

Klausuren für das 2. Examen

A 30 Lösung

Mertens ./ Kaiser



ALPMANN SCHMIDT

Dr. Walter Baumfalk/Ab

Gerichtliche Entscheidung: Prozessrecht und materielles Recht

Verbindung der Klage auf Herausgabe einer Sache mit einer Fristsetzung zur Herausgabe und einem Schadensersatzantrag für den Fall der Nichtherausgabe („unechter“ Hilfsantrag); Entbehrlichkeit einer Beweisaufnahme über die Möglichkeit der Herausgabe der Sache durch den Beklagten (Herausgabeantrag), wenn feststeht, dass der Beklagte bei Unmöglichkeit der Herausgabe auf Schadensersatz haftet (Schadensersatzantrag), und Stattgeben beider Anträge bei dieser Sachlage.

§§ 281, 985, 989, 990 BGB, §§ 255, 259, 260 ZPO

Hinweis: Die von Ihnen zu erbringende Klausurleistung ist nach dem Bearbeitungsvermerk nur der Entwurf der Entscheidung des Amtsgerichts Bielefeld, nicht etwa auch ein Gutachten zur Rechtsalge. Die nachfolgende Lösungsskizze soll Ihnen daher (nur) den Weg zu dieser Entscheidung aufzeigen – also die methodischen (Relationstechnik!) und rechtlichen Überlegungen, die Sie anstellen müssen, um zu der Entscheidung zu kommen –, die ihr vorangestellte Gliederung soll den Gedankengang und Lösungsweg noch prägnanter verdeutlichen; Lösungsskizze und Gliederung gehören aber nicht zu der von Ihnen zu erstellenden Klausurlösung.

Klageziel: Herausgabe des Bildes, bei Nichtherausgabe innerhalb zu setzender Frist: Schadensersatz

A. Bedeutung und Zulässigkeit dieser Antragstellung /-verbindung

1. als Haupt- und „unechter“ Hilfsantrag
2. zulässig
 - a. zwar nicht entspr. § 510 b ZPO,
 - b. aber gemäß § 260 ZPO (Verbindung) i.V.m. § 259 ZPO (künftige Leistung)
3. Ergebnis: Herausgabe- und Schadensersatzantrag nebeneinander, dazu Antrag auf Fristsetzung

B Herausgabeantrag

- I. Prozessstation: Keine Bedenken gegen die Zulässigkeit
- II. Schlüssigkeitsprüfung (Darlegungsstation)

1. Schlüssigkeit des Vorbringens der Klägerin

- a. aus § 985 BGB
 - aa. Eigentum der Klägerin an dem Bild
 - (1) durch den Erbfall erlangt: § 1922 BGB
 - (2) nicht an die Beklagte verloren, da keine wirksame Übereignung durch Frau Becker: Falls Botin des Erblassers: Angebot gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam, falls Vertreterin: keine Vollmacht mehr.
 - bb. Besitz der Beklagten: von Klägerin behauptet.
 - cc. Kein Recht zum Besitz ersichtlich: Keine wirksame Schenkung oder letztwillige Verfügung seitens Erblasser
 - dd. somit: aus § 985 BGB schlüssig.
- b. auch aus § 1007 Abs. 1 BGB
- c. nicht aus § 861 BGB
- d. Klage schlüssig: § 281 Abs. 4 BGB steht nicht entgegen.

2. **Erheblichkeit der Einlassung der Beklagten:** Bild nicht mehr im Besitz: erheblich gegenüber Herausgabeanspruch.

III. Beweisstation

Beweislast für Besitz der Beklagten: Klägerin, da Anspruchsvoraussetzung:

Beweisantritt: Parteivernehmung Beklagte – **zu erheben?**

1. Entbehrlich wegen § 281 BGB, falls Beklagte bei Nichtherausgabe schadensersatzpflichtig?
 - a. Ließe sich aus § 281 BGB herleiten.
 - aa. bis zur Schuldrechtsreform 2001 auch allg. Meinung, i.e.L. wegen § 283 BGB
 - bb. nunmehr streitig, da § 283 BGB ersatzlos entfallen: z.T. weiter nach früher allg. Meinung, da Gründe dafür fortbestehend; Gegenmeinung nicht mehr: wegen Neuregelung des § 275 Abs. 1 BGB



- b. beide Ansichten vertretbar, aber für bisherige Auffassung wohl bessere Gründe:
daher: Übernahme.
2. Dann Beweisaufnahme über Besitz der Beklagten entbehrlich:
- a. Fehlender Besitz: steht noch nicht fest
 - b. Schadensersatzpflicht bei Verlust des Besitzes durch Weggabe: §§ 989, 990 BGB.
3. **Ergebnis:** Herausgabeanspruch begründet.

C. Antrag auf Fristbestimmung

1. Auslegung
2. Zulässigkeit: nachträgliche Stellung als zulässige Klageänderung
3. Begründetheit: § 255 ZPO, § 281 BGB
4. Ergebnis: Fristbestimmung

D. Zahlungsantrag

- I. Zulässigkeit:
 1. nachträgliche Geltendmachung: als zulässige Klageänderung
 2. im Übrigen aus § 259 ZPO
- II. Schlüssigkeitsprüfung
 1. Schlüssigkeit des Vorbringens der Klägerin: §§ 989, 990 BGB (einschließlich Zinsen)
 2. Einlassung der Beklagten: unerheblich
- III. Ergebnis: begründet, als Anspruch auf künftige Leistung

E. Gesamtergebnis (Tenorierung), mit Nebenentscheidungen.

Lösungsskizze

Klageziel: Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Herausgabe des Bildes innerhalb einer zu bestimmenden Frist und – für den Fall, dass das Bild nicht herausgegeben wird – die Zahlung von 3.500 € nebst Zinsen.

A. Bedeutung und Zulässigkeit dieser Antragstellung /-verbindung

1. Das Klagebegehren der Klägerin könnte als **Haupt- und Hilfsantrag** aufzufassen sein.

Ein Hilfsantrag im eigentlichen Sinne (**echter Hilfsantrag**) liegt aber nur dann vor, wenn dieser Antrag für den Fall gestellt wird, dass **der Hauptantrag nicht durchdringt**, also – als unbegründet, oder möglicherweise auch als unzulässig – abgewiesen wird (MünchKommZPO/Lüke, 2. Aufl. 2000, § 260 Rdnr. 10; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, 65. Aufl. 2007, § 260 Rdnr. 8).

Hier erstrebt die Klägerin jedoch die Verurteilung der Beklagten zu Schadensersatz nicht (nur) für den Fall, dass sie mit dem Herausgabeanspruch keinen Erfolg hat; sie erstrebt die Verurteilung der Beklagten zum Schadensersatz vielmehr **sowohl** für den Fall, dass die Beklagte zur Herausgabe verurteilt wird, dieser Verurteilung aber nicht nachkommen sollte, **als auch** für den Fall, dass der Herausgabeanspruch abgewiesen wird (denn für den letzteren Fall erstrebt die Klägerin, dass die Beklagte dann jedenfalls Schadensersatz leisten muss). Die Klägerin erstrebt daher hinsichtlich der **beiden** Anträge eine **stattgebende Entscheidung**: Sowohl eine Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe als **zugleich** auch – für den Fall der Nichtherausgabe – eine Verurteilung zu Schadensersatz; **sie stellt also die beiden Anträge nebeneinander**, nicht in einem Eventualverhältnis hintereinander.

Allerdings will die Klägerin auch hier **nur eine einzige Leistung**: Herausgabe **oder** Schadensersatz, und nicht zugleich beides; insoweit besteht daher auch hier ein Eventualverhältnis. Dieses Eventualverhältnis gilt aber **nicht schon für die Klage** – die Klägerin erstrebt ja gerade die **doppelte Verurteilung** –, sondern erst für die **Durchsetzung** des auf die beiden Leistungen gehenden Urteils, also für die Erfüllung durch die Beklagte bzw. **für die Vollstreckung gegen die Beklagte**; der Schadensersatz soll nur geleistet werden, wenn der Herausgabeanspruch nicht erfüllt wird oder nicht durchsetzbar ist.



