



Dr. Till Veltmann

---

**Gerichtliche Entscheidung: Zivilprozessrecht**

**Einstweilige Verfügung: Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, Widerspruch, Geltung der §§ 265, 325 ZPO im Verfügungsverfahren**

**§§ 535, 861 BGB; 265, 325, 924, 935, 936, 940 ZPO**

---

### Lösungsskizze

Es ist über einen **Widerspruch gegen eine einstweilige Verfügung** zu entscheiden.

#### A. Zulässigkeit des Widerspruchs

**1. Statthaftigkeit:** Der Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung steht dem Antragsgegner dann zu, wenn die Verfügung – wie hier – **ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss erlassen worden ist** (§§ 936, 922, 924 ZPO).

Über den Widerspruch wird **mündlich verhandelt** (§§ 936, 924 Abs. 2 S. 2 ZPO) und dann aufgrund dieser mündlichen Verhandlung **durch Urteil** entschieden (§§ 936, 925 ZPO). Gegen dieses Urteil ist die Berufung gegeben (natürlich nur bei Vorliegen ihrer Zulässigkeitsvoraussetzungen), während die Revision – zur Abkürzung des nur summarischen Eilverfahrens – ausgeschlossen ist (§ 542 Abs. 2 ZPO).

Wird bereits die einstweilige Verfügung aufgrund mündlicher Verhandlung erlassen, so wird durch Urteil entschieden (§§ 936, 922 ZPO); gegen dieses Urteil hat der Antragsgegner das Rechtsmittel der Berufung – nicht den Widerspruch –. Die Revision ist auch dann gemäß § 542 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.

#### 2. Zuständigkeit zur Entscheidung über den Widerspruch

Für die Entscheidung über den Widerspruch ist grundsätzlich **das Gericht zuständig, das die einstweilige Verfügung erlassen hat, §§ 936, 924 ZPO**. Dies war das Amtsgericht Rostock, das die Antragsteller im Widerspruchsverfahren angerufen haben.

**Ausnahmen:** Wenn an sich das Landgericht für den Erlass der einstweiligen Verfügung sachlich zuständig ist und das Amtsgericht die Verfügung gemäß § 942 ZPO als **Gericht der Eilzuständigkeit** (oder durch Anordnung der Eintragung von Vormerkung oder Widerspruch) anstelle des Landgerichts erlassen hat, so ist für den Widerspruch das **Landgericht** zuständig, an das das Amtsgericht, wenn der Widerspruch bei ihm eingelegt worden ist, die Sache zu verweisen hat (Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 942 Rdnr. 7, 11).

Gleiches gilt, wenn ein **unzuständiges Gericht** die einstweilige Verfügung durch Beschluss erlassen hat. Für die Überprüfung im Widerspruchsverfahren ist dann das Gericht der Hauptsache zuständig, an das gem. § 281 ZPO zu verweisen ist (Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 924 Rdnr. 6; a.A. LG Arnsberg NJW-RR 1993, 319).

**3. Form:** Schriftlich oder – im amtsgerichtlichen Verfahren – zu Protokoll der Geschäftsstelle (§§ 936, 924 Abs. 2 S. 3 ZPO): Hier durch Anwaltsschriftsatz gewahrt.

#### 4. Ordnungsgemäße Anträge

**a)** Die **Antragsteller** beantragen, die einstweilige Verfügung zu bestätigen (oder aufrechtzuerhalten).

**b)** Der **Antragsgegner** beantragt, die einstweilige Verfügung aufzuheben und den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Aufhebung der Verfügung reicht für sich allein nicht aus, da dann der Antrag des Antragstellers auf Erlass der Verfügung noch unbeschrieben bliebe. Daher muss auch die Zurückweisung dieses Antrags beantragt werden (was regelmäßig aber dem Begehren des Antragsgegners auf Aufhebung der Verfü-



gung durch Auslegung zu entnehmen ist). **Wichtig aber:** Im Tenor des Urteils ist – bei erfolgreichem Widerspruch – auf jeden Fall **auch der Antrag auf Erlass der Verfügung zurückzuweisen**.

**5. Frist:** Nicht einzuhalten; der Widerspruch ist **nicht fristgebunden**.

Bei längerem Zeitablauf seit Erlass der einstweiligen Verfügung kann jedoch Verwirkung in Betracht kommen (vgl. Stein/Jonas/Grunsky § 924 Rdnr. 11 m.w.N.).

**6. Begründung:** Nach §§ 936, 924 Abs. 2 S. 1, 3 ZPO ist der Widerspruch zu begründen. Dabei handelt es sich jedoch lediglich um eine Ordnungsvorschrift (MünchKomm ZPO/Heinze, 2. Aufl. 2001, § 924 Rdnr. 15), deren Verletzung daher keinen Einfluss auf die Zulässigkeit des Widerspruchs hätte. Hier liegt eine Begründung vor.

**7. Ergebnis:** Der Widerspruch ist zulässig.

## B. Begründetheit des Widerspruchs

### I. Vorüberlegungen

Bei der Prüfung der Begründetheit eines Widerspruches ist (nur) darüber zu entscheiden,

ob die beantragte einstweilige Verfügung **jetzt** erlassen werden dürfte, wenn sie noch nicht erlassen wäre, d.h., ob die Voraussetzungen für den Erlass der einstweiligen Verfügung **j e t z t – im Zeitpunkt der Verhandlung über den Widerspruch –** vorliegen oder nicht.

Es kommt daher **nicht** darauf an, ob die Verfügung im Zeitpunkt ihres Erlasses zu Recht ergangen ist oder nicht, sondern, wie **jetzt** über den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zu entscheiden ist.

**Achtung, unschöner Klausurfehler:** In einem Urteil ist entsprechend bei Entscheidung über den Widerspruch zu formulieren: „Der **Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung** ist zulässig / begründet bzw. unzulässig / unbegründet“ und **nicht** etwa „der **Widerspruch** ist zulässig / begründet bzw. unzulässig / unbegründet“.

Zu klären ist daher,

- ob der Antrag des Antragstellers auf Erlass der einstweiligen Verfügung (**jetzt**) **zulässig und begründet** ist – dann ist die einstweilige Verfügung zu bestätigen (aufrechtzuerhalten) – oder
- ob die Voraussetzungen für den Erlass der einstweiligen Verfügung nicht (mehr) vorliegen – dann ist die Verfügung aufzuheben und der Antrag zurückzuweisen.

*Im Rahmen der Prüfung der **Begründetheit des Widerspruchs** ist also auch die **Zulässigkeit des Antrags** auf Erlass der einstweiligen Verfügung zu untersuchen. Die Prüfung der Zulässigkeit des Antrags auf Erlass der Verfügung und die Prüfung der Zulässigkeit des Widerspruchs (vorstehend A.) sind zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist die gleiche wie bei Rechtsmitteln: Das Rechtsmittel wird zunächst auf **seine** Zulässigkeit geprüft. Im Rahmen der **Begründetheit des Rechtsmittels** ist dann die zugrunde liegende Klage auf **ihre Zulässigkeit** und Begründetheit zu untersuchen.*

## II. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass der einstweiligen Verfügung

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig, wenn die **allgemeinen Prozessvoraussetzungen** vorliegen und ein **Verfügungsanspruch behauptet** wird. Umstritten ist, ob das Vorliegen eines **Verfügungsgrundes** Zulässigkeitsvoraussetzung ist oder erst im Rahmen der Begründetheit zu prüfen ist.

### 1. Allgemeine Prozessvoraussetzungen

#### a) Zuständigkeit des Amtsgerichts Rostock

Nach §§ 937 Abs. 1, 943 ZPO ist für den Erlass einer einstweiligen Verfügung das **Gericht der Hauptsache** – d.h. des zu sichernden Anspruches – zuständig. Dabei handelt es sich gemäß § 802 ZPO um eine **ausschließliche** Zuständigkeit. „Gericht der Hauptsache“ ist dabei



das Gericht, bei dem die Hauptsache **anhängig ist** oder – falls sie noch nicht **anhängig ist** – bei dem sie nach den Regeln über die örtliche und sachliche Zuständigkeit im Streitverfahren **anhängig gemacht werden kann oder zu machen ist**.

