

# GR\_GERICHTE ZK1 2010 6 vom 12. April 2010

GR Gerichte, 2010-04-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2010\\_6](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2010_6)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2010 6 du 12 avril 2010

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2010 6 del 12 aprile 2010

## Regeste

Herausgabe eines Schuldbriefes | Berufung ZGB Sachenrecht

## Erwägungen

### E. 1

Es sei der Beklagte zu verpflichten, den auf der Liegenschaft H., Wohnhaus D., E., an 3. Pfandstelle lastenden Inhaberschuldbrief vom 18. September 2002, Beleg Q., über CHF 410'000.– nominal unbeschwert und ohne jede Ersatzleistung an die Klägerin herauszugeben;

### E. 2

es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Klägerin weitere Klageansprüche gegen den Beklagten, wie insbesondere Schadenersatz zufolge gutgläubigen Dritterwerbs am Schuldbrief gemäss obiger Ziffer 1 sowie die Grundbuchberichtigungsklage, eventuell Löschung des Schuldbriefes im zuständigen Grundregister, vorbehält;

### E. 3

Es sei vorzumerken, dass der Berufungskläger der Auffassung der Vorinstanz, das zweite klägerische Rechtsbegehren sei hinfällig – oder allenfalls nicht ausreichend bestimmt (angef. Entsch., S. 13 unten u. S. 14 oben) –, nicht opponiert;

### E. 4

Der Schuldbrief über einen Betrag von CHF 410'000.– sei dem Beklagten unbeschwert auszuhändigen;

### E. 5

Es sei vorzumerken, dass der Berufungskläger "neue Einreden" (gem. Art. 219 Abs. 1 ZPO) erhebt – mit dem gleichzeitigen Antrag, die Einreden seien zuzulassen und es sei im Sinne derselben vorzugehen –, nach folgender Massgabe: a) Es sei festzustellen, dass der frühere Vertreter der Beklagten, lic. iur. I., Rechtskonsulent, J. sowohl bei der Sühneverhandlung vom 06.09.2007, als auch bei der Einreichung der Prozesseingabe ("Klage"), vom 26.09.2007, als gewillkürter Vertreter aufgetreten ist, jedoch kein Anwaltspatent besass; es sei daher festzustellen, dass in beiden Fällen die prozessualen Formen (Art. 23 Abs. 1 ZPO, Art. 83 ZPO) nicht eingehalten wurden, und es sei daher die Klage mit Kostenentscheid abzuschreiben, gegebenenfalls unter vorgängiger Avisierung der Beklagtschaft zwecks Einreichung einer Kostennote; b) Es sei die Beweisaussage des Beklagten anzuordnen und vorzunehmen, unter gleichzeitiger Vormerknahme, dass der Beklagte mit der Berufung das Fragethema einreicht;

### E. 6

Ev., die Sache sei im Sinne von Art. 229 Abs. 2 ZPO zur Ergänzung der Akten und Neubeurteilung an die erste Instanz zurückzuweisen;

#### **E. 7**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge in sämtlichen Verfahren, zu Lasten der Berufungsbeklagten." Das Bezirksgericht Hinterrhein verzichtete gemäss Schreiben vom 28. Januar 2010 unter Verweis auf das angefochtene Urteil auf eine Stellungnahme. G. Am 12. April 2010 fand die mündliche Berufungsverhandlung vor dem Kantonsgericht von Graubünden statt. Anwesend waren X. und sein Rechtsvertreter, Rechtsanwalt lic. iur. Flurin Turnes. Zudem waren K., Verwaltungsrat der Y. AG, sowie deren Rechtsvertreter, Rechtsanwalt Dr. iur. Andreas Maag, zugegen. Einleitend verlas die Vorsitzende die Berufungsanträge. Gegen die Zuständigkeit und die Zusammensetzung des Gerichts wurden keine Einwände vorgebracht, so dass sich dieses als in der Sache legitimiert erklärte. Auf Vorschlag der Vorsitzenden äusserten die Parteivertreter ihr Einverständnis

Seite 6 — 24 damit, zur Einrede der fehlenden Postulationsfähigkeit des früheren Rechtsvertreters der Klägerin und zum Beweisantrag auf Zulassung des Berufungsklägers zur Beweisaussage im Rahmen der ersten Parteivorträge Stellung zu nehmen, mit anschliessendem Entscheid des Gerichts über den Beweisantrag. Das Beweisverfahren wurde in der Folge unter dem genannten Vorbehalt geschlossen. Im Anschluss nahmen die Rechtsvertreter der Parteien in ihren Plädoyers zur Berufung Stellung. Rechtsanwalt Turnes hielt in seinem Parteivortrag an den Anträgen gemäss Berufungserklärung vom 22. Januar 2010 fest. Rechtsanwalt Maag stellte und begründete in seinem Plädoyer folgende Anträge: "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichtes Hinterrhein zu bestätigen. 2. Die "neuen Einreden" seien abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist. Insbesondere sei von einer zusätzlichen Beweisaussage des Beklagten (Berufungsklägers) abzusehen. 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten (Berufungsklägers)." Rechtsanwalt Turnes und Rechtsanwalt Maag gaben von ihren Vorträgen eine schriftliche Ausfertigung zu den Akten. Nach den ersten Parteivorträgen fand eine formfreie gerichtliche Befragung des Berufungsklägers statt. Dabei gab X., auf den Ablauf des Schuldbrieferwerbs angesprochen, im Wesentlichen an, das Geschäft sei ihm von L. angeboten worden. Dieser habe ihm mitgeteilt, er habe ein Geschäft offen, für das er Geld brauche, und habe das ungefähre Vorgehen skizziert, worauf sie einen Termin in einem Hotel abgemacht hätten. Dort habe er F., L. und M., die Lebenspartnerin von L., angetroffen. Zudem sei C. zugegen gewesen, der ihm den Vertrag präsentiert habe. Er habe das Dokument dort zum ersten Mal gesehen und festgestellt, dass Vertragsgegenstand entgegen der getroffenen Abmachung kein Darlehen, sondern ein Kauf/Rückkauf gewesen sei. Dennoch habe er keine grossen Bedenken gehabt, da der Vertrag ja von einem Rechtsanwalt aufgesetzt worden sei. Zudem habe er damit gerechnet, dass F. den Schuldbrief wieder zurückkaufe. Bezahlt habe er für den Schuldbrief Fr. 200'000.–, wobei er zunächst zur Bank gefahren sei, um das Geld abzuheben, und dieses anschliessend übergeben habe. Vor dem Vertragsschluss habe er nur mit L. Kontakt gehabt, der ihm von früher her bekannt gewesen sei. F., der als Verkäufer aufgetreten sei, obwohl der Schuldbrief A. gehört habe, habe er nicht gekannt. Als Laie habe er das aber nicht hinterfragt, da C., wie aus dem Kaufvertrag ersichtlich, der Anwalt von A. gewesen sei. Im Vertrag sei gestanden, dass C. Fr. 90'000.– bekommen

Seite 7 — 24 sollte. Der Schuldbrief habe sich in den Händen des Letztgenannten befunden, den ebenfalls anwesenden N. habe er nicht gekannt und nicht gewusst, dass dieser in das

