

Prof. Dr. Christian Rumpf

Gutachten OLG München

28.06.2013

(Grundstücksrecht, Nutzungsrechte)

Sehr geehrte Damen und Herren,

in der o.g. Angelegenheit wurde ich mit Beschluss vom 08.02.2013 und Ergänzungsbeweisbeschluss v. 10.04.2013 gebeten, zu folgenden Fragen gutachtlich Stellung zu nehmen.

1. Ersetzt das rechtskräftige Urteil des Landgerichts C... vom 26.04.2011, Az. 2010/183, Urteilsnummer 2011/141 (siehe Anlage K7 nach Blatt 159 d. A.), wonach das auf dem 43/100stel-Anteil von Seiten des Beklagten Markus Schlittenbauer zugunsten der I... I... errichtete Nießbrauchsrecht „gelöscht wird“, den erforderlichen Antrag des Berechtigten des Nießbrauchs auf Löschung (vgl. Ziffer 3b des Gutachtens vom 29.07.2010, Blatt 123 d. A.) oder muss gleichwohl noch ein Beteiligter (Klägerin, Beklagter oder Klägerin und Beklagten zusammen oder die Nießbrauchsberechtigte alleine ggf. zusammen mit einer oder beiden Parteien) einen solchen Antrag stellen?
2. Führt (ggf. nach Stellen eines notwendigen Antrags gemäß der Antwort zu Frage 1) die Einzahlung eines Betrages von 142.572 TL (siehe Blatt 259 d. A. und K15) beim zuständigen Grundbuchamt durch den Beklagten zur Löschung des streitigen Nießbrauchs?
3.
 - a. Bestehen zwischen zwei Miteigentümern eines türkischen Grundstücks im Allgemeinen gegenseitige (Treue-)Pflichten dahingehend, den eigenen Miteigentumsanteil nicht ohne Absprache mit dem anderen Miteigentümer mit einem Nießbrauch für eine dritte Person zu belasten, wenn durch die Bestellung dieses Rechts der Wert des (Gesamt-)Grundstücks wesentlich (z.B. Quadratmeterpreis mit Nießbrauch 133 TL, ohne Nießbrauch 400 TL) beeinträchtigt wird?
 - b. Welche Rechtsfolgen kann der geschützte Miteigentümer aus einer solchen Pflichtverletzung ableiten?
 - c. Werden mögliche Ansprüche wegen der Verletzung von solchen Treuepflichten im Verhältnis zwischen Miteigentümern von Grundstücken im türkischen Recht als schuldrechtliche oder sachenrechtliche Ansprüche qualifiziert?
 - d. Ergibt sich insbesondere aus der rechtskräftigen Entscheidung des LG C... vom 26.04.2011 (siehe oben Ziffer 1) schon eine konkrete Pflicht des Beklagten als Miteigentümer, alle notwendigen Handlungen (z.B. Stellen von Anträgen,

Zahlung von Kosten) vorzunehmen, damit das zugunsten der I... I... eingetragene Nießbrauchsrecht im Grundbuch (wieder) gelöscht wird?

4. Wird das streitgegenständliche Nießbrauchsrecht im Falle eines Verkaufs oder einer Versteigerung des streitgegenständlichen Grundstücks gelöscht?
5. Wird im Falle einer Zwangsversteigerung des streitgegenständlichen Grundstücks der Wert des streitgegenständlichen Nießbrauchsrecht vom Erlösanteil des Beklagten abgezogen?

Hierzu nehme ich wie folgt Stellung:

Inhalt

| | | |
|------|---|--------|
| A. | Vorbemerkung..... | - 5 - |
| B. | Sachverhalt | - 5 - |
| C. | Internationales Privatrecht..... | - 7 - |
| D. | Türkisches Recht | - 7 - |
| I. | Frage 1 | - 7 - |
| II. | Frage 2 | - 8 - |
| III. | Frage 3 | - 8 - |
| 1. | Bruchteileigentum/Bruchteilsgemeinschaft..... | - 8 - |
| a) | Gesetzeslage | - 8 - |
| b) | Verhältnis zwischen Bruchteilsgemeinschaft und Bruchteileigentum..... | - 11 - |
| 2. | Bestimmung der Rechte und Pflichten beim Bruchteileigentum nach türkischem Recht | - 12 - |
| a) | Die in den Art. 688 ff. ZGB formulierten Rechte und Pflichten..... | - 12 - |
| b) | Rechtsverhältnis zwischen den Bruchteileigentümern..... | - 15 - |
| c) | Pflicht, den Wert zu erhalten..... | - 17 - |
| 3. | Rechtsfolgen | - 17 - |
| a) | Anfechtung der Bestellung des Nießbrauchsrechts | - 17 - |
| b) | Schadensersatzanspruch | - 19 - |
| (1) | Herleitung aus dem Sachenrecht | - 19 - |
| (2) | Unerlaubte Handlung allgemein | - 20 - |
| (3) | Rechtswidrige Handlung (hukuka aykırı fiil)..... | - 20 - |
| (4) | Sittenwidrige Schädigung | - 21 - |
| (5) | Schaden | - 22 - |
| (6) | Verschulden (kusur)..... | - 23 - |
| (7) | Kausalzusammenhang (illiyet bağı)..... | - 23 - |
| (8) | Umfang des Schadensersatzes | - 25 - |
| (9) | Art des Schadensersatzes | - 26 - |
| (10) | Schadensminderungspflicht..... | - 27 - |
| 4. | Schadenseintritt und Rolle des Urteils der Zivilkammer C... v. 26.4.2011 | - 27 - |
| IV. | Frage 4..... | - 28 - |
| V. | Frage 5..... | - 30 - |
| E. | Anwendung auf den Fall/Zusammenfassung | - 32 - |
| I. | Frage 1..... | - 32 - |
| II. | Frage 2..... | - 32 - |
| III. | Frage 3..... | - 32 - |
| IV. | Frage 4..... | - 33 - |
| V. | Frage 5..... | - 33 - |