**aa) Örtliche Zuständigkeit:** Soweit ein Besitzschutzanspruch geltend gemacht wird, besteht eine ausschließliche Zuständigkeit gemäß § 24 ZPO (dinglicher Gerichtsstand bei „Besitzklagen“). Danach ist das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die Sache belegen ist; hier also Rostock. Für die übrigen in Betracht kommenden Ansprüche besteht jedenfalls der allgemeine Gerichtsstand der §§ 12, 13 ZPO; da der Antragsgegner in Rostock wohnt, also ebenfalls Rostock. Soweit mietrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden, ist hingegen nicht der ausschließliche Gerichtsstand des § 29a ZPO einschlägig, da es sich bei dem Garten nicht um vermietete „Räume“ handelt.

**bb) Sachliche Zuständigkeit:** Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem **Streitwert** (§§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG).

Der maßgebliche Streitwert ist, da es sich hier um die Bestimmung des Gerichts der Hauptsache handelt, **der Zuständigkeitsstreitwert der entsprechenden Hauptsache**, nicht der – im Allgemeinen niedriger anzusetzende – Gebührenstreitwert des einstweiligen Verfügungsverfahrens. Hier ist der Streitwert nach § 3 ZPO zu bestimmen – nicht nach § 6 ZPO, da diese Bestimmung nicht für negatorische Abwehrklagen gilt (Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 28. Auflage 2007, § 3 Rdnr. 31) – und richtet sich daher nach dem **Interesse der Antragsteller** an der Beseitigung bzw. Unterlassung der Besitzstörung. Dieses Interesse an der Verhinderung einer Besitzstörung kann nicht höher sein, als eine Klage über das Bestehen oder die Dauer des Mietverhältnisses. Ein Anhaltspunkt bietet deshalb § 41 Abs. 1 S. 1 GKG (so Zöller/Herget, § 3 Rdnr. 16, Stichwort „Besitzstörungsklage“), nach dem der (Gebühren)streitwert höchstens in der für ein Jahr zu entrichtenden Miete (hier also 30 € x 12 Monate = 360 €) besteht. Jedenfalls liegt das Interesse der Antragsteller an der Störungsbeseitigung damit nicht über 5.000 €, sodass das Amtsgericht Rostock auch sachlich für den Erlass der einstweiligen Verfügung zuständig ist.

**b)** Auch im Übrigen bestehen hinsichtlich der allgemeinen Prozessvoraussetzungen keine Bedenken.

## 2. Behauptung eines Verfügungsanspruchs

Die Antragsteller behaupten, gegen den Antragsgegner einen Anspruch auf Unterlassung der Behinderung im Zutritt und in der Benutzung des Gartens zu haben.

*Für die Zulässigkeit des Antrags reicht die **Behauptung** des Anspruchs aus; ob der Anspruch **schlüssig** dargelegt und glaubhaft gemacht ist, ist dagegen eine Frage der Begründetheit des Antrags.*

## 3. Vorliegen des Verfügungsgrundes?

Es ist umstritten, ob das Vorliegen des Arrest- bzw. Verfügungsgrundes eine Frage der Zulässigkeit oder der Begründetheit des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (bzw. Arrestes) ist.

**a)** Die wohl herrschende Auffassung sieht im Arrest- bzw. Verfügungsgrund eine Voraussetzung der **Begründetheit** des Antrags (Zöller/Vollkommer, § 917 Rdnr. 3; Musielak/Huber, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 922 Rdnr. 2; Mathäser JuS 1995, 442, 443). Diese Auffassung wird insbesondere auf praktische Erwägungen gestützt: Es sei nicht sinnvoll, dass sich das Gericht mit dem Arrest- bzw. Verfügungsgrund befassen müsste, obwohl der Arrest- bzw. Verfügungsanspruch nicht vorliege bzw. nicht glaubhaft gemacht sei (was unzweifelhaft eine Frage der Begründetheit darstellt).

**b)** Nach a.A. (MünchKommZPO/Heinze § 917 Rdnr. 1; eingehend Teplitzky JuS 1981, 122, 123/124) ist dagegen der Arrest- bzw. Verfügungsgrund eine Voraussetzung der **Zulässigkeit** des Antrags. Bei einem Fehlen sei daher der Antrag als unzulässig – und nicht als unbegründet – abzuweisen. Der Grund für diese Einordnung liegt darin, dass der Arrest- bzw. Verfü-



gungsgrund nach Wesen und Funktion als eine besondere Art des Rechtsschutzbedürfnisses verstanden wird.

**c)** Nach einer vermittelnden Ansicht (Stein/Jonas/Grunsky § 917 Rdnr. 2; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 28. Aufl. 2008, § 916 Rdnr. 2, 3) ist die Behauptung des Verfügungsgrundes Zulässigkeitsvoraussetzung, die Glaubhaftmachung dagegen eine Frage der Begründetheit.

Hier wird der Ansicht **a)** gefolgt und das Vorliegen eines Verfügungsgrundes erst in der **Begründetheit** geprüft. Insbesondere wenn ein Verfügungsgrund vermutet wird, wie z.B. in den Fällen der §§ 885, 899 BGB, müsste inzident zunächst der geltend gemachte Verfügungsanspruch geprüft werden. Ergibt sich aus dem Verfügungsanspruch nämlich, dass das Vorliegen eines Verfügungsgrundes vermutet wird, kommt es auf die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes nicht mehr an. Der Gegenansicht ist allerdings zuzugestehen, dass es dogmatisch näher liegt, Arrest- oder Verfügungsgrund als Frage des Rechtsschutzbedürfnisses – und damit als Voraussetzung der Zulässigkeit – zu verstehen.

Einzelheiten zur Behandlung dieser Frage im Rahmen einer Klausurlösung s. AS-Skript: Die zivilgerichtliche Assessor Klausur, 14. Aufl. 2008, § 12, 2.3.1, 3.

**4. Zwischenergebnis:** Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist zulässig.

### **III. Die Begründetheit des Antrags auf Erlass der einstweiligen Verfügung**

Der Antrag, die einstweilige Verfügung zu bestätigen, ist begründet, wenn der behauptete Individualanspruch vom Antragsteller schlüssig dargelegt und – falls streitig – glaubhaft gemacht ist (§§ 936, 920 ZPO).

Dabei bezieht sich die Erleichterung der Glaubhaftmachung – im Unterschied zur vollen Beweisführung – nur auf die zugrunde liegenden Tatsachenbehauptungen. **Der Anspruch ist in rechtlicher Hinsicht dagegen grundsätzlich voll schlüssig darzulegen** (Thomas/Putzo/Reichold § 920 Rdnr. 4).

Nach Stein/Jonas/Grunsky § 935 Rdnr. 6, soll bei besonders schwierigen Rechtsfragen auch eine summarische Schlüssigkeitsprüfung ausreichend sein können.

#### **1. Anspruch aus § 535 Abs. 1 S. 1 BGB (Mietvertrag) auf Überlassung auch des Gartens?**

**a) Schlüssige Darlegung des Anspruchs:** Die Antragsteller haben vorgetragen, dass die Vormieter Lemke den Garten benutzen durften, dass sie in die Rechtsstellung der Vormieter eingetreten seien und dass sie dann auch – und zwar mit Wissen und im Einverständnis des Antragsgegners – den Gartenteil genutzt haben. Darin liegt der schlüssige Vortrag, dass zumindest konkludent auch hinsichtlich des Gartens ein Mietvertrag zustande gekommen sei.

Fraglich ist allerdings die Wirksamkeit des Mietvertrages. Der Mietvertrag bezog sich in erster Linie auf eine Wohnung im Hause Dierkower Allee 100, sodass er gem. § 550 S. 1 BGB schriftlich abzuschließen war. Auch wenn es an einer schriftlichen Vereinbarung fehlte, ist Folge eines Verstoßes gegen die Formvorschrift des § 550 BGB nicht etwa die Unwirksamkeit des Mietvertrages (§ 125 S. 1 BGB), sondern ein solcher Mietvertrag gilt dann auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 550 S. 1 BGB).

