

JURISTISCHE RUNDSCHAU JR

Abhandlung

Ref. jur. Anna Magdalena Geiger-Wieske, B.A.*

Zur Beweislast bei der Ersitzung abhandengekommener Sachen

Besprechung von BGH, Urt. v. 19. 7. 2019 – V ZR 255/17 (in diesem Heft auf Seite 116)

<https://doi.org/10.1515/juru-2019-0135>

A. Einleitung

Immer wieder machen Rückforderungen bedeutender Kulturgüter durch die ursprünglichen Eigentümer oder deren Erben Schlagzeilen.¹ Der Grund für den Verlust des Kulturgutes ist dabei vielfältig: vom »klassischen« Diebstahl über Raubgrabungen und sogenannte Beutekunst bis hin zu den zahlreichen Verlusten im Nationalsozialismus, beispielsweise im Wege der Einziehung »entarteter Kunst« oder in Form der Zwangsverstaatlichung.² Derartige Kulturgüter werden regelmäßig als abhandengekommen im Sinne des § 935 BGB eingestuft.³ Nach deutschem Recht ist hieran ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb nicht möglich.⁴

1 Jüngst beispielsweise der Streit um die Mondrian-Bilder in Krefeld, vgl. https://www.deutschlandfunkkultur.de/streit-um-mondrian-bilder-in-krefeld-herkunft-weiter.1013.de.html?dram:article_id=452864, zuletzt abgerufen am 2. 9. 2019.

2 Ein Überblick zu den möglichen Arten der Kulturgutentziehung findet sich bei Anton JR 2010, 415 (417).

3 Anton Zivilrecht – Guter Glaube im internationalen Kunsthandel Bd. 2, 2010, S. 80 ff.; Staudinger/Wiegand, 2017, § 935 Rn. 18; zur Berücksichtigung ausländischer Wertungen für das Abhandenkommen Armbrüster NJW 2001, 3581 (3584 f.).

4 Von den Ausnahmen in Abs. 2 sei an dieser Stelle abgesehen.

*Kontaktperson: Anna Magdalena Geiger-Wieske, ist Doktorandin bei Prof. Dr. Christian Baldus, Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

Der Besitzer kann aber im Wege der Ersitzung Eigentum erwerben, § 937 BGB. Der Ersitzungstatbestand mit ansonsten eher geringer praktischer Relevanz nimmt hier eine Schlüsselrolle ein.⁵ Dies zeigt bereits der Blick in die Kommentare zu § 937 BGB, die sich alle mit dem Thema Eigentumserwerb an Kulturgütern auseinandersetzen.⁶ Ebenso findet sich in Literatur zum Kunstrecht regelmäßig ein Abschnitt zur Ersitzung.⁷

I. Problemstellung

Eigentum durch Ersitzung erwirbt gemäß § 937 Abs. 1 BGB, wer eine bewegliche Sache zehn Jahre in Eigenbesitz hat. Eigenbesitz bedeutet, dass der potentielle Erwerber die Sache als ihm gehörend besitzt, § 872 BGB. Die Ersitzung ist gemäß § 937 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Erwerber beim Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben in Hinblick auf sein Eigentum war oder wenn er später erfährt, dass ihm das Eigentum nicht zusteht. Bei der Kenntnis handelt es sich um eine innere Tatsache.

5 Staudinger/Wiegand, 2017, Vorb. zu §§ 937 – 945 Rn. 4.

6 Vgl. MüKo-BGB/Baldus, 8. Aufl. (erscheint 2020), § 937 Rn. 46 – 62; Staudinger/Wiegand, 2017, Vorb. zu §§ 937 – 945 Rn. 6, § 937 Rn. 8; Beck-OK BGB/Buchwitz, Stand 1. 2. 2019, § 927 Rn. 92 – 96; jurisPK-BGB/Lenders, 8. Aufl. (2017), § 937 Rn. 9 – 10.

7 Bspw. Anton Zivilrecht – Guter Glaube im internationalen Kunsthandel, Bd. 2, 2010, S. 713 ff.; Kunze Restitution »Entarteter Kunst« – Sachenrecht und Internationales Privatrecht, 2000, S. 101 ff.; Schack Kunst und Recht, 3. Aufl. (2017), Rn. 517 ff.

Innere Vorgänge, die sich nicht durch eine objektive Betätigung in der Außenwelt zeigen, sind dem Beweis besonders schwer zugänglich. Deshalb kann es in der Prozesssituation für die Parteien entscheidend sein, wen diesbezüglich die Beweislast trifft.⁸

Hierzu entschied das OLG Celle im Jahr 2010, dass zwar grundsätzlich die Bösgläubigkeit vom Eigentumsprätendenten⁹ zu beweisen sei.¹⁰ Anders sei aber der Fall zu bewerten, wenn die Sache abhandengekommen war.¹¹ Dann müsse der potentielle Erwerber seine Gutgläubigkeit beweisen.¹² Hintergrund der Entscheidung war der Erwerb eines wertvollen Gemäldes durch das Landesmuseum des Landes Niedersachsen auf zweifelhaftem Wege.¹³ Dieser Rechtsauffassung widersprach das OLG Nürnberg, das den Standpunkt vertrat, aus der Formulierung des § 937 Abs. 2 BGB ergebe sich, dass der gute Glaube des Ersitzenden vermutet werde. Die Beweislast für dessen Fehlen treffe daher ohne Ausnahme denjenigen, der die Ersitzung bestreite.¹⁴ Die Entscheidung des OLG Nürnberg gelangte zum BGH, der nun zur Beweislast bei der Ersitzung abhandengekommener Sachen Stellung bezog.¹⁵