Stellungnahme

A. Vorbemerkung¹

Dieses Gutachten wird ausschließlich auf der Grundlage von Rechtsprechung und Literatur erstattet, wie sie sich in der Türkei vorfindet. Die Nachverfolgung türkischer Zitate zum schweizerischen Recht wurde nicht für erforderlich erachtet, da hieraus keine zusätzlichen Erkenntnisse zu ziehen sind, die für die Praxis des türkischen Rechts Bedeutung haben könnten. Soweit die hier zitierten Entscheidungen des Kassationshofs keine Fundstellenangabe enthalten, wurden sie der kostenpflichtigen Datenbank des Kazanci-Verlages entnommen.

B. Sachverhalt

Die Parteien haben sich mit Gesellschaftsvertrag vom 10.09.1999 zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammengeschlossen. Gegenstand des Vertrags waren der Kauf und die gewinnbringende Verwaltung und Vermietung/Verpachtung des in der Provinz I... Distrikt C..., Gemarkung A... befindlichen Grundstücks. Der Anteil der Klägerin an der Gesellschaft und an dem Grundstück belief sich auf 57 %, der des Beklagten auf 43 %.

Nachdem im Jahre 2005 Unstimmigkeiten zwischen den Parteien auftraten, weil sich der Beklagte zu 1) gesellschaftsschädlich verhielt und gegen die Interessen der Gesellschaft handelte, sah sich die Klägerin gezwungen, die Gesellschaft zum 31.12.2005 zu kündigen.

Anlässlich eines Besuches in der Türkei musste die Klägerin feststellen, dass der Beklagte einer Frau I... I... ein im Grundbuch eingetragenes Nießbrauchsrecht (ab 22.03.2006) an seinem Anteil 43/100 eingeräumt hatte. Die Klägerin behauptet, dass er zu dieser Belastung des

¹ **Abkürzungen:** E. (Esas – Rechtssache); GrZS (Großer Zivilsenat); K. (Karar – Entscheidung); OGB (Obligationengesetzbuch); Rdn (Randnummer); RG (Resmî Gazete – Amtsblatt); ZGB (Zivilgesetzbuch); ZS (Zivilsenat des Kassationhofs).

Literatur: Altop, Atilla: Bir Taşınmaz Üzerinde Paylı İntifa Hakkının Varlığı Durumunda Taşınmazın Tümünün Kiralanmasına İlişkin Olarak Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin Verdiği 12.06.2008 Tarihli ve 6023/7601 Sayılı Kararın Değerlendirilmesi (Würdigung des Urteils des 6. Zivilsenats des Kassationshofs v. 12.06.2008 Nr. 6023/7601 zur Frage der Vermietung des ganzen Grundstücks bei Vorhandensein einer Nutzungsgemeinschaft am Grundstück), Festschrift für Rona Serozan, Istanbul 2010, S. 159 ff.; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Schuldrecht Allgemeiner Teil), 9. Aufl. Ankara 2006; Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku (Sachenrecht), 8. Aufl., Ankara 2008; Esener, Turhan/Güven, Kudret: Eşya Hukuku (Sachenrecht), 4. Aufl., Ankara 2008; Gençcan, Ömer Uğur, Türk Medeni Kanunu (Türk. ZGB – Kommentar), Ankara 2007; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: Eşya Hukuku (Sachenrecht), Istanbul 1991; Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku (Haftungsrecht), 6. Aufl. Istanbul 2003; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku (Sachenrecht), 12. Aufl., 2009; Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (Schuldrecht – Allgemeine Bestimmungen), 12. Aufl., Istanbul 1998; Rumpf, Christian: Einführung in das türkische Recht, München 2004; Sirmen, Lale: Türk Medeni Kanununda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler (Die Regelungen zur Bruchteilseigentumsgemeinschaft im neuen Zivilgesetzbuch), Festschrift Turgut Kalpsüz, Ankara 2003, S. 729 ff.; Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu (OGB Kommentar), Bd II und III, Ankara 2003.

