

## Methodik ZR

### Referendarexamensklausur

Wiss. Mitarbeiter Robin Matzke und Wiss. Mitarbeiter Nicholas R. Palenker\*

# Die Kohl-Tonbänder

DOI 10.1515/jura-2017-0179

*Die zeit- wie inhaltlich anspruchsvolle Klausur behandelt überwiegend Fragen des Mobiliar- und Immobiliarsachenrechts. Neben dem ersten Schwerpunkt der rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Erwerbstatbestände (letztere nach Vorbild eines aktuellen, äußerst examensrelevanten BGH-Urteils) werden die prozessualen Anforderungen an einen Einspruch sowie an die Bestimmtheit des Klageantrages abgeprüft. Der zweite Schwerpunkt ist an den »Examensklassiker« vormerkungswidriger Vermietungen angelehnt.*

## SACHVERHALT

K war 16 Jahre lang Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland. Im Jahr 1999 beauftragte K den selbstständigen Journalisten S mit der Erstellung seiner Memoiren. S sollte – wie bei Autobiographien üblich – als »Ghostwriter« tätig werden.

Nach dem Inhalt des zwischen K und S geschlossenen Vertrages stand S dem K gegen ein zu zahlendes Entgelt für eine Zusammenarbeit bis zur Fertigstellung des Manuskripts zur Verfügung. Der K sollte Alleinautor des Werks und Eigentümer des Manuskripts sein, in das er schon in der Phase seiner Entstehung jederzeit Einsicht nehmen und durch Weisungen an den S inhaltlich nach Belieben eingreifen konnte. K war berechtigt, die Zusammenarbeit mit S jederzeit zu beenden.

Zur Vorbereitung des Manuskripts fanden ab März 2001 lange Gespräche statt, die mit dem Tonbandgerät des

S analog aufgenommen wurden. Auf diese Weise wurden in den Jahren 2001 und 2002 auf zahlreichen entsprechend beschrifteten Tonbändern, die der S jeweils mitbrachte, über 630 Stunden die Fragen und Stichworte des S sowie die Ausführungen des K hierzu aufgezeichnet. K sprach dabei ausführlich über sein gesamtes Leben, sowohl über die Zeit, in der er höchste politische Ämter innehatte, als auch über seinen vorherigen Werdegang. Die Tonbänder, die K persönlich zu keinem Zeitpunkt in den Händen hielt, nahm S zur Vorbereitung der geplanten Buchveröffentlichung jeweils mit nach Hause.

S wurden die Tonbänder vor den Gesprächen mit K von der Audiofachverkäuferin und -vermieterin V im November 2000 unter Eigentumsvorbehalt verkauft. Im Dezember 2000 übereignete V ihr gesamtes Inventar zur Absicherung eines Darlehens an die Bank B. Hierzu trat sie sämtliche bestehenden und künftigen Ansprüche auf Herausgabe aller vermieteten Produkte an B ab. V behauptete gegenüber B, dass die Tonbänder an S nur vermietet seien. Den Kauf unter Eigentumsvorbehalt verschwieg sie der B. Erst im Anschluss zahlte S im Februar 2001 die letzte Kaufpreisrate an V.

In der Folgezeit kam es zum Zerwürfnis zwischen K und S. 2008 kündigte K die Zusammenarbeit mit S auf. Einer Aufforderung des K, ihm alle Aufzeichnungen sowie sämtliche Interviews und Gespräche mit ihm herauszugeben, leistete S indes nicht Folge.

Daraufhin erhebt K beim zuständigen Landgericht Köln Klage gegen S auf Herausgabe »sämtlicher Tonaufnahmen, auf denen die Stimme des Klägers zu hören ist und die in den Jahren 2001 und 2002 von dem Beklagten aufgenommen wurden«.

Der allein erschienene S entgegnet im Termin zur mündlichen Verhandlung, dass für ihn nicht nachvollziehbar sei, welche konkreten Tonbänder er angeblich herauszugeben habe. Er habe vor dem Jahr 2001 und ab 2003 auch andere Interviews mit K für seine übrige journalistische Tätigkeit aufgenommen.

Den Richter scheint dies alles nicht wirklich zu interessieren. Stattdessen wird dem S am 19. 09. 2008 ein Versäumnisurteil zugestellt. Nachdem der Anwalt des S am Montag, den 06. 10. 2008, den formgemäßen Einspruch in den Briefkasten des Landgerichts Köln eingeworfen hat,

**Anmerkung:** Die Klausur wurde im Sommersemester 2016 an der Humboldt-Universität im Examensklausurenkurs gestellt. Die Durchschnittspunktzahl betrug 5,77 Punkte. §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

\***Kontaktpersonen:** **Robin Matzke**, der Autor ist Wiss. Mitarbeiter der Humboldt-Universität zu Berlin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M. (Berkeley).

**Nicholas R. Palenker**, der Autor ist Wiss. Mitarbeiter der Humboldt-Universität zu Berlin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M. (Berkeley).

wird erneut ein Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt.

#### A. Wer ist Eigentümer der Tonbänder?

#### B. Wie wird das Gericht über den Einspruch des S und in der Hauptsache entscheiden?

##### Fortsetzung

Auch der Nachbar N des K schlägt sich mit Rechtsstreitigkeiten herum. N lässt sein mit zwei Ferienhäusern bebaut Grundstück bei Bonn neu vermessen und in zwei gleich große Flächen teilen. Mit notariell beurkundetem Vertrag schenkt N am 01. 07. 2014 seinen zeitgleich anwesenden Söhnen E und M jeweils eines der Grundstücke und erklärt die Auflassung. Zur Sicherung ihrer Eigentumsverschaffungsansprüche bewilligt N seinen Söhnen jeweils eine Vormerkung, die am 15. 09. 2014 im Grundbuch eingetragen werden.

Die Familienharmonie gerät jedoch alsbald ins Wanken, nachdem E im Oktober seine Liebesbeziehung zu der von N verhassten X preisgibt. Als N den E zur Rede stellen möchte, schmeißt E ihn unter Androhung von Schlägen aus seiner Wohnung. Als N auf dem Weg zu seinem Motorrad ist, ruft ihm E hinterher: »Du leidest doch an Alzheimer! Hau ab und fahr von mir aus gegen den nächsten Baum!« Um zu verhindern, dass E mit der X in das Ferienhaus einzieht, vermietet der rachsüchtige N es im November 2014 an den auch in dieser Angelegenheit treu ergebenden M, der sich über den doppelten Wohnraum freut. Einen Monat später erfolgen die jeweiligen Grundbucheintragungen zugunsten von E und M. Letzterer hat beide Häuser kurz zuvor und von E unbemerkt bezogen, sowie jeweils die von einem Herbstunwetter beschädigten Dächer für je EUR 4.000,- notwendigerweise und in der Annahme reparieren lassen, dass diese Reparatur in seinem alleinigen Rechts- und Interessenkreis liege. Als E schließlich das Haus beziehen möchte, ist er angesichts der Vermietung an und des Bezugs des Hauses durch M entsetzt. E meint, vor einer solchen »schikanösen Intrige« müsse er doch zumindest durch seine Vormerkung geschützt sein.

#### C. Kann E von M Herausgabe des Grundstücks nach § 985 BGB verlangen, wenn M sich hilfsweise auf einen Ersatzanspruch für die vorgenommene Dachreparatur beruft?

#### D. Wie hätte N im November 2014 auf rechtmäßige Weise den Eigentumserwerb des E verhindern können?

##### Bearbeitervermerk:

Es sind ausschließlich die Normen des BGB und der ZPO heranzuziehen.