**b) Erheblichkeit der Einlassung des Antragsgegners:** Mit seinem Vortrag, er habe sogleich bei Abschluss des Mietvertrages erklärt, der Garten werde nicht mehr mitvermietet, hat der Antragsgegner wirksam die Erstreckung des Mietvertrages auch auf den Garten bestritten.

#### **c) Glaubhaftmachung?**

Die Antragsteller haben die Richtigkeit ihrer Darstellung eidesstattlich versichert. Eine eidesstattliche Versicherung kann schriftlich oder mündlich erfolgen, sie muss aber eine eigene Darstellung der glaubhaft zu machenden Tatsachen enthalten und darf sich nicht in einer Bezugnahme auf Schriftsätze des Rechtsanwaltes erschöpfen (BGH NJW 1996, 1682; Zöller/Geimer/Greger, § 294 Rdnr. 4). Auch eigene eidesstattliche Versicherungen können für eine Glaubhaftmachung ausreichen. Der Antragsgegner hat jedoch seine gegenteilige Darstellung ebenfalls eidesstattlich als richtig versichert (Termin vom 14.04.2008). Dann aber kann



der Vortrag der Antragsteller nicht mehr als hinreichend glaubhaft gemacht angesehen werden:

Im Rahmen der Glaubhaftmachung kann auch zur Widerlegung des Vorbringens einer Seite die entgegengesetzte Glaubhaftmachung durch die andere Seite ausreichen (Thomas/Putzo/Reichold, § 294 Rdnr. 3). Dies ist natürlich eine Frage der Abwägung, auch unter Berücksichtigung weiterer – unstreitiger, bewiesener oder glaubhaft gemachter – Umstände.

Hier kann den eidesstattlichen Versicherungen der Antragsteller kaum mehr Gewicht beigegeben werden als der entgegenstehenden Erklärung des Antragsgegners. Beide Seiten sind unmittelbar – und in gleichem Maße – an der Angelegenheit beteiligt. Die Richtigkeit der Erklärungen der Antragsteller wird auch nicht durch die – **unstreitigen** – Umstände, dass die Vormieter den Garten genutzt haben und dass der Antragsgegner zunächst auch die Benutzung durch die Antragsteller geduldet hat, entscheidend bestätigt. Diese Umstände stehen der Darstellung des Antragsgegners nicht entgegen, da er – ohne Vermietung – die Nutzung des Gartens für 2007 noch geduldet haben kann, da die Garagen ohnehin erst 2008 gebaut werden sollten.

Die Frage nach der Erstreckung des Mietvertrages auf den Garten ist somit offen. Da auch im Rahmen des Verfügungsverfahrens – wenn, wie hier, **beide Seiten gehört** worden sind, also bei mündlicher Verhandlung – die **allgemeinen Beweislastregeln** gelten (Stein/Jonas/Grunsky § 920 Rdnr. 10 ff.; Thomas/Putzo/Reichold, vor § 916 Rdnr. 9; h.M.), nach denen die Antragsteller für das Vorliegen eines Mietvertrages auch hinsichtlich des Gartens die Beweislast haben, haben die Antragsteller den Nachteil zu tragen, dass die Erstreckung des Mietvertrages auf den Garten nicht (mehr) glaubhaft gemacht ist.

**d) Zwischenergebnis:** Ein Mietvertragsanspruch scheidet daher als Verfügungsanspruch aus.

## **2. Anspruch aus §§ 861, 862 BGB (Wiedereinräumung des Besitzes / Unterlassen von Besitzstörungen)?**

### **a) Schlüssige Darlegung des Anspruchs**

**aa)** Die Antragsteller hatten **unmittelbaren Besitz** an dem umstrittenen Teil des Gartens (§§ 854 Abs. 1, 865 BGB). Gegen die Annahme unmittelbaren Besitzes spricht nicht, dass der Antragsgegner die Antragsteller leicht am Zugang zum Gartenstück hätte hindern können, da sich die Besitzverhältnisse allein nach der allgemeinen Verkehrsanschauung und nach der tatsächlichen Handhabung und Übung richten.

**bb)** Im Abschließen des Gartentores und dem damit verbundenen Entzug der Zutrittsmöglichkeit zu dem Garten lag eine **verbotene Eigenmacht** des Antragsgegners i.S.v. § 858 BGB, da den Antragstellern hierdurch der unmittelbare Besitz ohne ihren Willen entzogen wurde.

**cc)** Aus § 861 Abs. 1 BGB ergibt sich der Anspruch der Antragsteller, dass ihnen der unmittelbare Besitz wieder eingeräumt wird (Beseitigung der Besitzentziehung) und aus § 862 Abs. 1 S. 2 BGB, dass sie in Zukunft in diesem Besitz nicht wieder gestört werden (Unterlassungsanspruch). Beide Ansprüche werden von der einheitlichen Formulierung des Antrags, es zu unterlassen, „den Zutritt zu verwehren“, erfasst, da darin **einerseits die Verpflichtung zur Wiedereinräumung des Besitzes durch Aufschließen des Tores und andererseits das Verbot erneuten Besitzentzugs durch Unterlassen des weiteren Abschließens enthalten ist** (vgl. Thomas/Putzo/Putzo § 890 Rdnr. 2).

**dd)** Soweit ein Unterlassungsanspruch geltend gemacht wird, liegt die für den Anspruch erforderliche **Wiederholungsgefahr** (vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 67. Aufl. 2008, § 862 Rdnr. 9) vor. Der Antragsgegner fühlt sich zu seinem Vorgehen berechtigt. Außerdem ist er vertraglich verpflichtet, der GARAG – gerade unter Ausschluss der Antragsteller – den Besitz an dem Gartenteil zu verschaffen. Es ist daher davon auszugehen, dass er sein Verhalten fortsetzen will.

**ee)** Den Ansprüchen könnte jedoch entgegenstehen, dass nunmehr – unstreitig – der Antragsgegner nicht mehr den unmittelbaren Besitz dieses Gartenteils hat. Der Antragsgegner



hat der GARAG-Bau-GmbH die Möglichkeit zum unbeschränkten Zutritt des Grundstücks verschafft und ihr damit den unmittelbaren Besitz übertragen. Dem Antragsgegner könnte dadurch die Erfüllung der Ansprüche **unmöglich** geworden sein, § 275 Abs. 1 BGB. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn der Antragsgegner selbst jedenfalls noch mittelbarer Besitzer wäre, § 868 BGB. In diesem Fall richten sich die Besitzschutzansprüche auch gegen den mittelbaren Besitzer (Palandt/Bassenge, § 861 Rdnr. 7). Nach dem – unstreitigen – Vortrag des Antragsgegners hat er den Besitz an dem Gartenteil auf die GARAG jedoch im Vorgriff auf seine Besitzübertragungspflicht aus dem Kaufvertrag übertragen, damit mit den Bauarbeiten bereits begonnen werden kann. Die GARAG mittelt daher dem Antragsgegner nicht mehr den Besitz, sondern hat vielmehr Eigenbesitzwillen.

Ob die Antragsteller durch die Übertragung Besitzansprüche unmittelbar (auch) gegen die GARAG erhalten haben, ist demgegenüber ohne Bedeutung, da sich das vorliegende Verfahren **gegen den Antragsgegner** – und nicht gegen die GARAG – richtet.

(1) Dass nunmehr die GARAG (alleinige) Besitzerin des Gartens ist, könnte für die Entscheidung über den Verfügungsantrag jedoch dann unerheblich sein, wenn insoweit ein Fall des **§ 265 Abs. 2 S. 1 ZPO** vorliegt.

