

# Fortgeschrittenenklausur: Die goldenen Heringsköpfe

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Elisabeth Heukenkamp, Maître en Droit (Paris), München\*

*Diese Fortgeschrittenenklausur für drei Zeitstunden behandelt das Wegnahmerecht des Mieters und seine Abwendung durch den Vermieter – ein häufig vernachlässigtes, gleichwohl nicht zuletzt wegen seiner sachenrechtlichen Implikationen examensrelevantes Institut. Die Klausur ruft die leicht zu übersehende kurze Verjährung in das Gedächtnis zurück und vertieft den gesetzlichen Eigentumserwerb beim Einbau in Wohnungseigentum. Auch der fast nie gelehrte, gleichwohl geprüfte Schutz des Teilbesitzes wird intensiv beleuchtet. Maßgeblich für das Gelingen dieser Klausur ist die saubere Subsumtion der gesetzlichen Herausgabeansprüche.*

## Sachverhalt

Der Musiker Louis Marchand (M) mietete mit unbefristetem Vertrag vom 1.1.2017 von seinem verarmten Kollegen Johann Vach (V) eine Wohnung. Der Wohnungseigentümer Georg Erdmann (E), von dem V seinerseits die Wohnung unbefristet gemietet hatte und von dem sie ihm auch überlassen worden war, räumte M wirksam ein Vorkaufsrecht ein. M wollte die Wohnung bei nächster Gelegenheit erwerben.

M plante, sich im Salon der Wohnung in stundenlangen Orgelvariationen zu ergehen. M ließ deshalb zunächst mit Einwilligung des V in den Kaminschacht des Salons für 10.000 € eine Orgel einbauen. Die Pfeifen wurden dergestalt gegossen, dass sie sich exakt in den Freiraum einfügten. Die sog. kleine Schwalbennestorgel wurde fest mit hierfür in die Wand eingelassenen Stahlträgern verschweißt. Ihr Dröhnen allerdings machte es Ms Kindern unmöglich, auf dem leisen Cembalo im Nebenzimmer zu üben. Deshalb entschloss sich M mit Einwilligung des V zu einer Schallisolierung des Orgelzimmers in Form eines Raum-im-Raum-Konzepts zum Preis von 10.000 €. Dabei wird vor jede Wand eine weitere Wand aus einer Trägerkonstruktion mit einer Gipskartonplatte, gefüllt mit Akustikschwerschaum, gesetzt. Da diese Isolierung das Orgelzimmer allerdings stark verkleinern würde, wollte M die Verkleidung nach dem Auszug seiner Kinder wieder beseitigen lassen.

Als der begnadete Tastenritter V ihn eines Tages beim abendlichen Treffen im Kaffeehaus zu einem musikalischen Wettstreit am Cembalo auffordert, kriegt es M jedoch mit der Angst zu tun. Hals über Kopf ergreift er die Flucht über die Landesgrenze. V, der längst einen Blick auf die schöne Orgel und die bequeme Dämmung geworfen hat, will nun selbst in die Wohnung einziehen. Die Dämmung des Salons soll V auch für seine Kammermusikabende dienen, die sonst seine Kinder aufzuwecken pflegen. So beenden M und V das Mietverhältnis durch Aufhebungsvertrag einvernehmlich am 19.3.2021. Am 21.3.2021 erhält V noch einen kleinlauten Brief mit allen Wohnungsschlüsseln.

---

\* Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Römisches Recht, Antike Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München (Prof. Dr. Johannes Platschek).

Von seinen Erfolgen in Frankreich ermutigt taucht M am 20.9.2021 unerwartet bei V auf und verlangt Orgel und Schalldämmung von ihm heraus. Zumindest müsse V ihre Wegnahme dulden. V aber ist durch ein kleines Wunder zu Geld gekommen: Als er eines Abends hungrig im Biergarten saß, ging das Küchenfenster auf und zwei Heringsköpfe flogen ihm vor die Füße. Erstaunt hob er sie auf und wurde gewahr: Sie waren mit Goldstücken gefüllt. So kann er am 22.9.2021 M anbieten, Orgel und Isolierung gegen Zahlung von 25.000 € in bar zurückzulassen. M lehnt ab, obwohl er zumindest die auf den Salon angepassten Schalldämmplatten nicht gebrauchen kann. Die Wohnung will M nicht mehr erwerben und die Dämmplatten wegen des damit verbundenen Aufwandes auch nicht an die neuen räumlichen Verhältnisse anpassen. Die Orgel dagegen plant M, in seine neue Wohnung einbauen zu lassen. V meint, er müsse Orgel und Dämmplatten nicht herausgeben oder ihre Wegnahme dulden, weil Ms Auszug schon viel zu lange her sei. Die Orgel läge ihm – V – am Herzen, die Dämmung aber sei für seine Kammermusikabende schlicht unentbehrlich.

## Frage

Kann M von V Duldung der Wegnahme von Orgel und Dämmplatten oder deren Herausgabe verlangen? Auf § 5 Abs. 1 WEG wird hingewiesen.

