

Examensklausurenkurs Zivilrecht**Klausur vom 6. Dezember 2021****Ausgangsfall**

A ist Eigentümer eines großen und landschaftlich reizvollen Grundstückes an einem See. Nachdem A überraschend verstirbt, wird V als vermeintlicher Alleinerbe des A als Eigentümer des Grundstückes im Grundbuch eingetragen. Tatsächlich ist jedoch nicht V, sondern E Alleinerbe des A. Obwohl V dies weiß, lässt er sich die Möglichkeit, das wertvolle Grundstück zu Geld zu machen, nicht entgehen. V verkauft das Grundstück daher am 10.01.2019 – unter Beachtung sämtlicher Formvorschriften – an den ahnungslosen K. Nachdem das Grundstück am 25.01.2019 zugunsten des K notariell aufgelassen wurde, bewilligt V dem K noch am selben Tag eine Vormerkung. Diese wird auf Antrag vom 06.02.2019 am 08.02.2019 in das Grundbuch eingetragen.

Am 11.02.2019 erlangt E zufällig Kenntnis von der Veräußerung des Grundstückes durch V an K. Auf Antrag des E wird am 15.02.2019 ein Widerspruch gegen die Vormerkung des K und das Eigentum des V in das Grundbuch aufgenommen. Nach Prüfung nimmt das Grundbuchamt am 14.03.2019 eine Grundbuchberichtigung vor und trägt E (anstelle von V) als Eigentümer des Grundstückes im Grundbuch ein. Durch die Grundbuchberichtigung erfährt auch K am 16.03.2019 von der Erbenstellung des E.

Weil sich K das wegen seiner Lage am See einzigartige Grundstück nicht entgehen lassen möchte, zahlt er dennoch am 04.04.2019 den gesamten Kaufpreis des Grundstückes an V. Das Grundbuchamt lehnt die am 05.04.2019 beantragte Eintragung des K als Eigentümer unter Hinweis auf § 19 GBO ab. Daraufhin wendet sich K an E und verlangt von diesem, eine Eintragung des K als Eigentümer des Grundstückes im Grundbuch zu bewilligen. E weigert sich jedoch.

Frage 1: Welche Ansprüche stehen K gegen E im Hinblick auf eine Eintragung des K als Eigentümer in das Grundbuch zu?

Fallfortsetzung

K fühlt sich auf seinem neuen Grundstück pudelwohl, wäre da nicht sein Nachbar N, mit dem er sich nun schon des Öfteren lautstark auseinandersetzen musste. Auf dem Grundstück des K steht seit 40 Jahren unmittelbar an der Grenze zum Grundstück des N ein alter Kirschbaum, so dass die landesrechtlichen Abstandsregelungen nicht eingehalten werden. Seine Äste ragen seit ungefähr 20 Jahren auf das Grundstück des N herüber.

N, der K schon oft – allerdings erfolglos – aufgefordert hat, die Äste des Kirschbaums zurückzuschneiden, schreitet sodann zur Tat und schneidet die überhängenden Äste selbst ab. K ist erzürnt und verlangt von N, das Zurückschneiden der Äste oberhalb einer Grenze von 5 Metern augenblicklich zu unterlassen, da ansonsten die Stabilität des Baumes nicht mehr gewährleistet sei. N macht umgekehrt geltend, dass von den Ästen zahlreiche Kirschen auf seine Terrasse, auf der helle Sandsteinplatten ausgelegt sind, herunterfielen, die durch die Kirschen stark verschmutzt würden. Ferner lockten die Kirschen viele Vögel an, die ebenfalls zur Verschmutzung seines Gartens und seiner Terrasse beitragen. K bestreitet diese Behauptung nicht, erwidert jedoch, dass dies lediglich eine mittelbare Beeinträchtigung, darüber hinaus ortsüblich und daher von N hinzunehmen sei. Außerdem habe er das Grundstück doch erst kürzlich erworben. Für einen Baum, der dort schon über 40 Jahre stehe, könne er ja wohl nicht haftbar gemacht werden. Außerdem solle er sich einmal richtig informieren und in das Nachbarrechtsgesetz NRW schauen. Dort gebe es eine Frist von sechs Jahren, nach deren Ablauf keine Beseitigung mehr verlangt werden könne. Darüber hinaus könne man ihn doch nach 20 Jahren, in denen auch gegenüber A nichts passiert sei, nicht einfach damit konfrontieren. N steht weiter auf dem Standpunkt, der Kirschbaum stelle eine objektive Beeinträchtigung seines Grundstücks dar, die K zu beseitigen habe, und macht K darauf aufmerksam, dass er auch mit A ständig über dieses Thema gesprochen habe.

Frage 2: Kann K von N Unterlassung der Beschneidung des Kirschbaumes verlangen?

Frage 3: Hätte N von K auch die Beseitigung des Überhangs und ggf. für den Fall der Selbstvornahme die Kosten für die Beseitigung des Überhangs und Ersatz für die eigene Arbeitskraft verlangen können?

Bearbeitervermerk:

- 1. Gehen Sie auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ggf. hilfgutachterlich ein.**
- 2. Auf § 47 Nachbarrechtsgesetz NRW und Art. 124 EGBGB wird ausdrücklich hingewiesen.**
- 3. Gehen Sie davon aus, dass naturschutzrechtliche Vorschriften eingehalten wurden. Auf andere öffentlich-rechtliche Vorschriften ist nicht einzugehen.**

§ 47 Nachbarrechtsgesetz NRW (NachbG NRW)

(1) Der Anspruch auf Beseitigung einer Anpflanzung, mit der ein geringerer als der in den §§ 40 bis 44 und 46 vorgeschriebene Abstand eingehalten wird, ist ausgeschlossen, wenn der Nachbar nicht binnen sechs Jahren nach dem Anpflanzen Klage auf Beseitigung erhoben hat. Der Anspruch unterliegt nicht der Verjährung.

(2) ...

Organisatorische Hinweise:

Die Abgabe der Klausur ist nur online möglich. Ihre Bearbeitung können Sie daher in dem dafür vorgesehenen Lernraum im eKVV hochladen. Wichtig ist, dass es sich um eine PDF-Datei handelt, die Sie mit ihrer Mailadresse und Matrikelnummer benennen (m.mustermann@uni-bielefeld.de - 112233445.pdf). Andernfalls ist eine Zuordnung der Voten der KoAss nicht möglich. Sie können Ihre Bearbeitung händisch erstellen und anschließend einscannen oder bspw. in Word, die Sie dann in eine PDF-Datei umwandeln. Bitte achten Sie auf eine möglichst geringe Dateigröße. Wir leiten die Klausuren an die KoAss weiter und das Examinatoriumsbüro sendet Ihnen zum bisher üblichen Besprechungstermin Klausur und Votum zurück. Die Lösungsskizzen sind dann ebenfalls im Ilias einsehbar. Die Lehrstühle sind angehalten, umfangreichere Lösungsskizzen zu erstellen, um die derzeit nur vereinzelt stattfindenden Besprechungen etwas zu kompensieren. Eine Abgabe per Telefax, E-Mail oder direkt im Examinatoriumsbüro ist nicht möglich. Es besteht die Möglichkeit, die Klausur noch am Montag, den 13.12.2021, bis 10 Uhr im Lernraum hochzuladen. Des Weiteren sollten Sie die Klausur eigenständig so examensnah wie möglich bearbeiten. Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte per Mail oder telefonisch an das Examinatoriumsbüro.

Viel Erfolg und bleiben Sie gesund!

Examensklausurenkurs Zivilrecht**Klausur vom 6. Dezember 2021****– Lösung –****Ausgangsfall****Frage 1:****A. Anspruch K gegen E auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung, § 894 BGB¹**

Fraglich ist, ob K gegen E einen Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gem. § 894 hat. Dazu müsste das Grundbuch i.S.d. § 894 objektiv unrichtig sein. K müsste der wahre Berechtigte hinsichtlich des fehlerhaft eingetragenen Rechts und E der Buchberechtigte sein.

E ist als Alleinerbe des A im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 Abs. 1 Eigentümer des Grundstücks geworden. Eine Eintragung des E als Eigentümer im Grundbuch ist nicht erforderlich (Vonselbsterwerb), handelt es sich doch explizit nicht um einen rechtsgeschäftlichen Erwerb gem. § 873 Abs. 1, der eine Eintragung voraussetzt. Selbst für den Fall, dass die Eintragung des E als Eigentümer als vormerkungswidrige Verfügung i.S.d. § 883 Abs. 2 S. 1 angesehen wird (dazu s. B.II.), macht diese das Grundbuch nicht unrichtig (*OLG Dresden NJW-RR* 1999, 1177; *MüKo/Kohler*, BGB⁸, § 894 Rn. 18).

Mithin fehlt es an einer Unrichtigkeit des Grundbuches. Die Eintragung der Vormerkung ändert daran nichts. Ein Anspruch des K gegen E aus § 894 besteht folglich nicht.

B. Anspruch K gegen E auf Zustimmung zur Eintragung als Eigentümer, § 888 Abs. 1 analog

K könnte gegen E ein Anspruch auf Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer des Grundstückes aus § 888 Abs. 1 (analog) zustehen, wenn K Vormerkungsberechtigter (1.) und ein im Grundbuch eingetragenes Recht ihm gegenüber unwirksam ist (2.).

