

41

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 863, 864 Abs. 2

Sind eine Besitzschutzklage (§ 861 BGB) und eine auf das Recht zum Besitz gestützte Widerklage des Eigentümers (§ 985 BGB) gleichzeitig entscheidungsreif und erscheint jede für sich begründet, so ist die Klage abzuweisen und der Widerklage stattzugeben (Ergänzung zu BGHZ 53, 166).

BGB §§ 823 Ac, 858

Ersatz des Nutzungsschadens, der in der Beeinträchtigung der Möglichkeit liegt, die Sache zu gebrauchen, kann ein nichtberechtigter Besitzer von dem zur Nutzung Berechtigten nicht verlangen, auch wenn dieser ihm den Besitz im Wege verbotener Eigenmacht entzogen hat.

BGH, Urt. v. 21. Februar 1979 - VIII ZR 124/78 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

42

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 124/78

URTEIL

Verkündet am
21. Februar 1979
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Helmut D [REDACTED], [REDACTED]straße [REDACTED] in B [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Paul G [REDACTED], P [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED] in R [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 1979 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Merz, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 4. April 1978 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger hatte beim Beklagten, einem Pferdehändler, im November 1975 das Pferd "Duell" für 17 500 DM gekauft, sich aber nach seiner Darstellung ein Umtauschrecht vorbehalten. Da der Kläger mit "Duell" nicht zufrieden war, kam es im Mai 1976 zu Verhandlungen der Parteien, in deren Folge der Beklagte das Pferd beim Kläger abholte und diesem die Stute "Formosa", für die ein Kaufpreis von 13 500 DM genannt wurde, zum Ausprobieren übergab. Der Kläger, der behauptet, man sei sich über die Rücknahme von "Duell" und - für den Fall, daß der Kläger "Formosa" nehme - darüber einig gewesen, daß der Beklagte dem Kläger 3 500 DM zurückerstatten sollte, teilte dem Beklagten mit Schreiben vom 5. Juli 1976 mit, er habe sich entschieden und behalte "Formosa".



Der Beklagte nahm die Stute am 8. Juli 1976 ohne Wissen des Klägers wieder an sich, worauf der Kläger eine einstweilige Verfügung auf Herausgabe an einen Gerichtsvollzieher als Sequester erwirkte. Inzwischen hat die Stute gefohlt.

Die Parteien verlangen wechselseitig - der Beklagte mit einer in der Berufungsinstanz erhobenen Widerklage - Zustimmung des Gegners zur Herausgabe der Stute durch den Gerichtsvollzieher. Außerdem nimmt der Kläger den Beklagten auf Nutzungsentschädigung seit dem 9. Juli 1976, auf Zahlung weiterer 3 500 DM aus dem nach seiner Auffassung zustande gekommenen Tauschgeschäft und - seit der Berufungsinstanz - auf Herausgabe des Fohlens in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung des auf Tausch gestützten Zahlungsanspruchs von 3 500 DM stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen und den Kläger auf die Widerklage zur Einwilligung in die Herausgabe der Stute verurteilt; die Anschlußberufung des Klägers hat es zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger sein Klagebegehren und den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Der wechselseitig geltend gemachte Anspruch auf Freigabe der Stute

1. Der Kläger hat mit seinem Klagebegehren sowohl einen (sog. possessorischen) Besitzschutzanspruch (§ 861 BGB) als auch einen (sog. petitorischen) Herausgabeanspruch nach §§ 985, 1007 BGB geltend gemacht. Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz eine ausschließlich auf das Recht zum Besitz aufgrund seines Eigentums gestützte (petitorische) Widerklage erhoben.

