

Fälle zum Sachenrecht

Koch / Löhnig

6., neu bearbeitete Auflage 2020
ISBN 978-3-406-75229-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts ist ein Rechtsgeschäft; dieses Rechtsgeschäft ist nichtig. Voraussetzung des § 140 BGB ist, dass das Rechtsgeschäft, in das umgedeutet wird, als „Minus“ in dem nichtigen Geschäft enthalten ist, in seinen Rechtswirkungen also nicht über dieses hinausgeht. Das Vorkaufsrecht müsste demnach alle Merkmale einer Vormerkung enthalten. Da § 1098 Abs. 2 BGB uneingeschränkt auf die Vorschriften der Vormerkung verweist, ist dies der Fall. Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für die wirksame Bestellung einer Vormerkung vorliegen.

Bei der Vormerkung handelt es sich um ein Sicherungsmittel eigener Art, das die Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Änderung der dinglichen Rechtslage zum Gegenstand hat. 20

Aufgrund ihres akzessorischen Charakters setzt die Vormerkung zunächst das Bestehen eines wirksamen schuldrechtlichen Anspruchs voraus. Ein solcher könnte sich aus dem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht gemäß §§ 433, 463 ff. BGB ergeben. Das Entstehen des Anspruchs hängt im maßgeblichen Zeitpunkt noch vom Eintritt des Vorkaufsfalls und der Ausübung des Vorkaufsrechts ab, steht also noch unter dem Vorbehalt des doppelten Bedingungseintritts. Nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB sind aber auch bedingte Ansprüche vormerkungsfähig. Folglich handelt es sich bei dem Vorkaufsrecht um einen vormerkungsfähigen Anspruch. 21

Die Bewilligung der Vormerkung als dingliches Sicherungsmittel eigener Art ist in der Einigung über das dingliche Vorkaufsrecht als vollwertigem dinglichem Recht enthalten. Außerdem müsste die Vormerkung im Grundbuch eingetragen sein. Im Grundbuch ist jedoch das dingliche Vorkaufsrecht eingetragen. Einer Umdeutung könnte die Publizitätsfunktion des Grundbuchs entgegenstehen. Es ist durchaus fragwürdig, ob die eindeutige grundbuchrechtliche Eintragung als dingliches Vorkaufsrecht ohne Weiteres entsprechend § 140 BGB in eine ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht sichernde Vormerkung umgedeutet werden kann. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Wirkungen einer Vormerkung in vollem Umfang in einem dinglichen Vorkaufsrecht enthalten sind, weshalb die Publizität des Grundbuchs nicht leidet.⁵ V war als nicht verfügungsbeschränkter Eigentümer schließlich Berechtigter, sodass die Voraussetzungen für die Bestellung einer Vormerkung vorliegen. 22

Der hypothetische Parteiwille von V und K als Vertreter der K-GmbH müsste auf die Bestellung einer Vormerkung gerichtet gewesen sein. Die K-GmbH und V wollten ein dingliches statt nur ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht bestellen. Dies umfasst die dingliche Sicherung des Erwerbs durch seine vormerkungsgleiche Außenwirkung. Somit war die dingliche Sicherung durch eine Vormerkung beabsichtigt. Die K-GmbH ist damit Inhaberin einer Vormerkung, die ihren Anspruch auf Auflassung des Grundstücks sichert. 23

Hinweis: Es wäre durchaus vertretbar, die Umdeutung in ein durch Vormerkung gesichertes schuldrechtliches Vorkaufsrecht mit Verweis auf die Publizitätsfunktion des Grundbuchs (→ Rn. 22) abzulehnen.⁶ Teilweise wird auch vertreten, dass es an den Voraussetzungen einer Umdeutung (→ Rn. 19) fehle, da ein durch Vormerkung gesichertes schuldrechtliches Vorkaufsrecht in seinen Rechtswirkungen über diejenigen eines dinglichen Vorkaufsrechts hinausgehe: Ersteres entfalte bereits mit der Eintragung der Vormerkung Sicherungswirkung, Letzteres indes erst mit Abschluss des Drittkaufvertrages und

⁵ Schreiber Rn. 527.