¹ Alle §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

I. Vormerkung des K

1. Erwerb einer Vormerkung

K könnte zunächst am 08.02.2018 eine Vormerkung gemäß §§ 883 Abs. 1 S. 1, 885 Abs. 1 S. 1 erworben haben.

a) Zu sichernder Anspruch

Eine Vormerkung setzt nach § 883 Abs. 1 S. 1 zunächst einen zu sichernden Anspruch auf Einräumung, Änderung oder Aufhebung eines Grundstücksrechts voraus. Ein solcher Anspruch besteht in dem aus § 433 Abs. 1 S. 1 folgenden Eigentumsverschaffungsanspruch des K gegen V. Der zwischen K und V geschlossene Kaufvertrag wahrt die Formerfordernisse des § 311 b Abs. 1 S. 1, sodass ein wirksamer Eigentumsverschaffungsanspruch besteht. Die Erfüllung dieses Anspruchs war jedenfalls am 08.02.2018 auch noch möglich, denn V und K hatten notariell die Auflassung erklärt und eine Eintragung des K war (wegen der Voreintragung des V selbst unter Beachtung grundbuchrechtlicher Vorschriften) noch möglich. Zwar war V Nichtberechtigter, ein gutgläubiger Erwerb durch K war jedoch gem. §§ 873, 892, 925 im Hinblick auf eine dann noch bestehende Gutgläubigkeit des K und einen dann noch nicht bestehenden Widerspruch noch möglich.

b) Bewilligung der Vormerkung

V hat dem K am 25.01.2018 eine Vormerkung i.S.d. § 885 Abs. 1 S. 1 bewilligt.

c) Eintragung

Zugunsten des K wurde am 08.02.2018 eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen, § 883 Abs. 1.

d) Berechtigung

Gem. § 885 Abs. 1 S. 1 2. Alt. muss die Vormerkung auch von demjenigen bewilligt worden sein, dessen Grundstück von der Vormerkung betroffen ist.

(1) Vormerkungserwerb vom Berechtigten

Betroffen von der Vormerkung war allein der wirkliche Eigentümer E, der als Alleinerbe gemäß § 1922 Abs. 1 in die Rechtsstellung des A eingetreten ist. Nicht dieser, sondern V hat jedoch die Bewilligung erteilt. Die Bewilligung des V erfüllte daher nicht die Anforderungen von § 885 Abs. 1 S. 1 2. Alt., weil nicht Eigentum des V (sondern des E) von der Vormerkung betroffen war.

(2) Gutgläubiger Vormerkungserwerb vom Nichtberechtigten

Fraglich ist, ob K die in das Grundbuch eingetragene Vormerkung gutgläubig nach § 892 Abs. 1 S. 1 vom nichtberechtigten V erworben hat.

(a) Grundsätzliche Möglichkeit des gutgläubigen Vormerkungserwerbs

Die Möglichkeit des gutgläubigen Ersterwerbs einer Vormerkung ist allgemein anerkannt; über die normative Anknüpfung besteht jedoch Uneinigkeit.

Teilweise wird für den gutgläubigen Erwerb § 893 2. Alt. (h.M. vgl. BGHZ 25, 16, 23 m.w.N.; für eine analoge Anwendung u.a.: *Hager*, JuS 1987, 555, 556), teilweise dagegen § 892 direkt angewendet (*Wilhelm*, SachenR⁷, Rn. 2264: „Die Vormerkung ist [...] eine dingliche Rechtsposition, die den Rechten aus § 891 gleichsteht.“)

Anmerkung: Aufgrund der der Sache nach identischen Anforderungen für den Erwerb ist eine Auseinandersetzung mit der dogmatischen Streitfrage nicht erforderlich. Alle Ansichten gehen i.E. von der Möglichkeit eines gutgläubigen Vormerkungserwerbs aus und führen letztlich zur Anwendung von § 892 Abs. 1 S. 1.

Im Folgenden wird der h.M. gefolgt.

(b) Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs

(aa) Rechtsgeschäft als Verkehrsgeschäft

Bei der zwischen V und K vereinbarten Grundstücksveräußerung handelt es sich um ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts.

(bb) Hinreichender Rechtsscheintatbestand

Durch die Eintragung des V im Grundbuch als Eigentümer des Grundstückes bestand ein hinreichender Rechtsscheintatbestand i.S.d. § 892 Abs. 1 S. 1.

(cc) Kein Widerspruch

Ein Widerspruch gegen das Eigentum des V war bis zur Eintragung der Vormerkung nicht eingetragen.

(dd) Guter Glaube

K wusste zum Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung der Vormerkung am 06.02.2018, vgl. § 892 Abs. 2, auch (noch) nichts von der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Eine entsprechende Kenntnis erhielt K erst am 16.03.2018, er war mithin gutgläubig.

Anmerkung: Hier bietet es sich an, an den relevanten Zeitpunkt im Hinblick auf die Gutgläubigkeit und das Nichtvorliegen eines Widerspruchs zu erinnern. Grundsätzlich gilt, wenn es um den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geht, dass alle Erwerbsvoraussetzungen bis zur Eintragung im Grundbuch (= Vollendung des Erwerbstatbestandes) vorliegen müssen, d.h. der Erwerber darf bis zu seiner Eintragung keine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs haben. § 892 Abs. 2 beinhaltet die Ausnahme, dass der gutgläubige Erwerb – vorbehaltlich der Erfüllung aller anderen Voraussetzungen – nicht scheitert, wenn der Erwerber vor seiner Eintragung Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs erlangt, aber der Eintragungsantrag bereits gestellt wurde. Für den durch eine Vormerkung gesicherten Erwerb jedoch gilt, dass der relevante Zeitpunkt auf den für den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung maßgeblichen Zeitpunkt vorverlegt wird. Durch die analoge Anwendung des § 883 Abs. 2 S. 1 (sog. Erwerbswirkung der Vormerkung) schadet eine spätere Kenntnis nicht.

Für den Widerspruch gilt § 892 Abs. 2 nicht. Daher scheidet der gutgläubige Erwerb dann aus, wenn der Widerspruch nach Antragsstellung, aber vor der Eintragung eingetragen wurde. Auch davon ist i.S. der Erwerbswirkung der Vormerkung eine Ausnahme zu machen, wenn bereits vor der Eintragung des Widerspruchs eine Vormerkung gutgläubig erworben wurde. Dann wird ebenfalls der Erwerber gem. § 883 Abs. 2 S. 1 ana. geschützt, da ansonsten die Sicherungsfunktion der Vormerkung leerliefe. Ein Widerspruch schadet damit im Hinblick auf den späteren Erwerb des vorgemerkten Rechts nur dann, wenn er vor Eintragung der Vormerkung eingetragen wird. – S. zu dieser Problematik: *Wellenhofer*, § 19 Rn. 23-30.

e) Zwischenergebnis

K hat vom nichtberechtigten V gutgläubig nach §§ 893 2. Alt., 892 Abs. 1 S. 1 eine Vormerkung an dem Grundstück erworben.

2. Kein Untergang der Vormerkung durch Erlöschen der zugrundeliegenden Forderung

Die Vormerkung könnte jedoch – als streng akzessorisches Recht – dadurch erloschen sein, dass die zugrundeliegende Forderung untergegangen ist. Dies könnte hier gem. § 275 Abs. 1

durch subjektive Unmöglichkeit der Fall sein. Die Übereignung eines Grundstückes ist unmöglich, wenn der wirkliche Eigentümer eine Mitwirkung an der Übereignung ablehnt und ein gutgläubiger Erwerb nicht (mehr) möglich ist (vgl. *BGH NJW* 2010, 1074; *BGHZ* 85, 271; *Grüneberg/Grüneberg*, BGB⁸¹, § 275 Rn. 25).

Ein gutgläubiger Erwerb könnte hier – wegen der Weigerung des E zur Mitwirkung – unmöglich geworden sein, als zum einen am 15.02.2018 ein Widerspruch eingetragen wurde und zum anderen K am 16.03.2018 Kenntnis von der Erbenstellung des E erlangte, denn hiernach würde es sowohl an einer tauglichen Rechtsscheingrundlage fehlen, da die Richtigkeitsgewähr des Grundbuchs mit der Eintragung des Widerspruchs entfällt, § 892 Abs. 1 S. 1 a.E., als auch wäre K im Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung, vgl. § 892 Abs. 2, nicht mehr gutgläubig.

Beide Umstände könnten jedoch aufgrund der erworbenen Vormerkung für einen nachfolgenden Eigentumserwerb unerheblich sein.

Nach der h.M. soll die Vormerkung den künftigen Rechtserwerb umfassend absichern. Danach sei die Wirkung der Vormerkung nicht auf die relative Unwirksamkeit entgegenstehender Verfügungen nach § 883 Abs. 2 S. 1 beschränkt, sondern ermögliche auch einen gutgläubigen Erwerb gegen einen später als die Vormerkung eingetragenen Widerspruch (*BGH NJW* 1981, 446, 447; *Staudinger/Picker*, BGB²⁰¹⁹, § 892 Rn. 192, 195; *MüKo/Kohler*, BGB⁸, § 892 Rn. 42). Auch eine spätere Bösgläubigkeit (im Immobiliarsachenrecht: pos. Kenntnis) nach dem Zeitpunkt der Antragstellung für die Vormerkung stehe dem gutgläubigen Erwerb des vorgemerkten Rechts nicht entgegen. Nach dieser Ansicht wäre folglich trotz des Widerspruchs und der Kenntniserlangung von der Unrichtigkeit des Grundbuchs durch K ein Eigentumserwerb noch möglich.

Nach der Gegenansicht kann einer Auflassungsvormerkung nicht die Wirkung zukommen, einen später eingetragenen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs auszuschließen und damit einen gutgläubigen Erwerb zu ermöglichen (*BeckOGK/Assmann*, BGB²⁰²¹, § 883 Rn. 154 u. § 885 Rn. 141 ff.; *dies.*, Die Vormerkung, 1998, S. 370 f.; *Goetzke/Habermann*, JuS 1975, 82; *Knöpfle*, JuS 1981, 157, 165 f.). Nach dieser Auffassung sind die Wirkungen der Vormerkung auf den Schutz gegen Verfügungen, die den gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden (Verfügungsschutz, § 883 Abs. 2 S. 1), sowie auf die Rangwirkung gemäß § 883 Abs. 3 und die Vollwirkung (§ 106 Abs. 1 InsO mit § 103 Abs. 1 InsO) beschränkt.

