

Voraussetzung des Eintritts neuer, eine Revision des Servitutserrichtungsvertrags rechtfertigender Tatsachen abgewiesen werden, so erübrigt sich eine Prüfung der Frage, ob die Weigerung der Beklagten einen Akt schikanoöser Rechtsausübung darstelle. Sie wäre indessen zweifellos zu verneinen, und zwar ohne dass es für ihre Beurteilung der Durchführung eines Augenscheins bedürfte, welches Beweismittel übrigens im Berufungsverfahren nicht anwendbar ist (Art. 81, 82 OG). Die Klägerin muss selber zugeben, dass im Falle der Ausführung ihres Umbauprojektes die Aussicht vom beklagtischen Grundstück nicht mehr die gleiche wie heute wäre (Abdeckung eines Teils des Dreilindenquartiers. Die Bemerkung der Vorinstanz, wonach ein um 4 m höherer Bau der Liegenschaft der Beklagten «weder Licht noch Luft noch Aussicht entziehen» würde, besagt nur, dass jene immer noch eine schöne Aussicht auf See und Berge genösse, nicht aber, dass die Aussicht die gleiche bliebe; die Photographien beweisen, jedenfalls vom Strassenniveau aus, das Gegenteil, wenn auch die Beeinträchtigung nicht wesentlich ist). Die Klägerin sucht lediglich darzutun, dass diese kleine Einbusse durch das Verschwinden des fabrikartigen Flachdaches und seine Ersetzung durch das an sich schönere und überdies einige entferntere hässliche Hinterfassaden verdeckende Ziegeldach mehr als aufgewogen würde. Auf den Boden dieser Diskussion über rein ästhetische bzw. Geschmacksfragen kann jedoch der Richter der Klägerin nicht folgen. Wenn der Dienstbarkeitsberechtigte den bestehenden servitutsgemässen Zustand der Dinge vorzieht, ist das seine Sache; er allein hat sein Interesse am Status quo zu beurteilen und zu bewerten, und es kann ihm kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass er über die Vor- und Nachteile einer Neugestaltung für ihn nicht gleicher Ansicht ist wie der Belastete (BGE 66 II 248). Das Interesse im Sinne des Art. 736 ZGB ist nicht nach einem allgemeinen, für jedermann gültigen Wertmasstab zu beurteilen. Auch eine ganz individuelle, nach

Durchschnittsanschauungen vielleicht unbegreifliche Liebhaberei kann Gegenstand einer Dienstbarkeit bilden. Es ist kein Rechtsmissbrauch seitens der Beklagten, wenn sie die durch die Servitut gewährleistete weitere Aussicht einer etwas weniger weiten, aber vielleicht harmonischeren vorzieht und an ihrem Rechte festhält. Eher träfe dies auf das Bestreben der Klägerin zu, ohne Entschädigung eine praktische Befreiung von ihrer Last zu erlangen gestützt auf blosse Vorwände, jedenfalls auf Umstände, welche die Folge ihrer eigenen, einseitigen Massnahmen sind, nämlich der Erstellung eines Flachdaches dicht an der Baulimite. Auf die Schwierigkeit, die im Sinne des Klagebegehrens beschnittene Servitut so zu umschreiben, dass die Möglichkeit einer spätern Rückkehr der Klägerin zum Flachdach wiederum unter äusserster Ausnützung der nun um 4,10 m höhern Baulimite ausgeschlossen wäre, sei abschliessend nur hingewiesen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 8. März 1944 bestätigt.

16. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. April 1944

i. S. Baesch & Cie und Verwaltungs- und Treuhändgesellschaft
A.-G. gegen Lipper.

Widerrechtliche Verpfändung von Inhaberschuldbriefen. Anforderungen an den guten Glauben des Erwerbers. Art. 3, 884 Abs. 2, 899, 901, 930 ff. ZGB.

Droit de gage constitué sur des cédules hypothécaires au porteur. Exigences quant à la bonne foi de l'acquéreur. Art. 3, 884 al. 2, 899, 901, 930 et suiv. CC.

Diritto di pegno costituito su cartelle ipotecarie al portatore. Requisiti per quanto concerne la buona fede dell'acquirente. Art. 3, 884 ep. 2, 899, 901, 930 e seg. CC.

