

Name:

KV-Nr. 2309

Die Aufgabe besteht (ohne Deckblatt) aus 8 Blatt und ist vollständig durchnummeriert.

Der Aufgabentext ist zu Beginn auf Vollständigkeit zu überprüfen.

Der Name ist in das dafür vorgesehene Feld einzutragen.

L. PARADISO
RECHTSANWÄLTINFachanwältin für Mietrecht, Wohnungsei-
gentumsrechtKanzleiadresse:
Schwarzbachstraße 34
40878 RatingenTelefon (02102) 897 214 - 31
Telefax (02102) 897 214 - 11

Mein Zeichen: 143/22-LP

28.07.2022
-----**1. Vermerk:**

Am heutigen Vormittag erscheint nach telefonischer Terminvereinbarung

Herr Martin Ludwig

Friesenstraße 5,
40878 Ratingen

und unterzeichnet zunächst eine Vollmacht, die die Unterzeichnerin zur außergerichtlichen und gerichtlichen Vertretung berechtigt.

Er überreicht folgende Unterlagen:

- Kopie der beglaubigten Abschrift der Antragsschrift vom 25.07.2022, nebst Anlagen (**Anlage B1**);
- Kopie der beglaubigten Abschrift der Verfügung des Landgerichts Düsseldorf vom 26.07.2022, Az. 12 O 210/22: Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung auf den 05.08.2022 (**Anlage B2**).

Der Mandant erklärt dazu Folgendes:

„Ich komme zu Ihnen, weil ich dringend Rat im Zusammenhang mit einem einstweiligen Verfügungsverfahren brauche, welches mein eigener Bruder gegen mich eingeleitet hat.

Es ist so, dass mein Vater, Jens Ludwig, seit 2010 alleiniger Eigentümer des Grundstücks Kreuzstraße 21, 40882 Ratingen, war. Das Grundstück ist mit einem Einfamilienhaus bebaut, das mein Vater bis zu seinem Tod selbst bewohnt hat.

Da er nun nicht mehr der Jüngste war und ich ein sehr enges und gutes Verhältnis zu ihm hatte, habe ich mich schon seit 2012, als seine Lebensgefährtin starb, ständig um ihn gekümmert und war einige Male pro Woche zu Besuch bei meinem Vater, habe ihm Essen gekocht, seine Wäsche gewaschen und eben alles erledigt, was so anfiel. Zu diesem Zweck hat mein Vater mir zwei Haustürschlüssel gegeben, damit er nicht immer die Tür öffnen musste, sondern ich das selbst tun konnte. Das war auch wichtig, weil mein Vater manchmal nicht zu Hause war, wenn ich etwa spontan Einkäufe vorbeigebracht habe, und ich mich mittels dieses Schlüssels dann selbst hineinlassen konnte. Der zweite Schlüssel diente als ‚Notfall-Ersatzschlüssel‘, falls der andere wegkommen oder abbrechen würde.

Mein Vater starb am 15.07.2022. Die einzig verbleibenden Familienmitglieder sind mein Bruder, ebenfalls Abkömmling meines Vaters, und ich. Wir beide sind also die einzigen Erben. Wenige Tage nach dem Tod meines Vaters fand ich dann ein Schreiben meines Bruders in meinem Briefkasten. Da er und mein Vater sich vor vielen Jahren zerstritten

hatten und es seitdem weder zwischen den beiden noch zwischen uns Brüdern Kontakt gab, hat mich das doch sehr überrascht.

In dem Schreiben forderte mein Bruder mich auf, ihm kurzfristig Schlüssel zum Haus meines Vaters herauszugeben, damit er sich ‚die Erbschaft‘ anschauen könne.

Ich habe dann, weil ich es einfach unangemessen fand, dass mein Bruder nicht ein Wort des Beileids für mich übrig hatte, sondern sich sofort über die Erbschaft ‚hermachen‘ wollte, ein Antwortschreiben verfasst, in dem ich ihm mitgeteilt habe, dass ich ihm keine Schlüssel geben werde, ich aber zu einer gemeinsamen Besichtigung bereit sei. Die Antwort auf dieses Angebot ist anscheinend der Antrag vom 25.07.2022 (**Anlage B1**), den ich gestern nebst der Verfügung des Landgerichts Düsseldorf, ebenfalls vom 25.07.2022 (**Anlage B2**), in meinem Briefkasten gefunden habe. Dass sich das Landgericht meldet und nicht das Amtsgericht Ratingen, das bei mir direkt um die Ecke liegt, war die erste Überraschung.