II. Urteil des BGH vom 19. 7. 2019 – V ZR 255/17

1. Sachverhalt

In Frage stand die Bewilligung der Herausgabe zweier beim Amtsgericht hinterlegter Ölgemälde des Malers Hans

Purmann. Beide Parteien machten geltend, Eigentümer der Gemälde zu sein. Der Kläger, selbst ein Nachfahre des Malers, berief sich auf Eigentum im Wege der Erbfolge. Die Gemälde hätten seiner Mutter gehört und seien dieser im Jahr 1986 bei einem Wohnungseinbruch gestohlen worden. Der Beklagte gab an, die Gemälde 1986 oder 1987 von seinem Stiefvater geschenkt bekommen zu haben und jedenfalls im Wege der Ersitzung Eigentum erlangt zu haben. Streitig war unter anderem die Frage, ob der Tatbestand der Ersitzung vorlag.

2. Entscheidung des BGH

Entscheidend für die Ersitzung waren drei Aspekte: der Sorgfaltsmaßstab für die Gutgläubigkeit zur Ersitzung von Kulturgütern¹⁶, die Anforderungen an die sekundäre Darlegungspflicht des nicht Beweisbelasteten¹⁷ sowie die hier zu behandelnde Frage, wen die Beweislast für die Gutgläubigkeit des Ersitzenden bei abhandengekommenen Sachen trifft. Unter Berücksichtigung dieser Aspekte kam der BGH zu dem Ergebnis, dass entgegen der Annahme des Berufungsgerichts die Ersitzung der Gemälde durch den Beklagten nicht feststehe, weswegen er das Berufungsurteil aufhob und den Rechtsstreit zurückverwies.¹⁸

Hinsichtlich der Frage der Beweislast bestätigte der BGH die Ansicht des Berufungsgerichts: Der frühere Besitzer trage die Beweislast für die Bösgläubigkeit des Erwerbers auch dann, wenn ihm die Sache abhandengekommen war.¹⁹

Die Frage der Beweislast ist in Bezug auf Kulturgüter von hoher praktischer Relevanz. Häufig kommt das streitgegenständliche Kulturgut auf zweifelhaftem Weg zu dem sich auf Ersitzung berufenden Besitzer. Den (früheren) Eigentümer, der bereits den Verlust seiner Sache erlitten hat, trifft dann im Falle eines Wiederauffindens die regelmäßig nicht zu bewältigende Aufgabe, zu beweisen, dass der Besitzer Kenntnis von diesen Umständen hatte oder haben musste. Daher kann aus einer rechtspolitischen Perspektive ein anderes Ergebnis durchaus wünschenswert

⁸ Es ist zwischen der subjektiven und der objektiven Beweislast zu unterscheiden: Die subjektive Beweislast bezeichnet die Frage, wer im Prozess den Beweis für eine Tatsache antreten muss und spielt daher nur in Verfahren mit Verhandlungsmaxime eine Rolle, die objektive Beweislast entscheidet darüber, zu wessen Lasten ein *non liquet* am Ende des Prozesses zu entscheiden ist, vgl. zum Ganzen Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht, 18. Aufl. (2018), § 116 Rn. 3f.

⁹ Als Eigentumsprätendent wird im Folgenden derjenige bezeichnet, der als (ursprünglicher) Eigentümer die Sache vom Be- und potentiellen Ersitzer herausverlangt.

¹⁰ OLG Celle GRUR-RR 2011, 24 (27).

¹¹ Ebd.

¹² Ebd.

¹³ Ebd., 24 (25f.). Das Landesmuseum erwarb einen Tiepolo im Ausland von einer in Kunstkreisen unbekanntenen Person weit unter Marktwert.

¹⁴ OLG Nürnberg KUR 2017, 160 (167) Rn. 92.

¹⁵ BGH Urt. v. 19. 7. 2019 – V ZR 255/17, nachzulesen unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=39164e6d904e91bd0f4d5f4c7dca6578&nr=98911&pos=0&anz=1>, zuletzt abgerufen am 2. 9. 2019.

¹⁶ Der BGH entschied, dass jedenfalls den Laien auf dem Gebiet der Kunst keine generelle Pflicht zur Provenienzforschung treffe, ebd., Rn. 47.

¹⁷ Sehr anschaulich übertrug der BGH die Grundsätze der sekundären Darlegungslast auf die konkrete Situation der Bösgläubigkeit: »Ist der Beklagte seiner sekundären Darlegungslast nachgekommen, führt das nicht dazu, dass der Kläger den bösen Glauben des Beklagten losgelöst von dessen Vorbringen beweisen müsste; es genügt, wie dargelegt, dass er das konkrete Vorbringen widerlegt.« Ebd., Rn. 55.

¹⁸ Ebd., Rn. 57f.

¹⁹ Ebd., Rn. 38.

erscheinen. Hierzu formulierte die Vorsitzende Richterin sinngemäß bei der Urteilsverkündung, der Senat sehe sich nicht dazu in der Lage, zu einem anderen Ergebnis zu kommen; dies sei Sache des Gesetzgebers. Eine solche Zurückhaltung der rechtsprechenden Gewalt ist zu begrüßen. Zwar bietet das Gesetz vereinzelt Anhaltspunkte, die für eine Beweislastumkehr sprechen könnten, doch überwiegen die gegenteiligen Argumente, wie im Folgenden aufgezeigt werden soll. Anschließend ist zu beurteilen, ob eine Änderung der Vorschrift durch den Gesetzgeber wünschenswert ist.