a) Die Zulässigkeit der Widerklage hat das Berufungsgericht zutreffend bejaht; die Revision nimmt dies auch hin. In BGHZ 53, 166, 169 hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes entschieden, daß sich weder aus § 33 ZPO, noch aus § 863 BGB durchgreifende Bedenken gegen die Zulässigkeit einer petitorischen Widerklage gegenüber einer Besitzschutzklage ergeben. Dieser Entscheidung, die im Schrifttum Zustimmung gefunden hat (Hagen, JuS 1972, 124; Kregel in RGRK zum BGB 12. Aufl. § 861 Rdn. 12; Erman/H.P. Westermann, BGB, 6. Aufl. § 863 Rdn. 3; Palandt/Bassenge, BGB, 37. Aufl. § 863 Anm. 2; Baur, Sachenrecht, 9. Aufl. § 9 III 1 S. 71; weitere Nachweise zum Schrifttum in BGHZ 53 aaO), tritt der erkennende Senat bei. Das Bedenken Schwab's (Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl. § 99 II 2 c S. 526 Fußn. 526), danach würden in einem Urteil widersprechende Entscheidungen zu Klage und Widerklage möglich, trifft, wie noch auszuführen sein wird, nicht zu.

b) Das Berufungsgericht hält - und insoweit ist kein Rechtsfehler erkennbar - an sich einen Anspruch des Klägers auf Wiedereinräumung des Besitzes für gegeben, weil der Beklagte mit der Wegnahme der Stute am 8. Juli 1976 verbotene Eigenmacht begangen habe (§§ 858, 861 Abs. 1 BGB). Es sieht sich jedoch zu einer Aufrechterhaltung der vom Landgericht ausgesprochenen Verurteilung des Beklagten unter Heranziehung dieser Anspruchsgrundlage außerstande, weil der vom Beklagten mit der Widerklage geltend gemachte Herausgabeanspruch entscheidungsreif und aus § 985 BGB begründet sei; Klage und Widerklage könnten nicht zugleich Erfolg haben; denn das würde bedeuten, daß sowohl der Beklagte als auch der Kläger jeweils der Herausgabe des Pferdes an den Gegner zustimmen müßten; solange das Recht des Besitzstörers zum Besitz in einer - wenn auch noch nicht rechtskräftigen - Entscheidung festgestellt sei oder gleichzeitig festgestellt werde, sei einer Besitzschutzklage in entsprechender Anwendung des § 864 Abs. 2 BGB der Erfolg zu versagen.

Dieser Rechtsstandpunkt ist jedenfalls für die hier vorliegende Fallgestaltung zutreffend.

aa) Gegenüber den Besitzschutzansprüchen aus §§ 861, 862 BGB ist gemäß § 863 BGB die Berufung zum Besitz auf eine materielle Berechtigung des Besitzstörers ausgeschlossen. Sinn dieser Einwendungsbeschränkung ist es, dem Besitzer die rasche Wiederherstellung seines durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigten Besitzstandes zu ermöglichen; die gerichtliche Durchsetzung der Besitzschutzansprüche soll nicht dadurch verzögert werden können, daß zunächst über ein

45

vom Beklagten geltend gemachtes Recht zum Besitz verhandelt und in einem möglicherweise langwierigen Verfahren Beweis erhoben wird (BGHZ 53, 166, 169 m.w. Nachw.). Die Regel des § 863 BGB gilt jedoch nicht ohne Ausnahme. Gemäß § 864 Abs. 2 BGB erlischt ein nach §§ 861, 862 BGB begründeter Anspruch, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann.

