



Dr. Walter Baumfalk/Pe

---

#### Gerichtliche Entscheidung: ZPO – materielles Recht

**Einrede der fehlenden Kostenerstattung, § 269 Abs. 6 ZPO; Anspruchsgrundlage für die Klage auf Zustimmung zur Herausgabe einer sequestrierten Sache; Erfolg einer petitorischen Widerklage bei gleichzeitig begründeter Besitzschutzklage.**

**§§ 861, 863, 864, 869, 932, 935, 985, BGB, §§ 33, 269, 282, 296 ZPO**

---

#### Lösungsskizze

**Klageziel:** Die Parteien verlangen wechselseitig – mit Klage und Widerklage – die Zustimmung des Gegners zur Herausgabe des bei dem Sequester befindlichen Pferdes.

#### A. Klage

##### I. Zulässigkeit der Klage (Verfahrensstation)

1. Eine **anderweitige Rechtshängigkeit** – die zur Unzulässigkeit einer neuen Klage mit identischem Streitgegenstand führen würde (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) – besteht nicht, da der Kläger die zunächst, unter dem 04.05.2005 erhobene Klage zurückgenommen hat; gemäß § 269 Abs. 3 S. 1 ZPO ist bei Klagerücknahme der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen.

##### 2. Verweigerung der Einlassung wegen fehlender Kostenerstattung

Gemäß § 269 Abs. 6 ZPO kann der Beklagte eines Rechtsstreits die Einlassung auf die Klage verweigern, bis ihm die gemäß § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO zu erstattenden Kosten eines Vorprozesses mit gleichem (identischem) Streitgegenstand, in dem der Kläger die Klage zurückgenommen hat, vom Kläger erstattet worden sind. Das Gericht setzt dem Kläger dann eine angemessene Frist zur Erstattung der offenen Kosten des Vorprozesses; nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist erfolgt auf Antrag des Beklagten eine Abweisung der Klage durch Prozessurteil wegen Unzulässigkeit (s. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 64. Aufl. 2006, § 269 Rdnr. 52; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 269 Rdnr. 22).

Bei § 269 Abs. 6 ZPO handelt es sich um ein sog. **Prozesshindernis**, d.h. um eine **nur auf Rüge des Beklagten** zu berücksichtigende **prozesshindernde Einrede** (s. MünchKomm ZPO/Lüke, 2. Aufl. 2000, § 269 Rdnr. 64 zum gleich lautenden § 269 Abs. 4 a.F.).

a. Der Beklagte hat die Einrede gemäß § 269 Abs. 6 ZPO erhoben.

b. Die Voraussetzungen der Einrede sind erfüllt: Die Kosten des Vorprozesses sind unstreitig vom Kläger bisher dem Beklagten nicht erstattet worden.

##### c. Rechtzeitigkeit der Rüge

Gemäß § 282 Abs. 3 S. 2 ZPO sind Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen, innerhalb einer vom Gericht zur Klageerwiderung gesetzten Frist vorzubringen; verspätete Zulässigkeitsrügen, auf die der Beklagte verzichten kann, sind nach § 296 Abs. 3 ZPO nur zuzulassen, wenn der Beklagte die Verspätung genügend entschuldigt.

aa. Die §§ 282 Abs. 3 S. 2, 296 Abs. 3 ZPO gelten für die Einrede gemäß § 269 Abs. 6 ZPO, da es sich bei ihr um eine verzichtbare Zulässigkeitsrüge handelt (Zöller/Greger § 296 Rdnr. 8 a; Musielak/Huber, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 296 Rdnr. 34).



**bb. Fristversäumnis:** Die dem Beklagten mit der Verfügung vom 30.05.2005 gemäß § 276 ZPO gesetzte Klageerwidlungsfrist – § 282 Abs. 3 S. 2 ZPO betrifft auch die Erwidlungsfristen gemäß §§ 275, 276 ZPO (Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 282 Rdnr. 25; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl. 2005, § 282 Rdnr. 7) – betrug insgesamt **vier Wochen** ab Zustellung der Klage (06.06.2005) und war daher im Zeitpunkt der Erhebung der Rüge des § 269 Abs. 6 ZPO am 15.07.2005 (Eingang des entsprechenden Schriftsatzes des Beklagten vom 15.07.2005) verstrichen.

Die **Fristsetzung** muss **verfahrensfehlerfrei vorgenommen** worden sein. Dies ist hier der Fall: Die Verfügung ist dem Beklagten mit den erforderlichen Belehrungen wirksam zugestellt, die Förmlichkeiten sind beachtet worden (s. den Bearbeitervermerk).

#### **cc. Rechtsfolge der Fristversäumung:**

Die verspätete verzichtbare Rüge ist gemäß § 296 Abs. 3 ZPO **zwingend zurückzuweisen**, wenn der Beklagte die Verspätung nicht genügend entschuldigt; auf eine Verzögerung des Rechtsstreits kommt es nicht an (Zöller/Greger § 296 Rdnr. 28; Thomas/Putzo/Reichold § 296 Rdnr. 39), dem Gericht ist ein Ermessen nicht eingeräumt.

Hier: Der Beklagte hat sich hinsichtlich der Verspätung nicht entschuldigt; er hat keine Gründe für die Verspätung vorgetragen – wobei (Bearbeitervermerk!) davon auszugehen ist, dass das Gericht dem Beklagten die gebotene Gelegenheit zur Stellungnahme zu der beabsichtigten Zurückweisung, insbesondere zur Entschuldigung, gegeben hat –, entschuldigende Gesichtspunkte sind auch im Übrigen nicht aus dem Parteivorbringen ersichtlich. Die Rüge ist daher bereits **wegen Verspätung zurückzuweisen**.

Es kommt daher nicht auf die unter den Parteien streitige Frage an, ob der Beklagte auf eine Kostenerstattung verzichtet hatte; dies hätte die Einrede – die z.B. nicht durchgreift, wenn der Beklagte die Kosten des Vorprozesses übernommen hatte (Zöller/Greger § 269 Rdnr. 21) – entfallen lassen können.