⁶ Staudinger/Roth (2015) § 140 BGB Rn. 10 m. w. N.

damit zu einem späteren Zeitpunkt. Entscheidend ist, dass Sie die Problematik erkennen und mit nachvollziehbaren Argumenten zu einer vertretbaren Lösung gelangen.

bb) Wirkung der Vormerkung

- 24 Die Vormerkung zugunsten der K-GmbH hat zur Folge, dass V weiterhin dazu in der Lage ist, ihr das Grundstück aufzulassen, weil die Auflassung des Grundstücks an W als Verfügung über das Grundstückseigentum dem Auflassungsanspruch der K-GmbH widerspricht und § 883 Abs. 2 BGB den Vormerkungsverpflichteten zu einem Nichteigentümer macht, der zugunsten des Vormerkungsberechtigten Verfügungsbefugt ist.⁷ Der Anspruch ist deshalb nicht nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

Hinweis: Die Vormerkungswirkung des § 883 Abs. 2 BGB verhindert also die Unmöglichkeit der Leistung im Verhältnis Vormerkungsverpflichteter und Vormerkungsberechtigter und ist deshalb unter dem Prüfungspunkt „rechtsvernichtende Einwendung des § 275 Abs. 1 BGB“ zu thematisieren.

3. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

- 25 Die K-GmbH kann die Auflassung nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises von 600.000 EUR verlangen (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Frage 2: Zustimmungsanspruch der K-GmbH

I. Anspruch aus § 894 BGB

- 26 Die K-GmbH könnte einen Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gegen W haben (§ 894 BGB). Ein Anspruch aus § 894 BGB setzt voraus, dass das Grundbuch unrichtig ist. Das ist dann der Fall, wenn die formelle, also im Grundbuch eingetragene, und die materielle Rechtslage nicht übereinstimmen. Eingetragen ist W als Eigentümer. Tatsächlich hat er (wie bereits erörtert, → Rn. 17) durch die Verfügung des V auch wirksam Eigentum erworben. Zwar ist die Verfügung vormerkungswidrig, trotz allem ist sie aber wirksam.⁸ Der Grundbuchinhalt stimmt mit der materiellen Rechtslage überein, ein Berichtigungsanspruch scheitert schon an der Unrichtigkeit.

II. Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB

1. Anspruchsvoraussetzungen

- 27 Die K-GmbH könnte jedoch einen Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung ins Grundbuch haben (§ 888 Abs. 1 BGB). Der Eigentumserwerb des W ist eine beeinträchtigende Verfügung, und die K-GmbH hat deshalb einen Anspruch gegen W auf Zustimmung zur Eintragung.

Hinweise: Die Zustimmung zur Eintragung ist auf grundbuchrechtlicher Ebene zur Verwirklichung des Eigentumserwerbs erforderlich (§ 19 GBO).

2. Gegenrechte

- 28 Es könnten aber Gegenrechte des W bestehen, die er dem Anspruch der K-GmbH einredeweise entgegenhalten kann.

⁷ Dazu eingehend *Löhnig/Gietl* JuS 2008, 102 ff.

⁸ Dazu eingehend *Löhnig/Gietl* JuS 2008, 102 ff.

a) Gegenrechte aus § 1100 BGB

Möglicherweise kann W gemäß § 1100 Satz 1 BGB die Zustimmung verweigern. 29 Dies setzt voraus, dass er aufgrund der Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts durch die K-GmbH einen Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises gegen die GmbH hat. Eine Anwendung des § 1100 BGB scheidet aber schon deshalb aus, weil das dingliche Vorkaufsrecht unwirksam ist.

