

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP180009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

## Urteil vom 12. November 2018

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1. \_\_\_\_\_ und / oder

Rechtsanwalt MLaw X2. \_\_\_\_\_

gegen

**Konkursmasse B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Konkursamt Männedorf

betreffend **Aussonderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am  
Bezirksgericht Meilen vom 24. Januar 2018 (FV170021-G)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2)

"Es sei das Fahrzeug Mercedes Coupe 280 SE mit der Inventar-Nr. sub Inv. Nr. ... aus der Konkursmasse auszusondern und dem Kläger auf erstes Verlangen auszuhändigen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MWSt."

**Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen**

**vom 24. Januar 2018:**

(Urk. 70 S. 19 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
CHF 2'900.–; die weiteren Auslagen betragen:  
CHF 240.– Kosten der Beweisführung  
**CHF 3'140.– Total**
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Die vom Kläger im Rahmen des Verfahrens FV150027-G geleistete Zahlung von CHF 1'750.– wird zur Tilgung der Kosten des vorliegenden Verfahrens herangezogen. Die restlichen Gerichtskosten in der Höhe von CHF 1'390.– werden aus den vom Kläger geleisteten Kostenvorschüssen bezogen.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 200.– zu bezahlen.
6. Es wird davon Vormerk genommen, dass das Obergericht des Kantons Zürich für das Berufungsverfahren NP160022-O eine Entscheidgebühr von CHF 1'750.– festgesetzt hat.
7. Die Kosten für das Berufungsverfahren NP160022-O werden auf die Gerichtskasse genommen.
8. Für das Berufungsverfahren NP160022-O werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
9. (Schriftliche Mitteilung)
10. (Berufung)

### **Berufungsanträge:**

#### A. Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 69 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei das Fahrzeug Mercedes Coupe 280 SE mit der Inventar-Nr. sub Inv. ... aus der Konkursmasse des Konkursiten auszusondern und dem Berufungskläger auf erstes Verlangen auszuhändigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

#### B. Der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 78 S. 1):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Auf das Aushändigungsbegehren (auf erstes Verlangen) sei aufgrund von Art. 53 (1. Spiegelstrich) KOV nicht einzutreten.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

Eventualantrag:

Sollte die Berufung gutgeheissen werden, hat sich der Kläger seine „unpräzise Ausdrucksweise“ selbst zuzuschreiben, was bei der Kosten- und Entschädigungsfolge zu berücksichtigen sei."

### **Erwägungen:**

#### I.

1. Am 26. November 2014 wurde über den Vater des Klägers und Berufungsklägers (fortan: Kläger), B. \_\_\_\_\_ (fortan: Konkursit), der Konkurs eröffnet. Unter anderem wurde das streitgegenständliche Fahrzeug Mercedes Coupé 280 SE (2-türig, elfenbeinfarben, 1. Inverkehrsetzung November 1970; fortan: Mercedes) zu einem Schätzungswert von Fr. 10'000.– inventarisiert (Urk. 3/1). Der Kläger verlangte mit Schreiben vom 25. Februar 2015 und 9. März 2015 an die Konkursverwaltung die Aussonderung des Mercedes aus der Konkursmasse, da ihm sein Vater diesen bereits 1997 geschenkt habe (Urk. 1 S. 2 f., 11/4 und 11/6). Die Konkursverwaltung lehnte die Aussonderung mit Verfügung vom 23. März 2015 ab, da es sich bei der geltend gemachten Schenkung um ein formungültiges mündliches Schenkungsversprechen handle und die eigentumsbegründende Besitzüber-

tragung nicht erfolgt sei (Urk. 3/1). Der Mercedes steht bis heute in einer von der C. \_\_\_\_\_ AG vermieteten Halle in D. \_\_\_\_\_/TG. Die C. \_\_\_\_\_ AG macht am Mercedes für ihre im Konkurs von B. \_\_\_\_\_ eingegebene Forderung (aufgelaufene Mietzinsen) ein Retentionsrecht geltend. Die Konkursverwaltung anerkennt das Retentionsrecht zumindest einstweilen und verweigert deshalb die Herausgabe des Mercedes unabhängig vom Entscheid über die Aussonderungsklage (Urk. 10 S. 2, 18 S. 2 und 78 S. 1 ff.; vgl. auch Urk. 63/2 und 63/4).