Wenn sich das Eventualverhältnis – wie somit hier – nicht auf die Anträge, sondern erst auf die Durchsetzung des Titels bzw. die Zwangsvollstreckung bezieht, wird von einem „**unechten Hilfsantrag**“ gesprochen.

Rosenberg/Schwab/Gottwald, 16. Aufl. 2004, § 65 Rdnr. 30; Anders/Gehle, 8. Aufl. 2005, Rdnr. 476 ff.; Knöringer, 11. Aufl. 2005, S. 131. – Gegen diese Bezeichnung MünchKommZPO/Lüke § 255 Rdnr. 14, da der weitere Antrag gerade nicht nur hilfsweise gestellt werde.

2. Ist eine solche Antragstellung zulässig?

a. Die Zulässigkeit dieser Antragsverbindung lässt sich nicht aus einer entsprechenden Anwendung der Bestimmung des **§ 510 b ZPO**, in der ein ähnlicher Fall geregelt ist, herleiten: Diese Bestimmung gilt nur für Amtsgerichtsprozesse – also nicht allgemein –, enthält lediglich eine Ermessenseinräumung für das Gericht und betrifft ihrem eindeutigen Wortlaut nach nur Verurteilungen zur Vornahme von Handlungen i.S.v. §§ 887, 888 ZPO. Auf Verurteilungen zur **Herausgabe von Sachen ist sie nach allgemeiner Ansicht nicht entsprechend anwendbar**.

BGH NJW 1999, 954; OLG Köln NJW-RR 1998, 1682; Stein/Jonas/Leipold, 22. Aufl. 2006, § 510 b Rdnr. 4; MünchKommZPO/Deubner, 2. Aufl. 2000, § 510 b Rdnr. 2.

Bei einer Verurteilung gemäß § 510 b ZPO gilt nämlich für die Zwangsvollstreckung die Bestimmung des **§ 888 a ZPO**, die die Vollstreckung auf Vornahme der Handlung selbst ausschließt, und dies müsste dann bei einer entsprechenden Anwendung des § 510 b ZPO für die Vollstreckung auf Herausgabe der Sache ebenfalls entsprechend gelten; dies aber würde nicht dem Interesse des Klägers entsprechen, der in Fällen der vorliegenden Art gerade in **erster Linie die Herausgabe der Sache erreichen will** und Schadensersatz nur für den Fall begehrt, dass der Herausgabeanspruch nicht durchsetzbar ist.

b. Die h.M. beurteilt die Zulässigkeit dieser Antragstellung unter Heranziehung der **§§ 260, 259 ZPO**.

aa. § 260 ZPO: Eine Verbindung mehrerer Klageanträge (= **objektive Antragshäufung**) ist grundsätzlich zulässig.

bb. § 259 ZPO: Der geltend gemachte Schadensersatzantrag bezieht sich auf einen **aufschiebend bedingten Anspruch**, bedingt durch die Nichterfüllung oder Nichtdurchsetzbarkeit des Herausgabeanspruchs, und stellt daher einen Antrag **auf eine künftige Leistung** dar; ein solcher Antrag ist zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 259 ZPO für eine Klage auf eine künftige Leistung erfüllt sind.

Für die Zulässigkeit des Schadensersatzantrags gelten daher die allgemeinen Bestimmungen der **§§ 260, 259 ZPO**.

So: BGH NJW 1999, 954; OLG Köln NJW-RR 1998, 1682; Zöller/Greger, 26. Aufl. 2007, 255 Rdnr. 3; MünchKommZPO/Lüke § 255 Rdnr. 14; Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 255 Rdnr. 8; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65 Rdnr. 31; Anders/Gehle Rdnr. 481; Knöringer S. 132.

s. näher AlpmannSchmidt-Skript: Die zivilgerichtliche Assessorklausur, 13. Aufl. 2006, § 5, 3.2.3.2, § 12, 5.

3. Ergebnis: Es sind somit **zwei Anträge** gestellt – und zwar nicht in einem (echten) Eventualverhältnis, sondern gleichrangig nebeneinander –, und hinsichtlich dieser beiden Anträge ist die Klage auf ihre Zulässigkeit und Begründetheit zu prüfen.

B. Der Herausgabeanspruch

I. Prozesstation: Keine Bedenken gegen die Zulässigkeit.

Sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts: § 23 Nr. 1 GVG (Streitwert: 3.500 €). Kein Fall der §§ 506, 504 ZPO: **Keine Zusammenrechnung** der beiden Anträge nach § 5 ZPO, da wirtschaftliche Identität (Zöller/Hergert § 5 Rdnr. 8; Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 5 Rdnr. 10; a.A.: Anders/Gehle Rdnr. 484 [nur] für den Zuständigkeitsstreitwert).

II. Schlüssigkeitsprüfung (Darlegungsstation)

1. Schlüssigkeit des Vorbringens der Klägerin (Klägerstation):

a. **Anspruchsgrundlage: § 985 BGB** – Voraussetzungen:



aa. Eigentum der Klägerin an dem Bild:

(1) Ursprünglich war der Vater der Klägerin der Eigentümer des Bildes. Bei seinem Tode am 13.12.2005 ist das Eigentum gemäß § 1922 BGB auf die Klägerin als seine Alleinerbin übergegangen: Die Klägerin hat also das Eigentum **erlangt**.

(2) Die Klägerin könnte das Eigentum an dem Bild jedoch am 20.12.2005 durch Übereignung gemäß § 929 BGB an die Beklagte **verloren** haben.

Angebot zur Übereignung? – Insoweit bestehen zwei Möglichkeiten:

(a) Frau Becker als Botin des Vaters der Klägerin:

Der Vater der Klägerin hat in diesem Falle gegenüber der Beklagten ein (Schenkungs- und) Übereignungsangebot abgegeben, als er kurz vor seinem Tode der Frau Becker den Auftrag zur Übergabe des Bildes an die Beklagte gab; denn dadurch hatte er sich dann seiner Erklärung derart entäußert, dass nunmehr ein weiteres Zutun zum Wirksamwerden dieser Willenserklärung nicht mehr erforderlich war (vgl. Palandt/Heinrichs, 66. Aufl. 2007, § 130 Rdnr. 4).

Dieses Übereignungsangebot an die Beklagte ist aber **nicht wirksam geworden**. Das Wirksamwerden einer Willenserklärung unter Abwesenden setzt **Zugang** voraus (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Diesem Zugang steht zwar gemäß § 130 Abs. 2 BGB nicht entgegen, dass der Vater der Klägerin nach der Abgabe der Erklärung gestorben ist. Das Angebot konnte aber bei seinem Zugang gemäß § 130 Abs. 2 S. 2 BGB nicht mehr wirksam werden, da der Beklagten von Frau Becker **gleichzeitig** das Fehlen des Einverständnisses der Klägerin mitgeteilt wurde; die Klägerin war zu diesem Zeitpunkt die Eigentümerin des Bildes, und ihre Weigerung bedeutet den **Widerruf** des Übereignungsangebotes des Eigentümers i.S.v. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB.

(b) Frau Becker als Vertreterin des Vaters der Klägerin:

Eine Vollmacht für Frau Becker galt gemäß §§ 672, 168 S. 1 BGB zwar auch über den Tod des Vaters der Klägerin hinaus. Die Klägerin, die gemäß § 1922 BGB als Rechtsnachfolgerin ihres Vaters auch in die Stellung des Auftraggebers eingetreten war, hat dann jedoch wirksam die Vollmacht widerrufen (§§ 671, 168 BGB), sodass Frau Becker nicht mehr mit Wirkung gegen die Klägerin als der Eigentümerin ein Übereignungsangebot an die Beklagte abgeben konnte.

Ein Gutgläubens-Schutz kann bereits deshalb nicht in Betracht kommen, weil die Beklagte das Erlöschen der Vollmacht aufgrund der entsprechenden Mitteilung durch Frau Becker gekannt hat.