b) Gegenrechte aus § 1100 BGB analog

In Betracht kommt jedoch eine analoge Anwendung des § 1100 BGB. Gegen eine 30 analoge Anwendung spricht aber, dass der Kaufpreis in den beiden Kaufverträgen – anders als beim dinglichen Vorkaufsrecht, wo dies zwingend der Fall ist – nicht identisch ist. Eine direkte Erstattung vom Berechtigten an den Dritten wäre hier unzweckmäßig, daher fehlt es bereits an einer vergleichbaren Interessenlage.

c) Gegenrechte aus § 1000 BGB

Nachdem W Renovierungsarbeiten an dem Haus hat vornehmen lassen, kommt 31 möglicherweise das Gegenrecht des § 1000 i.V.m. §§ 994ff. BGB in Betracht. Dazu müsste im Zeitpunkt der Vornahme der Dachreparatur und Ausstattung mit neuen Fenstern eine Vindikationslage bestanden haben (§§ 985, 986 BGB). Nicht die K-GmbH, sondern W war jedoch Eigentümer, es bestand somit keine Vindikationslage. Die etwaige Vormerkungswidrigkeit der Verfügung zugunsten des W ändert nichts daran, dass W zunächst wirksam das Eigentum von V erworben hat.

d) Gegenrechte aus § 1000 BGB analog

aa) Analoge Anwendung der EBV-Regelungen

Möglicherweise kommt jedoch eine analoge Anwendung der §§ 1000, 994ff. BGB 32 auf das Verhältnis zwischen Drittem und Vorkaufsberechtigtem in Frage. Das setzt das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke voraus, die hier mangels Regelungen für Folgeansprüche im Anschluss an § 888 BGB gegeben ist.

Des Weiteren müsste eine Vergleichbarkeit der Interessenlagen gegeben sein. W ist 33 nur zeitweise Eigentümer bzw. muss zumindest damit rechnen, dass die K-GmbH ihren dinglich gesicherten Auflassungsanspruch ausübt. Insofern ist er mit einem unrechtmäßigen Besitzer vergleichbar. Zudem ist die Vormerkung im Hinblick auf die Schutzwirkung gegen Zwischenverfügungen dem Vollrecht angenähert, sodass die K-GmbH als Vormerkungsinhaberin eine dem Eigentümer vergleichbare Stellung hat. Das EBV enthält ausgleichende Wertungen, die eine übermäßige Belastung des gutgläubigen Besitzers bzw. des vormerkungswidrigen Eigentümers vermeiden, andererseits aber auch den Eigentümer bzw. Vormerkungsinhaber durch die Unterscheidung von notwendigen und nützlichen Verwendungen schützen. Demnach sind die §§ 1000, 994ff. BGB analog anzuwenden.⁹

Hinweis: Auch in anderen Bereichen können die Folgeansprüche aus §§ 987f., 989ff. und 994ff. BGB analog angewendet werden, so z. B. im Verhältnis zwischen tatsächlichem Eigentümer und Bucheigentümer, weil hier § 894 BGB keine Folgeansprüche regelt. In Examensklausuren wird das EBV vielfach nur noch auf diesem Weg abgefragt.

⁹ MünchKommBGB/Westermann § 1100 BGB Rn. 5.

bb) Vindikationsähnliche Lage

- 34 Zunächst müsste also eine vindikationsähnliche Lage zum Zeitpunkt der Arbeiten am Haus bestanden haben. Zu dieser Zeit war die K-GmbH vormerkungsgesicherte Vorkaufsberechtigte, W Drittkäufer, der gegenüber der K-GmbH keine bestandskräftige Eigentümerposition innehatte und einer Ausübung des Vorkaufsrechts auch nichts entgegenhalten konnte.

cc) Verwendungsersatz nach § 994 BGB

- 35 W könnte sich dann auf § 1000 BGB analog berufen, wenn er gegen die K-GmbH einen Verwendungsersatzanspruch aus § 994 BGB analog hätte.