Grundstücks nicht berechtigt war. Unter § 11 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages ist die Festlegung getroffen, dass nur mit vorherigem Wissen und Zustimmung aller Gesellschafter die Gesellschaftsanteile an Dritte übertragen oder mit Rechten Dritter belastet werden können. Eine solche Zustimmung war jedoch nicht erteilt worden.

Da § 730 II BGB bestimmt, dass die Gesellschaft bis zur Beendigung der schwebenden Geschäfte, sowie die Einhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens als fortbestehend gilt, stellt diese Vorgehensweise des Beklagten einen Verstoß gegen seine gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen dar.

Die Klägerin beehrte in der ersten Instanz unter anderem, dass der Beklagte verurteilt wird, die Löschung des im Grundbuch von C.../Türkei für das bezügliche Grundstück zugunsten der Frau I... I... eingetragenen Nießbrauchsrechts herbeizuführen.

Der Beklagte bestreitet das klägerische Vorbringen und behauptet, dass der Klageantrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet und daher unzulässig sei. Die Löschung des Nießbrauchsrechts bedürfe der Zustimmung von I... I....

Das Landgericht München I hat mit Urteil v. 12.12.2011 festgestellt, „dass der Beklagte S.../P... GbR i.L. für alle Schäden haftet, die dieser für den Fall entstehen, dass ihm die Aufhebung des an der Immobilie, gelegen in I... Distrikt C..., Alacati Mevkii, Katasterbezirk 4476 Parzelle 2, Grundbuchbank-Nr. 104, Seite 10284, zu Gunsten von Frau I... I... eingetragenen Nießbrauchsrechts unmöglich ist“. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen. In diesem Verfahren hat der Unterzeichner ein Gutachten nebst Ergänzungsgutachten abgegeben, das durch das Landgericht berücksichtigt wurde.

Dagegen hat der Beklagte Berufung eingelegt.

Der Klage sei stattzugeben, weil die Klagepartei gegen den Beklagten habe, dass dieser durch Zahlung von 15.000 Euro an das Grundbuchamt C... die Löschung des Nießbrauchsrechts auslöse. Das Landgericht C... habe die Anordnung getroffen, dass das Nießbrauchsrecht zu löschen sei. Der Beklagte könne selbst durch Einzahlung von Euro 15.000 die Löschung herbeiführen.

Parallel zu den deutschen Verfahren hat die Klägerin in der Türkei den Beklagten und I... I... auf Löschung des Nutznießungsrechts verklagt. Zunächst war die Klage im Jahre 2009 abgewiesen worden, dann hatte der Kassationshof das abweisende Urteil bestätigt, jedoch nach einem Urteilsberichtigungsantrag mit ausführlicher Begründung wieder davon Abstand genommen und das erstinstanzliche Urteil aufgehoben. Im Jahre 2011 hat dann die Zivilkammer C... in einem ebenfalls sehr ausführlichen Urteil der Klage stattgegeben. Dieser letztere Sachverhalt ist neu und war dem Gutachter zum Zeitpunkt der Erstattung seiner Gutachten für das Landgericht München I nicht bekannt.

C. Internationales Privatrecht

Fragen des internationalen Privatrechts sind hier nicht zu erörtern, da das Gericht für die Fragestellung die Prämisse der Anwendbarkeit türkischen Rechts gesetzt hat.

D. Türkisches Recht

I. Frage 1

Das Urteil der Zivilkammer C... v. 26.4.2011 ist rechtskräftig. Es ordnet die Löschung des Nießbrauchsrechts (Nutzungsrechts) an. Insoweit verweise ich auf mein Gutachten v. 1.3.2011, wo – damals noch in Unkenntnis des Urteils der Zivilkammer C... – ich bereits darauf hingewiesen habe, dass ein zusprechendes Urteil durch den Grundbuchbeamten umzusetzen sei.

Dem Urteil zufolge wird dort „festgestellt“, dass das Nießbrauchsrecht aus dem Grundbuch „gelöscht wird“. Nach diesem Urteil genügt ein einfacher, formloser Antrag eines der Prozessbeteiligten. Aus dem Schreiben des Grundbuchamts C... v. 20.9.2012 (K 15) ist zu schließen, dass der seitens der Klägerin bereits gestellte Antrag genügt – ihre Legitimation dazu ergibt sich aus ihrer Parteistellung im Verfahren vor der Zivilkammer C... – und nur noch auf die Einzahlung der Gebühr gewartet wird, um das Urteil zu vollziehen. Das Urteil ist mehr als eine einfache Feststellung, es ist eher als „Anordnung“ zu verstehen. So sieht es auch die türkische Praxis, wonach das Gericht die Willenserklärung des Berechtigten ersetzt und die interessierte Partei die Löschung „bewirken“ kann.²

Das Urteil ersetzt somit eine entsprechende Erklärung des Beklagten oder der Inhaberin des Nießbrauchsrechts.