Für die letztgenannte Ansicht kann der Wortlaut des § 883 Abs. 2 S. 1 angeführt werden, der nur eine relative Unwirksamkeit von vormerkungswidrigen Verfügungen anordnet und einen „Erwerbsschutz“ nicht bestimmt. Allerdings wird diese Ansicht dem Sinn und Zweck des § 883 Abs. 2 S. 1 nicht hinreichend gerecht und würde die Vormerkung als Sicherungsmittel praktisch entwerten. Die notwendige Zuverlässigkeit als Sicherungsmittel kommt der Vormerkung nur zu, wenn sie außer vor Verfügungen auch vor anderen Erwerbshindernissen Schutz bietet (*Medicus*, AcP 163 (1963), 1, 6). Die Analogie zu § 883 Abs. 2 S. 1 lässt sich insbesondere auch darauf stützen, dass im Eintritt der Bösgläubigkeit (der positiven Kenntnis) und der Eintragung eines Widerspruchs genauso wie in der vormerkungswidrigen Verfügung ein Verlust der Verfügungsbefugnis des Veräußerers liegt, vor der der Vormerkungsberechtigte durch § 883 Abs. 2 S. 1 geschützt werden soll.

Mit der h.M. bleibt somit ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums durch K möglich. Folglich wäre auch die der Auflassungsvormerkung zugrundeliegende Forderung auf Übereignung des Grundstücks gem. § 433 Abs. 1 nicht erloschen, sodass auch der Bestand der Vormerkung nicht berührt ist.

Anmerkung: Im Rahmen des soeben referierten Meinungsstreits können die Wirkungen der Vormerkung als Argumentationsstütze dienen. Diese sollen hier kurz in Erinnerung gerufen werden:

- *Verfügungsschutz/Elisionswirkung/Sicherungswirkung:* Zwischenverfügungen, die den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden, sind gem. § 883 Abs. 2 S. 1 gegenüber dem vorgemerkten Gläubiger unwirksam (Stichwort: relative Unwirksamkeit).
- *Rangwirkung:* Die Rangfunktion der Vormerkung betrifft nicht den Rang der Vormerkung selbst, sondern den Rang des Rechts, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist (vgl. § 883 Abs. 3). Dieses in Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs einzuräumende Recht erhält dadurch den Rang der Vormerkung, d.h., dass Rechte, die nach der Vormerkungseintragung eingetragen werden, nachrangig sind.
- *Vollwirkung:* Die Vollwirkung vervollständigt die Wirkung der Vormerkung. Gem. § 883 Abs. 2 S. 2 ist die Vormerkung auch gegenüber Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung (vgl. § 48 ZVG) und im Insolvenzverfahren (§ 106 Abs. 1 InsO mit § 103 Abs. 1 InsO) wirksam.

- *Erwerbswirkung*: Die Vormerkung soll die Erfüllung schuldrechtlicher Ansprüche auf Änderung der dinglichen Rechtslage umfassend sichern, sie soll insbesondere den Erwerb des vorgemerkten Rechts auch gegen zwischenzeitliche Bösgläubigkeit und zwischenzeitliche Eintragung eines Widerspruchs absichern.

S. zur Wirkung der Vormerkung: *Wilhelm, SachenR*⁷, Rn. 2237-2243; *Wellenhofer*, § 18 Rn. 17-29.

3. Zwischenergebnis

K ist Vormerkungsberechtigter.

II. Erwerb eines eingetragenen Rechts, das gegenüber K unwirksam ist

§ 888 Abs. 1 setzt voraus, dass der Erwerb eines eingetragenen Rechts gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist.

Dies ist hier problematisch, denn als „eingetragenes Recht“ i.S.d. Norm kommt allenfalls das Eigentum des E in Betracht. Dieses hat E aber jedenfalls nicht nach dem Vormerkungserwerb durch K, sondern vielmehr bereits zuvor durch Universalsukzession von A gem. § 1922 erworben.

Allerdings wäre der weitreichende Erwerbsschutz, der der Vormerkung im Hinblick auf die Absicherung des Gutgläubenserwerbs zugesprochen wird (s.o.), wertlos, würde man dem Vormerkungsberechtigten nicht auch in diesem Fall die Möglichkeit der Durchsetzung mit Hilfe von § 888 überlassen. Konsequenz ist bei Anerkennung der Erwerbsschutzwirkung der Vormerkung damit ein Anspruch auf Bewilligung der Eintragung durch den zwischenzeitlich eingetragenen wahren Eigentümer, der auf eine analoge Anwendung des § 888 zu stützen ist (so auch *Löhnig/Gietl*, JuS 2008, 102, 106.).

III. Ergebnis

Somit kann K gemäß § 888 Abs. 1 ana. von E verlangen, dass dieser einer Eintragung des K als Eigentümer des in Rede stehenden Grundstückes zustimmt.

Anmerkung: Eine a.A. ist vertretbar.

C. Kondiktionsanspruch K gegen E auf Zustimmung zur Eintragung als Eigentümer, § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt.

K könnte gegen E einen Anspruch auf Herausgabe der Buchposition und damit auf Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der Eintragung als Eigentümer gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. haben.

I. Etwas erlangt

Dazu müsste die Eintragung des E als Eigentümer zunächst etwas „Erlangtes“ im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 sein. Unter „etwas erlangt“ ist jeder Vorteil zu verstehen, der dem Bereicherungsschuldner zugeflossen ist (vgl. *MüKo/Schwab*, § 812 Rn. 1 ff.). Hierunter fallen auch reine Buchpositionen wie Grundbucheintragungen (*BGH NJW 1973, 613; MüKo/Schwab*, § 812 Rn. 12). Mit der Eintragung als Eigentümer des Grundstückes hat E damit „etwas“ erlangt.

II. Auf Kosten des K

E müsste die Eintragung anders als durch eine Leistung „auf Kosten“ des K erlangt haben. Dies wäre dann der Fall, wenn das Erlangte, nämlich die Eintragung des E anstelle des V, von der Rechtsordnung dem K zugewiesen wäre. Das ist schon insofern zweifelhaft, als die Eintragung die materielle Rechtslage wiedergibt, denn E ist Eigentümer des Grundstücks und daher zu Recht als Eigentümer eingetragen.

Überhaupt wird man dahin kommen müssen, das Tatbestandsmerkmal „auf Kosten“ in § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. zu verneinen und einen Kondiktionsanspruch abzulehnen. Zwar könnte erwogen werden, der durch die Vormerkung gesicherte Eigentumserwerbsanspruch sei ein Recht des K, in das entgegen seinem Zuweisungsgehalt durch die Eintragung des E eingegriffen worden sei. Jedoch dürfte durch die nachträgliche Eintragung des E nicht entgegen dem Zuweisungsgehalt in ein Recht des K eingegriffen worden sein, da K gegenüber E in seinem Recht durch die Vormerkungswirkungen und durch § 888 hinreichend geschützt ist. Insofern stellen die §§ 888, 883 Abs. 2 S. 1 (ana.) eine abschließende Regelung dar. Anders ausgedrückt: Aufgrund der Vormerkung und des § 888 ana. ist E gegenüber K lediglich zur Erteilung der gem. § 19 GBO für den Eigentumserwerb des K erforderlichen Bewilligung (Zustimmung, vgl. § 888) verpflichtet, nicht aber weitergehend zur Herausgabe seiner Grundbucheintragung (vgl. auch *Ehricke/Diehn*, JuS 2002, 669, 672).

III. Ergebnis

Mithin hat K keinen Anspruch gegen E auf Zustimmung zur Eintragung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt.

Fallfortsetzung:

Frage 2:

A. Anspruch K gegen N auf Unterlassung aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis

Fraglich ist, ob K gegen N einen Anspruch auf Unterlassung der Beschneidung des Kirschbaums aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis hat.

Anmerkung: Bei dem nachbarrechtlichen (auch: nachbarschaftlichen) Gemeinschaftsverhältnis handelt es sich nach h.M. um eine Ausprägung des § 242 – ob es sich um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt, ist str. (ablehnend *Wellenhofer*, SachenR³⁶, § 25 Rn. 4; a.A. u.a. *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR⁸, § 41 Rn. 42) –, aus dem Beschränkungen und Erweiterungen der Ausschließungsbefugnis des Grundstückseigentümers gegenüber den Nachbarn folgen können. Aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis können über das gesetzliche Nachbarrecht hinausgehende Duldungspflichten erwachsen, ebenso wie Ansprüche, wobei der BGH letztere nur annimmt, wenn es zwingend geboten ist (BGHZ 88, 344, 351). Darüber hinaus können sich auch Abwehransprüche aus dem o.g. Verhältnis ergeben. Etwaige Pflichten aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis nimmt der BGH nur an, wenn diese zwingend erscheinen, da die gesetzlichen Regelungen des Nachbarrechts nicht durch die o.g. Rechtsfigur konterkariert werden dürfen (*BeckOK/Fritzsche*, BGB²⁰²¹, § 242 Rn. 35-41; *MüKo/Schubert*, § 242 Rn. 216 ff.).

Dies setzt voraus, dass zwischen K und N aufgrund ihres faktischen „Nachbarseins“ ein Schuldverhältnis besteht, aus welchem eine Leistungspflicht gem. § 241 Abs. 1 hergeleitet werden kann. Zwar sind die die Nachbarn treffenden Rechte und Pflichten durch die §§ 905 ff. und die Nachbarrechtsgesetze der Länder bereits detailliert geregelt. Dennoch ist auf das Nachbarverhältnis § 242 anwendbar, aus dem eine gegenseitige Rücksichtnahmepflicht folgt. Eine daraus ableitbare Pflicht ist als Ausnahme anzusehen und kann nur dann zur Anwendung kommen,

wenn ein über eine bestehende gesetzliche Regelung hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen dringend geboten erscheint (*BGH NJW-RR* 2012, 1160 Rn. 20).

Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass ein über einen bereits geregelten Unterlassungsanspruch, z.B. § 1004 Abs. 1 S. 2, hinausgehender billiger Ausgleich dringend geboten ist. Mithin besteht kein Unterlassungsanspruch aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis.

Anmerkung: Die Erörterung eines Anspruchs aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis kann wohl nur von überdurchschnittlichen Bearbeiterinnen und Bearbeitern erwartet werden.

B. Anspruch K gegen N auf Unterlassung gem. § 1004 Abs. 1 S. 2

Ferner könnte K gegen N ein Anspruch auf Unterlassung der Beschneidung des Kirschbaumes gem. § 1004 Abs. 1 S. 2 zustehen.

