

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 132/81

URTEIL

Verkündet am

12. Mai 1982

Schnurr,

Justizhauptsekretärin

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Eheleute Josef und Mathilde W[REDACTED], A[REDACTED]straße [REDACTED]
in M[REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Hans-Bernhard R[REDACTED], H[REDACTED]straße [REDACTED] in N[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 1982 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Hoffmann, Wolf, Merz und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 14. Januar 1981 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt wurden, an den Kläger einen pakistanischen Wandteppich und einen Grundig-Farbfernseher Typ 60/60 herauszugeben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben die Beklagten als Gesamtschuldner 1/11 zu tragen. Im übrigen wird die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

44

- 3 -

Tatbestand

Am 12. Juli 1977 entwendete Oliver E. [REDACTED] zusammen mit einem Mittäter aus der Wohnung des Klägers mehrere technische Geräte, Teppiche und asiatische Kunstgegenstände. Erhardt verkaufte einen Teil der Gegenstände an die Firma We. [REDACTED]-Antiquitäten, deren Inhaber die Beklagten sind. Von den entwendeten Gegenständen konnten einige im Zuge der polizeilichen Ermittlungen bei den Beklagten sichergestellt werden.

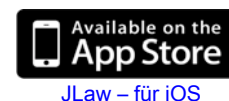
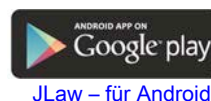
Der Kläger meint, die Beklagten hätten die Sachen angekauft, obwohl sie gewußt hätten oder jedenfalls hätten wissen müssen, daß sie gestohlen gewesen seien. Er behauptet, die Beklagten hätten noch weitere von den gestohlenen Gegenständen in ihrem Besitz. Er hat deshalb Herausgabe, hilfsweise Auskunft an wen und zu welchem Preis sie die von ihm genau bezeichneten Gegenstände verkauft haben, weiter hilfsweise Zahlung des Verkaufspreises, mindestens aber 11 970 DM nebst Zinsen verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Der Berufungsgericht hat die Beklagten unter teilweiser Abänderung des Ersturteils als Gesamtschuldner zur Herausgabe eines Wandteppichs, eines Filmprojektors, eines Farbfernseh- und eines Filmschneidegeräts verurteilt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Mit ihrer zugelassenen Revision streben die Beklagten die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts an.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat zum Teil Erfolg.

I. 1. Das Berufungsgericht meint, wenn bei einer Eigentumsherausgabeklage feststehe, daß der Beklagte den Besitz der Sachen, die herausgegeben werden sollten, erlangt hatte, daß also ein Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen ihn bestand, dann müsse der Beklagte, der sich auf späteren Besitzverlust berufe, die Umstände desselben genau darlegen. Erst dann müsse der klagende Eigentümer die behauptete Art des Besitzverlustes widerlegen.

2. a) Soweit die Beklagten behaupteten, den Wandteppich und das Farbfernsehgerät zwar angekauft, aber bereits wieder weiterverkauft zu haben, hätten sie ihren Besitzverlust nicht substantiiert dargelegt. Sie seien als Gebrauchtwarenhändler nach Landesrecht zur Führung eines Gebrauchtwarenbuches verpflichtet, in das sie auch die Verkaufsgeschäfte unter Angabe von Name und Wohnung des Käufers einzutragen hätten. Hier seien weder der Ankauf noch der Verkauf der beiden Gegenstände von den Beklagten in dem Gebrauchtwarenbuch vermerkt worden. Sie hätten es

auf diese Weise schuldhaft dem Kläger unmöglich gemacht, den ihm obliegenden Beweis für ihren Besitz zu führen.

b) Auch hinsichtlich des Filmprojektors hätten die Beklagten den Ankauf eingeräumt, aber behauptet, dieses Gerät sei von der Polizei bei ihnen sichergestellt worden. Daß letzteres nicht der Fall gewesen sei, habe der Kläger bewiesen.

c) Zu dem unstreitig ebenfalls von ihnen angekauften Filmschneidegerät hätten die Beklagten angegeben, sie hätten es nicht verkauft, es sei bei ihnen aber nicht mehr auffindbar. Damit hätten sie einen Besitzverlust nicht substantiiert dargelegt.