## LÖSUNG

### A. Eigentumslage

Ursprünglich war V Eigentümerin der Tonbänder.

#### I. Eigentumserwerb des S im November 2000

V kann ihr Eigentum im November 2000 durch Übereignung an S gem. § 929 S. 1 verloren haben. Dazu müssen sie sich dinglich geeinigt haben. Da V und S einen Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt schlossen, stand ihre dingliche Einigung i. S. v. § 929 S. 1 mangels entgegenstehender Anhaltspunkte gem. der Auslegungsregel des § 449 I unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 I) der vollständigen Kaufpreiszahlung. Diese Bedingung ist im November 2000 noch nicht eingetreten, sodass (noch) keine wirksame Einigung zur Übertragung des Eigentums an S vorlag. V blieb zunächst Eigentümerin.

*Hinweis: In Fällen, in denen vor Bedingungseintritt an einen Dritten »zwischenverfügt« wird, ist für das Gelingen der Bearbeitung eine strikt chronologische Prüfung essentiell. Dass die Bedingung später eintrat, sollte hier also noch unerwähnt bleiben.*

#### II. Eigentumserwerb der B im Dezember 2000

V kann ihr Eigentum einen Monat darauf durch Übereignung an B gem. §§ 929, 931 verloren haben.

##### 1. Einigung

V und B einigten sich i. S. v. § 929 S. 1, dass zur Besicherung eines Darlehens das Eigentum am gesamten Inventar und damit auch an den Tonbändern auf die B übergehen solle.

##### 2. Übergabesurrogat

S war als Dritter Besitzer der zum Inventar gehörenden Tonbänder, sodass die Übergabe gem. § 931 dadurch ersetzt werden kann, dass die Eigentümerin V der Erwerbe-

rin B den (ggf. nur künftigen<sup>1</sup>) Anspruch auf Herausgabe der Sache aus dem zugrundeliegenden Besitzmittlungsverhältnis gem. § 398 abtritt. Demgemäß einigten sich V und B über die Abtretung sämtlicher bestehender und künftiger Herausgabeansprüche bzgl. aller vermieteten Produkte der V.

Obwohl eine solche Globalzession grundsätzlich keinen Bedenken hinsichtlich des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebots begegnet, ist indes problematisch, dass V wahrheitswidrig gegenüber B behauptete, die Tonbänder an S nur vermietet zu haben. Tatsächlich bestand der von V behauptete Herausgabeanspruch aus § 546 I nicht. Vielmehr stand V nur ein zukünftiger Herausgabeanspruch gem. §§ 346 I, 323, 449 II, 433 für den Fall zu, dass sie vom Vorbehaltsverkauf mit S zurücktritt. Dass die Zession ebenjenes Anspruches nicht ausdrücklich erfolgte, ist allerdings durch Auslegung (§§ 133, 157) oder gar Umdeutung (§ 140) der Parteiabrede überwindbar, da V zumindest die ihr tatsächlich zustehenden Ansprüche gegen S an B abtreten wollte. Spiegelbildlich wollte B alle tatsächlichen Ansprüche gegen S erwerben. Insoweit lag eine Einigung zwischen V und B hinsichtlich der Abtretung des zukünftigen Herausgabeanspruchs vor. Die Zession war auch nicht ausgeschlossen (s. § 399 f.).

V hat ihren (künftigen) Herausgabeanspruch gegen S als Übergabesurrogat i. S. v. § 931 wirksam abgetreten.

### 3. Berechtigung

V war im Dezember 2000 Eigentümerin der Tonbänder, mithin zur Übereignung nach §§ 929, 931 berechtigt.

### 4. Zwischenergebnis

V hat im Dezember 2000 das Eigentum an den Tonbändern an B verloren.

## III. Eigentumsverlust der B im Februar 2001 an S

B kann das Eigentum im Februar 2001 an S durch dessen Zahlung der letzten Kaufpreiskrate verloren haben, soweit V an S unter einer nunmehr eingetretenen aufschiebenden Bedingung verfügt hatte und ihre Zwischenverfügung an B die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln wür-

de, § 161 I (»Erstarken des Anwartschaftsrechts zum Vollrecht«).

### 1. Grundsätzliches Erstarken zum Vollrecht, § 161 I BGB

Die Einigung zur Eigentumsübertragung zwischen V und S stand unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung. S hat durch Zahlung an V im Februar 2001 den Bedingungseintritt bewirkt.

Die Zwischenverfügung der V würde den Bedingungseintritt (d. h. den Eigentumserwerb des S) insoweit vereiteln, als ihr die Übereignung der Tonbänder mangels Eigentümerstellung nicht mehr möglich wäre (rechtliche Unmöglichkeit).

Damit konnte S durch Zahlung der ausstehenden Kaufpreiskrate grundsätzlich Eigentum an den Tonbändern erlangen.

### 2. Schutz des redlichen Zwischenerwerbers, § 161 III BGB

Gem. § 161 III finden jedoch die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung. Der Eigentumserwerb der B hätte somit unbeschadet vom Erstarken des Anwartschaftsrechts des S Bestand, wenn die Voraussetzungen der §§ 932 ff. vorliegen.

a) Die Übereignung der V an B war ein Rechtsgeschäft i. S. e. Verkehrsgeschäfts.

b) In der Abtretung des Herausgabeanspruchs liegt ein hinreichender Rechtsschein i. S. v. § 934 Var. 1, wenn die Veräußerin V zuvor mittelbare Besitzerin der Tonbänder war.

Die Vorbehaltsabrede zwischen V und S konstituiert ein konkretes Rechtsverhältnis i. S. v. § 868. Neben dem Bestehen des Herausgabeanspruchs (s. o.) muss im Rahmen des Besitzmittlungsverhältnisses der unmittelbare Besitzer seinen Besitz in Anerkennung des Herausgabeanspruchs ausüben.<sup>2</sup> Dieser Besitzmittlungswille mag indes in Anbetracht des erheblichen Eigeninteresses des Vorbehaltskäufers S zweifelhaft sein<sup>3</sup>: Die Einigung zwischen S und V zur Eigentumsübertragung an den Tonbändern war zwar aufschiebend bedingt. Gleichwohl bezweckte S, die Tonbänder schlussendlich als Eigentümer zu besitzen. Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer, § 872. Bis zur vollständigen Zahlung des

<sup>1</sup> Palandt/Herrler, 76. Aufl. (2017), § 931 Rn. 3.

<sup>2</sup> MünchKomm-BGB/Joost, 7. Aufl. (2017), § 868 Rn. 17.

<sup>3</sup> So etwa Raiser Dingliche Anwartschaften, 1961, 74 f.

Kaufpreises übte S jedoch den unmittelbaren Besitz in Anerkennung des Eigentumsvorbehalts aus. Für diesen Zeitraum mittelte er also der V den Besitz.<sup>4</sup>

c) B hatte weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis von der bedingten Eigentumsübertragung an S, da V auch gewerbliche Vermieterin ist. B war demnach gutgläubig gem. §§ 161 III, 932 II.

Hinweis: Der Anknüpfungspunkt des guten Glaubens ist wegen der entsprechenden Anwendung die (un-)bedingte Eigentumsveräußerung.<sup>5</sup>

d) Mangels Abhandenkommens kommt ein Ausschluss gem. § 935 nicht in Betracht.

e) Zwischenergebnis: Die Voraussetzungen der Gutglaubensvorschriften lagen vor. Gem. § 161 III konnte B also grundsätzlich abstrakt von der vorangegangenen bedingten Verfügung der V an S Eigentum erwerben. Das Anwartschaftsrecht des S würde demnach nicht zum Vollrecht erstarken.