## Lösungsvorschlag

### I. Ansprüche bzgl. der Orgel

*1. Duldung der Wegnahme aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden*

Gem. § 539 Abs. 2 BGB ist der Mieter berechtigt, eine Einrichtung wegzunehmen, mit der er die Mietsache versehen hat.<sup>1</sup>

*a) Einrichtung, mit der der Mieter die Mietsache versehen hat*

Die Orgel muss eine Einrichtung sein. Einrichtungen sind bewegliche Sachen, die mit der Mietsache vorübergehend oder dauerhaft verbunden werden, um ihrem Zweck zu dienen.<sup>2</sup> Unerheblich ist also, ob die Sache durch Verbindung wesent-

---

<sup>1</sup> Grundlegend hierzu *Brinkmann*, Das Wegnahmerecht des Mieters nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch unter Berücksichtigung des Gemeinen Rechts und verwandter Rechte, 1922.

<sup>2</sup> *Bieber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 539 Rn. 17; a.A. *Lehmann-Richter*, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2019, § 539 Rn. 49: Einrichtung nur bei Eigentumsverlust des Mieters nach § 946 BGB, also nicht bei bloß vorübergehender Verbindung; wieder anders *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 539 Rn. 26, 29 keine Einrichtung bei Einfügung auf Dauer.

licher Bestandteil der Mietsache geworden ist.<sup>3</sup> Die Orgel ist auf Veranlassung des M mit der Wohnung verbunden worden, um seinem Orgelspiel zu dienen, und somit eine Einrichtung.

*b) Keine Abwendung durch den Vermieter*

Gem. § 552 Abs. 1 BGB kann der Vermieter bei Mietverhältnissen über Wohnraum die Ausübung des Wegnahmerechts durch Zahlung einer angemessenen Entschädigung abwenden, wenn nicht der Mieter ein berechtigtes Interesse an der Wegnahme hat. Ein Affektionsinteresse genügt hierfür.<sup>4</sup>

V hat M eine angemessene Entschädigung – Wiederbeschaffungswert im Zeitpunkt der Abwendung<sup>5</sup> – tatsächlich angeboten.<sup>6</sup> Aber M möchte die Orgel in seine neue Wohnung einbauen lassen. M hat deshalb ein berechtigtes Interesse an der Wegnahme. V kann daher die Ausübung des Wegnahmerechts nicht abwenden.

*c) Rechtsfolge*

Nach § 539 Abs. 2 BGB ist der Mieter berechtigt, die Einrichtung wegzunehmen. Hat, wie hier bezüglich der Wohnung, der Herausgabeberechtigte den Besitz an der Mietsache erlangt, wird das Wegnahmerecht nach § 258 S. 2 BGB zum dinglichen Anspruch auf Gestattung der Wegnahme gegen den Besitzer.<sup>7</sup> M kann daher Duldung der Wegnahme verlangen,<sup>8</sup> und zwar gem. § 258 S. 2 BGB a.E. Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden.

Der Anspruch aus § 539 Abs. 2 BGB ist dinglicher Natur: In der Wegnahme vollzieht sich die Aneignung.<sup>9</sup> Wer Eigentümer der Orgel ist, kann hier deshalb noch offenbleiben.

*d) Keine Verjährung*

Fraglich ist aber, ob der Anspruch des M gegen V aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB, die Wegnahme der Orgel zu dulden, verjährt ist. V hat eingewandt, Ms Auszug sei schon viel zu lange her, und sich damit konkludent auf Verjährung berufen. M hat nämlich erst am 20.9.2021 von V Herausgabe der Orgel bzw. die Duldung ihrer Wegnahme verlangt.

Gem. § 548 Abs. 2 BGB verjähren Ansprüche des Mieters auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung in sechs Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses. Der An-

spruch aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB unterliegt der Verjährungsregelung des § 548 Abs. 2 BGB.<sup>10</sup> § 548 Abs. 2 BGB meint, obwohl der Anspruch auf Duldung der Wegnahme aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB erst mit Rückgabe der Mietsache an den Vermieter entsteht, nicht die tatsächliche Beendigung etwa durch den Auszug des Mieters, sondern die rechtliche.<sup>11</sup> Auf den Erhalt der Wohnungsschlüssel am 21.3.2021 kommt es deshalb nicht an. Die Frist berechnet sich gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB.<sup>12</sup>

Das Mietverhältnis ist am 19.3.2021 einvernehmlich durch Aufhebungsvertrag beendet worden. Die Frist für die Verjährung des Wegnahmerechts begann gem. § 187 Abs. 1 BGB am 20.3.2021 zu laufen und dauerte gem. § 548 Abs. 2 BGB sechs Monate. Sie endete gem. § 188 Abs. 2 BGB an sich am 19.9.2021. Danach wäre der Anspruch auf Duldung der Wegnahme aus § 539 Abs. 2 BGB am 20.9.2021 bereits verjährt gewesen. Aber der 19.9.2021 war ein Sonntag. Die Frist könnte daher gem. § 193 BGB erst am Montag, den 20.9.2021, abgelaufen sein mit der Folge, dass M den Anspruch auf Duldung der Wegnahme rechtzeitig geltend gemacht hätte.