(1) Verwendung

- 36 Fraglich ist zunächst, ob die von W durchgeführten Maßnahmen Verwendungen darstellen. Verwendungen sind freiwillige Vermögensopfer, die einer Sache zugutekommen.¹⁰ Die Reparatur des Daches dient der Erhaltung des Hauses, die neuen Fenster dienen zumindest seiner Verbesserung. Es handelt sich folglich in beiden Fällen um Verwendungen.

(2) Art der Verwendung

- 37 Nach § 994 BGB sind nur notwendige Verwendungen zu ersetzen. Notwendig sind solche Verwendungen, die objektiv erforderlich sind, um die Sachsubstanz oder Nutzbarkeit der Sache zu erhalten.¹¹ Die Reparatur des Daches hätte jeder Eigentümer (Vorkaufsberechtigte) vornehmen müssen, um größere Schäden am Haus zu vermeiden. Dabei ist unbeachtlich, dass die K-GmbH trotz objektiver Nützlichkeit kein Interesse an der Ausbesserung hatte, weil sie das Haus abreißen lassen wollte. Der Maßstab des § 994 Abs. 1 BGB ist streng objektiv, wie sich aus einem Gegenschluss zu § 994 Abs. 2 BGB i. V. m. GoA ergibt, wo es auf den Willen und das Interesse des Eigentümers (Vorkaufsberechtigten) ankommt. Es handelt sich somit um notwendige Verwendungen (§ 994 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sie stellen auch keine gewöhnlichen, also regelmäßig anfallenden Erhaltungskosten nach § 994 Abs. 1 Satz 2 BGB dar und sind somit grundsätzlich ersetzbar.
- 38 Das Austauschen der voll funktionstauglichen alten gegen neue Fenster war hingegen nicht erforderlich; es handelt sich nicht um notwendige Verwendungen. Ihre Erstattung nach § 994 BGB scheidet aus (zum Anspruch aus § 996 BGB → Rn. 49).¹²

(3) Guter Glaube des W

- 39 Beim Ersatz notwendiger Verwendungen ist weiter danach zu unterscheiden, ob der Besitzer (Drittkäufer) als gutgläubig anzusehen ist oder nicht (§ 994 Abs. 2 BGB). Hier kommt es normalerweise auf den guten Glauben hinsichtlich des eigenen (tatsächlich nicht gegebenen) Rechts zum Besitz an.¹³

¹⁰ BGHZ 10, 171 (177) = NJW 1953, 1466; MünchKommBGB/Raff § 994 BGB Rn. 6; Baur/Stürner § 11 Rn. 55; Wellenhofer § 23 Rn. 2.

¹¹ BGHZ 64, 333 (339) = NJW 1975, 1553; MünchKommBGB/Raff § 994 BGB Rn. 10; Prütting Rn. 551; Wellenhofer § 23 Rn. 5.

¹² Eingehend Hähnchen JuS 2017, 877 ff.

¹³ Baur/Stürner § 11 Rn. 5; Wellenhofer § 22 Rn. 6.

Fraglich ist jedoch, wie es sich auswirkt, dass das EBV hier analog angewendet wird. 40 Setzt man den Besitzer und den Drittkäufer gleich, so muss es statt des eigenen Besitzrechts als Bezugspunkt auf die Dauerhaftigkeit der erworbenen Eigentümerposition ankommen. Umstritten ist allerdings, wann Bösgläubigkeit (§ 990 Abs. 1 BGB analog) angenommen werden kann. Man könnte davon ausgehen, dies sei dann der Fall, wenn der Vorkäufer sein Recht ausgeübt hat und der Dritte darum weiß oder wissen muss. Danach wäre W hier im Zeitpunkt der Dachreparatur gutgläubig gewesen.

