

08/2023

26. Jahrgang
Seiten 501 - 572



IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- Kein Anspruch auf Schadensersatz statt der Störungsbeseitigung!
- Vereinbarung über Reservierungsgebühr durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ist „in der Regel“ unwirksam!
- Gesamtschuld zwischen Bauunternehmer und Architekt? Nicht immer!
- Anfechtung der Ausschlagung wegen Irrtums über die nun eintretende Person als unbeachtlicher Motivirrtum

STRAFRECHT

- Konkurrenzen beim Wohnungseinbruchsdiebstahl
- „Amokfahrt“: Mordmerkmale und gefährliche Körperverletzung

ÖFFENTLICHES RECHT

- Antragsbefugnis nach § 47 II S. 1 VwGO wegen des Wegfalls des Gebietserhaltungsanspruchs
- Vorbeugende Unterlassungsklage: Anforderungen für Zulässigkeit bei Abwehr von Verwaltungshandeln

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Klimaproteste – klausurrelevante Problemkreise aus strafrechtlicher Sicht

GRUNDFÄLLE

- Der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch, § 1004 BGB
- Der Genießer

HEMMER.LIFE

- „Erfolg ist kein Zufall“ - Die Tipps der Examensbesten!
Justus Lemkens im Interview



aktuell

fallorientiert

professionell

E-BOOK LIFE&LAW AUGUST 2023

Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger

INHALTSVERZEICHNIS

E-BOOK LIFE&LAW AUGUST 2023

ZIVILRECHT

1 KEIN ANSPRUCH AUF SCHADENSERSATZ STATT DER STÖRUNGSBESEITIGUNG!

A) Sounds

B) Problemaufriss

I. Schuldrecht-AT ist auf schuldrechtliche Ansprüche im Sachenrecht anwendbar

II. Problem: Ist SchuldR-AT auch auf „dingliche Ansprüche“ anwendbar?

1. Analoge Anwendung der §§ 293 ff. BGB auf § 985 BGB
2. Analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 BGB auf § 985 BGB
 - a) Begründung des BGH
 - b) Nach Teilen der Literatur muss Wertung des § 990 II BGB beachtet werden
 - c) Stellungnahme
 - d) Rechtsfolge
3. Analoge Anwendung der §§ 280 I, II, 286 BGB auf § 894 BGB
4. Analoge Anwendung der §§ 280 I, II, 286 BGB auf § 888 I BGB
5. Analoge Anwendung der §§ 254, 275 II BGB und §§ 280 I, II, 286 BGB auf § 1004 I BGB
 - a) Analoge Anwendung des § 275 II BGB
 - b) Analoge Anwendung des § 254 BGB und der Grundsätze der Vorteilsanrechnung
 - c) Analoge Anwendung der §§ 280 I, II, 286 BGB
6. Analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 BGB auf § 1004 I BGB

C) Lösung Frage 1:

I. Anspruch aus § 1004 I S. 1 BGB

1. Voraussetzungen des § 1004 I S. 1 BGB
 - a) Eigentumsbeeinträchtigung
 - b) Störereigenschaft des B
 - c) Keine Duldungspflicht, § 1004 II BGB
 - d) Keine Einrede der Unzumutbarkeit analog § 275 II BGB
2. Reichweite des Begriffes Beseitigung
3. Ergebnis

II. Anspruch aus § 862 I S. 1 BGB

D) Lösung Frage 2:

- I. Mangels Störungsbeseitigung kein Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670 BGB bzw. aus §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II Alt. 1 BGB

- II. Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 I BGB
- III. Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch analog § 906 II S. 2 BGB
- IV. Kein Anspruch aus § 1004 I BGB
- V. Anspruch auf Schadensersatz statt der Störungsbeseitigung analog §§ 280 I, III, 281 I S. 1 BGB
 - 1. Vorliegen eines Schuldverhältnisses
 - 2. Analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 BGB auf den dinglichen Anspruch aus § 1004 I S. 1 BGB?
 - a) Nach e.A. sind §§ 280 I, III, 281 BGB analog anwendbar
 - b) Nach a.A. sind die §§ 280 I, III, 281 BGB auf § 1004 BGB nicht analog anzuwenden
 - c) BGH lehnt analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 I S. 1 BGB ab
 - aa) Fiktiver Schadensersatz statt der Leistung mit Zweck des § 1004 I BGB unvereinbar
 - bb) Rechtsfolge des § 281 IV BGB widerspricht dem Zweck des Beseitigungsanspruchs
 - cc) Praktisches Bedürfnis fehlt
 - dd) Wahlrecht des Störers bzgl. Beseitigung würde beeinträchtigt
 - ee) Schlechterstellung gegenüber schuldrechtlichem Gläubiger ist hinzunehmen
- VI. Endergebnis zu Frage 2:

E) Lösung Frage 3:

- I. Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670 BGB
- II. Anspruch aus § 812 I S. 1, Alt. 2 i.V.m. § 818 II Alt. 1 BGB
- III. Anspruch auf Schadensersatz statt der Störungsbeseitigung analog §§ 280 I, III, 281 I S. 1 BGB
 - 1. Zwar kein Konflikt mit § 281 IV BGB
 - 2. Aber: Kein Bedürfnis wegen Bestehens anderer Ansprüche
 - 3. Systematische Gründe
- IV. Endergebnis

F) Kommentar

G) Wiederholungsfrage

H) Zur Vertiefung

2 VEREINBARUNG ÜBER RESERVIERUNGSGEBÜHR DURCH ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN IST „IN DER REGEL“ UNWIRKSAM!