Die zweite Überraschung war dann der Inhalt des ‚Briefes‘. Was Ihr Kollege in dem Schriftsatz zum Hergang der Sache schreibt, ist weitgehend korrekt. Das einzige, dem ich wirklich vehement widerspreche, ist die Unterstellung, ich würde beabsichtigen, Wertgegenstände aus dem Haus zu schaffen. Daran habe ich bislang nicht einmal gedacht. Dass mir jetzt ohne Anlass vorgeworfen wird, ich würde Gegenstände entwenden, zeigt doch, mit wem ich es zu tun habe und dass der einzig gangbare Weg die gemeinsame Besichtigung ist - so wie ich das vorgeschlagen habe. Ich will auf keinen Fall, dass mein Bruder das Haus alleine, also in meiner Abwesenheit, betreten kann. Ich weiß auch nicht, weshalb die Sache hier so eilig sein soll, dass man das alles nicht in einem ‚normalen‘ Verfahren klären kann.

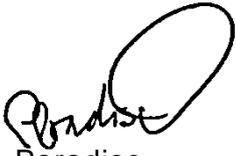
Bitte prüfen Sie deshalb, ob ich verhindern kann, dass das Gericht dem Antrag stattgibt.“

Auf Nachfrage: „Mir ist vollkommen bewusst, dass mein Bruder und ich das Erbe teilen müssen. Damit habe ich auch überhaupt kein Problem. Dass er aber meint, das durch ein alleiniges Zutrittsrecht erreichen zu können, finde ich nicht richtig.“

Auf weitere Nachfrage: „Mein Bruder hatte zu Lebzeiten meines Vaters nie Zutritt zum Haus und verfügt selbstverständlich auch nicht über einen Schlüssel. Auch nach dem Versterben meines Vaters hatte er keinen Zugang zum Haus. Er hat ja keinen Termin mit mir abgestimmt. Wieso er deshalb meint, ich würde ihm seinen ‚Besitz‘ entziehen, ist für mich nicht nachvollziehbar. Ich würde davon ausgehen, dass Besitz nur demjenigen entzogen werden kann, der auch tatsächlich besitzt. Der Vorwurf meines Bruders an mich hört sich ja so an, als hätte ich ihm irgendetwas weggenommen. Dabei ist der jetzige Zustand, dass er eben nicht ins Haus kommt, doch nur der Zustand, der auch zu Lebzeiten meines Vaters bestand.“

2. Neues Mandat eintragen, Handakte anlegen, Fristen notieren, unterschriebene Vollmacht und die von dem Mandanten überreichten Unterlagen beifügen.

3. WV sodann.



Paradiso

Rechtsanwältin

2 + 3
kol. 28.07/122 St

Hinweis des LJPA: Von einem Abdruck der ordnungsgemäß erteilten Vollmacht sowie der **Anlage B2** wird abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass die Anlage keine weiteren Informationen enthält, die für die Fallbearbeitung von Bedeutung sind.

B E R N D F R O M M
RECHTSANWALT

Kopie

Bernd Fromm, Am Waldrand 13, 40882 Ratingen

Landgericht Düsseldorf
Werdener Str. 1
40227 Düsseldorf

Anlage B1

D – 40882 RATINGEN
AM WALDRAND 13
TELEFON: 02102/871245 u. 871248
TELEFAX: 02102/871178

POSTBANK RATINGEN
IBAN: DE48 0400 35834 6453

- per beA -

DATUM: 25.07.2022
MEIN ZEICHEN: 141/22ZR

EILT – BITTE SOFORT VORLEGEN

A n t r a g
auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

des Herrn Alexander Ludwig, Bruchstraße 43, 40882 Ratingen,

– Antragstellers –

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Bernd Fromm, Am Waldrand 13, 40882 Ratingen,

gegen

Herrn Martin Ludwig, Friesenstraße 5, 40878 Ratingen,

– Antragsgegner –

wegen: Hauszutritt
vorläufiger Streitwert: 350.000,00 EUR.

Namens des Antragstellers und kraft – anwaltlich versicherter – Vollmacht beantrage ich – wegen der besonderen Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung – folgende einstweilige Verfügung zu erlassen:

Der Antragsgegner wird verpflichtet, dem Antragsteller den ungehinderten Zutritt zum Haus Kreuzstraße 21, 40882 Ratingen, des am 15.07.2022 verstorbenen Herrn Jens Ludwig, zu gestatten.