(a) Gemäß § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO hat die nach Rechtshängigkeit erfolgte **Veräußerung der im Streit befindlichen Sache** bzw. die Abtretung des geltend gemachten Anspruchs **grundsätzlich keinen Einfluss auf den Prozess**. Bei einer Rechtsnachfolge hinsichtlich des streitbefangenen Gegenstandes auf der Beklagtenseite **kann daher der Kläger den bisherigen Antrag weiterverfolgen**; er kann aber auch zum Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten übergehen oder anderweitige prozessuale Konsequenzen aus der Rechtsnachfolge – z.B. Erledigungserklärung – ziehen. Wenn der Kläger beim bisherigen Antrag verbleibt, ist über diesen Antrag ohne Berücksichtigung der Rechtsnachfolge zu entscheiden, also so, als wenn die Rechtsnachfolge nicht vorliegen würde. Eine etwa infolge der Veräußerung eingetretene Unmöglichkeit der Leistung bleibt dann außer Betracht, ist also für die Entscheidung unerheblich.

**Grund:** Der Beklage soll sich nicht durch eine Veräußerung der streitbefangenen Sache dem Prozessverlust und den sich daraus ergebenden Kostenfolgen entziehen können. Unter den Voraussetzungen der §§ 727, 325 ZPO kann der Kläger zudem eine Vollstreckungsklausel gegen den Erwerber erhalten und dann aus dem Urteil gegen ihn auf die Leistung vollstrecken. Ist eine Klauselerteilung nicht möglich, kann der Kläger gegen den Dritten nicht vollstrecken, sondern muss dann gegen ihn eine neue Klage, ggf. aus § 731 ZPO, erheben.

(b) Die Voraussetzungen des § 265 ZPO liegen vor:

(aa) **Streitbefangenheit:** Streitbefangen ist eine Sache, wenn auf der rechtlichen Beziehung zu ihr die Sachlegitimation beruht. Dies ist insbesondere der Fall, wenn das Eigentum an der Sache oder ein dingliches Recht an der Sache den Streitgegenstand bildet, bzw. ein Anspruch geltend gemacht wird, der dem Eigentümer (z.B. §§ 894, 905 ff., 985, 1004 BGB) oder dem Besitzer (z.B. §§ 861 f. BGB) als solchem zusteht. Auch Besitzklagen machen die Sache, auf die sich die Besitzstreitigkeit bezieht, daher streitbefangen (Zöller/Greger, § 265 Rdnr. 3), hier also den streitgegenständlichen Gartenanteil.

(bb) **Rechtsnachfolge:** Eine „Veräußerung oder Abtretung“ liegt primär bei jeder Übertragung von Rechten durch Rechtsgeschäft vor. Da der subjektive Anwendungsbereich des § 265 ZPO dem des § 325 ZPO entspricht, fällt jedenfalls auch die rechtsgeschäftliche Übertragung des unmittelbaren Besitzes unter Erlangung des mittelbaren Besitzes durch die Partei unter den Begriff Rechtsnachfolge (MünchKommZPO/Lüke, § 265 Rdnr. 37; Stein/Jonas/Schumann, § 265 Rdnr. 21; vgl. den Wortlaut von § 325 Abs. 1 Var. 2 ZPO). Umstritten ist, ob auch die „Übertragung“ des unmittelbaren Besitzes auf einen Dritten einen Fall der Rechtsnachfolge darstellt. Nachfolge im Besitz ist zwar keine Rechtsnachfolge im eigentlichen Sinne, nach überwiegender Auffassung finden §§ 265, 325 ZPO jedoch auch auf eine Nachfolge im Eigenbesitz an der streitbefangenen Sache Anwendung (BGH NJW 1982, 1517, 1518; MünchKommZPO/Lüke, § 265 Rdnr. 37; a.A. Zöller/Greger, § 265 Rdnr. 5a). Dem ist zuzustimmen, da andernfalls die Anwendung des § 265 BGB auf Besitzübertragung-



gen – je nachdem ob ein Besitzkonstitut vereinbart wird oder nicht – weitgehend im Belieben des Antragsgegners und des neuen Besitzer stände.

Die GARAG hat den unmittelbaren Besitz an dem Gartenteil erhalten, und zwar als „Rechtsnachfolgerin“ des Antragsgegners. Zunächst hatte der Antragsgegner den Garten abgeschlossen und damit den unmittelbaren Besitz erlangt, und anschließend – ab bzw. nach dem Kaufvertrag vom 28.03.2008 – hat dann die GARAG diesen unmittelbaren Besitz vom Antragsgegner eingeräumt erhalten.

**(cc) Nach Eintritt der Rechtshängigkeit:** Es ist umstritten, ob die Wirkungen der „Rechtshängigkeit“ – die ja grundsätzlich die Zustellung der Klage an den Beklagten voraussetzt (§§ 261, 253 Abs. 1 ZPO) – im Rahmen der Eilverfahren, in denen eine Entscheidung auch ohne Zustellung der Antragschrift an den Antragsgegner möglich ist, bereits mit der Einreichung des Antrags eintreten (so die ganz h.M., Stein/Jonas/Grunsky vor § 916 Rdnr. 11, Zöller/Vollkommer, § 920 Rdnr. 12; Walker in Schuschke/Walker § 920 Rdnr. 8) oder erst mit der Zustellung der Entscheidung (so früher Wieczorek/Schütze § 920 Anm. A II a; w.N. bei Walker a.a.O.). Dies kann hier jedoch offen bleiben, da die Zustellung der einstweiligen Verfügung – da der Widerspruch vom 26.03.2008 datiert – spätestens an diesem Tag erfolgt ist. Die Besitzübertragung an die GARAG ist hingegen frühestens nach Abschluss des Kaufvertrages am 28.03.2008 vorgenommen worden, sodass die Rechtsnachfolge nach beiden Ansichten nach dem Eintritt der „Rechtshängigkeit“ eingetreten ist.

**(dd) Zwischenergebnis:** Dass der Antragsgegner den Besitz an dem umstrittenen Gartenteil an die GARAG übertragen hat, hat gemäß § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO grundsätzlich keinen Einfluss auf die Entscheidung über den Verfügungsantrag.

**(2)** Es ist jedoch nicht unproblematisch, ob § 265 ZPO – der aufgrund seiner Stellung zunächst für das Hauptsacheverfahren gilt – **uneingeschränkt auch für das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gelten kann.**

**(a)** Einer uneingeschränkten Geltung könnten die Besonderheiten des Verfügungsverfahrens entgegenstehen: In diesem Verfahren können nur solche Maßnahmen getroffen werden, die zur Sicherung des verfolgten Anspruchs erforderlich und demgemäß auch **durchsetzbar/vollstreckbar** sind (Schuschke in Schuschke/Walker § 938 Rdnr. 15, 17). Es erscheint problematisch, eine Maßnahme für (noch) erforderlich zu halten, von der feststeht, dass sie so (nämlich gegen den Antragsgegner) nicht durchgesetzt werden kann. Insbesondere aber kann bei einer Rechtsnachfolge auf der Antragsgegnerseite aufgrund einer Veräußerung der streitbefangenen Sache der **Verfügungsgrund entfallen** (Rosenberg/Schwab/Schilken § 74 III 1 c).

Das Verfügungsverfahren weist wegen seiner Eilbedürftigkeit erhebliche Einschränkungen und damit auch Vorteile für den Antragsteller bzw. entsprechende Nachteile für den Antragsgegner gegenüber dem Normalprozess auf (hat deswegen allerdings grds. auch nur eine vorläufige Bedeutung): Diese Einschränkungen sind nur dann gerechtfertigt, wenn die besonderen Voraussetzungen des Verfahrens vorliegen, was der generellen Anwendung des § 265 ZPO entgegenstehen kann. – Eine Kostenentscheidung gegen den Antragsgegner bei Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes kann der Antragsteller auch über eine Erledigungserklärung erreichen; dazu bedarf es nicht einer uneingeschränkten Fortsetzung des Verfügungsverfahrens.