A) Sounds

B. Problemaufriss

- I. Sittenwidrigkeit, § 138 I BGB
- II. Formnichtigkeit, § 125 S. 1 BGB
 - 1. Notarielle Beurkundungsbedürftigkeit
 - 2. Textform gem. § 656a BGB

C) Lösung

- I. Erlangtes Etwas durch Leistung
- II. Ohne Rechtsgrund (+), wenn Regelung in der Reservierungsvereinbarung unwirksam war

1. Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbeziehungen bzw. Einbeziehung
2. Überprüfbarkeit, § 307 III S. 1 BGB
 - a) Reservierungsvereinbarung als eigenständige vertragliche Vereinbarung anzusehen?
 - b) Bezugnahme auf Maklervertrag spricht gegen Eigenständigkeit
 - c) Räumlich-zeitliche Trennung spricht nicht für Eigenständigkeit: Missbrauchsgefahr!
3. Inhaltskontrolle anhand von § 307 BGB
 - a) Anforderungen an eine unangemessene Benachteiligung
 - b) Vorliegend handelt es sich um unangemessene Benachteiligung
- III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

3 GESAMTSCHULD ZWISCHEN BAUUNTERNEHMER UND ARCHITEKT? NICHT IMMER!

A) Sounds

B) Skizze

C. Problemaufriss

- I. Schuldnermehrheit
- II. Befriedigung desselben Gläubigerinteresses bzw. Gleichartigkeit der Schuld
- III. Gleichstufigkeit bzw. Tilgungsgemeinschaft

C) Lösung

- I. § 426 II S. 1, §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB bzw. §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB
- II. Anspruch aus § 426 I S. 1 BGB
 1. Mehrere Schuldner
 - a) (Verjährter) Anspruch des B gegen U gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB (+)
 - b) Anspruch des B gegen A gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB
 - aa) Nicht wegen mangelhafter Planung
 - bb) Aber wegen mangelhafter Objektüberwachung
 2. Befriedigung desselben Gläubigerinteresses
 3. Gleichstufigkeit bzw. Tilgungsgemeinschaft
- III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

4 ANFECHTUNG DER AUSSCHLAGUNG WEGEN IRRTUMS ÜBER DIE NUN EINTRETENDE PERSON ALS UNBEACHTLICHER MOTIVIRRTUM

A) Sounds

B) Problemaufriss

- I. Annahme der Erbschaft
- II. Ausschlagung der Erbschaft
 1. Form
 2. Frist
 3. Inhalt
 4. Rechtsfolge
- III. Anfechtung der Annahme und Ausschlagung
 1. Anfechtungserklärung
 2. Anfechtungsgrund
 - a) Erklärungsirrtum, § 119 I Alt. 2 BGB
 - b) Inhaltsirrtum, § 119 I Alt. 1 BGB
 - c) Eigenschaftsirrtum, § 119 II BGB
 3. Rechtsfolge der Anfechtung

C) Lösung

- I. Ursprüngliche Erbrechtslage und wirksame Ausschlagung der Erbschaft durch A
- II. Wirksame Anfechtung der Ausschlagungserklärung?
 1. Anfechtungserklärung, § 1955 BGB
 2. Anfechtungsgrund/Berufungsgrund
 - a) Inhaltsirrtum gem. § 119 I Alt. 1 BGB
 - b) Abgrenzung zum unbeachtlichen Motivirrtum
 - c) Anwendung auf den Fall
 - d) Zwischenergebnis
 - e) Vergleich zu § 2308 BGB
 3. Ergebnis
- III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

STRAFRECHT

5 KONKURRENZEN BEIM WOHNUNGSEINBRUCHSDIEBSTAHL

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Strafbarkeit von T gemäß §§ 242 I, 244 I Nr. 3 StGB

1. Tatbestand

- a) Tatbestand des Grunddeliktes, § 242 I StGB
- b) Tatbestand der Qualifikation, § 244 I Nr. 3 StGB

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

II. Strafbarkeit von T gemäß §§ 242 I, 244 IV, 22, 23 I StGB

1. Vorprüfung

2. Tatentschluss

3. Unmittelbares Ansetzen

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

5. Kein Rücktritt, § 24 I StGB

III. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

BGH, BESCHLUSS VOM 10.11.2022 – 4 STR 192/22 = JURISBYHEMMER

6 „AMOKFAHRT“: MORDMERKMALE UND GEFÄHRLICHE KÖRPERVERLETZUNG

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Strafbarkeit gemäß §§ 212 I, 211 I, II Gr. 2 Var. 1, Var. 3, 22, 23 I StGB

1. Vorprüfung

2. Tatentschluss

- a) Heimtücke, § 211 II Gr. 2 Var. 1 StGB
- b) Gemeingefährliches Mittel, § 211 II Gr. 2 Var. 3 StGB
- c) Niedrige Beweggründe, § 211 II Gr. 1 Var. 4 StGB

3. Unmittelbares Ansetzen

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

5. Kein strafbefreiender Rücktritt, § 24 I StGB

II. Strafbarkeit gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB

1. Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

ÖFFENTLICHES RECHT

7 ANTRAGSBEFUGNIS NACH § 47 II S. 1 VWGO WEGEN DES WEGFALLS DES GEBIETSERHALTUNGSANSPRUCHS

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Im Rahmen der Gerichtsbarkeit
- II. Statthaftigkeit
- III. Antragsbefugnis
 1. Antragsbefugnis der B
 2. Antragsbefugnis der A
- IV. Rechtsschutzbedürfnis
- V. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

BVERWG, URTEIL 25.01.2023 – 6 A 1.22 = JURISBYHEMMER

8 VORBEUGENDE UNTERLASSUNGSKLAGE: ANFORDERUNGEN FÜR ZULÄSSIGKEIT BEI ABWEHR VON VERWALTUNGSHANDELN

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
 1. Möglicher Rechtswegausschluss
 2. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
- II. Statthafte Klageart
- III. Kagebefugnis, § 42 II VwGO analog
- IV. Rechtsschutzbedürfnis
 1. Keine hinreichend bestimmte Bedrohungslage
 2. Fehlendes Verwaltungsverfahren
- V. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

