

Keine Beweiserhebung trotz Erheblichkeit des Vorbringens und Beweisantritts?

behauptetes nachträgl. Unvermögen/Unmöglichkeit

Fall 1: Bekl. nimmt d. Kl. Schmuck im Wert von 10.000,- EUR weg. Kläger klagt auf Herausgabe. Beklagter wendet ein, er habe den Schmuck an seinen Sohn weitergeben und könne ihn deshalb nicht herausgeben (Beweis: Zeugnis Sohn). Kläger „bestreitet“ die Weitergabe des Besitzes.

Klägerstation: Klage schlüssig aus § 985 BGB bzw. § 823, Kl. trägt vor, Bekl. sei nach wie vor Besitzer

Beklagtenstation: (Qualifiziertes) Bestreiten, nicht mehr Besitzer zu sein, an sich erheblich.

Beweisstation: Beweislast für Besitz d. Bekl. jedenfalls im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (reicht nach h.M. aus) bzw. im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (nach m.M.) liegt beim Kl. Ist unstrittig oder bewiesen, dass Bekl. Besitzer gewesen ist, dann spricht tatsächliche Vermutung für die Fortdauer des Besitzes. Bekl. muss also - notfalls nach BA - Vermutung erschüttern. Gelingt ihm das nicht, dann ist die Behauptung des Klägers, dass Bekl. nach wie vor Besitzer ist, wegen der nicht erschütterten Vermutungswirkung nicht mehr beweisbedürftig (s. zum Ganzen Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, 2. Aufl., § 985 Rdn. 12 ff.) Gelingt dem Beklagten die Erschütterung, dann muss Kl. Besitz beweisen. Hier hat Bekl. Beweis zur Erschütterung der Vermutung angetreten. Nach Ansicht der jedenfalls bislang h.M. wird der Bekl. „zum Beweis aber nicht zugelassen“; Begründung:

Die Verurteilung zur Herausgabe ohne BA birgt zwar die Gefahr, dass Kl. nach vergeblicher Zwangsvollstreckung Schadensersatz verlangt allein mit der Begründung, der Beklagte sei seiner (materiell ja zweifelhaften) rechtskräftig festgestellten Pflicht zur Herausgabe nicht nachgekommen. Nach altem Recht ergäbe sich der Anspruch aus § 283 BGB, nach neuem Recht entweder aus § 281 Abs. 1 oder § 283¹. Dieses Risiko der späteren Inanspruchnahme auf Schadensersatz allein aufgrund eines möglicherweise falschen Herausgabeteils kann dann hingenommen werden, wenn der Beklagte auch ohne Verurteilung zur Herausgabe Schadensersatz zu leisten hätte. Frage also: Könnte der Kläger statt auf Herausgabe schon gleich auf Schadensersatz erfolgreich klagen? Dies ist im Fall des behaupteten nachträglichen Unvermögens/Unmöglichkeit nur dann der Fall, wenn der Beklagte diese zu vertreten hat, was hier nach §§ 989, 990 bzw. §§ 823, 993 (beachte § 848!) gegeben wäre. Wenn der Kläger von der Möglichkeit (s. § 264 Nr. 3 ZPO) sogleich Schadensersatz zu verlangen, keinen Gebrauch macht und statt dessen nur auf Herausgabe klagt, hat der Beklagte deshalb dadurch keinen Rechtsnachteil, was die bislang h.M. wiederum dazu veranlasst, keinen Beweis über die Behauptung des Beklagten zu erheben (OLG Koblenz AnwBl. 1990, 107 f.; Palandt-Bassenge, § 985 Rdn. 16). Dem Bekl. geschehe (beachte aber die Kosten des Herausgabeprozesses und der Zwangsvollstreckung!) kein Unrecht, dem Kl. müsse es ermöglicht werden, im Rahmen der Zwangsvollstreckung verbindlich zu klären, ob der Bekl. nicht doch noch Besitzer sei.

Fall 2: Kl. hat den Schmuck an Bekl. verliehen. Nachdem er ihn zurückfordert, wendet Beklagter unter Beweisantritt ein

- a) den Schmuck vorher verloren zu haben
- b) der Schmuck sei ihm vorher gestohlen worden.

Klägerstation: Klage schlüssig aus § 985 bzw. 604

Beklagten-/Beweisstation: Bestreiten des Besitzes (betr. § 985) bzw. Vorbringen der Einwendung aus § 275 (betr. § 604) bleibt nach bisheriger Rspr. offen, wenn Beklagter ohnehin auf SE haftet. Haftung über §§ 989, 990 (-), weil im Zeitpunkt des Verlustes kein EBV, Bekl. war rechtmäßiger Besitzer. Aber im Fall a) SE nach § 280 a.F. (+) bzw. nach § 283 n.F. bzgl. Anspruch aus § 604. Im Fall b) kein SE. Nach früherer Rspr. deshalb keine BA im Fall a), nur im Fall b). Jedenfalls bezogen auf den Einwand der Unmöglichkeit ist dies aufgrund der Änderung des Wortlauts von § 275 Abs. 1 jetzt wohl nicht mehr möglich (vgl. Palandt 61. Aufl., § 275 Rdn. 25 einerseits und ab 64. Aufl., § 275 Rdn. 34 m.w.Nachw. andererseits). Zumindest jetzt würde im Fall a) eine Verurteilung zur Herausgabe eindeutig dem Wortlaut von § 275 widersprechen, während nach altem Recht wenigstens der Wortlaut nicht entgegenstand, sondern nur die ansonsten geltende Interpretation, dass die Primärleistungspflichten auch bei zu vertretender Unmöglichkeit erloschen und nur die Sekundärpflichten bestehen blieben.

Beachte: Das alles, also die streitige Unmöglichkeit, hat nichts mit der prozessrechtlichen Frage zu tun, ob der Kläger im Herausgabeprozess für den Fall, dass der Herausgabeanspruch vom Gericht bejaht wird, gleichzeitig hilfsweise 1. Antrag auf Fristsetzung nach § 281 I 1 (dazu Gruber/Lösche, JuS 2007, 2815) und 2. hilfsweise Schadensersatz für den Fall, dass der Schuldner den Herausgabeanspruch nicht erfüllt, verlangen kann (was nach h.M. gemäß § 259 ZPO geht, wobei nach BGH RR 05,1518 ausreicht, dass der Herausgabeanspruch in Abrede gestellt wird). Dass beide Fragestellungen unabhängig voneinander sind, zeigt insbesondere die Entscheidung RGZ 54, 28 ff., die den Ausgangspunkt der gesamten Rechtsprechung zur streitigen Unmöglichkeit darstellt; dort war auch nicht hilfsweise auf künftigen Schadensersatz angetragen worden.

¹ Nach altem und neuem Recht könnte der Beklagte sich beim Schadensersatzverlangen nach abgeschlossenem Herausgabeprozess wegen § 767 II nur auf fehlendes Vertretenmüssen berufen, wenn die von ihm behauptete Unmöglichkeit nach der mündlichen Verhandlung liegt.