**(b)** Die Besonderheiten des Verfügungsverfahrens stehen einer Geltung des § 265 ZPO jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die einstweilige Verfügung gegen den Antragsgegner nach Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel (§§ 929 Abs. 1, 936 ZPO) auch **gegen den Rechtsnachfolger vollstreckt** werden kann. Dann hätte die einstweilige Verfügung trotz der Besitzübertragung an die GARAG weiterhin ihre Bedeutung. Die Unterlassungsanordnung bliebe dann nach wie vor durchsetzbar und damit erforderlich und der Verfügungsgrund wäre nicht infolge der Veräußerung entfallen.

**(aa)** Eine Klauselerteilung gegen die GARAG könnte gemäß §§ 727, 325 ZPO möglich sein.

Die Voraussetzungen der §§ 727, 325 Abs. 1 ZPO liegen vor. Die GARAG ist hinsichtlich der streitbefangenen Sache Rechtsnachfolgerin nach Rechtshängigkeit geworden (s.o.).



Das Urteil wirkt jedoch gemäß § 325 Abs. 2 ZPO nicht gegen den Rechtsnachfolger, soweit für diesen die Vorschriften über einen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten eingreifen. Dazu ist **Gutgläubigkeit in doppelter Hinsicht** erforderlich: Die Gutgläubigkeit muss sich **auf die Rechtshängigkeit und auf das Recht** beziehen (Thomas/Putzo/Reichold, § 325 Rdnr. 8).

**(bb)** Vorliegend greift § 325 ZPO jedoch nicht zu Gunsten der GARAG ein. Der Antragsgegner hat die GARAG beim Vertragsschluss über das anhängige Verfahren unterrichtet. Die GARAG hatte daher insoweit positive Kenntnis. Im Übrigen kann der unmittelbare Besitz als solcher nicht gutgläubig erworben werden. Insoweit scheidet ein Erwerb vom Nichtberechtigten ohnehin aus – abgesehen davon, dass die GARAG auch insoweit Kenntnis von den Vorgängen hatte.

§ 325 Abs. 2 ZPO kann bei einem Erwerb vom Nichtberechtigten nur dann eingreifen, wenn ein wirksamer Erwerb vom Nichtberechtigten nach materiellem Recht überhaupt möglich ist (MünchKomm ZPO/Gottwald, 2. Aufl. 2000, § 325 Rdnr. 85). – Bei einem Erwerb vom Berechtigten kommt es dagegen auf diese Voraussetzung nicht an. Dann ist nur auf eine Gutgläubigkeit hinsichtlich der Rechtshängigkeit abzustellen (h.M., u.a. Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 325 Rdnr. 9).

**(c)** Aus der einstweiligen Verfügung ist somit – nach Klauselerteilung – auch eine Vollstreckung gegen die GARAG möglich. Auch deshalb steht die Besitzübertragung durch den Antragsgegner der einstweiligen Verfügung nicht entgegen.

**ff)** Die einstweilige Verfügung dient nur der **Sicherung** eines Individualanspruches. Sie darf daher grundsätzlich **nicht schon die endgültige Entscheidung in der Hauptsache enthalten** (Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 938 Rdnr. 3). Die von den Antragstellern erstrebte Regelung hält sich jedoch zum einen ohnehin im Rahmen einer vorläufigen Sicherung – auch wenn zunächst bei Wiedereinräumung des Besitzes der Anspruch z.T. erfüllt wird –, denn eine Entscheidung über Besitzansprüche ist grundsätzlich nur vorläufig, da nicht über petitorische Ansprüche befunden wird. Zum anderen ist bei einer Besitzverletzung auch eine Befriedigung des (bloßen) Besitzschutzanspruches durch einstweilige Verfügung möglich, **um so den widerrechtlichen Zustand zunächst und sofort erst einmal wieder zu beseitigen** (OLG Köln JurBüro 1996, 217; OLG Hamm NJW-RR 1991, 1526; OLG Saarbrücken MDR 2003, 1198; Palandt/Bassenge § 861 Rdnr. 18 m.N.; Schuschke in Schuschke/Walker vor § 935 Rdnr. 19, 20).

**gg) Ergebnis:** Besitzansprüche sind als Verfügungsanspruch von den Antragstellern schlüssig dargelegt.

#### **b) Einwendungen des Antragsgegners**

Die Einwendungen des Antragsgegners gegenüber dem schlüssig dargelegten Anspruch sind – soweit nicht bereits erörtert – unerheblich:

**aa)** Auf ein **Recht zum Besitz** kann sich der Antragsgegner gemäß § 863 BGB grundsätzlich nicht berufen.

**bb)** Auch ein **Notwehrrecht** (§ 227 BGB) scheidet aus: Das Vorliegen einer Eigentumsschädigung oder Besitzstörung (hinsichtlich Frau Fischer) – bzw. einer entsprechenden Gefahr – ist vom Antragsgegner nicht substantiiert dargetan. Zudem war der Besitztzug nicht erforderlich, um etwaige Ansprüche aus §§ 1004, 862, 823 BGB gegen die Antragsteller durchzusetzen.

**cc)** Der Besitzanspruch der Antragsteller ist nicht durch **§ 861 Abs. 2 BGB** ausgeschlossen: Auch wenn die Antragsteller – wie der Antragsgegner vorgetragen hat – kein Recht zum Besitz an dem Garten gehabt haben, so haben sie doch nicht fehlerhaft i.S.v. § 858 BGB besessen, da sie den unmittelbaren Besitz **nicht durch verbotene Eigenmacht** erlangt haben, sondern der Antragsgegner die Benutzung des Gartens durch die Antragsteller – zunächst – **geduldet** hat.

**c)** Einer **Glaubhaftmachung** des schlüssig dargelegten Anspruchs bedarf es nicht. Die Umstände, auf denen der Verfügungsanspruch beruht – ursprünglich unmittelbarer Besitz der





Antragsteller, Entzug durch den Antragsgegner, Kenntnis der GARAG – sind unstrittig. Unstrittige Umstände bedürfen keines Beweises und entsprechend im Eilverfahren auch nicht der Glaubhaftmachung (Stein/Jonas/Grunsky § 920 Rdnr. 13; Walker in Schuschke/Walker § 920 Rdnr. 19).

### 3. Verfügungsgrund

Auch der Verfügungsgrund muss – wie oben ausgeführt – **unstrittig oder zumindest glaubhaft gemacht sein**. Er ergibt sich hier aus §§ 935, 940 ZPO:

Eine genaue Abgrenzung zwischen einer Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO und einer Verfügungsverfügung nach § 940 ZPO ist nicht möglich, da sich der Anwendungsbereich beider Vorschriften überschneidet, und auch ohne praktische Bedeutung (Thomas/Putzo/Reichhold § 935 Rdnr. 3).

**a) Ein Verfügungsgrund gemäß § 935 ZPO** besteht, wenn – objektiv – zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes der Individualanspruch gefährdet wird. Dies ist hier der Fall, da die Errichtung der Garagen und damit die (endgültige) Beseitigung des Gartens bevorstehen.

**b) Ein Verfügungsgrund gemäß § 940 ZPO** besteht, wenn in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis eine einstweilige Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen, notwendig erscheint. Auch dies ist hier der Fall, da die Besitz- und Benutzungsrechte hinsichtlich des Gartens streitig sind und da eine einstweilige Regelung zugunsten der Antragsteller notwendig ist, um Nachteile – Unmöglichkeit der Bestellung des Gartens, endgültige Beseitigung des Gartens vor Klärung der Rechtslage – für die Antragsteller abzuwenden.

Diese Verfügungsgründe liegen – unstrittig – vor; einer besonderen Glaubhaftmachung bedarf es daher nicht.

Da hier ein Verfügungsgrund schon nach allgemeinen Grundsätzen anzunehmen ist, erübrigt sich ein Eingehen auf die Frage, ob es bei der Verfolgung von Besitzschutzansprüchen mit Rücksicht auf ihre generelle Schutz- und Eilbedürftigkeit des Vorliegens eines besonderen Verfügungsgrundes überhaupt bedarf (s. MünchKommBGB/Joost, § 861 Rdnr. 16).

**4. Ergebnis:** Sowohl Verfügungsanspruch als auch Verfügungsgrund liegen vor. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist daher – nach wie vor – begründet.