3. a) Die Revision verweist darauf, daß niemand zu einer Leistung verurteilt werden könne, die ihm unstreitig nicht möglich sei. Das Berufungsgericht hätte, so meint sie, prüfen müssen, ob dem Bestreiten des Besitzes durch die Beklagten zu glauben gewesen sei. Es hätte das Unterlassen der Eintragung im Gebrauchtwarenbuch nicht als Beweisver-eitelung und Anlaß für eine Beweislastumkehr werten dürfen.

b) Hinsichtlich des Projektors komme es nicht darauf an, wo er geblieben sei, sondern nur darauf, ob den Beklagten die Rückgabe möglich sei.

c) Dasselbe gelte auch für das Filmschneidegerät. Ein Gegenstand, der verlegt und nicht auffindbar sei, könne nicht herausgegeben werden.

Werte man die Vorschriften über die Pflicht zur Führung eines Gebrauchtwarenbuches als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, dann sei wohl eine Schadensersatz-, nicht aber eine Herausgabepflicht begründet.

II. 1. a) Es entspricht ständiger Rechtsprechung, daß niemand zu einer Leistung verurteilt werden kann, deren Unmöglichkeit im Zeitpunkt der Verurteilung bereits feststeht. Demnach ist eine Herausgabeklage nach § 985 BGB abzuweisen, wenn im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Beklagte den Besitz an der herauszugebenden Sache verloren hatte (BGH Urteil vom 15. Dezember 1975 - II ZR 49/74 = WM 1976, 248 m.w.Nachw.; vgl. RGZ 143, 374, 376). Eine dauernde Unmöglichkeit oder ein dauerndes Unvermögen zur Herausgabe einer Sache steht auch dann fest, wenn völlige Ungewißheit darüber herrscht, ob und wann ein der Herausgabe entgegenstehendes unstreitiges Leistungshindernis behoben werden kann (BGH Urteil vom 30. Oktober 1953 - V ZR 76/52 = LM BGB § 275 Nr. 4).

b) In der Rechtsprechung und Literatur wird weiter allgemein die Auffassung vertreten, daß der auf Herausgabe klagende Eigentümer sowohl sein Eigentum, als auch den Besitz des Beklagten an der herauszugebenden Sache zur Zeit der Klageerhebung beweisen muß (RG Recht 1923 Nr. 745; Medicus in MünchKomm, BGB, § 985 Rdn. 54; Soergel/Mühl, BGB, 11. Aufl. § 985 Rdn. 23; Palandt/Bassenge, BGB, 40. Aufl. § 985 Anm. 4 a). Der Beweis des Besitzes des Beklagten ist geführt, wenn dessen tatsächliche Sachherrschaft vom Kläger dargetan ist (Pikart in RGRK, BGB, 12. Aufl. § 985 Rdn. 71). Dieser Meinung schließt sich der erkennende Senat an.

2. Hier ist unstreitig, daß der Kläger Eigentümer der von ihm herausverlangten Sachen war und daß die Beklagten den Besitz an den Sachen von den Dieben übertragen erhalten haben. Die Beklagten haben hinsichtlich des Wandteppichs vorgetragen, daß sie ihn für 1 200 DM angekauft und schon vor Klageerhebung für 2 600 DM weiterverkauft haben. Das Farbfernsehgerät haben die Beklagten - wiederum nach ihrem Vortrag - für 530 DM angekauft und zum Preise von 1 000 DM verkauft. Daß ihre Angaben unrichtig seien, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Der Kläger hat gar nicht den Versuch unternommen, zu beweisen, daß diese Einlassung der Beklagten unrichtig war und sie noch bei Klageerhebung Besitzer dieser beiden Gegenstände waren. Waren die Beklagten aber nicht mehr Besitzer der Sachen, dann ist auch der Herausgabeanspruch des Klägers erloschen (BGH Urteil vom 15. Dezember 1975 aaO; RGZ 143 aaO; Henckel AcP 174, 97, 131). Der Besitz des Beklagten nämlich ist ein Tatbestandsmerkmal für den Herausgabensanspruch des Eigentümers nach § 985 BGB, das dieser für den Zeitpunkt der Klageerhebung zu beweisen hat, auch wenn er von der Rechtshängigkeit an die Fortdauer des Besitzes des Beklagten nicht mehr beweisen muß. Die Verurteilung nach dem Hauptantrag des Klägers konnte bei dieser Sachlage wegen des Wandteppichs und des Farbfernsehgerätes keinen Bestand haben.