Geschäft involviert gewesen sei. Was den Liegenschaftswert betraf, habe er keine weiteren Abklärungen getätigt, sondern geglaubt, dass der entsprechende Wert vorhanden sei. Von der Vorsitzenden darauf angesprochen, dass er vor der Vorinstanz noch angegeben hatte, den fraglichen Kaufvertrag bereits vor der Unterzeichnung gesehen zu haben, gab X. an, er wisse es nicht mehr so genau. Jedenfalls sei vorher abgemacht worden, dass er nur Fr. 200'000.– zahle. Mit Geldwäscherei habe das Ganze nichts zu tun, verfüge er doch über eine Quittung, dass er das Geld auf der Bank abgehoben habe. Im Anschluss an die Parteibefragung beriet das Gericht über den Beweisantrag des Berufungsklägers auf Zulassung zur Beweisaussage. Das Gericht lehnte den Antrag ab, was die Vorsitzende gegenüber den Parteien kurz begründete. Danach erhielten die Parteivertreter das Recht auf Replik und Duplik, was sie benutzten, um ihre Standpunkte zu vertiefen. Auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil sowie auf die Ausführungen der Rechtsvertreter der Parteien in den Rechtsschriften und anlässlich der Berufungsverhandlung wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1a. Gegen Urteile der Bezirksgerichte über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrag von über Fr. 8'000.– kann Berufung an das Kantonsgericht ergriffen werden (Art. 218 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 19 ZPO). Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Hinterrhein betrifft einen vermögensrechtlichen Streit über einen Betrag von mehr als Fr. 8'000.–, so dass der Berufungswert erreicht und die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache als Berufungsinstanz gegeben ist. b. Eine Berufung ist innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils zu erklären und hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1 ZPO). X. reichte seine Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Hinterrhein vom 9. Dezember

Seite 8 — 24 2009, mitgeteilt am 16. Dezember 2009, am 22. Januar 2010 und damit in Berücksichtigung der Gerichtsferien fristgerecht ein. Überdies entspricht die Berufung den Formerfordernissen, so dass darauf eingetreten werden kann. c. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet eine Klage auf Herausgabe eines Inhaberschuldbriefs, welche die Käuferin der mit dem Schuldbrief belasteten Liegenschaft, die Y. AG, gegen den Käufer des Schuldbriefs, X., erhoben hat. Dabei stützt sich die Klägerin primär auf die besitzrechtlichen Bestimmungen von Art. 933 ff. ZGB unter gleichzeitiger Berufung auf die Bösgläubigkeit des Beklagten bzw. dessen mangelnde Aufmerksamkeit beim Erwerb des Schuldbriefs. 2. Zunächst ist über den Antrag des Berufungsklägers zu befinden, zur Beweisaussage zugelassen zu werden. a. Nach Art. 226 ZPO dürfen neue Beweismittel von den Parteien vor der Berufungsinstanz ausser im Falle der Revision nicht angerufen werden. Hingegen können die Parteien verlangen, dass Beweismittel, welche vor erster Instanz fristgemäss angemeldet, aber nicht abgenommen worden sind, erhoben werden, sofern sie für die Beurteilung der Streitfrage von wesentlicher Bedeutung sein können (Abs. 1). Ferner kann das Kantonsgericht von sich aus Sachverständigengutachten einholen, Augenscheine durchführen und die Parteien zur Beweisaussage zulassen (Abs. 2). Die bündnerische Zivilprozessordnung kennt zwei Formen der richterlichen Parteibefragung, nämlich die formfreie Befragung der Parteien gemäss Art. 112 ZPO und die Beweisaussage im Sinne von Art. 201 ZPO. Bleibt das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt, soll der Richter die Partei formfrei befragen (Art. 112 Abs. 1 ZPO). Die formfreie Parteibefragung stellt kein eigentliches Beweismittel dar, aber ein wesentliches Hilfsmittel der Wahrheitsfindung. Sie bezweckt nicht den Beweis bestrittener Tatsachen,

sondern dient der Abklärung und Vervollständigung unklarer, unvollständiger und unbestimmter Vorbringen einer Partei. Nach Art. 201 Abs. 1 ZPO kann das Gericht Haupt- und Nebenparteien von Amtes wegen oder auf Parteiantrag zur Beweisaussage anhalten, wenn dies nach dem Ergebnis der formfreien Befragung und des übrigen Beweisverfahrens geboten und die zu befragende Person unverdächtig erscheint. Das Beweismittel der Beweisaussage ist subsidiär und kommt – nebst Erfüllung der weiteren Voraussetzungen – nur in Frage, wenn der gleiche Sachverhalt nicht mit anderen Beweismitteln bewiesen werden kann.

Seite 9 — 24 Dabei muss ein unverschuldeter Beweisnotstand vorliegen. Die Beweisaussage dient nicht dazu, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen (vgl. ZF 08 82 E. 2a; PKG 1990 Nr. 13, 1988 Nr. 15; BGE 112 Ia 369 ff.). b. Der Antrag auf Zulassung zur Beweisaussage wird vom Berufungskläger einerseits damit begründet, dass die Vorinstanz zur Wahrung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör verpflichtet gewesen wäre, nach seiner richterlichen Befragung die Beweisaussage anzuordnen. Andererseits beruft sich der Berufungskläger auf Art. 226 Abs. 2 ZPO und macht sinngemäss geltend, nachdem in tatsächlicher Hinsicht mit unzutreffenden Argumenten auf eine Bösgläubigkeit erkannt worden sei, erweise sich eine Abnahme der Beweisaussage für eine verlässliche Feststellung der Fakten als notwendig und damit wesentlich, könne er sich doch zweifellos auf den Gutgläubensschutz berufen. Damit verkennt der Berufungskläger Sinn und Zweck der Beweisaussage: b/aa. Die Beweisaussage dient nicht der Gewährung des rechtlichen Gehörs im Sinne einer Möglichkeit des Beklagten zur Stellungnahme zum Vorwurf der Bösgläubigkeit bzw. zur Darstellung der Umstände, welche ihn in seinem guten Glauben bekräftigten. Dafür bestand Gelegenheit in der Prozesseingabe, welche der damalige Rechtsvertreter des Beklagten indessen verspätet eingereicht hatte, weshalb sie mit rechtskräftiger Verfügung vom 27. Oktober 2008 aus dem Recht gewiesen wurde (vgl. Aktenpli VII. und VIII.). Die versäumte Einbringung seiner eigenen Sachdarstellung kann der Berufungskläger nun nicht auf dem Weg der Beweisaussage nachholen. Soweit mit der Anrufung des Gehörsanspruchs der Anspruch auf Beweisführung gemeint sein sollte, ist dem Berufungskläger entgegenzuhalten, dass ein solcher nur für rechtzeitig gestellte Beweisanträge und nur in Bezug auf rechtserhebliche, in den Rechtsschriften vorgetragene und genügend substantzierte Behauptungen besteht. Vorliegend beantragte der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren keine Zulassung zur Beweisaussage, obwohl er dies gestützt auf Art. 98 Ziff. 3 ZPO an der Hauptverhandlung noch hätte tun können. Damit fehlt es an einem rechtzeitig gestellten Beweisantrag. Für eine Anordnung der Beweisaussage von Amtes wegen bestand für die Vorinstanz sodann kein Anlass, nachdem sie dem Beklagten ja nicht absprach, tatsächlich an die Verfügungsbefugnis des Veräusserers geglaubt zu haben – wozu es folglich keines Beweises bedurfte –, sondern aufgrund der Umstände des Erwerbs, die entweder aktenmässig belegt sind oder vom Beklagten im Rahmen der richterlichen Befragung zugestanden