Ist an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken und fällt der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder einen Sonnabend, so tritt gem. § 193 BGB an die Stelle eines solchen Tages der nächste Werktag. Die Geltendmachung des Anspruchs gegen V, die Wegnahme zu dulden, ist weder eine Leistung noch eine Willenserklärung. Für den Ablauf von Verjährungsfristen trifft § 193 BGB keine Regelung. Aber die Vorschrift könnte hier analog anwendbar sein. Eine Analogie setzt eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit sowie die teleologische Vergleichbarkeit der Fälle voraus.<sup>13</sup> § 193 BGB dient „zum Schutz der jüdisch-christlichen Tradition der Heiligung von Sonn- und Feiertagen, wie er dem 3. der Zehn Gebote entspricht“.<sup>14</sup> Störende Handlungen zur Einhaltung der Frist sollen vermieden werden.<sup>15</sup> Auch die Geltendmachung eines Anspruchs stört die Sonn- und Feiertagsruhe. Es ist deshalb anzunehmen, dass der Gesetzgeber, hätte er dies bedacht, § 193 BGB auch für den Ablauf von Verjährungsfristen angeordnet hätte. § 193 BGB gilt deshalb analog auch für § 548 Abs. 2 BGB.<sup>16</sup> Die Verjährungsfrist endete deshalb erst am 20.9.2021. Der Anspruch aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB ist daher nicht durch Verjährung erloschen.

*2. Herausgabe aus § 985 BGB*

Für einen Anspruch aus § 985 BGB muss M Eigentümer der Orgel sein und V deren Besitzer ohne Recht zum Besitz, vgl.

<sup>3</sup> Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 539 Rn. 9.

<sup>4</sup> Bieber (Fn. 2), § 552 Rn. 8.

<sup>5</sup> Bieber (Fn. 2), § 552 Rn. 6: keine Berücksichtigung ersparter Kosten; Weidenkaff (Fn. 3), § 552 Rn. 3; Zehelein, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 552 Rn. 7: Berücksichtigung ersparter Kosten.

<sup>6</sup> Vgl. Bieber (Fn. 2), § 552 Rn. 5; Zehelein (Fn. 5), § 552 Rn. 6.

<sup>7</sup> OLG Bamberg NZM 2004, 342 (342); Bittner/Kolbe, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 258 Rn. 1.

<sup>8</sup> BGHZ 81, 146 = BeckRS 9998, 103914; OLG Düsseldorf BeckRS 9998, 36879.

<sup>9</sup> BGHZ 81, 146 = BeckRS 9998, 103914; Weidenkaff (Fn. 3), § 539 Rn. 10.

<sup>10</sup> Emmerich (Fn. 2), § 548 Rn. 21.

<sup>11</sup> BGH NZM 2008, 519 (520 Rn. 15); Emmerich (Fn. 2), § 548 Rn. 36.

<sup>12</sup> Weidenkaff (Fn. 3), § 548 Rn. 2.

<sup>13</sup> Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 4 Rn. 80.

<sup>14</sup> Repgen, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 193 Rn. 3.

<sup>15</sup> Repgen (Fn. 14), § 193 Rn. 3.

<sup>16</sup> Weidenkaff (Fn. 3), § 548 Rn. 2.

§ 986 BGB. Hier ist schon das Eigentum des M fraglich. E könnte die Orgel durch Einbau gem. § 946 BGB, § 5 Abs. 1 WEG erworben haben. Dies erfordert die Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück dergestalt, dass die bewegliche Sache dessen wesentlicher Bestandteil wird.

*a) Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück, § 946 BGB*

Die Orgel wurde in die Wohnung eingebaut. Deshalb scheidet eine unmittelbare Verbindung mit einem Grundstück als Grund und Boden i.S.v. § 94 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB aus. Aber eine mittelbare Verbindung mit dem Grundstück kommt in Betracht, wenn die Orgel wesentlicher Bestandteil des Gebäudes i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB ist, da dieses seinerseits gem. § 94 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist. Voraussetzung hierfür ist, dass die Orgel zur Herstellung des Gebäudes eingefügt wurde, § 94 Abs. 2 BGB.

Einfügen verlangt die Herstellung eines räumlichen Zusammenhangs beim Bau oder später.<sup>17</sup> Die Orgel ist mit Boden und Wand verbunden worden. Dies geschah zur Herstellung des Gebäudes. Die Orgel war zwar nicht notwendig, um das Gebäude zu erbauen. Zur Herstellung des Gebäudes eingefügt i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB werden jedoch nicht nur die für den Bau unentbehrlichen, also wesentlichen Teile, sondern auch diejenigen, die dem Bau das seiner Zweckbestimmung entsprechende besondere Gepräge geben.<sup>18</sup> Hierzu kann auch eine ungewöhnliche Ausstattung gehören.<sup>19</sup> Erhält durch den Einbau nur ein einzelner Raum ein bestimmtes Gepräge, genügt dies, wenn dadurch zugleich der Gesamtcharakter des Gebäudes mitgestaltet wird, etwa weil dessen Anpassung erforderlich ist.<sup>20</sup> Kann das Gebäude nach seiner Art verschiedenen Zwecken dienen, verdient der Rechtsverkehr Vertrauensschutz dahin, dass die zur Zweckerreichung eingefügten Sachen dieselbe Rechtslage aufweisen wie das Gebäude, zudem nur dann, wenn die Sache speziell für das Gebäude angefertigt oder das Gebäude speziell für die Sache angepasst wurde.<sup>21</sup> Die Orgel gibt dem Innenraum sein besonderes Gepräge, wurde die Orgel doch genau auf den Kaminschacht angepasst und wurden hierfür sogar die Wände erst mit Stahlträgern versehen. Danach ist die Orgel zur Herstellung des zu verschiedenen Zwecken nutzbaren Gebäudes eingefügt.