Anmerkung: Während der Eigentümer gem. § 985 die Sache vom nichtberechtigten Besitzer herausverlangen und sich damit gegen Besitzentziehung und Besitzvorenthaltung zur Wehr setzen kann, gewährt § 1004 den Schutz vor allen anderen Arten der Beeinträchtigung des Eigentums durch einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch (*actio negatoria*). Der Anspruch ist verschuldensunabhängig und ist auch bei anderen dinglichen Rechten entsprechend anzuwenden, bspw. §§ 1027, 1065. Außerdem wird § 1004 auf alle absoluten Rechte analog angewendet, z.B. auf das Persönlichkeitsrecht oder den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (*Baur/Stürner, SachenR*¹⁸, § 12 Rn. 1 ff.; *Wellenhofer*, § 24 Rn. 44).

I. Eigentümerstellung des Anspruchsstellers

Zunächst müsste K als Anspruchssteller auch Inhaber des beeinträchtigten Eigentums sein (*MüKo/Raff*, § 1004 Rn. 54). Der Kirschbaum ist gem. §§ 93, 94 Abs. 1 S. 2 durch die Einpflanzung wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (*BeckOGK/Mössner*, § 94 Rn. 16). K ist Eigentümer des Grundstücks und mithin auch Eigentümer des Kirschbaumes.

II. Beeinträchtigung des Eigentums

Des Weiteren müsste das Eigentum des K auch beeinträchtigt worden sein. Ausweislich des Wortlauts des § 1004 Abs. 1 S. 1 ist dabei jede Störung des Eigentums in anderer Weise als

durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes gemeint. Nach h.M. ist unter der Beeinträchtigung des Eigentums jeder dem Inhalt des Eigentums widersprechende Zustand bzw. jede Einwirkung von außen auf die Sache sowie der durch die Einwirkung herbeigeführte und anhaltende Zustand gemeint (*BeckOGK/Spohnheimer*, § 1004 Rn. 70).

Anmerkung: Neben der h.M., die den Begriff der Eigentumsbeeinträchtigung weit fasst und verlangt, dass die Beeinträchtigung vom Anspruchsgegner adäquat kausal verursacht wurde und diesem zuzurechnen ist (so vor allem *BGH NJW* 1996, 845, 846; *Wieling/Finkenauer*, SachenR⁶, § 23 IV 1 a.), besteht auch eine sich im Vordringen befindliche Gegenposition, die sog. *Rechtsusurpationslehre*. Demnach ist entscheidend, ob das Eigentum in seiner rechtlichen Integrität verletzt ist, also ob der Störer mit seinem Rechtskreis den des Eigentümers überlagert. Mit anderen Worten muss dem Nachteil des Eigentümers ein Vorteil des Störers gegenüberstehen (grundl. *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972; *BeckOGK/Spohnheimer*, § 1004 Rn. 36 ff.; *Westermann/Gursky/Eickmann*, § 35 Rn. 2 ff.; *MüKo/Raff*, § 1004 Rn. 87 ff., der i.Ü. die h.M. als „früher hM“ bezeichnet [vgl. Rn. 87]). Für die Rechtsusurpationslehre wird u.a. vorgebracht, dass sie eine genaue Abgrenzung zwischen verschuldensabhängiger Deliktshaftung und verschuldensunabhängiger Störungsbehebung vornehmen könne, wobei aber auch kritisiert wird, dass sie zu erheblichen Rechtsschutzlücken führe (*BeckOGK/Spohnheimer*, § 1004 Rn. 42.1 ff.). Im Folgenden wird hier der hM bzw. der Ansicht der Rspr. gefolgt.

Indem N die Äste vom Rest des Baumes abtrennt, wirkt er körperlich auf diesen ein und beschädigt ihn damit. Dementsprechend ist das Abschneiden der überhängenden Äste eine äußere Einwirkung auf den Kirschbaum. Eine Beeinträchtigung des Eigentums ist gegeben. Weiterhin wäre für den Beseitigungsanspruch jedoch erforderlich, dass die Beeinträchtigung weiter fort-dauert; diese hält freilich nur so lange an wie auch die Einwirkungshandlung (*BeckOGK/Spohnheimer*, § 1004 Rn. 79; vgl. auch *Vieweg/Lorz*, SachenR⁹, § 9 Rn. 17; vgl. *Staudinger/Thole*, § 1004 Rn. 47: die Beeinträchtigung meint das Beeinträchtigtwerden, nicht das Beeinträchtigtsein). Hier geht es jedoch nicht um den Beseitigungsanspruch, für den eine Fortdauer der Beeinträchtigung erforderlich wäre, sondern um den Unterlassungsanspruch, für den lediglich die Gefahr einer Wiederholung der Beeinträchtigung hinzutreten muss (vgl. *MüKo/Raff*, § 1004 Rn. 84).

Anmerkung: Über den Wortlaut des § 1004 Abs. 1 S. 2 hinaus ist anerkannt, dass neben der Wiederholungsgefahr auch schon die Erstbegehungsgefahr einen Unterlassungsanspruch begründen kann, sog. vorbeugender Abwehrensanspruch (*BGH NJW 2004, 3701, 3702*).

Eine solche Wiederholungsgefahr i.S.d. § 1004 Abs. 1 S. 2 liegt vor, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Die Wiederholungsgefahr muss objektiv gegeben sein, d.h. es müssen Indizien vorliegen, die darauf hindeuten, dass die Wiederholung des Eingriffs wahrscheinlich ist oder die naheliegende Möglichkeit einer solchen besteht. Einer vorangegangenen Beeinträchtigung kommt nicht nur Indizwirkung zu, sondern sie führt auch dazu, dass die Wiederholungsgefahr widerleglich vermutet wird. Das kann auch im Falle einer einmaligen Eigentumsbeeinträchtigung gegeben sein, jedoch dann nicht, wenn der Störer mit der vollzogenen Beeinträchtigung sein Ziel bereits erreicht hat (vgl. *Staudinger/Thole*, § 1004 Rn. 449; *Vieweg/Lorz*, § 9, Rn. 9 f.; insbesondere zur Vermutungswirkung *BeckOK/Fritzsche*, § 1004 Rn. 91). Bei dem Abschneiden der Äste handelt es sich um eine einmalige Beeinträchtigung durch N. Eine widerlegliche Vermutung kommt dann nicht in Betracht, wenn man durch das Absägen der Äste davon ausgeht, N habe sein Ziel erreicht. Geht man aber davon aus, dass der Kirschbaum an Ort und Stelle verbleibt und dessen Äste nachwachsen oder andere Äste über die Grundstücksgrenze hinauswachsen, kann davon ausgegangen werden, dass N in einem solchen Fall erneut die Äste abschneiden würde. Mithin liegt eine Wiederholungsgefahr der Beeinträchtigung des Eigentums des K vor.

Anmerkung: Hier könnte auch argumentiert werden, dass ggf. eine lange Zeit vergehen dürfte, bis wieder eine derartige Situation entsteht. Jedoch ändert die Einbeziehung der zeitlichen Komponente nichts daran, dass die naheliegende Möglichkeit besteht, dass N im Fall der Fälle wieder selbst den Kirschbaum beschneidet.

III. Anspruchsgegner als Störer

Anmerkung: Auch bei diesem Prüfungspunkt kann sich auswirken, ob grundlegend der (noch) h.M. oder der Rechtsusurpationstheorie gefolgt wird. Während die Rspr. und die Lit. von der Kausalhaftung ausgehend zwischen Handlungsstörerhaftung und Zustandsstörerhaftung unterscheiden (*Staudinger/Thole*, § 1004 Rn. 255 ff. m.w.N.), stellt die Usurpationstheorie auf die Zustandshaftung ab, da als Haftungsgrund allein der rechtswidrige Zustand herangezogen wird (*a.a.O.*, Rn. 269 m.w.N.). Hier wird weiterhin der h.Rspr. gefolgt (s.o.).

Außerdem müsste N auch Störer sein. N könnte Handlungsstörer sein. Handlungsstörer ist derjenige, der die Beeinträchtigung des Eigentums durch sein Verhalten adäquat kausal mitverursacht hat (*Vieweg/Lorz*, § 9 Rn. 23; st.Rspr. seit RGZ 91, 22, 25). N hat die auf sein Grundstück ragenden Zweige des Kirschbaumes abgeschnitten und hat somit durch ein positives Verhalten adäquat kausal die Eigentumsbeeinträchtigung verursacht. Mithin ist N unmittelbarer Handlungsstörer (vgl. *BGH NZM* 2021, 622 Rn. 6).

IV. Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung

Die Eigentumsbeeinträchtigung müsste auch rechtswidrig sein. Der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch ist – über den Wortlaut des § 1004 Abs. 1 hinausgehend – nur gegeben, wenn es sich um eine rechtswidrige Beeinträchtigung handelt. Der Anspruch besteht nur dann nicht, wenn gem. Abs. 2 eine Duldungspflicht gegeben ist. Die Rechtswidrigkeit wird durch die Beeinträchtigung indiziert (*Grüneberg/Herrler*, § 1004 Rn. 12; *Wellenhofer*, § 24 Rn. 25). Sie entfällt, wenn gem. Abs. 2 eine Duldungspflicht gegeben ist.

Durch die Eigentumsbeeinträchtigung des N ist die Rechtswidrigkeit des nunmehr bestehenden Zustands grundsätzlich indiziert. Fraglich ist, ob hier eine Duldungspflicht nach § 1004 Abs. 2 besteht, die die Rechtswidrigkeit ausschließt.

Anmerkung: Es ist auch möglich, die Rechtswidrigkeit isoliert von einem möglichen Ausschluss des Anspruchs gem. § 1004 Abs. 2 zu prüfen (vgl. *Wellenhofer*, § 24 Rn. 1). Jedoch ist beim Unterlassungsanspruch anerkannt, dass das Fehlen einer Duldungspflicht der Rechtswidrigkeit gleichsteht, sodass beide Punkte durchaus gemeinsam geprüft werden können (vgl. *MüKo/Raff*, § 1004 Rn. 199; str. ist dies jedoch beim Beseitigungsanspruch).