Prinzipiell kosten solche Löschungen ca. 100 Euro. Wurde allerdings festgestellt, dass die Eintragung des Nießbrauchsrechts auf einem Schein- oder Umgehungsgeschäft beruht, wird eine Sonderbestimmung wirksam, die sich aus Zif. 19 der Kostentabelle (4) zum Kostengesetz ergibt. Darauf bezieht sich auch das als K 15 vorgelegte Schreiben des Grundbuchamts C.... Es legt dabei eine frühere Fassung der Tabelle zugrunde, die von einem Gebührensatz von 11,88%³ (aktuell: 13,662%⁴) des Gegenstandswertes ausgeht. Als Gegenstandswert legt das Grundbuchamt hier den Gesamtwert des Grundstücks mit 4.186.400 TL, den betroffenen Anteilswert mit 1.800.152 TL zugrunde. Der Wert des Nießbrauchsrechts wiederum wird mit 2/3 angesetzt, so dass der zugrunde zu legende Gegenstandswert bei 1.200.010 TL ankommt. Hieraus errechnet

² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 667

³ http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/Tebliğler/Harclar_Kanunu/65_serno_harc_genteb_ek.htm
(Webauftritt der Generaldirektion für das Einkommensteuerwesen).

⁴ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.492.pdf> (amtliche Webseite zu den aktuell geltenden Rechtsvorschriften).

das Grundbuchamt die Grundbuchgebühr von 142.572 TL, was aktuell ca. 57.000,00 Euro entspricht.

II. Frage 2

Da, wie sich aus Anlage K 15 ergibt, seitens der Klägerin bereits ein Antrag gestellt ist, kommt es in der Tat nur noch auf die Einzahlung der Gebühren an.

III. Frage 3

Im Zentrum der Überlegungen steht hier nicht das Nießbrauchsrecht, sondern die Grundstücksgemeinschaft und die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Gemeinschaftler. Wir gehen dabei davon aus, dass es hier um eine Bruchteilsgemeinschaft im Sinne von Art. 688 ZGB geht, denn anders als bei der Gesamthandsgemeinschaft kann nur in dieser Gemeinschaftsform ein Nießbrauchsrecht an einem Anteil bestellt werden (Art. 700 ZGB).

1. Bruchteileigentum/Bruchteilsgemeinschaft

a) Gesetzeslage

Nachfolgend werden einige gesetzliche Ansatzpunkte im ZGB wiedergegeben (jeweils in der Übersetzung des Gutachters):

„Art. 688 – Beim Gemeinschaftseigentum haben mehrere Personen Eigentum an den Bruchteilen einer unbeweglichen Sache, soweit diese nicht materiell geteilt ist.

Ist nichts anderes bestimmt, gelten die Bruchteile als gleich.

Jeder Bruchteileigentümer hat im Hinblick auf seinen Bruchteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers. Der Bruchteil kann übertragen, verpfändet und vom Gläubiger gepfändet werden.

Art. 689 – Die Miteigentümer können in Abweichung vom Gesetz einstimmig andere Regelungen bezüglich Nutzung, Gebrauch und Verwaltung vereinbaren. Mit einer solchen Vereinbarung dürfen nachfolgende Rechte und Befugnisse der Bruchteileigentümer nicht aufgehoben werden:

1. Die Ergreifung der für die Erhaltung der Nutzbarkeit und des Wertes der im Eigentum befindlichen Sache notwendigen Verwaltungsmaßnahmen und ggf. die Beantragung von Maßnahmen durch das Gericht,
2. Die Ergreifung derjenigen Maßnahmen auf Kosten aller Miteigentümer, die zur Abwendung eines Schadens oder seiner Vermehrung unverzüglich getroffen werden müssen.

Auf Verlangen eines Bruchteilseigentümers können Verträge in Bezug auf unbewegliche Sachen unter der Bedingung, dass sie notariell beglaubigt sind, im Grundbuch beigeschrieben werden.

Art. 690 – Jeder Bruchteilseigentümer ist befugt, die gewöhnlichen Verwaltungsmaßnahmen zu treffen, insbesondere kleinere Reparaturarbeiten und landwirtschaftliche Arbeiten durchzuführen.

Unter Vorbehalt der gesetzlichen Bestimmungen zu den zwingend und unverzüglich durchzuführenden Maßnahmen können die Miteigentümer durch Mehrheitsbeschluss andere Regelungen zur Befugnis zur Durchführung von Verwaltungsmaßnahmen treffen.