*b) Dergestalt, dass sie wesentlicher Bestandteil wird, § 946 BGB*

Durch Einfügen der Orgel zur Herstellung des Gebäudes i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB wird diese, unabhängig von den (hier gegebenen) Voraussetzungen des § 93 BGB,<sup>22</sup> dessen wesentlicher Bestandteil, sofern die Verbindung nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt ist, § 95 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>23</sup> Bei Sachen, die ein Mieter vertragsgemäß einfügt, spricht eine tatsächliche Vermutung für die auf die Mietzeit begrenzte und demnach nur vorübergehende Verbindung.<sup>24</sup> Diese Vermutung wird aber durch den Nachweis der positiven Belassungsabsicht widerlegt.<sup>25</sup> Maßgeblich dafür ist die innere Willensrichtung des Einfügenden, die mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt und der besonderen Gestaltung der zugrundeliegenden Rechtsbeziehungen vereinbar sein muss.<sup>26</sup> Hier plante M den Erwerb der Wohnung zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Er beabsichtigte bei Einfügung der Orgel, diese dauerhaft dort zu belassen. E hatte ihm wirksam ein Vorkaufsrecht eingeräumt; diese innere Willensrichtung wird deshalb durch die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse bestätigt. Die Tatbestandsvoraussetzungen müssen nur im Moment der Rechtsänderung vorliegen. Die nachträgliche Sinnesänderung des M schadet deshalb nicht.<sup>27</sup>

*c) Rechtsfolge*

Nach § 946 BGB erwirbt der Grundstückseigentümer die Orgel. Hier handelt es sich aber um Wohnungseigentum des E i.S.v. § 1 Abs. 2 WEG. Zu diesem Sondereigentum erklärt § 5 Abs. 1 WEG auch die zu diesen Räumen gehörenden wesentlichen Bestandteile des Gebäudes i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB.<sup>28</sup> Dies gilt unter der Voraussetzung, dass diese verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das nach § 14 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert wird.<sup>29</sup> Maßgeblich ist die Verkehrsanschauung.<sup>30</sup> Die Orgel ist wesentlicher Bestandteil des Gebäudes i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB (siehe oben). Einbau, Veränderung oder Ausbau der

<sup>17</sup> RGZ 158, 362 (367); BGHZ 53, 324 (325) = NJW 1970, 895; *Stresemann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 94 Rn. 22.

<sup>18</sup> RGZ 150, 22 (26); BGHZ 53, 324 (325) = NJW 1970, 895; *Stresemann* (Fn. 17), § 94 Rn. 25.

<sup>19</sup> RGZ 158, 362 (374 ff.): Einfügung eines handwerklichen Kunstwerks in Wohnräume.

<sup>20</sup> *Stieper*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 94 Rn. 25; OLG Zweibrücken NJW-RR 1989, 84 (84): Sonderanfertigung einer Einbauküche, hierfür Entfernung von Trennwänden.

<sup>21</sup> *Stieper* (Fn. 20), § 94 Rn. 25–27; *Stresemann* (Fn. 17), § 94 Rn. 34.

<sup>22</sup> RGZ 150, 22 (26); RGZ 63, 416 (418); *Rapp*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, WEG § 5 Rn. 1.

<sup>23</sup> RGZ 158, 362 (375); BGHZ 53, 324 (325) = NJW 1970, 895; *Fritzsche*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 94 Rn. 19.

<sup>24</sup> RGZ 153, 231 (236); *Fritzsche* (Fn. 23), § 94 Rn. 5 f.

<sup>25</sup> BGHZ 8, 1 (8) = NJW 1953, 137; *Pikart*, in: Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, 12. Aufl. 1979, § 946 Rn. 22.

<sup>26</sup> RGZ 158, 362 (376); RGZ 153, 231 (235 f.); *Stresemann* (Fn. 17), § 95 Rn. 3.

<sup>27</sup> Vgl. BGH WM 1974, 126 (127) = MDR 1974, 298; *Fritzsche* (Fn. 23), § 95 Rn. 8.

<sup>28</sup> BGHZ 73, 302 Rn. 26 (juris) = NJW 1979, 2391; BGHZ 78, 225 Rn. 18 (juris) = NJW 1981, 455.