Unabhängig davon, ob Frau Becker als Botin oder als Vertreterin des Vaters der Klägerin anzusehen ist, ist der Beklagten somit ein wirksames Übereignungsangebot nicht gemacht worden; die Frage nach der Rechtsstellung von Frau Becker bedarf daher keiner Entscheidung. Die Klägerin hat somit das Eigentum an dem Bild nicht verloren, ist also noch Eigentümerin des Bildes.

bb. Besitz der Beklagten: Wird von der Klägerin behauptet.

cc. Ein Recht der Beklagten zum Besitz gemäß § 986 BGB – von Amts wegen zu berücksichtigende **Einwendung**, keine Einrede i.e.S. (h.M.: BGHZ 82, 13, 18; BGH NJW 1999, 3716; Palandt/Bassenge § 986 Rdnr. 1) – ergibt sich aus dem Vorbringen der Klägerin nicht:

(1) Kein Schenkungsvertrag, da das Schenkungsangebot des Vaters der Klägerin nicht wirksam geworden bzw. ein Schenkungsangebot von Frau Becker mangels Vollmacht nicht wirksam abgegeben worden ist; es gilt das Gleiche wie hinsichtlich des Übereignungsangebotes.

(2) Eine Verfügung des Vaters der Klägerin von Todes wegen zugunsten der Beklagten scheidet schon wegen Formmangels aus.



dd. Ergebnis: Der Herausgabeanspruch ist gemäß § 985 BGB schlüssig, und zwar auf Herausgabe unmittelbar an die Klägerin, nicht an Frau Becker, die gegenüber der Klägerin kein Besitzrecht (mehr) hat.

b. Anspruchsgrundlage: § 1007 Abs. 1 BGB. – Ist ebenfalls erfüllt:

aa. Die Klägerin war Besitzerin des Bildes, und zwar geworden gemäß § 857 BGB mit dem Erbfall; nach ihrem Besuch bei Frau Becker war die Klägerin mittelbare Besitzerin, da ihr die Eheleute Becker von diesem Zeitpunkt an als unmittelbare Besitzer aufgrund Verwahrungsvertrages den Besitz vermittelten.

bb. Die Beklagte ist Besitzerin des Bildes.

cc. Die Beklagte war bei Besitzerwerb nicht in gutem Glauben, da ihr Frau Becker das fehlende Einverständnis der Klägerin mitgeteilt hat.

c. Nicht erfüllt ist § 861 BGB, da keine verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer vorliegt, denn Frau Becker – unmittelbare (Mit-) Besitzerin – hat das Bild selbst an die Beklagte weggegeben; eine verbotene Eigenmacht des unmittelbaren Besitzers gegen den mittelbaren Besitzer ist nicht möglich (Palandt/Bassenge § 858 Rdnr. 2, § 869 Rdnr. 1).

d. Somit: Die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlagen § 985 BGB und § 1007 Abs. 1 BGB sind schlüssig dargelegt.

Einem Anspruch auf Herausgabe könnte allerdings die Regelung des **§ 281 Abs. 4 BGB** entgegenstehen, nach der ein Anspruch auf eine Leistung dann ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt, was nach Schur NJW 2002, 2518 zumindest die Geltendmachung eines Herausgabeanspruchs zusammen mit dem unechten Hilfsantrag auf Schadensersatz ausschließt. Dies wird jedoch nicht durchgreifen: Der Leistungsanspruch ist nach § 281 Abs. 4 BGB erst dann ausgeschlossen, wenn der Gläubiger Schadensersatz verlangt hat; dies ist hier jedoch trotz des „unechten“ Schadensersatzantrags noch nicht der Fall, da das Schadensersatzbegehren gerade erst **bedingt** erklärt (Nichtherausgabeklage/Fristablauf) und die **Bedingung noch nicht eingetreten** ist.

e. Ergebnis: Der Herausgabeantrag ist schlüssig.

2. Erheblichkeit der Einlassung der Beklagten (Beklagtenstation):

a. Die Beklagte behauptet, das Bild verschenkt – schenkweise weggegeben – zu haben. Da sie danach weder unmittelbaren noch mittelbaren **Besitz** an dem Bild mehr hat, ist ihre Einlassung erheblich; denn sowohl der Anspruch aus § 985 BGB als auch der aus § 1007 Abs. 1 BGB setzen Besitz der Beklagten voraus.

b. Ob nach dem Vortrag der Beklagten der Anspruch aus § 985 BGB auch deshalb nicht mehr gegeben ist, weil die Klägerin das **Eigentum** an dem Bild durch einen etwaigen gutgläubigen Eigentumserwerb des Bekannten der Beklagten verloren haben könnte, braucht nicht näher erörtert zu werden: Entweder hat die Beklagte das Bild weggegeben – dann ist der Anspruch bereits wegen fehlenden Besitzes der Beklagten ausgeschlossen – oder sie hat das Bild noch, sodass dann ein Eigentumserwerb eines Bekannten nicht vorliegen kann; dieser Gesichtspunkt hat daher keine selbstständige Bedeutung.

III. Beweisstation

Da somit der Besitz der Beklagten an dem Bild streitig und entscheidungserheblich ist und da die für den Besitz der Beklagten grundsätzlich beweispflichtige Klägerin (Palandt/Bassenge § 985 Rdnr. 16) durch ein nach § 445 Abs. 1 ZPO zulässiges Beweismittel – Parteivernehmung der Beklagten – Beweis angetreten hat, kann Beweis darüber zu erheben sein, ob die Beklagte noch im Besitz des Bildes ist.

Insoweit kann aber zugunsten der Klägerin eine Beweiserhebung mit Rücksicht auf § 281 BGB entbehrlich sein – was dann im Ergebnis die Einwendung der Beklagten, nicht mehr im Besitz des Bildes zu sein, unerheblich machen würde.



1. Nach § 281 BGB kann der Gläubiger seinem Schuldner eine Frist zur Leistung setzen und nach Fristablauf zu einem Schadensersatzanspruch übergehen, ohne dass es dann für diesen Anspruch darauf ankommt, ob dem Schuldner die Leistung möglich ist oder nicht. Dann muss einem Kläger auch sogleich die Klage auf Leistung oder Schadensersatz gestattet sein, ohne dass es für den Fall, dass der Beklagte bei Nichterfüllung des Leistungsanspruchs auf Schadensersatz haftet, eine Unmöglichkeit also zu vertreten hat, darauf ankommen kann, ob die Leistung möglich ist oder nicht.

a. Aus dieser Überlegung folgt für die Klage aus einem dinglichen Herausgabeanspruch, wie hier z.B. aus § 985 BGB – auch für einen solchen Anspruch gilt § 281 BGB (Palandt/Heinrichs § 281 Rdnr. 4; Palandt/Bassenge § 985 Rdnr. 16) –, dass eine Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe der Sache an den Kläger dann ohne Rücksicht auf eine streitige Unmöglichkeit zur Herausgabe ausgesprochen werden kann, wenn der Beklagte für den Fall der Nichterhäufigung auf Schadensersatz haftet, sodass dann eine Beweisaufnahme über die vom Beklagten behauptete Unmöglichkeit der Herausgabe entbehrlich ist.

aa. Bis zur Schuldrechtsreform 2001 war praktisch allgemeine Auffassung, dass einer Herausgabeklage bei Ungeklärtheit, ob der Inanspruchgenommene noch im Besitz der Sache ist, auch ohne Beweisaufnahme über das Vorliegen des Besitzes dann stattgegeben werden könne, wenn der Inanspruchgenommene **für den Fall, dass er die Sache nicht mehr besitzen, ihm also die Herausgabe unmöglich sein sollte, auf Schadensersatz zu haften hat.**

u.a. OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 1761; OLG Koblenz NJW 1960, 1253, 1255, AnwBl 1990, 107.

Gründe: Die frühere Regelung in § 283 BGB, nach der der Urteilsgläubiger einer Leistung nach erfolgloser Fristsetzung zur Leistung Schadensersatz vom Schuldner verlangen konnte, ohne dass es dann darauf ankam, ob dem Schuldner die Leistung wirklich unmöglich geworden ist oder nicht. Ferner praktische Gesichtspunkte, nämlich, dem auf Herausgabe klagenden Eigentümer die Möglichkeit zu geben, nicht nur durch eine ihm i.d.R. kaum erfolversprechend mögliche Beweisaufnahme im Herausgabeprozess den Besitz des Beklagten zu beweisen, sondern durch eine wesentlich effektivere Herausgabevollstreckung die Besitzfrage zu klären; der Inanspruchgenommene werde hierdurch nicht unbillig belastet, wenn er ohnehin auf Schadensersatz zu haften hat.

bb. Ob diese Rechtsprechung auch nach der Schuldrechtsreform – die § 283 BGB a.F. ersatzlos gestrichen hat – noch weiter gilt, ist umstritten.