Art. 691 – Zur Ergreifung von Maßnahmen, die die Art und Weise des Betriebes oder die Art der landwirtschaftlichen Früchte betreffen, die Vermietung oder Verpachtung oder die Kündigung solcher Verträge, die Sanierung des Bodens und ähnliche wichtige Verwaltungsmaßnahmen ist die Mehrheit der Miteigentümer und die Mehrheit der Anteile erforderlich.

Dieselbe Mehrheit ist erforderlich, wenn Wartungs-, Reparatur- oder Bauarbeiten vorgenommen werden sollen, die über die gewöhnlichen Verwaltungsmaßnahmen hinausgehen und der Erhaltung des Werts der im Gemeinschaftseigentum stehenden Sache oder den Erhalt der Nutzbarkeit erforderlich sind.

Bei Gleichheit der Anteile und der Bruchteilseigentümer entscheidet auf Antrag eines der Bruchteilseigentümer das Gericht unter Berücksichtigung der Interessen aller Miteigentümer nach Recht und Billigkeit; es kann zum Zwecke der Durchführung der erforderlichen Maßnahmen einen der Bruchteilseigentümer oder einen Dritten als Vollstrecker bestimmen.

Art. 692 – Die Änderung des Zwecks, dem die im Eigentum stehende Sache gewidmet ist, und die Ergreifung von Baumaßnahmen, die über den Erhalt oder die Sicherung des gewöhnlichen Gebrauchs der Sache hinausgehen oder Verfügungen über die ganze im Gemeinschaftseigentum stehenden Sache, unterliegt, wenn nicht einstimmig etwas anderes beschlossen ist, der Zustimmung aller Bruchteilseigentümer.

Ist über die Anteile ein Grundpfandrecht oder eine Grundlast errichtet worden, so können die Bruchteilseigentümer die Gesamtheit der Sache nicht mit ähnlichen Rechten belasten.

Art. 693 – Jeder Bruchteilseigentümer kann das Gemeinschaftseigentum nutzen und die Früchte hieraus ziehen, soweit dies mit den Rechten der anderen Bruchteilseigentümer in Einklang steht.

Im Falle eines Streits bestimmt das Gericht die Art und Weise der Nutzung und Fruchteziehung. Diese Bestimmung kann auch in der Weise erfolgen, dass Nutzung und Fruchteziehung nach Ort und Zeit unter den Eigentümern aufgeteilt werden.

Jeder Bruchteileigentümer kann im Hinblick auf unteilbare gemeinschaftliche Interessen die anderen Bruchteileigentümer vertreten.

Art. 694 – Die aus dem Gemeinschaftseigentum zu Bruchteilen entstehenden oder die im Bruchteileigentum stehende Sache betreffenden Verwaltungsausgaben, Steuern und sonstigen Verbindlichkeiten, sind, falls nichts anderes bestimmt ist, von den Bruchteileigentümern im Verhältnis ihrer Anteile zu tragen.

Ein Bruchteileigentümer, der mehr bezahlt hat, als es seinem Anteil entspricht, kann für den überschießenden Betrag Rückgriff auf die anderen Bruchteileigentümer nehmen.

Art. 695 – Regelungen und Beschlüsse der Miteigentümer bezüglich der Nutzung, des Gebrauchs und der Verwaltung sowie Gerichtsbeschlüsse binden auch später beitretende Miteigentümer oder Inhaber dinglicher Rechte am Anteil.

Bei unbeweglichen Sachen setzt die Bindung des später beitretenden Miteigentümers oder Inhabers dinglicher Rechte die Beischreibung der Regelungen und Beschlüsse im Grundbuch voraus.

Art. 696 – Hat ein Bruchteileigentümer durch sein eigenes Verhalten und seine eigenen Handlungen oder das Verhalten und die Handlungen diejenigen Personen, welchen er die Sache zur Benutzung überlassen hat, seine Verpflichtungen gegenüber den anderen Bruchteileigentümern in schwerwiegender Weise verletzt und ist für die anderen Bruchteileigentümer daher die Aufrechterhaltung der Gemeinschaft nicht zumutbar, kann er durch Gerichtsurteil aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden.

Die Erhebung der Klage setzt, wenn nichts anderes beschlossen ist, einen mehrheitlichen Beschluss der Eigentümergemeinschaft voraus.

Das Gericht schreibt dem ausgeschlossenen Bruchteileigentümer den auf ihn entfallenden Anteil an der Sache zu, wenn der Ausschluss gerechtfertigt und die entsprechende Abtrennung eines Miteigentumsanteils möglich ist.