Begründung:

Der Antragsteller begehrt im Wege der einstweiligen Verfügung den Zutritt zum Haus des kürzlich verstorbenen Herrn Jens Ludwig, dem gemeinsamen Vater der Parteien.

I.

Die Parteien sind Brüder und als einzige Abkömmlinge des Herrn Jens Ludwig (im Folgenden: Erblasser) nach dessen Tod am 15.07.2022 Mitglieder einer bislang ungeteilten Erbengemeinschaft.

Zum Nachlass gehört u.a. das Grundstück Kreuzstraße 21, 40882 Ratingen, das mit einem Einfamilienhaus bebaut ist, welches vom Erblasser bewohnt wurde. Der Antragsgegner, der den Erblasser jahrelang gepflegt hat, verfügt seit Jahren über einen Schlüssel zur Haustür. Der Antragsteller, dessen Verhältnis zu Erblasser und Antragsgegner zerrüttet ist, verfügt demgegenüber nicht über einen Schlüssel und kann das Haus deshalb nicht ohne Weiteres betreten.

Glaubhaftmachung: Eidesstattliche Versicherung des Antragstellers vom 25.07.2022, **Anlage AS1**

Da der Antragsteller nach dem plötzlichen Tod des Erblassers beabsichtigte, zum Zwecke der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft das Haus zu besichtigen und Bestand über die dort befindlichen sonstigen in den Nachlass fallenden Gegenstände aufzunehmen, versuchte er zunächst telefonisch zum Antragsgegner Kontakt aufzunehmen.

Nachdem sämtliche Telefonanrufe unbeantwortet geblieben waren, verfasste er am 20.07.2022 ein Schreiben, in dem er den Antragsgegner aufforderte, ihm bis spätestens 25.07.2022 einen Schlüssel zum Haus auszuhändigen, damit er sich einen entsprechenden Überblick über den Nachlass verschaffen könne. Ansonsten müsse er sich unter Zuhilfenahme der Polizei Zutritt verschaffen. Dieses Schreiben warf er noch am Morgen des 20.07.2022 in den persönlichen Briefkasten an der Wohnung des Antragsgegners, sodass dieser das Schreiben auch zweifelsfrei erhalten haben muss.

Beweis: Eidesstattliche Versicherung des Antragstellers, bereits vorgelegt als **Anlage AS1**

Nachdruck des Schreibens des Antragstellers vom 20.07.2022, **Anlage AS2**

Eine Reaktion hierauf erfolgte indes nicht etwa durch Aushändigung eines Schlüssels, sondern durch ein Schreiben, das der Antragsteller zufällig am 24.07.2022 in seinem Briefkasten vorgefunden hat.

Darin erklärt der Antragsgegner nicht nur, dass er sich weigert, einen Schlüssel an den Antragsteller auszuhändigen oder ihm sonstwie den Zutritt zu gewähren, sondern auch, dass er keinesfalls zulassen werde, dass der Antragsteller sich ohne Anwesenheit des Antragsgegners Zutritt zum Haus verschaffen werde. Dass er gleichzeitig eine gemeinsame Besichtigung anbietet, kann der Antragsteller nicht als ernstgemeinten Lösungsvorschlag annehmen.

Beweis: Kopie des Schreibens des Antragsgegners vom 22.07.2022, **Anlage AS3**

II.

Der Antragsteller ist auf den Erlass der einstweiligen Verfügung angewiesen.

Der Antragsgegner versucht aus sachwidrigen Gründen – aufgrund des zerrütteten persönlichen Verhältnisses – den Antragsteller an der Wahrnehmung seiner ihm aus der Erbschaft zufließenden Rechte zu hindern. Als Miterbe darf der Antragsteller selbstverständlich auch Besitz an den Nachlassgegenständen – so auch dem vom Erblasser hinterlassenen Haus – ausüben, was vom Antragsgegner durch die Verweigerung der Herausgabe des Schlüssels verhindert wird. Der Antragsgegner

möge sich § 2038 BGB und die darin in Bezug genommenen Regelungen durchlesen! Außerdem kann der Antragsteller die ihm zustehenden Rechte und Ansprüche weder beziffern noch durchsetzen, wenn er das Haus nicht betreten kann.

Da nicht davon auszugehen ist, dass der Antragsgegner noch Einsicht zeigt, ist eine gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs geboten. Die Dringlichkeit der Angelegenheit und Rechtfertigung des Erlasses der begehrten einstweiligen Verfügung ergibt sich schon aus der Rechtsnatur des Anspruchs. Dem Antragsteller wird hier offensichtlich der ihm zustehende Besitz eigenmächtig durch den Antragsgegner entzogen!