Seite 10 — 24 wurden, eine Berufung auf den guten Glauben für ausgeschlossen hielt. Ob sie dabei sämtliche aus den Akten ersichtlichen Umstände berücksichtigt und auch allfällige zugunsten des Beklagten sprechenden Faktoren, wie etwa die Anwesenheit eines Rechtsanwalts, genügend gewichtet hat, ist im vorliegenden Verfahren als Rechtsfrage zu prüfen. Zur Abklärung weiterer entlastender Umstände war die Vorinstanz nicht verpflichtet, zumal im vorliegenden Verfahren die Verhandlungsmaxime gilt und es eben Sache des Beklagten gewesen wäre, derartige Umstände rechtzeitig zu behaupten und unter

Beweis zu stellen. Aus demselben Grund besteht nunmehr auch im Berufungsverfahren kein Anlass zur Anordnung einer Beweisaussage des Berufungsklägers gestützt auf Art. 226 Abs. 2 ZPO. b/bb. Mit Bezug auf das mit der Berufung eingereichte Fragethema bleibt festzuhalten, dass ein Grossteil der Fragen an der Sache vorbeigeht. So ist im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht von Bedeutung, was der Beklagte sich beim im Frage stehenden Geschäft konkret gedacht hat, sondern ob er aufgrund der für ihn erkennbaren äusseren Umstände des Geschäfts gehalten gewesen wäre, Zweifel an der Verfügungsberechtigung des Veräusserers zu hegen und entsprechende Abklärungen zu tätigen. Rechtserheblich wären daher von vornherein nur Fragen zum äusseren Ablauf des Geschäfts bzw. zum damaligen Kenntnisstand des Beklagten, wobei eine Beweisaussage auch insoweit nur in Betracht käme, als die betreffenden Umstände nicht schon durch die bereits erhobenen Beweismittel hinlänglich abgeklärt sind und überdies mangels geeigneter anderer Beweismittel ein eigentlicher unverschuldeter Beweisnotstand vorliegt. So wurde einleitend dargelegt, dass das Beweismittel der Beweisaussage nach ständiger Praxis des Kantonsgerichts subsidiär ist und – nebst der Erfüllung der weiteren in Art. 201 Abs. 1 ZPO umschriebenen Voraussetzungen – nur in Frage kommt, wenn der gleiche Sachverhalt nicht mit anderen Beweismitteln bewiesen werden kann. Wer es versäumt, rechtzeitig solche Beweismittel zu beantragen, kann dies nicht mittels Beweisaussage korrigieren. c. Unter diesen Umständen ist der Antrag des Berufungsklägers auf Zulassung zur Beweisaussage abzuweisen. 3a. Im Weiteren ist die Einrede der fehlenden Postulationsfähigkeit des früheren Rechtsvertreters der Klägerin bzw. der Antrag des Berufungsklägers auf kostenfällige Abschreibung der Klage zufolge nicht gehöriger Vermittlung und Prosequierung der Klage zu prüfen. Der Berufungskläger begründet den

Seite 11 — 24 Abschreibungsantrag damit, dass lic. iur. I., der die Klägerin im Vermittlungsverfahren und anfänglich auch im vorinstanzlichen Verfahren vertreten hat, im fraglichen Zeitraum nicht im Besitze eines gültigen Fähigkeitsausweises als Rechtsanwalt gewesen sei. b. Nach konstanter Praxis des Kantonsgerichts kann die Einrede der mangelnden Postulationsfähigkeit im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich nicht mehr erhoben werden. Die fehlende rechtsgültige Vertretung ist vielmehr bereits im erstinstanzlichen Verfahren zu rügen, ansonsten der Mangel geheilt wird (vgl. PKG 1990 Nr. 24, E. 6a, mit weiteren Hinweisen). Die entsprechende Rüge des Berufungsklägers erfolgt daher verspätet. Abgesehen davon erweist sie sich als unbegründet. Zwar trifft es zu, dass I. im Leitschein (act. III./3) als Vertreter der Klägerin bezeichnet wird und die Prozesseingabe (act. II./1) im Briefkopf die Bezeichnung "Rechtskonsulent" trägt. Der Genannte hat sich in der Prozesseingabe aber mehrfach auf seine Stellung als einziger und einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Y. AG berufen und hat die Eingabe auch mit dem Zusatz "VR" unterzeichnet. Seine Stellung als Verwaltungsrat hat er zudem durch Einreichung eines Handelsregisterauszuges vom 30. August 2006 (act. III./1) belegt. Aus dem nach Beizug des aktuellen Rechtsvertreters eingelegten Handelsregisterauszug vom 7. Januar 2009 (act. III./10) geht hervor, dass die Löschung des VR-Mandats von I. erst am 19./25. Februar 2008 – also rund ein halbes Jahr nach der am 26. September 2007 erfolgten Klageprosequierung – im Handelsregister eingetragen bzw. publiziert wurde. Damit ist ausgewiesen, dass I. nicht nur bei Einreichung der Prozesseingabe, sondern auch im Zeitpunkt der Vermittlungsverhandlung vom 29. August 2007 bei der Klägerin Organstellung innehatte, somit nach Art. 24 Ziff. 7 ZPO gesetzlicher Vertreter der Klägerin war und über eine Prozessführungsbefugnis im Sinne von Art. 25 Ziff. 5 ZPO verfügte. Es liegt ein Fall zulässiger eigener Prozessführung einer juristischen Person vor, welcher nicht

den Vorschriften über das Anwaltsmonopol unterliegt, das seit dem 1. Juli 2006 übrigens in Art. 3 des Anwaltsgesetzes und nicht mehr in dem in der Berufung erwähnten Art. 23 ZPO geregelt ist. Ob sich der Vermittler hinsichtlich der Vertreterstellung allenfalls irrte, ist irrelevant und vermöchte nichts daran zu ändern, dass die Klägerin an der Vermittlung rechtsgültig vertreten war. c. In Anbetracht dieser Ausführungen erweist sich der Abschreibungsantrag des Berufungsklägers als unbegründet und ist abzuweisen.