B. Die objektive Beweislast in § 937 BGB

I. Grammatische Auslegung

1. Grundregel zur Beweislastverteilung

Nach der Rosenberg'schen Formel gilt der Grundsatz, dass jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu beweisen hat.²⁰ Die Formel wird heute allgemein dahingehend spezifiziert, dass der Anspruchsteller die rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale zu beweisen hat, der Anspruchsgegner die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Merkmale.²¹ Diese Grundregel wird vom Gesetz vorausgesetzt, indem es lediglich Abweichungen hiervon zum Ausdruck bringt.²² Bei diesen Abweichungen handelt es sich um im materiellen Recht enthaltene spezielle Beweislastregeln.²³

²⁰ Rosenberg Die Beweislast, 5. Aufl. (1965), S. 98 f.

²¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht, 18. Aufl. (2018), § 116 Rn. 9; MüKo-ZPO/Prütting, 5. Aufl. (2016), § 286 Rn. 111; Saenger-ZPO/Saenger, 8. Aufl. (2019), § 286 Rn. 58; Musielak/Voit-ZPO/Foerste, 16. Aufl. (2019), § 286 Rn. 35.

²² MüKo-ZPO/Prütting, 5. Aufl. (2016), § 286 Rn. 112. Im ersten Entwurf war sie noch enthalten, § 193 E I. Im zweiten Entwurf wurde die Vorschrift gestrichen, weil sie »selbstverständlich [sei], da sie nur ausspreche, was sich nach den Grundsätzen der Logik ergebe und deshalb auch ohne gesetzlichen Ausspruch nicht werde verkannt werden.«, Mugdan (Hrsg.) Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. I. Band: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, 1899, S. 815.

²³ Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht, 18. Aufl. (2018), § 116 Rn. 9.

2. Anwendung auf § 937 BGB

§ 937 Abs. 1 BGB legt fest:

»Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung).«

In Abs. 2 heißt es weiter:

»Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, dass ihm das Eigentum nicht zusteht.«

Durch die Formulierung »Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn« schafft der Gesetzgeber ein »Regel-Ausnahme-Schema«²⁴: Nach Abs. 1 wird Eigentum durch Ersitzung erworben, dies geschieht ausnahmsweise nicht, wenn Abs. 2 greift. Wendet man die Grundregel der Beweislast an, bedeutet dies, dass der potentiell Ersitzende die Voraussetzungen des ersten Absatzes beweisen muss, denn für ihn ist der Eigentumserwerb günstig, der Eigentumsprätendent die Voraussetzung des zweiten Absatzes, denn für ihn ist es günstig, wenn der Eigentumserwerb ausgeschlossen ist.²⁵ Der Wortlaut bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dies anders zu beurteilen, wenn die Sache abhandengekommen ist. Folglich spricht die grammatische Auslegung dafür, die Beweislast hinsichtlich der Bösgläubigkeit generell dem Anspruchsteller aufzuerlegen.

Zum Teil wird sogar vertreten, die Eindeutigkeit des Wortlautes verbiete jede weitere Auslegung, weshalb eine Beweislast zu Lasten des Besitzers *de lege lata* nicht möglich sei.²⁶ Doch sperrt ein scheinbar eindeutiger Wortlaut nicht die Anwendung weiterer Auslegungsmethoden.²⁷ Bereits die Feststellung einer Eindeutigkeit ist Ergebnis von Auslegung.²⁸ Dies zeigt sich vorliegend besonders deutlich, da die Beweislast nicht explizit geregelt ist, sondern

²⁴ MüKo-ZPO/Prütting, 5. Aufl. (2016), § 286 Rn. 114. Typische Formulierungen für ein solches Regel-Ausnahme-Schema sind »Dies gilt nicht, wenn«, »Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn« oder wie vorliegend »Die Rechtsfolge tritt nicht ein, wenn«, vgl. ebd.

²⁵ Ob es sich bei der Gutgläubigkeit um ein negatives Tatbestandsmerkmal oder um eine rechtshindernde Einwendung handelt, ist lediglich eine Frage der Beweislast. Umstände, die vom Anspruchsteller zu beweisen sind, werden als (negative) Tatbestandsmerkmale bezeichnet, Umstände, die vom Anspruchsgegner zu beweisen sind, als rechtshindernde Einwendungen, vgl. MüKo-ZPO/Prütting, 5. Aufl. (2016), § 286 Rn. 113.

²⁶ Schack Kunst und Recht, 3. Aufl. (2017), Rn. 533 Fn. 85.

²⁷ Sog. *sens-clair-doctrine*, bspw. in BVerfG 9. 11. 1955 – 1 BvL 13 u. 21/52, juris Rn. 62; BGH NJW 1956, 1553 (1553); zum Ganzen MüKo-BGB/Säcker, 8. Aufl. (2018), Einl. BGB Rn. 116.