1. Selbsthilferecht des N gem. § 910 Abs. 1 S. 2

Zunächst könnte sich eine Duldungspflicht des K aus dem Selbsthilferecht des N gem. § 910 Abs. 1 S. 2 ergeben. Demnach kann der Eigentümer eines Grundstücks herüberhängende Zweige von einem Nachbargrundstück abschneiden und behalten, wenn eine angemessene Frist zur Beseitigung bestimmt wurde und diese nicht erfolgt ist. Jedoch erscheint hier problematisch, ob § 910 Abs. 1 S. 2 hier überhaupt herangezogen werden kann.

a) Nichtanwendbarkeit des § 910 Abs. 1 S. 2 wegen § 906

§ 910 Abs. 1 S. 2 könnte wegen § 906 unanwendbar sein. N ist insbesondere aufgrund der herunterfallenden Kirschen und der dadurch angelockten Vögel verärgert. Das Herunterfallen

der Kirschen ist aber keine unmittelbar von den überhängenden Ästen ausgehende Beeinträchtigung, sondern lediglich eine mittelbare Folge des Überwuchses. Seinem Wortlaut nach betrifft § 910 Abs. 1 S. 2 lediglich die Äste selbst, sodass nach einer Meinung die von N beklagten mittelbaren Folgen stattdessen von § 906 als möglichem Ausschlussgrund für § 910 erfasst seien (vgl. *LG Krefeld*, BeckRS 2018, 9467 Rn. 24 ff.). Aus § 910 Abs. 2 ergibt sich jedoch, dass das Selbsthilferecht nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Zweige die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen. Weder aus dem Wortlaut noch dem Telos des § 910 lässt sich ableiten, dass die Vorschrift verschiedene Arten der Beeinträchtigung unterscheidet und das Selbsthilferecht nur dann greift, wenn ein unmittelbar beeinträchtigender Überwuchs vorliegt. Nicht anders kann entschieden werden, soweit es sich – wie K es behauptet – um eine ortsübliche Beeinträchtigung handelt, denn § 910 kennt das Kriterium der Ortsüblichkeit nicht (scil. anders als § 906). § 910 stellt somit eine abschließende Spezialregelung für die Beseitigung eines Überhangs dar und ist daher auch nicht aufgrund von § 906 ausgeschlossen (*BGH NJW-RR* 2019, 1356, 1357 Rn. 6 ff.; *BGH NZM* 2021, 622 Rn. 7; *BeckOGK/Klimke*, § 906 Rn. 50).

Anmerkung: Folgt man dagegen der Ansicht des LG Krefeld, muss sodann diskutiert werden, inwieweit die Kirschen eine ähnliche Einwirkung i.S.d. § 906 Abs. 1 S. 1 sind. Denn während anerkannt ist, dass kleinere Pflanzenteile ähnliche Einwirkungen darstellen (*BeckOGK/Klimke*, § 906 Rn. 48), soll dies auf Fallobst und größere Früchte nicht zutreffen, die wiederum als Grobimmissionen angesehen werden (*Staudinger/Roth*, § 906 Rn. 117).

b) Nichtanwendbarkeit des Selbsthilferechts wegen § 47 NachbG NRW

Das Selbsthilferecht des N könnte auch durch § 47 NachbG NRW ausgeschlossen sein. Denn K macht geltend, es bestehe eine Frist von sechs Jahren, nach deren Ablauf keine Beseitigung mehr verlangt werden könne. Diese Frist betrifft Anpflanzungen, mit denen ein geringerer als der in den §§ 40-44, 46 NachbG NRW vorgeschriebene Abstand von der Grenze eingehalten wird. Der Kirschbaum steht unmittelbar an der Grenze zum Grundstück des N, sodass die landesrechtlichen Abstandsregelungen nicht eingehalten sind. Der Kirschbaum steht bereits seit 40 Jahren an dieser Stelle. Die Äste ragen seit 20 Jahren auf das Grundstück des N herüber. Mithin ist die Frist von sechs Jahren nach der Anpflanzung verstrichen.

Fraglich ist jedoch, ob Vorschriften des NachbG NRW das Selbsthilferecht aus § 910 Abs. 1 S. 2 einschränken können. Art. 124 EGBGB bestimmt, dass die landesgesetzlichen Vorschriften,

welche das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn noch anderen als den im BGB bestimmten Beschränkungen unterwerfen, unberührt bleiben. Ein Ausschluss des § 910 Abs. 1 S. 2 durch die Ausschlussfrist des § 47 Abs. 1 NachbG NRW würde jedoch keine Beschränkung des Grundstückseigentums des K zugunsten des N bewirken, sondern dem N ein Recht, welches sich für ihn aus dem BGB ergibt, nehmen. Darüber hinaus unterscheiden sich die Voraussetzungen des § 910 und des § 47 Abs. 1 NachbG NRW grundlegend. Insbesondere zeigt sich in Bezug auf die Rechtsfolge eine deutliche Divergenz: Während § 910 Abs. 1 S. 2 dem Nachbarn das Abschneiden von Zweigen erlaubt, ist § 47 Abs. 1 NachbG NRW auf die Beseitigung des Baumes gerichtet. Mithin kann § 47 Abs. 1 NachbG NRW nicht das Selbsthilferecht aus § 910 Abs. 1 S. 2 ausschließen (vgl. *BGH NZM 2021, 622, 623 Rn. 9*).

Anmerkung: Die vertiefte Bearbeitung dieses Problems kann von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern nicht erwartet werden.

c) Nichtanwendbarkeit aufgrund von Verjährung oder Verwirkung

Fraglich ist, ob das Selbsthilferecht des N gem. § 910 Abs. 1 S. 2 aufgrund von Verjährung oder Verwirkung ausgeschlossen sein könnte. K macht zunächst geltend, dass er das Grundstück doch erst kürzlich erworben habe und man ihn nicht für einen Baum, der schon über 40 Jahre dort stehe, haftbar machen könne. Das Selbsthilferecht ist weder in § 924 erwähnt noch handelt es sich um einen Anspruch i.S.d. § 194 Abs. 1, sodass es nicht der Verjährung unterworfen ist (*Ring/Grziwotz/Keukenschrijver/Ring, BGB-SachenR⁴, § 910 Rn. 58 m.w.N.; BGH NZM 2021, 622, 623 Rn. 10*).

Ferner meint K, dass nach 20 Jahren, in denen auch gegenüber A nichts passiert sei, er nicht mit dieser Sache konfrontiert werden könne. Daher könnte das Selbsthilferecht des N verwirkt sein. Ein Recht ist dann verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment; *BGHZ 97, 212, 220 f.*). Fraglich ist, ob aufgrund der Dauerstörung durch die Äste des Kirschbaums überhaupt das Zeitmoment vorliegt (vgl. *BeckOGK/Piekenbrock, § 194 Rn. 61*). Das kann jedoch dahinstehen, wenn es ohnehin am Umstandsmoment fehlt. Dieses setzt voraus, dass der Berechtigte durch sein gesamtes Verhalten bei dem Verpflichteten das Vertrauen geschaffen hat, er werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und dass dieser, der Verpflichtete, sich

darauf eingerichtet hat (*BGH NZM 2021, 622, 623 Rn. 10*). N hat K ausweislich des Sachverhalts schon oft dazu aufgefordert, die Äste des Kirschbaums zurückzuschneiden. Ebenfalls hat er mit dem vorherigen Eigentümer des Grundstücks, A, ständig über dieses Thema gesprochen. Daher hat N weder gegenüber A noch gegenüber K das Vertrauen geschaffen, er werde sein Recht nicht mehr geltend machen. Damit ist das Recht des N aus § 910 Abs. 1 S. 2 auch nicht verwirkt.

Anmerkung: Die Verwirkung – auch: die „illoyal verspätete Ausübung eines Rechts“ (BGHZ 25, 47, 51 f. = NJW 1957, 1358) – wurde von der Rechtsprechung entwickelt und ist heute als Fall der unzulässigen Rechtsausübung anerkannt. Die Verwirkung wird insbesondere dann erwogen, wenn sich das gesetzliche Zeitregime durch die Verjährung und Befristung als defizitär erwiesen hat. Erwähnung findet sie positiv ausgestaltet in § 21 Abs. 1 und 2 MarkenG und in § 4 Abs. 4 S. 2 TVG, § 9 S. 2 AEntG und § 3 S. 3 MiLoG, wo sie ausgeschlossen wird. Gegenstand der Verwirkung können sowohl Ansprüche als auch Einreden, Gestaltungsrechte und Einwendungen sein (vgl. *BeckOGK/Piekenbrock*, § 194 Rn. 57-63.1).

d) Zwischenergebnis

Somit kann N grundsätzlich sein Selbsthilferecht gem. § 910 Abs. 1 S. 2 ausüben.

2. Kein Ausschluss gem. § 910 Abs. 2

Nunmehr ist zu prüfen, ob das Selbsthilferecht des N gem. § 910 Abs. 2 ausgeschlossen sein könnte. Das Selbsthilferecht steht dem Eigentümer dann nicht zu, wenn die Zweige die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen. Ob eine solche Beeinträchtigung vorliegt, ist nicht dem subjektiven Empfinden des Grundstückseigentümers nach, sondern vielmehr objektiv zu bestimmen (*BGH NZM 2021, 622, 623, Rn. 15 m.w.N.*). Entscheidend ist bei dem Überhang von Zweigen, wie er in § 910 geregelt ist, dass sich die Beeinträchtigung nicht allein auf den Überhang an sich bezieht, sondern dass die Beeinträchtigung von den Zweigen ausgeht oder sich auf die überhängenden Zweige zurückführen lassen kann und darin eine fühlbare Beeinträchtigung liegt (*OLG Köln BeckRS 2011, 19837*; vgl. *BeckOGK/Vollkommer*, § 910 Rn. 20-20.4; s. auch *MiKo/Brückner*, § 910 Rn. 8-13). In diesem Fall fallen von den Ästen zahlreiche Kirschen auf die mit hellen Sandsteinplatten ausgelegte Terrasse, die dadurch stark verschmutzt wird. Darüber hinaus werden durch die Kirschen viele Vögel angelockt, die ebenfalls den Gar-

ten und die Terrasse verschmutzen. Mangels anderweitiger Hinweise – K bestreitet diese Behauptungen des N nicht – liegt eine objektive Beeinträchtigung des Grundstücks vor. Mithin ist das Selbsthilferecht des N nicht gem. § 910 Abs. 2 ausgeschlossen.