A. — Der Kläger Meyer Lipper war Eigentümer der Liegenschaft Müllerstrasse 77 in Zürich und Miteigentümer

einer weitem Liegenschaft in Oerlikon. Im Herbst 1940 trat er zwecks Verkaufs dieses Besitzes mit dem Luzerner Gültenhändler Paul Vogel in Verbindung. Indessen kam es zwischen den beiden lediglich zu verschiedenen Geschäften über Inhaberschuldbriefe, welche auf den Grundstücken errichtet waren. So übergab der Kläger dem Vogel am 28. Oktober 1940 einen Schuldbrief von Fr. 25,000.— auf der Liegenschaft in Oerlikon, wofür ihm der Empfänger am 30. Oktober 1940 einen Wechsel im gleichen Betrag ausstellte, der am 11. November 1940 eingelöst wurde.

An diesem Tag, gleich nach der Zahlung der Wechselschuld, erhielt Vogel vom Kläger fünf auf dem Grundstück Müllerstrasse 77 lastende Schuldbriefe von zusammen Fr. 33,000.— gegen Ausstellung eines Eigenwechsels im gleichen Betrag und folgender « Treuhand- und Kaufquittung »:

« Der Unterzeichnete bescheinigt hiemit, folgende Schuldbriefe von Herrn Meyer Lipper, Müllerstrasse 77, Zürich, zu treuen Händen bis Montag den 18. November 1940 erhalten zu haben :

- | | | | |
|----------------|--------------|--------------|------|
| 1. Schuldbrief | Fr. 3 000.— | 11. Februar | 1925 |
| 2. » | Fr. 3 000.— | 3. März | 1925 |
| 3. » | Fr. 7 000.— | 18. Dezember | 1925 |
| 4. » | Fr. 13 000.— | 2. Februar | 1926 |
| 5. » | Fr. 7 000.— | 2. Februar | 1926 |

total Fr. 33,000.—. Als Deckung wird an Herrn Meyer Lipper ein Wechsel des Unterzeichneten über Fr. 33,000.— übergeben, zu welchem Betrag obige Schuldbriefe am 18. November 1940 eingelöst resp. gekauft werden. »

Für den Empfang eines weitem Schuldbriefes von Fr. 50,000.— auf derselben Liegenschaft erteilte Vogel dem Kläger am 20. November 1940 folgende « Treuhandquittung »:

« Der Unterzeichnete bescheinigt hiemit, von Herrn Meyer Lipper, Müllerstrasse 77, Zürich, zu treuen Händen erhalten zu haben einen Schuldbrief von Fr. 50,000.— err. 26. August 1929 ab Müllerstrasse 77 in Zürich im 7. Rang. Der Unterzeichnete verpflichtet sich, diesen Schuldbrief von Fr. 50,000.— am Dienstag, den 26. November 1940, an Herrn Lipper entweder wieder auszufolgen oder mit Fr. 50,000.— in bar auszubezahlen. »

Für diesen Betrag stellte Vogel dem Kläger einen Eigenwechsel mit Verfall am 26. November 1940 aus. Gleich-

zeitig wurde der Wechsel von Fr. 33,000.— bis zum nämlichen Termin prolongiert.

Als Vogel am 23. November 1940 wegen Wechselsfälschung verhaftet wurde, stellte sich heraus, dass er die am 11. und 20. November 1940 erhaltenen Schuldbriefe im eigenen Interesse verpfändet hatte, und zwar die beiden auf je Fr. 3000.— und den auf Fr. 50,000.— lautenden dem Bankhaus Böesch & Cie. und die übrigen der Verwaltungs- und Treuhandgesellschaft A.-G. Darauf erhob Lipper gegen die Pfandgläubiger gemäss Art. 936 ZGB Klage auf Herausgabe der Titel.

B. — Das Amtsgericht Luzern-Stadt wies die Klage am 26. März 1943 ab. Es verneinte die Aktivlegitimation des Klägers zur Vindikation der dem Vogel am 11. November 1940 übergebenen Schuldbriefe, da dieser sie von ihm gekauft habe. Über den Schuldbrief von Fr. 50,000.— führte es aus, Vogel habe ihn zwar nur als Treuhänder des Klägers besessen, so dass er ihn der Erstbeklagten (Böesch & Cie.) nicht im eigenen Interesse hätte verpfänden dürfen, aber für die Pfandgläubigerin sei das Fehlen seiner Verfügungsmacht nicht erkennbar gewesen.

C. — Mit Urteil vom 24. November 1943 schützte jedoch das Obergericht des Kantons Luzern die Klage, indem es beiden Beklagten den guten Glauben beim Pfanderwerb absprach.