<sup>29</sup> *Commichau*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, WEG § 5 Rn. 7.

<sup>30</sup> *Commichau* (Fn. 29), WEG § 5 Rn. 10.

Orgel beeinträchtigen weder gemeinschaftliches Eigentum noch anderes Sondereigentum über das nach § 14 WEG hinzunehmende Maß; die äußere Gestaltung des Gebäudes wird nicht verändert. Die Zugehörigkeit des wesentlichen Gebäudebestandteils zum Raum ist stets dann zu bejahen, wenn sich der wesentliche Bestandteil innerhalb des Raumes befindet,<sup>31</sup> was bzgl. der Orgel der Fall ist. Da die Wohnung im Sondereigentum des E steht, wird E nach § 5 Abs. 1 WEG Eigentümer der Orgel. Ein Anspruch aus § 985 BGB scheidet aus.

### 3. Herausgabe aus §§ 861, 865 BGB

Gem. § 861 BGB kann, wenn der Besitz an einer Sache durch verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB entzogen wurde, Herausgabe von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft i.S.v. § 858 Abs. 2 BGB besitzt.

Hier ist schon fraglich, ob die eingebaute Orgel possessorischen Besitzschutz genießt. Die Orgel ist wesentlicher Bestandteil des Gebäudes i.S.v. § 94 Abs. 2 BGB (siehe oben). M ist nicht unmittelbarer Besitzer des Gebäudes. § 865 BGB gewährt possessorischen Besitzschutz nach § 861 BGB auch zugunsten des Teilbesitzes. Teilbesitz setzt aber voraus, dass eine gesonderte räumliche Herrschaft an dem einen Teil einer Sache neben der räumlichen Herrschaft anderer Personen über die anderen Teile denkbar ist.<sup>32</sup> Sache i.S.v. § 865 BGB ist wegen ihrer Sonderrechtsfähigkeit nach § 1 Abs. 2 WEG die Wohnung selbst. Wer Zugriff auf die Orgel hat, hat zumindest auch Zugriff auf den Raum, in dem sie sich befindet. Eine gesonderte räumliche Herrschaft über die Orgel allein ist deshalb zweifelhaft.

Jedenfalls beendete M mit Rückgabe aller Wohnungsschlüssel willentlich und freiwillig seine tatsächliche Sachherrschaft und verschaffte diese dem V.<sup>33</sup> Deshalb ist M der Besitz an der Orgel nicht entzogen worden, vielmehr hat er diesen aufgegeben i.S.v. § 856 Abs. 1 Var. 1 BGB. Ein Anspruch aus §§ 861, 865 BGB scheidet deshalb aus.

### 4. Herausgabe aus § 1007 Abs. 1 BGB oder § 1007 Abs. 2 BGB

Gem. § 1007 Abs. 1 BGB kann der frühere Besitzer einer beweglichen Sache ihre Herausgabe von dem jetzigen Besitzer verlangen, wenn dieser bei Besitzerwerb bezüglich seines Besitzrechts nicht in gutem Glauben war. § 1007 Abs. 2 BGB verschafft einen selbständigen Herausgabeanspruch auch gegen denjenigen, der bei Besitzerwerb gutgläubig bezüglich seines Besitzrechts ist, wenn dem Anspruchsteller die Sache abhandengekommen war. Damit stellt § 1007 Abs. 2 BGB wie § 935 Abs. 1 BGB das Bestandsinteresse bei unfreiwilligem Besitzverlust über das Erwerbsinteresse des Gutgläubigen. Etwas anderes gilt nach dieser Wertung, wenn Letzterem der Besitz selbst vor der Besitzzeit des Anspruchstellers abhandengekommen war.

<sup>31</sup> Rapp (Fn. 22), § 5 Rn. 22.

<sup>32</sup> Kregel, in: Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, 12. Aufl. 1979, § 855 Rn. 1; Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, § 865 Rn. 2.

<sup>33</sup> Vgl. BGHZ 67, 207 = NJW 1977, 42 zu den Anforderungen an die Besitzaufgabe.

Petitorischer Besitzschutz nach § 1007 Abs. 1 BGB oder § 1007 Abs. 2 BGB setzt eine bewegliche Sache voraus.<sup>34</sup> Die Orgel ist als wesentlicher Bestandteil der Wohnung nicht Sache i.S.v. § 1007 BGB. Dies gilt auch, wenn man § 865 BGB dahin versteht, dass Teilbesitz „in jeder Beziehung als Besitz“ zu behandeln ist<sup>35</sup> und deshalb seine Anwendung auch auf § 1007 BGB bejaht. Denn wie gesehen ist eine gesonderte tatsächliche Sachherrschaft über die Orgel zweifelhaft. Die eingebaute Orgel ist zudem keine bewegliche Sache. Selbst bei einer Gleichstellung des Teilbesitzes mit dem Besitz an der Sache selbst scheidet § 1007 BGB deshalb in beiden Tatbeständen aus.