Seite 12 — 24 4a. Die Klägerin und Berufungsbeklagte erhob vorliegend eine Besitzesrechtsklage, macht also einen besitzesrechtlichen Herausgabeanspruch geltend. Die unmittelbare Rechtsgrundlage des Herausgabeanspruchs besteht in casu - entgegen den Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil - weder in Art. 933 ZGB noch in Art. 935 ZGB, welche sich beide damit befassen, wann bewegliche Sachen bzw. Geld- und Inhaberpapiere nicht herausverlangt werden können, sondern in Art. 936 ZGB. Nach Art. 936 Abs. 1 ZGB kann, wer den Besitz an einer beweglichen Sache nicht in gutem Glauben erworben hat, vom früheren Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden. Im Anwendungsbereich von Art. 936 ZGB, der für bewegliche Sachen jeder Art unter Einschluss von Geld- und Inhaberpapieren gilt, spielt die Unterscheidung von anvertrauten (Art. 933 ZGB) und unfreiwillig abhanden gekommenen (Art. 934 ZGB) Sachen von vornherein keine Rolle (Emil W. Stark/Wolfgang Ernst, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum ZGB II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 3. A., Basel 2007, N 1 zu Art. 936 ZGB). b. Der Herausgabeanspruch nach Art. 936 ZGB beruht auf dem früheren Besitz des Klägers, weshalb eine entsprechende Klage ausgeschlossen ist, wenn der Kläger nie Besitzer der strittigen Sache war. Aktivlegitimiert ist demnach – unabhängig von dem dem Besitz zugrundeliegenden Recht – jeder (nicht selber bösgläubige, vgl. Art. 936 Abs. 2 ZGB) frühere Besitzer, wobei sich nicht nur der selbständige und unmittelbare Besitzer, sondern auch der unselbständige und mittelbare Besitzer auf den Besitzesrechtsschutz nach Art. 936 ZGB berufen kann (BGE 109 II 202 ff. [205 ff.], E. 3). Der besitzesrechtliche Herausgabeanspruch ist abtretbar, im Gegensatz zum Vindikationsanspruch, das heisst zu dem auf das Eigentumsrecht gestützten Herausgabeanspruch im Sinne von Art. 641 Abs. 2 ZGB, der gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht abgetreten werden kann (BGE 132 III 155 ff.). Dabei stützt sich die Klage des Zessionars auf den früheren Besitz des Zedenten (Stark/Ernst, a.a.O., N 6 zu Art. 936 ZGB, N 9 zu Art. 934 ZGB). Passivlegitimiert ist der aktuelle Besitzer der fraglichen Sache (Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 3. A., Zürich 2009, Rz. 321). c/aa. Damit ein materielles Abforderungsrecht nach Art. 936 ZGB besteht, ist die Bösgläubigkeit des aktuellen Besitzers erforderlich. Der böse Glaube muss sich auf die Berechtigung des Veräusserers beziehen, über die Sache zu verfügen, wobei sich eine Verfügungsberechtigung des Veräusserers entweder aus dessen Stellung als Eigentümer oder aus einer vertraglich eingeräumten Verfügungsbefugnis ergeben kann (Stark/Ernst, a.a.O., N 3 zu Art. 936 ZGB, N 30 zu Art. 933 ZGB).

Seite 13 — 24 c/bb. Böser Glaube liegt immer dann vor, wenn der Erwerber nicht gutgläubig ist. Der gute Glaube einer Person wird nach Art. 3 Abs. 1 ZGB vermutet, auch im Besitzesrecht. Der Erwerber einer Sache gilt daher grundsätzlich als gutgläubig. Allerdings ist derjenige, der bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Der Gutglaubensschutz versagt somit nicht nur bei Bösgläubigkeit, sondern auch dann, wenn die Unkenntnis des Erwerbers vom

Rechtsmangel darauf zurückzuführen ist, dass er beim Erwerb der Sache jene Aufmerksamkeit vermissen liess, die von ihm nach den Umständen verlangt werden durfte. Zusätzlich ist erforderlich, dass das Nichtbeachten der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit für die fehlende Kenntnis des Rechtsmangels kausal ist (BGE 122 III 1 ff. [2 f.], E. 2a). Der Grad der Aufmerksamkeit, der vom Erwerber verlangt werden darf, richtet sich nach den Umständen. Was dies im Einzelfall bedeutet, ist weitgehend eine Ermessensfrage (Art. 4 ZGB; BGE 122 III 1 ff. [3], E. 2aa). Grundsätzlich richtet sich der Aufmerksamkeitsgrad nach einem Durchschnittsmass, welches eine redliche Person unter den gegebenen Umständen anzuwenden pflegt (BGE 113 II 397 ff. [399 f.], E. 2b). Dem Erwerber, welcher der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit nicht nachgekommen ist, wird daher zum Vorwurf erhoben, nicht nach relevanten Tatsachen geforscht zu haben oder aber die ihm bekannten Tatsachen nicht richtig gewürdigt zu haben, wo es ein Durchschnittsmensch getan hätte (Charlotte Wieser, Gutgläubiger Fahrniserwerb und Besitzesrechtsklage, Basel 2004, S. 88). Zur Beurteilung gelangt somit ein objektiver Massstab, der unabhängig von den Kenntnissen und besonderen Fähigkeiten der Vertragspartei ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts, der auch die Lehre zustimmt, besteht keine allgemeine Pflicht des Erwerbers, sich nach dem Vorliegen der Verfügungsmacht des Veräusserers zu erkundigen; nur wenn konkrete Verdachtsgründe vorliegen, die Zweifel an der Verfügungsmacht wecken, müssen die näheren Umstände abgeklärt werden. Höhere Anforderungen an die Sorgfaltspflicht werden in Geschäftszweigen gestellt, die in besonderem Masse dem Angebot von Waren zweifelhafter Herkunft und folglich mit Rechtsmängeln behafteter Sachen ausgesetzt sind; in solchen Fällen ergibt sich für den mit der betreffenden Branche vertrauten Erwerber – wenn auch keine generelle Erkundigungspflicht statuiert wird – eine Abklärungs- bzw. Erkundigungspflicht hinsichtlich der Verfügungsberechtigung des Veräusserers nicht erst bei konkretem Verdacht des Rechtsmangels, sondern bereits dann, wenn aufgrund der Umstände Anlass zu Misstrauen besteht (BGE

Seite 14 — 24 131 III 418 ff. [421 f.], E. 2.3.2 = Pra 2006 Nr. 42; BGE 122 III 1 ff. [2 ff.], E. 2a; Wieser, a.a.O., S. 89 ff., mit weiteren Hinweisen). Es kommt somit darauf an, ob die dem Erwerber spätestens beim Erwerb bekannt gewordenen Umstände eine nähere Erkundigung nahe legen (Stark/Ernst, a.a.O., N 36 zu Art. 933 ZGB). c/cc. Die Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit kann sich nur stellen, wenn beim Erwerber überhaupt ein Irrtum bzw. eine falsche Vorstellung über die Verfügungsberechtigung des Veräusserers vorliegt, das heisst, wenn letzterem die entsprechende Berechtigung tatsächlich fehlte. Bestand dagegen eine Verfügungsberechtigung, ist der Besitzer in seinem Erwerb geschützt, auch wenn dieser unter Umständen erfolgte, welche die Berechtigung des Veräusserers an sich als zweifelhaft hätten erscheinen lassen müssen (vgl. Stark/Ernst, a.a.O., N 28 zu Art. 933 ZGB). Hat der Kläger – oder im Falle einer Zession des Herausgabeanspruchs dessen Vorgänger – den Besitz freiwillig aufgegeben, steht die Klage gemäss Art. 936 ZGB nicht zur Verfügung (Stark/Ernst, a.a.O., N 6 zu Art. 936 ZGB). c/dd. Entscheidend ist die Gut- oder Bösgläubigkeit des Erwerbers im Zeitpunkt der Besitzübertragung. Wenn der Erwerber erst später von der fehlenden Verfügungsberechtigung des Veräusserers erfährt, kann ihm dies nicht mehr schaden (Schmid/Hürlimann, a.a.O., Rz. 291; BGE 105 IV 303 ff.). d. Die Beweislast für die beiden Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs, das heisst für den früheren Besitz des Klagenden und für die Bösgläubigkeit des Erwerbers, liegt beim Kläger. Als Folge des vom Gesetz vermuteten guten Glaubens hat der Kläger folglich entweder die innere Tatsache zu beweisen, dass der Erwerber bösgläubig war, also von der

fehlenden Verfügungsberechtigung des Veräusserers Kenntnis hatte – wobei es sich um eine Tatfrage handelt –, oder aber geltend zu machen, dass die entsprechende Unkenntnis des Erwerbers nur darauf beruhte, dass jener es an der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit hat fehlen lassen – wobei es sich diesfalls um eine Rechtsfrage handelt. Der Kläger trägt somit die Beweislast für die Umstände, welche den Fahrlässigkeitsvorwurf begründen (BGE 131 III 418 ff. [421], E. 2.3.1 = Pra 2006 Nr. 42; BGE 113 II 397 ff. [399 f.], E. 2b; Stark/Ernst, a.a.O., N 28 zu Art 933 ZGB). Demgegenüber ist nach der allgemeinen Regel über die Beweislast (Art. 8 ZGB) der Beklagte beweispflichtig, wenn er einwenden will, dass der frühere Besitz freiwillig aufgegeben wurde bzw. die Sache von einem dazu berechtigten Veräusserer erworben wurde.