3. Dem Berufungsgericht kann nicht gefolgt werden, wenn es meint, die Beklagten seien zur Herausgabe zu verurteilen gewesen, weil sie weder den Namen der Käufer der Gegenstände genannt, noch das von ihnen nach Landesrecht zu führende Gebrauchtwarenbuch ordnungsgemäß geführt hätten und damit

dem Kläger die Beweisführung, daß sie noch im Besitz der Gegenstände seien, unmöglich gemacht hätten. Das Berufungsgericht verkennt, daß § 985 BGB nur einen Herausgabeanspruch für den Eigentümer gegen den Besitzer gibt. Ist der Besitzer nicht mehr im Besitz der herauszugebenden Sache und kann, wie hier, der Eigentümer nicht darlegen und im Falle des Bestreitens des Beklagten beweisen, daß dieser bei Klageerhebung noch im Besitz der herausverlangten Sache war, dann erlischt der Eigentumsherausgabeanspruch. Eine Fiktion des Besitzes kennt das Gesetz nicht. Die mangelhafte Führung des nach Landesrecht für die Beklagten in ihrem Geschäft vorgeschriebenen Gebrauchtwarenbuches mag unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB von Bedeutung sein. Für den sachenrechtlichen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB ist sie unerheblich.

4. Weil das Berufungsgericht die Begründetheit der Hilfsanträge des Klägers nicht geprüft hat und der Kläger hilfsweise auch Wertersatz verlangt, einen Anspruch also geltend macht, der nach § 990 BGB oder möglicherweise nach §§ 283, 823 BGB begründet sein kann (vgl. MünchKomm aaO Rdn. 11), war die Sache zur weiteren Prüfung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III. Unbegründet ist die Revision dagegen, soweit die Beklagten zur Herausgabe eines Filmprojektors verurteilt worden sind. Durch die Beweisaufnahme ist ihr Vorbringen, sie hätten den Besitz an diesem Gerät schon vor Klageerhebung dadurch verloren, daß es von der Polizei bei ihnen sichergestellt worden sei, widerlegt worden, wie das Berufungsgericht als Tatrichter einwandfrei festgestellt hat.

Die Behauptung des Klägers, sie seien deshalb noch bei Klageerhebung im Besitz dieses Geräts gewesen, haben die Beklagten weiter gar nicht bestritten. Für die Begründung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers gegen den Besitzer nach § 985 BGB genügt es, daß der Kläger sein Eigentum an der herausverlangten Sache und den Besitz der Beklagten dargelegt hat, nachdem ein behaupteter Besitzverlust vor Klageerhebung widerlegt und im übrigen der vom Kläger behauptete Fortbestand des Besitzes nicht bestritten ist.

Das gleiche gilt für das Filmschneidegerät, von dem die Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nur behauptet haben, daß sie es zwar nicht verkauft hätten, daß es bei Ihnen aber "nicht mehr auffindbar" sei. Mit Recht hat das Berufungsgericht hierin kein ausreichendes Bestreiten des Besitzes durch die Beklagten gesehen. In der Behauptung, man finde eine Sache, die man unstreitig in Besitz genommen hatte, zur Zeit nicht, liegt nämlich noch nicht der Vortrag, man haben den Besitz an der Sache verloren. Es mag dem Kläger überlassen bleiben, ob er später Ansprüche nach § 283 BGB geltend macht, wenn die Vollstreckung des Herausgabeurteils erfolglos bleiben sollte. Der Fall liegt nicht gleich demjenigen, der der Entscheidung vom 15. Dezember 1975 (aaO) zugrunde lag; denn in jenem Falle war die herauszugebende Sache dem Besitzer gestohlen worden und es herrschte völlige Ungewißheit darüber, ob und wann dieses Leistungshindernis einmal behoben werden könnte. Fest stand damals aber, daß der auf Herausgabe verklagte Besitzer den Besitz selbst verloren hatte. Das ist hier hinsichtlich des Filmprojektors und des Filmschneidegerätes nicht der Fall.

IV. Dem wertmäßigen Anteil ihres Unterliegens entsprechend haben die Beklagten als Gesamtschuldner 1/11 der Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. Im übrigen war die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie vom Ergebnis der neuerlichen Verhandlung und Entscheidung abhängt.

Braxmaier

Hoffmann

Wolf

Merz

Treier