Überzeugender ist es allerdings, bereits auf die Kenntnis vom Bestehen eines Vorkaufsrechts abzustellen, da der Käufer in diesem Fall jederzeit mit der Ausübung des Vorkaufsrechts und somit mit dem Eigentumsverlust rechnen muss (vgl. den Rechtsgedanken des § 142 Abs. 2 BGB). W wurde vom Notar vor der Übertragung auf das eingetragene Vorkaufsrecht hingewiesen, er war diesbezüglich also bösgläubig. Ein Anspruch nach § 994 Abs. 1 BGB scheidet demnach aus. 41

(4) Ersatzanspruch nach § 994 Abs. 2 BGB

(a) Verweisung in die Geschäftsführung ohne Auftrag

Folglich bestimmt sich der Verwendungsersatzanspruch für die Dachsanierung nach § 994 Abs. 2 BGB, der eine Verweisung auf die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) enthält. Dabei handelt es sich um eine partielle Rechtsgrundverweisung.¹⁴ Zwar umfasst sie die Unterscheidung nach berechtigter und unberechtigter GoA (Rechtsgrund), sodass danach zu differenzieren ist, ob die Verwendungen dem Willen des Vormerkungsinhabers entsprachen. Andererseits muss der Fremdgeschäftsführungswille nicht geprüft werden (Rechtsfolgenverweisung). Dieser wird in der Regel auch nicht vorliegen, da der vorläufige Eigentümer an den Bestand seines Eigentums glaubt und nur aufgrund dessen „eigene“ Verwendungen macht. 42

Hinweis: Markieren Sie sich bei sämtlichen Verweisungen, auf die Sie während Ihres Studiums treffen, auf zulässige Weise, ob es sich um eine Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung (oder aufgrund eines gesetzgeberischen Missgriffs um eine partielle Rechtsgrundverweisung) handelt, denn es gibt regelmäßig keine sicheren Anhaltspunkte im Normtext.

(b) Wille der K-GmbH (§ 683 BGB)

Eine berechtigte GoA liegt nach § 683 Satz 1 BGB vor, wenn die Geschäftsführung dem Willen des Geschäftsherrn entspricht. Hier entsprach die Reparatur des Daches nicht dem Willen der K-GmbH, die das Haus abreißen will, um eine Werkhalle zu errichten. 43

Hinweis: Prüfen Sie zunächst, ob der Geschäftsherr seinen wirklichen Willen in irgendeiner Weise (ausdrücklich oder konkludent) zum Ausdruck gebracht hat (Primat des wirklichen Willens). Dies muss nicht notwendigerweise gegenüber dem Geschäftsführer erfolgt sein, und dieser muss hiervon auch keine Kenntnis haben. Nur wenn keine Anhaltspunkte für die Äußerung des wirklichen Willens vorliegen, dürfen Sie zur Prüfung des mutmaßlichen Willens übergehen, den man am Maßstab des objektivierten Interesses eines verständigen Dritten ermittelt.

Diese Pläne der K-GmbH kannte W jedoch nicht. Nach zutreffender Auffassung kommt es auf diese Kenntnis jedoch nicht an, sondern allein darauf, dass der Geschäftsherr seinen Willen in irgendeiner Weise (hier: beim Notartermin) geäußert 44

¹⁴ Schreiber Rn. 237; Wellenhofer § 23 Rn. 9.

hat.¹⁵ Die GoA muss stets zwischen erwünschten Hilfeleistungen und unerwünschten Einmischungen in fremde Angelegenheiten trennen und weist es deshalb der Risikosphäre des Geschäftsführers zu, dass seine Geschäftsführung möglicherweise unerwünscht ist. Danach scheidet ein Aufwendungsersatzanspruch aus berechtigter GoA (§§ 683 Satz 1, 670 BGB) aus.