Seite 15 — 24 5a. Was die - als Rechtsfrage von Amtes wegen zu prüfende - Aktivlegitimation der Klägerin zur Erhebung der vorliegenden Klage betrifft, steht aufgrund der Akten fest, dass die Y. AG selbst nie im Besitz des umstrittenen Schuldbriefes war. Zur Geltendmachung eines besitzrechtlichen Herausgabeanspruchs kann sie daher nur insoweit berechtigt sein, als der dem früheren Eigentümer der belasteten Liegenschaft zustehende Anspruch auf sie übergegangen ist. Jener war zwar seinerseits ebenfalls nie unmittelbarer Besitzer des Schuldbriefes, da er sich zur Zeit dessen Errichtung im Strafvollzug befand (vgl. die edierten Strafakten [act. V./2a-d] sowie die Aussagen der Zeugen F. und A. [act. VI./2 und VI./3]). Indem das Grundbuchamt dem Bevollmächtigten C. den Schuldbrief aushändigte, wurde A. aber wenigstens mittelbarer Besitzer des Schuldbriefes. Als solcher war er zur Klage gemäss Art. 936 ZGB berechtigt. b. Soweit die Klägerin ihre Legitimation aus ihrer Stellung als neue Eigentümerin der belasteten Liegenschaft ableiten will, ist ihr entgegenzuhalten, dass allein mit dem Erwerb des Eigentums an der Liegenschaft weder das Eigentum am Schuldbrief noch sonstige Rechte und Pflichten des Verkäufers an bzw. aus demselben auf die Klägerin übergegangen sind. Durch den Verkauf der Liegenschaft entstand vielmehr ein sog. Drittpfandverhältnis (Art. 845 ZGB in Verbindung mit Art. 832 ZGB), indem die nunmehr im Eigentum der Klägerin stehende Liegenschaft für die im Schuldbrief verbrieftete Schuld von A. verpfändet blieb. Eine Übernahme der Schuldpflicht für die Pfandforderung im Sinne von Art. 832 Abs. 2 ZGB wurde nämlich gerade nicht verabredet, übernahm die Klägerin doch nur die gegenüber der G.-Bank bestehenden Grundpfandschulden in Anrechnung an den Kaufpreis, währenddem für den dem Schuldbrief entsprechenden Betrag die Gewährung eines zinslosen Darlehens abgemacht wurde. Vereinbart haben die Vertragsparteien dagegen, dass die Käuferin als neue Eigentümerin der Liegenschaft anstelle der Verkäuferschaft in den Rechtsstreit um den - nach ihrer Auffassung widerrechtlich begebenen - Schuldbrief eintritt. Nach dem Willen der Vertragsparteien sollte der Rechtsstreit über den Bestand der Forderung aus dem Schuldbrief, welcher seinerseits eng mit der Frage des gutgläubigen Erwerbs desselben verknüpft ist, demnach durch die Klägerin - und zwar in deren eigenem Namen - geführt werden, was notwendigerweise voraussetzt, dass der Klägerin auch das Recht, den Schuldbrief vom gegenwärtigen Besitzer herauszuverlangen, übertragen wurde. Die in Frage stehende Vertragsklausel beinhaltet somit offensichtlich auch eine Abtretung des besitzrechtlichen Herausgabeanspruchs des Verkäufers, weshalb die Aktivlegitimation der Klägerin zu bejahen ist. Dies gilt umso mehr, als der Beklagte

Seite 16 — 24 die Sachlegitimation weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren je bestritten hat. Ebenfalls nicht bestritten ist, dass mit X. der im Zeitpunkt der Klageeinreichung aktuelle Besitzer der fraglichen Sache ins Recht gefasst

wurde, so dass dessen Passivlegitimation folglich gegeben war. 6a/aa. Der Berufungskläger wehrt sich vorliegend in erster Linie gegen die Erkenntnis der Vorinstanz, er habe beim Erwerb des Inhaberschuldbriefs bösgläubig gehandelt. Wie in Erwägung 4c dargelegt, geht es bei der Klage nach Art. 936 ZGB um den bösen Glauben in Bezug auf die Berechtigung des Veräusserers, über die fragliche Sache zu verfügen, wobei sich die Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit nur dann stellt, wenn die Verfügungsberechtigung tatsächlich fehlt. Könnte der Berufungskläger daher erfolgreich einwenden, dass F. zum Verkauf des Schuldbriefs berechtigt war, könnte er der Verpflichtung zu dessen Herausgabe selbst bei Bösgläubigkeit bzw. bei Vorliegen von Umständen, die sein Misstrauen hätten wecken müssen, entgehen. Einen entsprechenden Einwand hat der Rechtsvertreter des Beklagten sinngemäss bereits an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung erhoben, indem er sich darauf berief, dass der Schuldbrief gestützt auf die Vollmacht vom 6. August 2002 an die B. AG übertragen worden sei. Aus dem Umstand, dass A. nicht ernsthaft versucht habe, die erwähnte Vollmacht nachträglich einzuschränken oder den Schuldbrief herauszuverlangen, gehe hervor, dass er mit der Errichtung eines Inhaberschuldbriefs über Fr. 410'000.– und mit dessen Belehnung zugunsten von F. einverstanden gewesen sei (vgl. vorinstanzliches Urteil, S. 5 f., sowie die Ergänzung zum Plädoyer von Rechtsanwalt Müller [act. IX./2]). Die Vorinstanz ist auf diesen Einwand nicht näher eingegangen, was vom Berufungskläger zu Recht als methodisch unkorrekt gerügt wird. Zwar trifft es zu, dass bei fehlender Gutgläubigkeit des Erwerbers die Herausgabe ungeachtet davon, ob ein Anwendungsfall von Art. 933 ZGB (anvertraute Sache) oder von Art. 935 ZGB (unfreiwillig abhanden gekommenes Geld oder Inhaberpapier) gegeben ist, verlangt werden kann (vgl. angefochtenes Urteil, S. 10). Dies konnte das Gericht aber nicht davon entbinden zu prüfen, ob der Schuldbrief im vorliegenden Fall tatsächlich von einem Nichtberechtigten erworben wurde. Fragen liesse sich höchstens, ob der erstmals an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vorgebrachte Einwand noch zulässig war bzw. ob die Behauptung, dass F. zum Verkauf des Schuldbriefs berechtigt gewesen sei, nicht bereits im Rahmen des Schriftenwechsels hätte erhoben werden müssen. Diese Frage kann vorliegend allerdings offen gelassen werden, da aufgrund des Beweisergebnisses entgegen der an der Berufungsverhandlung erneut vorgebrachten Auffassung des Berufungsklägers ohnehin nicht als erstellt gelten