²⁸ Kramer Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. (2016), S. 87 ff.; Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 343; MüKo-BGB/Säcker, 8. Aufl. (2018), Einl. BGB Rn. 116.

sich nur aus dem sprachlich erzeugten Regel-Ausnahme-Charakter der Norm ergibt.²⁹

II. Systematische Auslegung

1. § 937 BGB

Die systematische Auslegung von § 937 BGB deckt sich mit dem durch die grammatische Auslegung gefundenen Ergebnis. § 937 BGB enthält in Abs. 1 Tatbestandsmerkmale der Ersitzung. Die Gutgläubigkeit hingegen ist in Abs. 2 geregelt, sodass der Paragraph seiner Struktur nach zwischen den Tatbestandsmerkmalen in Abs. 1 und der Gutgläubigkeit unterscheidet. Dies spricht dafür, die Gutgläubigkeit als rechtshindernde Einwendung zu sehen. Weiter differenziert auch die Überschrift »Voraussetzungen, Ausschluss bei Kenntnis« zwischen den Voraussetzungen der Ersitzung und dem Ausschluss bei Kenntnis, was den Schluss nahelegt, dass es sich bei dem Ausschluss bei Kenntnis nicht um eine Tatbestandsvoraussetzung handelt. Hinsichtlich der Frage, ob sich diese grundsätzliche Beweislastverteilung ändert, wenn die Sache abhandengekommen ist, lässt die Systematik des § 937 BGB keine Schlüsse zu.

2. §§ 932 ff. BGB

a. Verhältnis von gutgläubigem Erwerb und Ersitzung

Hier kann ein Vergleich mit §§ 932 ff. BGB weitere Erkenntnisse bringen. Auch bei diesen Vorschriften kommt es auf den guten Glauben des Erwerbers an.³⁰ Die Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs übernehmen im BGB eine Funktion, die in anderen Rechtsordnungen der Ersitzung zukommt.³¹ Durch die Einführung des sofortigen gutgläubigen Erwerbs in das BGB hat das Rechtsinstitut der

Ersitzung massiv an Bedeutung verloren. Letzteres erfasst als Auffangtatbestand die Fälle, die nicht von den §§ 932 ff. BGB erfasst werden.³² Aufgrund der nachgeordneten Funktion der Ersitzung können die Wertungen der §§ 932 ff. BGB auf sie übertragen werden.³³ § 932 Abs. 1 S. 1 BGB entspricht seiner Struktur nach § 937 BGB, indem er in der Regel den Eigentumserwerb auch dann anordnet, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, aber eine Ausnahme (»es sei denn«) für den Fall statuiert, dass der Erwerber im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs nicht in gutem Glauben ist. Die Formulierung des Paragraphen stellt somit ebenso wie § 937 BGB gleichzeitig eine Beweislastregel auf: Der Erwerber muss die Voraussetzungen für den Eigentumserwerb beweisen; derjenige, der sein Eigentum (vermeintlich) verloren hat, muss nachweisen, dass der Erwerber nicht in gutem Glauben war.³⁴

b. Mögliche Einschränkung durch § 935 BGB

Nach § 935 Abs. 1 S. 1 BGB tritt der Eigentumserwerb nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer abhandengekommen war. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die in § 932 Abs. 1 S. 1 BGB angeordnete Beweislastverteilung nicht für abhandengekommene Sachen greift. Im Gegenteil setzt § 935 Abs. 1 BGB tatbestandlich den Tatbestand der §§ 932 ff. BGB voraus, die zuerst zu prüfen und – mit den ihnen zugrunde liegenden Beweislastregeln – zu bejahen sind. § 935 BGB normiert dann für den Fall des Abhandenkommens eine abweichende Rechtsfolge. Dies zeigt sich auch an § 935 Abs. 2 BGB, wonach Abs. 1 keine Anwendung auf Geld, Inhaberpapiere und Sachen findet, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden. Für Sachen nach Abs. 2 bleibt es bei der Beweislastverteilung des § 932 BGB, auch wenn sie abhandengekommen sind. Da folglich § 932 BGB auch für abhandengekommene Sachen die Beweislast regelt und nicht zwischen abhandengekommenen und anderen Sachen unterscheidet, spricht ein systematischer Vergleich mit der Norm ebenfalls dafür, dass die Beweislast im Rahmen des § 937 BGB einheitlich den (früheren) Eigentümer trifft, unabhängig davon, ob die Sache abhandengekommen ist oder nicht.

²⁹ Abzugrenzen ist die Problematik eines vermeintlich *eindeutigen* Wortlautes von der Frage der Grenze des *möglichen* Wortlautes. Sprengt das durch weitere Auslegung gewonnene Ergebnis die Grenzen des möglichen Wortsinnes, ist das methodische Mittel eine Analogie oder teleologische Reduktion, vgl. Kramer Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. (2016), S. 191 ff.; Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 322. Der BGH hält angesichts des klaren Wortlauts eine abweichende Beweislast für abhandengekommene Sachen nur im Wege der teleologischen Reduktion für möglich, BGH Urt. v. 19. 7. 2019 – V ZR 255/17, Rn. 42.

³⁰ Allerdings bezieht sich die Gutgläubigkeit im Rahmen von § 937 BGB auf die eigene Eigentümerstellung, im Rahmen von §§ 932 ff. BGB hingegen auf die des Veräußerers.

³¹ MüKo-BGB/Baldus, 8. Aufl. (erscheint 2020), § 937 Rn. 6.

³² Baldus Internationaler Kulturgüterschutz: Renaissance der Ersitzung, in: Grupp/Hufeld (Hrsg.) Recht – Kultur – Finanzen, FS für Reinhard Mußgnug, 2005, 525 (525 f.).

³³ Ebd. (526).

³⁴ GhM, vgl. nur MüKo-BGB/Oechsler, 7. Aufl. (2017), § 932 Rn. 66.