KLIMAPROTESTE – KLAUSURRELEVANTE PROBLEMKREISE AUS STRAFRECHTLICHER SICHT

A) Einführung

B) Tatbestandsmäßigkeit der Klimaproteste

I. Straßenblockaden

1. Nötigung, § 240 StGB

2. Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, § 113 StGB

3. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, § 315b StGB

4. Behinderung von hilfeleistenden Personen, § 323 c II StGB, bzw. von Hilfs- und Rettungsdiensten, § 115 III StGB

5. Fahrlässige Tötung, § 222 StGB

II. Bewerfen von und Festkleben an Gegenständen

1. Sachbeschädigung, § 303 StGB

2. Hausfriedensbruch, § 123 StGB

III. Besetzen von Wäldern und Gebäuden

C) Rechtfertigung der Klimaproteste

I. Notwehr, § 32 StGB

II. Notstand, § 34 StGB

III. Ziviler Ungehorsam

IV. Verwerflichkeit, § 240 II StGB

E) Fazit

GRUNDFÄLLE

DER BESEITIGUNGS- UND UNTERLASSUNGSANSPRUCH, § 1004 BGB

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

Ansprüche des E aus § 1004 BGB

1. Beseitigungsanspruch, § 1004 I S. 1 BGB

a) Eigentum des Anspruchstellers

- aa) Bei Miteigentum: § 1011 BGB
- bb) Bewegliches und unbewegliches Eigentum geschützt
- b) Eigentumsbeeinträchtigung
 - aa) Definition
 - bb) Auch Naturgewalten als Auslöser
 - c) Anspruchsgegner ist Störer
 - d) Keine Duldungspflicht, § 1004 II BGB
 - e) Rechtsfolgen

2. Unterlassungsanspruch, § 1004 I S. 2 BGB

3. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

AUSZUG AUS DEN 44 WICHTIGSTEN FÄLLEN STRAFRECHT BT I, STRAFRECHT

DER GENIESSER

A) Sound

B) Lösung

I. Diebstahl in einem besonders schweren Fall hinsichtlich des Weines, §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand
3. Rechtswidrigkeit und Schuld
4. Besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 243 I S. 2 Nr. 1 StGB
5. Ergebnis
6. Strafantrag, § 248a StGB

II. Versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall bzgl. des Gemäldes, §§ 242 I, II, 22, 23 I StGB i.V.m. § 243 I StGB

1. Vorprüfung
2. Tatentschluss
3. Unmittelbares Ansetzen
4. Rechtswidrigkeit und Schuld
5. Besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 243 I S. 2 Nr. 1 StGB
6. Kein Rücktritt vom Versuch, § 24 I S. 1 Alt. 1 StGB

C. Zusammenfassung

D) Zur Vertiefung

ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 23.03.2023, V ZR 67/22 = JURISBYHEMMER

1 KEIN ANSPRUCH AUF SCHADENSERSATZ STATT DER STÖRUNGSBESEITIGUNG!

+++ Eigentumsbeeinträchtigung +++ Störungsbeseitigungsanspruch +++ Fristsetzung +++ Schadensersatz statt der Leistung +++ Voraussetzungen der Analogie +++ §§ 280, 281, 1004 BGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt): A und B sind Eigentümer benachbarter Grundstücke. Auf dem Grundstück des B steht unweit der gemeinsamen Grundstücksgrenze eine 150 Jahre alte Pappel.

Die Wurzeln der Pappel sind in das Grundstück des A hineingewachsen und haben dort einen Wurzelaustrieb gebildet. Dadurch wurden in der Garageneinfahrt des A Pflastersteine angehoben. A forderte B unter Fristsetzung auf, die Pappel zu fällen bzw. die eingedrungenen Wurzeln zu beseitigen und Vorsorge gegen künftige Beeinträchtigungen, etwa durch den Einbau einer Wurzelsperre, zu treffen. Dies lehnte B ab.

Ein von A eingeholtes Sachverständigengutachten kommt zum Ergebnis, dass bei grenznah gepflanzten Pappeln eine Wurzelsperre eingebaut werden könnte. Die Kosten für die Entfernung der Wurzeln und der Reparatur des Pflasters werden auf 2.000,- € netto (= 2.380,- € brutto) beziffert.

Frage 1: Kann A von B Störungsbeseitigung verlangen?

Frage 2: Kann A von B die Kosten der Störungsbeseitigung auf Gutachterbasis abrechnen?

Frage 3: Kann A von B die Kosten der Störungsbeseitigung verlangen, wenn er diese tatsächlich selbst aus eigennütziger Motivation vorgenommen hat?

A) Sounds

Die Vorschrift des § 281 BGB ist auf die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche des Eigentümers aus § 1004 I BGB weder direkt noch analog anwendbar.

B) Problemaufriss

Im Mittelpunkt des Falles steht die seit Jahren in Literatur und instanzgerichtlicher Rechtsprechung umstrittene Frage, ob die Vorschrift des § 281 BGB auf den dinglichen Anspruch aus § 1004 I BGB auf Störungsbeseitigung analog angewendet werden kann.

Anlässlich dieser Entscheidung wird zunächst in einem ausführlichen Problemaufriss die Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften des 2. Buches (Schuldrecht) im Sachenrecht dargestellt.

Für die Anwendbarkeit der §§ 241 ff. BGB muss zwischen dinglichen Ansprüchen und Ansprüchen aus gesetzlichen Schuldverhältnissen unterschieden werden.¹

I. Schuldrecht-AT ist auf schuldrechtliche Ansprüche im Sachenrecht anwendbar

Gesetzessystematisch beziehen sich die Regelungen des Allgemeinen Schuldrechts zunächst einmal auf die Schuldverhältnisse, die im 2. Buch geregelt sind.