**IV. Ergebnis:** Die einstweilige Verfügung ist zu bestätigen (oder aufrechtzuerhalten).

## V. Nebenentscheidungen

### 1. Kosten

Die Kosten hat gemäß § 91 ZPO der unterliegende Antragsgegner zu tragen. Da ihm bereits in der einstweiligen Verfügung die Kosten auferlegt worden sind, bezieht sich die Kostenentscheidung des Urteils nur auf die „weiteren“ Kosten.

### 2. Vorläufige Vollstreckbarkeit

Einer Entscheidung bedarf es nicht, denn Urteile, durch die ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung **bestätigt** werden, sind auch ohne Ausspruch – auch hinsichtlich der Kosten – vorläufig vollstreckbar (Thomas/Putzo/Reichhold § 925 Rdnr. 2), und zwar von selbst, ohne Sicherheitsleistung und ohne eine Abwendungsbefugnis für den Antragsgegner.

**Grund:** Es handelt sich im Ergebnis (auch) um den **Erllass** einer Eilentscheidung, die grundsätzlich – wegen des Eilcharakters – sofort vollstreckbar ist. – § 708 Nr. 6 ZPO bezieht sich nur auf Ablehnung und Aufhebung der Eilentscheidung, nicht auf den Erlass oder die Bestätigung.

### 3. Zulassung der Berufung

Eine Zulassung der Berufung ist nicht angezeigt. Falls die Beschwer für den Antragsgegner mit mehr als 600 € bewertet wird, ist eine Zulassung nicht erforderlich. Sollte die Beschwer niedriger anzusetzen sein, mangelt es an den Zulassungsvoraussetzungen gemäß § 511 Abs. 4 ZPO.



## VI. Überlegungen zur Formulierung des Urteils

1. Über den Widerspruch wurde **mündlich verhandelt** (§§ 936, 924 Abs. 2 S. 2 ZPO), sodass aufgrund dieser mündlichen Verhandlung **durch Urteil** zu entscheiden ist (§§ 936, 925 ZPO).
2. Bei einem Verfügungsverfahren handelt es sich nicht um einen Rechtsstreit (Anders/Gehle, S. 482), so dass üblicherweise die Bezeichnung „**In der Sache**“ oder „**In dem Verfügungsverfahren**“ gewählt wird.
3. Im Urteil können die Parteien als „**Antragsteller**“ und „**Antragsgegner**“, als „**Verfügungskläger**“ und „**Verfügungsbeklagter**“ oder auch als „Kläger“ und „Beklagter“ bezeichnet werden. Ein fester Gerichtsgebrauch besteht insoweit nicht. Die Bezeichnung als „Antragsteller“ bzw. „Antragsgegner“ wird allerdings wohl zunehmend verwendet.
4. Da es sich um ein Urteil handelt, ist der Tag der Entscheidung durch die übliche Formulierung „**auf die mündliche Verhandlung vom ... für Recht erkannt**“ und nicht – wie in einem Beschluss über die einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung – durch die Formel „hat ... am .... beschlossen“ anzugeben.
5. Im Tatbestand kann es zweckmäßig sein – und ist es bei vielen Gerichten üblich –, zunächst den Vortrag und den Antrag des widersprechenden Antragsgegners aufzuführen. Es ist aber natürlich auch möglich, Vortrag und Antrag der Antragsteller als Erstes zu bringen.

-----



Daraus ergibt sich folgender **Urteilsentwurf**:

Amtsgericht Rostock  
- 8 C 255/08 -

Urteil

Im Namen des Volkes!

In dem Verfügungsverfahren

1. des Herrn Otto Paul,  
2. der Frau Magda Paul geb. Müller,  
beide wohnhaft Dierkower Allee 100, 18146 Rostock,

Antragsteller,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Horst Krause in Rostock -  
g e g e n

Herrn Ewald Bär, Malchiner Straße 29, 18109 Rostock,

Antragsgegner,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Arno Hopke in Rostock -

hat das Amtsgericht Rostock  
auf die mündliche Verhandlung vom 14. April 2008  
durch die Richterin am Amtsgericht Brandtner

für R e c h t erkannt:

Die einstweilige Verfügung vom 24. März 2008 wird bestätigt.

Dem Antragsgegner werden die weiteren Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Tatbestand

Der Antragsgegner ist Eigentümer des Hauses Dierkower Allee 100 in Rostock. Die Antragsteller bewohnen in diesem Haus seit Juli 2007 eine Mietwohnung, die vor ihnen das Ehepaar Lemke gemietet hatte. In dem Mietvertrag mit dem Ehepaar Lemke hatte der Antragsgegner einen Teil des Gartens mitvermietet. Nach ihrem Einzug haben die Antragsteller diesen Gartenteil ebenfalls benutzt, indem sie dort Liegestühle aufstellten und Gartenarbeiten ausführten. Als die Antragsteller am 22. März 2008 mit der Frühjahrsbestellung des Gartens beginnen wollten, untersagte ihnen der Antragsgegner die Benutzung des Gartens und verschloss die zum Garten führende Tür.

Die Antragsteller haben daraufhin am 24. März 2008 eine einstweilige Verfügung erwirkt, durch die dem Antragsgegner untersagt wurde, den Antragstellern den Zutritt zu dem umstrittenen Gartenteil zu verwehren. Hiergegen richtet sich der Widerspruch des Antragsgegners.

Der Antragsgegner verkaufte mit Vertrag vom 28. März 2008 den Gartenteil an die GARAG-Bau-GmbH, die dort Garagen errichten will. Der Antragsgegner hat der GARAG aufgrund dieses Vertrages den Besitz an dem Garten eingeräumt. Seitens der GARAG ist inzwischen ein neues Schloss an der Gartentür angebracht worden.

Zur Begründung seines Widerspruches trägt der Antragsgegner vor, er habe den Antragstellern bereits bei Abschluss des Mietvertrages erklärt, dass der Garten nicht mehr mitvermietet werde. Er habe nämlich schon damals beabsichtigt, im Garten Garagen zu errichten. Im Übrigen habe er den Garten zunächst auf Veranlassung der Mitmieterin Frau Fischer abgeschlossen, da diese von den Kindern der Antragsteller - vom Garten her - gestört worden sei. Nachdem nunmehr die GARAG ein neues Schloss an der Gartentür angebracht habe,



habe er keinen Einfluss auf die Benutzung des Gartens mehr. Er könne den Antragstellern daher den Besitz auch nicht wieder gewähren, sodass die Antragsteller somit von ihm eine unmögliche Leistung forderten.

Der Antragsgegner beantragt,

unter Aufhebung des Beschlusses vom 24. März 2008 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Antragsteller beantragen,

die einstweilige Verfügung vom 24. März 2008 zu bestätigen.

Zur Begründung tragen die Antragsteller vor, ihnen sei auch der Gartenteil vermietet worden. Sie seien, im Einverständnis mit dem Antragsgegner, voll, auch hinsichtlich des Gartens, in die Rechte ihrer Vormieter eingetreten, und der Antragsgegner habe dementsprechend auch die weitere Benutzung des Gartens geduldet und gewährt. Belästigungen für die Mieterin Frau Fischer seien von dem Garten nicht ausgegangen. Etwaige Belästigungen hätten dem Antragsgegner zudem auch nicht das Recht geben können, eigenmächtig den Garten zu sperren. Der Antragsgegner habe ihnen daher wieder die Benutzung des Gartens zu ermöglichen. Dazu sei er noch in der Lage, da die GARAG – wie unstrittig ist – beim Abschluss des Kaufvertrages vom Antragsgegner von den vorliegenden Verhältnissen und dem bereits anhängigen Verfahren der einstweiligen Verfügung unterrichtet worden sei.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze, ihrer Erklärungen im Verhandlungstermin am 14. April 2008 und ihrer eidesstattlichen Versicherungen verwiesen.

#### Entscheidungsgründe

Die einstweilige Verfügung vom 24. März 2008 ist zu bestätigen.