...“

Sonstige Regelungen zu den gegenseitigen Rechten und Pflichten sind den sachenrechtlichen Bestimmungen nicht zu entnehmen. Dem entsprechend reduziert sich die türkische Literatur zum Sachenrecht auf den für Gemeinschaftseigentum typischen Regelungsbedarf zwischen den Parteien, nämlich zur gemeinschaftlichen Verwaltung des Grundstücks, und die

gemeinschaftliche Nutzung des Grundstücks.⁵ Ist nichts anderes geregelt, sind wichtige Entscheidungen, welche die Nutzung des Grundstücks und seine Verwaltung betreffen, grundsätzlich gemeinsam zu treffen.⁶

b) Verhältnis zwischen Bruchteilsgemeinschaft und Bruchteileigentum

Diese Trennung, wie sie das deutsche BGB bereits mit den fast parallelen bzw. sich ergänzenden Regelungen in den §§ 741 ff. BGB und §§ 1008 ff. BGB kennt, gibt es – de lege lata – im türkischen Recht nicht. Diese Feststellung treffen auch *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, die eine direkte Ähnlichkeit mit den §§ 741 ff. BGB erkennen. Sie postulieren die analoge Anwendbarkeit der im Sachenrecht getroffenen Regelungen auf schuldrechtliche Formen der Bruchteilsgemeinschaft⁷, was uns an dieser Stelle nicht weiterhilft; dienlicher wäre es für das vorliegende Verfahren gewesen, im Schuldrecht eine dem BGB ähnliche Regelung vorzufinden, die uns bei der Auslegung der Regelungen im Sachenrecht hilft. Das aber ist nicht der Fall.

Die Problematik des ansonsten gegenüber dem BGB einfacher und leichter verständlich gestalteten ZGB besteht hier darin, dass es nicht die stringente Konsequenz an den Tag legt, wie es das BGB tut. Während das deutsche BGB das Abstraktionsprinzip konsequent durchzieht, indem die schuldrechtliche Bruchteilsgemeinschaft der §§ 741 BGB im schuldrechtlichen Teil im Bruchteileigentum nach §§ 1008 ff. BGB reflektiert wird, beschränkt sich das türkische ZGB auf die Regelungen im Sachenrecht. Das könnte damit zu tun haben, dass das türkische Recht (wie auch das Schweizer Recht) das Abstraktionsprinzip und somit auch das “dingliche Rechtsgeschäft” nicht kennt⁸ und Regelungselemente eines schuldrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses schlicht in den sachenrechtlichen Teil verlagert hat. Legt man die Bestimmungen der §§ 741 ff. (Bruchteilsgemeinschaft) und §§ 1008 ff. BGB (Bruchteileigentum) zusammen, entsteht in etwa dasselbe Bild, wie es die Art. 688 ff. ZGB abgeben. Tatsächlich ist dies auch der türkischen Lehre aufgefallen, die umgekehrt nun ein Bedürfnis verspürt, die in Art. 688 ff. ZGB enthaltenen Regelungen analog auf eine schuldrechtliche Bruchteilsgemeinschaft anzuwenden.⁹

Das Bedürfnis wiederum ist dadurch entstanden, dass sich Lehre und Rechtsprechung einhellig darin einig sind, dass dem Bruchteileigentum normalerweise eine schuldrechtliche Beziehung

⁵ Esener/Güven S. 169 ff.; Ertay S. 259 ff.

⁶ Esener/Güven S. 170; Ertay S. 259.

⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 255

⁸ Diese plakative Kurzbeschreibung gibt die Problematik natürlich nicht vollständig wieder. Auch in der Schweiz wird darüber gestritten, inwieweit der bloße Realakt, der zum Eigentumswechsel führt (Traditionsprinzip), nicht Elemente einer Willenseinigung enthält. In Frankreich und Italien erfolgt der Eigentumsübergang bereits durch Abschluss des Schuldvertrages (Konsensprinzip).

⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 255

zugrundeliegt, die keiner Form bedarf und auch stillschweigend entstehen kann.¹⁰ Und so wie auch öffentlich-rechtliche Regelungen zur Entstehung von Bruchteileigentum führen können¹¹, ist – theoretisch – auch das Fehlen einer schuldrechtlichen Grundlage denkbar.

Kurzum, findet man in den sachenrechtlichen Bestimmungen keine Anhaltspunkte für bestimmte Nebenpflichten, müssen diese in der sachenrechtlichen Situation zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zwischen den Parteien gesucht werden.

2. Bestimmung der Rechte und Pflichten beim Bruchteileigentum nach türkischem Recht

a) Die in den Art. 688 ff. ZGB formulierten Rechte und Pflichten

Die Bestimmungen des ZGB zum Bruchteileigentum konzentrieren sich, was die Rechte und Pflichten der Anteilseigner angeht, auf die ordnungsgemäße Verwaltung des gemeinsamen Gegenstandes, hier: Grundstücks. Die Stichworte sind “Erhalt der Nutzbarkeit”, “Werterhalt”, Wertsteigerung”, “Beeinträchtigung bzw. Wahrung der Rechte der anderen Anteilseigner”, “gewöhnliche Maßnahmen”, “über das Gewöhnliche hinaus gehende Maßnahmen”. Es geht dabei letztlich immer um Maßnahmen, die das Grundstück insgesamt betreffen und ggf. die daraus resultierenden Kosten.¹²