(c) Anwendbarkeit des § 684 BGB

- 45 Folglich liegt eine unberechtigte GoA vor. § 684 Abs. 1 BGB verweist ins Bereicherungsrecht. Fraglich ist jedoch, ob § 684 BGB im Rahmen der Verweisung aus § 994 Abs. 2 BGB überhaupt angewendet werden kann.
- 46 Eine Auffassung verneint das, weil ansonsten der bösgläubige Besitzer/Drittkäufer dem Eigentümer/Vorkaufsberechtigten eine unerwünschte Leistung aufdrängen könne.¹⁶ Die Gegenauffassung geht zu Recht vom Wortlaut des § 994 Abs. 2 BGB aus, der auf das gesamte Recht der GoA verweist. Der Eigentümer/Vorkaufsberechtigte könne durch die Grundsätze der aufgedrängten Bereicherung, die in § 818 Abs. 3 BGB berücksichtigt werden müssten, geschützt werden.¹⁷

(d) Anspruch aus §§ 684, 818 BGB

- 47 Bei § 684 BGB handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung;¹⁸ es sind also nur die §§ 818 ff. BGB zu prüfen, weil der unberechtigte Eingriff in den Rechtskreis des Geschäftsherrn bereits im Rahmen der GoA geprüft wurde.
- 48 Die Herausgabe der Reparaturen (§ 818 Abs. 1 BGB) ist nicht möglich. Die K-GmbH hätte deshalb deren objektiven Verkehrswert zu ersetzen (§ 818 Abs. 2 BGB). Da die Verwendungen für die K-GmbH jedoch wertlos sind, stellt sich hier das Problem der aufgedrängten Bereicherung, zu dem im Wesentlichen zwei Ansätze vertreten werden. Es ist denkbar, den Wertbegriff in § 818 Abs. 2 BGB zu subjektivieren mit der Folge, dass die K-GmbH nur insoweit zum Ersatz verpflichtet wäre, wie sie tatsächlichen Nutzen aus der Reparatur zieht. Da sie aber nicht vorhat, das Haus zu bewohnen oder zu verkaufen, zieht sie gar keinen Nutzen, müsste also keinen Wertersatz leisten. Eine andere Möglichkeit ist, die Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB, der zunächst den Eintritt einer Bereicherung voraussetzt, über seinen Wortlaut hinaus zuzulassen. Der Schutz für denjenigen, der nachträglich wieder entreichert wird, muss nämlich erst recht auch dem zugute kommen, der von Anfang an nicht bereichert war. Hierfür spricht die Systematik des § 818 BGB, zunächst in Abs. 2 den objektiven Wert zu ermitteln, bevor dann in Abs. 3 subjektive Korrekturen erfolgen.¹⁹ Auch hiernach ist die K-GmbH von der Wertersatzpflicht befreit. W kann für die Dachreparatur somit keinen Verwendungsersatz von der K-GmbH verlangen und sich deshalb insoweit nicht auf § 1000 BGB analog berufen.

dd) Verwendungsersatz nach § 996 BGB

- 49 Beim Einbau der Fenster handelt es sich um Verwendungen, sodass ein Verwendungsersatzanspruch aus § 996 BGB in Betracht kommt, der dem Anspruch aus

¹⁵ Brox/Walker BSchuldR § 35 Rn. 24.

¹⁶ Staudinger/Thole (2019) § 994 BGB Rn. 27.

¹⁷ MünchKommBGB/Raff § 994 BGB Rn. 20.

¹⁸ BGH WM 1976, 1060; Brox/Walker BSchuldR § 35 Rn. 55; Medicus/Petersen Rn. 442.

¹⁹ Palandt/Sprau § 818 BGB Rn. 18.

§ 888 BGB ebenfalls über § 1000 BGB analog entgegengesetzt werden könnte. Für die Nützlichkeit einer Verwendung ist allein auf die objektive Werterhöhung der Sache durch die Verwendung abzustellen, nicht auf die Nützlichkeit für den Eigentümer (Vorkaufsberechtigten),²⁰ sodass trotz der Abrisspläne des Vorkaufsberechtigten Nützlichkeit vorliegt, weil das Haus mit neuen Fenstern wertvoller ist als mit alten Fenstern. Nützliche Verwendungen sind aber nur bei gutem Glauben ersatzfähig (§§ 996, 990 Abs. 1 BGB), an dem es hier fehlt (→ Rn. 41). Auch insoweit greift § 1000 BGB analog also nicht.