### 3. Schutz des Anwartschaftsrechts

Entgegenstehendes kann sich aber aus § 936 III ergeben. Hiernach erlischt das Recht eines Dritten an einer nach § 931 veräußerten Sache nicht, wenn er Besitzer ist. Versteht man das Anwartschaftsrecht des S als Recht eines Dritten, bliebe das von B erworbene Eigentum mit dem Anwartschaftsrecht des S »belastet«. Mit vollständiger Kaufpreiszahlung würde dieses Anwartschaftsrecht zum Vollrecht erstarken.

Fraglich ist aber, ob § 936 durch die Verweisung des § 161 III überhaupt »entsprechende Anwendung« findet. Dafür lässt sich anführen, dass § 161 III grundsätzlich auf alle Normen des gutgläubigen Erwerbs und damit auch auf § 936 III verweist.<sup>6</sup>

Gegen eine entsprechende Anwendung spricht jedoch der Wortlaut, wonach nur auf die Vorschriften verwiesen wird, »welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten«. Streng genommen verfügt im Rahmen des gutgläubig lastenfreien Erwerbs aber kein Nichtberechtigter, sondern der Rechtsinhaber (eben nur über belastetes Eigentum). Verneint man indes die Anwendbarkeit des § 936 III, liefe der Schutz des Anwartschaftsrechts regelmäßig leer und hinterließe eine planwidrige Regelungslücke trotz ver-

gleichbarer Interessenlage. Obwohl das Anwartschaftsrecht wesensgleiches Minus zum Vollrecht und damit begrifflich keine Belastung sein kann, ist es mit einer pfandrechtlichen Belastung vergleichbar, die typischerweise unter § 936 III fällt<sup>7</sup>. Daher erscheint zumindest eine analoge Anwendung geboten.<sup>8</sup>

Ob § 936 III zugunsten des S durch den Verweis von § 161 III entsprechend oder analog anzuwenden ist, kann aufgrund der Ergebnisgleichheit dahinstehen.<sup>9</sup> Die Anwendung des § 936 III hat zur Folge, dass B ihr zwischenzeitlich erworbenes Eigentum durch Erstarren des Anwartschaftsrechts des S zum Vollrecht verliert.

### 4. Zwischenergebnis

B hat folglich im Februar 2001 das Eigentum an S verloren.

## IV. Eigentumserwerb des K durch Besprechen der Tonbänder

Durch das Besprechen der Tonbänder kann K das Eigentum hieran gem. § 950 erworben haben. Nach § 950 I 1 erwirbt derjenige, der durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, das Eigentum an dieser Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt gem. § 950 I 2 auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche. Fraglich ist aber, ob das Bespielen eines Tonbandes als Herstellung einer neuen Sache anzusehen ist.<sup>10</sup>

Die Herstellung einer neuen Sache bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte. Eine neue Sache liegt vor, wenn sie eine eigenständige, gegenüber den einzelnen verarbeiteten Sachen weitergehende Funktion erfüllt.<sup>11</sup> Wesentliche Indizien für das Entstehen einer neuen Sache können eine neue Bezeichnung im allgemeinen Sprachgebrauch, erhebliche Veränderungen der Sachsubstanz, die Dauerhaftigkeit der Veränderung oder ein neues äußeres Erscheinungsbild sein.

<sup>7</sup> Vgl. *Petersen JURA* 2011, 275 (277).

<sup>8</sup> BeckOK-BGB/*Kindl*, 42. Ed (2017), § 936 Rn. 7.

<sup>9</sup> Ebenfalls offen lassend *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht, 25. Aufl. (2015), Rn. 462.

<sup>10</sup> Vgl. m.w.N. BGH NJW 2016, 317; *K. Schmidt* JuS 2016, 357; vgl. auch die Karteikarte von *Petersen JURA*, 2016, 322.

<sup>11</sup> BGH NJW 1995, 2633.

<sup>4</sup> Für die h.M. vgl. nur BGHZ 10, 69 (71) = NJW 1953, 1099; RGZ 54, 396 (397); *Döring* NJW 1996, 1443 (1444) m.w.N.

<sup>5</sup> *Petersen JURA* 2011, 275 (276).

<sup>6</sup> So BGHZ 45, 186 = NJW 1966, 1019 (1020); i.E. *Döring* NJW 1996, 1443 (1446f.).

Für die Herstellung einer neuen Sache spricht zunächst, dass die Tonbänder physisch verändert wurden, was mit einem in § 950 ausdrücklich genannten »Beschreiben« vergleichbar ist.<sup>12</sup> Ob diese physische Veränderung substantiell ist, muss indes in Zweifel gezogen werden. Zwar verändert das Aufnahmegerät die Magnetschicht des Tonbands physikalisch. Diese Veränderung ist aber Voraussetzung und Kernstück seiner bestimmungsgemäßen Benutzung als Speichermedium. Das beliebig häufige Aufnehmen und Löschen verschiedener Tondokumente ist für die Funktion des Tonbandes typisch.<sup>13</sup>

Auch die streitgegenständliche Aufnahme war ohne Weiteres löscherbar, sodass sich der typische Verwendungszweck des Tonbandes als Aufnahmeträger nicht änderte.<sup>14</sup> Hiergegen ist jedoch wiederum einzuwenden, dass die Aufzeichnungen für eine längerfristige Nutzung vorgesehen waren.<sup>15</sup> Für die Neuheit spricht in diesem Kontext auch eine Parallele zu dem Bespielen von Rohlingen: Wird z. B. eine unbespielte Kassette mit Musiktiteln bespielt und vertrieben, liegt i. d. R. eine Verarbeitung vor, da sich ihre Funktion als Speichermedium zu einem Instrument zum Vertrieb der Musiktitel wandelt.<sup>16</sup> Selbiges könnte für die besprochenen Tonbänder gelten, da es sich nunmehr um historische Dokumente handelt.<sup>17</sup> Dagegen spricht jedoch, dass bespielte Rohlinge erst durch ihren bestimmungsgemäßen Vertrieb eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung erlangen.<sup>18</sup> Die Tonbänder wurden jedoch nicht zum Vertrieb sondern mit dem Zweck besprochen, dass S und K die Gespräche für die Herstellung der Memoiren des K noch einmal anhören können.

Ferner zeichnen sich nicht die Tonbänder, sondern deren Inhalte durch ihre Bedeutung und Einmaligkeit aus. Die Berechtigung an den Inhalten folgt aber anderen Regeln als das Eigentum an den Speichermedien und spielt deshalb für die eigentumsrechtliche Zuordnung des Speichermediums keine Rolle.<sup>19</sup>

Gegen die Neuheit spricht schließlich entscheidend eine Parallelwertung zu digitalen Speichermedien. Es widerspricht der Verkehrsauffassung, wenn derjenige, der Dateien in eine Cloud lädt oder derjenige, dessen Stimme auf dem (fest verbauten) Speicher eines Smartphones auf-

gezeichnet wird, an dem Server oder dem Handy Miteigentum erwerben würde.<sup>20</sup>

Nach alledem entstand durch den Aufzeichnungsvorgang keine neue Sache.