Art. 688 Abs. 3 ZGB gibt dem Bruchteileigentümer in Bezug auf seinen Anteil weitgehende Verfügungsbefugnisse. Wichtig ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass der Gegenstand körperlich und dinglich eine Einheit bildet¹³ und das Bruchteileigentum nicht real, sondern virtuell ist. Der Bruchteileigentümer hat seine Rechte an allen Teilen, Rechten und Nutzungen des gesamten Grundstücks. Es wird als bloßes Recht verstanden.¹⁴ Begründet wird dieses Konzept auch mit Art. 732 Abs. 1 ZGB. Diese Bestimmung gehört zu den Regelungen über das Vorkaufsrecht bei Grundstücken und räumt den übrigen Bruchteileigentümern ein gesetzliches Vorkaufsrecht ein, wenn ein Bruchteileigentümer seinen Anteil auf einen Dritten übertragen will.¹⁵ Die Folge davon ist, dass nur solche Rechte separat am einzelnen Anteil begründet werden können, die ihrer Natur nach auch nur diesen Anteil betreffen. Ein Nießbrauchsrecht etwa führt dazu, dass die Nutzungen – z.B. der Anteil aus Pachteinnahmen – dann dem betreffenden Nießbrauchsberechtigten zustehen. Die weitere Folge ist, dass jeder Bruchteileigentümer über seinen Anteil nur soweit verfügen kann, als es eben nicht den Gegenstand des Eigentums

¹⁰ Ertaş S. 256. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 255

¹¹ Esener/Güven S. 167 ff.; Ertaş S. 251; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 255 f.

¹² Ertaş S. 173; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 270.

¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 255

¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 255

¹⁵ Ertaş S. 169; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 257. Das Vorkaufsrecht kann aber nur nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) ausgeübt werden (Kassationshof 6. ZS, 17.6.2004, E. 2004/4912, K. 2004/4978).

insgesamt berührt und damit den Interessen der anderen Bruchteilseigentümer nicht entgegensteht.¹⁶

Ist auch körperlich ein Teil des Grundstücks einem Bruchteilseigentümer zur ausschließlichen Nutzung überlassen, kommen auch Verfügungen in Betracht, die ihrem Charakter nach das Grundstück als Ganzes betreffen würden. Das in der türkischen Rechtsprechung und Literatur insoweit deutlichste, diskutierte und entschiedene Beispiel ist die Miete oder Pacht: Prinzipiell kann ein Bruchteilseigentümer über ein Grundstück keinen “teilweisen” Mietvertrag, also gar keinen Mietvertrag abschließen. Ist ihm aber aufgrund Vertrages zwischen den Bruchteilseigentümern die ausschließliche Nutzung – z.B. einer Wohnung – übertragen worden (ein körperlicher Teil des Grundstücks “zugewiesen” oder “gewidmet” worden), dann kann er insoweit auch einen Mietvertrag schließen.¹⁷ Schließlich ist die Abschlussbefugnis zum Mietvertrag auch denkbar, wenn er dazu durch die Eigentümergemeinschaft ermächtigt worden ist (Art. 691 Abs. 1 ZGB), hier aber wird bereits deutlich, dass wichtige Entscheidungen eben nicht vom Bruchteilseigentümer getroffen werden können, sondern der gemeinschaftlichen Verwaltung unterliegen.

Die Rechtsgrundlage für die Bestellung des Nießbrauchsrechts ist somit Art. 688 Abs. 3 ZGB, der dieses Recht ausdrücklich erwähnende Art. 700 ZGB regelt lediglich die Folgen im Falle der Auseinandersetzung. Aus dem Umstand allein, dass der Bruchteilseigentümer berechtigt ist, an seinem Anteil ein Nießbrauchsrecht zu bestellen, ergibt sich keine eigenständige Rücksichtnahmepflicht. Zunächst einmal gilt nur, dass er die Befugnis dazu hat. Damit darf sich der Nutzungsgeber hier wie ein Eigentümer verhalten, ein Zusammenhang zwischen diesem Recht und möglicher Berücksichtigung der Interessen anderer Bruchteilseigentümer ist nicht erkennbar. Das wird auch in Lehre und Rechtsprechung nicht diskutiert, obwohl das Thema, nämlich die den Wert des Grundstücks mindernde Einräumung eines Nießbrauchsrechts in Umgehungsabsicht der Rechtsprechung durchaus vertraut ist.¹⁸ In der Rechtsprechung finden sich – so wenig wie in der Literatur – aber keine Anhaltspunkte dafür, welche Nebenpflichten den Bruchteilseigentümer gegenüber seinen Miteigentümern treffen, wenn er ein Nießbrauchsrecht bestellt, außer, dass er den anderen damit nicht vorsätzlich schaden darf (dazu etwas weiter unten).