Zudem verleiht die Verpflichtung des Vermieters zur bloßen Gestattung der Wegnahme nach §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB diesem ein Besitzrecht gegenüber dem Mieter zumindest solange, bis der Mieter die Wegnahme verlangt.<sup>36</sup> Deshalb war V mit Rückgabe der Mietsache zu ihrem Besitz berechtigt und konnte daher nicht bösgläubig sein bezüglich eines fehlenden Besitzrechts.

Schließlich hat M den Besitz an der Orgel aufgegeben i.S.v. § 856 Abs. 1 Var. 1 BGB (siehe oben). Deshalb sind die Ansprüche nach § 1007 Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB ausgeschlossen. Petitorischer Besitzschutz nach § 1007 Abs. 1 oder § 1007 Abs. 2 BGB scheidet aus.

### 5. Herausgabe aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

§ 823 Abs. 1 BGB setzt die rechtswidrige und schuldhaft Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts voraus. M ist nicht Eigentümer der eingebauten Orgel (siehe oben). In Betracht kommt deshalb nur eine Verletzung des berechtigten Besitzes als sonstiges Recht. Nimmt man wegen § 865 BGB an, auch der berechtigte Teilbesitz sei ein sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB, ist wiederum zweifelhaft, dass solcher an der eingebauten Orgel begründbar war (siehe oben). Jedenfalls aber hätte M einen solchen Teilbesitz an der Orgel aufgegeben i.S.v. § 856 Abs. 1 Var. 1 BGB, sodass eine Verletzungshandlung des V ausscheidet. Auch ein Anspruch auf Herausgabe aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB ist deshalb nicht gegeben.

### 6. Herausgabe aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB (Leistungskondition)

Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB setzt voraus, dass der Anspruchsgegner durch Leistung des Anspruchstellers etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

Zwar hat V Besitz an der Orgel mit Rückgabe der Mietsache erlangt. Aber mit der Besitzverschaffung der Orgel hat M keinen Leistungszweck verfolgt. Insbesondere zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aus § 546 Abs. 1 BGB war die

<sup>34</sup> Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 1007 Rn. 1.

<sup>35</sup> Gutzeit (Fn. 32), § 865 Rn. 7; Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 865 Rn. 1.

<sup>36</sup> Streyll, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2019, § 548 Rn. 52; Bieber (Fn. 2), § 539 Rn. 18; BGHZ 81, 146 = BeckRS 9998, 103914; RGZ 109, 128 (131).

Besitzverschaffung an der Orgel nicht erforderlich, hätte er sie doch vorher wegnehmen können gem. § 539 Abs. 2 BGB. M hat V nicht durch Leistung als bewusste und zweckgerichtete Mehrheit fremden Vermögens Besitz an der Orgel verschafft.

Ein Anspruch auf Herausgabe des Erlangten aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB ist ebenfalls nicht gegeben.

#### 7. Herausgabe aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB (Aufwendungskondiktion)

Aber ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB in Gestalt der Aufwendungskondiktion könnte gegeben sein. Diese Kondiktion gründet anders als die Eingriffskondiktion darauf, dass der Entreicherte selbst, allerdings ohne einen anerkannten Leistungszweck zu verfolgen, die kondiktionsbegründende Vermögensverschiebung vorgenommen hat.<sup>37</sup>

##### a) Etwas erlangt durch eine Aufwendung auf Kosten des Entreicherten

Erforderlich ist eine Aufwendung, d.h. eine freiwillige Aufopferung von Werten aus dem Vermögen des Entreicherten zugunsten des Bereicherten, die, ohne Leistung zu sein, zu einer Vermögensmehrung bei einem anderen führt.<sup>38</sup> M hat V freiwillig, ohne einen anerkannten Leistungszweck zu verfolgen, Besitz an der Orgel verschafft und damit zumindest seinen eigenen Besitz sowie sein Wegnahmerecht nach § 539 Abs. 2 BGB aufgegeben.

##### b) Ohne rechtlichen Grund

Der Vermögensvorteil ist dann ohne rechtlichen Grund erlangt worden, wenn die Rechtsordnung für die dem Bereicherten zufallende Vermögensmehrung einen Behaltensgrund nicht zur Verfügung stellt.<sup>39</sup> Muss V auch Nutzungen nicht herausgeben, da er zumindest bis zur Ausübung des Wegnahmerechts zum Besitz der Orgel berechtigt ist,<sup>40</sup> darf er die Orgel doch nicht behalten, vgl. §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB.

##### c) Rechtsfolge

Nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB kann M Herausgabe des Erlangten verlangen. Die §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB modifizieren allerdings konkurrierende Ansprüche,<sup>41</sup> sodass auch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB M nur Duldung der Wegnahme Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden verlangen kann.

Die kurze Verjährungsfrist nach § 548 Abs. 2 BGB findet auch für mit § 539 Abs. 2 BGB konkurrierende Ansprüche

aus Bereicherung Anwendung,<sup>42</sup> ist hier aber noch nicht abgelaufen (siehe oben).

## II. Ansprüche bzgl. der Dämmplatten

### 1. Duldung der Wegnahme aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden

Fraglich ist, ob V die Wegnahme der Dämmplatten aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB zu dulden hat.