Es gibt jedoch auch im Sachenrecht und den anderen Büchern im BGB eine ganze Reihe **gesetzlicher Schuldverhält-**

¹ MüKo/Baldus, BGB, 9. Aufl. 2023, Vorbemerkung vor § 985, Rn. 64.

nisse, die nicht aus schuldrechtlichen Tatbeständen resultieren.

So ist beispielsweise das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV) nach §§ 987 ff. BGB (EBV) ein derartiges gesetzliches Schuldverhältnissen.

Zu den im Sachenrecht geregelten gesetzlichen Schuldverhältnissen gehören aber auch das Schuldverhältnis zwischen dem Finder und dem Verlierer nach §§ 965 ff. BGB, zwischen dem Eigentümer des herrschenden und dem des dienenden Grundstücks nach § 1020 BGB, zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher nach §§ 1030 ff. BGB (vor allem die §§ 1041 ff. BGB) sowie zwischen dem Eigentümer und dem Pfandgläubiger nach §§ 1215 ff. BGB.

Auf diese gesetzlichen Schuldverhältnisse sind die Bestimmungen des Schuldrecht-AT anwendbar.²

Anmerkung: Im Familienrecht sind die Unterhaltspflicht (etwa nach §§ 1360 f., 1569, 1601 ff. BGB) und die Pflicht zum Zugewinnausgleich (§ 1378 BGB) schuldrechtliche Ansprüche.

Im Erbrecht handelt es sich beim Erbschaftsbesitzerverhältnis (§§ 2018 ff. BGB) um ein dem EBV nachempfundenen gesetzliches Schuldverhältnis. Auch das Vermächtnis begründet ein auf einseitiger Willenserklärung des Erblassers beruhendes gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Bedachten und dem Beschwerten (§§ 2174, 2147 BGB). Gleiches gilt für den Pflichtteilsanspruch (§§ 2303 ff. BGB).

Des Weiteren gibt es gesetzliche Schuldverhältnisse, deren Entstehungsgrund im BGB-AT liegt, so etwa die falsus procurator-Haftung nach § 179 BGB und die Haftung des Anfechtenden nach § 122 BGB.

Auch hier sind die Bestimmungen des 2. Buchs unstreitig anwendbar.

II. Problem: Ist SchuldR-AT auch auf „dingliche Ansprüche“ anwendbar?

Die Frage der Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf dingliche Ansprüche beschäftigt die Rechtswissenschaft und Rechtspraxis bereits seit den Beratungen über den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches.³ Weitgehend unstreitig ist die Erkenntnis, dass der sog. **dingliche Anspruch kein Schuldverhältnis** i.S.d. §§ 241 ff. BGB darstellt.

hemmer-Methode: Unter einem dinglichen Anspruch (z.B. § 985 BGB bzw. § 894 BGB) versteht man einen Anspruch, der aufgrund eines dinglichen Rechts besteht und auf die Herstellung des dem Inhalt des dinglichen Rechts entsprechenden Zustandes gerichtet ist.⁴

Es handelt sich also um einen Anspruch, durch den der Zugriff auf die Sache aus dem dinglichen Recht (z.B. Eigentum) realisiert wird.

Vereinzelt wird für dingliche Ansprüche auf die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts verwiesen.

So haftet ein hypothekenbelastetes Grundstück gem. § 1146 BGB für die Verzugszinsen.

Außerdem sind die Vorschriften zum Schuldnerverzug auf den dinglichen Anspruch aus § 985 BGB anwendbar, wenn der Besitzer hinsichtlich seines fehlenden Besitzrechts bösgläubig war, **§ 990 II BGB**. § 990 II BGB begründet gegenüber § 989 BGB in zweifacher Hinsicht eine weitergehende Haftung. Der bösgläubige unrechtmäßige Besitzer haftet nach **§§ 990 II, 280 I, II, 286 BGB** zum einen nicht nur für Schäden, die durch Verschlechterung, Untergang oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe entstehen, sondern auch für reine Vermögensschäden oder den Vorenthaltungsschaden. Außerdem begründen **§§ 990 II, 287 S. 2 BGB** für die Schäden i.S.d. § 989 BGB eine verschuldensunabhängige Haftung!

hemmer-Methode: § 990 II BGB bezieht sich aufgrund seiner systematischen Stellung eindeutig nur auf den bösgläubigen Besitzer.

Im Umkehrschluss hierzu gerät also der verklagte, aber gutgläubige unrechtmäßige Besitzer, der trotz Mahnung die Sache nicht nach § 985 BGB herausgibt, nicht (!) in Schuldnerverzug. § 990 II BGB lässt sich also als „Freischaltungsnorm“ charakterisieren, die nur ausnahmsweise die Anwendung der Regelungen über den Verzug gestattet.⁵

Fehlt es an einer Verweisung im Gesetz auf die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts, so können die Vorschriften

2 MüKo/Ernst, BGB, 9. Aufl. 2022, Einleitung v. § 241 BGB, Rn. 4.

3 MüKo/Ernst, Einleitung v. § 241 BGB, Rn. 5; Croon-Gestefeld, ZIPW 2022, 285 f. m.w.N.

4 Das BGB selbst verwendet den Ausdruck „dinglicher Anspruch“ lediglich in § 198 BGB und nennt dafür in § 197 I Nr. 2 BGB „Herausgabeanprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten“.

5 Gebauer/Huber, ZGS 2005, 103 (105).

der §§ 241 ff. BGB auf dingliche Ansprüche richtigerweise **nur im Wege einer Analogie** angewendet werden.⁶

Anmerkung: Unter Analogie versteht man die Übertragung der für einen Tatbestand im Gesetz vorgesehenen Regel auf einen nicht im Gesetz geregelten Tatbestand. Eine Analogie setzt nach gesicherter Rechtsauffassung voraus, dass -> für einen bestimmten Sachverhalt keine Rechtsnorm existiert (Regelungslücke), -> eine andere Norm aber einen vergleichbaren Regelungsgehalt hat (vergleichbare Interessenlage) und -> das Fehlen einer passenden Norm vom Gesetzgeber schlicht übersehen wurde (Planwidrigkeit der Regelungslücke).⁷ Die Interessenlage ist vergleichbar, wenn Sinn und Zweck des gesetzlich geregelten Falles auf den nicht normierten Fall passen.