Darüber hinaus muss der Antragsteller aufgrund des Verhaltens des Antragsgegners in Bezug auf die Herausgabe des Schlüssels und des Bestehens darauf, das Haus nur gemeinsam zu besichtigen, davon ausgehen, dass der Antragsgegner hier ‚auf Zeit spielt‘; vermutlich um noch rechtzeitig in dem Haus befindliche, dem Nachlass zuzuordnende Wertsachen ‚beiseite zu schaffen‘. Das bebaute Grundstück hat einen Wert von rund 350.000,00 EUR, sodass nicht auszuschließen ist, dass auch der Wert der Gegenstände in dem Haus eine beträchtliche Höhe erreicht.

Nach alledem ist die begehrte einstweilige Verfügung zu erlassen.

Fromm
Rechtsanwalt



beglaubigt

Most
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Hinweis des LJPA: Es ist davon auszugehen, dass die Antragschrift vom 25.07.2022 ordnungsgemäß qualifiziert elektronisch signiert ist, dem Gericht an demselben Tag als elektronisches Dokument übermittelt wurde und dort ordnungsgemäß eingegangen ist.

Von einem Abdruck der **Anlagen AS1 und AS2** wird abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass diese der Antragschrift ordnungsgemäß beigelegt waren, den hier – und ergänzend im Vermerk vom 28.07.2022 – angegebenen Inhalt haben und darüber hinaus keine weiteren Informationen enthalten, die für die Bearbeitung des Falles von Bedeutung sind.

Es ist ferner davon auszugehen, dass die Sache bei dem Landgericht Düsseldorf unter dem Aktenzeichen **12 O 210/22** geführt wird. Mit Verfügung vom 26.07.2022 (**nicht abgedruckte Anlage B2**) hat der als Einzelrichter zuständige Richter am Landgericht Dr. Arslan ordnungsgemäß Termin zur mündlichen Verhandlung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf den 05.08.2022 bestimmt. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die Anlage keine weiteren Informationen enthält, die für die Fallbearbeitung von Bedeutung sind. Die gerichtliche Verfügung ist dem Antragsstellervertreter und dem Antragsgegner – diesem zusammen mit einer beglaubigten Abschrift der Klageschrift nebst Anlagen – ordnungsgemäß am 27.07.2022 zugestellt worden.

**Anlage Kopie
AS3**

Martin Ludwig, Friesenring 5, 40878 Ratingen
Alexander Ludwig
Bruchstraße 43
40882 Ratingen

Ratingen, den 22.07.2022

Lieber Alexander,

es freut mich, zu hören, dass du noch lebst. Es ist sehr bezeichnend, dass das erste Lebenszeichen, das ich in nunmehr fast 15 Jahren von dir vernehme, letztlich auch nur dazu dient, deine Geldgier zu befriedigen. Anders kann ich mir nicht erklären, dass du nach Papas Tod nicht einmal eine Woche abwarten konntest, um direkt zu planen, wie der Nachlass verschachert werden kann.

Wir sind – ich möchte fast schreiben bedauerlicherweise – immer noch Brüder und deswegen auch nur gemeinsam Erben. Alleine lasse ich dich deswegen genauso wenig in das Haus, wie ich dort noch ohne dich hineingehen werde. Da Papa ohnehin keine Pflege mehr benötigt, erübrigen sich meine Besuche dort selbstredend.

Angesichts der Streitigkeiten, die wir in der Vergangenheit hatten, und auch deines jetzigen Auftretens, scheint mir eine gemeinsame Begehung der einzige Weg zu sein, weiteren Streit zu vermeiden. Deswegen brauchst du auch keinen Schlüssel; meine Schlüssel werde ich dir keinesfalls herausgeben. Wieso du jetzt, wo Papa gestorben ist, auf einmal glaubst, mit dem Haus so verfahren zu können, wie du allein das meinst, verstehe ich nicht.

Wir können aber gerne einen Termin zur gemeinsamen ‚Besichtigung‘ vereinbaren. Ruf mich dazu an oder schreib mir.

Gruß



Martin Ludwig

Vermerk für die Bearbeitung

Die Angelegenheit ist aus anwaltlicher Sicht nach Maßgabe des Mandantenauftrags umfassend zu begutachten. Dabei sollen auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit des Vorgehens angestellt werden. Zeitpunkt der Begutachtung ist der

28.07.2022.