3. § 1006 BGB

a. Verhältnis von § 1006 BGB und §§ 929 ff. BGB

Etwas anderes kann sich aus einem Vergleich mit § 1006 BGB ergeben. Der dort normierten Eigentumsvermutung für den Besitzer liegt das Traditionsprinzip der §§ 929 ff. BGB zugrunde.³⁵ Voraussetzung derivativen Eigentumserwerbs an beweglichen Sachen ist regelmäßig die Übergabe.³⁶ Aus diesem Grund stellt § 1006 BGB die Vermutung auf, dass mit der Besitzerlangung auch das Eigentum übergeht und weiterhin, dass das Eigentum während der Dauer des Besitzes fortbesteht.³⁷ Konsequenterweise greift die Vermutung nicht gegenüber dem ursprünglichen Eigentümer, wenn diesem die Sache abhandengekommen ist, § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB. Stattdessen gilt in diesen Fällen zu Gunsten des ursprünglichen Eigentümers die Vermutung des § 1006 Abs. 2 BGB, die wegen § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB auch nicht mit dem Besitzwechsel endet. Der spätere Besitzer muss beweisen, dass er das Eigentum trotz § 935 BGB erworben hat.³⁸

b. Bezug zu § 937 BGB

Die Wertung des § 1006 Abs. 1 BGB lässt sich möglicherweise auf § 937 BGB übertragen. Der BGH formuliert in einem früheren Urteil zu § 1006 BGB:

»Der auf Herausgabe verklagte Besitzer muß dann beweisen, daß der Kl. sein Eigentum an der Sache trotz des dieser infolge des Abhandenkommens anhaftenden Makels – z. B. nach § 937 oder § 950 BGB [...] verloren hat.«³⁹

Das OLG Celle entnimmt dieser Formulierung, dass im Falle des Abhandenkommens den Ersitzenden die volle Beweislast hinsichtlich sämtlicher Voraussetzungen des § 937 BGB treffe.⁴⁰ Folglich müsse er auch beweisen, dass er nicht bösgläubig war.⁴¹ Doch stellt der BGH lediglich fest, dass der Besitzer sich im Falle des Abhandenkommens gegenüber dem früheren Besitzer nicht auf § 1006 Abs. 1 BGB berufen kann, sondern beweisen muss, dass der frühere Besitzer entgegen der Vermutung des § 1006

Abs. 2 BGB sein Eigentum verloren hat.⁴² Er bringt hingegen nicht zum Ausdruck, dass die Beweislast bezüglich des jeweiligen Erwerbstatbestandes den Besitzer vollumfänglich und abweichend von eventuell durch den Erwerbstatbestand festgelegten Beweislastregeln trifft.⁴³

Es lässt sich aber wie folgt argumentieren: Das Gesetz knüpft in § 1006 BGB an den Besitz grundsätzlich die Vermutung des Eigentums. Vor Vollendung der Ersitzung ist der Besitzer noch nicht Eigentümer, sodass in § 937 BGB an den Besitz nicht die Vermutung des Eigentums geknüpft wird, wohl aber die Vermutung, der Besitzer glaube, er sei Eigentümer. Dies entspricht der in § 1006 zum Ausdruck kommenden Wertung, es sei wahrscheinlich, dass der Besitzer auch der Eigentümer sei. Hingegen spricht die Wahrscheinlichkeit gegen ein Eigentum des Besitzers, wenn die Sache abhandengekommen ist. Dann scheiterte der Eigentumserwerb regelmäßig an § 935 BGB. Nun könnte der Schluss gezogen werden, bei abhandengekommenen Sachen dürfe man im Rahmen der Ersitzung auch nicht vermuten, der Besitzer glaube, er sei Eigentümer. Dieser Schluss überzeugt aber nicht. § 1006 Abs. 2 BGB drückt aus, dass im Falle des Abhandenkommens die Wahrscheinlichkeit gegen einen Eigentumserwerb spricht. Während der Ersitzungszeit hat ein Eigentumserwerb aber gerade noch nicht stattgefunden, sodass die Situation nicht vergleichbar ist. Der Besitzer einer abhandengekommenen Sache ist nicht erkennbar häufiger bösgläubig als der Besitzer nicht abhandengekommener Sachen. Die Wahrscheinlichkeit spricht somit nicht gegen seine Gutgläubigkeit.

III. Historische Auslegung

Die historische Auslegung eröffnet kein klareres Bild.⁴⁴ Die Gesetzgebungsmaterialien liefern keine stichhaltigen Argumente für eine Beweislastumkehr im Fall des Abhandenkommens.⁴⁵ Gegen eine Beweislastumkehr kann ange-

⁴² BGH NJW 1995, 1292 (1293 f.).

⁴³ So interpretiert auch die aktuelle BGH-Entscheidung die frühere Entscheidung, vgl. BGH Urt. v. 19. 7. 2019 – V ZR 255/17, Rn. 41.

⁴⁴ Eine umfassende Aufarbeitung der Gesetzesmaterialien wird gesondert veröffentlicht. An dieser Stelle soll eine kurze Darstellung des Ergebnisses genügen.

⁴⁵ Der BGH stützt sich in seiner Argumentation primär darauf, dass der Gesetzgeber sich mit der Anwendung der Ersitzung auf abhandengekommene Sachen auseinandergesetzt habe und die Bösgläubigkeit besonders deshalb als Einwendung ausgestaltet habe, damit der gutgläubige Erwerber geschützt sei, auch im Falle abhandengekommener Sachen, vgl. BGH Urt. v. 19. 7. 2019 – V ZR 255/17, Rn. 42. Der Gesetzgeber setzte sich mit der speziellen Frage der Beweislast-

³⁵ Staudinger/Gursky, 2012, § 1006 Rn. 2.

³⁶ Ebd., Rn. 7.

³⁷ Ebd. Dies lässt sich dem Wortlaut nicht (unmittelbar) entnehmen, vgl. hierzu die Kritik insb. in Hinblick auf den Vindikationsprozess in MüKo-BGB/Raff, 8. Aufl. (erscheint 2020), § 1006 Rn. 57 ff.