**3. Rechtsschutzbedürfnis:** Der Kläger hat ein schutzwürdiges Interesse daran, zur Erreichung des begehrten Rechtsschutzes das Gericht in Anspruch zu nehmen. Denn ohne die Einwilligung des Beklagten – die gemäß § 894 ZPO durch eine rechtskräftige Entscheidung ersetzt werden kann – darf der Gerichtsvollzieher das Pferd nicht an den Kläger herausgeben. Der Gerichtsvollzieher hat den Besitz des Pferdes aufgrund einer einstweiligen Verfügung als Sequester (s. § 938 Abs. 2 ZPO) erhalten. Eine solche Sequestration bedeutet die Verwahrung und Verwaltung des sequestrierten Gegenstandes durch eine Vertrauensperson (s. BGHZ 146, 17, 20; OLG München MDR 1984, 62; Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 938 Rdnr. 21 ff.; Nies MDR 1993, 937; Gleußner DGVZ 1996, 33). Wie bei der Hinterlegung einer Sache – an deren Stelle die Sequestration angeordnet worden ist, weil eine Hinterlegung i.e.S. nicht möglich ist (Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 938 Rdnr. 21) – können die an dem Sequestrationsvorgang Beteiligten die Herausgabe an sich nur mit Zustimmung der übrigen Verfahrensbeteiligten verlangen (vgl. § 13 HinterlegungsO).

**4.** Anderweitige Zulässigkeitsbedenken sind nicht ersichtlich.

**5. Ergebnis:** Die Klage ist zulässig.

## **II. Schlüssigkeit des Vorbringens des Klägers zur Klage (Darlegungs-, Klägerstation)**

**1. Allgemein zur Anspruchsgrundlage:** Der Kläger kann vom Beklagten die Zustimmung zur Herausgabe des Pferdes durch den Gerichtsvollzieher nur beanspruchen, wenn der Beklagte zur Abgabe einer solchen Willenserklärung verpflichtet ist.

**a.** Eine unmittelbare Anspruchsgrundlage, die als Rechtsfolge gerade die Verpflichtung zur Abgabe einer Zustimmungserklärung zur Herausgabe eines sequestrierten Gegenstandes an den Anspruchsteller ausspricht, ist nicht ersichtlich.

Gedacht werden könnte jedoch an eine Anwendung – wie im Falle der Hinterlegung – des § 812 BGB („Blockierstellung“ als Bereicherung), zu entscheiden nach den materiellrechtlichen Beziehungen, die indes i.d.R. Vorrang haben, daher:

**b.** Der Kläger stützt sein Begehren auf seine geltend gemachten Eigentums- und Besitzrechte; er verfolgt also u.a. petitorische und possessorische Herausgabeansprüche. Ohne den Erlass



der einstweiligen Verfügung und die in Vollziehung dieser einstweiligen Verfügung erfolgte Sicherstellung des Pferdes durch den zuständigen Gerichtsvollzieher als Sequester könnte der Kläger vom Beklagten die Herausgabe des Pferdes an sich u.a. bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 985, 861, 1007 BGB – die daher als Anspruchsgrundlagen in Betracht kämen – verlangen. Gegenüber einem solchen unmittelbaren Herausgabeanspruch ist der Anspruch auf Zustimmung zur Herausgabe der sequestrierten Sache durch den Sequester an den Eigentümer bzw. Berechtigten ein **Minus**, das auch noch durch die Herausgabeanspruchsgrundlagen erfasst wird; die Sequestrierung bezweckt ja gerade die Sicherung etwaiger Herausgabeansprüche, die daher durch die **Sequestrierung nicht beeinträchtigt**, sondern nur in ihrem Inhalt und ihrer **Zielrichtung – nunmehr auf Zustimmung zur Herausgabe durch den Sequester** – verändert bzw. der Sicherungslage angepasst werden.

Anspruchsgrundlagen sind daher die für ein **unmittelbares Herausgabeverlangen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen**.

## **2. Anspruchsgrundlage: § 985 BGB**

setzt voraus, dass der Kläger Eigentümer des Pferdes ist und dass der Beklagte vor der Übernahme des Pferdes durch den Gerichtsvollzieher – unberechtigter – Besitzer war.

Die Rechtsverhältnisse an dem Pferd bestimmen sich (entsprechend) nach Sachenrecht, obwohl Tiere keine Sachen i.e.S. sind (§ 90 a BGB). Wegen der entsprechenden Anwendung müsste daher bei jeder Bestimmung auch § 90 a BGB angegeben werden; das macht die Praxis – soweit ersichtlich – aber i.d.R. nicht.

a. Eigentümer des Pferdes war zunächst der Beklagte, der es – unstreitig, damit auch nach dem Vortrag des Klägers – wirksam von seinem Nachbarn erworben hatte.

b. Das Eigentum an der Stute kann – nur – durch Übereignung durch den Sohn des Beklagten vom 10.04.2005 auf den Kläger übergegangen sein. Da der Sohn des Beklagten jedoch – ebenfalls unstreitig, auch nach dem korrigierten Vortrag des Klägers – nicht der Eigentümer des Pferdes und auch im Übrigen nicht berechtigt war, über das Pferd zu verfügen, kommt nur ein Eigentumserwerb des Klägers vom Nichtberechtigten gemäß §§ 929, 932 BGB in Betracht.

aa. Der normale Übereignungstatbestand gemäß § 929 BGB ist erfüllt: Der Kläger und der Sohn des Beklagten haben sich anlässlich des Reitturniers in Albersloh darüber geeinigt, dass das Eigentum an dem Pferd auf den Kläger übergehen sollte; das Pferd ist dem Kläger entsprechend übergeben worden.

bb. Die besondere Voraussetzung des Erwerbs vom Nichtberechtigten gemäß § 932 BGB – Gutgläubigkeit des Klägers – ist ebenfalls erfüllt: Der Kläger hat angenommen, dass der Sohn des Beklagten der Eigentümer des Pferdes sei; der Kläger hatte auch keinen Anlass – jedenfalls kann insoweit keine grobe Fahrlässigkeit angenommen werden –, an den Angaben des Sohnes des Beklagten zu zweifeln, zumal dieser bei der Übergabe den unmittelbaren Besitz des Pferdes hatte.