Seite 17 — 24 kann, dass A. letztlich mit der Errichtung des Schuldbriefes und dessen Belehnung zugunsten von F. einverstanden war. b/aa. Aus den beigezogenen Strafakten (act. V./2a-d) und den Zeugenaussagen von F. (act. VI./2) und A. (act. VI./3) geht hervor, dass sich die beiden in der ersten Hälfte des Jahres 2002 in der Strafanstalt Pöschwies kennengelernt hatten, wo beide eine Freiheitsstrafe absassen. Offenbar vermittelte F. dem im Juli 2002 in die Strafanstalt Bostadel verlegten A. den Kontakt zu C., und zwar über L., der mit F. ebenfalls im Strafvollzug gewesen und im fraglichen Zeitraum mit C. geschäftlich verbunden war. Über L. scheint im Übrigen auch der Kontakt zwischen F. und X. zustande gekommen zu sein. Die auf den gemeinsamen Strafvollzug zurückgehende Bekanntschaft zwischen A. und F. wie auch das Zusammenwirken des Letzteren mit C. und L. erweist sich im Grundsatz als unbestritten (vgl. Plädoyernotizen von Rechtsanwalt Maag [IX./1] S. 1 ff.). b/bb. Was den fraglichen Inhaberschuldbrief angeht, so soll die Bevollmächtigung der durch C. vertretenen B. AG vom 6. August 2002 gemäss Darstellung in der Prozesseingabe und den Aussagen von A. (act. V./2c, S. 2 f. u. S. 6 ff.; act. VI./3, S. 4 ff.) trotz der Bezeichnung als Generalvollmacht (act. III./5) von Anfang an in dem Sinne beschränkt gewesen sein, wie dies A. in einem Schreiben vom 24. November 2002 (act.

III./6) an C. festhielt (Umfinanzierung der bestehenden Schulden bei der Bank und der Mutter mittels neuer 1. Hypothek in Höhe von Fr. 700'000.– und anschliessende Errichtung zweier Schuldbriefe in Höhe von Fr. 200'000.– und Fr. 300'000.– mit vorläufiger Aufbewahrung im Safe). Bereits mit der im September 2002 erfolgten Errichtung des Schuldbriefes soll C. daher weisungswidrig gehandelt haben. Gegen diese Darstellung sprechen die Aussagen von F. und L., welche diese im Rahmen einer im Jahr 2003 gegen F. und A. geführten Strafuntersuchung gemacht haben. Diesen Aussagen zufolge soll A. zumindest anfänglich mit der Errichtung des Schuldbriefes und dessen Belehnung zum Zweck seiner finanziellen Beteiligung an einem von F. geplanten Immobilienprojekt in O. einverstanden gewesen sein und sich erst nach der Errichtung des Schuldbriefes gegen dessen Verwendung ausgesprochen haben. F. will indes erst anfangs April 2003, also nach dem Verkauf des Schuldbriefes an X., erfahren haben, dass A. C. jegliche Belastung des Schuldbriefes untersagt habe (vgl. act. III./23, S. 10 ff.; act. V./2a, S. 13 f.; act V./2b, S. 4 ff., S. 9 ff. u. S. 14 ff.; act. V./2d, S. 2 f., S. 7 ff. u. S. 15 f.; vgl. auch die Zeugenaussage F., act. VI./2, S. 3 ff.).

Seite 18 — 24 b/cc. Auch wenn den Aussagen von A. aufgrund seines eigenen Interesses am Ausgang des Verfahrens und der bei seiner Zeugeneinvernahme ersichtlich gewordenen Mitwirkung bei der Prozessinstruktion (vgl. act. VI./3, S. 3 f. u. S. 11) nur beschränkte Beweiskraft zukommen kann, so steht dennoch fest, dass der Genannte mit Schreiben vom 24. November 2002 (act. III./6) gegenüber C. zum Ausdruck brachte, dass er keinen Gebrauch des Schuldbriefes wünschte. F. erfuhr am 2. Dezember 2002 von C., dass A. den Inhaberschuldbrief über Fr. 410'000.– für das Geschäft im Welschland nicht oder nicht mehr belehnt haben wollte. Dies ergibt sich aus dem Schreiben von F. vom 9. Dezember 2002, mit dem der Genannte bei A. deswegen intervenierte (Anhang zum Einvernahmeprotokoll F., act. VI./2). Zumindest C. wusste, dass A. trotz dieser Intervention von F. am Verbot einer Verpfändung oder Belehnung des Schuldbriefes festhielt, weshalb er beim Verkauf der B. AG offenbar einen entsprechenden Passus in den Kaufvertrag aufnahm (act. III./23, S. 13 f.). C. handelte mit dem Überlassen des Schuldbriefes an F. zwecks Weiterverkaufs an X. somit tatsächlich weisungswidrig. Aber auch F. konnte nicht von einer Zustimmung von A. zur Veräusserung des Inhaberschuldbriefes an X. ausgehen. Zwar hielt er als Zeuge im vorliegenden Verfahren sinngemäss daran fest, er selbst habe von einem Widerruf der Vollmacht durch A. keine Kenntnis gehabt bzw. sei mangels irgendwelcher Schritte A.s zur Sperre des Schuldbriefes davon ausgegangen, dass der Letztgenannte seine Meinung nach dem Schreiben vom 9. Dezember 2002 wieder geändert und die Sache normal habe weiterlaufen lassen (act. VI./2, S. 7 f. u. S. 12). Tatsache ist aber, dass F. nach eigenen Angaben seit Dezember 2002 keinen Kontakt mehr hatte mit A. (act. III./23, S. 14) und dass solche Kontakte auch nicht ausgewiesen sind. Allein aus dem Untätigbleiben von A. nach Erhalt des Schreibens von F. vom 9. Dezember 2002 durfte der Genannte aber entgegen seiner Ansicht nicht einfach auf die Zustimmung zur Veräusserung des Schuldbriefes schliessen, zumal die letzte ihm bekannte Meinungsäusserung von A., jene vom 2. Dezember 2002, explizit auf das Gegenteil hinwies. Auch aufgrund der weiteren ihm bekannten Umstände, insbesondere der kriminellen Vergangenheit von L. und dem offensichtlich übersetzten Honorar, welches sich C. und L. aus dem ganzen Geschäft zukommen liessen (vgl. act. III./23, S. 11 ff.), durfte er nicht einfach darauf vertrauen, dass A. nun doch wieder mit einer Veräusserung des Schuldbriefes einverstanden war. F. selbst ist eine Berufung auf seinen guten Glauben damit ebenfalls verwehrt, so dass aus der Sicht von X. kein Fall eines Erwerbs von einem gutgläubigen und daher zur Veräusserung

berechtigten Zwischenbesitzer vorliegt.