(1) **Von einem Teil des Schrifttum wird eine Fortgeltung bejaht.** Dabei wird nunmehr zur Begründung auf die Regelung des **§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB** n.F. abgestellt, die dem § 283 BGB im Wesentlichen entspricht – und die auch, wie vorstehend belegt, für den dinglichen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB: Wenn der Herausgabekläger unter den Voraussetzungen dieser Bestimmung zum Schadensersatzanspruch übergehen könne, ohne dass es auf die Möglichkeit/Unmöglichkeit der Leistung ankomme, müsse er auch die Leistung, ebenfalls ohne Berücksichtigung der Möglichkeit/Unmöglichkeit, verlangen können, wenn der Herausgabeschuldner bei Unmöglichkeit zum Schadensersatz verpflichtet sei; die bisherigen Gründe für die Annahme, dass sich dann eine Beweisaufnahme über die streitige Unmöglichkeit erübrige, hätten auch weiterhin ihre Berechtigung.

u.a. Palandt/Bassenge § 985 Rdnr. 16; Baumbach/Lauterbach/Hartmann Anh § 286 Rdnr. 99, Herausgabe; Anw-K-BGB/Scharnbacher, 2004, § 985 Rdnr. 61; Reimer in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 310; Anders/Gehle Rdnr. 493; Kaiser MDR 2004, 311.

Wenn allerdings die Unmöglichkeit der Herausgabe unstreitig oder bereits bewiesen ist: Abweisung des Herausgabeantrags, denn zu einer Leistung, von der **feststeht**, dass sie unmöglich ist, darf nicht verurteilt werden (BGH NJW 1999, 2035).

(2) **Weitgehend wird im Schrifttum aber nunmehr angenommen, dass die frühere Rechtsprechung überholt sei**, und zwar insbesondere aufgrund der Neuregelung in § 275 Abs. 1 BGB, nach der nunmehr, anders als nach der früheren Fassung, **jede** Unmöglichkeit der Leistung, auch die zu vertretende, zum Untergang der Leistungs- also hier: des Herausgabeanspruchs führe; die streitige Frage einer Unmöglichkeit der Herausgabe und damit des Besitzes des Herausgabebeverklagten könne daher nicht offen bleiben, sondern **sei in jedem Falle durch Beweisaufnahme zu klären.**



u.a. Staudinger/Löwisch, 2004, § 275 Rdnr. 101; Palandt/Heinrichs § 275 Rdnr. 34; Münch-KommBGB/Ernst, 4. Aufl. 2003, § 275 Rdnr. 65; Jauernig/Stadler, BGB, 11. Aufl. 2004, § 275 Rdnr. 33; Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB, 2003, § 275 Rdnr. 50; Gsell JZ 2004, 110, 118; Zimmer NJW 2002, 1, 2.

b. In der vorstehenden Streitfrage können natürlich – mit entsprechender Begründung – beide Auffassungen vertreten werden.

aa. Für die bisher herrschende Auffassung, die eine Beweisaufnahme bei Ungeklärtheit der Besitzlage, aber Haftung des Beklagten bei Besitzverlust für entbehrlich hält, dürfen jedoch die gewichtigeren Gesichtspunkte sprechen:

Zum einen entspricht sie der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung, die – wie ausgeführt – auch mit der jetzigen Regelung des § 281 BGB in Einklang gebracht werden kann; eine entgegenstehende neue ober- oder gar höchstgerichtliche Rechtsprechung ist nicht nicht ersichtlich.

Zum anderen sprechen auch ohnehin für die bisherige Rechtsprechung gute Gründe, so u.a. neben den bereits angeführten praktischen Gesichtspunkten, dass die Gegenansicht zu einer Verschlechterung der prozessualen Rechtsstellung eines Herausgabeklägers führen würde, was aber kaum durch die Schuldrechtsreform herbeigeführt werden sollte. Solange der Besitzverlust nicht feststeht – und dies bleibt nach dieser Rechtsprechung gerade auch zunächst offen –, **kann auch gerade nicht von einer Unmöglichkeit der Herausgabe und damit von einem Nicht(mehr)bestehen des Herausgabeanspruches ausgegangen werden**, sodass daher das entscheidende Argument der Gegenansicht gerade (noch) nicht eingreift.

Daher wird hier dieser Ansicht gefolgt (zur Entscheidung unter Zugrundelegung der Gegenansicht s. die Anmerkung am Ende der Lösung).

bb. Das bedeutet dann, dass eine Beweisaufnahme über die von dem Beklagten einer Herausgabeklage behauptete Unmöglichkeit der Herausgabe dann entbehrlich ist, wenn

(1) **die Frage, ob der Beklagte den Besitz an der Sache nicht mehr hat, noch ungeklärt** ist und wenn

(2) **der Beklagte bei Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache auf Schadensersatz haftet.**

2. Hier: Diese Voraussetzungen für eine Entscheidung ohne Beweisaufnahme über den Besitz der Beklagten sind erfüllt:

a. Es steht nicht fest, dass die Beklagte den Besitz an dem Bild nicht mehr hat.

b. **Falls** die Beklagte den Besitz nicht mehr hat, ist sie der Klägerin gemäß §§ 989, 990 BGB zum Schadensersatz verpflichtet: **Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten** ist ihr die Herausgabe des Bildes nicht mehr möglich, weil sie es verschenkt hat.

aa. Zwischen der Klägerin und der Beklagten bestand ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: Die Klägerin war Eigentümerin des Bildes geblieben, die Beklagte durch die Übergabe des Bildes durch Frau Becker nichtberechtigte Besitzerin geworden (s.o. zur Anspruchsgrundlage § 985 BGB).

bb. Die Beklagte war beim Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben: Aufgrund der Mitteilung von Frau Becker wusste die Beklagte, dass die Klägerin als Erbin und Eigentümerin des Bildes nicht mit dem Besitzwechsel einverstanden war; sie kannte daher bei dem Erwerb des Besitzes die Umstände ihrer fehlenden Besitzberechtigung und die fehlende Besitzberechtigung selbst.

cc. Die Beklagte hat vorsätzlich das Bild an einen Dritten weitergegeben und damit schuldhaft verursacht, dass sie das Bild nicht mehr an die Eigentümerin herausgeben kann.

3. Ergebnis daher: Die Klage ist mit dem **Herausgabeantrag begründet**, ohne dass darüber Beweis zu erheben ist, ob die Beklagte noch den Besitz an dem Bild hat. Die Beklagte ist demnach zur Herausgabe zu verurteilen.



C. Antrag der Klägerin auf Fristbestimmung

Die Klägerin hat mit ihrem erweiterten Klageantrag die Festsetzung einer vom Gericht zu bestimmenden Frist beantragt. Dies ist ein selbstständig zu prüfendes Begehren der Klägerin, nicht nur ein Bestandteil eines der anderen Anträge.

1. Auslegung dieses Antrages: Nach dem Wortlaut des Antrages verlangt die Klägerin, dass die Beklagte zur Herausgabe des Bildes „binnen einer ... Frist“ verurteilt wird. Die Klägerin erstrebt aber ersichtlich, dass die Beklagte das Bild **sofort herausgibt** – so gerade auch mit dem ursprünglichen Klageantrag – und dass die Beklagte dann, wenn sie der Herausgabeverpflichtung nicht innerhalb einer bestimmten Frist nachkommt, Schadensersatz zu leisten habe; dem verfolgten Zweck nach bezieht sich die **beantragte Fristsetzung daher auf den Zahlungsantrag**, da es ersichtlich nicht im Interesse der Klägerin liegt, der Beklagten für die Herausgabe eine Frist einzuräumen. In diesem Sinne ist daher der Klageantrag auszulegen, zumal auch nur insoweit – Bestimmung des Zeitpunkts der künftigen Leistung – die Fristsetzung von Bedeutung ist.