2. Mit Eingabe vom 13. April 2015 machte der Kläger innert der von der Konkursverwaltung angesetzten Frist (Urk. 3/1) bei der Vorinstanz eine Aussonderungsklage anhängig (Urk. 1). Nach einer Stellungnahme der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan: Beklagte; Urk. 10) sowie durchgeführter Hauptverhandlung (Urk. 18) wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 3. November 2015 ab (Urk. 23 [unbegründet] und Urk. 27 [begründet]). Auf Berufung des Klägers hin hob die erkennende Kammer den Entscheid vom 3. November 2015 mit Beschluss vom 10. Februar 2017 auf und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Urk. 39). Nach Erlass einer Beweisverfügung (Urk. 40), diversen Zeugeneinvernahmen sowie Erstattung der Schlussvorträge der Parteien (Urk. 60 und 64) wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 24. Januar 2018 wiederum ab (Urk. 65 = Urk. 70 S. 19 f.; Dispositiv eingangs wiedergegeben).

3. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger mit Eingabe vom 5. März 2018 rechtzeitig (vgl. Urk. 66/1) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 69). Der mit Verfügung vom 16. März 2018 einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 1'750.– wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 74 und 76). Am 27. April 2018 erstattete die Beklagte innert angesetzter Frist die Berufungsantwort (Urk. 77 und 78), welche dem Kläger zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 81). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

## II.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 569 E. 2.3.3). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

2. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A\_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2; BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1).

3. Nachdem die erkennende Kammer in ihrem Rückweisungsentscheid vom 10. Februar 2017 die Regelung der Prozesskosten des damaligen Berufungsverfahrens dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehielt (Urk. 39 S. 13 Dispositiv-Ziff. 3), nahm die Vorinstanz die entsprechenden Kosten in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse (Urk. 70 S. 18 und S. 19 Dispositiv-Ziff. 7). Dies blieb mangels materieller Beschwer unangefochten. In der Folge ist der Entscheid der Vorinstanz, die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens auf die

Staatskasse zu nehmen, in Rechtskraft erwachsen und kann nicht mehr aufgehoben werden.

Nichtsdestotrotz ist festzuhalten, dass sich die Vorinstanz bei der Verteilung der Prozesskosten vorliegend zu Unrecht auf Art. 107 Abs. 2 ZPO abstützte. Eine darauf gestützte Kostenaufgabe an den Kanton kommt nur in Fällen regelrechter Justizpannen zur Anwendung. Vorausgesetzt ist eine krasse Fehlleistung der Erstinstanz, welche eine Kostenaufgabe an die Parteien als unbillig erscheinen lassen würde. Der blosse Umstand, dass der Erstinstanz Fehler unterlaufen sind, welche weder einer Partei noch Dritten angelastet werden können, vermag nicht zu genügen. Wenn die Berufungsinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO der Vorinstanz überlässt, kann das nur heissen, dass das endgültige Prozessergebnis und nicht dasjenige im Rechtsmittelverfahren für die Kostenverteilung von Belang sein wird (vgl. *OGer ZH RB180004-O vom 6. August 2018, E. II/3.3, zur Publikation vorgesehen*).

### III.

1. Die Vorinstanz erwog, der Kläger trage die Beweislast für die geltend gemachte, von der Beklagten jedoch bestrittene Schenkung des Mercedes. Daher habe er sowohl das Schenkungsversprechen als auch dessen Vollzug durch die Übergabe des Besitzes an der Sache zu beweisen. Zu letzterem Punkt erwog die Vorinstanz weiter, vorliegend komme ein Besitzesübergang nur in Form eines Besitzeskonstituts in Betracht. Ein solches setze eine Einigung über den Besitzesübergang voraus. Dafür genüge nicht, wenn der Veräusserer lediglich angebe, er besitze nun für den Erwerber. Es genüge also nicht, wenn der Konkursit den Willen gehabt habe, für den Kläger zu besitzen. Vielmehr sei nötig, dass der Besitzesübergang vom Konkursiten auf den Kläger konkret stattgefunden habe. Auf entsprechende Nachfrage habe der Konkursit aber nicht darlegen können, wann er den Entschluss gefasst habe, den Besitz zu übertragen, oder welche konkreten Überlegungen über die Folgen dieser Übertragung (Kostentragung, Verwahrung, Benützung des Fahrzeugs) er dabei angestellt habe. Es sei daher davon auszugehen, dass diese Willensbildung gar nie stattgefunden habe (da eine solche die