D. — Gegen diesen Entscheid legten beide Beklagten mit dem Antrag auf Abweisung der Klage Berufung an das Bundesgericht ein.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Mit Recht hat die Vorinstanz den Kläger als zur Vindikation sämtlicher Schuldbriefe legitimiert betrachtet. Denn wie sich aus den « Treuhandquittungen » vom 11. und 20. November 1940 ergibt, war er im Zeitpunkt der Verpfändung noch immer Eigentümer der Schuldbriefe, da er sie Vogel nur zum Verkauf übergeben hatte. Nach der letztgenannten Urkunde ging nämlich Vogel die alter-

native Verpflichtung ein, am 26. November 1940 entweder den erhaltenen Schuldbrief zurückzugeben oder hierfür Fr. 50,000.— zu bezahlen. Es handelte sich mithin um einen Trödelvertrag (BGE 55 II 42 Erw. 2, 69 II 116). Bis zu einem Verkauf durch den Trödler blieb der Kläger also Eigentümer. Dasselbe trifft für die Verpfändung der Schuldbriefe zu, die dem Vogel laut Quittung vom 11. November 1940 ebenfalls nur zum Verkauf anvertraut waren. So fasste er selbst das Verhältnis auf, indem er in der Strafanuntersuchung gestand, alle diese Titel widerrechtlich zu seinem Vorteil verwendet zu haben.

2. — Die Beklagten sind somit in ihrem Pfanderwerb nur dann zu schützen, wenn sie in gutem Glauben annahmen, Vogel sei zur Verpfändung berechtigt (Art. 884 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 899, 901, 930 ff. ZGB). Sie waren gutgläubig, sofern ihnen die Überschreitung des Verfügungsrechts durch Vogel nicht bekannt und auch bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit nicht erkennbar war (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Im allgemeinen ist es zwar im Verkehr mit Inhaberschuldbriefen nicht üblich, vom besitzenden Veräusserer einen Ausweis über seine Verfügungsmacht zu verlangen oder ihn auch nur darüber zu befragen, ist er doch nach Art. 930 ZGB als Eigentümer zu vermuten. Sobald aber Umstände vorliegen, die das vom Veräusserer beanspruchte Recht verdächtig erscheinen lassen, darf der Erwerber sich nicht mit der formellen Legitimation des Besitzers zufrieden geben, sondern ist verpflichtet, dessen materielle Berechtigung zu prüfen (BGE 28 II 368, 36 II 356, 38 II 190 und 468, bestätigt am 1. Oktober 1942 i. S. Schwegler c. Kaufmann und am 7. Oktober 1943 i. S. Nidwaldner Kantonalbank c. Räber).

Dass im Falle der Erstbeklagten ernstliche Verdachtsgründe bestanden, über die sie sich nicht hinwegsetzen durfte, hat der gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB beweispflichtige Kläger nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht dargetan. Freilich mochte der Erstbeklagten

die finanzielle Lage Vogels als undurchsichtig erscheinen, zumal nachdem er am 17. April 1940 den Schmuck seiner Frau bei der Pfandleihanstalt in Luzern gegen ein Darlehen von Fr. 5000.— versetzt hatte, was dem Kommanditär und Prokuristen der Erstbeklagten, Fritz Bösch, alsbald zur Kenntnis gelangt war. Das hätte die Erstbeklagte allenfalls veranlassen können, dem Vogel mit grösserer Zurückhaltung Kredit zu gewähren, war aber kein Grund zum Zweifel an dessen Befugnis, die Schuldbriefe für eigene Rechnung zu verpfänden. Dieses Vorkommnis liess um so weniger auf Unredlichkeit Vogels in geschäftlichen Angelegenheiten schliessen, als der Erstbeklagten auch in der folgenden Zeit bis nach der Hereinnahme der streitigen Schuldbriefe keine unlauteren Machenschaften dieses Kunden ihr selbst oder Dritten gegenüber bekannt wurden. Insbesondere wusste sie, wie die Vorinstanz feststellt, im Zeitpunkt der Verpfändung der Schuldbriefe noch nicht, dass Vogel auf den Wechseln im Gesamtbetrage von Fr. 134,210.—, die er ihr in den Monaten September bis November 1940 zum Diskont übergeben hatte, die Unterschriften von Ausstellern und Indossanten gefälscht hatte. Dass er die Wechsel durch Erneuerungen und Abzahlungen immer wieder selbst zu regulieren trachtete, ist keine Tatsache, die geeignet gewesen wäre, der Erstbeklagten seinen Besitz an den Schuldbriefen verdächtig zu machen. Hatte er doch ein Interesse daran, auf diese Weise zu vermeiden, von ihr wechsellässig belangt zu werden, sei es als Hauptschuldner, sei es als Garantieschuldner aus den Wechseln. Ebensowenig ist der Ansicht der Vorinstanz beizustimmen, dass sich der Erstbeklagten der Eindruck habe aufdrängen müssen, Vogel treibe Wechselreiterei. Denn ein solcher Missbrauch des Wechselverkehrs liegt nur vor, wenn zwei oder mehrere Personen sich gegenseitig über ihre wirkliche finanzielle Leistungsfähigkeit hinaus Gefälligkeitswechsel ausstellen, um auf diese Weise den dritten Wechselnehmer zu täuschen und zu ungerechtfertigter Kreditgewährung zu ver-

anlassen (BGE 36 II 403 unten). Die von Vogel übergebenen Wechsel wurden aber dadurch, dass sie nach der Feststellung der Vorinstanz vielfach die Unterschriften « notorisch finanzschwacher Personen » trugen, noch nicht zu Reitwechslern.