Bei der Entscheidung über den vom Antragsgegner zulässig gemäß §§ 936, 935, 922, 924 ZPO eingelegten Widerspruch ist darauf abzustellen, ob die einstweilige Verfügung auch jetzt – im Zeitpunkt der Verhandlung über den Widerspruch – noch zu erlassen wäre. Da der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung nach wie vor zulässig und begründet ist, die Verfügung also auch jetzt noch zu erlassen wäre, ist die einstweilige Verfügung nach wie vor gerechtfertigt.

1. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist zunächst zulässig. Für den Erlass der Verfügung ist das angerufene Amtsgericht Rostock gemäß §§ 937, 802 ZPO als Gericht der Hauptsache zuständig. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 24, 12, 13 ZPO, die sachliche aus § 23 Nr. 1 GVG, da es sich um eine Streitigkeit handelt, deren Streitwert in der Hauptsache gemäß § 3 ZPO jedenfalls nicht höher als 5.000 € anzusetzen ist.

Die Antragsteller haben einen – einer Sicherung durch einstweilige Verfügung zugänglichen – Individualanspruch behauptet, nämlich auf Wiedereinräumung und weitere ungestörte Überlassung des Besitzes an dem umstrittenen Gartenteil.

2. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist auch begründet, da sowohl der von den Antragstellern behauptete sicherungsbedürftige Individualanspruch als auch ein Verfügungsgrund besteht.

a) Allerdings kann die Verfügung nicht auf das Vorliegen des von den Antragstellern behaupteten Mietverhältnisses auch hinsichtlich des Gartenteils gestützt werden. Zwar haben die Antragsteller das Zustandekommen eines Mietvertrages auch hinsichtlich des Gartens schlüssig dargelegt und die Richtigkeit ihrer Darstellung durch eine eidesstattliche Versicherung glaubhaft gemacht. In Anbetracht der entgegenstehenden, ebenfalls durch eidesstattliche Versicherung glaubhaft bestätigten Darstellung des Antragsgegners kann aber das Vorliegen eines Mietverhältnisses nicht mehr als hinreichend glaubhaft gemacht angesehen werden. Den eidesstattlichen Versicherungen der Antragsteller kann nicht mehr Gewicht beigegeben werden als der Erklärung des Antragsgegners. Beide Seiten sind unmittelbar – und



im gleichen Maße – an der Angelegenheit beteiligt. Die Richtigkeit der Erklärungen der Antragsteller wird auch nicht entscheidend durch die unstreitigen Umstände bestätigt, dass die Vormieter der Antragsteller den Garten genutzt haben und dass auch der Antragsgegner zunächst die Benutzung des Gartens durch die Antragsteller geduldet hat. Der Antragsgegner kann auch – ohne Vermietung – die Benutzung des Gartens im Jahr 2007 gerade deshalb noch geduldet haben, weil die Garagen erst 2008 gebaut werden sollten. Den Nachteil der nicht hinreichenden Glaubhaftmachung haben die Antragsteller zu tragen, die nach den allgemeinen – auch im Verfügungsverfahren geltenden – Beweislastregeln die Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast für das Vorliegen eines Mietvertrages auch über den Gartenteil haben.

b) Der behauptete Individualanspruch ergibt sich jedoch aus §§ 861, 862 BGB, nämlich als Anspruch auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes und auf Unterlassung weiterer Besitzentziehungen der vorliegenden Art. Diese beiden Ansprüche werden von der einheitlichen Formulierung des Antrages und der Verfügung, es zu unterlassen, „den Zutritt zu verwehren“, erfasst, da darin einerseits die Verpflichtung zur Wiedereinräumung des Besitzes durch Aufschließen des Tores und andererseits das Verbot erneuten Besitzentzugs durch Unterlassen des weiteren Abschließens enthalten ist.

aa) Die Antragsteller hatten den unmittelbaren Besitz an dem umstrittenen Teil des Gartens (§§ 854 Abs. 1, 865 BGB), da sie diesen Gartenteil 2007 in Benutzung genommen haben. Gegen die Annahme des Teilbesitzes spricht nicht, dass der Antragsgegner die Antragsteller leicht am Zugang zum Garten hätte hindern können, da sich die Besitzverhältnisse allein nach der allgemeinen Verkehrsanschauung und auch nach der tatsächlichen Handhabung – hier duldete der Antragsgegner die Gartenbenutzung durch die Antragsteller – richten.

bb) In dem Abschließen des Gartentores und dem damit verbundenen Entzug der Zutrittsmöglichkeit zu dem Garten lag eine verbotene Eigenmacht des Antragsgegners i.S.v. § 858 BGB, da den Antragstellern hierdurch der unmittelbare Besitz gegen ihren Willen entzogen wurde. Ein etwaiges Recht des Antragsgegners zum Besitz – falls der Garten nicht mitvermietet sein sollte – vermag gemäß § 863 BGB die verbotene Eigenmacht nicht zu rechtfertigen. Auch auf Notwehr i.S.v. § 227 BGB kann sich der Antragsgegner nicht berufen, da zum einen die Voraussetzungen von Notwehr – Abwehr von Eigentumsstörungen oder Störungen der Mieterin Frau Fischer – nicht substantiiert dargetan sind und da zum anderen der eigenmächtige Besitzentzug nicht notwendig und geboten war, um etwaige Störungen und Belästigungen von Frau Fischer abzuhalten.

cc) Der Besitzschutzanspruch der Antragsteller wird nicht durch § 861 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Auch wenn die Antragsteller kein Recht zum Besitz an dem Garten haben sollten, so haben sie doch den unmittelbaren Besitz nicht ihrerseits durch verbotene Eigenmacht erlangt, denn der Antragsgegner hatte die Benutzung des Gartens durch die Antragsteller – zunächst jedenfalls – geduldet.

dd) Soweit die Antragsteller die Unterlassung künftiger Besitzentziehungen verlangen, liegt die für den Unterlassungsanspruch notwendige Wiederholungsgefahr vor. Diese folgt schon daraus, dass der Antragsgegner sich zu seinem Verhalten berechtigt fühlt und außerdem vertraglich verpflichtet ist, der GARAG – unter Ausschluss der Antragsteller – den Besitz an dem Gartenteil zu verschaffen.

ee) Dem Erlass der einstweiligen Verfügung steht nicht entgegen, dass der Antragsgegner inzwischen den Besitz an dem umstrittenen Gartenteil an die GARAG übertragen hat, die ihrerseits den Garten verschlossen hat. Allerdings steht den Antragstellern kein Besitzschutzanspruch gegen den Antragsgegner zu, weil dieser noch mittelbarer Besitzer wäre. Nach dem – unstreitigen – Vortrag des Antragsgegners hat er den Besitz an dem Gartenteil auf die GARAG im Vorgriff auf seine Besitzübertragungspflicht aus dem Kaufvertrag übertragen, damit mit den Bauarbeiten bereits begonnen werden kann. Die GARAG mittelt daher dem Antragsgegner nicht mehr den Besitz, sondern hat vielmehr Eigenbesitzwillen.



Jedoch hat nach § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO eine nach Rechtshängigkeit erfolgte Veräußerung der streitbefangenen Sache keinen Einfluss auf den Prozess. Der Kläger kann daher nach einer solchen Veräußerung durch den Beklagten den Klageantrag uneingeschränkt weiterverfolgen. Der Prozess wird dann – damit sich der Beklagte nicht einfach durch eine Aufgabe seiner Passivlegitimation dem Prozess entziehen kann – ohne Berücksichtigung dieser Veräußerung und ihrer materiell-rechtlichen Auswirkungen auf den Klageanspruch entschieden.