Reflexion gerade über solche Konsequenzen erforderte), sondern der Konkursit höchstens allgemein den Willen gehabt habe, das Fahrzeug für den Kläger zu besitzen. Dies genüge indes nicht für den Nachweis einer Besitzesübertragung. Es sei daher zu prüfen, ob dem Kläger mit anderen Beweismitteln der Nachweis gelinge, dass er Eigentümer des Fahrzeugs geworden sei. Der Zeuge E. \_\_\_\_\_ habe dazu ausgeführt, seiner Ansicht nach sei stets der Konkursit Eigentümer des Fahrzeugs gewesen, da dieser Mieter der Halle sei, in welcher das Fahrzeug stehe. Die Aussage des Konkursiten, er habe gegenüber E. \_\_\_\_\_ erwähnt, das Fahrzeug gehöre dem Kläger, habe der Zeuge E. \_\_\_\_\_ nicht bestätigt, sondern ausgesagt, er habe über das Konkursamt ein Kaufangebot gemacht (Urk. 60 S. 4 ff.). Die übrigen Zeugen hätten ausgeführt, der Mercedes sei "A. \_\_\_\_\_s Auto" gewesen. So habe der Halbbruder des Klägers ausgesagt, dass das Fahrzeug dem Kläger "zustehe" (Urk. 60 S. 16) und dass er bestätigen müsse, dass das Fahrzeug diesem gehöre. Das Fahrzeug sei dem Kläger geschenkt worden und er solle es haben, wenn er die Autoprüfung gemacht habe. Das Fahrzeug sei als Auto des Klägers bezeichnet worden, weil es in dessen Eigentum gestanden habe (Urk. 60 S. 17 f.). Die Schwester des Klägers habe bei ihrer Einvernahme das Fahrzeug ebenfalls als Auto des Klägers bezeichnet und ausgeführt, so sei es allgemein innerhalb der Familie bezeichnet worden. Es sei für den Kläger gekauft worden und gehöre diesem, auch wenn nie das Wort Eigentum verwendet worden sei (Urk. 60 S. 19 ff.). Auch der Konkursit habe ausgeführt, das Auto gehöre dem Kläger (Urk. 64 S. 2 ff.). Der Vater der Ehefrau des Konkursiten und Grossvater des Klägers habe ausgesagt, dass das Auto dem Kläger versprochen gewesen sei. Die Mutter des Klägers habe schliesslich ausgesagt, es sei immer klar gewesen, dass das Fahrzeug das Auto des Klägers gewesen sei, dass es in dessen Eigentum gestanden habe. Der Konkursit habe das Fahrzeug gekauft und dann gesagt, es gehöre dem Kläger (Urk. 60 S. 11). Allerdings sei davon auszugehen, dass der Hinweis innerhalb einer Familie, eine Sache gehöre einem der Kinder, in vielen Situationen selbst von den Betroffenen nicht als Hinweis auf die Eigentumsverhältnisse verstanden werde, sondern als Zuweisung zur Nutzung. Das gelte im vorliegenden Fall umso mehr, als der Konkursit ausgeführt habe, dass alles, was seinem Sohn gehöre, auch ihm gehöre, und umgekehrt, und dass alles

der Familie gehöre (Urk. 64 S. 9). Mit diesen Aussagen vermöge der Kläger nicht zu beweisen, dass das Fahrzeug je in sein Eigentum übergegangen sei. Vielmehr ergebe sich ein eher diffuses Bild über die Frage, wer überhaupt Eigentümer gewesen sei. Zwar solle das Fahrzeug stets als "Auto des Klägers" bezeichnet worden sein und auch klar gewesen sein, dass es dem Kläger gehöre. Doch erscheine auch immer wieder die Möglichkeit auf, dass selbst innerhalb der Familie bloss davon ausgegangen worden sei, der Kläger werde das Fahrzeug zu einem späteren Zeitpunkt erhalten. Da dem Kläger somit mit den Aussagen des Konkursiten und der Zeugen der Beweis nicht gelinge, dass er Eigentümer des Mercedes geworden sei, könne offenbleiben, wieweit den Aussagen überhaupt Glauben zu schenken sei, da sie doch jedenfalls teilweise auf vorhergehenden Gesprächen der Beteiligten zu beruhen schienen (Urk. 70 S. 12 ff.).

Zu den übrigen Beweismitteln sei zu bemerken, dass der Konkursit es anlässlich des Vollzugs der Retention unterlassen habe, darauf aufmerksam zu machen, dass der Mercedes nicht in seinem Eigentum stehe. Dieser Umstand lasse ebenfalls darauf schliessen, dass er sich nach wie vor als Eigentümer gewähnt habe und höchstens von einem Schenkungsversprechen, nicht aber von einem bereits erfolgten Besitzes- bzw. Eigentumsübergang ausgegangen sei. Des Weiteren habe der Kläger gegenüber dem Konkursamt anfänglich selbst ausgeführt, der Konkursit habe den Mercedes erworben und verkündet, dieser sei ein Geschenk für ihn, wobei mündlich abgemacht gewesen sei, dass die Übergabe erst nach dem Erwerb des Führerausweises erfolgen solle. Diese Umstände deuteten auf ein blosses Schenkungsversprechen hin. Erst nach Erhalt der begründeten Verfügung der Konkursverwaltung vom 23. März 2015 (Urk. 3/1) habe der Kläger vorgebracht, er habe sich gegenüber der Konkursverwaltung unpräzise ausgedrückt und in Wirklichkeit habe die Eigentumsübertragung längst stattgefunden. Im Ergebnis gelinge dem Kläger der Beweis nicht, dass ein Besitzesübergang stattgefunden habe (Urk. 70 S. 16 f.).

