attestierte einen „valore attuale commerciale“, einen aktuellen Handelswert von Fr. 52'000.--. Nicht relevant ist

#### **E. 7**

hingegen entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin der Betrag von Fr. 45'000.--, den der Berufungsbeklagte im Verfahren gegen das Hotel geltend gemacht hatte. Es handelt sich dabei in etwa um die Kosten der Ersatzanschaffung (BB 25), welche aber im Verhältnis Berufungsklägerin/Berufungsbeklagter nicht greifen. Am 13. Juni 2002 wurde der Pelzmantel dem Berufungsbeklagten übergeben (KB 17). Im Dezember 2002, als die Berufungsklägerin den Mantel abholen wollte, war er nicht mehr auffindbar. Es fällt auf, dass der Zobelmantel im März 2000 gemäss der durch D. erfolgten Schätzung einen höheren Marktwert gehabt haben soll, als an Kaufpreis für den Ende 1995 erworbenen neuwertigen und ungetragenen Mantel bezahlt worden war. Beim fraglichen Pelzmantel handelt es sich nun aber nicht um einen alltäglichen Gebrauchsgegenstand, wo der Marktpreis häufig dem wirtschaftlichen Interesse entspricht. Es ist möglich, dass für den Pelz der Berufungsklägerin im Jahre 2000 ein Preis von Fr. 52'000.-- hätte bezahlt werden müssen und er insofern eine Wertsteigerung erfahren hatte. Es ist jedoch äusserst fraglich, dass er tatsächlich zu diesem Preis hätte verkauft werden können, selbst wenn er in einem guten Zustand gewesen war. Schliesslich handelte es sich doch um einen damals vierjährigen, gebrauchten und noch speziell mit dem Namen der Berufungsklägerin bestickten Pelzmantel. Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Pelz im Zeitpunkt seines Abhandenkommens bereits sieben Jahre alt war. Bekanntlich geht der Glanz von Pelzen in der Regel mit der Zeit verloren. Selbst die Berufungsklägerin gesteht eine Werteinbusse während der Aufbewahrungszeit im Tessin zu (Berufungsbegründung, S. 6). Sicher ist ferner, dass es sich bei Pelzen - selbst der gehobenen Preisklasse - nicht um wertbeständige Anlageobjekte handelt. Andererseits stellt die im Jahre 2000 erfolgte Bewertung des Handelswertes doch ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass vorliegend der Wert des Zobelmantels erhalten geblieben ist. In Berücksichtigung sämtlicher vorstehender Erwägungen erscheint es somit gerechtfertigt, den Schaden im Rahmen der Gestehungskosten festzulegen. Nicht substantiiert angefochten und bestritten ist die dem Berufungsbeklagten durch die Vorinstanz zuerkannte Verrechnungsforderung von Fr. 2'803.--. Der Berufungsbeklagte hat damit in teilweiser Gutheissung der Berufung der Berufungsklägerin einen Schaden von Fr. 35'357.-- zu ersetzen (Fr. 38'160.-- - Fr. 2'803.--). Geschuldet ist im Weiteren der Schadenszins seit Eintritt des schädigenden Ereignisses. Nachdem die Berufungsklägerin den Zins erst ab 1. Januar 2004 verlangt, ist er ihr ab diesem Zeitpunkt zuzusprechen. Hingegen kann ihr entgegen dem Erkenntnis der Vorinstanz nicht ein Verzugszins ab Urteilsdatum zuerkannt werden, da die Berufungsklägerin ein

#### **E. 8**

solches Rechtsbegehren nicht gestellt hat. Der Richter darf nicht mehr zusprechen als eingeklagt ist. 4. Gemäss Art. 122 Abs. 1 ZPO wird der unterliegende Teil in der Regel zur Übernahme sämtlicher Kosten des Verfahrens verpflichtet. Hat keine Partei vollständig obsiegt, können die Kosten verhältnismässig verteilt werden. Von dieser Regel kann insbesondere dann abgewichen werden, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah oder der genaue Umfang des Anspruchs für den Kläger

aus objektiven Gründen nicht überblickbar war. Gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO wird dabei die unterliegende Partei in der Regel auch verpflichtet, der obsiegenden Partei alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen. Fällt das Urteil nicht ausschliesslich zu Gunsten einer Partei aus, können die aussergerichtlichen Kosten nach den gleichen Grundsätzen wie die gerichtlichen verteilt werden. Wie der klare Wortlaut von Art. 122 Abs. 1 ZPO einleitend erkennen lässt, bildet die ausgangsmässige Verteilung der Kosten die Regel, mithin ist bei der Kostenverteilung grundsätzlich auf das formelle Obsiegen und Unterliegen abzustellen (PKG 1997 Nr. 14 mit weiteren Hinweisen). Gründe davon abzuweichen, bestehen im vorliegenden Fall keine. Keine der Parteien ist mit ihren Rechtsbegehren durchgedrungen. Die Berufungsklägerin hat Fr. 45'000.-- zuzüglich Zins eingeklagt und ist mit Fr. 35'357.-- zuzüglich Zins durchgedrungen. Das Verhältnis des Obsiegens/Unterliegens beträgt rund 4/5 zu 1/5. Folglich sind sowohl die Kosten des Vermittleramtes, der Vorinstanz wie auch diejenigen des Berufungsverfahrens zu 1/5 von der Berufungsklägerin und zu 4/5 vom Berufungsbeklagten zu tragen. Der Berufungsbeklagte hat entsprechend die Berufungsklägerin ausseramtlich für beide Verfahren im Umfange von 3/5 ihres Aufwandes zu entschädigen. Vor Vorinstanz machte die Berufungsklägerin einen Aufwand von total Fr. 6'303.20 (inkl. Spesen, Streitwertzuschlag und Mehrwertsteuer) geltend. Im Berufungsverfahren reichte sie keine Honorarnote ein. Das Kantonsgericht erachtet für dieses einen Aufwand von Fr. 2'200.-- einschliesslich Mehrwertsteuer für angemessen. Die ausseramtlichen Kosten der Berufungsklägerin für beide Verfahren betragen folglich insgesamt Fr. 8'503.20, womit der Berufungsbeklagte eine Entschädigung von Fr. 5'102.-- zu leisten hat (3/5 von Fr. 8'503.20).

## **E. 9**

Demnach erkennt die Zivilkammer :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.