cc. Ein wirksamer Erwerb des Klägers vom Nichtberechtigten wird jedoch durch § 935 BGB ausgeschlossen, da das Pferd **abhanden gekommen** war: Ein Abhandenkommen liegt vor, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz ohne seinen Willen verloren hat. Dies ist hier der Fall, da – wie ebenfalls, da unstreitig, dem Vortrag des Klägers zuzurechnen ist – der Sohn des Beklagten das Pferd ohne Wissen und Wollen des Beklagten in dessen Abwesenheit von dessen Hof, auf dem der Beklagte den unmittelbaren Besitz ausübte, abgeholt hat. Unerheblich ist es, dass der landwirtschaftliche Arbeiter des Beklagten dem Sohn des Beklagten das Pferd ausgehändigt hat; denn dieser Arbeiter ist nur Besitzdiener des Beklagten und übte daher keinen eigenen Besitz aus, die Fortgabe durch einen Besitzdiener ist Abhandenkommen Palandt/Bassenge BGB, 65. Aufl. 2006, § 935 Rdnr. 8 m.N.).

Der landwirtschaftliche Arbeiter war **für jedermann eindeutig als Besitzdiener zu erkennen**. Eine Verwechslung mit einem unmittelbaren Besitzer, der für den Eigentümer – mittelbarer Besitzer – besitzt, war daher ausgeschlossen, sodass es daher auf den für eine solche Fallgestaltung bestehenden Meinungsstreit nicht ankommt (s. dazu Palandt/Bassenge a.a.O.).



c. Somit: Der Kläger ist nicht Eigentümer des Pferdes geworden; ein Anspruch aus § 985 BGB scheidet daher aus.

### 3. Anspruchsgrundlage: § 1007 BGB

scheidet aus, weil der Beklagte Eigentümer des Pferdes (geblieben) ist: Dies steht zum einen einem Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB, gemäß dem Wortlaut dieser Bestimmung, entgegen, zum anderen aber auch einem Anspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB, weil das Eigentum dem Anspruchsgegner ein Recht zum Besitz gemäß § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. § 986 BGB gibt (s. Palandt/Bassenge § 1007 Rdnr. 8).

### 4. Anspruchsgrundlage: §§ 861, 869 BGB

#### a. Anspruchsvoraussetzungen:

aa. Im Zeitpunkt der Wegnahme des Pferdes durch den Beklagten aus der Weide des Bauern Beckwehn war Beckwehn unmittelbarer Besitzer, der Kläger mittelbarer Besitzer; dem mittelbaren Besitzer stehen die Besitzschutzansprüche nach Maßgabe des § 869 BGB zu.

bb. Verbotene Eigenmacht: Der Beklagte hat durch die Wegnahme des Pferdes verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB) begangen, da er dem Besitzer Beckwehn ohne dessen Willen den unmittelbaren Besitz an dem Tier entzogen hat. Diese Besitzentziehung war widerrechtlich, da eine gesetzliche oder sonstige Gestattung des Eingriffs nicht vorlag; ein Recht des Beklagten zum Besitz – wie hier das Eigentum – ist grundsätzlich nicht geeignet, die Widerrechtlichkeit der Besitzstörung auszuschließen.

Gemäß § 863 BGB können petitorische Einwendungen – aufgrund eines materiell-rechtlichen Besitzrechts – den possessorischen Besitzschutzanspruch aus § 861 BGB grundsätzlich nicht zu Fall bringen, damit dem Besitzer die rasche Wiederherstellung seines durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigten Besitzstandes ermöglicht wird. Ein Recht zum Besitz gibt grundsätzlich kein Recht zur eigenmächtigen Inbesitznahme.

cc. Gemäß §§ 869, 861 BGB kann der mittelbare Besitzer zwar grundsätzlich nur die Wiedereinräumung des Besitzes des unmittelbaren Besitzers – also nur die Herausgabe an den unmittelbaren Besitzer – verlangen (damit so die ursprüngliche Besitzlage, vor der verbotenen Eigenmacht, wiederhergestellt wird). Da der Kläger jedoch gemäß § 695 S. 1 BGB im Verhältnis zu Beckwehn (Verwahrer) das Pferd jederzeit herausverlangen konnte, kann er auch den Besitzanspruch gegen den Beklagten unmittelbar auf Herausgabe an sich geltend machen.

dd. Somit: Die Anspruchsvoraussetzungen sind erfüllt.

#### b. Ausschluss des Anspruchs aus §§ 861, 869 BGB?

aa. Kein Ausschluss durch § 861 Abs. 2 BGB, da der dem Kläger entzogene Besitz dem Beklagten gegenüber nicht fehlerhaft i.S.d. §§ 861 Abs. 2, 858 Abs. 2 BGB war: Der Kläger hat den Besitz an der Stute nicht durch verbotene Eigenmacht erlangt, sondern durch die Übergabe durch den Sohn des Beklagten als den im Zeitpunkt dieser Übergabe unmittelbaren Besitzer; dessen verbotene Eigenmacht wirkt nicht gegen den Kläger, da der Kläger sie beim Erwerb des Besitzes nicht gekannt hat (s. § 858 Abs. 2 S. 2 BGB).

#### bb. Ausschluss gemäß § 864 Abs. 2 BGB?

(1) **Unmittelbar** kann § 864 Abs. 2 BGB dem Anspruch des Klägers **nicht** entgegenstehen: Nach dieser Bestimmung erlischt der Besitzschutzanspruch, wenn durch ein nach der Besitzentziehung ergangenes **Urteil rechtskräftig** festgestellt wird, dass dem Besitzentzieher ein Recht auf den eigenmächtig hergestellten Besitzstand zusteht. Ein solches rechtskräftiges Urteil zugunsten des Beklagten liegt hier nicht vor.

Grund der Regelung in § 864 Abs. 2 BGB: Wenn bereits rechtskräftig feststeht, dass der Besitzverletzer ein Recht auf den von ihm hergestellten Besitzstand hat, wäre es nicht mehr sinnvoll, zunächst noch die verletzte Besitzlage wiederherzustellen, da der in seinem Besitz Verletzte die Sache sogleich wieder an den Besitzverletzer herausgeben müsste. – Die Be-



grenzung auf ein **nach** der Besitzverletzung ergangenes Urteil erklärt sich damit, dass durch die Bestimmung nicht die eigenmächtige Durchsetzung von Urteilen ermöglicht werden soll.