³⁸ BGH NJW 1995, 1292 (1293 f.).

³⁹ Ebd.

⁴⁰ OLG Celle GRUR-RR 2011, 24 (27).

⁴¹ Ebd., wenn es sich denn bei der Gutgläubigkeit um eine (Tatbestands-)Voraussetzung handelt.

führt werden, dass auf das Abhandenkommen, anders als im römischen Recht, als Ausnahme von der Ersitzung verzichtet wurde, weil das Kriterium bei den Gutglaubensstatbeständen ausreichend berücksichtigt wurde.⁴⁶ Diese gesetzgeberische Entscheidung würde durch eine Beweislastumkehr unterlaufen werden.

IV. Teleologische Auslegung

Die Hauptfunktion der Ersitzung besteht darin, einen originären Eigentumserwerb zu ermöglichen, wenn ein derivativer Erwerb gescheitert ist.⁴⁷

1. Vermeidung von Beweisschwierigkeiten, Verkehrsschutz und Rechtssicherheit

Als Grund hierfür wird angeführt, nach einer gewissen Zeit solle die Diskrepanz von tatsächlicher und vermeintlicher Rechtslage beseitigt werden.⁴⁸ Daneben werden ähnliche Gründe wie für die Verjährung⁴⁹ genannt: Beweisschwierigkeiten in Hinblick auf einen lange zurückliegenden Erwerbstatbestand⁵⁰, Rechtssicherheit für den Erwerber, damit einhergehend und ergänzend Verkehrsschutz⁵¹ und Rechtsfrieden⁵². Dass man sich mit der Verjährung⁵³ allein nicht zufrieden gab, sondern daneben die (schnellere) Möglichkeit der Ersitzung einführt, liegt daran, dass der vom Gesetzgeber als misslich erachtete Zustand eines *nudum ius* im Grundsatz verhindert werden sollte.⁵⁴ Diese Zwecke sprechen überwiegend gegen eine Beweislastumkehr. Die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten soll den Erwerber begünstigen. Damit wäre es nicht vereinbar,

umkehr bei abhandengekommenen Sachen allerdings nicht auseinander, sodass eine planwidrige Regelungslücke jedenfalls nicht ausgeschlossen ist. Der teleologische Einwand des BGH ist gleichwohl berechtigt, s. hierzu B. IV. 1.

46 Mugdan (Hrsg.) Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 196.

47 MüKo-BGB/Baldus, 8. Aufl. (erscheint 2020), § 937 Rn. 8.

48 Baur/Stürmer Sachenrecht, 18. Aufl. (2019), § 53 Rn. 85.

49 Vgl. Ebd.

50 Staudinger/Wiegand, 2017, Vorb. zu §§ 937 – 945 Rn. 3; Baur/Stürmer Sachenrecht, 18. Aufl. (2019), § 53 Rn. 85.

51 jurisPK-BGB/Lenders, 8. Aufl. (2017), § 937 Rn. 1.

52 MüKo-BGB/Baldus, 8. Aufl. (erscheint 2020), § 937 Rn. 7.

53 Im Falle des dinglichen Herausgabenanspruches aus § 985 BGB beträgt diese 30 Jahre.

54 Mugdan (Hrsg.) Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. III. Band: Sachenrecht, 1899, S. 195; MüKo-BGB/Baldus, 8. Aufl. (erscheint 2020), § 937 Rn. 96.

ihm für den Ersitzungsbeweis neue Steine in den Weg zu legen.⁵⁵ Auch dem Verkehrsinteresse wäre damit nicht gedient. Ebenso soll die Rechtssicherheit denjenigen begünstigen, der bereits lange Zeit in Besitz der Sache ist und sich als Eigentümer wähnt.

2. Bestandsschutzinteresses und Gerechtigkeitsaspekte

Zwar führt das OLG Celle aus, in den §§ 932, 935 BGB komme der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck, dass der Eigentümer von abhandengekommenen Sachen einen besonderen Schutz genieße und das Gesetz deshalb einen gutgläubigen Erwerb an diesen generell ausschließe.⁵⁶ Diese Wertung findet sich auch in § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach die Eigentumsvermutung gegenüber dem früheren Besitzer einer abhandengekommenen Sache nicht zum Tragen kommt. Den §§ 932ff. BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass zwar grundsätzlich das Verkehrsschutzinteresse das Bestandsschutzinteresse des Eigentümers überwiegt, die Abwägung aber anders ausfällt, wenn dem Eigentümer die Sache abhandengekommen ist.

Diese Abwägungsentscheidung hat der Gesetzgeber aber nur für den gutgläubigen Erwerb getroffen. Mit der Ersitzung hat er sich gerade dagegen entschieden, das Bestandsschutzinteresse des Eigentümers bei abhandengekommenen Sachen überwiegen zu lassen. Daher ist doch zumindest fraglich, ob der Schutz, der dem Eigentümer durch § 935 BGB widerfährt, auch im Rahmen der Ersitzung in Stellung gebracht werden kann. Zwar kann argumentiert werden, der besondere Schutz im Rahmen der Gutglaubensstatbestände könne durch eine Beweislastumkehr im Ersitzungsrecht zumindest nachwirken, zwingend ist dies aber nicht.