bb) Im Gegensatz zur - offenbar im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut - allgemein vertretenen Ansicht, der Besitzschutzanspruch könne nicht durch ein nur vorläufig vollstreckbares Urteil entfallen (Kregel aaO § 864 Rdn. 3; Staudinger/Seuffert, BGB, 11. Aufl. § 864 Rdn. 2 Bem. 2 e; Soergel/Mühl, BGB, 11. Aufl. § 864 Rdn. 7; Erman/H. Westermann aaO § 864 Rdn. 5; Palandt/Bassenge aaO § 864 Anm. b), befürwortet Hagen (aaO), dem das Berufungsgericht sich anschließt, eine "differenzierende" Analogie zu § 864 Abs. 2 BGB: der Besitzschutzanspruch sei auch solange auszuschließen, als das petitorische Gegenrecht in vorläufiger Weise - sei es auch durch ein (nur) vorläufig vollstreckbares Urteil - gerichtlich anerkannt ist. Er verweist darauf, daß einige Oberlandesgerichte - von der Literatur gebilligt (vgl. die zuletzt zitierten Kommentarstellen) - ausgesprochen haben, eine zugunsten des Besitzstörers erlassene einstweilige Verfügung müsse im Besitzschutzprozeß berücksichtigt werden (OLG Dresden Recht 1911 Nr. 1020; OLG Naumburg JW 1932, 1461 mit ablehnender Anmerkung Matthiessen; OLG Kiel JW 1932, 3640; OLG Dresden JW 1937, 2829; OLG Dresden Recht [Monatsbeilage zu Deutsche Justiz] 1941 Nr. 2922).

Der jetzige Streitfall gibt keinen Anlaß, auf diesen Fragenkreis insgesamt näher einzugehen. Hier geht es nur darum, ob die Vorschriften über den Besitzschutz das Gericht zwingen, einem Wiederherstellungsbegehren gemäß § 861 BGB stattzugeben, obwohl eine - gleichzeitig entscheidungsreife - Widerklage, die auf ein Recht zum Besitz gestützt wird, sich als begründet erweist. Diese Frage ist weder in § 863 BGB noch in § 864 Abs. 2 BGB geregelt.

Die Gesetzeslücke läßt sich dadurch schließen, daß ein aus einem (materiellen) Recht zum Besitz hergeleiteter und darüber hinaus auch entscheidungsreifer Widerklageanspruch zuzuerkennen, der ausschließlich aus den Besitzschutzvorschriften hergeleitete Klageanspruch dagegen abzuweisen ist. Denn in einem solchen Fall steht für das erkennende Gericht fest, daß der Besitz an der Sache im Endergebnis dem Widerkläger zusteht. Die Sachlage ist derjenigen in § 864 Abs. 2 BGB vergleichbar: Wenn der Richter an ein rechtskräftiges Urteil, das die Berechtigung des Beklagten zum Besitz endgültig ausspricht, gebunden ist, muß es bei Entscheidungsreife des vom Beklagten verfolgten Rechts auf Besitz gleichermaßen als eine zwecklose Weiterung (Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Reichstagsdrucks. Nr. 87 a der IV. Session der 9. Legislaturperiode, 1895/96 S. 113; ähnlich Motive III S. 131) gelten, wollte man dem Kläger die Verfolgung seines Besitzschutzanspruchs noch fürderhin ermöglichen. Dies gilt unabhängig davon, ob die das Recht des Widerklägers zum Besitz bejahende Entscheidung vorläufig vollstreckbar ist oder ob sie - wenn wie hier die Verurteilung des Klägers zur Abgabe einer Willenserklärung erfolgt (§ 894 Abs. 1 ZPO) - eine Vollstreckungswirkung

erst mit Rechtskraft haben kann. Die von der Revision angedeuteten Lösungsmöglichkeiten, entweder die (petitorische) Widerklage nur als Feststellungsklage zuzulassen oder ein den Widerklageanspruch zuerkennendes Urteil nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären, gibt es nach geltendem Prozeßrecht nicht.

2. Das Berufungsgericht hält den Widerklageanspruch gemäß § 985 BGB für begründet. Die "aus dem früheren Besitz des Klägers gemäß § 1006 BGB für sein Eigentum sprechende Vermutung" sei nämlich durch den Beweis "entkräftet", daß keine Eigentumsübertragung an ihn stattgefunden habe. Da der Kläger ein etwaiges Umtauschrecht hinsichtlich des im November 1975 gekauften "Duell" jedenfalls innerhalb angemessener, kurzer - im Mai 1976 verstrichener - Frist hätte ausüben müssen, sei davon auszugehen, daß die Parteien neue Vertragsverhandlungen aufgenommen hätten, die noch nicht zu einer vertraglichen Einigung geführt hätten; die wechselseitige Übergabe der Pferde sei nur zur Vorbereitung des beabsichtigten Vertragsschlusses erfolgt, weil beide Parteien - nicht nur der Kläger, wie dieser vorträgt - Gelegenheit erhalten sollten, die ihnen übergebenen Tiere auf Tauglichkeit und Wert zu überprüfen; zudem habe es an einer Preisvereinbarung gefehlt.