Hier ist für Sie in der Klausur der Einstieg in die Argumentation.

Die Planwidrigkeit einer Regelungslücke lässt sich oftmals nur durch einen Blick in die Begründung des Gesetzes feststellen. Da es aus der Sicht des Betroffenen nicht vom Zufall abhängen darf, ob eine einschlägige Norm vorhanden ist oder nicht, müssen Sie sich fragen, ob es vom Gesetzgeber widersprüchlich war, diesen Fall nicht geregelt zu haben. Ist diese Frage zu bejahen, müssen Sie die Planwidrigkeit der Regelungslücke bejahen.

Zwar weisen dingliche und schuldrechtliche Ansprüche ihrem Rechtscharakter nach Unterschiede auf. So hat der dingliche Anspruch im Gegensatz zum schuldrechtlichen seinen Grund nicht in einer Beziehung des Berechtigten zu einem bestimmten Verpflichteten, sondern in einem Recht unmittelbarer Herrschaft über eine Sache. Er ist mit dem dinglichen Recht insofern untrennbar verbunden, als er die Verwirklichung des diesem Recht entsprechenden Zustandes gegenüber demjenigen ermöglicht, der den gegenteiligen Zustand aufrechterhält.

hemmer-Methode: Ein dinglicher Anspruch ist aus diesem Grund auch nicht selbständig übertragbar.⁸

Diese Besonderheit des dinglichen Anspruchs schließt aber die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Regelungen auf dingliche Ansprüche nicht generell aus. Der historische Gesetzgeber ging davon aus, dass die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts auch für dingliche Ansprüche gelten, wenn diese einen obligationsähnlichen Charakter aufweisen, weil sie sich gegen eine bestimmte Person richten und von dieser eine Leistung verlangen.⁹ Von der Aufnahme einer Bestimmung über die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts wurde jedoch mit der Begründung abgesehen, dass es sich „mehr um eine der weiteren Prüfung und Begrenzung durch die Wissenschaft zu überlassende Rechtswahrheit als um einen positiven Rechtssatz“ handle.¹⁰

Es ist daher **für jeden dinglichen Anspruch gesondert zu prüfen**, ob die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts auf ihn angewendet werden können. Eine Anwendung kommt nur dann in Betracht, wenn nicht die besondere Natur des dinglichen Anspruchs oder besondere sachenrechtliche Vorschriften eine abweichende Behandlung erfordern.

Nach diesem Maßstab haben der BGH und die h.L. die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften aus dem allgemeinen Schuldrecht auf dingliche Ansprüche bejaht.

1. Analoge Anwendung der §§ 293 ff. BGB auf § 985 BGB

Nach h.L. sind die Vorschriften über den Gläubigerverzug nach §§ 293 ff. BGB auf den Anspruch nach § 985 BGB anwendbar.¹¹

Von den *Rechtsfolgen* des Gläubigerverzugs passen zwar die §§ 300 II, 301 BGB für die Vindikation nicht. Dagegen sind die übrigen Normen analog anwendbar:

- So haftet der Besitzer analog §§ 300 I, 302 BGB nicht für leichte Fahrlässigkeit und für nicht gezogene Nutzungen.
- Analog § 303 BGB besteht bei Immobilien ein Recht zur Besitzaufgabe ohne Haftung nach §§ 989 ff. BGB.
- Außerdem besteht analog § 304 BGB ein Anspruch auf Ersatz bestimmter Aufwendungen unabhängig von §§ 994 ff. BGB.¹²

12. Analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 BGB auf § 985 BGB

⁶ MüKo/Baldus, Vorbemerkung vor § 985, Rn. 64.

⁷ Vgl. BGHZ 105, 140 (143) BGH, NJW 2003, 1932, (1933); BGH, NJW 2003, 2601 (2603) = jurisbyhemmer.

⁸ BGH, NJW, 1973, 703 ff. = jurisbyhemmer.

⁹ Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich („Motive“), Band II S. 4 und Band III S. 398.

¹⁰ Vgl. Motive III S. 399.

¹¹ Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Auflage 2023, § 985, Rn. 12.

¹² MüKo/Baldus, § 985, Rn. 180.

Mit den beiden Urteilen vom 18.03.2016¹³ und 09.11.2017¹⁴ hat der BGH entschieden, dass auf den dinglichen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB die Vorschriften zum Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 I BGB analog anwendbar sind.¹⁵

Anmerkung: Bei Unmöglichkeit der Herausgabe scheidet eine analoge Anwendung von §§ 280 I, III, 283 BGB mangels Regelungslücke aus, da hierfür § 989 BGB eine Regelung enthält.

Auch § 285 BGB ist nach absolut h.M.¹⁶ auf den Anspruch aus § 285 BGB nicht anwendbar, wenn dem Besitzer die Herausgabe nach § 985 BGB unmöglich geworden ist, da §§ 989, 990 BGB eine abschließende Regelung bilden.

Die Wertung des EBV, wonach nur der verklagte bzw. bösgläubige Besitzer auf Schadensersatz haften soll und dies auch nur bei verschuldeter Unmöglichkeit, liefe durch die Anwendung des § 285 BGB leer, da § 285 BGB weder Verschulden noch Bösgläubigkeit bzw. Rechtshängigkeit voraussetzt.

a) Begründung des BGH

Beim dinglichen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB besteht für die analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 I BGB ein praktisches Bedürfnis. Der Eigentümer hat wie ein obligatorischer Herausgabegläubiger, insbesondere bei Ungewissheit über die Erfolgsaussichten der Vollstreckung des Herausgabeanspruchs, ein Interesse an der Möglichkeit eines rechtssicheren Übergangs zum Schadensersatz.