*Hinweis: Folgt man vertretbarer Weise dem OLG Köln, ist anschließend zu prüfen, ob K nach der Verkehrsauffassung Hersteller war. Dies hat das OLG Köln mit folgenden Argumenten bejaht: Der eigentliche Wert der Tonbänder sei gerade durch die aufgenommenen Äußerungen des K entstanden. Wegen der weitgehenden Kontroll- und Änderungsrechte des K sei nicht von einer gleichberechtigten Zusammenarbeit auszugehen. S habe lediglich Hilfstätigkeiten verrichtet. Die Memoiren sollten rechtlich ausschließlich dem K zustehen. Diese Zuordnung solle ebenso für vorbereitende Materialien gelten.*

## V. Ergebnis

S ist Eigentümer der Tonbänder.

## B. Entscheidung des Gerichts

### I. Entscheidung über Einspruch des S

Das Gericht wird dem Einspruch des S stattgeben, wenn er zulässig ist.

#### 1. Statthaftigkeit

Gegen S ist ein Versäumnisurteil ergangen. Er war gem. §§ 333, 78 I ZPO mangels anwaltlicher Vertretung nicht postulationsfähig und daher gem. § 331 I ZPO säumig. Der Einspruch ist mithin gem. § 338 ZPO statthaft.

#### 2. Zuständigkeit, Form und Frist

Der Anwalt des S hat den Einspruch formgerecht gem. § 340 ZPO beim zuständigen LG Köln eingereicht.

Fraglich ist, ob die zweiwöchige Einspruchsfrist des § 339 ZPO ab Zustellung des Versäumnisurteils eingehalten ist. Gem. § 222 ZPO sind hierfür die Regelungen der §§ 187 ff. maßgeblich. Das Fristende i. S. v. § 188 fällt hier auf Freitag, den 03. 10. 2008, der ein gesetzlicher Feiertag ist. Gem. § 222 II ZPO endet die Frist dann am nächsten

<sup>12</sup> OLG Köln GRUR-RR 2014, 419 (421).

<sup>13</sup> BGH NJW 2016, 317 (Rn. 19).

<sup>14</sup> Vgl. u. a. MünchKomm-BGB/Füller (o Fn. 2), § 950 Rn. 10.

<sup>15</sup> OLG Köln a. a. O.

<sup>16</sup> OLG Köln a. a. O.; BGH NJW 2016, 317 (Rn. 19).

<sup>17</sup> OLG Köln a. a. O.

<sup>18</sup> jurisPK-BGB/Vieweg/Lorz, 8. Aufl. (2017), § 950 Rn. 15.

<sup>19</sup> BGH NJW 2016, 317 (Rn. 20).

<sup>20</sup> BGH a. a. O.

Werktag. Der darauf folgende Samstag ist zwar ein Werktag. Gem. § 222 II ZPO tritt an Stelle des Sonnabends aber der wiederum nächste Werktag. Damit erfolgte die Abgabe des Einspruches am Montag, den 06. 10. 2008, fristgemäß.

### 3. Zwischenergebnis

Der Einspruch ist zulässig.

## II. Entscheidung in der Hauptsache

Das Gericht wird in der Hauptsache zugunsten des K entscheiden, wenn seine Klage zulässig und begründet ist.

### 1. Zulässigkeit der Klage

#### a) Ordnungsgemäße Klageerhebung

Einzig problematische Sachurteilsvoraussetzung ist die Bestimmtheit des Klageantrags gem. § 253 II Nr. 2 ZPO.<sup>21</sup>

Ein Antrag auf Herausgabe von Gegenständen ist bestimmt, wenn er diese konkret bezeichnet. Die Beschreibung muss so genau sein, dass das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abgewälzt wird und dass eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwartet werden kann. Die Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags sind danach in Abwägung des zu schützenden Interesses des Beklagten, sich gegen die Klage erschöpfend verteidigen zu können, sowie seines Interesses an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungswirkungen mit dem ebenfalls schutzwürdigen Interesse des Klägers an einem wirksamen Rechtsschutz festzulegen.

Im Klageantrag des K werden die herauszugebenden Tonbänder nur als Tonaufnahmen beschrieben, auf denen die Stimme des Klägers zu hören ist und die in den Jahren 2001 und 2002 von dem Beklagten aufgenommen wurden. Ob die Stimme des K auf den im Besitz des S befindlichen Tonbändern zu hören ist, lässt sich feststellen. Schwierig könnte allenfalls die Abgrenzung von Tonbändern sein, auf denen K's Stimme zu hören ist, die aber aus einem anderen Zeitraum stammen. Die Tonbänder aus dem hier maßgeblichen Zeitraum sind aber durch entsprechende Beschriftungen hinreichend identifizierbar. K ist im Übrigen nicht in der Lage, die Bänder konkreter zu bezeichnen.

Die unter diesen Umständen verbleibende geringe Unsicherheit ist im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes hinzunehmen.

Der Klageantrag ist folglich hinreichend bestimmt.

### b) Zwischenergebnis

Die übrigen Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor. Die Klage ist zulässig.

### 2. Begründetheit der Klage

#### a) §§ 675 I, 667 BGB

K *beauftragte* S als selbstständigen Journalisten, der fremdnützig als Ghostwriter tätig wurde, und zahlte ihm für die Zusammenarbeit (nicht hingegen für die Fertigstellung der Memoiren) ein Entgelt. Zwischen ihnen lag mithin ein wirksamer Dienstvertrag vor, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hatte, sodass § 667 entsprechende Anwendung findet, § 675 I.

Gem. § 667 hat S dem K alles, was er zur Ausführung der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben. Zwar hat S zur Auftragsausführung weder Eigentum noch Besitz an den Tonbändern erlangt. Diese sind jedoch nunmehr mit der Stimme des K besprochen. Zum Erlangten gehören sämtliche Vorteile, die letztlich dem Auftraggeber gebühren.<sup>22</sup> Hierzu sind auch die untrennbar mit den Tonbändern verbundenen Aufzeichnungen zu zählen. S muss daher die besprochenen Tonbänder gem. §§ 675, 667 herausgeben.

*Hinweis: Im Originalfall bestand zwischen K und S keine explizite Vertragsbeziehung. Vielmehr war ein Verlag zwischengeschaltet mit der Folge, dass der Begründungsaufwand des BGH deutlich höher war.*

#### b) § 985 BGB

Da K durch Besprechen der Tonbänder nicht Eigentümer geworden ist (s. o., a. A. gut vertretbar), scheidet § 985 als Anspruchsgrundlage aus.

#### c) §§ 1004 I 1 analog i. V. m. 823 I BGB

Die Kündigung des K kann als Widerruf der Einwilligung in Eingriffe in das Recht an der eigenen Stimme und das Recht an persönlichen Daten auszulegen sein, sodass ein

<sup>21</sup> Zum Folgenden BGH NJW 2016, 317 (Rn. 8 ff.).

<sup>22</sup> Vgl. BGH NJW 2016, 317 (Rn. 36).

Herausgabeanspruch auch als persönlichkeitsrechtlicher Beseitigungsanspruch denkbar wäre.<sup>23</sup>

#### d) Zwischenergebnis

Die Klage des K ist begründet.

### III. Ergebnis

Das Gericht wird entscheiden, dass der Einspruch des S zulässig ist. In der Hauptsache wird es zugunsten des K entscheiden und das Versäumnisurteil aufrechterhalten, da seine Klage zulässig und begründet ist.

## C. Anspruch des E gegen M aus § 985 BGB

### I. Eigentum des E

E muss Eigentümer sein. Ursprünglich war N Eigentümer des neu vermessenen und geteilten Grundstücks.