Sollte eine weitere anwaltliche Sachverhaltsaufklärung für erforderlich gehalten werden, so ist zu unterstellen, dass der Mandant keine weiteren Angaben machen kann, die über die Angaben im Vermerk vom 28.07.2022 hinausgehen.

Ansprüche aus §§ 985 ff. BGB und §§ 1004 ff. BGB sind nicht zu prüfen.

Sollte eine Frage für beweisheblich gehalten werden, so ist eine Prognose zu der Beweislage (z.B. Beweislast, Qualität der Beweismittel etc.) zu erstellen.

Werden Anträge an ein Gericht empfohlen, so sind diese am Ende des Vortrages auszuformulieren.

Es ist derjenige Rechtszustand zugrunde zu legen, welcher sich aus den vom Landesjustizprüfungsamt für die Bearbeitung überlassenen Gesetzessammlungen ergibt. Übergangsvorschriften sind nicht zu prüfen.

Bei der Bearbeitung sind die tatsächlichen und rechtlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie (wie etwa die Vorgaben der Corona-Schutzverordnung NRW) nicht zu berücksichtigen.

Es ist davon auszugehen, dass

- die Formalien (z. B. Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) in Ordnung sind, sofern sich aus dem Sachverhalt nicht etwas anderes ergibt;
- die Akten am Landgericht Düsseldorf elektronisch geführt werden;
- der Wert der Immobilie Kreuzstraße 21, 40882 Ratingen, 350.000,00 EUR beträgt.

Ratingen verfügt über ein Amtsgericht und liegt im Bezirk des Land- und Oberlandesgerichts Düsseldorf.

Prüfervermerk zur Vortragsakte KV-Nr. 2309

Dieser Vermerk erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Er soll lediglich auf die Probleme hinweisen, die das Prüfungsamt veranlasst haben, die Aufgabe als Aktenvortrag auszugeben.

Mandantenbegehren

Der Mandant (**M**) begehrt Beratung zu den Erfolgsaussichten einer Verteidigung gegen den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch den Antragsteller (**AS**). Der Antrag dürfte zulässig (**A.**), aber unbegründet sein (**B.**).

A. Zulässigkeit des Antrags

Der Antrag dürfte zulässig sein.

I. Statthaftigkeit

Der Antrag ist auf die Gewährung des Zutritts zum Haus des Erblassers, Herrn Jens Ludwig (**E**) gerichtet.

Damit dürfte in Abgrenzung zur **Sicherungsverfügung (§ 935 ZPO)**, die die vorläufige Sicherung der zukünftigen Vollstreckung wegen eines Individualanspruchs bezweckt, eine **Regelungsverfügung (§ 940 ZPO)** begehrt sein, die auf die einstweilige Regelung eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist. Darüber hinausgehend werden einstweilige Verfügungen, die zu einer vorläufigen Befriedung des Antragstellers führen, von der Rechtsprechung ausnahmsweise als sog. **Leistungsverfügungen** zugelassen (Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 43. Auflage 2022, Vorb 916 Rn. 7). Das Rechtsschutzbegehren des AS dürfte hier auf Erlass einer solchen Leistungsverfügung abzielen. AS begehrt nämlich den ungehinderten Zugang zum Haus des Erblassers, letztlich also die Herausgabe einer Sache. Dies dürfte nur mit der Leistungsverfügung erreicht werden können (vgl. Thomas/Putzo/Seiler, § 940 Rn. 12). *Es dürfte auch vertretbar sein, die zu beantragende Verfügung als Regelungsverfügung einzuordnen.*

II. Zuständiges Gericht

Zuständig dürfte das Gericht der Hauptsache sein (§§ 937 I, 943 I ZPO). Wenn die Hauptsache – wie hier – noch nicht anhängig ist, ist dies jedes deutsche Gericht, bei dem nach den allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften die Klage erhoben werden kann (vgl. Thomas/Putzo/Seiler, § 937 Rn. 1, § 919 Rn. 2).

Danach dürfte hier das Landgericht (**LG**) Düsseldorf örtlich und sachlich zuständig sein.

Die **örtliche** Zuständigkeit dürfte aus dem ausschließlichen Gerichtsstand gem. **§ 24 ZPO** folgen. Danach ist für **Besitzklagen** das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die Sache belegen ist. Das streitgegenständliche Haus ist im Bezirk des Landgerichts Düsseldorf gelegen. Besitzklagen i.S.d. Norm sind solche, die auf Störungen oder Entziehungen des Besitzes nach §§ 861 f. BGB beruhen (vgl. Thomas/Putzo/Hüßtege, § 23 Rn. 6). Die von AS geltend gemachten Ansprüche dürften solche darstellen.