(2) **Analoge Anwendung des § 864 Abs. 2 BGB?**

(a) Es fragt sich, ob die Bestimmung des § 864 Abs. 2 BGB entsprechend angewendet werden kann, wenn zwar noch kein Urteil zugunsten des Besitzverletzers vorliegt, dieser aber – wie hier – gegenüber der Besitzschutzklage des in seinem Besitz Verletzten eine auf ein Recht zum Besitz gestützte **Widerklage** erhoben hat. Dies wird vom Bundesgerichtshof für den Fall bejaht, dass die Widerklage sogleich – also ohne eine Beweisaufnahme – **entscheidungsreif und begründet** ist, da dann eine mit § 864 Abs. 2 BGB vergleichbare Sachlage bestehe:

Wenn der Richter an ein rechtskräftiges Urteil, das die Berechtigung des Beklagten zum Besitz ausspricht, gebunden ist, damit so ein unnötiges Hin und Her vermieden wird, muss er auch zu berücksichtigen haben, dass der Beklagte eine entscheidungsreife und begründete Widerklage aufgrund seines Besitzrechtes erhoben hat, da es gleichermaßen eine zwecklose Weiterung wäre, wollte man dem Kläger dann weiterhin noch zunächst die Verfolgung seines Besitzanspruches ermöglichen. Auch dann muss eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass eine verbotene Eigenmacht unabhängig von den Besitzrechten möglichst schnell zunächst einmal rückgängig gemacht werden soll, zugelassen werden; es würden anderenfalls gleichzeitig zwei entgegengesetzte Entscheidungen ergehen, was dadurch vermieden wird, dass dann nur diejenige Entscheidung erlassen wird, die die Rechtsbeziehungen endgültig regelt, nämlich die zusprechende Entscheidung zu der auf das materielle Besitzrecht gestützten Widerklage.

**BGHZ 73, 355 = NJW 1979, 1358, BGH NJW 1999, 425**; zustimmend u.a.: Palandt/Bassenge § 863 Rdnr. 3; Wieczorek/Hausmann, ZPO, 3. Aufl. 1994, § 33 Rdnr. 31; Zöller/Vollkommer § 33 Rdnr. 29; MünchKommZPO/Patzina, ZPO, 2. Aufl. 2000, § 33 Rdnr. 26.

Weitgehend wird diese Rspr. jedoch im Schrifttum abgelehnt, weil nämlich § 864 Abs. 2 BGB gerade eine **rechtskräftige petitorische Entscheidung** voraussetze, die gleichzeitig ergehende Entscheidung über die Widerklage aber nur vorläufig vollstreckbar sein könne – im vorliegenden Fall wegen § 894 ZPO nicht einmal das! –, sodass also die Besitzrechtslage zunächst doch noch in der Schwebe bleibe; daher müsse der Besitzschutz noch Vorrang haben. So u.a.: MünchKommBGB/Joost, 4. Aufl. 2004, § 863 Rdnr. 10; Spiess JZ 1979, 717; Gursky JZ 1984, 605; Bedenken auch bei Erman/Lorenz, 11. Aufl. 2004, § 863 Rdnr. 2, 3; Amend JuS 2001, 124, 128.

(b) Hier wird der Auffassung des Bundesgerichtshofs gefolgt.

*Da dann der Besitzanspruch des Klägers ausgeschlossen ist, wenn die Widerklage des Beklagten entscheidungsreif und begründet ist, muss diese Widerklage entsprechend untersucht werden, was aufbaumäßig dahin erfolgen kann, dass zunächst in eine – selbstständige – Beklagtenstation eingetreten wird, aber auch dadurch, dass die Widerklage im Rahmen der Klägerstation mitgeprüft wird; da hier der gesamte Sachverhalt unstreitig ist, der Erfolg der Widerklage daher auch schon vom Klägervortrag her beurteilt werden kann, wird hier die Untersuchung in der Klägerstation fortgesetzt.*

(3) **Widerklage entscheidungsreif und begründet?**

(a) **Zulässigkeit der Widerklage:** Voraussetzungen:

(aa) **Rechtshängigkeit der Hauptklage** im Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage: Erfüllt.

(bb) **Identität der Parteien.**

(cc) **Selbstständiger Streitgegenstand:** Liegt vor, denn der Widerklageantrag stellt nicht nur eine Verneinung des Klagebegehrens dar, da der Beklagte mit der Widerklage die Zustimmung des Klägers zur Herausgabe des Pferdes **an sich** begehrt (was mit einer bloßen Klageabweisung noch nicht ausgesprochen wäre).



(dd) **Sachzusammenhang** zwischen Widerklage und Klage – falls als Prozessvoraussetzung der Widerklage anzusehen (so mit Rücksicht auf § 33 ZPO: BGHZ 40, 185, 187; BGH NJW 1975, 1228; 2001, 2054, 2095; streitig) –: Ist gegeben.

(ee) **Dieselbe Prozessart** wie die Hauptklage.

(ff) Die **allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen** liegen vor.

(gg) Der Zulässigkeit **steht § 863 BGB nicht entgegen**: Zwar kann sich der mit einer Besitzschutzklage Beklagte gegenüber **dieser** Klage nur in einem beschränkten Umfang auf ein Recht zum Besitz berufen; hierdurch wird aber dem Anspruchsverpflichteten nicht verwehrt, sein Recht zum Besitz seinerseits uneingeschränkt klageweise geltend zu machen, auch durch Erhebung einer Widerklage (BGHZ 53, 166).

Die vom BGH angenommene Zulässigkeit der petitorischen Widerklage – bestätigt durch BGHZ 73, 355 – ist aber ebenfalls umstritten (verneinend u.a. Spiess, Gursky a.a.O.), wird aber auch im Schrifttum weitgehend bejaht: Palandt/Bassenge § 863 Rdnr. 3; MünchKommBGB/Joost § 863 Rdnr. 9; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 33 Rdnr. 22; MünchKommZPO/Patzina § 33 Rdnr. 26; Zöller/Vollkommer § 33 Rdnr. 29; jetzt auch Rosenberg/Schwab/Gottwald, 16. Aufl. 2004, § 95 Rdnr. 19.