2.1. Der Kläger rügt, der Konkursit habe klar ausgeführt, dass er ihm den Mercedes 1997 oder 1998 geschenkt habe, was zudem von allen Familienmitgliedern bestätigt worden sei. Weiter habe der Konkursit ausgeführt, er habe das Fahrzeug

nicht benutzt, da es ihm nicht mehr gehört habe. Aus diesem Grund habe dieser es als sein gesetzlicher Vertreter besessen und einlagern lassen (Urk. 64 S. 3 ff.). Dementsprechend habe der Konkursit mit Abschluss der selbstkontrahierten Schenkungsvereinbarung den Eigentumsübertrag mittels Besitzeskonstitut vollzogen. Damit habe er auch entsprechend der Lehre und Rechtsprechung auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis Bezug genommen, nämlich auf die Hand-zu-Hand-Schenkung. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz treffe deshalb nicht zu, dass der Konkursit nur den allgemeinen Willen gehabt habe, für ihn, den Kläger, zu besitzen. Vielmehr habe bei diesem eine konkrete Willensbildung stattgefunden, das Eigentum am Fahrzeug ihm, dem Kläger, zu übertragen. Dies habe sich insbesondere darin manifestiert, dass der Konkursit es weder verkauft noch benutzt und sich bemüht habe, es schadenfrei zu halten. Schliesslich habe die Vorinstanz entgegen ihrer Darstellung gar nie nachgefragt, wann der Konkursit den Entschluss gefasst habe, den Besitz zu übertragen. Damit habe sie die Beweise falsch gewürdigt und das Recht falsch angewandt bzw. verletzt (Urk. 69 S. 10 ff.).

Entgegen der Darstellung des Klägers hatte der Konkursit nie ausgeführt, er habe jenem den Mercedes geschenkt, sondern bloss, dieser sei "ein Geschenk für A.\_\_\_\_\_" gewesen (Urk. 64 S. 3 f.), was vom Wortlaut her offen lässt, ob das Eigentum am Mercedes bereits übertragen wurde oder bloss eine entsprechende Absicht bestand. Auf ersteres deutet zwar die Aussage des Konkursiten, der Mercedes gehöre dem Kläger (Urk. 64 S. 2 ff.). Diese wird allerdings erheblich relativiert durch die Aussagen des Konkursiten, sein ganzes Vermögen gehöre seinen Kindern bzw. seiner Familie (Urk. 64 S. 4 und S. 8 f.), zumal sich die Frage stellt, weshalb dann für den Konkursiten überhaupt noch Anlass bestand, das Eigentum am Mercedes auf seinen Sohn zu übertragen. Weiter trifft zwar zu, dass der Konkursit entgegen den Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid (Urk. 70 S. 12) nicht konkret gefragt wurde, wann er den Beschluss gefasst habe, dem Kläger den Besitz am Mercedes zu übertragen (vgl. Urk. 64 S. 2 ff.). Dies ändert allerdings nichts daran, dass der Konkursit nicht darlegen konnte, welche konkreten Überlegungen über die Folgen (Kostentragung, Verwahrung, Benutzung) er bei der behaupteten Besitzesübertragung angestellt hatte (vgl. Urk. 64 S. 4 f.). Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass bei einer Willensbildung betreffend Besitzes-

übertragung entsprechende Gedankengänge zu erwarten gewesen wären (vgl. Urk. 70 S. 12 f.), zumal die Verwahrung des Fahrzeugs über die Jahre nicht unerhebliche Kosten verursachte (gemäss Aussage der Exfrau des Konkursiten Fr. 80.– pro Monat [Urk. 60 S. 10]). Entgegen der Ansicht des Klägers nicht zur Klärung beitragen vermögen die Aussagen des Konkursiten, er habe den Mercedes seit 1999 aus Angst vor einem Unfall nicht mehr gefahren (Urk. 64 S. 3 und S. 5), denn auch bei einer blossen Schenkungsabsicht hätte der Konkursit den Mercedes vor Schaden bewahren und nicht verkaufen wollen (vgl. Urk. 39 S. 7 E. 4.3). Im Ergebnis steht zwar ausser Frage, dass der Konkursit den Mercedes dem Kläger schenken wollte. Hingegen verbleiben unter Berücksichtigung des erforderlichen Regelbeweismasses (striktter Beweis; vgl. dazu BGE 130 III 321 E. 3.2 und BGE 128 III 271 E. 2b/aa) nicht vernachlässigbare Zweifel, ob er darüber hinaus vor der Konkurseröffnung tatsächlich auch einen konkreten Willen zur Übertragung des Besitzes am Mercedes gebildet hatte. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die vom Kläger behauptete Einigung über den Besitzesübergang nicht bereits aufgrund der Aussage des Konkursiten als bewiesen erachtete.