Die **sachliche** Zuständigkeit des Landgerichts dürfte aus §§ 1, 3, 6 ZPO, 23 Nr. 1, 71 I GVG ZPO folgen, da der Streitwert des Verfahrens mehr als 5.000,00 EUR betragen dürfte. Gegenstand des Rechtsstreits ist der Anspruch des AS auf Gewährung des ungehinderten Zutritts zum Haus. Der Anspruch dürfte mithin Einräumung des Mitbesitzes im Sinne von **§ 6 ZPO** betreffen (vgl. Thomas/Putzo/Hüßtege, § 6 Rn. 3). Danach dürfte es hier auf den objektiven Verkehrswert der Im-

mobilität ankommen (MüKoZPO/Wöstmann, 6. Aufl. 2020, ZPO § 6 Rn. 10), der nach den laut Bearbeitervermerk zutreffenden Angaben des AS 350.000,00 EUR beträgt. Der sonst im einstweiligen Verfügungsverfahren in Betracht kommende Abschlag gegenüber der Hauptsacheklage dürfte hier nicht vorzunehmen sein, da das Herausgabeverlangen wirtschaftlich dem Hauptsacheverfahren gleichkommt (vgl. OLG Köln, BeckRS 1999, 10194 Rn. 5, beck-online m.w.N.). *A.A. vertretbar; allerdings überschreitet der Streitwert selbst dann 5.000,00 EUR, wenn hier lediglich 1/10 des Streitwerts der Hauptsache angesetzt würde.*

III. Behauptung des Verfügungsanspruches und -grundes

Für die Zulässigkeit des Antrags dürfte es ausreichen, einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund schlüssig zu behaupten, was AS hier getan haben dürfte. *Ob Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund tatsächlich vorliegen bzw. glaubhaft gemacht worden sind, dürfte nach hM indes eine Frage der Begründetheit sein (vgl. Thomas/Putzo/Seiler, § 916 Rn. 2 f.). Es dürfte aber vertretbar sein, zumindest das Vorliegen bzw. die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes bereits i.R.d. Zulässigkeit zu prüfen.*

B. Begründetheit des Antrags

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung dürfte jedoch nicht begründet sein, da es an der Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes fehlen dürfte.

I. Verfügungsanspruch

Ein Verfügungsanspruch des AS dürfte vorliegen.

Verfügungsanspruch ist jeder zivilrechtliche Individualanspruch. Hierzu zählen auch Ansprüche auf Herausgabe (vgl. Thomas/Putzo/Seiler, § 935 Rn. 5).

1. Kein Anspruch aus § 861 BGB

Ein solcher Anspruch des AS auf Gewährung des Zutritts zum Haus gegen M dürfte nicht aus § 861 I BGB folgen.

Danach kann derjenige **Besitzer**, dem der Besitz durch **verbotene Eigenmacht** entzogen wird die **Wiedereinräumung** des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber **fehlerhaft besitzt**. Der Anspruch setzt dabei die Entziehung unmittelbaren Besitzes voraus; verbotene Eigenmacht kann nur gegen den unmittelbaren Besitzer verübt werden (vgl. Grüneberg/Herrler, § 861 Rn. 4).

a) Besitzposition des AS

AS dürfte zwar durch den Eintritt des Erbfalls **Mitbesitz** am Haus erlangt haben. Gemäß **§ 857 BGB** geht der Besitz auf den Erben über. Dies erfolgt in der Weise, dass die **Besitzstellung** des **Erblassers** so, wie sie zur Zeit des Erbfalls bestand, auf den Erben übergeht (vgl. Grüneberg/Herrler, BGB, 81. Auflage 2022, § 857 Rn. 2). E als Erblasser dürfte zum Zeitpunkt des Todes **unmittelbarer Eigenbesitzer** des Hauses i.S.d. § 854 I BGB gewesen sein, da er das Haus bis zu seinem Tod selbst und alleine bewohnt hat. *Ein Mitbesitz neben M dürfte wohl mangels eigenen Besitzes des M am Haus ausscheiden, da M zwar über Schlüssel zum Haus verfügt, dort aber weder wohnt, noch sonst Sachherrschaftswille bestanden haben dürfte, sondern seine Aufenthalte dort allein der Pflege bzw. Versorgung des Herrn Jens Ludwig als Erblassers (E) dienten.* In diese Besitzposition dürften AS und M im Zeitpunkt des Erbfalls eingetreten sein, da sie als Söhne des E zu gleichen Teilen dessen gesetzliche Erben sein dürften, **§ 1924 I BGB**. Da die Besitzposition des E sowohl auf AS als auch auf M übergegangen sein dürfte, dürften beide **Mitbesitz** i.S.d. § 866 BGB an dem Haus