In der Folge kann er sein Eigentum durch Übereignung an E gem. §§ 873, 925 verloren haben. N und E ließen das Grundstück am 1. 07. 2014 auf. Im Dezember wurde E ordnungsgemäß ins Grundbuch eingetragen. Trotz der zwischenzeitlichen Vermietung an M ist nicht ersichtlich, dass N seine Auflassungserklärung gegenüber E widerrufen hat. Zum Zeitpunkt der Grundbucheintragung waren sich Veräußerer und Erwerber mithin noch einig, dass das Eigentum am Grundstück übergehen soll. Da N als Berechtigter verfügte, wurde E im Dezember 2014 Eigentümer des Grundstücks.

### II. Besitz des M

M ist seit Bezug des Hauses unmittelbarer Besitzer des Grundstücks des E.

### III. Kein Recht zum Besitz

M darf kein Recht zum Besitz haben, § 986 I.

### 1. Obligatorisches Besitzrecht

Ein obligatorisches Besitzrecht könnte sich aus dem Mietvertrag ergeben. Grundsätzlich gewährt ein Mietvertrag dem Mieter, hier M, ein Recht zum Besitz gegenüber dem Vermieter, hier zunächst N.

#### a) Eintritt des E in den Mietvertrag

Erforderlich ist aber ein wirksamer Mietvertrag zwischen M und E. Ursprünglich kam nur ein Mietvertrag zwischen N und M im November 2014 zustande. Allerdings erfolgte nach der Überlassung des Grundstücks an den Mieter M eine Veräußerung durch den Vermieter N an E. Gem. § 566 ist E mit Erwerb des Grundstücks im Dezember 2014 anstelle des Vermieters N in die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag eingetreten. Ein Besitzrecht des M gegenüber E ergäbe sich somit aus dem Mietvertrag, sofern dieser wirksam ist.

#### b) Nichtigkeit nach § 138 BGB

Die Wirksamkeit des Mietvertrages unterliegt unterdessen grundlegenden Zweifeln. Der Abschluss des Mietvertrages zwischen N und M könnte als »schikanöse Intrige« gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen. Ein solcher Mietvertrag wäre sittenwidrig und gem. § 138 nichtig.

N bezweckte mit dem Abschluss des Mietvertrages einzig und allein, den Einzug des E mit seiner Lebensgefährtin X zu verhindern und sich auf diese Weise für dessen Verbalattacken zu revanchieren. Sein an sich bestehendes Recht, (im November 2014 noch) als Eigentümer das Grundstück zu vermieten, übte N somit einzig zu dem Zweck aus, einem anderen, namentlich seinem Sohn E, Schaden zuzufügen. Eine solche Rechtsausübung ist gem. §§ 138, 226 grundsätzlich unzulässig. Stellte man allein auf die Motive des N ab, wäre der schikanöse Mietvertrag als sittenwidrig einzuordnen.

*Hinweis: § 226 ist nicht zwingend anzusprechen, da er in seiner Bedeutung hinter § 138 zurücktritt.<sup>24</sup>*

Beruhet die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes jedoch (wie hier) auf dessen verwerflicher Wirkung zu Lasten Dritter, ist die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände bei allen am Geschäft Beteiligten erforderlich.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> So *Götting NJW* 2016, 317; *Dörre GRUR-Prax* 2014, 418.

<sup>24</sup> BeckOK/*Dennhardt* (o Fn. 8), § 226 Rn. 1.

<sup>25</sup> BGH *NJW* 2007, 1447; BGHZ 109, 314 = *NJW* 1990, 567 (568) m. w. N.

Maßgeblich ist somit, inwieweit M in die Pläne des N eingeweiht war. Zwar war M dem N »treu ergeben«. Dass er aber positive Kenntnis von der Schädigungsabsicht seines Vaters hatte, kann allein hieraus nicht ohne Zweifel gefolgert werden. An dieser Stelle kann dies auch noch offenbleiben, sofern M zumindest grob fahrlässige Unkenntnis anzulasten ist. Grob fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt derart außer Acht lässt, dass es schlicht jedem hätte einleuchten müssen, dass das an den Tag gelegte Verhalten nicht den rechtlichen Vorgaben entspricht. N ließ das Grundstück am 1. 07. 2014 unter Anwesenheit beider Söhne auf. Dass N den M etwa durch wahrheitswidrige Angaben davon überzeugte, dass E mit der Vermietung des Grundstücks einverstanden sei, ist nicht ersichtlich. Dem M hätte sich somit zumindest die widersprüchliche Vorgehensweise seines Vaters aufdrängen müssen. Die treue Ergebenheit des M gegenüber N dürfte sich gerade darin niedergeschlagen haben, dass er die wahren Ziele des N, mithin die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände billigte oder sie zumindest grob fahrlässig ignorierte.

Durch das kollusive Zusammenwirken von N und M zum Schaden eines anderen verstößt der Mietvertrag folglich gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Er ist gem. § 138 nichtig.

*Hinweis: Da die Anforderungen an die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts grds. hoch anzusetzen und die Grenzen des Zulässigen regelmäßig fließend sind<sup>26</sup>, ist es bei entsprechender Argumentation gut vertretbar, § 138 abzulehnen. Der Sachverhalt ist an dieser Stelle bewusst offen und für Examensklausuren typisch formuliert, um Raum für Argumentationen zu lassen.*

### c) Unwirksamkeit durch die Wirkungen der Vormerkung

Für den Fall, dass der Mietvertrag nicht sittenwidrig ist, könnte zumindest die Vormerkung zugunsten des E bewirken, dass der Mietvertrag ihm gegenüber gem. § 883 II (relativ) unwirksam ist und M somit ihm gegenüber kein Besitzrecht zusteht.

#### aa) Entstehen der Vormerkung

Dies setzt zunächst voraus, dass E eine Vormerkung erworben hat. Gem. § 883 I muss ein zu sichernder schuldrechtlicher Anspruch auf dingliche Rechtsänderung bestehen. Ein solcher Anspruch des E folgt aus dem formwirksamen Schenkungsvertrag gem. §§ 516 I, 518 I. N bewilligte die Vormerkung gem. § 885 I 1, woraufhin sie am 15. 07. 2014

im Grundbuch eingetragen wurde. Als Eigentümer des Grundstücks war N berechtigt, die Vormerkung zu bestellen. Mithin ist eine Vormerkung zugunsten des E entstanden.

#### bb) Direkte Anwendung des § 883 II BGB

Fraglich ist jedoch, ob die Vormerkung zugunsten des E bewirkt, dass der Mietvertrag ihm gegenüber gem. § 883 II relativ unwirksam ist. Zwar würde die Vermietung an M aufgrund der verdinglichenden Wirkung des § 566 BGB den gesicherten Anspruch des E beeinträchtigen.

Der Wortlaut erfordert aber insoweit eine *Verfügung*. Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, das darauf gerichtet ist, ein Recht unmittelbar aufzuheben, zu übertragen, zu belasten oder sonst inhaltlich zu ändern. Ein Mietvertrag ist aber nur ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft und wirkt sich nicht unmittelbar auf die dingliche Rechtslage aus. Für eine direkte Anwendung des Vormerkungsschutzes fehlt es demnach an einer Verfügung.