Allerdings darf die Anwendung der §§ 280, 281 BGB auf den dinglichen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB nicht dazu führen, dass die verschärften Haftungsvoraussetzungen der §§ 989, 990 BGB mit ihrer Privilegierung des gutgläubigen, unverklagten Besitzers unterlaufen werden. Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Herausgabe analog §§ 280 I, III, 281 BGB kann daher nur im Falle der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs oder der Bösgläubigkeit des Besitzers gewährt werden.¹⁷

Der Eigentümer einer Sache kann daher, wenn der bösgläubige oder verklagte Besitzer seine Herausgabepflicht nach § 985 BGB trotz Fristsetzung nicht erfüllt, nach §§ 280 I, III, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

b) Nach Teilen der Literatur muss Wertung des § 990 II BGB beachtet werden

Teilweise wird in der Lit. die Ansicht vertreten, dass die §§ 280 I, III, 281 BGB analog § 990 II BGB **nur auf den bösgläubigen** Besitzer angewendet werden können.¹⁸

Die Vorschriften des Schuldnerverzugs kommen auf den Anspruch aus § 985 BGB auch nur unter der Voraussetzung des § 990 II BGB, also nur für den bösgläubigen Besitzer, zur Anwendung.

Zwar ist das Vorliegen von Schuldnerverzug keine Tatbestandsvoraussetzung des § 281 BGB. Es ist jedoch kein Fall denkbar, in dem der Tatbestand des § 281 I BGB ohne Schuldnerverzug vorliegt, da die Fristsetzung stets als Minus zugleich eine Mahnung i.S.d. § 286 I BGB enthält. Wenn das Verzugsrecht nur auf den bösgläubigen Besitzer anwendbar ist, sei es nicht überzeugend, die Haftung aus §§ 280 I, III, 281 BGB auf den verklagten, aber gutgläubigen Besitzer anzuwenden.

c) Stellungnahme

Für den BGH sprechen hingegen die praktischen Erwägungen. Wären die §§ 280 I, III, 281 BGB auf den verklagten Besitzer nicht anwendbar, so könnte der Eigentümer bei einer bloßen Herausgabeverweigerung des zur Herausgabe verurteilten Besitzers mit gleichzeitiger Unauffindbarkeit der Sache für den Gerichtsvollzieher nicht Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Bei fehlgeschlagener Vollstreckung des Herausgabebetitels bliebe ihm nur ein neuer, nunmehr auf die §§ 989, 990 BGB gestützter (Schadensersatz-)Prozess.

Eine Klage mit dem Antrag, den Beklagten unter der Bedingung der Unmöglichkeit oder Unauffindbarkeit der Sache zur Zahlung von Schadensersatz zu verurteilen, wäre – da es sich um eine außerprozessuale Bedingung handelt – wegen der Bedingungsfeindlichkeit von Prozesshandlungen unzulässig.

Die analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 BGB ab Rechtshängigkeit des Anspruchs aus § 985 BGB ermöglicht es dem Eigentümer hingegen, seine Klage auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 281 I BGB für den Fall des fruchtlosen

13 BGH, Life&LAW 11/2016, 747 ff. = NJW 2016, 3235 ff. = jurisbyhemmer.

14 BGH, Life&LAW 05/2018, 303 ff. = NJW 2018, 786 ff. = jurisbyhemmer.

15 A.A. Kohler, NZM 2014, 729 (738); Gursky, Jura 2004, 433 ff.

16 Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Auflage 2021, Rn. 448; Grüneberg/Herrler, § 985, Rn. 13; Grüneberg/Grüneberg, § 285, Rn. 4.

17 Nach a.A. sind die Vorschriften der §§ 280 I, III, 281 BGB auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB ohne Einschränkungen analog anzuwenden (Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 7, VI. Rn. 36).

18 Gruber/Lösche, NJW 2007, 2815 (2817 f.).

Ablaufs der von dem Gericht zur Erfüllung des Herausgabeanspruchs gesetzten Frist (§ 255 ZPO) unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO bereits zusammen mit der Herausgabeklage zu erheben.

Mit der Klage auf künftige Leistung nach § 259 ZPO kann ein Gläubiger bei Gefährdung seines Anspruchs diesen gerichtlich geltend machen, auch wenn er mangels Eintritts einer aufschiebenden Bedingung noch nicht fällig ist.¹⁹

Der Eigentümer kann daher beantragen,

- den Beklagten zur Herausgabe der Sache zu verurteilen (= Anspruch aus § 985 BGB),
- dem Beklagten eine Frist von z.B. drei Wochen ab Rechtskraft zur Herausgabe der Sache zu setzen (= Fristsetzung analog § 281 I S. 1 BGB),
- und den Beklagten zu verurteilen, nach fruchtlosem Ablauf der Frist Schadensersatz statt der Leistung i.H.v. xy,- € zu zahlen (= Schadensersatz statt der Herausgabe analog § 281 I BGB).

Klausur-Tipp: Sollte der unrechtmäßige Besitzer tatsächlich bösgläubig sein, können Sie die Kritik am BGH im Hinblick auf die Wertung des § 990 II BGB darstellen. Anschließend können Sie diese von Ihnen diskutierte Frage im Ergebnis mit dem folgenden Hinweis dahinstehen lassen:

„Ob § 281 BGB auch auf den verklagten, aber gutgläubigen Besitzer anzuwenden ist, kann hier im Ergebnis dahinstehen, da B jedenfalls bösgläubig war. Damit kommen die §§ 280 I, III, 281 BGB auf jeden Fall zur Anwendung.“

d) Rechtsfolge

Wenn der Eigentümer Schadensersatz statt der Leistung verlangt, kann der Besitzer seine Verpflichtung aus § 985 BGB nicht mehr durch die Herausgabe der Sache erfüllen, weil der Herausgabeanspruch gem. § 281 IV BGB erloschen ist.