#### a) Einrichtung, mit der der Mieter die Mietsache versehen hat

Die Dämmplatten sind als bewegliche Sachen, die mit der Mietsache vorübergehend verbunden wurden, um dem Orgelspiel des Mieters zu dienen, eine Einrichtung.<sup>43</sup> Sie wurden auf Veranlassung des M mit der Mietsache versehen.

#### b) Keine Abwendung durch den Vermieter

Gem. § 552 Abs. 1 BGB kann der Vermieter bei Mietverhältnissen über Wohnraum aber die Ausübung des Wegnahmerechts durch Zahlung einer angemessenen Entschädigung abwenden, wenn nicht der Mieter ein berechtigtes Interesse an der Wegnahme hat.

V hat M eine angemessene Entschädigung – Wiederbeschaffungswert im Zeitpunkt der Abwendung – tatsächlich angeboten.<sup>44</sup> M benötigt auch die auf den Salon angepassten Dämmplatten nicht mehr. Die Wohnung will M nicht mehr erwerben und die Dämmplatten wegen des damit verbundenen Aufwandes auch nicht an die neuen räumlichen Verhältnisse anpassen. M hat deshalb kein berechtigtes Interesse an der Wegnahme.

V muss die Wegnahme der Dämmplatten nicht aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB dulden.

### 2. Herausgabe aus § 985 BGB

Ein Anspruch des M auf Herausgabe der Dämmplatten aus § 985 BGB setzt voraus, dass M deren Eigentümer ist und V deren Besitzer ohne Recht zum Besitz, vgl. § 986 BGB.

#### a) Eigentum des M

Auch ein Werkvertrag i.S.v. § 631 BGB verpflichtet den Unternehmer zur Verschaffung der Rechtsinhaberschaft an dem Werk, sofern diese nicht schon kraft Gesetzes bewirkt wird.<sup>45</sup> Ursprünglich war M deshalb Eigentümer der Dämmplatten.

Die Dämmplatten sollten nur vorübergehend i.S.v. § 95 Abs. 1 S. 1 BGB das Orgelzimmer isolieren und kann V die Vermutung der bloß vorübergehenden Verbindung des Mieters auch nicht widerlegen. M hat das Eigentum daher auch

<sup>37</sup> Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 812 Rn. 47; Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 341.

<sup>38</sup> Sprau (Fn. 37), § 812 Rn. 48.

<sup>39</sup> Sprau (Fn. 37), § 812 Rn. 51; Wendehorst, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.8.2021, § 812 Rn. 159.

<sup>40</sup> Bittner/Kolbe (Fn. 7), § 258 Rn. 7.

<sup>41</sup> Emmerich (Fn. 2), § 539 Rn. 24.

<sup>42</sup> Streyll (Fn. 36), § 548 Rn. 53.

<sup>43</sup> Vgl. Bieber (Fn. 2), § 539 Rn. 17.

<sup>44</sup> Vgl. Bieber (Fn. 2), § 552 Rn. 5; Zehelein (Fn. 5), § 552 Rn. 6.

<sup>45</sup> Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 631 Rn. 61.

nicht wieder durch Einbau gem. §§ 946, 94 Abs. 2 BGB verloren.

*b) Besitz des V ohne Recht zum Besitz*

V ist unmittelbarer Fremdbesitzer der Dämmplatten. Bis zur Ausübung des Wegnahmerechts ist der Vermieter als Besitzer auch dem Mieter als Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt.<sup>46</sup> Wird es wirksam ausgeübt, kann der Eigentümer aus § 985 BGB sodann nur auf Duldung der Wegnahme klagen.<sup>47</sup> Aber V hat das Wegnahmerecht des M durch das tatsächliche Angebot einer angemessenen Entschädigung gem. § 552 Abs. 1 BGB abgewendet (siehe oben). V ist in der Folge zum Besitz berechtigt, sodass ein Anspruch aus § 985 BGB ausscheidet.

*Hinweis:* Ist der Anspruch auf Duldung der Wegnahme nach §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB gem. § 548 Abs. 2 BGB verjährt, verschafft dies dem Vermieter gegen einen Herausgabeanspruch des Mieters aus § 985 BGB ein Recht zum Besitz als dauernde Einrede i.S.v. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>48</sup>

*3. Herausgabe aus § 861 BGB*

Ein Anspruch aus § 861 BGB setzt zunächst voraus, dass dem Anspruchsteller der Besitz an der Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen worden ist. M ist der Besitz an den Dämmplatten aber nicht entzogen worden; vielmehr hat er diesen aufgegeben i.S.v. § 856 Abs. 1 Var. 1 BGB. Ein Anspruch aus § 861 BGB scheidet aus.

*4. Herausgabe aus § 1007 Abs. 1 BGB*

Für einen Anspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB darf der Anspruchsgegner bei Erwerb des Besitzes an der beweglichen Sache nicht in gutem Glauben gewesen sein.