Seite 19 — 24 7a. Fehlte somit F. die Berechtigung, über den Inhaberschuldbrief zu verfügen, verbleibt die Prüfung der Frage, ob die Vorinstanz X. die Berufung auf seinen guten Glauben beim Erwerb des Schuldbriefs gestützt auf Art. 3 Abs. 2 ZGB zu Recht verwehrt hat. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist dies der Fall, liegen doch mehrere Umstände vor, die beim Berufungskläger erhebliche Zweifel an der Verfügungsmacht des Veräusserers hätten erwecken müssen. b/aa. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach der Lehre unter anderem dann ein Umstand vorliegt, der weitere Erkundigungen seitens des Erwerbers erfordert, wenn der Veräusserer einen ungewöhnlich niedrigen Preis für eine Sache fordert, ohne eine entsprechende Erklärung für den Preisnachlass abzugeben (vgl. Wieser, a.a.O., S. 91, mit weiteren Hinweisen). Im vorliegend umstrittenen Schuldbrief bekannte A., dem Inhaber des Dokuments die Summe von Fr. 410'000.– schuldig zu sein. Gemäss Kaufvertrag vom 20. März 2003 (act. III./7) erwarb der Berufungskläger diesen Schuldbrief für Fr. 260'000.–, also zu einem Preis, der um mehr als einen Drittel unter dem Nominalwert des Schuldbriefes lag. Effektiv bezahlt hat er für das Wertpapier nach eigenen Angaben sogar nur Fr. 200'000.–. Der Berufungskläger bekam somit zu einem Preis von Fr. 200'000.– ein Papier in die Hände, mit dem er vom Schuldner grundsätzlich Fr. 410'000.– hätte fordern können, eine allfällige Zinspflicht noch unberücksichtigt. Die Tatsache, dass sich F. mit nicht einmal der Hälfte des Nennwerts des Schuldbriefs zufrieden gab, hätte beim Berufungskläger Misstrauen wecken müssen. Zu beachten ist, dass F. bei seiner Zeugenbefragung angab, er habe mit X. an sich keinen Kaufvertrag über den Schuldbrief schliessen, sondern den Titel lediglich als Faustpfandsicherheit gegen ein Darlehen unterlegen wollen (act. VI./2, S. 5). Auch der Berufungsbeklagte selbst führte aus, er sei ursprünglich davon ausgegangen, es würde auf Darlehensbasis kontrahiert, habe dann aber zur Kenntnis nehmen müssen, vom Rechtsanwalt des Liegenschaftseigentümers einen Kauf mit Rückkaufsklausel offeriert zu bekommen. Dies bedeutet nun aber nicht anderes, als dass dem Berufungskläger am 20. März 2003 ein Vertrag unterbreitet wurde, der ganz erheblich vom im Vorfeld des Vertragsschlusses Besprochenen abwich. Darin liegt ein weiterer Umstand, der beim Berufungskläger einen Klärungsbedarf hätte hervorrufen müssen. Beachtet man im Weiteren, dass die Kaufoption, die X. F. in Ziffer 6 des Vertrages einräumte, auf einen Betrag von Fr. 300'000.– lautete, so ist die Diskrepanz zum Kaufpreis von Fr. 200'000.– zwar nicht mehr ganz so hoch, wie im vorangehenden Abschnitt

Seite 20 — 24 geschildert. Dennoch wurde dem Berufungskläger damit in Aussicht gestellt, innerhalb von lediglich fünf Monaten einen Gewinn von Fr. 100'000.– zu erzielen. Offen gelassen werden kann an dieser Stelle die Frage der Werthaltigkeit des Schuldbriefs bzw. des Werts der Liegenschaft, die als Sicherheit für den Schuldbrief verpfändet wurde. Zwar spricht der Umstand, dass X. sich nicht darum kümmerte, ob die fragliche Liegenschaft tatsächlich den in Ziff. 2 des Kaufvertrags angegebenen Wert von Fr. 750'000.– bis Fr. 850'000.– aufwies, nicht gerade für eine seriöse Vorbereitung des Geschäfts. Letztlich war es ihm aber natürlich freigestellt, das Risiko des Erwerbs eines nicht genügend gesicherten Titels in Kauf zu nehmen. Allerdings bilden unterlassene Abklärungen zum Wert der Pfandsicherheit dann selbstredend kein Argument, um den tiefen Kaufpreis des Schuldbriefs zu rechtfertigen. Nicht zu hören ist ferner der vom Berufungskläger in diesem Zusammenhang vorgebrachte Einwand, er habe den ihm fixfertig, mit der entsprechenden Wertangabe unterbreiteten Vertrag nolens volens annehmen müssen, stand es ihm doch frei, das Geschäft erst nach dem Einholen entsprechender Erkundigungen abzuschliessen. b/bb.

Aussergewöhnlich mutet sodann an, dass im Kaufvertrag ein Preis von Fr. 260'000.– vereinbart war, dass F. indes offenbar ohne weiteres bereit war, sich mit einer geringeren Zahlung von Fr. 200'000.– zufrieden zu geben. Gleichzeitig hatte er augenfällig keine Mühe, dem Berufungskläger trotzdem den Erhalt des höheren Betrags zu quittieren. Jedenfalls stellte F. X. am 20. März 2003 eine Quittung über Fr. 260'000.– aus. Erst am 19. Juli 2003 brachte er dann auf der Quittung den handschriftlichen Vermerk an, er habe von X. lediglich Fr. 200'000.– erhalten, wovon Fr. 100'000.– an C. und L. gegangen seien. b/cc. Im Weiteren können sich Zweifel über die Verfügungsbefugnis eines Ver- äusserers aus dessen Person selbst ergeben. Zwar darf der Erwerber grundsätzlich einen ihm unbekanntem Besitzer als an der Sache berechtigt betrachten und einer allseits als aufrichtig und vertrauenswürdig angesehenen Person sein Vertrauen schenken. Misstrauen bezüglich der Berechtigung muss bei ihm aber entstehen, wenn er mit einer unbekanntem Person ein Rechtsgeschäft abschliesst und gleichzeitig deren finanzielle Verhältnisse oder andere Umstände gegen die Berechtigung sprechen (Wieser, a.a.O., S. 90 f.). X. erwarb in casu den Schuldbrief von einem ihm völlig unbekanntem Veräusserer (vgl. auch act. VI./2, S. 4 unten), was sich aufgrund des Gesagten noch nicht per se als problematisch erweisen würde. Es ist nun allerdings zu berücksichtigen,