Zudem liess es die Erstbeklagte, obwohl sie im Herbst 1940 ungeachtet des Vorfalles im April in einem Umfang mit Vogel Geschäfte tätigte, zu dem sich vorsichtigere Banken vielleicht nicht entschlossen hätten, doch nicht so weit kommen, dass sie sich um jeden Preis Deckung verschaffen musste; es ist nicht nachgewiesen, dass sie zur Zeit der fraglichen Verpfändungen ungedeckte Forderungen gegen ihn besass. Sie selbst nennt im Gegenteil beträchtliche Guthaben, über die Vogel damals bei ihr verfügt habe. Im Konkurse Vogels ist ihre Forderung von Fr. 312,224.— laut Bescheinigung des Konkursamts rechtskräftig als faustpfandversichert kolloziert. Seine namhaften Wechselverpflichtungen konnte Vogel immer wieder in Ordnung bringen; zum Teil waren sie durch Schuldbriefe und andere Faustpfänder gedeckt. Gegen die Verpfändung der fraglichen Schuldbriefe erhielt er von der Erstbeklagten denn auch neue Mittel. Nach ihrer von der Vorinstanz als möglich zugelassenen Darstellung leistete sie ihm nämlich am 5. und 6. November 1940 Vorschüsse von Fr. 24,000.— für den Ankauf von Schuldbriefen auf der Liegenschaft Müllerstrasse 77 in Zürich. Daraufhin überbrachte ihr Vogel am 11. November 1940 solche Schuldbriefe im Gesamtbetrage von Fr. 33,000.—, die er demnach gekauft zu haben schien, als Pfand für einen Wechsel von Fr. 25,000.— mit Verfall am 17. November 1940, welchen er ihr nach ihrer Angabe für die beiden Vorschüsse von Fr. 24,000.— und eine weitere Auszahlung ausstellte. Am 18. November 1940 zahlte Vogel an diese Wechselschuld Fr. 20,000.— ab, worauf die Erstbeklagte drei Schuldbriefe von zusammen Fr. 27,000.— freigab und nur die beiden Titel von je Fr. 3000.— im 2. und 3. Rang als Pfand für die Restschuld behielt. Angesichts dieser Abzahlung

durfte sie in guten Treuen annehmen, dass sich Vogel durch Verwertung der ausgelösten Schuldbriefe von Fr. 27,000.— wenigstens einen Teil der Mittel zum Erwerb des Schuldbriefes von Fr. 50,000.— im 7. Rang habe beschaffen können, den er ihr dann am 21. November 1940 gegen ein weiteres Darlehen von Fr. 27,000.— verpfändete. Weil demnach nichts gegen die Redlichkeit Vogels sprach und auch keine andern Verdachtsgründe vorlagen, hatte die Erstbeklagte keinen Anlass, sich über sein Verfügungsrecht an den Schuldbriefen zu erkundigen, sondern durfte sich auf seine formelle Legitimation als Besitzer verlassen. Sie ist daher nach Art. 889 Abs. 2 ZGB berechtigt, die Herausgabe der verpfändeten Schuldbriefe an den berechtigten Kläger bis zu ihrer vollen Befriedigung zu verweigern.

3. — Dagegen war der Zweitbeklagten die Unzuverlässigkeit Vogels aus ihrem bisherigen Geschäftsverkehr mit ihm bekannt, hatte er ihr doch einen Schuldbrief von Fr. 10,000.—, den sie ihm am 24. September 1940 « zur Ansicht auf 1 Tag » anvertraut hatte, nicht zurückgegeben, selbst nachdem er ihr am 15. November 1940 schriftlich die Rückgabe am 20. November 1940 versprochen hatte. Der Verdacht lag deshalb nahe, dass Vogel widerrechtlich über diesen Titel verfügt habe. Das nahm der Verwalter der Zweitbeklagten nach der Feststellung der Vorinstanz denn auch an. Somit musste die Zweitbeklagte damit rechnen, dass Vogel, als er ihr am 21. November 1940 die ihm vom Kläger anvertrauten Schuldbriefe von Fr. 7000.— im 2. Rang, Fr. 13,000.— im 5. Rang und Fr. 7000.— im 6. Rang als Pfand für das am 18. November erhaltene Darlehen von Fr. 20,000.— übergab, dadurch gegenüber einem Dritten denselben Vertrauensmissbrauch begehen könnte, den er sich ihr gegenüber kurz zuvor hatte zuschulden kommen lassen. Zudem stellt die Vorinstanz fest, dass der Zweitbeklagten am 21. November 1940 die offensichtliche Geldnot Vogels nicht entgehen konnte. Unter diesen Umständen hätte sie sich vorerst beim Kläger als