Dies führt aber nicht zum dauerhaften Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz, da der unrechtmäßige Besitzer im Gegenzug analog § 255 BGB die Übereignung verlangen kann.²⁰

Diesen Gegenanspruch analog § 255 BGB kann der unrechtmäßige Besitzer dem Anspruch des Eigentümers auf Schadensersatz statt der Herausgabe über die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach §§ 273, 274 BGB entgehen lassen.

3. Analoge Anwendung der §§ 280 I, II, 286 BGB auf § 894 BGB

Nach h.L.²¹ und Teilen der Rechtsprechung²² ist auf den Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB das Verzugsrecht anwendbar.

Dies gilt wegen der vergleichbaren Interessenlage zu § 985 BGB aber in analoger Anwendung des § 990 II BGB nur dann, wenn der zur Grundbuchberichtigung zustimmungsverpflichtete Schuldner bösgläubig ist.

4. Analoge Anwendung der §§ 280 I, II, 286 BGB auf § 888 I BGB

Nach Ansicht des BGH²³ sind die Vorschriften zum Schuldnerzug (§§ 280, 286 BGB) auch auf den Zustimmungsanspruch nach § 888 I BGB analog anzuwenden.

Ist der vormerkungswidrig Eingetragene mit der Erfüllung des Zustimmungsanspruchs nach § 888 I BGB in Verzug, so schuldet er nach §§ 280 I, II, 286 BGB und § 288 BGB den Ersatz des Verzögerungsschadens (im konkreten Fall ging es um den Ersatz von Rechtsanwaltskosten).

Der BGH zieht als Vergleich den Anspruch aus § 985 BGB heran, auf welchen über § 990 II BGB das Verzugsrecht ebenfalls anwendbar ist. Zwischen § 888 BGB und § 985 BGB bestehe kein Unterschied, der es rechtfertigen würde, die Vorschriften über die Haftung des Schuldners für den Verzögerungsschaden nur auf die zuletzt genannten Ansprüche, nicht aber auf § 888 I BGB anzuwenden.

Anmerkung: Diese Argumentation des BGH wäre überzeugend, wenn er entsprechend der von ihm auch zitierten Vorschrift

19 Die Gefährdung wird nach der Rechtsprechung bereits dann bejaht, wenn ein zur Herausgabe verpflichteter Schuldner die Sache nicht herausgibt und damit den Kläger zur Erhebung einer Klage „nötigt“; vgl. BGH, NJW-RR 2006, 1485 ff. = jurisbyhemmer.

20 Grüneberg/Herrler, § 985 BGB, Rn. 14.

21 Grüneberg/Herrler, § 894 BGB, Rn. 10 a.E.; MüKo/Schäfer, 9. Auflage 2023, § 894 BGB, Rn. 48.

22 OLG Saarbrücken, OLGZ 1987, 221 ff. = jurisbyhemmer.

23 BGH, Life&LAW 06/2016, 373 ff. = NJW 2016, 2104 ff. = jurisbyhemmer.

des § 990 II BGB die Anwendbarkeit des Verzugsrechts auf den Anspruch aus § 888 I BGB von der Bösgläubigkeit des Schuldners abhängig machen würde.

Dies hat der BGH aber in diesem Urteil nicht gefordert.

Wenn beim Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB eine analoge Anwendung der §§ 280 I, II, 286 BGB in Analogie zu § 990 II BGB nur dann bejaht wird, wenn der Zustimmungsschuldner bösgläubig ist, muss dies beim Hilfsanspruch des § 888 I BGB auch gefordert werden.

Die Bösgläubigkeit wird aber aufgrund der vorherigen Einsicht des Grundbuchs regelmäßig zu bejahen sein.

5. Analoge Anwendung der §§ 254, 275 II BGB und §§ 280 I, II, 286 BGB auf § 1004 I BGB

a) Analoge Anwendung des § 275 II BGB

Bzgl. des Anspruchs auf Störungsbeseitigung nach § 1004 I S. 1 BGB – und hier nähern wir uns der Urteilsbesprechung – hat der BGH entschieden, dass bei unverhältnismäßig hohen Kosten für die Störungsbeseitigung dem Schuldner die Einrede des § 275 II BGB zusteht.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH vor der Schuldrechtsreform ergab sich eine derartige Einrede aus § 251 II S. 1 BGB, worin der Grundsatz der Unzumutbarkeit zum Ausdruck kommt. Diese liegt vor, wenn die Aufwendungen in keiner Relation zu dem Nachteil des Beeinträchtigten stehen.²⁴

Mit Wirkung zum 01.01.2002 wurde mit § 275 II BGB ein spezieller Tatbestand eingefügt, der eine Einrede gegen einen Leistungsanspruch gewährt, sodass nicht mehr „hilfsweise“ auf den Gedanken des § 251 II S. 1 BGB zurückgegriffen werden muss. Nach Ansicht des BGH findet § 275 II BGB auf alle Leistungsansprüche Anwendung. Ausweislich der Gesetzesbegründung gilt dies auch für solche Leistungsansprüche, die ihren Ursprung nicht in einem Vertragsverhältnis haben, sondern auf gesetzlicher Verpflichtung beruhen.

Auf den dinglichen Störungsbeseitigungsanspruch aus § 1004 I S. 1 BGB ist § 275 II BGB nach der Ansicht des BGH daher analog anwendbar.²⁵

b) Analoge Anwendung des § 254 BGB und der Grundsätze der Vorteilsanrechnung

Wenn ein Teil der Störung zu Lasten des Anspruchstellers selbst, ein anderer Teil aber zu Lasten des Anspruchsgegners geht, greift der BGH auf den Rechtsgedanken des § 254 I BGB zurück, der auch im Rahmen des § 1004 BGB Anwendung finden kann.²⁶

Obwohl der Beseitigungsanspruch nach § 1004 I BGB eine andere Funktion hat als Schadensersatzansprüche, hat er nach Ansicht des BGH „*teilweise schadensersatzende Wirkung*“ und kann daher nicht weiter gehen als § 823 BGB.