erlangt haben (vgl. Grüneberg/Herrler, Überbl v § 854 Rn. 2). *Dies dürfte unabhängig davon gelten, ob man M bereits vor dem Erbfall aufgrund der Tatsache, dass er über einen Schlüssel zum Haus verfügt, als Mitbesitzer qualifiziert (vgl. OLG Düsseldorf, U. v. 20.03.2017 - 9 U 159/16, BeckRS 2017, 134476).*

b) Besiztentzug durch verbotene Eigenmacht des M

M dürfte AS dessen Besitz jedoch nicht durch **verbotene Eigenmacht** entzogen haben.

Verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 I BGB verübt derjenige, der dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz **entzieht** oder ihn im Besitz stört, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet. **Verbotene Eigenmacht** i.S.d. § 858 I BGB erfordert dabei die widerrechtliche Entziehung des Besitzes. Die (widerrechtliche) **Weigerung**, den Besitz an einer Sache einzuräumen ist hierfür nicht ausreichend (vgl. Grüneberg/Herrler, § 858 Rn. 2; Staudinger/Gutzeit (2018) BGB § 858 Rn. 12; OLG Hamm, NJW 1986, 728, beck-online; OLG Düsseldorf, U. v. 18.11.2019, Az. I-9 U 114/19 in der diesem Vortrag zugrundeliegenden Entscheidung). Entsprechendes dürfte auch für die Weigerung gelten, dem **Erben(mit)besitzer** gemäß § 857 BGB die tatsächliche Sachherrschaft zu überlassen oder ihn daran zu beteiligen. Auch hierdurch dürfte kein zuvor vorhandener Besitz entzogen, sondern lediglich die ‚**Aufwertung**‘ des Erbenbesitzes zu einer auch tatsächlichen Herrschaftsgewalt nicht gewährt werden (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.). Denn durch den Eintritt des Erbfalls wird gem. § 857 BGB nur die Nachfolge des Erben in die an die Sachherrschaft des Erblassers geknüpfte Besitzstellung angeordnet. Die tatsächliche Sachherrschaft geht hierdurch nicht über; es handelt sich um **Besitz ohne Sachherrschaft** (vgl. Grüneberg/Herrler, § 857 Rn. 1). Die Weigerung des M, AS einen Schlüssel zum Haus auszuhändigen, dürfte danach keine verbotene Eigenmacht darstellen, da er insoweit nicht eine bestehende Besitzposition des AS verschlechtert, sondern lediglich nicht an einer ‚Aufwertung‘ mitwirkt.

Dass M über die bloße passive Weigerungshaltung hinaus nach dem Erbfall die unmittelbare (alleinige) Sachherrschaft an dem Haus unter Ausschluss des AS ergriffen hätte, dürfte AS bereits nicht vorgetragen haben. Denn M verfügte bereits vor Eintritt des Erbfalls über (mehrere) Schlüssel zur Immobilie, sodass sich an den tatsächlichen Besitzverhältnissen nichts geändert haben dürfte. Konkrete Übernahmehandlungen, etwa einen Einzug in das Haus oder eine Weitervermietung an Dritte, sind ebenfalls nicht vorgetragen. M dürfte sich auch nicht etwa alleinigen Besitzes oder alleiniger Sachherrschaft berücht haben. Aus dem als Anlage AS3 vorgelegten Schreiben des M vom 22.07.2022 dürfte sich ergeben, dass M eine alleinige Besitzposition für sich weder in Anspruch nimmt, noch AS von der Sachherrschaft ausschließen möchte. Denn er hat ausdrücklich angeboten, einen gemeinsamen Termin abzustimmen, in dem das Haus und darin enthaltene Gegenstände besichtigt werden können und mitgeteilt, dass auch er selbst nicht ohne AS das Haus betreten werde.

2. Anspruch aus §§ 2038 II i.V.m. 743 II BGB

AS dürfte gegen M ein Anspruch auf Gewährung des Zutritts zum Haus gem. §§ 2038 II i.V.m. 743 II BGB zustehen.