e) Gegenrechte aus § 273 Abs. 2 BGB

aa) Anspruch aus §§ 951, 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB

In Betracht kommt schließlich eine Einrede aus § 273 Abs. 2 BGB, wenn W einen 50
fälligen Anspruch wegen Rechtsverlustes durch Einbau an den Fenstern gemäß §§ 946, 93, 94 Abs. 2 BGB hätte. Ein solcher Anspruch könnte sich aus §§ 951, 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ergeben. Fraglich ist jedoch die Anwendbarkeit des § 951 BGB neben dem EBV. Diese ist zunächst durch § 993 Abs. 1 a. E. BGB nicht grundsätzlich ausgeschlossen, da dort nur Nutzungen und Schadensersatz genannt sind. Einer Ansicht nach enthält das EBV in §§ 994 ff. BGB eine abschließende Regelung auch im Hinblick auf Verwendungen,²¹ zumal § 996 BGB eine Formulierung enthält, die entsprechend interpretiert werden könnte („Ersatz nur insoweit“). Das muss folgerichtig auch dann gelten, wenn man das EBV – wie vorliegend – analog anwendet, denn auch dann sollen die besonderen Wertungen des EBV nicht durch allgemeinere Ansprüche ausgehebelt werden. § 951 BGB wäre demnach hier nicht anwendbar, W hätte keinen Anspruch.

Die Gegenansicht befürwortet eine Anwendung mit der Begründung, dass der 51
besitzende Verwender nicht schlechter gestellt werden dürfe als der nicht besitzende.²² Zudem sei in § 951 Abs. 2 Satz 1 BGB ausdrücklich klargestellt, dass Vorschriften über Verwendungsersatz unberührt bleiben. Ob sich diese Argumentation auf die analoge Anwendung des EBV im Rahmen des § 888 BGB übertragen lässt, erscheint fraglich. Geht man davon aus, dass dies der Fall ist, so ist § 951 BGB anwendbar. Die Frage muss jedoch nicht entschieden werden, denn auch in diesem Fall scheidet ein Anspruch aus, da W zum Zeitpunkt des Einbaus der Fenster selbst Eigentümer des Hauses war und insofern keinen Rechtsverlust gemäß §§ 946, 93, 94 Abs. 2 BGB erlitten hat.

Hinweis: Wenn Sie das EBV analog anwenden, dürfen Sie nicht nur „anders einfädeln“ und dann einfach wie im EBV weiterprüfen; vielmehr ist immer zu überlegen, ob sich Unterschiede ergeben können. Das war oben (→ Rn. 40) bei der Prüfung der Gutgläubigkeit genauso der Fall wie zuletzt bei der Frage, ob auch das EBV analog eine abschließende Regelung bildet oder nicht.

bb) Ansprüche aus §§ 812 ff. BGB

Ein Gegenrecht des W könnte sich auch dann aus § 273 Abs. 2 BGB ergeben, 52
wenn W einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB hätte. Nach gängiger

²⁰ So Soergel/Sadler § 996 BGB Rn. 1; Prütting Rn. 554; Wellenhofer § 23 Rn. 11; a.A. Staudinger/Thole (2019) § 996 BGB Rn. 5 ff.

²¹ BGHZ 41, 157 (159) = NJW 1964, 1125; BGHZ 87, 296 (301) = NJW 1983, 2024.

²² Larenz/Canaris § 74 I 3; Medicus/Petersen Rn. 895 ff.

Auffassung ist jedoch das EBV gegenüber dem Bereicherungsrecht insoweit grundsätzlich eine abschließende Regelung, damit die besonderen Wertungen des EBV nicht ausgehebelt werden.²³ Es besteht kein Anlass, dies bei einer analogen Anwendung des EBV anders zu sehen.

III. Ergebnis

- 53** W hat somit keine Gegenrechte, der Anspruch der K-GmbH aus § 888 BGB ist voll durchsetzbar.

²³ Staudinger/*Thole* (2019) Vor §§ 987–993 BGB Rn. 39 ff., 43.