Durch die Zulassung der Widerklage wird der Kläger der Besitzschutzklage auch nicht unzumutbar beeinträchtigt: Ist die Widerklage entscheidungsreif und begründet, ist die Besitzschutzklage ohnehin entsprechend § 864 Abs. 2 BGB unbegründet (s.o.). Ist dagegen die Widerklage nicht entscheidungsreif, so ist über die **Besitzschutzklage** unter Abtrennung gemäß § 145 ZPO oder gemäß § 301 ZPO durch Teilurteil **vorweg zu entscheiden** (BGH), sodass sich also die dann gebotene vordringliche Entscheidung der Klage durch die Zulassung der Widerklage nicht verzögert.

(b) **Begründetheit der Widerklage**: Ergibt sich – ohne Erforderlichkeit einer Beweisaufnahme, also in Entscheidungsreife – aus **§ 985 BGB**: Wie bereits ausgeführt, war und ist der Beklagte Eigentümer des Pferdes; der Kläger war, bevor der Beklagte das Pferd abholte, unrechtmäßiger Besitzer des Pferdes, da er kein Recht zum Besitz i.S.v. § 986 BGB hatte. Demgemäß hat der Beklagte aus materiellem Recht gegen den Kläger einen Anspruch auf Zustimmung zur Herausgabe der Stute.

(4) Ergebnis: Mit dieser Entscheidungsreife der begründeten Widerklage ist der Besitzanspruch des Klägers analog § 864 Abs. 2 BGB erloschen. Ein Anspruch des Klägers aus §§ 861, 869 BGB scheidet damit aus.

##### **5. Anspruchsgrundlage: §§ 823, 249 BGB**

mit der Erwägung, dass der Beklagte den **Besitz des Klägers** verletzt und deshalb zur Naturalrestitution, also zur Wiederherstellung des Besitzes des Klägers verpflichtet sei: Scheidet ebenfalls aus.

a. Der Besitz kann – falls überhaupt – nur insoweit als ein absolutes Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB gewertet werden, als mit ihm eine Berechtigung, im Sinne einer eigentumsähnlichen Berechtigung (Nutzungsberechtigung), verbunden ist (Medicus, Bürgerliches Recht, 20. Aufl. 2004, Rdnr. 607 m.N.), während der „bloße“ Besitz – im Sinne von reinen Abwehrrechten – nicht durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt ist. Im Verhältnis zu dem Beklagten, der Eigentümer des Pferdes ist, hat der Kläger, der keine eigentumsähnliche Nutzungsberechtigung hat, keine solche Rechtsposition (s. Erman/Schiemann § 823 Rdnr. 43; MünchKommBGB/Wagner, 4. Aufl. 2004, § 823 Rdnr. 152).

b. Auch aus §§ 823 Abs. 2, 858 ff.; 249 BGB – §§ 858 ff. BGB als Schutzgesetz – kann sich kein Herausgabeanspruch ergeben, weil der Besitz im Verhältnis des nicht besitzberechtigten Klägers zum besitzberechtigten Beklagten auch insoweit nicht geschützt ist (s. BGHZ 114, 305, 314); zudem ist – wie ebenfalls schon ausgeführt – ein Besitzschutzanspruch des Klägers durch die entsprechende Anwendung des § 864 Abs. 2 BGB auf die vorliegende Fallkonstellation ohnehin ausgeschlossen.

**6. Anspruchsgrundlage: § 812 BGB** (Eingriffskondiktion hinsichtlich des Besitzes): Ist aus denselben Erwägungen wie zu § 823 BGB ausgeschlossen.



Soweit eine Anwendung des § 812 BGB aus allgemeinen Erwägungen – „Blockierstellung“ – in Betracht gezogen würde (s.o. 1 a), scheidet ein Anspruch des Klägers aus, weil der sequestrierte Gegenstand nach der dann entscheidenden vorstehend dargelegten materiellen Rechtslage dem Beklagten zusteht.

7. Anderweitige Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.

**8. Ergebnis: Die Klage ist unbegründet und daher abzuweisen.**

#### **B. Die Widerklage**

ist – wie bereits ausgeführt – **zulässig und begründet**; ihr ist daher stattzugeben.

#### **C. Nebenentscheidungen**

1. Die **Kostenentscheidung** ist bei einer Entscheidung über Klage und Widerklage **einheitlich** zu treffen, also keine Trennung nach Klage und Widerklage (Thomas/Putzo/Hüßtege § 33 Rdnr. 30). Hier treffen den Kläger gemäß § 91 ZPO die Kosten insgesamt, da er hinsichtlich der Klage und der Widerklage unterliegt.

2. **Vorläufige Vollstreckbarkeit:** Kann sich **nur auf die Kostenentscheidung** beziehen, da der Hauptausspruch – im Hinblick auf § 894 ZPO – nicht vorläufig vollstreckbar sein kann. Da sich die dem Beklagten vom Kläger zu erstattenden Kosten bei dem Streitwert von 7.200 € – keine Zusammenrechnung der Werte von Klage und Widerklage, da sie sich i.S.v. § 45 Abs. 1 S. 1, 3 GKG auf denselben Streitgegenstand, nämlich die Stute, beziehen – auf rund 1.220 € belaufen, ist das Urteil insoweit für den Beklagten gemäß § 708 Nr. 11 ZPO **ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar**,

Die dem Beklagten vom Kläger zu erstattenden Kosten – (nur) außergerichtliche Kosten des Beklagten: Anwaltskosten – berechnen sich wie folgt: Verfahrensgebühr gemäß RVG VV 3100 von 1,3: 535,50 €, Terminsgebühr gemäß VV 3104 von 1,2: 494,40 €, Unkostenpauschale gemäß VV 7002 von 20 € und Umsatzsteuer von 16% gemäß VV 7008: 168 €; insgesamt 1.218 €.