dem vormaligen Besitzer der Schuldbriefe und Eigentümer des belasteten Grundstücks über das Recht Vogels, die Schuldbriefe für eigene Rechnung zu verpfänden, erkundigen sollen, worauf sie den wahren Sachverhalt erfahren hätte. Da sie dies unterlassen hat, kann sie sich gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht auf den guten Glauben berufen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Berufung der Erstbeklagten wird gutgeheissen, das Dispositiv 1 des Urteils der Vorinstanz aufgehoben und die Vindikationsklage gegen die Erstbeklagte abgewiesen.
2. Die Berufung der Zweitbeklagten wird abgewiesen und das Dispositiv 2 des Urteils der Vorinstanz bestätigt.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

17. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. März 1944 i. S. Ostbye gegen Wehrli & Co. A.-G.

Unlauterer Wettbewerb, Ausstattungsschutz. Art. 48 OR.
Verhältnis des Markenschutzes zum Schutz der originellen und der nicht originellen Ausstattung.
Schutz der nicht originellen Ausstattung nur, wenn an ihr ein Individualrecht besteht. Voraussetzung für ein solches ist Verkehrsgeltung; Begriff derselben. Begriff der beteiligten Verkehrskreise.
Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage bei der Ermittlung der Verkehrsgeltung.

Concurrence déloyale. Protection de l'aspect donné à la marchandise. Art. 48 CO.
Relation entre protection de la marque et celle de l'aspect, original ou banal, de la marchandise.
L'aspect sans originalité n'est protégé que s'il fait l'objet d'un droit individuel. Notion et condition de la force distinctive de l'aspect sur le marché. Notion des milieux intéressés.
Délimitation du fait et du droit pour la détermination de la force distinctive.

Concorrenza sleale; protezione dell'aspetto dato ad una merce. Art. 48 CO.
Rapporto tra la protezione della marca e la protezione dell'aspetto originale o non originale della merce.
L'aspetto non originale è protetto soltanto se è l'oggetto d'un diritto individuale, ossia se si è affermato nel commercio.
Nozione dei circoli commerciali interessati.
Delimitazione tra il fatto ed il diritto per stabilire se l'aspetto non originale si sia affermato nel commercio.
Aus dem Tatbestand.

Der Skifabrikant Ostbye in Oslo stellt unter der Marke «Splitkein» einen Ski her, dessen braune Oberfläche mit schmalen hellen Randstreifen verziert ist. Die Firma Wehrli & Co. A.-G. in Erlenbach bringt auf den von ihr hergestellten Skis, die sie unter dem Namen «No-split» vertreibt, ebenfalls solche helle Randstreifen an. Die von Ostbye deswegen erhobene Klage aus unlauterem Wettbewerb wird vom Bundesgericht abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

- I. — a) Der Individualisierung einer Ware zum Zwecke, sie als das Produkt eines bestimmten Herstellers zu charakterisieren, dient vorab das Markenzeichen. An diesem besteht kraft der ihm durch das Gesetz zuerkannten Ausschliesslichkeit ein Individualrecht seines Inhabers. Die Marke ist eine Erscheinungsform von dessen wirtschaftlicher Persönlichkeit und geniesst als solche den Schutz, den das Recht der Persönlichkeit zuteil werden lässt. Der Inhaber der Marke kann auf Grund ihres Bestehens allein jedem Konkurrenten den Gebrauch desselben oder eines ihm ähnlichen Zeichens verbieten. Bei der Marke hat man es deshalb mit der höchsten für den Produzenten günstigsten Kennzeichnungsstufe zu tun.
- b) Wer seine Ware aus irgendeinem Grunde nicht markenrechtlich schützen lassen will, kann sie — oder wenigstens ihre Verpackung — aber auch bloss originell ausstatten. Wie die Marke, so verschafft auch die originelle Ausstattung ihrem Schöpfer ein Individualrecht. Denn auch sie gehört um ihrer Originalität willen zu