#### cc) Analoge Anwendung des § 883 II BGB

In Betracht kommt jedoch eine analoge Anwendung von § 883 II. Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar ist.<sup>27</sup>

#### (1) Planwidrige Regelungslücke

Zunächst ist im vorliegenden Fall zweifelhaft, ob eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Anders als in der üblich diskutierten Konstellation ist hier eine Befristung des Mietverhältnisses nicht ersichtlich. Bei unbefristeten Mietverträgen gibt der Gesetzgeber das Institut der ordentlichen Kündigung an die Hand. E könnte dem M wegen Eigenbedarfs gem. § 573 II Nr. 2 die Kündigung erklären. Die Fristen des § 573 c (Faustregel: 3 Monate) könnten einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen darstellen, da der Vermieter durch die Mietzahlung und die alsbaldige Räumungsaussicht hinreichend geschützt wäre. Gleichzeitig wird es dem Mieter regelmäßig möglich sein, in drei Monaten eine neue Wohnung zu finden.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass E im Rahmen einer Eigenbedarfskündigung ein nicht unbeträchtliches Prozessrisiko trägt. Die Anforderungen der Rechtsprechung im Rahmen des § 573 II Nr. 2 sind angesichts des

<sup>26</sup> MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, 7. Aufl. (2015), § 138 Rn. 96.

<sup>27</sup> Vgl. BGHZ 183, 169 = NJW 2010, 1144 (1146) m. w. N.



Mieterschutzes erheblich. Insoweit kann die fehlende Befristung des Mietverhältnisses allein die verdinglichende Wirkung des § 566 und das damit einhergehende Schutzbedürfnis des Vormerkungsberechtigten E nicht vollends beseitigen.

## (2) Vergleichbare Interessenlage

Durch § 566 I wirkt ein obligatorischer Vertrag auch gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger des ursprünglich Verpflichteten; das Eintreten in den Mietvertrag beeinträchtigt den vorgemerkten Anspruch ebenso wie die nachträgliche Bestellung eines dinglichen Nutzungsrechts<sup>28</sup>. Vor der zwischenzeitlichen Bestellung eines dinglichen Nutzungsrechts würde § 883 II den Vormerkungsberechtigten aber schützen und daher zwei grundsätzlich vergleichbare Sachverhalte verschieden behandeln. Ob die Interessenlage jedoch in letzter Konsequenz vergleichbar oder eine Ungleichbehandlung nicht vielmehr sachgerecht ist, ist sehr umstritten.

(a) Gegen eine analoge Anwendung<sup>29</sup> lässt sich insbesondere der § 566 zugrunde liegende soziale Mieterschutz anführen. Zudem hat der Mieter in der Regel keinen Anlass, in das Grundbuch zu schauen, während der Erwerber die »offenbare Tatsache« wahrnehmen kann, dass das Grundstück vermietet ist. Ferner sichert die Vormerkung nur den Eigentumserwerb, dem die Vermietung nicht entgegensteht. Schließlich tritt der Erwerber nicht nur in die Pflichten, sondern auch in die Rechte des Vermieters ein. Dies muss ihm nicht stets lästig sein, wenn er das Grundstück etwa nur als Kapitalanlage erworben hat.

(b) Für die analoge Anwendung<sup>30</sup> spricht allerdings, dass, wenn die Interessen eines dinglich Nutzungsberechtigten schon dem Vormerkungsschutz zu weichen haben, sich ein nur obligatorisch Berechtigter erst recht nicht gegen den Vormerkungsberechtigten durchsetzen kann (*argumentum a fortiori*). Zudem bringt die Vermietung eine Vertragsuntreue des Verpflichteten zum Ausdruck, gegen die der Vormerkungsberechtigte gerade durch das Sicherungsmittel geschützt werden soll. Dass für den Mieter kein Anlass zur Grundbucheinsicht bestehe, ist ein Zirkelschluss, da die analoge Anwendung des § 883 II einen solchen Anlass gebe. Durch eine solche Grundbucheinsicht kann sich der Mieter vor Vertragsabschluss recht effektiv gegen böse Überraschungen schützen. Demgegen-

über und anders als die Gegenansicht meint, »offenbart« sich dem Erwerber *nach* Vormerkungseintragung eine nachträgliche Vermietung gerade nicht. Liegt die Vermietung, wie die Gegenansicht schließlich meint, wirklich einmal im Interesse des Erwerbers, kann er ihr durch Genehmigung zur Wirksamkeit verhelfen.<sup>31</sup>

(c) Der soziale Mieterschutz ist insbesondere bei der hier einschlägigen Wohnraummiete ein wichtiger Abwägungsfaktor. Ihm darf jedoch aus den bereits oben zu § 138 angestellten Erwägungen hier keine Bedeutung zukommen. M hatte nämlich Kenntnis darüber, dass N nicht mehr lange Eigentümer sein würde und sein Bruder eine Auflassungsvormerkung (ebenso wie M selbst für das ihm geschenkte Grundstück) innehatte. Für ihn bedurfte es keines Blickes in das Grundbuch. Er wusste positiv, dass sein Bruder eine Anwartschaft auf das mietgegenständliche Grundstück hatte. Deshalb sprechen hier die besseren Gründe für eine analoge Anwendung des Vormerkungsschutzes.

## (3) Zwischenergebnis

Verneint man eine Sittenwidrigkeit des Mietvertrages zwischen N und M, so ist zumindest § 883 II in der vorliegenden Konstellation auf die Vermietung des Grundstücks an M analog mit der Folge anzuwenden, dass der Mietvertrag gegenüber E relativ unwirksam ist.

*Hinweis: Der Sachverhalt unterscheidet sich also in zwei wesentlichen Aspekten von der klassischen BGH-Entscheidung: Hier war der Mietvertrag unbefristet und der Mieter unredlich.*

## d) Zwischenergebnis

Der Mietvertrag ist entweder gem. § 138 nichtig oder gegenüber E analog § 883 II relativ unwirksam; M kann aus dem Mietvertrag kein Recht zum Besitz gem. § 986 I herleiten.

*Hinweis: Vertretbar wäre auch, dieses Ergebnis über eine unzulässige Rechtsausübung des M nach § 242 zu konstruieren. Ihm stünde dann zwar ein Recht zum Besitz zu, darauf berufen dürfte er sich jedoch nicht.*

## 2. Zurückbehaltungsrecht des M

Da er sich hilfsweise auf einen Ersatzanspruch für die vorgenommene Dachreparatur beruft, kann M aber ein

<sup>28</sup> MünchKomm-BGB/Kohler (o Fn. 2), § 883 Rn. 54.

<sup>29</sup> BGH NJW 1989, 451 (451); BGHZ 13, 1 (4) = NJW 1954, 953; Jauernig/Berger, 16. Aufl. (2015), § 883 Rn. 17.

<sup>30</sup> Statt vieler Palandt/Herrler (o Fn. 1), § 883 Rn. 20 m. w. N.; Staudinger/Gursky, (Neubearb. 2013), § 883 Rn. 210 f.

<sup>31</sup> Vgl. RGZ 154, 355 (367); OLG Köln DNotZ 1998, 311 (312 f.).

Recht zum Besitz aus einem Zurückbehaltungsrecht zuste-  
hen.

#### a) Zurückbehaltungsrecht als Recht zum Besitz?

Es ist indes fraglich, ob ein Zurückbehaltungsrecht über-  
haupt ein Recht zum Besitz i. S. v. § 986 I verleihen kann.

Dafür<sup>32</sup> spricht, dass der Besitzer die Herausgabe der  
Sache solange verweigern kann, bis er wegen der ihm zu  
ersetzenden Verwendungen befriedigt wird, § 1000 S. 1.  
Konsequenterweise müsse er dann auch zum Besitz be-  
rechtigt sein.