Seite 21 — 24 dass F. den Schuldbrief am Tag der Übergabe gar nicht selbst in den Händen hatte. Das Dokument musste vielmehr zunächst – in Anwesenheit des Berufungsklägers – gegen eine Bezahlung von Fr. 60'000.– an einen gewissen N. "aus dessen Depot" ausgelöst werden (vgl. act. VI./2, S. 5 u. S. 7). Dieser Vorgang stand in einem offenbaren Widerspruch zu den Formulierungen in Ziffer 4 und 5 des Kaufvertrags, in denen F. bestätigte, den Inhaberschuldbrief von C. ausgehändigt erhalten zu haben. Zweifel an der Verfügungsbefugnis von F. waren in Anbetracht dessen ohne weiteres angebracht. Hinzu kommt, dass F. dem Berufungskläger nicht irgendeine Sache verkaufte, sondern einen Inhaberschuldbrief. Dieser lautete auf einen vom Veräusserer verschiedenen Schuldner, nämlich A.. Auch jener war dem Berufungskläger völlig unbekannt, immerhin wurde aber in Ziffer 7 des Kaufvertrags offenbart, dass er sich zur Zeit der Errichtung des Schuldbriefs im Strafvollzug befand. Erkundigungen zur Berechtigung von F., den fraglichen Schuldbrief zu verkaufen, drängten sich unter diesen Umständen geradezu auf. b/dd. Näheres Augenmerk ist schliesslich auf den Kaufvertrag vom 20. März 2003 selbst zu richten. Dass sich ein Klärungsbedarf bereits daraus ergab, dass der Vertrag nicht dem Geschäft entsprach, das X. von L. im Vorfeld des Vertragsschlusses in Aussicht gestellt worden war, wurde an anderer Stelle schon erwähnt (vgl. E. 7b/aa). Abgesehen davon enthält der fragliche Kaufvertrag teilweise sehr umständliche Formulierungen. Diese sollen einerseits die Verfügungsberechtigung des Veräusserers in übertriebener Art und Weise belegen. So wird in Ziffer 4 des Vertrags festgehalten, F. erkläre ausdrücklich, dass er rechtmässiger Eigentümer und Inhaber des Inhaberschuldbriefs sei, dass er von A. die ausdrückliche Erlaubnis habe, den Schuldbrief weiter zu platzieren und dass der Schuldbrief zu Recht bestehe. Gerade eine solche Überbetonung der Berechtigung des Veräusserers oder diesbezügliche unglaubwürdige Erklärungen sollten beim Erwerber Misstrauen am Wahrheitsgehalt dieser Aussagen aufkommen lassen (vgl. Wieser, a.a.O., S. 92). Ohne Zweifel hätte bereits eine Erkundigung nach der im Kaufvertrag erwähnten ausdrücklichen Erlaubnis von F., den Schuldbrief von A. weiter zu platzieren, Licht in die Angelegenheit gebracht, hätte der Verkäufer eine solche Ermächtigung doch offensichtlich nicht beibringen können. Andererseits werden im Vertrag Sachverhalte beschrieben, die – wie etwa die angebliche Honorarabrechnung der B. AG (Ziff. 4) bzw. die Zahlung von C.

an die B. AG beim Verkauf derselben an einen Dritten (Ziff. 5) – für das konkrete Geschäft gar nicht relevant sind, zugleich aber deutlich machen, dass ein erheblicher Teil des Verkaufserlöses sogleich an

Seite 22 — 24 Dritte, sowohl vom Verkäufer als auch vom im Schuldbrief bezeichneten Schuldner verschiedene Personen, geht. Die Tatsache, dass mit C. beim Vertragsabschluss ein Rechtsanwalt zugegen war bzw. dass mit ihm ein Rechtsanwalt den Vertrag formuliert hat, vermag den Berufungskläger nicht zu entlasten, führen diese Umstände doch keineswegs dazu, dass per se vom Vorliegen der gebotenen Aufmerksamkeit auszugehen wäre oder dass der Berufungskläger von jeglicher Verpflichtung entbunden wäre, sich über den Inhalt des Vertrages und die darin verwendeten Formulierungen sowie über die Umstände des ganzen Geschäfts Gedanken zu machen. Zudem waren gewisse Zweifel über die Rolle von C. durchaus angebracht, wobei nicht einmal so sehr ins Gewicht fällt, dass das ganze Geschäft in einer Hotelloobby (vgl. act. VI./2, S. 5) statt in den Geschäftsräumen des den Kaufvertrag redigierenden Rechtsanwalts abgewickelt wurde, sondern in erster Linie ins Auge sticht, dass C. gemäss Vertrag in das Geschäft mit dem Schuldbrief involviert war und aus dem Verkaufserlös von Fr. 200'000.– ein Honorar von nicht weniger als Fr. 90'000.– erhalten sollte. c. Die soeben dargestellten Gesamtumstände des Geschäfts waren – selbst wenn X. zuzugestehen wäre, dass ihm die kriminelle oder zumindest dubiose Vergangenheit seines Vertragspartners und dessen Mittelsmänner zum damaligen Zeitpunkt nicht bekannt war – derart ungewöhnlich, dass sich der Berufungskläger nicht einfach über die verschiedenen Diskrepanzen hätte hinwegsetzen dürfen. Es bestanden mehrere konkrete Verdachtsgründe, die Zweifel an der Verfügungsmacht von F. weckten. Der Berufungskläger hätte sich deshalb vergewissern müssen, dass tatsächlich eine Verfügungsberechtigung des Verkäufers bestand, sei dies durch eine direkte Nachfrage bei A. oder durch das Bestehen auf Vorlegung einer ausdrücklichen Vollmacht desselben zu einem Verkauf des Schuldbriefes zu den in Frage stehenden Konditionen. Hätte der Berufungskläger aufgrund des Gesagten allein schon aufgrund der geschilderten Umstände Zweifel an der Verfügungsmacht des Verkäufers hegen müssen, kann die Frage, ob beim Handel mit Inhaberpapieren von vornherein eine erhöhte Sorgfaltspflicht gilt, offengelassen werden. d. Im Ergebnis steht fest, dass X., wie dies bereits die Vorinstanz erkannte, beim Erwerb des Inhaberschuldbriefes nicht die von Art. 3 Abs. 2 ZGB verlangte gebotene Aufmerksamkeit walten liess, weshalb er nicht berechtigt ist, sich auf die Vermutung des guten Glaubens zu berufen.

Seite 23 — 24 8a. In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen hat das Bezirksgericht Hinterrhein die Klage der Y. AG zu Recht gutgeheissen, weshalb das angefochtene Urteil zu schützen und die Berufung von X. vollumfänglich abzuweisen ist. b/aa. Nach Art. 122 Abs. 1 ZPO sind die Kosten eines Zivilverfahrens in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Zudem ist die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Diese Grundsätze gelten nicht nur für das erstinstanzliche Verfahren, sondern gestützt auf Art. 223 ZPO auch für das Berufungsverfahren. b/bb. Vorliegend wird die Berufung von X. gegen die Y. AG abgewiesen, so dass der Berufungskläger unterliegt und dementsprechend die Kosten des Berufungsverfahrens, die sich aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.–, einem Streitwertzuschlag von Fr. 2'050.– (0.5 % von Fr. 410'000.–, vgl. Art. 7 Abs. 1 des Kostentarifs in Zivilverfahren) sowie den Schreibgebühren von Fr. 400.– zusammensetzen, zu tragen hat. Überdies hat der

Berufungskläger die Berufungsbeklagte bei diesem Verfahrensausgang angemessen ausseramtlich zu entschädigen. Der Rechtsvertreter der Y. AG macht für das Berufungsverfahren eine Honorarforderung von insgesamt Fr. 11'082.80 inklusive Spesen und Mehrwertsteuer geltend (act. 14.1 u. 14.2). Gemäss der eingereichten Honorarvereinbarung enthält dieser Betrag einen Interessenwertzuschlag von Fr. 5'000.–. Nach herrschender Praxis des Kantonsgerichts darf ein Interessenwertzuschlag allerdings nur einmal erhoben werden, auch wenn die Streitsache vor mehreren Instanzen ausgetragen wird. Vorliegend wurde der Berufungsbeklagten – entsprechend der von ihrem Rechtsvertreter eingereichten Honorarnote – bereits für das vorinstanzliche Verfahren ein Interessenwertzuschlag von Fr. 12'000.– angerechnet (vgl. act. IX./3), so dass der im Berufungsverfahren geltend gemachte Zuschlag nicht berücksichtigt werden kann. Es ist damit von einem Honorar von Fr. 5'000.– auszugehen und die ausseramtliche Entschädigung unter Berücksichtigung der Spesen von Fr. 300.– sowie der Mehrwertsteuer von Fr. 402.80 auf insgesamt Fr. 5'702.80 festzusetzen.

Seite 24 — 24 III.

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