Die Voraussetzungen des § 265 ZPO liegen hier vor. Der streitgegenständliche Gartenanteil ist streitbefangen, da auf der rechtlichen Beziehung zu ihm die Sachlegitimation beruht. Auch Besitzklagen machen die Sache, auf die sich die Besitzstreitigkeit bezieht, streitbefangen. Die GARAG ist hinsichtlich dieses Besitzes Rechtsnachfolgerin des Antragsgegners, der ihr diesen Besitz, den er zunächst durch das Versperren des Gartens selbst wieder erlangt hatte, übertragen hat. Zwar liegt eine „Veräußerung oder Abtretung“ primär nur bei der Übertragung von Rechten durch Rechtsgeschäft vor. Da der subjektive Anwendungsbereich des § 265 ZPO dem des § 325 ZPO entspricht, fällt darüber hinaus auch die rechtsgeschäftliche Übertragung des unmittelbaren Besitzes unter Erlangung des mittelbaren Besitzes durch die Partei unter den Begriff Rechtsnachfolge. Um zufällige Ergebnisse zu vermeiden ist es daher gerechtfertigt, dass auch die „Übertragung“ des unmittelbaren Eigenbesitzes auf einen Dritten einen Fall der Rechtsnachfolge darstellt. Diese Besitzübertragung ist auch nach dem Eintritt der „Rechtshängigkeit“ erfolgt. Es ist zwar umstritten, ob die Wirkungen der Rechtshängigkeit, die grundsätzlich die Zustellung der Klage an den Beklagten voraussetzt (§§ 261, 253 Abs. 1 ZPO), im Rahmen der Eilverfahren, in denen Entscheidungen ja – wie im vorliegenden Fall – auch ohne Zustellung des Antrags an den Antragsgegner möglich sind, bereits mit der Einreichung des Antrags eintreten oder erst mit der Zustellung der Entscheidung. Dies kann hier jedoch offen bleiben, da die Zustellung der einstweiligen Verfügung spätestens am 26. März 2008 erfolgt ist – denn von diesem Tag datiert der Widerspruch –. Da die Besitzübertragung an die GARAG ab bzw. nach dem Verkauf des Gartenteils am 28. März 2008 erfolgt ist, ist die Rechtsnachfolge somit nach beiden Ansichten erst nach dem Eintritt der „Rechtshängigkeit“ des Verfügungsverfahrens eingetreten.

Vorliegend findet § 265 ZPO auch im Rahmen des Verfügungsverfahrens Anwendung. Eine uneingeschränkte Geltung der Regelung des § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO im Verfügungsverfahren ist problematisch, da eine Maßnahme, die im Ergebnis nicht mehr durchgesetzt bzw. vollstreckt werden kann, nicht mehr als erforderlich i.S.d. § 938 ZPO angesehen werden kann. Außerdem kann eine Nichtdurchsetzbarkeit der Verfügung auch den Verfügungsgrund entfallen lassen. Diese Bedenken greifen hier jedoch schon deshalb nicht durch, weil die einstweilige Verfügung gegen den Antragsgegner auch gemäß § 325 Abs. 1 ZPO gegen die GARAG wirkt, sodass sie daher nach Erteilung der Vollstreckungsklausel gemäß §§ 929 Abs. 1, 936, 727 ZPO auch gegen die GARAG vollstreckt werden kann. Damit bleibt die Verfügung durchsetzbar und vollstreckbar und der Verfügungsgrund ist insoweit nicht entfallen. Dabei kann der GARAG nicht der Schutz des § 325 Abs. 2 ZPO zugute kommen, der eine doppelte Gutgläubigkeit des Rechtsnachfolgers, in Bezug auf die Rechtshängigkeit und das übernommene Recht, voraussetzt. Die GARAG war zum einen hinsichtlich der Rechtshängigkeit des Verfügungsverfahrens nicht gutgläubig, da sie insoweit beim Vertragsschluss durch den Antragsgegner unterrichtet worden war, und zum anderen ist hinsichtlich des Besitzes als einer tatsächlichen Rechtsposition ein gutgläubiger Erwerb ohnehin nicht möglich.

c) Hinsichtlich dieses Anspruches besteht für die Antragsteller ein Bedürfnis nach Sicherung durch einstweilige Verfügung und damit ein Verfügungsgrund. Zum einen gemäß § 935 ZPO, da die Beseitigung des Gartens und die Errichtung der Garagen bevorsteht, und zum anderen auch gemäß § 940 ZPO, da die Besitz- und Nutzungsrechte hinsichtlich des Gartenteils streitig sind und eine einstweilige Regelung notwendig erscheint, um Nachteile für die Antragsteller – Unmöglichkeit der Bestellung des Gartens im Frühjahr, endgültige Beseitigung des Gartens vor Klärung der Rechtslage – abzuwenden.

3. Der Antrag der Antragsteller und auch der Ausspruch der einstweiligen Verfügung halten sich im Rahmen dessen, was mittels einer solchen Eilentscheidung geregelt werden kann. Die



einstweilige Verfügung dient grundsätzlich nur der Sicherung des Individualanspruchs und darf daher grundsätzlich nur eine vorläufige Regelung, nicht aber schon die endgültige Entscheidung der Hauptsache enthalten. Die angeordnete Regelung hält sich im Rahmen einer solchen vorläufigen Sicherung – auch wenn bei Wiedereinräumung des Besitzes der Anspruch zum Teil erfüllt wird. Die Entscheidung über die Besitzansprüche ist grundsätzlich nur vorläufig, da nicht über petitorische Ansprüche befunden wird, deren Geltendmachung dem Antragsgegner unbenommen bleibt, und sie dient auch nur dazu, eine widerrechtliche Besitzverletzung als solche zunächst einmal rückgängig zu machen.

4. Einer besonderen Glaubhaftmachung bedarf es hier nicht, da die Umstände, aus denen der Verfügungsanspruch folgt – ursprünglich unmittelbarer Besitz der Antragsteller, Entzug durch den Antragsgegner, Kenntnis der GARAG – unstrittig sind.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, ohne dass es eines besonderen Ausspruches bedarf.

Unterschrift der Richterin

-----

*Sehr geehrte Kursteilnehmerin, sehr geehrter Kursteilnehmer!*

*Einstweilige Verfügungsverfahren sind – auch wegen ihrer erheblichen Bedeutung in der Praxis – besonders klausurrelevant. Sie sollten sich daher durchaus einmal intensiv gerade mit den Besonderheiten dieses Verfahrens befassen.*

*Näher zum Verfügungsverfahren: AS-Skript Die zivilgerichtliche Assessorklausur, 14. Aufl. 2008, § 12, 2.*

*Die Frage der dogmatischen Einordnung des Verfügungsgrundes sollte allerdings nicht überbewertet und auch nicht besonders im Entscheidungsentwurf problematisiert werden, da die verschiedenen Auffassungen i.d.R. zum gleichen Endergebnis führen. Einzelheiten siehe AS-Skript Die zivilgerichtliche Assessorklausur, 14. Aufl. 2008, § 12, 2.3.1, 3).*

*Hinsichtlich der Abfassung der Entscheidungsgründe ist ergänzend noch auf Folgendes hinzuweisen:*

*Es wird ausgeführt, dass ein mietvertraglicher Anspruch nicht hinreichend glaubhaft gemacht sei und daher die einstweilige Verfügung nicht begründen könne. Grundsätzlich sind bei einer – wie hier – stattgebenden Entscheidung nicht durchgreifende Anspruchsgrundlagen nicht in den Entscheidungsgründen zu behandeln (siehe z.B. Anders/Gehle, 9. Aufl. 2008, S. 111). Hier ist aber zum einen eine – kurze – Darstellung deshalb zumindest sinnvoll, weil damit für die Parteien deutlich gemacht wird, dass nur eine Besitzschutzregelung, nicht aber eine Entscheidung zur materiell-rechtlichen Rechtslage getroffen wird. Damit werden zugleich die nur eingeschränkte Wirkung und Bedeutung der einstweiligen Verfügung deutlich. Zum anderen lässt sich sogar wegen der eingeschränkten Bedeutung des Besitzschutzanspruchs die Auffassung vertreten, dass die Ablehnung eines Anspruchs aus Mietvertrag zwingend in die Entscheidungsgründe gehöre, weil damit ein weitergehender Anspruch verneint werde.*

*Dr. Till Veltmann*

-----