Dagegen<sup>33</sup> lässt sich Folgendes anführen: Zum einen  
setzen die ein Zurückbehaltungsrecht auslösenden Ver-  
wendungsersatzansprüche ein EBV voraus, das jedoch  
durch das Entstehen eines Besitzrechts beendet wird. Nach  
der »ersten« Verwendung wären Ansprüche aus §§ 994 ff.  
somit ausgeschlossen. Die Folge dieses Zirkelschlusses  
lässt sich aber auflösen, indem »auch beim rechtmäßigen  
Besitzer ergänzend auf eine Anwendung dieser Vorschrif-  
ten zurückgegriffen [wird], soweit das Rechtsverhältnis,  
welches das Besitzrecht begründet, eine Regelung der An-  
sprüche auf Nutzungsherausgabe und Verwendungsersatz  
nicht enthält«. <sup>34</sup> Die Vorschriften des EBV fänden daher  
jedenfalls analog Anwendung.

Zum anderen führen Zurückbehaltungsrechte im Pro-  
zess nur zur Verurteilung Zug-um-Zug. Ein Recht zum  
Besitz ist hingegen eine rechtshindernde Einwendung<sup>35</sup>,  
die nicht nur die Durchsetzung des Anspruches hemmt,  
sondern ihn ausschließt. Die Vindikationsklage müsste  
somit an sich (als zur Zeit unbegründet) abgewiesen wer-  
den. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, verurteilt aber  
auch der BGH nur Zug-um-Zug.<sup>36</sup>

Unabhängig davon, ob man ein Zurückbehaltungs-  
recht als Recht zum Besitz oder lediglich als eigenständi-  
ges Gegenrecht versteht, gelangen beide Ansichten –  
mehr und minder konsequent – zum selben Ergebnis,  
sodass der Meinungsstreit dahinstehen kann. Einzig maß-  
geblich ist, ob M ein Zurückbehaltungsrecht aus § 1000  
S. 1 zusteht.

#### b) Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1000 S. 1 BGB

M hat ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 1000 S. 1, wenn  
er gegen E einen Anspruch auf Verwendungsersatz wegen  
der vorgenommenen Dacharbeiten hat und das Zurück-  
behaltungsrecht nicht ausgeschlossen ist.

##### aa) § 994 I 1 BGB

Ein Verwendungsersatzanspruch des M kann sich aus  
§ 994 I 1 ergeben. Abs. 2 S. 1 *e contrario* muss M jedoch  
unverklagt und bezüglich seines vermeintlichen Besitz-  
rechts in gutem Glauben gewesen sein. In Anlehnung an  
§ 932 II ist nicht in gutem Glauben, wem das Fehlen des  
Besitzrechts bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit  
unbekannt ist. M war zumindest grob fahrlässig in Un-  
kenntnis über die die Sittenwidrigkeit des Mietvertrages  
begründenden Umstände (vgl. oben). Demzufolge war er  
auch nicht in gutem Glauben über sein vermeintliches  
Besitzrecht. Ein Anspruch aus § 994 I 1 scheidet aus.

##### bb) § 994 II BGB

Der von M behauptete Verwendungsersatzanspruch kann  
ihm allenfalls aus § 994 II zustehen.

#### (1) Vindikationslage

Dazu muss zunächst ein EBV zwischen E und M vorgelegen  
haben. M hatte beide Häuser vor der Reparatur bezogen  
und war Besitzer des Grundstückes. Aufgrund des unwirk-  
samen Mietvertrages stand ihm kein Recht zum Besitz zu.  
Da M die Reparatur in der Annahme vornahm, dass es sich  
um sein eigenes Geschäft handelt (kein Fremdgeschäfts-  
führungswille, § 687 I), scheidet auch ein Besitzrecht aus  
einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag aus.

Allerdings war im grds. maßgeblichen Zeitpunkt der  
Dachreparatur noch N Eigentümer. M hatte lediglich eine  
Vormerkung inne (s.o.). § 999 II bestimmt jedoch, dass  
sich die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz auch  
auf Verwendungen erstreckt, die gemacht worden sind,  
bevor er das Eigentum erworben hat. Folglich geht die  
Verpflichtung zum Verwendungsersatz vom damaligen  
Eigentümer, N, auf den neuen Eigentümer, E, über.

Hinweis: *Wer § 999 II übersieht oder die Wirksamkeit des Miet-  
vertrages allein an § 883 II scheitern lässt, muss eine analoge  
Anwendung der §§ 994 ff. gegenüber dem Vormerkungsberechtig-  
ten in Betracht ziehen.*<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGHZ 149, 326 = NJW 2002,  
1050 (1052) m. w. N.

<sup>33</sup> Vgl. etwa MünchKomm-BGB/Baldus (o Fn. 2), § 986 Rn. 45 ff.; Pa-  
landt/Herrler (o Fn. 1), § 986 Rn. 5.

<sup>34</sup> BGHZ 149, 326 = NJW 2002, 1050 (1052).

<sup>35</sup> H.M., vgl. BGH NJW 1999, 3716.

<sup>36</sup> BGHZ 64, 122 = NJW 1975, 1121 (1121).

<sup>37</sup> BGHZ 75, 288 = NJW 1980, 833 (834); BGHZ 144, 323 = NJW 2000,  
2899 (2900); MünchKomm-BGB/RAlf (o Fn. 2), Vor § 987 ff. Rn. 48;

## (2) Dachreparatur als notwendige Verwendung

E hat die Dachreparatur als freiwillige Vermögensopfer in Bezug auf das Grundstück *notwendigerweise* vorgenommen. Er hat also notwendige Verwendungen gem. § 994 II getätigt.

## (3) Partieller Rechtsgrundverweis auf §§ 683 f. BGB

§ 994 II ist ein partieller Rechtsgrundverweis auf §§ 683 f. Der Umfang der Ersatzpflicht ist somit vom Interesse und Willen des Geschäftsherrn (hier zum maßgeblichen Zeitpunkt der Verwendung<sup>38</sup> noch N) abhängig. Die Aufwendungen, die M am Grundstück getätigt hat, waren notwendig, lagen daher im Interesse des N und entsprachen im Zweifel dessen Willen (und im Übrigen auch dem des E). Daher besteht ein Anspruch auf Verwendungsersatz gem. §§ 999 II, 994 II, 683 S. 1, 670 i. H. v. EUR 4.000,- zugunsten des M gegen E. Grundsätzlich hat M also ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 1000 S. 1.

### cc) Ausschluss gemäß § 1000 S. 2 BGB

Das Zurückbehaltungsrecht steht M jedoch gemäß § 1000 S. 2 nicht zu, wenn er den Besitz am Grundstück durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

Hierbei muss es sich um ein vorsätzliches, zivilrechtliches Delikt i. S. d. §§ 823 ff. des gegenwärtigen<sup>39</sup> Besitzers handeln. M erlangte den Besitz am Grundstück im Rahmen der (unwirksamen) Mietabrede mit N. Diese Vereinbarung hatte gerade zum Ziel, den E an der Ausübung seines (künftigen) Eigentums zu hindern. Die Besitzerlangung kann folglich durch eine Rechtsverletzung i. S. v. § 823 I erfolgt sein. E kann aufgrund der Besitzerlangung des M sein nach der Grundbucheintragung im Dezember 2014 erworbenes Eigentum nicht frei nutzen und ist seither in seinem Eigentumsrecht verletzt. Verletzungshandlung und -erfolg fallen hier in unschädlicher Weise zeitlich auseinander, da der Rechtserwerb und damit die mittelbare Rechtsverletzung von N und E gerade antizipiert wurden. Auch die Unwirksamkeit des Mietvertrages lässt den deliktischen Charakter der Besitzerlangung nicht entfallen, da allein der tatsächliche Bezug des Grundstückes – mag er auch ohne Rechtgrund vonstattengegangen sein – die Eigentumsausübung des E beeinträchtigt.

kritisch zur Analogieherleitung und stattdessen auf § 999 II auch dort abstellend Kohler, NJW 1984, 2849 (2852f.).