a) Die Revision meint, im Hinblick auf das - in der Revisionsinstanz zu unterstellende - im Herbst 1975 verbindlich vereinbarte Umtauschrecht sei für einen Umtausch des "Duell" gegen "Formosa" ein neuer Vertrag nicht erforderlich gewesen; zumindest habe der Kläger hiervon ausgehen dürfen, denn der Beklagte habe bei den

Verhandlungen im Mai 1976 nicht geltend gemacht, daß er das Umtauschrecht des Klägers wegen Zeitablaufs nicht mehr anerkennen wolle. Die Revision übersieht dabei jedoch, daß es selbst bei einem verbindlichen Vorbehalt eines Umtauschrechts im November 1975 an einer Vereinbarung über die "Ersatzware" und deren Preis fehlte; in solchen Fällen bedarf es stets des Abschlusses eines neuen, auf Rückgängigmachung des alten Vertrages und auf Erwerb der Tauschware gerichteten Vertrages (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 1962 - VIII ZR 143/61 = LM BGB § 273 Nr. 16).

b) Die - vom Berufungsgericht als wichtiges Indiz gegen eine im Mai 1976 bereits bindend gewordene Vereinbarung der Parteien gewertete - Feststellung, der Beklagte habe sich eine Erprobung des "Duell" vorbehalten, greift die Revision mit verschiedenen Erwägungen an, die darauf hinauslaufen, das Berufungsgericht hätte insoweit nicht der Aussage der Ehefrau des Beklagten den Vorrang vor den Bekundungen der Ehefrau und des Sohnes des Klägers geben, sondern allenfalls keine der Aussagen, soweit sie sich widersprechen, verwerten dürfen und daher den Beklagten als beweisfällig ansehen müssen. Ein Rechtsfehler in der Beweismwürdigung des Berufungsgerichts ist jedoch nicht erkennbar. Es stellt wesentlich darauf ab, daß ein Pferdehändler ein Pferd nicht ungeprüft zurücknehme, das er vor mehr als sechs Monaten aus der Hand gegeben hat. Einen Erfahrungssatz dieses Inhalts durfte das Berufungsgericht - entgegen der Auffassung der Revision - durchaus zugrunde legen.

Da das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, daß die Verhandlungen der Parteien im Mai 1976 noch nicht mit einem Vertragsschluß endeten, kann auf sich beruhen, ob insoweit überhaupt den Beklagten die Beweislast

treffen würde, wie die Revision meint; ob sich aus § 1006 BGB eine - auch vom Berufungsgericht angenommene - Vermutung für das Eigentum des Klägers an "Formosa" herleiten läßt, ist zweifelhaft, weil naheliegt, daß der Kläger infolge der Übergabe des Pferdes zum Ausprobieren lediglich Fremdbesitz erworben hat; wenn in einem solchen Fall der Besitzer sich später wie ein Eigenbesitzer verhält, muß er beweisen, daß sich sein Fremdbesitz auf rechtmäßige Weise in Eigenbesitz verwandelt hat (vgl. Senatsurteil vom 20. Dezember 1967 - VIII ZR 186/65 = WM 1968, 406).