Gemäß § 711 ZPO ist dem Kläger Vollstreckungsnachlass gegen **Sicherheitsleistung** einzuräumen, wobei die Höhe der Sicherheit

a. **gemäß § 711 S. 1 ZPO beziffert** festgesetzt werden kann: auf **1.250 oder 1.300 €** – es ist üblich, den errechneten vollstreckbaren Betrag etwas aufzurunden, etwa auf den nächsten vollen Hunderter-Betrag, oder – **da es sich bei der Kostenverurteilung um die Verurteilung wegen einer Geldforderung handelt** –

b. **gemäß §§ 711 S. 2, 709 S. 2 ZPO unbeziffert:** auf **110%** (oder auch 120%) des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages.

Im Allgemeinen ist die Anwendung der §§ 711 S. 2, 709 S. 2 ZPO vorzuziehen, da dies gegenüber der bezifferten Festsetzung einfacher ist, weil sich die Errechnung des vollstreckbaren Betrages erübrigt. Da hier aber ohnehin die Höhe des Kostenerstattungsanspruchs des Beklagten zur Feststellung, ob für den Beklagten § 708 Nr. 11 oder § 709 ZPO gilt, berechnet werden musste – es war nicht bereits übersichtlich, ohne konkrete Berechnung ersichtlich, dass der Erstattungsbetrag 1.500 € nicht übersteigen würde –, kann hier auch der so berechnete Betrag als Sicherheitsbetrag übernommen werden: die §§ 711 S. 2, 709 S. 2 ZPO bedeuten dann keine Vereinfachung.

#### **D. Zum Urteil:**

1. Im **Rubrum** ist die doppelte Parteirolle der Parteien anzugeben, also als „Kläger und Widerbeklagter“ bzw. als „Beklagter und Widerkläger“; im Tenor, im Tatbestand und in den Entscheidungsgründen werden die Parteien dagegen lediglich als „Kläger“ und „Beklagter“ bezeichnet (Zimmermann, Klage, Gutachten und Urteil, 18. Aufl. 2003, Rdnr. 323).

2. zum Aufbau von **Tatbestand und Entscheidungsgründen** bei der Widerklage. s. AS-Skript: Die zivilgerichtliche Assessor Klausur, 13. Aufl. 2006, § 12, 9, 1), 9,7).



Daraus ergibt sich dann folgender **Urteilsentwurf**:

Landgericht Münster  
- 16 O 228/05 -

### Urteil

Im Namen des Volkes!  
In dem Rechtsstreit

des Zahnarztes Dr. Franz Müller, Oststraße 102, 48157 Münster,  
Klägers und Widerbeklagten,  
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Fritz Wibbelt in Münster -

gegen

den Landwirt Heinrich Averbeck, Dorfbauernschaft 128, 48612 Horstmar,  
Beklagten und Widerkläger,  
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Otto Baumbach in Münster -

hat die 16. Zivilkammer des Landgerichts Münster auf die mündliche Verhandlung vom 22.07.2005 durch die Richterin am Landgericht Schütte als Einzelrichterin für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, in die Herausgabe der Stute „Hexe“ an den Beklagten durch den Gerichtsvollzieher Schulte in Münster einzuwilligen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kostenentscheidung vorläufig vollstreckbar. Insoweit wird dem Kläger eingeräumt, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 1.250 € [oder: i.H.v. 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages] abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

### Tatbestand

Die Parteien streiten über die Besitz- und Eigentumsrechte an der Stute „Hexe“.

Der Beklagte hatte die Stute Anfang 2002 von einem Nachbarn zu Eigentum erworben.

Am 09.04.2005 verkaufte der Sohn des Beklagten, Heinz Averbeck, während eines Reitturiers in Albersloh dem Kläger die Stute für einen Kaufpreis von 7.200 €; er erklärte dabei dem Kläger wahrheitswidrig, das Tier sei ihm von seinem Vater zum 21. Geburtstag geschenkt worden. Anschließend begab sich der Sohn des Beklagten zum Hof seines Vaters - mit dem er in Streit lebt -, ließ sich dort die Stute, in Abwesenheit seines Vaters, von dem dort beschäftigten landwirtschaftlichen Arbeiter Küster, angeblich zu einem Ausritt, herausgeben und übergab das Tier am 10.04.2005 dem Kläger.

Nachdem der Beklagte von diesen Vorgängen erfahren hatte, verlangte er vom Kläger die Rückgabe des Pferdes. Als dieser das ablehnte, holte der Beklagte das Pferd am 17.04.2005 von einer Weide des Landwirts Beckwehn in Telgte, bei dem es vom Kläger untergebracht war, ohne Wissen des Klägers und des Landwirts Beckwehn weg.

Der Kläger erwirkte daraufhin gegen den Beklagten eine einstweilige Verfügung auf Herausgabe der Stute an den zuständigen Gerichtsvollzieher als Sequester, in dessen Sequestration sie sich seitdem befindet.

Anfang Mai 2005 erhob der Kläger gegen den Beklagten Klage auf Zustimmung zur Herausgabe des Tieres durch den Sequester - 16 O 234/05 Landgericht Münster -, nahm diese Klage aber alsbald zurück, weil der Beklagte sich an einer außergerichtlichen Bereinigung der





Angelegenheit interessiert zeigte. Eine solche Bereinigung ist jedoch nicht zustande gekommen.

Der Kläger beantragt mit seiner erneuten Klage – unter Hinweis auf sein Eigentum an der Stute, das er gutgläubig erworben habe, und auf seinen vom Beklagten verletzten Besitz –,

den Beklagten zu verurteilen, der Herausgabe der 8-jährigen Stute „Hexe“ durch den Gerichtsvollzieher Schulte in Münster an den Kläger zuzustimmen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen,

und widerklagend,

den Kläger zu verurteilen, in die Herausgabe der Stute „Hexe“ durch den Gerichtsvollzieher Schulte an den Beklagten einzuwilligen.

Der Beklagte stützt sich zur Begründung seiner Anträge darauf, dass er der Eigentümer der Stute sei und geblieben sei. Er hat außerdem die Unzulässigkeit der Klage geltend gemacht, weil ihm der Kläger bisher – wie unter den Parteien unstreitig ist – nicht die Kosten hinsichtlich der zunächst erhobenen und dann zurückgenommenen Klage erstattet habe; dies hat der Beklagte, dem mit der am 06.06.2005 erfolgten Zustellung der Klage eine Frist zur Klageerwiderung von insgesamt vier Wochen gesetzt worden war, mit am 15.07.2005 eingegangenen Schriftsatz vom 15.07.2005 eingewandt.