2. Zulässigkeit: Die in der nachträglichen Geltendmachung dieses Antrages liegende bzw. zu sehende Klageänderung (h.M. s. BGH NJW 1985, 1842; 1996, 2869; 2001, 1211) ist bereits gemäß §§ 263, 267 ZPO zulässig, da sich die Beklagte auch auf diesen Antrag durch rügelose Verhandlung eingelassen hat.

3. Begründetheit

Nach § 255 ZPO kann der Kläger die Bestimmung einer Frist im Urteil verlangen, wenn er vom Beklagten Schadensersatz für den Fall verlangen kann, dass dieser den erhobenen Anspruch nicht vor Ablauf einer ihm gesetzten Frist befriedigt. Diese Bestimmung ist aber nicht bereits selbst die Anspruchsgrundlage für die Bestimmung einer Frist, das Recht zur Fristbestimmung im Verhältnis zum Beklagten muss sich vielmehr aus dem materiellen Recht ergeben: § 255 ZPO besagt nur, dass dann, **wenn** ein Fristbestimmungsrecht des Klägers im Verhältnis zum Beklagten (nach materiellem Recht) besteht, der Kläger die Bestimmung im Urteil verlangen kann.

Für die Klägerin ergibt sich aus § 281 BGB das Recht, der Beklagten eine Frist zur Herausgabe des Bildes zu setzen: Dies ist die materiellrechtliche Grundlage der beantragten Fristsetzung.

4. Die Bestimmung der **Länge der Frist** steht im Ermessen des Gerichts, die Klägerin braucht daher insoweit keinen bestimmten Antrag – wohl aber auf die Fristsetzung überhaupt – zu stellen (Baumbauch/Lauterbach/Hartmann § 255 Rdnr. 7).

Die Frist beginnt erst mit der **Rechtskraft des Urteils** (h.M.: Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 255 Rdnr. 9; a.A. MünchKommZPO/Lüke § 255 Rdnr. 11: ab Verkündung des Urteils). Hier kann eine Frist von einem Monat – ab Rechtskraft des Urteils – als angemessen angesehen werden; natürlich ist auch eine andere Fristbestimmung möglich.

D. Der Zahlungsantrag

I. Zulässigkeit (Verfahrensstation)

1. Zulässigkeit der nachträglichen Geltendmachung als Klageänderung: §§ 263, 267 ZPO (s.o.).

2. Zulässigkeit im Übrigen: § 259 ZPO.

a. Die Klägerin macht insoweit einen Anspruch auf eine künftige Leistung geltend: Dazu gehören auch **bedingte** – nicht dagegen erst künftig entstehende – **Ansprüche** (BGH NJW 1999, 954; Thomas/Putzo/Reichold, 27. Aufl. 2005, § 259 Rdnr. 3); der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch ist in diesem Sinne bedingt, nämlich dadurch, dass dem Herausgabeanspruch nicht entsprochen wird oder dass dieser Anspruch nicht durchgesetzt werden kann.



b. Es besteht auch die Besorgnis, dass die Beklagte sich der rechtzeitigen Leistung entziehen wird: Diese Besorgnis setzt keinen bösen Willen des Schuldners voraus; es reicht bereits aus, dass der Schuldner den Anspruch ernstlich bestreitet (BGH NJW 1999, 954; 2003, 1395; NJW-RR 2005, 1518), was hier hinsichtlich der Beklagten, die eine Herausgabe des Bildes abgelehnt hat, der Fall ist.

c. Der von der Klägerin gestellte **Antrag** ist dagegen **nicht bedingt** – was sonst die Zulässigkeit der Klage insoweit möglicherweise zweifelhaft machen könnte –; denn die Klägerin begehrt auch hinsichtlich dieses Antrages **jetzt und unbedingt** eine Entscheidung, auch wenn der Antrag auf einen bedingten Anspruch gestützt wird.

II. Schlüssigkeitsprüfung (Darlegungsstation)

1. Schlüssigkeit des Vorbringens der Klägerin (Klägerstation)

Die Klage ist insoweit schlüssig aus §§ 989, 990 BGB i.V.m. § 281 BGB (s.o.): Die Klägerin hat sich das Vorbringen der Beklagten, nach dem diese sich die Herausgabe durch das Verschicken des Bildes in zu vertretender Weise selbst unmöglich gemacht hat, insoweit zu Eigen gemacht.

Der geltend gemachte Zinsanspruch ist schlüssig aus §§ 291, 288 BGB i.V.m. § 261 Abs. 2 BGB, also für die Zeit ab der Zustellung des den Zahlungsantrag enthaltenden Schriftsatzes vom 20.09.2006 (26.09.2006, bzw. vom folgenden Tage an); erst mit der Zustellung dieses Schriftsatzes – und nicht schon mit Zustellung der Klageschrift – ist der Zahlungsantrag rechtshängig geworden.

Die Zinsen werden bereits in dieser Weise ab Rechtshängigkeit zugesprochen werden können, obwohl der Klageantrag erst nach Fristablauf vollstreckbar ist: Dies wird nicht als ein Fälligwerden des Zahlungsanspruchs erst nach Fristablauf i.S.v. § 291, S. 1. Halbs. 2 BGB zu werten sein (was indes auch vertretbar angenommen werden kann): Der Zahlungsanspruch hat vielmehr materiell bereits bei Klageerhebung bestanden, insbes. auch von der Einlassung der Beklagten her, sie sei bereits zu diesem Zeitpunkt nicht mehr im Besitz des Bildes gewesen, und es stellt sich nur nachträglich heraus, dass (nur) dieser Zahlungsanspruch durchsetzbar ist.

2. Die **Einlassung der Beklagten** ist unerheblich, da der Vortrag der Klägerin insoweit gerade auf dieser Einlassung beruht. Den von der Klägerin angegebenen Wert des Bildes hat die Beklagte nicht bestritten.

III. Ergebnis: Die Klage ist auch hinsichtlich des Zahlungsantrags begründet, und zwar als **Anspruch auf eine künftige Leistung** (bei Nichtherausgabe des Bildes).

E. Gesamtergebnis: Die Beklagte ist **antragsgemäß zu verurteilen**.

1. Hauptanspruch: Die Beklagte ist zur Herausgabe des Bildes und für den Fall, dass sie das Bild nicht innerhalb der bestimmten Frist herausgibt, zur Zahlung von 3.500 € nebst Zinsen zu verurteilen.

Dabei kann die Fristbestimmung in die Herausgabeverurteilung einbezogen werden – etwa: „Für den Fall der Nichtherausgabe des Bildes innerhalb eines Monats ab Rechtskraft des Urteils wird die Beklagte verurteilt, ...“ – oder auch selbstständig in einem eigenen Ausspruch erfolgen, nach dem dann der Tenor etwa wie folgt fortgesetzt werden kann: „Für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs wird die Beklagte verurteilt, ...“

Nach Wieser NJW 2003, 2432, 2434 ist im Hinblick auf § 281 Abs. 4 BGB auch ausdrücklich zu formulieren, dass mit dem Fristablauf der Herausgabeanspruch entfalle, sodass daher die Beklagte insoweit statt zur Herausgabe zur Zahlung verurteilt werde. Eine solche Einschränkung wird indes – auch wenn dies materiellrechtlich zutreffen wird – die Vollstreckungsmöglichkeiten der Klägerin unangemessen beeinträchtigen; die Rechtslage bleibt für die Beklagte auch nach Fristablauf eindeutig, auch wenn nunmehr gegen sie auf Zahlung vollstreckt wird: Erst mit einer Zahlungsvollstreckung wird die Herausgabeverurteilung gegenstandslos werden.

2. Kosten: treffen gemäß § 91 ZPO die unterliegende Beklagte.

3. Vorläufige Vollstreckbarkeit: Gemäß §§ 708 Nr. 11, 709 ZPO gegen Sicherheitsleistung der Klägerin (Hauptsacheverurteilung über 1.500 €).



a. Herausgabevollstreckung: Für die Herausgabevollstreckung ist gemäß § 709 S. 1 ZPO ein fester Sicherheitsbetrag einzusetzen: 3.500 €

b. Hinsichtlich der Kostenentscheidung kann – da **insoweit** Geld-Verurteilung – § 709 S. 2 ZPO angewandt werden: 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages – was die einfachere Variante darstellt, da die Kosten nicht berechnet zu werden brauchen – oder gemäß § 709 S. 1 ZPO ein Gesamtsicherheitsbetrag mit der Herausgabevollstreckung festgesetzt werden: Da sich der Kostenbetrag, den die Klägerin vollstrecken kann, bei einem Streitwert von 3.500 € – auch hinsichtlich des Gebührenwerts findet keine Zusammenrechnung statt (s.o., insoweit auch Anders/Gehle Rdnr. 484) – auf rund 940 € beläuft, wäre ein Gesamtsicherheitsbetrag von (aufgerundet) 4.500 € angemessen.