c) Mangels einer bindenden Umtauschvereinbarung erschöpften sich die Rechtsbeziehungen der Parteien hinsichtlich der im Mai 1976 wechselseitig übergebenen Pferde dahin, daß jeder das - weiterhin dem anderen gehörende - Pferd bis auf weiteres probeweise benutzen durfte. Deshalb ist dem Berufungsgericht auch insoweit beizutreten, als es ein noch bestehendes (materielles) Recht des Klägers zum Besitz von "Formosa", das dieser dem Herausgabeanspruch des Beklagten aus § 985 BGB entgegenhalten könnte (§ 986 Abs. 1 BGB), verneint. Das Recht des Klägers zum Besitz von "Formosa", das sich daraus ergab, daß der Beklagte ihm die Stute zum Ausprobieren überlassen hatte, konnte der Beklagte spätestens einseitig beenden, als sich aus seiner Sicht die Vertragsverhandlungen zerschlagen hatten; das war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bei Abholung der Stute am 8. Juli 1976 der Fall.

II. Anspruch des Klägers auf Nutzungsentschädigung

1. Das Berufungsgericht verneint einen solchen Anspruch, weil der Kläger zu dem Zeitpunkt, von dem ab er

Nutzungsausfall verlangt (9. Juli 1976), kein Recht zum Besitz von "Formosa" und daher auch kein Recht auf Nutzung mehr gehabt habe. Auch diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

2. Als Anspruchsgrundlage kommen nur § 823 Abs. 1 - und zwar als geschütztes Rechtsgut der unmittelbare Besitz - sowie §§ 823 Abs. 2, 858 BGB in Betracht. Die Frage, ob auch der nichtberechtigte - wie hier - oder nur der berechtigte Besitzer Schadensersatz verlangen kann, ist umstritten (vgl. dazu Medicus, AcP 1965, 115 ff, 120; Wieser, JuS 1970, 557 und NJW 1971, 597 jeweils m.w. Nachw.; Urteile vom 29. September 1958 - VII ZR 121/57 = WM 1958, 1481 und vom 9. März 1976 - VI ZR 137/74 = WM 1976, 583, 584). Der Kläger macht hier den Schaden geltend, der in der Beeinträchtigung der Möglichkeit liegt, die Sache zu gebrauchen. Ersatz eines solchen Schadens kann derjenige, dem ein Recht auf Nutzung nicht zustand, von dem zur Nutzung Berechtigten nicht verlangen, auch wenn dieser ihm den Besitz im Wege verbotener Eigenmacht entzogen hat. Denn in einem solchen Fall war der Besitzer verpflichtet, die Nutzungen zu unterlassen und dem Berechtigten die Nutzungsmöglichkeit einzuräumen. Aus den Besitzschutzvorschriften (§§ 858 ff BGB), die nur verhindern sollen, daß der Berechtigte den Zustand, auf den er Anspruch hat, eigenmächtig herbeiführt, läßt sich nichts Gegenteiliges herleiten.

III. Zu Recht verneint das Berufungsgericht auch einen Anspruch des Klägers auf Zahlung von 3 500 DM mit der Begründung, daß die vom Kläger behauptete Vereinbarung eines Umtauschs von "Duell" gegen "Formosa", verbunden mit einer Rückzahlungsverpflichtung des Beklagten über 3 500 DM, nicht bewiesen ist.

IV. Anspruch des Klägers auf Herausgabe des Fohlens

Da das Muttertier dem Beklagten gehört, könnte der Kläger Eigentum an dem Fohlen nur aufgrund gutgläubigen Eigenbesitzes der Stute gemäß § 955 Abs. 1 BGB erworben haben. Das Berufungsgericht verneint dies, weil der Kläger den Mangel seines Rechts zum Eigenbesitz an "Formosa" vor der Geburt des Fohlens entweder gekannt oder - im Hinblick auf den anhängigen Rechtsstreit - grob fahrlässig nicht gekannt habe. Das ist jedenfalls im Ergebnis zutreffend. Dabei kann auf sich beruhen, ob das Berufungsgericht überhaupt davon ausgehen durfte, der Kläger habe die Stute bei Geburt des Fohlens - sie befand sich damals schon beim Sequester - in Eigenbesitz gehabt.

Nach allem war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Braxmaier

Claßen

Merz

Treier

Dr. Brunotte