Der Kläger beantragt

die Widerklage abzuweisen,

wobei er die Auffassung vertritt, dass die Widerklage bereits unzulässig sei, da der Beklagte gegenüber seinen – des Klägers – Besitzrechten Einwendungen aus materiellem Recht auch nicht im Wege der Widerklage geltend machen könne. Auf eine Erstattung der Kosten des Vorprozesses habe der Beklagte verzichtet.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze verwiesen.

#### Entscheidungsgründe

Die Klage ist unbegründet, die Widerklage dagegen begründet.

I. Die Klage ist zwar zulässig. Ihrer Zulässigkeit steht insbesondere nicht die Einrede fehlender Kostenerstattung (§ 269 Abs. 6 ZPO) entgegen, und zwar bereits deswegen nicht, weil der Beklagte diese Rüge verspätet erhoben hat: Nach § 282 Abs. 3 S. 2 ZPO sind Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen, vom Beklagten innerhalb der ihm gesetzten Klageerwiderungsfrist geltend zu machen, was der Beklagte des vorliegenden Rechtsstreits versäumt hat. Gemäß § 296 Abs. 3 ZPO darf das Gericht verspätete Zulässigkeitsrügen, auf die der Beklagte verzichten kann – zu denen auch die Einrede gemäß § 269 Abs. 6 ZPO gehört –, nur zulassen, wenn der Beklagte die Verspätung genügend entschuldigt. Da der Beklagte Umstände, die die Verspätung entschuldigen könnten, nicht vorgetragen hat und da solche Umstände auch im Übrigen nicht ersichtlich sind, ist die Einrede der fehlenden Kostenerstattung somit als verspätet zurückzuweisen.

Die Klage ist jedoch nicht begründet, da dem Kläger kein durchsetzbarer Anspruch gegen den Beklagten auf Zustimmung zur Herausgabe des Pferdes durch den Gerichtsvollzieher Schulte zusteht.

1. Ein Anspruch gegen den Beklagten aus § 985 BGB auf Herausgabe der Stute – die sachenrechtlichen Vorschriften sind gemäß § 90 a BGB auch auf Tiere entsprechend anzuwenden – bzw. als Minus zum Herausgabeanspruch des Eigentümers auf Zustimmung der Herausgabe der sequestrierten Sache durch den Sequester an den Eigentümer kann dem Kläger nicht zustehen, da er nicht Eigentümer der Stute geworden ist: Unstreitig war im Zeitpunkt der Über-



tragung an den Kläger nicht der Sohn des Beklagten, sondern der Beklagte der Eigentümer; der Sohn des Beklagten war daher nicht berechtigt, das Pferd dem Kläger zu übereignen. Ein gutgläubiger Erwerb des Klägers vom Nichtberechtigten war durch § 935 BGB ausgeschlossen, da das Pferd dem Beklagten abhanden gekommen war. Eine Sache ist im Sinne dieser Bestimmung dann abhanden gekommen, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Besitz ohne seinen Willen verloren hat. Der Beklagte war unmittelbarer Besitzer des Pferdes, als sich dieses auf seinem Hof befand, und der Sohn des Beklagten hat diesen unmittelbaren Besitz ohne den Willen des Beklagten verletzt; dabei ist der Umstand, dass der landwirtschaftliche Arbeiter des Beklagten das Pferd an den Sohn herausgegeben hat, unerheblich, da der landwirtschaftliche Arbeiter, für jedermann erkennbar, nur Besitzdiener des Beklagten war, also keinen eigenen Besitz an dem Tier hatte.

2. Ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Zustimmung der Herausgabe des Pferdes lässt sich dann auch nicht aus § 1007 BGB herleiten, da dem die Eigentümerstellung des Beklagten entgegensteht: Gegenüber einem Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB gemäß dem ausdrücklichen Wortlaut dieser Bestimmung, aber auch gegenüber einem Anspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB, weil das Eigentum dem Anspruchsgegner ein Recht zum Besitz gemäß §§ 1007 Abs. 3 S. 2, 986 BGB gewährt.

3. Der Kläger kann vom Beklagten auch nicht gemäß §§ 861, 869, 695 BGB die Wiedereinräumung des Besitzes bzw. als Minus die Zustimmung zur Wiedereinräumung des Besitzes durch den Sequester verlangen.

Dem – seinen Voraussetzungen nach an sich bestehenden – possessorischen Besitzschutzanspruch des Klägers steht in entsprechender Anwendung des § 864 Abs. 2 BGB die vom Beklagten erhobene petitorische, auf sein Eigentum gestützte Widerklage entgegen.

Nach § 863 BGB können zwar grundsätzlich petitorische Einwendungen aus materiellem Recht gegenüber Besitzschutzansprüchen aus §§ 861, 862 BGB nicht geltend gemacht werden, um dem Besitzer die schnelle Wiederherstellung seines durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigten Besitzstandes zu ermöglichen; ein Recht zum Besitz gibt grundsätzlich kein Recht zur eigenmächtigen Inbesitznahme.

Von dieser grundsätzlichen Regelung macht jedoch das Gesetz in § 864 Abs. 2 BGB eine Ausnahme; denn nach dieser Bestimmung erlischt ein nach §§ 861, 862 BGB an sich begründeter Anspruch, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, dass dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, aufgrund dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann.