Ähnlich verläuft der Versuch, Gerechtigkeitsaspekte mit einzubeziehen. Die Ersitzung verwirklicht die an die Kontinuitätserwartung geknüpfte »Besitzstandsgerechtigkeit«^{57, 58}. Besitzt jemand eine Sache über einen langen Zeitraum und hält sich für den Eigentümer, ist es gerecht, ihn in seiner Erwartung, er werde den Besitz auch weiterhin behalten, zu schützen. Dabei wird zwangsläufig ein

55 Der BGH begründet die Ablehnung der Beweislastumkehr primär damit, der Ersitzungstatbestand diene dem Schutz des guten Glaubens des Erwerbers auch und gerade in Bezug auf abhandengekommene Sachen unabhängig von der Art des Erwerbs. Diesem Ziel entspreche die Beweislastregel des § 937 Abs. 2 BGB, weshalb für eine teleologische Reduktion kein Anlass bestehe, BGH Urt. v. 19. 7. 2019 – V ZR 255/17, Rn. 42.

56 OLG Celle GRUR-RR 2011, 24 (27).

57 Neuer AcP 203 (2003), 46 (75f.).

58 Vgl. hierzu allgemein Neuer ebd.

»originärer Gerechtigkeitsaspekt«⁵⁹ vernachlässigt: Das Eigentum stand ursprünglich einem anderen zu, der dieses durch den Ersitzungstatbestand verliert. Besonders ungerecht wird dieser Umstand empfunden, wenn dem Eigentümer die Sache abhandengekommen war. Zudem erscheint in der Abwägung der Besitzer, der zehn Jahre gutgläubig besitzt, schutzwürdiger als der Eigentümer, der sich zehn Jahre lang nicht um den Verbleib seiner Sache gekümmert hat. Dieser Vorwurf kann aber nicht gegenüber einem Eigentümer erhoben werden, dem die Sache abhandengekommen ist und der deshalb keine Möglichkeit hat, die Ersitzungsfrist zu unterbrechen. Durch die Umkehr der Beweislast wird diese Ungerechtigkeit abgeschwächt. Dem kann allerdings wiederum entgegengehalten werden, dass sich das Gesetz mit der Möglichkeit der Ersitzung abhandengekommener Sachen gerade für ein Überwiegen der Besitzstandsgerechtigkeit entschieden hat.

V. Ergebnis

Nach Auslegung des Ersitzungstatbestandes zeichnet sich folgendes Bild ab: Der Wortlaut und die Systematik von § 937 BGB bieten ebenso wie die historische Auslegung keine Anhaltspunkte dafür, die Beweislast im Falle des Abhandenkommens dem Ersitzenden aufzuerlegen. Die Einbeziehung der §§ 932 ff., 1006 BGB spricht ebenfalls zunächst nicht für eine Beweislastumkehr. Doch kommt in ihnen die Entscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck, den Eigentümer im Falle des Abhandenkommens seiner Sache zu begünstigen. Diese Begünstigung könnte im Ersitzungsrecht durch die Beweislastumkehr zum Tragen kommen. Allerdings zeigte sich im Rahmen der Auslegung immer wieder, dass die Frage der Beweislast nicht isoliert von der Frage behandelt werden kann, ob abhandengekommene Sachen ersessen werden können.⁶⁰ Der Ruf nach einer Beweislastumkehr wurzelt möglicherweise in dem Umstand, dass die Ersitzung abhandengekommener Sachen selbst als ungerecht empfunden wird. Dafür spricht das Argument des OLG Celle, der Eigentümer einer abhandengekommenen Sache werde vom Gesetz besonders geschützt. Dieses Gefühl wird durch die eingangs dargestellten Sachverhaltskonstellationen, in denen die Beweislast regelmäßig eine Rolle spielt, noch verstärkt. Doch die Beweislast kann keine Änderung dieser gesetzgeberischen Entscheidung bewirken.

⁵⁹ Ebd.

⁶⁰ Vgl. B. III. 2., IV.

C. Einordnung des Ergebnisses

I. Bewertung der Entscheidung des BGH

In den vergangenen Jahrzehnten bildete die Rechtsprechung immer weitere Fallgruppen, bei denen im Wege der Rechtsfortbildung eine Beweislastumkehr stattfindet.⁶¹ Grund für die Beweislastumkehr ist regelmäßig die Schwierigkeit der Beweisbarkeit des betreffenden Umstandes.⁶² Beweisfragen sind aber Fragen des materiellen Rechts.⁶³ Allein die Tatsache, dass die hohe Hürde für den Beweisbelasteten als ungerecht empfunden wird, rechtfertigt keine richterrechtliche Abwendung von einer gesetzgeberischen Entscheidung. Rechtsfortbildung unterliegt strengen Voraussetzungen, die der Rechtssicherheit dienen. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des BGH zu begrüßen. Die Auslegung des materiellen Rechts hat gezeigt, dass die überwiegenden Argumente gegen eine Beweislastumkehr sprechen.

II. Bewertung der gesetzgeberischen Entscheidung

Zwingend stellt sich dann aber die Frage, wie diese Entscheidung des Gesetzgebers zu bewerten ist. Zu differenzieren ist wiederum zwischen der Möglichkeit der Ersitzung abhandengekommener Sachen und einer Beweislastumkehr.

1. Ersitzung abhandengekommener Sachen

Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Ersitzung abhandengekommener Sachen zuzulassen, ist nicht grundsätzlich zu kritisieren. Zwar mag es ungerecht sein, dass derjenige, der den Besitz einer Sache unfreiwillig verloren hat, nach Ablauf der Ersitzungsfrist auch sein Eigentum verliert, doch darf nicht vergessen werden, dass nicht der Dieb ersitzt, sondern ein in seiner Kontinuitätserwartung gleichsam schutzwürdiger Dritter. Weiter bringt die Ersitzung Rechtssicherheit und Rechtsfrieden und dient dem Verkehrsinteresse.