2.2. Der Kläger rügt weiter, die Schlussfolgerung der Vorinstanz, aufgrund der Aussage des Zeugen E.\_\_\_\_\_ verlören die Aussagen des Konkursiten an Glaubhaftigkeit, sei untragbar. Zunächst sei zu berücksichtigen, dass der Zeuge E.\_\_\_\_\_ sich vom Konkursiten betrogen gefühlt habe und verärgert gewesen sei, dass dieser seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachgekommen sei. Weiter sei angesichts der Eigentumsvermutung gemäss Art. 930 ZGB wenig überraschend, dass der Zeuge E.\_\_\_\_\_ aufgrund des Besitzes vermutet habe, der Mercedes stehe im Eigentum des Konkursiten. Allerdings sei der damals minderjährige Kläger durch den Konkursiten gesetzlich vertreten worden, weshalb letzterer auch für den Kläger den Mietvertrag für die Lagerung abgeschlossen habe. Daher sei sachfremd, vom Zeugen E.\_\_\_\_\_ eine korrekte Antwort bezüglich der Eigentumsverhältnisse am Mercedes zu erwarten. Dementsprechend seien dessen Aussagen nicht rechtserheblich und daher untauglich (Urk. 69 S. 12 f.).

Mit diesen Ausführungen setzt sich der Kläger in Widerspruch mit seinen Behauptungen vor Vorinstanz. So hatte er in der Klageschrift ausgeführt, der Zeuge E.\_\_\_\_\_ habe sich wiederholt für den Kauf des Mercedes interessiert. Diesen Einwänden und Avancen habe der Konkursit sich stets verweigert, weil er das Auto für seinen Sohn aufbewahrt habe (Urk. 1 S. 3). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 30. Juni 2015 hatte der Kläger sodann ausgeführt, der Konkursit habe mit dem Zeugen E.\_\_\_\_\_ zwar einen potentiellen Kaufinteressen gehabt, habe diesem aber erklärt, dass er nicht über das Auto verfügen könne, da es seinem Sohn gehöre (Urk. 16 S. 3). Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Zeuge E.\_\_\_\_\_ diesfalls dennoch davon ausgegangen sein soll, der Mercedes stehe im Eigentum des Konkursiten. Vor diesem Hintergrund erscheint dessen Aussage durchaus relevant und es ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Kläger sie nun als "untauglich" bezeichnet, nachdem er sie vor Vorinstanz selbst noch als Beweismittel bezeichnet hatte.

Der Zeuge E.\_\_\_\_\_ verneinte sowohl die Frage, ob der Konkursit je gesagt habe, dass das Auto seinem Sohn gehöre (Urk. 60 S. 6), als auch diejenige nach einem Kaufangebot gegenüber dem Konkursiten. Ein Angebot sei nur an das Konkursamt gegangen (Urk. 60 S. 4). Diese Aussagen stehen in klarem Widerspruch zur Sachdarstellung des Klägers wie auch zu mehreren Aussagen des Konkursiten. Im Gegensatz zum Kläger und zum Konkursiten (vgl. dazu Urk. 39 S. 11 E. 6.1) hat der Zeuge E.\_\_\_\_\_ aber kein Interesse am Ausgang des Verfahrens, da sein geltend gemachtes Retentionsrecht am Mercedes unabhängig von den Eigentumsverhältnissen Bestand hat (vgl. Urk. 39 S. 12 E. 6.1). Soweit der Kläger mit dem Hinweis, der Zeuge E.\_\_\_\_\_ habe sich gemäss eigener Aussage vom Konkursiten betrogen gefühlt und sei verärgert gewesen (vgl. Urk. 60 S. 3 f.), dessen Glaubwürdigkeit infrage zu stellen versucht, ist weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern diese negativen Gefühle gegenüber dem Konkursiten auch dessen Sohn betreffen sollten. Es besteht daher kein Anlass, an der Glaubwürdigkeit des Zeugen E.\_\_\_\_\_ zu zweifeln. Dessen Aussage verstärkt vielmehr die Zweifel, dass der Konkursit tatsächlich wie behauptet vor der Konkursöffnung einen konkreten Willen zur Übertragung des Besitzes am Mercedes gebildet hatte (vgl. dazu oben Ziff. 2.1).