<sup>38</sup> Siehe nur MünchKomm-BGB/Raff (o Fn. 2), § 999 Rn. 15.

<sup>39</sup> Vgl. etwa Staudinger/Gursky, (Neubearb. 2013), § 1000 Rn. 10 m. w. N.

Problematisch ist allerdings, dass die Besitzerlangung des M auf einer willentlichen Überlassung durch den zu diesem Zeitpunkt berechtigten Eigentümer N beruhte. Beteiligt sich der Eigentümer an der unerlaubten Handlung, widerspräche es dem Telos des § 1000 S. 2, das Zurückbehaltungsrecht zum Vorteil des ebenfalls gesetzeswidrig agierenden Eigentümers auszuschließen.<sup>40</sup> Die Beteiligung des N lässt an eine Korrektur des § 1000 S. 2 indes nicht denken. Es ist sein Rechtsnachfolger E, zu dessen Lasten die deliktische Handlung vorgenommen wird, dem mithin kein Delikt vorzuwerfen ist. Ihn einem Zurückbehaltungsrecht auszusetzen, respektive dessen Ausschluss nach Satz 2 zu verneinen, würde der Wertung der §§ 992, 823, 1000 S. 2 widersprechen.

Maßgeblich ist aber schließlich, ob M die unerlaubte Handlung auch vorsätzlich vorgenommen hat. Konnte im Rahmen des § 138 noch dahinstehen, ob M positive Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den die Sittenwidrigkeit des Mietvertrages begründenden Umständen hatte, ist dies nunmehr streitentscheidend. M war zugegen, als N das Grundstück an E aufließ, wusste mithin von der bevorstehenden Eigentumsübertragung des angemieteten Grundstücks. Dass er den N, geschweige denn seinen Bruder E, um Auskunft bat, ob dieser mit der Vermietung des Grundstücks einverstanden sei, ist nicht ersichtlich. Die treue Ergebenheit des M gegenüber N zeigte sich gerade darin, dass er die wahren Ziele des N billigte und eine mittelbare Eigentumsverletzung zu Lasten des E in Kauf nahm. M hatte somit zumindest bedingten Vorsatz.

Da M den Besitz am Grundstück durch eine vorsätzliche, unerlaubte Handlung erlangt hat, ist das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1000 S. 2 ausgeschlossen (seinen Verwendungsersatzanspruch verliert M freilich nicht).

### c) Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 II BGB

Ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht aus § 273 II wäre ebenso wie durch § 1000 S. 2 durch die inhaltsgleiche Regelung des § 273 II a. E. ausgeschlossen, da M das Grundstück durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt hat.

Hinweis: Ein solches Zurückbehaltungsrecht ist auch dem Grunde nach nicht ersichtlich: Mangels Fremdgeschäftsführungswillens scheidet Ansprüche aus GoA aus, § 687 I. Der Anspruch gem. § 994 II ist wegen § 1001 noch nicht fällig. Bereicherungsrechtliche

<sup>40</sup> Siehe etwa BGH NJW 1964, 1672 (1674); RGZ 110 356 (365); zum Leitfall kritisch Staudinger/Gursky (o Fn. 39), § 1000 Rn. 10; MünchKomm-BGB/Raff (o Fn. 2), § 1000 Rn. 7.

*Ansprüche aufgrund einer Aufwendungskondition sind durch das EBV gesperrt.*

#### d) Zwischenergebnis

Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem M nicht zur Seite.

### IV. Ergebnis

E kann Herausgabe des Grundstücks von M gem. § 985 verlangen.

## D. Rechtmäßige Verhinderung des Eigentumserwerbs

Fraglich ist, wie N auf rechtmäßige Weise den Eigentumserwerb des E hätte verhindern können.

### I. Widerruf des Verfügungsgeschäfts

Maßgeblich für die Beantwortung ist zunächst die dingliche Rechtslage, mithin, ob N sich von seiner Auflassungserklärung vom 1. 07. 2014 hätte lösen können.

§ 873 II *e contrario* ist eine Auflassungserklärung grundsätzlich frei widerruflich, sofern die Auflassung nicht notariell beurkundet wurde. Notariell beurkundet wurde nur das schuldrechtliche Kausalgeschäft in Form des Schenkungsvertrages. Dass auch die Auflassungserklärung beurkundet wurde, ist nicht ersichtlich. N hätte somit auf rechtlich zulässigem Wege im November 2014 den Widerruf erklären und so den Eigentumserwerb des E vor der erst im Folgemonat vorgenommenen Grundbucheintragung verhindern können.

*Hinweis: Wer ausschließlich den Widerruf des Schenkungsversprechens prüft, verletzt – genau genommen – das Trennungs- und Abstraktionsprinzip, beantwortet zumindest aber nicht die Fallfrage. Schließlich würde E im Dezember auch dann Eigentum am Grundstück erwerben, wenn N zwar die Schenkung widerruft, die Auflassungserklärung zum Zeitpunkt der Grundbucheintragung aber wirksam verbleibt. Freilich kann das Eigentum dann gem. §§ 531 II, 812 ff. herausverlangt werden.*

## II. Widerruf des Verpflichtungsgeschäfts

Der Widerruf des Verfügungsgeschäfts ist jedoch in letzter Konsequenz nur dann rechtlich ohne Zweifel, wenn N hieraus keine schuldrechtlichen Folgen, etwa Ersatzpflichten wegen Verletzung des kausalen Schenkungsvertrages, fürchten muss, er sich mithin auch vom Verpflichtungsgeschäft lösen kann. N kann die zugrunde liegende Schenkung gem. § 530 I widerrufen, wenn sich der beschenkte E durch eine schwere Verfehlung gegen N oder dessen nahe Angehörige groben Undanks schuldig gemacht hat. Die schwere Verfehlung setzt nicht nur eine objektiv schwere Verfehlung des Beschenkten voraus; es ist ferner nötig, dass die Verfehlung Ausdruck einer Gesinnung des Beschenkten ist, die in erheblichem Maße die Dankbarkeit vermissen lässt, die der Schenker erwarten kann.<sup>41</sup>

Die verbalen Äußerungen des E gegenüber seinem Vater zeugen von einer solchen Gesinnung. Besonders schwer wiegt, dass der Beschenkte E dem Schenker N den Tod wünschte und ihm zuvor eine körperliche Misshandlung durch die Schläge androhte. Auch wenn der Vorwurf, N leide an Alzheimer, im Zusammenhang mit dessen Konfrontation bezüglich der X als eher geringe Verfehlung einzustufen ist, hat sich E durch seine Beleidigungen und Drohungen groben Undanks schuldig gemacht.<sup>42</sup>

*Hinweis: Eine andere Ansicht ist gut vertretbar.*

## III. Ergebnis

N hätte sowohl die Auflassung des Grundstücks als auch den zugrunde liegenden Schenkungsvertrag widerrufen können.

<sup>41</sup> BGHZ 145, 35 = NJW 2000, 3201.

<sup>42</sup> Bejahend OLG Brandenburg, Urt. v. 15. 08. 2012 – 4 U 175/11, allerdings mit weiteren – nicht zitierfähigen – Beleidigungen.