Kostenerstattungsanspruch der Klägerin: Rechtsanwaltsgebühren von insgesamt 2,8 (Verfahrens- u. Terminsgebühr, RVG VV 3100, 3104) mit Nebenkosten (VV 7002, 7008): insgesamt 652,50 € zzgl. Gerichtskostenvorschuss 291 €.

c. Hinsichtlich der Zahlungsverurteilung ist eine vorläufige Vollstreckbarkeit nicht anzuordnen, da insoweit eine Vollstreckung erst nach Rechtskraft des Urteils möglich ist (Anders/Gehle Rdnr. 486). Dies bedarf keines besonderen Ausspruchs, da sich dies aus dem Hauptausspruch – Fristsetzung! – ohnehin ergibt.

- - - - -

Daraus ergibt sich dann folgender **Urteilsentwurf:**

Amtsgericht Bielefeld

- 2 C 365/06 -

Urteil

Im Namen des Volkes!

In dem Rechtsstreit

der Frau Dorothea Mertens geb. Meyer, Waldstraße 13, 32052 Herford,

Klägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Vogler in Herford -

gegen

Frau Gertrud Kaiser geb. Kempkes, Sennestraße 4, 33647 Bielefeld,

Beklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Schmidt in Bielefeld -

hat das Amtsgericht Bielefeld auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 2006 durch den Richter am Amtsgericht Jansen für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin ein Ölgemälde von L. Leverenz – Moorlandschaft – 60 cm x 90 cm – herauszugeben.

Für den Fall der Nichtherausgabe des Bildes innerhalb eines Monats ab Rechtskraft des Urteils wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 3.500 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27. September 2006 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist hinsichtlich der Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe des Bildes gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 3.500 € und hinsichtlich der Kostenentscheidung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.



Tatbestand

Die Klägerin ist die Tochter und alleinige Erbin des am 13. Dezember 2005 verstorbenen Rentners Hubert Meyer.

Der Verstorbene hatte in seinen letzten Jahren bei der Familie Becker in Bielefeld, Sennestraße 2, gewohnt. Während dieser Zeit war er mit der im Nachbarhaus wohnenden Beklagten befreundet gewesen; er hatte deshalb etwa eine Woche vor seinem Tode Frau Becker gebeten, das ihm gehörende Bild „Moorlandschaft“, das einen Wert von mindestens 3.500 € besitzt, nach seinem Tode der Beklagten als ein Andenken und Geschenk zu überbringen.

Wenige Tage nach dem Tode ihres Vaters suchte die Klägerin die Familie Becker auf, um den Nachlass zu ordnen. Sie vereinbarte dabei mit den Eheleuten Becker, dass diese die Nachlassgegenstände zunächst noch bei sich aufbewahren sollten. Bei diesem Besuch erzählte Frau Becker der Klägerin von der Bitte des Verstorbenen hinsichtlich des Bildes. Die Klägerin erklärte hierzu, sie sei mit einer Übergabe des Bildes an die Beklagte nicht einverstanden.

Frau Becker, die sich verpflichtet fühlte, den Wunsch des Verstorbenen zu erfüllen, überbrachte das Bild jedoch am 20. Dezember 2005 der Beklagten; dabei machte sie der Beklagten sowohl von der Bitte des Verstorbenen als auch von der Weigerung der Klägerin Mitteilung.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten die Herausgabe des Bildes.

Die Beklagte beruft sich gegenüber diesem Begehren u.a. darauf, dass sie nicht mehr im Besitz des Bildes sei, da sie es einem Bekannten geschenkt habe. Hierzu behauptet die Klägerin, die Beklagte sei nach wie vor im Besitz des Bildes (Beweis: eidliche Parteivernehmung), da das ganze Verhalten der Beklagten darauf hindeute, dass sie das Bild versteckt habe.

Mit Rücksicht auf diese Einlassung der Beklagten hat die Klägerin jedoch ihr ursprüngliches Klagebegehren dahin erweitert,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin ein Ölgemälde von L. Leverenz – Moorlandschaft – 60 cm x 90 cm – binnen einer vom Gericht zu bestimmenden Frist herauszugeben, und für den Fall, dass das Bild nicht herausgegeben wird, an die Klägerin 3.500 € nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie behauptet, das Bild einem Bekannten geschenkt zu haben, dessen Namen sie allerdings nicht nennen möchte. Der Klägerin könne – so macht die Beklagte weiterhin geltend – auch ohnehin kein Anspruch hinsichtlich des Bildes zustehen, da sie, die Beklagte, mit dem Gemälde lediglich das bekommen habe, was sie nach dem auch für die Klägerin verbindlichen Willen des Verstorbenen habe erhalten sollen.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist hinsichtlich aller gestellten Anträge zulässig und begründet.

1. Die von der Klägerin vorgenommene Verbindung ihrer Anträge in einem Rechtsstreit ist zulässig.

Bei den von der Klägerin gestellten Anträgen – Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe des Bildes, für den Fall der Nichtherausgabe: Verurteilung zu Schadensersatz – handelt es sich nicht um einen Haupt- und Hilfsantrag im eigentlichen Sinne, da ein solches echtes Eventualverhältnis voraussetzt, dass über den Hilfsantrag nur dann entschieden werden soll, wenn der Hauptantrag abgewiesen wird. Die Klägerin erstrebt hier dagegen eine stattgebende Ent-



scheidung hinsichtlich ihrer beiden Anträge, die sie nebeneinander – nicht hilfsweise nacheinander und auch nicht bedingt – stellt; lediglich hinsichtlich der Erfüllung des Urteils bzw. der Vollstreckung aus dem Urteil besteht ein Eventualverhältnis, da die Klägerin nur eine Leistung erhalten und die Schadensersatzleistung nur für den Fall durchsetzen will, dass der Herausgabeanspruch nicht erfüllt wird oder nicht durchsetzbar sein sollte. Eine solche Antragsverbindung, bei der die Anträge gleichzeitig und nebeneinander gestellt sind und ein Eventualverhältnis nicht für die Klage und die erstrebte Verurteilung, sondern erst für die Vollstreckung besteht, wird als ein „unechtes Eventualverhältnis“, der Zahlungsantrag entsprechend als ein „unechter Hilfsantrag“ bezeichnet.

Die grundsätzliche Zulässigkeit dieser Antragsverbindung ergibt sich aus der Bestimmung des § 260 ZPO, nach der mehrere Klageansprüche miteinander in einer Klage verbunden werden können. Allerdings handelt es sich bei dem Zahlungsantrag um einen Antrag auf Verurteilung zu einer künftigen Leistung, da dieser Anspruch nur in dem Fall durchgesetzt werden soll, dass das Bild nicht herausgegeben wird, dem Herausgabeanspruch also nicht entsprochen wird oder die Vollstreckung wegen der erstrebten Herausgabeverurteilung keinen Erfolg hat; ein solcher Anspruch auf eine künftige Leistung kann aber unter der Voraussetzung des § 259 ZPO eingeklagt und dann nach der allgemeinen Bestimmung des § 260 ZPO – die Sonderregelung des § 510 b ZPO, die sich nur auf Klagen auf Verurteilung zur Vornahme von Handlungen i.S.v. §§ 887, 888 ZPO bezieht, ist auf Herausgabeklagen nicht entsprechend anwendbar – auch mit dem Herausgabeantrag verbunden werden.

2. Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe des Bildes ist gemäß § 985 BGB begründet.

a. Die Klägerin ist die Eigentümerin des Bildes: Sie hat das Eigentum gemäß § 1922 BGB als Erbin mit dem Tode ihres Vaters am 13. Dezember 2005 erlangt, und sie hat dieses Eigentum durch die Übergabe des Bildes am 20. Dezember 2005 durch Frau Becker an die Beklagte nicht verloren, da bei der Übergabe der Übereignungstatbestand des § 929 BGB nicht erfüllt worden ist. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob Frau Becker aufgrund der Bitte des Vaters der Klägerin als seine Botin oder als seine Vertreterin handeln sollte und wollte, da in beiden Fällen ein wirksames Übereignungsangebot, das von der Beklagten angenommen worden wäre, fehlt: War Frau Becker Botin des Vaters der Klägerin, so hat dieser zwar ein Übereignungsangebot abgegeben, da er sich durch die Bitte an Frau Becker seiner entsprechenden Willenserklärung so entäußert hatte, dass sie ohne sein weiteres Zutun wirksam werden konnte; das Angebot ist dann aber gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB nicht wirksam geworden, da der Beklagten von Frau Becker bei der Mitteilung des Willens des Verstorbenen – dem Zugang dessen Erklärung – gleichzeitig auch das Fehlen des Einverständnisses der Klägerin mitgeteilt worden ist, und da die Klägerin zu diesem Zeitpunkt schon die Eigentümerin des Bildes war, bedeutete ihre Weigerung der Übereignung den Widerruf des Übereignungsangebotes i.S.v. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB. War Frau Becker vom Vater der Klägerin Vollmacht zur Eigentumsübertragung erteilt worden, so lag in der Weigerungserklärung der Klägerin als der Eigentümerin des Bildes zugleich auch der Widerruf dieser Vollmacht (§§ 671, 168 BGB), sodass Frau Becker daher auch dann nicht mehr mit Wirkung gegen die Klägerin als der Eigentümerin ein Übereignungsangebot an die Beklagte abgeben konnte.

b. Dass die Beklagte auch den Besitz an dem Bild hat – was weitere Voraussetzung für den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB ist –, ist allerdings von der Beklagten bestritten worden.

Einer Beweisaufnahme über den Besitz der Beklagten an dem Bild bedarf es jedoch nicht, da die Beklagte im vorliegenden Fall aufgrund des § 281 BGB auch ohne Beweisaufnahme so zu behandeln ist, als sei sie (noch) die Besitzerin des Bildes; ihre Einlassung ist daher unerheblich.

Nach dieser Bestimmung kann der Gläubiger seinem Schuldner eine Frist zur Leistung setzen und nach Fristablauf zu einem Schadensersatzanspruch übergehen, ohne dass es für diesen Anspruch darauf ankommt, ob dem Schuldner die Leistung möglich ist oder nicht. Dann aber muss einem Kläger auch sogleich die Klage auf Leistung oder Schadensersatz gestattet



sein, ohne dass es für den Fall, dass der Beklagte bei Nichterfüllung des Leistungsanspruches auf Schadensersatz zu haften, eine Unmöglichkeit also zu vertreten hat, darauf ankommen kann, ob die Leistung wirklich unmöglich ist oder nicht.

Daraus folgt für eine Klage aus § 985 BGB – auch für einen solchen Anspruch gilt § 281 BGB –, dass eine Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe der Sache an den Kläger dann ohne Rücksicht auf eine streitige Unmöglichkeit der Herausgabe ausgesprochen werden kann, wenn der Beklagte für den Fall der Nichtherausgabe auf Schadensersatz haftet, sodass dann eine Beweisaufnahme über den vom Beklagten behaupteten Besitzverlust und die daraus folgende Unmöglichkeit zur Herausgabe entbehrlich ist.

Diese vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform allgemein vertretene Auffassung gilt nach Ansicht des Gerichts weiterhin, auch wenn die Regelung des § 283 BGB a.F., auf die sich diese Ansicht entscheidend stützte, entfallen ist, da sie sich – wie ausgeführt – aus § 281 BGB n.F. in gleicher Weise herleiten lässt.

Zwar wird nunmehr gegen diese Ansicht eingewandt, dass gemäß § 281 Abs. 4 BGB eine Geltendmachung des Schadensersatzanspruches den Erfüllungsanspruch – hier also: den Herausgabeanspruch – entfallen lasse, was dann auch die Verbindung von Leistungs- und Schadensersatzanspruch problematisch mache; zudem führe nach § 275 BGB n.F. im Unterschied zur früheren Rechtslage jede, auch die nicht zu vertretende Unmöglichkeit, zum Untergang des Erfüllungsanspruches, sodass daher die Frage, ob eine behauptete Unmöglichkeit vorliege oder nicht, nicht mehr offen bleiben könne.

Diese Gesichtspunkte greifen nach Ansicht des Gerichts jedoch nicht durch: Das Schadensersatzbegehren, das – wie hier – mit einem unechten Hilfsantrag verfolgt wird, ist eben nur bedingt erhoben, bedeutet daher keine unmittelbare Geltendmachung des Schadensersatzverlangens und kann bereits deshalb nicht den Erfüllungs-, d.h. hier den Herausgabeanspruch entfallen lassen. Solange die umstrittene Frage einer Unmöglichkeit noch offen ist, steht ein Untergang des Erfüllungsanspruches eben auch noch nicht fest.

Zudem gelten die Gründe, die für die bisherige anerkannte Vorgehensweise geltend gemacht wurden, nach wie vor weiter:

Durch ein solches Vorgehen wird eine Beweisaufnahme und – wenn die Verbindung von Herausgabe- und Schadensersatzklage generell verneint würde – ein weiterer Prozess vermieden; dieses Verfahren vermeidet daher Kosten, beschleunigt die Erledigung des Rechtsstreits und dient daher ganz entscheidend der Prozessökonomie. Dem Kläger wird dadurch auch die Möglichkeit eingeräumt, durch eine Herausgabevollstreckung zu ermitteln, ob der Beklagte die Sache noch besitzt oder nicht; dies ist für den Kläger, den im Rahmen des § 985 BGB die Beweislast für den Besitz des Beklagten trifft, erfolgsversprechender als eine Beweisaufnahme über diese Frage, zumal er oft – wie gerade auch im vorliegenden Fall (nur Antrag auf Parteivernehmung der Beklagten!) – keine geeigneten Beweismittel haben wird; insbesondere eine Beweislastentscheidung gegen den Kläger wäre unbillig, da dann gerade die ungeklärte Möglichkeit des Besitzes des Beklagten bestehen würde. Die Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung würde daher zu erheblichen Nachteilen für den Herausgabekläger führen; es wird nicht anzunehmen sein, dass durch die Schuldrechtsreform eine solche Verschlechterung der prozessualen Lage des Klägers herbeigeführt werden sollte, was ebenfalls für die Weitergeltung der bisherigen Auffassung spricht. Dem Beklagten geschieht durch eine sofortige Verurteilung zur Herausgabe – auch bei Ungeklärtheit seines Besitzes – kein Unrecht, wenn er bei Unmöglichkeit der Herausgabe ohnehin auf Schadensersatz haftet; er wird nicht unbillig belastet, wenn er außerdem auch zur Herausgabe verurteilt wird.

Die hiernach zu verlangenden Voraussetzungen für eine Entscheidung über den geltend gemachten Herausgabeanspruch aus § 985 BGB ohne eine Beweisaufnahme über den Besitz der Beklagten an dem Bild sind erfüllt:

Es steht noch nicht fest, dass die Beklagte den Besitz nicht mehr habe. Falls sie – wie sie behauptet – nicht mehr im Besitz des Bildes ist, so ist sie der Klägerin gemäß §§ 989, 990 BGB



zum Schadensersatz verpflichtet, da ihr nach ihrem eigenen Vorbringen die Herausgabe des Bildes deshalb nicht mehr möglich ist, weil sie es verschenkt hat. Zwischen der Klägerin und der Beklagten war durch die Übergabe des Bildes durch Frau Becker ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis i.S.v. §§ 987 ff. BGB entstanden, da – wie schon ausgeführt worden ist – die Klägerin Eigentümerin des Bildes geblieben war; die Beklagte war nichtberechtigte Besitzerin, denn ihr stand im Verhältnis zur Klägerin als der Eigentümerin kein Recht zum Besitz zu, da ein Schenkungsvertrag zu ihren Gunsten aus denselben Gründen wie die beabsichtigte Übereignung des Bildes nicht zustande gekommen ist und da der Wille des Vaters der Klägerin zur Übereignung des Bildes an die Beklagte schon wegen Formmangels nicht als eine Verfügung von Todes wegen Wirkung erlangt haben kann. Beim Erwerb des Besitzes an dem Bild war die Beklagte nicht im guten Glauben hinsichtlich ihrer Besitzberechtigung, da sie infolge der Mitteilung von Frau Becker wusste, dass die Klägerin als die Erbin und Eigentümerin des Bildes mit der Übergabe des Bildes nicht einverstanden war. Die Beklagte hat bei Zugrundelegung ihres Vortrages das Bild vorsätzlich an einen Dritten weggegeben und damit schuldhaft verursacht, dass sie das Bild nicht mehr an die Klägerin herausgeben kann.

c. Die Beklagte ist daher – da somit die Voraussetzungen des § 985 BGB gegeben sind bzw. als gegeben gelten und da der Beklagten kein Recht zum Besitz i.S.v. § 986 BGB zusteht – zur Herausgabe des Bildes an die Klägerin zu verurteilen.