2.3. Der Kläger rügt sodann, die Vorinstanz habe zwar korrekt festgehalten, dass abgesehen vom Zeugen E. \_\_\_\_\_ alle übrigen Zeugen ausgeführt hätten, der Mercedes sei A. \_\_\_\_\_s Auto gewesen. Allerdings habe die Vorinstanz die Zeugenaussage seines Halbbruders F. \_\_\_\_\_ zu relativieren versucht, um seine Rechtsposition willkürlich zu verschlechtern. Sein Halbbruder habe aber aus eigener Wahrnehmung klargestellt, dass der Mercedes vor geraumer Zeit ihm, dem Kläger, geschenkt worden sei und in seinem Eigentum stehe (Urk. 60 S. 17 f.). Für die Frage nach den Eigentumsverhältnissen sei nicht entscheidend, wann er selbstständiger Besitzer des Mercedes werden sollte (Urk. 69 S. 13).

Die Rüge erweist sich als unbegründet. Die Vorinstanz gab die Aussagen des Zeugen F. \_\_\_\_\_ korrekt wieder. So führte dieser zwar aus, der Mercedes gehöre dem Kläger bzw. stehe diesem zu (Urk. 60 S. 16 f.). Andererseits sagte er auch aus, dass der Kläger den Mercedes bekommen solle, wenn er die Autoprüfung gemacht habe (Urk. 60 S. 17), und dass der Konkursit den Mercedes dem Kläger habe schenken wollen oder einfach geschenkt habe (Urk. 60 S. 18). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in der Folge erwog, es bleibe offen, ob bloss eine Schenkungsabsicht bestanden habe oder der Mercedes dem Kläger geschenkt worden sei. Auch wenn die Aussagen durchaus glaubhaft erscheinen, ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass bei deren Würdigung dennoch eine gewisse Zurückhaltung angezeigt ist: So führte der Zeuge F. \_\_\_\_\_ aus, seine Mutter sei auf ihn zugekommen und habe ihn gefragt, ob er bereit sei, eine Aussage betreffend die Eigentumsverhältnisse am Mercedes zu machen. Auch mit seinem Halbbruder habe er darüber gesprochen. Von diesen beiden habe er erfahren, dass das Auto im Lager gestanden sei, das in die Konkursmasse gefallen sei. Zudem habe er erfahren, dass das Auto nachher nur dort gestanden sei und nicht mehr zum Inventar gehört habe, weil es schlussendlich dem Kläger zustehe. Bei seiner Zeugenaussage gehe es darum, "dass ich bestätigen muss, dass das Auto A. \_\_\_\_\_ gehört" (Urk. 60 S. 16 f.). Es bestand daher durchaus Anlass für Bedenken, inwieweit der Zeuge F. \_\_\_\_\_ nach diesen Gesprächen tatsächlich noch über eigene Wahrnehmungen und Erinnerungen aussagen konnte.

2.4. Der Kläger beanstandet weiter, sein Grossvater, der Zeuge G.\_\_\_\_\_, habe sich trotz seines hohen Alters zumindest daran erinnern können, dass das Auto vor zwanzig Jahren, also ca. 1997, ihm, dem Kläger, versprochen worden sei. Damit habe auch dieser Zeuge klargestellt, dass das Fahrzeug in der Zeit nach 1997 ihm zustehe. Die Vorinstanz behauptete aber, dass sich aus dieser Aussage ergebe, dass die Sache nicht dem anderen, also dem Kläger, gehöre. Das sei nicht korrekt. Aus der Aussage ergebe sich lediglich die Wahrnehmung des Zeugen G.\_\_\_\_\_ vor zwanzig Jahren. Demnach hätte die Eigentumsübertragung auch in den Folgejahren, 1997 oder 1998, stattfinden können, was mit den übrigen Indizien übereinstimme (Urk. 69 S. 13).

Die Rüge erweist sich als unbehelflich. Zwar trifft zu, dass sich aus der Aussage des Zeugen G.\_\_\_\_\_, er wisse, dass es um einen Mercedes gehe und dass dieser A.\_\_\_\_\_ versprochen sei (Urk. 60 S. 14), nicht ableiten lässt, dass der Mercedes nicht dem Kläger gehört. Ebenso wenig lässt sich aber das Gegenteil ableiten, weshalb die Aussage nicht zur Klärung beitragen vermag, ob der Mercedes dem Kläger bloss als Geschenk versprochen oder zu Eigentum übertragen worden war.

2.5. Der Kläger rügt weiter, auch die Aussage seiner Mutter gebe die Vorinstanz unzutreffend wieder. Diese habe nicht bloss gesagt, der Mercedes stehe nach Ansicht des Konkursiten im Eigentum des Klägers. Vielmehr habe sie ausgeführt, der Mercedes sei "A.\_\_\_\_\_'s Auto" und er stehe in dessen Eigentum. Sie habe sogar erklären können, wie es dazu gekommen sei. Da sie zudem mit dem Konkursiten verheiratet sei, seien ihre Aussagen "besonders glaubwürdig über die beim Konkursiten vorliegenden inneren Tatsachen" (Urk. 69 S. 13 f.).