Auch ein internationaler Vergleich spricht für die Möglichkeit der Ersitzung abhandengekommener Sachen. Der

⁶¹ Bspw. Produzentenhaftung oder Arzthaftung; ein Überblick über die Fallgruppen findet sich in MüKo-ZPO/Prütting, 5. Aufl. (2016), § 286 Rn. 124 ff.

⁶² Vgl. hierzu Laumen NJW 2002, 3739.

⁶³ Musielak/Voit-ZPO/Foerste, 16. Aufl. (2019), § 286 Rn. 37.

deutsche Ersitzungstatbestand stellt vergleichsweise hohe Hürden für den Eigentumserwerb auf. In zahlreichen anderen Ländern ist der Kreis ersitzungsfähiger Rechte größer⁶⁴ und die Ersitzungsfrist kürzer⁶⁵. Einige Länder fordern Gutgläubigkeit lediglich bei Besitzerwerb⁶⁶ oder ermöglichen eine (außerordentliche) Ersitzung auch bei Bösgläubigkeit⁶⁷. In manchen Rechtsordnungen kann sogar der Dieb selbst Eigentum ersitzen.⁶⁸ Es zeichnet sich eine Tendenz ab, Rechtssicherheit und Verkehrsinteressen stärker zu berücksichtigen als das Bestandsschutzinteresse des ursprünglichen Eigentümers.

2. Beweislastumkehr

Es bleibt die Frage der Beweislastumkehr *de lege ferenda*. Hier bieten sich zwei Möglichkeiten: eine generelle Beweislastumkehr für die Ersitzung abhandengekommener Sachen und ein Sonderrecht für Kulturgüter⁶⁹. Für ein

⁶⁴ Z. B. Ersitzung von Gebrauchs- und Wohnrechten in Belgien, Frankreich, Griechenland, Italien und Spanien v. Bar Gemeineuropäisches Sachenrecht. Band II, 2019, Rn. 141, 147.

⁶⁵ In Bulgarien, Frankreich, Italien, Rumänien und Spanien gibt es die Spontanersitzung, die gänzlich auf den Ablauf einer gewissen Zeit verzichtet und somit wohl eher dem gutgläubigen Erwerb zuzuordnen ist, Dreijahresfristen finden sich in Griechenland, Österreich und Spanien, ebd., Rn. 157 f.

⁶⁶ Z. B. Belgien, Frankreich, Griechenland, v. Bar Gemeineuropäisches Sachenrecht. Band II, 2019, Rdn. 163.

⁶⁷ Z. B. Griechenland, Niederlande, Spanien, dann aber in der Regel mit längerer Frist, ebd., Rd. 158.

⁶⁸ Z. B. Frankreich, Griechenland, Italien, Portugal, ebd., Rn. 155.

⁶⁹ Wie es an vielen Stellen gefordert wird, vgl. Kunze Restitution »Entarteter Kunst« – Sachenrecht und Internationales Privatrecht, 2000, betitelt § 7 mit »Ein Sonderrecht für Kunstwerke?«, S. 99 ff.; Schack Kunst und Recht, 3. Aufl. (2017), fordert eine internationale Rechtsvereinheitlichung des materiellen Rechts für Kunstgegenstände, Rn. 531.

Sonderrecht für Kulturgüter spricht, dass gerade diese häufig Gegenstand von Straftaten sind und auf zweifelhaftem Weg zum potentiellen Ersitzer gelangen. Dem Leser der Sachverhalte des OLG Celle und des BGH fällt es schwer, an die Gutgläubigkeit der sich auf Ersitzung Berufenden zu glauben. Allerdings bringt ein Sonderrecht für bestimmte Sachen, wie es beispielsweise das 2016 novellierte Kulturgutschutzrecht etabliert, zahlreiche Abgrenzungsschwierigkeiten und damit Rechtsunsicherheit mit sich. Zudem sind Kulturgüter nicht die einzigen Sachen, die regelmäßig Gegenstand von Straftaten werden, man denke nur an Gebrauchtfahrzeuge oder Schmuck.

Daher ist allenfalls eine generelle Beweislastumkehr für abhandengekommene Sachen in Erwägung zu ziehen. Bei der Gutgläubigkeit handelt es sich um einen Umstand, der als innere Tatsache dem Beweis schwer zugänglich ist. Es wäre falsch, anzunehmen, der Nachweis sei für den potentiellen Ersitzer einfacher zu erbringen. Dieser müsste hierfür regelmäßig einen geringstenfalls zehn Jahre zurückliegenden Erwerbsvorgang nachweisen. Kaum einer wird wohl nach so langer Zeit noch einen Beleg für einen Flohmarktkauf vorweisen können. Zudem kommen dem Eigentumsprätendenten die Grundsätze der sekundären Darlegungslast zugute. Diese wurden vom BGH in seinem Urteil klar herausgestellt und spezifiziert, wodurch die Hürden für den Beweis der Bösgläubigkeit weiter herabgesetzt wurden. Wer am Ende das Risiko der Nichtbeweisbarkeit tragen soll, bleibt eine schwer zu treffende Entscheidung. Zu warnen ist aber vor einer vorschnellen Gesetzesänderung unter dem Eindruck bestimmter Sachverhalte.

Danksagung Ich möchte meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Christian Baldus, dafür danken, dass er mich auf das Thema aufmerksam machte und bei der Realisierung des Aufsatzes unterstützte.