Gem. **§ 2038 II BGB** findet auf die gemeinschaftliche Nachlassverwaltung durch eine Erbengemeinschaft § 743 II BGB Anwendung. Danach ist jeder Teilhaber **zum Gebrauch** des gemeinschaftlichen Gegenstands insoweit **befugt** als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird. Sofern nicht von der Gemeinschaft eine Gebrauchsregelung getroffen wird, hat jeder Teilhaber des-

halb gegen die übrigen einen **Anspruch auf Gebrauch** der Sache und dessen Duldung (vgl. Grüneberg/*Sprau*, § 743 Rn. 4). Hieraus folgt insbesondere das in einer ungeteilten Erbengemeinschaft jedem Miterben zustehende Recht auf **Ingebrauchnahme des Nachlasses** (vgl. Grüneberg/*Weidlich*, § 2038 Rn. 7). Da die aus M und AS bestehende ungeteilte Erbengemeinschaft keine anderslautende Regelung getroffen hat, dürfte AS deshalb von M verlangen können, dass dieser ihm den Zutritt zum Haus ermöglicht und seinen Aufenthalt dort duldet.

II. Verfügungsgrund

AS dürfte nicht glaubhaft gemacht haben, dass ein Verfügungsgrund vorliegt.

Ein **Verfügungsgrund** i.S.d. §§ 935, 940 ZPO liegt vor, wenn objektive Umstände glaubhaft gemacht sind, die nach dem Urteil eines vernünftigen Menschen die einstweilige Regelung zur Abwendung **wesentlicher Nachteile** oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen **notwendig** machen. Im Rahmen der Leistungsverfügung setzt der Verfügungsgrund ein **dringendes Bedürfnis** für eine Eilmaßnahme voraus. Der Gläubiger muss auf die sofortige Erfüllung so dringend angewiesen sein, dass er ein ordentliches Verfahren nicht abwarten kann, ohne unverhältnismäßig großen, gar irreparablen Schaden zu erleiden (vgl. Thomas/*Putzo/Seiler*, § 940 Rn. 5 f.). Die Herausgabe einer Sache an den früheren Besitzer - statt an den Gerichtsvollzieher - dürfte im Falle verbotener Eigenmacht angeordnet werden können, während in besonderen Fällen auch eine Herausgabe zum Gebrauch der Sache durch den Gläubiger geboten sein kann (vgl. Thomas/*Putzo/Seiler*, § 940 Rn. 12).

Nach diesen Grundsätzen dürfte AS das Vorliegen eines Verfügungsgrundes weder dargelegt noch glaubhaft gemacht haben. Die in der Antragschrift enthaltene Behauptung, AS müsse befürchten, dass M in Abwesenheit des AS Nachlassgegenstände aus dem Haus schaffe, dürfte hierzu nicht ausreichen. Zum einen dürften schon keine Umstände vorgetragen sein, die eine entsprechende Befürchtung nahelegen würden. Insbesondere aus dem Schreiben des M ergibt sich, dass dieser das Haus seinerseits nicht in Abwesenheit des AS betreten möchte, gerade um Streit zu vermeiden. Zum anderen dürfte, die Unterschlagungsabsicht des M unterstellt, der von AS begehrte Zutritt zur Immobilie nicht geeignet sein, dieser Gefahr effektiv zu begegnen, da der Zugang des AS zur Immobilie etwaige Handlungen des M nicht unterbinden können dürfte (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O.). Es dürften auch sonst keine Gründe vorgetragen sein, aus denen AS zwingend auf den Zutritt zum Haus angewiesen ist. Es dürfte ebenfalls nicht glaubhaft gemacht sein, dass die von AS beabsichtigte ‚Bestandsaufnahme‘ über die vorhandenen Nachlassgegenstände zur Ermöglichung der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft so dringlich ist, dass ein Hauptsacheverfahren nicht abgewartet werden kann.

Die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes dürfte hier auch **nicht entbehrlich** sein. Zwar spricht bei der Geltendmachung possessorischer Besitzansprüche eine (widerlegliche) **Vermutung** für das Vorliegen eines Verfügungsgrundes (vgl. Grüneberg/*Herrler*, § 861 Rn. 11). Possessorische Besitzansprüche dürften AS gegen M jedoch nicht zustehen (s.o.).

C. Zweckmäßigkeitserwägungen

Nach der hier bevorzugten Lösung dürfte M zu raten sein, sich gegen den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu verteidigen. Der vorzuschlagende Antrag könnte daher wie folgt lauten: „Namens und in Vollmacht des Antragsgegners wird beantragt, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 25.07.2022 zurückzuweisen.“