Die Mutter des Klägers hatte ausgeführt, der Konkursit habe "nie gesagt, dass er ihm das nicht geben wollte. Für uns alle war es klar, dass das Auto A.\_\_\_\_\_ gehört" (Urk. 60 S. 8). Innerhalb der Familie sei der Mercedes als das "A.\_\_\_\_\_ Auto" bezeichnet worden (Urk. 60 S. 10). "So viele Leute wissen, dass das Auto ihm gehört, ohne wenn und aber" (Urk. 60 S. 10). Der Konkursit habe das Fahrzeug gekauft "und dann hat er gesagt, das gehöre dem A.\_\_\_\_\_" (Urk. 60 S. 11). Diese Aussagen deuten zwar am deutlichsten von allen darauf

hin, dass der Mercedes dem Kläger nicht bloss versprochen, sondern zu Eigentum übertragen wurde. Dennoch ist der Vorinstanz beizupflichten, dass im vorliegenden Fall die Aussage, der Mercedes "gehöre" dem Kläger, nicht zwingend bedeuten muss, dass er tatsächlich bereits in dessen Eigentum übertragen wurde. Es ist durchaus auch denkbar, dass damit bloss gemeint war, der Mercedes sei (als Geschenk) für den Kläger bestimmt. Im Ergebnis spricht die Zeugenaussage der Mutter des Klägers zwar für dessen Sachdarstellung. Sie vermag aber die diesbezüglich bestehenden Zweifel (vgl. dazu oben Ziff. 2.1 und 2.2) nicht auszuräumen.

2.6. Der Kläger bringt sodann vor, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass der finanziell klamme Konkursit den früher wertvollen, inzwischen aber wohl wertlosen Mercedes zur Abwendung des Konkurses längst veräussert hätte, wenn er ihm diesen nicht bereits zu Eigentum übertragen hätte (Urk. 69 S. 14 f.). Allerdings erfolgte die erste Inverkehrsetzung des Mercedes im Jahr 1970 und er wurde seit 1999 nicht mehr gefahren (vgl. Urk. 3/3). Der Konkurs über den Vater des Klägers wurde hingegen erst am tt.mm.2014 eröffnet (Urk. 3/1). Es ist weder dargetan noch ersichtlich, weshalb der Mercedes dennoch erst nach der Konkurseröffnung drastisch an Wert verloren haben soll, obwohl er wie zuvor weiterhin in einer Lagerhalle eingestellt blieb. Vor diesem Hintergrund erweist sich das Argument des Klägers als unbehelflich.

2.7. Der Kläger rügt weiter, die Vorinstanz habe völlig parteiisch ausgeführt, es sei fraglich, ob den Zeugenaussagen Glauben zu schenken sei, da sie auf vorhergehenden Gesprächen zu beruhen schienen. Diese unsubstantiierte, nicht nachvollziehbare Mutmassung der Vorinstanz lasse an deren objektiven Haltung zweifeln. Dass sich praktisch alle Zeugen zugunsten der Rechtsposition des Klägers ausgesprochen hätten, scheine die Vorinstanz völlig willkürlich negativ zu werten (Urk. 69 S. 15).

Entgegen der Darstellung des Klägers bestand für die Vorinstanz begründeter Anlass für eine gewisse Zurückhaltung bei der Würdigung der Zeugenaussagen der Familienmitglieder, zumal die Frage nach den Eigentumsverhältnissen am Mercedes Gesprächsthema zwischen den Zeugen war (vgl. Urk. 60 S. 9,

S. 13, S. 16 f., S. 19 f.) und überdies die Zeugen F.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ im Hinblick auf das Aussonderungsbegehren des Klägers vom 25. Februar 2015 schriftlich bestätigt hatten, dass der Mercedes ein Geschenk des Konkursiten an den Kläger gewesen sei (Urk. 11/4). Die Rüge erweist sich daher als unbegründet.