Die analoge Anwendung des § 254 BGB führt dann zu einer Beteiligung des Anspruchstellers an den Kosten für die Störungsbeseitigung.²⁷

Nach Ansicht des BGH ist es zudem folgerichtig, auch die **Grundsätze über den Abzug „neu für alt“ (Fallgruppe der Vorteilsausgleichung)** auf den Störungsbeseitigungsanspruch anzuwenden.²⁸ So wie der Geschädigte durch Leistung von Schadensersatz nicht besser gestellt werden soll, als wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre, so soll auch derjenige, dessen Eigentum (nur) beeinträchtigt wird, durch die Beseitigung der Störung keinen Vorteil erlangen. Dies ginge über das Pflichtenprogramm der Störungsbeseitigung hinaus.

Anmerkung: Der Abzug „neu für alt“ gilt auch für Ansprüche, die dem Eigentümer zustehen, wenn er die Störung und ihre Folgen selbst beseitigt.

Ist schon der Beseitigungsanspruch durch einen Abzug „neu für alt“ beschränkt, so versteht es sich von selbst, dass dies auch für Ansprüche gilt, die dem Beeinträchtigten zustehen, wenn er die Störung und ihre Folgen selbst beseitigt, da der Folgeanspruch nicht weiter reichen kann als der primäre Störungsbeseitigungsanspruch.

24 BGHZ 143, 1 (6) = NJW 2000, 512 (514) = jurisbyhemmer; BGH, NJW-RR 2010, 315 ff. = jurisbyhemmer; kritisch MüKo/Raff, § 1004, Rn. 242.

25 BGH, Life&LAW 09/2008, 589 ff. = NJW 2008, 3122 ff. = jurisbyhemmer; BGH, Life&LAW 09/2010, 588 ff. = NJW 2010, 2341 ff. = jurisbyhemmer; Grüneberg/Grüneberg, § 275 BGB, Rn. 3 sowie Grüneberg/Herrler, § 1004, Rn. 47.

26 Vgl. BGH, NJW 1995, 395 ff. = jurisbyhemmer; MüKo/Raff, § 1004, Rn. 249 ff.

27 BGH, NJW 1997, 2234 (2235) = jurisbyhemmer.

28 BGH, NJW 2012, 1080 ff. = jurisbyhemmer.

c) Analoge Anwendung der §§ 280 I, II, 286 BGB

Befindet sich der Schuldner mit der Erfüllung des Störungsbeseitigungsanspruchs im Verzug, so haftet er nach Ansicht des BGH gemäß §§ 280 I, II, 286 BGB für dadurch verursachte Schäden.²⁹

Begründet hat der BGH seine Ansicht nicht. Der einzige Satz hierzu in dem Urteil lautet in Rz. 14: „Wegen der unberechtigten Weigerung, die Container samt Inhalt abzuholen, hat die Bekl. der Kl. die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ... zu erstatten (§§ 280 I, II, 286 BGB).“

Auch hier kann man den BGH kritisieren, dass er sich zur Frage der analogen Anwendung des § 990 II BGB nicht äußert. Überzeugend wäre es, Verzugsrecht nur anzuwenden, wenn der Beseitigungsschuldner bösgläubig war.

6. Analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 BGB auf § 1004 I BGB

In der nun folgenden Urteilsbesprechung klärt der BGH erstmals die Frage, ob der Eigentümer nach §§ 280 I, III, 281 BGB analog Schadensersatz statt der Störungsbeseitigung nach § 1004 I S. 1 BGB verlangen kann. Anders als bei § 985 BGB lehnt der BGH die analoge Anwendung des § 281 BGB auf den dinglichen Anspruch aus § 1004 I BGB ab.

C) Lösung Frage 1:

Fraglich ist, ob A von B Störungsbeseitigung verlangen kann.

I. Anspruch aus § 1004 I S. 1 BGB

Dem A könnte gegen B ein Störungsbeseitigungsanspruch nach § 1004 I S. 1 BGB zustehen.

1. Voraussetzungen des § 1004 I S. 1 BGB

a) Eigentumsbeeinträchtigung

Das Grundstückseigentum des A wurde durch die Wurzeln tatsächlich beeinträchtigt.

b) Störereigenschaft des B

Fraglich ist, ob B als Störer anzusehen ist.

Die Störereigenschaft folgt nicht allein aus dem Eigentum oder Besitz an dem Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht. Handlungs- bzw. Zustandsstörer ist nach Ansicht des BGH derjenige, auf dessen Willen der beeinträchtigende Zustand zurückgeht und von dessen Willen die Beseitigung abhängt.³⁰

Danach ist B vorliegend Zustandsstörer, da er laut Sachverständigengutachten eine Wurzelsperre bzgl. der grenznah eingepflanzten Pappel hätte einbauen und dadurch die Beeinträchtigungen verhindern können.

c) Keine Duldungspflicht, § 1004 II BGB

Die Störung war auch rechtswidrig, weil für eine Duldungspflicht nach §§ 1004 II, 906 ff. BGB nichts ersichtlich ist.

d) Keine Einrede der Unzumutbarkeit analog § 275 II BGB

Der Aufwand für die Störungsbeseitigung in Höhe von 2.000,- € ist angesichts des Ausmaßes der Störung auf keinen Fall unzumutbar, sodass der Störungsbeseitigungsanspruch auch nicht analog § 275 II BGB von B verweigert werden kann (vgl. dazu den Problemaufriss).

²⁹ BGH, NJW-RR 2021, 671 f. = jurisbyhemmer.

³⁰ Vgl. zuletzt BGH, Life&LAW 02/2020, 92 ff. („Birkenfall“) = NJW 2020, 607 ff. = jurisbyhemmer.