Anmerkung: Hier kann ggf. mit entsprechender Argumentation auch eine abweichende Meinung vertreten werden. Dann ist hilfsgutachterlich weiter zu prüfen.

3. Einschränkung des Selbsthilferechts gem. § 910 Abs. 1 S. 2

Fraglich ist, ob das Selbsthilferecht des N aufgrund des drohenden Verlusts der Standfestigkeit des Kirschbaums einzuschränken sein könnte. Nach einer Ansicht ist das Selbsthilferecht sogar ausgeschlossen, wenn durch die Ausübung des Selbsthilferechts der Baum derart geschädigt wird, dass er seine Standfestigkeit zu verlieren oder abzusterben droht. In einem solchen Falle stünden die Folgen der Überhangsbeseitigung außer Verhältnis zu den vom Überhang ausgehenden Störungen, sodass der Rückschnitt der Äste unzumutbar sei (*OLG Saarbrücken OLG-Report 2007, 927, 929; BGH NZM 2021, 622, 623 Rn. 19*). Ferner könne das Selbsthilferecht dann eingeschränkt werden, wenn landesrechtliche Vorschriften die Überhangsentfernung ausschließen und die dort vorgesehene Ausschlussfrist abgelaufen sei (vgl. *Staudinger/Roth, § 910 Rn. 10; BGH a.a.O. Rn. 20*). Schließlich könne ein von der o.g. Ansicht angenommener Ausschluss mit dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis begründet werden. (u.a. *OLG Brandenburg NZM 2018, 519 = NJW 2018, 1975 Rn. 27; BGH a.a.O. Rn. 21 m.w.N.*). Vorliegend wäre nach dieser Meinung das Selbsthilferecht des N ausgeschlossen. Nach anderer Ansicht kann das Selbsthilferecht, sofern die naturschutzrechtlichen Vorschriften eingehalten sind, auch dann wahrgenommen werden, wenn das Risiko besteht, dass der Baum seine Standfestigkeit verlieren oder absterben könnte (vgl. u.a. *BeckOGK/Vollkommer, § 910 Rn. 17; vgl. BGH a.a.O. Rn. 22 m.w.N.*). Demnach wäre keine Einschränkung zum Nachteil des N vorzunehmen.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid erforderlich ist. Gegen die erstgenannte Ansicht spricht zunächst, dass das Selbsthilferecht nur durch § 910 Abs. 2 eingeschränkt werden kann und eine darüberhinausgehende Verhältnismäßigkeits- oder Zumutbarkeitsprüfung im Gesetz nicht vorgesehen ist. Außerdem liefe eine solche Prüfung dem Sinn und Zweck des § 910 zuwider, Zwistigkeiten zwischen Nachbarn schnell erledigen zu können. Ferner weist § 910 dem Eigentümer, auf dessen Grundstück der Baum steht, die Verantwortung dafür zu, dass keine Zweige auf ein anderes Grundstück herüberwachsen. Wenn er dieser Verantwortung nicht nachkommt, ist es später nicht möglich, mit Hinweis auf

mögliche Probleme der Standfestigkeit vom Nachbarn zu verlangen, er möge das Abschneiden der Äste unterlassen. Eine Einschränkung durch landesgesetzliche Vorschriften entfällt bereits dadurch, dass diese sich nicht auf ein etwaiges Selbsthilferecht beziehen und den Ländern darüber hinaus auch die Gesetzgebungskompetenz fehlt. Ebenfalls scheidet die Argumentation über das nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis aus. Dieses kommt nur zum Tragen, wenn ein über die gesetzliche Regelung hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen dringend geboten ist. Dies ist hier jedoch aufgrund der von K für den Baum und den möglichen Überhang der Äste getragenen Verantwortung nicht der Fall. K trägt das Risiko für das Abschneiden der überhängenden Äste und der daraus resultierenden Beeinträchtigung der Standfestigkeit (vgl. *BGH NZM 2021, 622, 624 Rn. 23 ff.*). Mithin sprechen die besseren Gründe für die letztgenannte Ansicht. Vorliegend ist davon auszugehen, dass die naturschutzrechtlichen Vorschriften eingehalten wurden, sodass keine Einschränkung des Selbsthilferechts des N gem. § 910 Abs. 1 S. 2 vorzunehmen ist.

4. Zwischenergebnis

Somit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 910 Abs. 1 S. 2 vor. Das Selbsthilferecht stellt eine Duldungspflicht i.S.d. § 1004 Abs. 2 dar (*BeckOGK/Spohnheimer, § 1004 Rn. 207*). Daher besteht für K eine Duldungspflicht, sodass die Beeinträchtigung durch N nicht rechtswidrig ist. Mithin liegen die Voraussetzungen für einen Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 nicht vor.

V. Ergebnis

K hat keinen Anspruch gegen N auf Unterlassung gem. § 1004 Abs. 1 S. 2.

Anmerkung: Die Prüfung der Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung bildet den Schwerpunkt der Frage 2. Freilich kann von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern nicht eine solch vertiefte Kenntnis des zugrundeliegenden Urteils und der anderen Rechtsprechung verlangt werden. Wohl aber kann erwartet werden, dass sich die Bearbeiterinnen und Bearbeiter mit den Informationen aus dem Sachverhalt argumentativ auseinandersetzen und versuchen, alle angesprochenen Rechtsfragen richtig einzuordnen. Insbesondere die Frage nach der Einschränkung des Selbsthilferechts aufgrund des drohenden Verlusts der Standfestigkeit des Baumes kann auch ohne das Wissen über die in der Rspr. und Lit. vertretenen Ansichten erfolgen.

C. Endergebnis

K hat keinen Anspruch gegen N auf Unterlassung der Beschneidung des Kirschbaums.

Frage 3:

A. Anspruch N gegen K auf Beseitigung aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis

N könnte ein Anspruch auf Beseitigung des Überhangs aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis zustehen. Dies setzt jedoch voraus, dass ein über eine gesetzliche Regelung hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen dringend geboten ist (s.o.). In einem solchen Fall, in dem die Beeinträchtigung von einem Baum ausgeht, setzt ein Anspruch aus dem Gemeinschaftsverhältnis voraus, dass durch die Bäume ungewöhnlich schwere und nicht mehr hinzunehmende Beeinträchtigungen hervorgerufen werden (*BGH NJW 2020, 607 Rn. 21; BGH NJW-RR 2015, 1425 Rn. 16*). Zwar verschmutzen die Kirschen und die dadurch angelockten Vögel die Terrasse des N, jedoch handelt es sich dabei nicht um solche schwere und nicht mehr hinzunehmenden Beeinträchtigungen. Mithin besteht kein Anspruch des N auf Beseitigung des Überhangs aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis.

Anmerkung:

- Ein Anspruch aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis kann wohl nur von überdurchschnittlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern erwartet werden.
- Gehen beispielsweise von einer Birke Immissionen aus und müssen deshalb der Dachboden des Nachbarhauses, die Dachrinnen, die Lichtschächte und die Holzterrasse öfter als üblich gereinigt werden, ist dies zwar als erheblich einzustufen, aber deshalb hinzunehmen, weil solche Immissionen für Birken typisch sind. Auch eine Birkenpollenallergie reicht nicht aus, um einen Anspruch aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis zu begründen (vgl. *BGH NJW 2020, 607 Rn. 23 f.*).
- Hier könnte jedoch noch mit den nicht eingehaltenen Abstandsregelungen argumentiert werden. Ob dadurch jedoch die hohen Anforderungen des BGH erreicht werden, erscheint fraglich. Eine a.A. kann mit entsprechender Argumentation vertreten werden.

B. Anspruch N gegen K auf Beseitigung gem. § 1004 Abs. 1 S. 1

N könnte ein Anspruch gegen K auf Beseitigung des Überhangs gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 zustehen.

Anmerkung: Es sei darauf hingewiesen, dass das Selbsthilferecht und der Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 1 ohne Vorrangverhältnis nebeneinanderstehen. Das Selbsthilferecht wird insbesondere dann wichtig, wenn der Beseitigungsanspruch bereits verjährt ist (vgl. *BeckOK/Fritzsche*, § 910 Rn. 12 m.w.N.; vgl. *MüKo/Brückner*, § 910 Rn. 19 m.w.N.).

I. Eigentümerstellung des Anspruchstellers

N müsste als Anspruchsteller Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks sein. Dies ist vorliegend der Fall.

II. Beeinträchtigung des Eigentums

Ferner müsste das Eigentum des N beeinträchtigt sein. Dies setzt voraus, dass durch die Beeinträchtigung ein dem Inhalt des Eigentums widersprechender Zustand bzw. eine von außen auf die Sache kommende Einwirkung sowie ein durch die Einwirkung herbeigeführter und anhaltender Zustand besteht (s.o.). Das Hinüberwachsen der Äste des Kirschbaums und die herunterfallenden Kirschen, die die Terrasse des N verschmutzen, sind ein dem Inhalt des Eigentums des N widersprechender und vor allem seit 20 Jahren anhaltender Zustand. Damit ist das Eigentum des N beeinträchtigt.