3. Auch dem Klageantrag auf Verurteilung der Beklagten zur Leistung von Schadensersatz für den Fall der Nichtherausgabe des Bildes innerhalb der zu setzenden Frist ist zu entsprechen.

a. Dieser Antrag ist zulässig:

Die in der nachträglichen – erst nach Einreichung der Klageschrift erfolgten – Geltendmachung dieses Antrages zu sehende Klageänderung ist bereits gemäß §§ 263, 267 ZPO zulässig, da sich die Beklagte auch auf diesen Antrag durch rügelose Verhandlung eingelassen hat. Im Übrigen ergibt sich die Zulässigkeit der Klage aus § 259 ZPO:

Die Klägerin macht insoweit einen Anspruch auf eine künftige Leistung im Sinne dieser Bestimmung geltend; ein solcher Anspruch ist auch ein bedingter Anspruch, und der von der Klägerin geltend gemachte Zahlungsanspruch – nicht aber der unbedingt gestellte Klageantrag als solcher – ist in diesem Sinne bedingt, nämlich dadurch, dass dem Herausgabeanspruch nicht entsprochen wird oder dass dieser Herausgabeanspruch nicht durchgesetzt werden kann. Es besteht auch die Besorgnis, dass die Beklagte sich der rechtzeitigen Bewirkung dieser Leistung entziehen wird; die Annahme einer solchen Besorgnis setzt keinen bösen Willen des Schuldners voraus, sondern es genügt, dass der Schuldner den Anspruch ernstlich, wenn auch gutgläubig, bestreitet, was hier hinsichtlich der Beklagten der Fall ist.

b. Begründet ist dieser Zahlungsantrag gemäß §§ 989, 990 BGB; die Klägerin hat sich insoweit das Vorbringen der Beklagten, nach dem diese sich die Herausgabe durch das Verschenken des Bildes in von ihr zu vertretender Weise selbst unmöglich gemacht hat, zu Eigen gemacht. Der geltend gemachte Zinsanspruch findet seine Rechtfertigung in §§ 291, 288 Abs. 1 BGB, und zwar vom Zeitpunkt der Zustellung des Schriftsatzes an, mit dem dieser Antrag angekündigt worden ist, da der Zahlungsanspruch in diesem Zeitpunkt rechtshängig geworden ist (§ 261 Abs. 2 ZPO).

4. Die von der Klägerin beantragte Fristsetzung ist aufgrund von § 255 ZPO i.V.m. § 281 Abs. 1 BGB in das Urteil aufgenommen worden, wobei eine Frist von einem Monat, die mit der Rechtskraft des Urteils zu laufen beginnt, für angemessen erachtet worden ist; diese Fristsetzung bezieht sich – nach dem ersichtlichen Zweck des Begehrens der Klägerin – nur auf die Zahlungsverpflichtung der Beklagten bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Herausgabeverpflichtung, nicht dagegen auf die Herausgabeverpflichtung selbst, zumal die Fristsetzung auch nur für die Zahlungsverurteilung, als Bestimmung des Zeitpunkts der künftigen Leistung, von Bedeutung ist.



5. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 709 S. 1, 2 ZPO; dabei ist ein Streitwert von 3.500 € (Wert des Bildes, § 6 ZPO, keine Zusammenrechnung der wirtschaftlich identischen Anträge) zugrunde gelegt worden.

Unterschrift des Richters

- - - - -

Sehr geehrte Kursteilnehmerin, sehr geehrter Kursteilnehmer!

Der sog. „unechte Hilfsantrag“ ist besonders klausurrelevant, sodass Sie sich mit ihm besonders befassen sollen, zumal die Möglichkeit dieser Fallgestaltung – und insbesondere eine Zuerkennung des Herausgabeanspruchs ohne Beweisaufnahme über den Besitz bei Schadensersatzhaftung des Beklagten bei fehlendem Besitz – nunmehr, wegen der Umgestaltung des Leistungsstörungsrechts durch die Schuldrechtsreform, streitig geworden ist. Rechtsprechung zur neuen Rechtslage ist noch nicht ersichtlich.

s. zum unechten Hilfsantrag in meinem AlpmannSchmidt–Skript: Die zivilgerichtliche Assessorklausur, 13. Aufl. 2006, § 5, 3.2.3.2 und § 12, 5.

*Falls Sie die Erforderlichkeit einer Beweisaufnahme über den Besitz der Beklagten angenommen haben – weil nunmehr jede Unmöglichkeit erheblich sei –, hätten Sie eine Parteivernehmung der Beklagten für den Antrag des Klägers unterstellen müssen: Der Herausgabekläger trägt die Beweislast für den Besitz des Herausgabebeklagten im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder auch nur der Rechtshängigkeit, jedenfalls bei einem – wie hier – **dinglichen** – Herausgabeanspruch, da der zu diesem Zeitpunkt bestehende Besitz insoweit eine **Anspruchsvoraussetzung** darstellt (s. Palandt/Bassenge § 985 Rdnr. 16 m.w.N.), **nicht** dagegen die Beklagte für den Verlust ihres – unstreitig begründeten – Besitzes und damit für die Unmöglichkeit der Herausgabe (anders bei einem schuldrechtlichen Herausgabeanspruch, bei dem der schuldrechtliche Grundsatz gilt, dass der Schuldner die Unmöglichkeit einer einmal entstandenen Verpflichtung zu beweisen hat, s. Palandt/Heinrichs § 275 Rdnr. 34). Der Beweis des (fortbestehenden) Besitzes der Beklagten ist mit ihrer Aussage nicht geführt (s. den Bearbeitungsvermerk), der Herausgabeantrag daher unbegründet und abzuweisen. Der Zahlungsantrag ist aus §§ 989, 990 BGB begründet, sodass insoweit der Klage stattzugeben ist. Die Kostenentscheidung kann unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Gebührenstreitwert, da wirtschaftliche Identität, insgesamt (nur) 3.500 € beträgt, dahin getroffen werden, dass auch dann der Beklagte die Kosten vollständig zu tragen hat, entsprechend den Grundsätzen zum echten Hilfsantrag, bei dem der Kläger nach h.M. im Falle des § 45 Abs. 1 S. 2, 3 GKG (derselbe Gegenstand) nur dann an den Kosten zu beteiligen ist, wenn der zuerkannte Hilfsantrag einen geringeren Wert hat als der aberkannte Hauptantrag (s. AlpmannSchmidt–Skript: Die zivilgerichtliche Assessorklausur, § 11, 2.2.1.2, 3 c m.N.); es wird aber auch eine hälftige Beteiligung des Klägers wegen der Abweisung des – gleichwertigen – Herausgabeantrags, der ja kumulativ gestellt war, angenommen werden können (so Anders/Gehle Rdnr. 485).*

Sollten Sie einen Untergang/Ausschluss des Herausgabeanspruchs gemäß § 281 Abs. 4 BGB wegen des bereits geltend gemachten Schadensersatzverlangens/-antrages angenommen haben, so hätten Sie ebenfalls den Herausgabeantrag abweisen und dem Zahlungsantrag stattgeben müssen, wobei dann auch die vorstehenden Überlegung zur Kostenentscheidung anzustellen gewesen wären.

Dr. Walter Baumfalk

- - - - -