V war bei Inbesitznahme der Dämmplatten als beweglicher Sache zu deren Besitz zumindest bis zur Ausübung des Wegnahmerechts aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB berechtigt. In der Folge konnte er bei Besitzerwerb nicht bösgläubig sein bezüglich eines fehlenden Besitzrechts. Zudem hat M den Besitz an ihnen aufgegeben, weshalb der Anspruch auch gem. § 1007 Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB ausgeschlossen ist.

Petitorischer Besitzschutz aus § 1007 Abs. 1 BGB ist ebenfalls nicht gegeben.

*5. Herausgabe aus § 1007 Abs. 2 BGB*

Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB setzt voraus, dass dem Anspruchsteller die bewegliche Sache abhandengekommen ist. M sind die Dämmplatten nicht abhandengekommen; vielmehr hat er den Besitz an ihnen aufgegeben i.S.v. § 856 Var. 1 BGB. Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB scheidet aus.

*6. Herausgabe aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB*

Ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB scheidet schon mangels Verletzungshandlung des V am Eigentum des M aus. Denn M hat den Besitz an seinen Dämmplatten aufgegeben i.S.v. § 856 Var. 1 BGB.

*7. Herausgabe aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB (Aufwendungskondiktion)*

Die Aufwendungskondiktion setzt voraus, dass der Anspruchsgegner etwas durch Aufwendung des Anspruchstellers auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund erlangt hat.<sup>49</sup> Der dem V verschaffte Besitz an den Dämmplatten erfolgte zwar durch eine freiwillige Vermögensmehrung des M aus seinem Vermögen als Eigentümer der Dämmplatten, ohne dass er einen anerkannten Leistungszweck verfolgte. Aber zugunsten des V besteht mit Abwendung des Wegnahmerechts nach § 552 Abs. 1 BGB ein Rechtsgrund zu ihrem Behaltendürfen. V hat die Dämmplatten nicht ohne rechtlichen Grund erlangt. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB scheidet aus.

**III. Ergebnis**

M kann von V aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB und §§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2, 258 S. 2 BGB verlangen, die Wegnahme der Orgel Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden zu dulden, nicht aber die Wegnahme der Dämmplatten.

Zwar kann das Wegnahmerecht nach § 539 Abs. 2 BGB nur einheitlich hinsichtlich der gesamten Einrichtung ausgeübt werden.<sup>50</sup> Damit ist aber nur gemeint, dass der Berechtigte, hat er das für ihn Nutzbare weggenommen, die Sache insgesamt wieder in den vorigen Zustand versetzen, also auch das für ihn Wertlose entfernen muss.<sup>51</sup> Dies steht einer teilweisen Abwendung des Wegnahmerechts nach § 552 Abs. 1 BGB nicht entgegen, so sie wie hier dem Interesse des Vermieters entspricht. Hier nämlich benötigt V die Dämmung für seine Kammermusikabende; sie ist deshalb für ihn auch ohne die Orgel von Interesse.

*Hinweis:* Aus dieser Klausur sollten Sie Folgendes über das Wegnahmerecht des Mieters gelernt haben: Das Wegnahmerecht aus § 539 Abs. 2 BGB ist von den Eigentumsverhältnissen an der Einrichtung unabhängig. Es wandelt sich nach Rückgabe der Mietsache gem. § 258 S. 2 BGB in einen Anspruch auf Duldung der Wegnahme Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden um. Der Anspruch aus §§ 539 Abs. 2, 258 S. 2 BGB modifiziert konkurrierende Heraus-

<sup>46</sup> BGHZ 81, 146 = BeckRS 9998, 103914; RGZ 109, 128 (131).

<sup>47</sup> RGZ 109, 128 (129).

<sup>48</sup> BGH NJW 1981, 2564 (2565).

<sup>49</sup> *Sprau* (Fn. 37), § 812 Rn. 47 f.; *Schwab* (Fn. 37), § 812 Rn. 341.

<sup>50</sup> *Emmerich* (Fn. 2), § 539 Rn. 30.

<sup>51</sup> BGH NJW 1970, 754 (755); BGH MDR 1966, 498 (499) = WM 1966, 371: „Die Beklagte muss deshalb, nachdem sie die Vorteile des Abbaus der Gleisanlage für sich in Anspruch genommen hat, den Abbau auch in der durch § 258 BGB vorgeschriebenen Weise zu Ende führen und deshalb das Grundstück wieder in den früheren Stand setzen.“

gabeansprüche, indem diese ebenfalls nur noch auf Duldung der Wegnahme gerichtet werden können. Die kurze Verjährung nach § 548 Abs. 2 BGB erfasst auch konkurrierende Ansprüche aus GoA, Bereicherungs- und Deliktsrecht.<sup>52</sup> Der Vermieter erwirbt mit Rückgabe der Mietsache ein Besitzrecht an den Einrichtungen des Mieters, bis der Mieter die Duldung der Wegnahme verlangt. Mit der Verjährung dieses Anspruchs erwirbt der Vermieter ein dauerndes Recht zum Besitz der Einrichtungen, das er gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB dem Anspruch aus § 985 BGB entgegenhalten kann.

---

<sup>52</sup> *Bieber* (Fn. 2), § 548 Rn. 23; *Streyll* (Fn. 36), § 548 Rn. 53.

---