Ein solches rechtskräftiges Urteil, das dem Beklagten ein Recht an der Stute zuspricht, liegt hier zwar nicht vor. Dem unmittelbar in § 864 Abs. 2 BGB geregelten Fall des Vorliegens eines Urteils muss aber – wie der Bundesgerichtshof entschieden hat, dessen Rechtsprechung sich das Gericht anschließt – die im vorliegenden Fall gegebene Sachlage gleich gestellt werden, dass der Täter der verbotenen Eigenmacht gegenüber den mit der Klage geltend gemachten Besitzschutzansprüchen eine auf seine materielle Berechtigung gestützte Widerklage erhebt, die entscheidungsreif begründet ist. Denn die der Regelung in § 864 Abs. 2 BGB zugrundeliegende Erwägung des Gesetzes, dass unter den Voraussetzungen dieser Bestimmung die Besitzschutzansprüche zurücktreten müssen, weil der aus diesen Ansprüchen Verpflichtete sogleich die Herausgabe der Sache aufgrund seiner rechtskräftig feststehenden materiellen Berechtigung verlangen könnte, trifft auch bei dieser Sachlage zu und rechtfertigt daher eine entsprechende Anwendung der Bestimmung, um so zwecklose Weiterungen des Rechtsstreits, ein nutzloses Hin und Her und schließlich auch den gleichzeitigen Erlass einander widersprechender Urteilsaussprüche zu verhindern, da letztlich doch die materiellrechtliche Berechtigung entscheidend wird und entscheidend sein muss.

Die von dem Beklagten erhobene Widerklage ist trotz der Regelung des § 863 BGB zulässig, da der Beklagte einer Besitzschutzklage nicht an der formalen Geltendmachung seiner Be-



sitzrechte, auch nicht im Wege der Widerklage, gehindert ist, und sie ist auch – ohne Erforderlichkeit einer Beweisaufnahme, also mit bereits bestehender Entscheidungsreife – begründet: Der Beklagte ist, wie bereits ausgeführt, der Eigentümer der Stute (geblieben); der Kläger ist ihm daher gemäß § 985 BGB als unberechtigter Besitzer zur Herausgabe verpflichtet, sodass er daher dem Beklagten nach der Sequestration die Wiedererlangung des Besitzes dadurch ermöglichen muss, dass er seine Zustimmung zur Herausgabe erteilt.

Demgemäß sind die Besitzansprüche des Klägers erloschen.

4. Bei dieser Rechtslage – Eigentum des Beklagten, der lediglich den unberechtigten „bloßen“ Besitz des Klägers an dem Pferd durch verbotene Eigenmacht verletzt hat – scheiden auch Ansprüche des Klägers auf Wiedereinräumung des Besitzes aus §§ 823, 249 BGB oder § 812 BGB aus: Der „bloße“ Besitz ohne eine materielle eigentumsähnliche Nutzungsberechtigung ist, jedenfalls gegenüber dem materiell Berechtigten, kein absolutes Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB. Der Schutz dieser Rechtsposition wird nur durch § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 858 ff. BGB als Schutzgesetz gewährt, der aber im vorliegenden Fall – im Hinblick auf die entsprechend anzuwendende Regelung des § 864 Abs. 2 BGB – nicht durchgreift; dieser Ausschluss von Besitzschutzansprüchen durch die Regelung des § 864 Abs. 2 BGB kann nicht durch eine Anwendung des § 823 BGB – und auch nicht des § 812 BGB – umgangen werden, da dies der gesetzlichen Interessenwertung und -regelung zuwider laufen würde.

5. Da somit hinsichtlich der Stute allein der Beklagte materiellrechtlich berechtigt ist, kann dem Kläger auch kein allgemeiner Anspruch auf Einwilligung in die Herausgabe aus unge-rechtfertigter Bereicherung – Stellung als Sequestrationsbeteiligter als Bereicherungsgegenstand – zustehen.

6. Anderweitige Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.

II. Die Widerklage hat dagegen – gemäß den Ausführungen zu I. 3., auf die verwiesen wird – Erfolg.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils – die sich mit Rücksicht auf § 894 ZPO nur auf die Kostenentscheidung beziehen kann – auf §§ 708 Nr. 11, 711 [709].ZPO.

Unterschrift der Richterin

-----

*Sehr geehrte Kursteilnehmerin, sehr geehrter Kursteilnehmer!*

*Die Lösung des BGH ist die sicherlich einfachere und praktikabelere, wegen des letztlich doch entscheidenden Rechts zum Besitz die auch überzeugendere Lösung.*

*Falls dagegen – mit der dargestellten Schrifttumsauffassung – die analoge Anwendung des § 864 Abs. 2 BGB abgelehnt worden wäre, wäre die Klage begründet, ihr also stattzugeben. Die Widerklage wäre dann entweder als unzulässig abzuweisen – wenn der entsprechenden Schrifttumsmeinung zu § 863 ZPO gefolgt würde – oder ebenfalls für begründet zu erklären (MünchKommBGB/Joost § 863 Rdnr. 11), unter deutlicher Hervorhebung, dass die Entscheidung zur Klage letztlich nur eine vorläufige, aus Besitzgründen gebotene Regelung bedeutet; dabei könnten dann auch zuvor Klage und Widerklage getrennt und dann gesonderte Entscheidungen erlassen werden. – Aber gerade alle diese Konsequenzen dürften für die BGH-Auffassung sprechen.*

*Der Aufbau der Entscheidungsgründe wird ebenso wie die gutachtliche Untersuchung dadurch verkompliziert, dass die Unbebründetheit der Klage durch den Ausschluss des Besitzschutzanspruchs der Widerklage folgt, sodass die Widerklage im Rahmen der Klage behandelt werden muss. Dieses Problem löst sich nicht, wenn die Darstellung der Widerklage vorgezogen wird, denn dann muss im Rahmen der Widerklage erörtert werden, weshalb der*



*nach seinen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegende Besitzschutzanspruch des Klägers nicht durchgreift: Klage und Widerklage greifen nun einmal ineinander. Für die Abfassung der Entscheidungsgründe ist es an sich gleichgültig, ob von der Klage oder von der Widerklage ausgegangen wird, wenn nur der Begründungsvorgang und der Zusammenhang der Klage und der Widerklage deutlich werden; da die Entscheidungsgründe bei Klage und Widerklage jedoch üblicherweise mit der Klage begonnen werden, habe ich diesen Aufbau auch hier gewählt – es kann aber durchaus auch die umgekehrte Reihenfolge gewählt werden, was aber dann vorsichtshalber kurz begründet werden sollte (s. auch dazu in meinem AS-Skript: Die zivilgerichtliche Assessor Klausur, 13. Aufl. 2006, § 12, 9, 1).*

*Dr. Walter Baumfalk*

-----