III. Anspruchsgegner als Störer

Darüber hinaus ist erforderlich, dass K als Störer anzusehen ist. Vorliegend könnte K als Zustandsstörer anzusehen sein. Dies ist der Fall, wenn die Störung nicht unmittelbar auf eine Handlung zurückzuführen, sondern vom Zustand von Sachen und Anlagen ausgeht (*Wellenhofer*, § 24 Rn. 18 f.; *BGH MDR* 2020, 282). Ausreichend ist jedoch nicht allein das Eigentum oder der Besitz an einem Grundstück, von dem die Beeinträchtigung ausgeht. Darüberhinausgehend ist notwendig, dass Sachgründe vorliegen, die es rechtfertigen, dem Grundstückseigentümer bzw. Grundstücksbesitzer die Verantwortung für die Beeinträchtigung aufzuerlegen. Ein solcher Sachgrund ist gegeben, wenn der Grundstückseigentümer die Zweige des Baumes über die Grundstücksgrenze hat wachsen lassen, die dann zu Beeinträchtigungen geführt haben. Dies entspricht dem Rechtsgedanken des § 910 und der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Grundstücks (*BGH NJW* 2020, 607 Rn. 8, 609 Rn. 19 m.w.N.). Die ordnungsgemäße Bewirt-

schaftung des Grundstücks ist dann nicht gegeben, wenn die durch die Landesgesetze vorgeschriebenen Grenzabstände für Anpflanzungen nicht eingehalten sind (*BGH a.a.O.* Rn. 9 m.w.N.). Bei der Anpflanzung des Kirschbaums sind die Grenzabstände des NachbG NRW nicht eingehalten worden. Diese nicht ordnungsgemäße Anpflanzung ist K als Rechtsnachfolger des Voreigentümers auch zurechenbar (vgl. *BeckOGK/Spohnheimer*, § 1004 BGB Rn. 90). Somit bewirtschaftet K sein Grundstück nicht ordnungsgemäß, sodass er als Zustandsstörer anzusehen ist.

Anmerkung: Im umgekehrten Fall, wenn bei Anpflanzungen die Abstandsregelungen eingehalten wurden, ist es umstritten, ob die Einhaltung der landesrechtlichen Normen einen Anspruch nach § 1004 Abs. 1 ausschließt (vgl. *BGH NJW 2020*, 607, 608 Rn. 10 ff.).

IV. Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung

Die Beeinträchtigung durch die überhängenden Äste des Kirschbaums müsste auch rechtswidrig sein. Die Eigentumsbeeinträchtigung indiziert grundsätzlich die Rechtswidrigkeit (s.o.).

Anmerkung: Zwar könnte wie bei Frage 2 direkt i.R.d. Rechtswidrigkeit die Duldungspflicht geprüft werden. Dies ist jedoch umstritten (s.o.).

V. Ausschluss gem. § 1004 Abs. 2

Der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 könnte gem. Abs. 2 ausgeschlossen sein, wenn N die Beeinträchtigung dulden müsste. N hat gem. § 910 Abs. 2 analog die Zweige insoweit zu dulden, als sie die Benutzung seines Grundstücks nicht beeinträchtigen (*BeckOGK/Spohnheimer*, § 1004 Rn. 207). Eine Beeinträchtigung ist hier jedoch gegeben (s.o.). Eine andere etwaige Duldungspflicht ist hier nicht ersichtlich.

VI. Zwischenergebnis

Somit steht N grundsätzlich ein Anspruch gegen K gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 zu.

VII. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Der Anspruch des N könnte jedoch schon verwirkt oder verjährt sein. Der Anspruch ist nicht verwirkt (s.o.). K macht aber auch geltend, dass der Baum dort schon seit über 40 Jahren stehe

und er daher nicht haftbar gemacht werden könne. Zwar wachsen die Äste erst seit ca. 20 Jahren auf das Grundstück des N herüber. Dennoch könnte hier Verjährung eingetreten sein. Der Anspruch gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 unterliegt der Verjährung nach § 195 (*Staudinger/Thole*, § 1004 Rn. 435; zum grundlegenden Streit, ob der negatorische Beseitigungsanspruch überhaupt verjährt *a.a.O.*, Rn. 423 ff.). Da die Verjährungsfrist nach § 199 vor ca. 20 Jahren begonnen hat, ist der Anspruch bereits verjährt. Fraglich ist, inwieweit es sich auswirkt, dass K nun Eigentümer des Grundstücks ist. Zwar entsteht gegenüber K ein neuer Anspruch des N gem. § 1004 Abs. 1 S. 1. Jedoch kommt gem. § 198 analog K die bereits gegenüber dem Voreigentümer verstrichene Verjährungszeit zugute (*BeckOGK/Spohnheimer*, § 1004 Rn. 247; *Staudinger/Thole*, § 1004 Rn. 438). Daher ist der Anspruch des N aus § 1004 Abs. 1 S. 1 bereits verjährt.

Anmerkung: Eine vertiefte Auseinandersetzung kann wohl nur von guten und sehr guten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern erwartet werden.

VIII. Ergebnis

N hat einen Anspruch gegen K auf Beseitigung gem. § 1004 Abs. 1 S. 1, der jedoch verjährt ist.

Anmerkung: Auch wenn der Anspruch hier verjährt ist, lohnt sich ein kurzer Blick auf die Rechtsfolgen des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 1: Die Beseitigung hat in natura zu erfolgen. Eine Geldleistung ist grundsätzlich nicht ausreichend, ist aber dann möglich, wenn der beeinträchtigte Eigentümer die Beeinträchtigung selbst beseitigt (so liegt der Fall hier) oder der Störer die Eigentumsbeeinträchtigung schuldhaft nicht beseitigt. Die Beseitigungspflicht ist auf den *status quo ante* begrenzt und beinhaltet auch nicht den Ersatz entgangenen Gewinns. Des Weiteren stößt der Anspruch an seine Grenzen, wenn die Sache, auf die er bezogen ist, vollständig zerstört wurde. Die Rechtsusurpationstheorie verlangt das Aufgeben der angemäßen, das fremde Eigentum störenden Rechtsposition. Über die Beseitigung der Störungsquelle hinausgehend will die Wiederbenutzbarkeitstheorie der Rspr. auch die Wiederherstellung des vorherigen Zustands bzw. der Benutzbarkeit des Grundstücks einbeziehen (*BeckOGK/Spohnheimer*, § 1004 Rn. 177 ff.; *Wellenhofer*, § 24 Rn. 35 ff.).

C. Anspruch N gegen K auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung des Überhangs und Ersatz für die Arbeitskraft gem. §§ 677, 683 S. 1, 670

N könnte einen Anspruch gegen K auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung des Überhangs und Ersatz für die Arbeitskraft gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 haben.

I. Fremdes Geschäft

Zunächst müsste ein fremdes Geschäft gegeben sein (vgl. § 677). Als Geschäft werden sowohl rechtsgeschäftliche als auch tatsächliche Handlungen angesehen, wobei bloßes Dulden und Unterlassen nicht erfasst sind (*Wandt*, *GesSchuldV*¹⁰, § 4 Rn. 1). Das Abschneiden der Äste stellt ein tatsächliches Handeln und mithin ein Geschäft i.S.d. § 677 dar. Dieses Geschäft müsste auch nach h.M. (vgl. *Grüneberg/Sprau*, § 677 Rn. 3) fremd sein. Es ist fremd, wenn es nicht ausschließlich eine Angelegenheit des Geschäftsführers beinhaltet, sondern – zumindest auch – in den Interessenbereich eines anderen fällt. Das Abschneiden des Überhangs ist grundsätzlich eine Angelegenheit des K, auf dessen Grundstück der Kirschbaum steht. Insbesondere war K verpflichtet, die Ausübung des Selbsthilferechts gem. § 1004 Abs. 2 zu dulden, bzw. wäre er auch verpflichtet gewesen, die Beeinträchtigung gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 zu beseitigen. Damit ist die Beseitigung des Überhangs ein objektiv fremdes Geschäft.

Fraglich ist, inwieweit sich der Umstand auswirkt, dass N die Äste des Kirschbaums auch deshalb abgeschnitten hat, damit die Kirschen und die durch diese angelockten Vögel nicht seine Terrasse verschmutzen, und damit auch eigene Interessen verfolgt hat. Jedoch ist für die Fremdheit des Geschäfts ausreichend, dass das Geschäft nicht ausschließlich eigene Angelegenheiten betrifft. Somit reicht für die Anwendbarkeit der GoA-Vorschriften in den §§ 677 ff. ein Handeln im Doppelinteresse, sog. (*objektiv*) *auch-fremdes Geschäft* (statt vieler *Wandt*, § 4 Rn. 13 m.w.N.). Mithin handelt es sich bei dem Abschneiden der Kirschbaumäste um ein auch-fremdes Geschäft.

<p><u>Anmerkung:</u> Hier ist es auch möglich, von einem objektiv fremden Geschäft auszugehen.</p>
--

II. Fremdgeschäftsführungswille

Des Weiteren müsste N mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt haben. Dies ist der Wille, im Interesse des Geschäftsherrn tätig zu werden, also das Geschäft als fremdes zu führen (vgl. § 687 Abs. 2). Wie auch beim objektiv fremden Geschäft, wird beim auch-fremden Geschäft

der Fremdgeschäftsführungswille vermutet (vgl. BGHZ 38, 270; *Grüneberg/Sprau*, § 677 Rn. 6; krit. *Wandt*, § 4 Rn. 35).

III. Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung

N müsste ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung gehandelt hat. Neben einem Auftrag gem. § 662 kann sich eine Berechtigung aus verschiedenen Rechtsverhältnissen, aus Vertrag, öffentlich- und privatrechtlichen Beziehungen und aus Gesetz ergeben. Entscheidend ist, dass sich aus der Berechtigung eine Legitimation gegenüber dem Geschäftsherrn selbst ergibt (*BeckOGK/Thole*, § 677 Rn. 157). Fraglich ist, ob das Selbsthilferecht des § 910 Abs. 1 S. 2 eine sonstige Berechtigung darstellen kann. Jedoch gewährt das Selbsthilferecht nur eine Eingriffsbefugnis und regelt selbst nicht die Kosten des Eingriffs (vgl. *MüKo/Schäfer*, § 677 Rn. 76). Daher handelte N vorliegend ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung.