2.8. Der Kläger rügt schliesslich, dass er gegenüber dem Konkursamt anfänglich ausgeführt habe, sein Vater habe den Mercedes erworben und verkündet, dieser sei ein Geschenk für ihn, wobei mündlich abgemacht gewesen sei, dass die Übergabe des Fahrzeugs nach Erwerb des Führerscheins erfolgen solle, sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz in keiner Art und Weise ein Indiz dafür, dass es sich dabei bloss um ein Schenkungsversprechen gehandelt habe. Vielmehr sei die Aussage so zu verstehen, dass er erst dann den unmittelbaren Besitz am Fahrzeug erhalte und damit fahren dürfe, wenn er über den Führerschein verfüge. Eigentum setze Besitz nicht voraus. Dementsprechend habe die Eigentumsübertragung längst stattgefunden, weshalb auch kein formungültiges Schenkungsversprechen vorliege. Ebenso wenig treffe zu, dass er erst nach Erhalt der begründeten Verfügung der Konkursverwaltung vom 23. März 2015 geltend gemacht habe, er sei Eigentümer des Mercedes. Vielmehr habe er bereits in seinen Schreiben vom 25. Februar 2015 und vom 9. März 2015 vorgebracht, es handle sich um sein Auto. Da für ihn klar gewesen sei, dass er Eigentümer des Mercedes sei, habe er sich zunächst nicht zu weiteren Ausführungen veranlasst gesehen, zumal er davon ausgehen dürfe, die Eigentumsverhältnisse am Mercedes seien geklärt, nachdem dieser im Retentionsverzeichnis vom 11. Juli 2014 (im Gegensatz zu demjenigen vom 11. Januar 2013) nicht mehr aufgeführt worden sei (Urk. 69 S. 15 f.).

Soweit der Kläger sich auf das Retentionsverzeichnis vom 11. Juli 2014 (Urk. 63/1) bezieht, stützt er sich dabei auf ein Beweismittel, welches erst nach der Hauptverhandlung vom 30. Juni 2015 (Urk. 18 S. 1 ff.) eingereicht wurde (vgl. Urk. 64 S. 7 und S. 9) und daher unbeachtlich ist (Art. 229 ZPO). Weiter trifft zwar zu, dass der Kläger bereits in seinen Schreiben vom 25. Februar 2015 vorgebracht hatte, beim Mercedes handle es sich um sein Auto (Urk. 11/4). Auf Nach-

frage der Konkursverwaltung (Urk. 11/5) hatte der Kläger sodann ergänzend mitgeteilt, der Konkursit habe den Mercedes 1997 erworben und bereits damals verkündet, dass dieses Auto ein Geschenk für ihn sei. Es sei mündlich vereinbart worden, dass "die Übergabe des Autos nach dem Erwerb des Führerscheins erfolgen soll" (Urk. 11/6). Angesichts des einfachen Wortlauts erscheint die Interpretation des Klägers gesucht, damit sei lediglich die Übertragung des unmittelbaren Besitzes gemeint gewesen, der mittelbare Besitz sei hingegen längst übertragen worden.

3. Insgesamt verbleiben im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der Beweismittel nicht vernachlässigbare Zweifel, ob der Konkursit wie behauptet vor der Konkursöffnung tatsächlich einen konkreten Willen zur Übertragung des Besitzes am Mercedes auf den Kläger gebildet hatte. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zum Schluss kam, die entsprechende Behauptung sei unbewiesen geblieben. In der Folge kann offenbleiben, ob zwischen dem Kläger und dem Konkursiten eine mündliche Schenkungsvereinbarung zustande kam, weil einer solchen ohnehin die nötige Schriftform fehlte. Daher braucht auf die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Rügen des Klägers (Urk. 69 S. 8 ff. Rz. 16-21) nicht weiter eingegangen zu werden. Da der beweisbelastete Kläger die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat, wies die Vorinstanz die Klage zu Recht ab. Entsprechend ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

#### IV.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens entspricht dem Schätzwert des streitbetroffenen Mercedes und beläuft sich somit auf Fr. 10'000.– (vgl. Urk. 3/1 S. 1 und Urk. 11/7). Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist daher in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'750.– festzusetzen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Zudem ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu entrichten.

Diese ist nicht i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO durch einen Anwalt berufsmässig vertreten, weshalb sich eine allfällige Entschädigung nicht nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren zu richten hat. Vorliegend führt aber das Konkursamt Männedorf (Konkursverwaltung) für die Konkursmasse B.\_\_\_\_\_ den Prozess und die Aufwände des Konkursamtes dürften für die Beklagte Masseschulden generieren (Art. 262 Abs. 1 SchKG). Deren Höhe richtet sich nach den Grundsätzen der Gebührenverordnung zum SchKG (GebV SchKG) und sind der Beklagten nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO von der unterliegenden Gegenpartei zu ersetzen (vgl. *OGer ZH PS130029 vom 29. Juli 2013, E. IV/2*). Unter Berücksichtigung des Umfangs der Eingaben der Beklagten und in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 5 GebV SchKG (10 Seiten à Fr. 8.– pro Seite [Urk. 78 und 79 im Doppel] zuzüglich 4 Seiten Kopien à Fr. 2.– pro Seite [Urk. 80/1 im Doppel]) ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 88.– zu bezahlen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen vom 24. Januar 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'750.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 88.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. November 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:  
am