IV. Im Interesse und Willen des Geschäftsherrn

Gem. § 683 S. 1 ist erforderlich, dass N im Interesse und Willen des Geschäftsherrn gehandelt hat. Damit ist gemeint, ob Übereinstimmung im Zeitpunkt der Übernahme der Geschäftsführung vorgelegen hat (vgl. *Wandt*, § 5 Rn. 8). Der wirkliche Wille des Geschäftsherrn ist vorrangig zu behandeln, sofern ein solcher ausdrücklich oder konkludent geäußert (scil. nicht erklärt) wurde (*BeckOK/Gehrlein*, § 683 Rn. 4). K hat nach mehrmaliger Bitte des N, die überhängenden Äste zu entfernen, nicht reagiert. Damit hat er zumindest konkludent zum Ausdruck gebracht, dass er die Äste nicht entfernen will. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Entfernung der Äste gem. § 679 im öffentlichen Interesse gelegen hätte (vgl. *OLG Düsseldorf NJW* 1986, 2648, 2649). Daher hat N nicht im Willen und Interesse des Geschäftsherrn gehandelt.

V. Ergebnis

N hat keinen Anspruch gegen K gem. §§ 677, 683 S. 1, 670.

Anmerkung:

- Eine solch eingehende Prüfung der GoA kann wohl nur von überdurchschnittlichen Bearbeiterinnen und Bearbeitern verlangt werden.
- Sollten Bearbeiterinnen und Bearbeiter etwa annehmen, dass N hier im Willen und Interesse des K handelt, etwa, weil er ihn von einer eigenen Verbindlichkeit befreit, ist im Rahmen der Rechtsfolge, §§ 683 S. 1, 670, zu differenzieren:
 - *Ersatz für die Kosten der Beseitigung*: Hierbei handelt es sich um Aufwendungen i.S.d. § 670, die unproblematisch ersatzfähig sind.

- *Ersatz für die Arbeitskraft*: Der Ersatz der Arbeitskraft über die GoA ist str. Nach einer Ansicht kommt es in Analogie zu § 1835 Abs. 3 darauf an, ob es sich hier um die berufliche oder gewerbliche Arbeitskraft handelt. Eine zweite Meinung stellt darauf ab, ob der Arbeitskraft ein Marktwert zukommt. Eine dritte Ansicht sieht im Einsatz der Arbeitskraft grundsätzlich ein freiwilliges Vermögensopfer (Meinungsstand nach *Dauner-Lieb/Langen/Schwab*, BGB⁴, § 670 Rn. 8; s. auch *MüKo/Schäfer*, § 683 Rn. 35 ff).
 - Schließlich könnte noch angeführt werden, ob aufgrund des Handelns des N im Doppelinteresse die Aufwendungen nur anteilig zu ersetzen sind (vgl. *Wandt*, § 5 Rn. 44).
- Grundsätzlich hat der BGH einen Anspruch aus GoA anerkannt (*BGH NJW 2012*, 1080 Rn. 6).

D. Anspruch N gegen K auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung des Überhangs und Ersatz für die eigene Arbeitskraft gem. § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt.

Ferner könnte N ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung des Überhangs und Ersatz für die eigene Arbeitskraft aus § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. zustehen.

I. Etwas erlangt

Zunächst müsste K etwas erlangt haben. ‚Etwas‘ meint dabei jeden beliebigen Vorteil (*Wieling/Finkenauer*, BerR⁵, § 2 Rn. 2; so auch *Grüneberg/Sprau*, § 812 Rn. 8). K ist vorliegend durch N von seiner Verbindlichkeit aus § 1004 Abs. 1 S. 1 befreit worden (*BeckOK/Fritzsche*, § 910 Rn. 13 m.w.N.; *MüKo/Brückner*, § 910 Rn. 20) und hat damit einen Vorteil erlangt.

Anmerkung: Es könnte auch angeführt werden, dass K ‚Etwas‘ durch ersparte Aufwendungen erlangt hat (vgl. *BeckOK/Fritzsche*, a.a.O.). Nach h.M. werden ersparte Aufwendungen jedoch nicht mehr als ‚Etwas‘ angesehen, sondern werden i.R.d. § 818 Abs. 3 beachtet (*MüKo/Schwab*, § 812 Rn. 18; *BeckOK/Wendehorst*, § 812 Rn. 151).

II. In sonstiger Weise auf Kosten des N

K müsste die Befreiung von seiner Verbindlichkeit in sonstiger Weise, also nicht durch Leistung erlangt haben. Eine Leistung ist eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (*Wieling/Finkenauer*, § 3 Rn. 3; *Grüneberg/Sprau*, § 812 Rn. 14; a.A.

MüKo/Schwab, § 812 Rn. 47 f.). N hat hier jedoch keinen Leistungszweck gegenüber K verfolgt, sondern hat lediglich sein Selbsthilferecht nach § 910 Abs. 1 S. 2 in Anspruch genommen. Damit hat K das erlangte Etwas in sonstiger Weise erlangt.

Weiterhin wird verlangt, dass K das ‚Etwas‘ auf Kosten des N erlangt hat. Dies setzt voraus, dass K durch ein freiwilliges Vermögensopfer des N ein Vorteil zugeflossen ist (*MüKo/Schwab*, § 812 Rn. 355). N hat durch das Abschneiden der Zweige seine Arbeitskraft eingesetzt und Aufwendungen getätigt, die dem K unmittelbar zugute gekommen sind, indem seine Schuld erloschen ist (vgl. *Grüneberg/Sprau*, § 812 Rn. 50). Damit hat N das Vermögen des K bewusst vermehrt (aber keinen Leistungszweck verfolgt; vgl. zur Abgrenzung Leistung/Verwendung: *Wieling/Finkenauer*, § 4 Rn. 27). Mithin hat K die Befreiung von seiner Schuld in sonstiger Weise auf Kosten des N erlangt (vgl. *BeckOK/Wendehorst*, § 812 Rn. 153; krit. *MüKo/Schwab*, § 812 Rn. 375; s. bspw. BGHZ 97, 231 = NJW 1986, 2840, 2841).

Anmerkung: Eine vertiefte Auseinandersetzung kann hier nicht erwartet werden, v.a. weil dieser Punkt in der Literatur strittig behandelt wird. Insbesondere der BGH argumentiert nicht stringent, da er zwar die GoA bejaht, aber bei dem Anspruch aus der Aufwendungskondition davon ausgeht, der Eigentümer, hier N, handle nur im eigenen Interesse und nicht für den Störer, hier K. Des Weiteren wird darauf hingewiesen, dass dieser Bereicherungsanspruch eher Ähnlichkeit mit der Rückgriffskondition aufweise. In der Literatur wird die Rechtsprechung des BGH auch deshalb kritisiert, da – parallel zum Schadensersatz statt der Leistung – eine Nachfrist gesetzt werden müsse (*MüKo/Schwab*, § 812 Rn. 375 f.). Diese Kritik würde in diesem Falle jedoch deshalb nicht zutreffen, da § 910 Abs. 1 S. 2 ohnehin das Setzen einer Frist voraussetzt (*MüKo/Schwab*, a.a.O. Rn. 377).

III. Ohne Rechtsgrund

Ferner dürfte kein Rechtsgrund für die dem K zugeflossenen Vorteile gegeben sein. Ein Rechtsgrund ist hier nicht ersichtlich.

Anmerkung: Sollte die GoA bejaht worden sein, liegt darin ein Rechtsgrund, sodass ein Anspruch aus Aufwendungskondition hier nicht gegeben wäre (*MüKo/Brückner*, § 910 Rn. 20).

IV. Rechtsfolge

Gem. §§ 812, 818 Abs. 1 und 2 ist K zur Herausgabe des Erlangten in natura und für den Fall, dass dies nicht möglich ist, zur Leistung von Wertersatz verpflichtet. So kann N von K die Kosten der Beseitigung verlangen (so auch *MüKo/Schwab*, § 812 Rn. 377). Wertersatz für die eingesetzte Arbeitskraft kann von N nur dann verlangt werden, wenn man dieser einen Vermögenswert beimisst. Dies ist dann gegeben, wenn ihr ein Marktwert innewohnt (*MüKo/Schwab*, § 812 Rn. 358). Hätte N die Äste nicht abgeschnitten, hätte er eine professionelle Kraft einsetzen müssen, um den Kirschbaum zurückzuschneiden. Mithin kommt der Arbeitskraft des N ein Marktwert und damit Vermögenswert zu, sodass sie zu ersetzen ist (a.A. *MüKo/Schäfer*, § 683 Rn. 37; *BeckOK/Fritzsche*, § 910 Rn. 13).

Anmerkung: Die a.A. ist vertretbar. Die Diskussion, ob der Arbeitskraft ein Vermögenswert zukommt, kann wohl nur von überdurchschnittlichen Bearbeiterinnen und Bearbeitern erwartet werden.

V. Ergebnis

Somit kann N von K gem. § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. aus Aufwendungskondition sowohl die Kosten der Beseitigung der überhängenden Äste als auch Ersatz seiner Arbeitskraft verlangen.

Anmerkung: Dieses Ergebnis wird in der Rspr. und der Lit. nicht einheitlich vertreten. Eine Übersicht ist bei *BeckOK/Fritzsche*, § 910 Rn. 13 und *MüKo/Schwab*, § 812 Rn. 375 zu finden.

Vertiefungshinweise

- BGH, Urt. v. 11.06.2021 – V ZR 234/19 = BeckRS 2021, 16901 = NZM 2021, 622 = NJW-Spezial 2021, 514 m. Anm. Drasdo = NJ 2021, 403 m. Anm. Klose = JuS 2021, 795 m. Anm. Schmidt = RÜ 2021, 565
- *Fellner*, Abwehr- und Selbsthilferechte bei Beeinträchtigungen von Bäumen, Sträuchern und Hecken auf dem Nachbargrundstück, MDR 2021, 905
- *Neuner*, Das nachbarrechtliche Haftungssystem, JuS 2005, 385, 487
- *Hennig/Honer*, Bürgerlich-rechtliches Nachbarrecht (Grundfälle), JuS 2016, 591
- *Lettl*, Die Beeinträchtigung des Eigentums nach § 1004 I 1 BGB, JuS 2005, 871
- *Stollenwerk*, Die Entwicklung des privaten Nachbarrechts, ZMR 2021, 455
- *Horst*, Der „flotte“ Rückschnitt von Grenzüberwuchs im Selbsthilferecht: Wer trägt die Entsorgungslast?, NZM 2017, 57