Es muss daher hier noch einmal auf den Regelungszusammenhang innerhalb der Art. 688 ff. ZGB zurückgegriffen werden.

¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 257.

¹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 258.

¹⁸ Z.B. Kassationshof 1. ZS, 22.12.2003, E. 2003/13475, K. 2003/13925, zit. bei Gençcan II S. 3982 f.; 6. ZS, 17.12.2007, E. 2007/12168, K. 2007/14007; 12.10.2011, E. 2011/10794, K. 2011/10781.

Das entscheidende Kriterium für die Frage, ob hier der Beklagte für die Bestellung des Nießbrauchsrechts hätte die Zustimmung einholen müssen, ist zunächst einmal der Einfluss der Bestellung dieses Nießbrauchsrechts auf die von den Parteien stillschweigend oder ausdrücklich konsenterte Nutzungsart des Grundstücks. D.h., die Verfügung über den Anteil muss so gestaltet sein, dass die Grundlagen der Bruchteilsgemeinschaft bzw. der Eigentümergemeinschaft zu Bruchteilen nicht berührt werden.¹⁹ Der Kassationshof drückt es dahin aus, dass die Nutzung des Bruchteils nicht dazu führen darf, dass einem anderen Bruchteilsigentümer ein Schaden entsteht; unterstützend zieht er “Treu und Glauben” heran (Art. 2 ZGB).²⁰ Der hier entstehende Beurteilungsspielraum des Gerichts ist “nach den Umständen im Einzelfall” auszuüben.²¹

Bezieht sich dagegen das Nießbrauchsrecht auf einen körperlich dem Nutzungsgeber zugewiesenen Teil, bestehen keine Möglichkeiten, allein aus den oben genannten Bestimmungen zum Bruchteilsigentum Rechte der anderen Bruchteilsigentümer herzuleiten.

Zu beachten ist, dass Art. 693 Abs. 1 ZGB dem Bruchteilsigentümer ja erlaubt, das ganze Grundstück zu nutzen. Räumt er einer dritten Person ein Nießbrauchsrecht an seinem Anteil ein, dann genießt diese dritte Person – zunächst einmal – das gleiche Privileg. D.h., die Einräumung eines Nießbrauchsrechts als solche ist, nach den Regelungen zum Bruchteilsigentum, nicht beschränkt. Den Nießbrauchsberechtigten treffen aber dieselben Beschränkungen wie den Bruchteilsigentümer. Dies bedeutet in der weiteren Konsequenz, dass die beiden – Nutzungsgeber und Nutzungsnehmer – das Nießbrauchsverhältnis so ausgestalten müssen, dass die Rechte der anderen Bruchteilsigentümer nicht betroffen werden.

Wird das Nießbrauchsrecht dagegen – zum Beispiel – dazu benutzt, auf einem für den Betrieb einer Surfschule vorgesehenen Grundstück eine Diskothek zu betreiben oder eine Gartenkolonie zu errichten, dann überschreitet der Nutzer im Hinblick auf die Nutzungsänderung die sich aus dem Anteil des Nutzungsgebers ergebenden Rechte. Es wäre gemäß Art. 692 Abs. 1 ZGB die Zustimmung der anderen Miteigentümer einzuholen gewesen. Gleiches gilt, wenn ein Bruchteilsigentümer mit einem Mieter über das gemeinsame Grundstück ohne Zustimmung der anderen Bruchteilsigentümer einen Mietvertrag schließt²² oder das Grundstück einem Dritten unter Ausschluss oder Einschränkung anderer Bruchteilsigentümer zur Nutzung überlässt²³. Die Zustimmung kann ggf. allenfalls nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag durch Annahme eines entsprechenden mutmaßlichen Willens und Interesses der übrigen

¹⁹ Kassationshof 14. ZS, 28.2.2008, E. 2008/1320, K. 2008/2364.

²⁰ Kassationshof 3. ZS, 23.5.2012, E. 2012/8599, K. 2012/13139

²¹ Kassationshof 3. ZS, 14.11.2005, E. 2005/9102, K. 2005/11574; 17.4.2007, E. 2007/5864, K. 2007/6147.

²² Kassationshof 13. ZS, 5.3.1998, E. 1998/1404, K. 1998/2030. Vgl. auch Altop FS Serozan S. 166.

²³ Kassationshof 3. ZS, 17.10.2005, E. 2005/10234, K. 2005/10189.

Bruchteileigentümer fingiert werden.²⁴ Andernfalls, so der Kassationshof, kann der rechtswidrig in seinen Rechten beschränkte Bruchteileigentümer von denjenigen – Bruchteileigentümer und Dritten –, welche die seine Interessen beeinträchtigenden Verfügungen getroffen haben, Schadensersatz verlangen.²⁵

Spitzen wir jetzt die oben gemachten Ausführungen auf die Frage zu, ob den Beklagten die Verpflichtung trifft, auf seinem Anteil ein Nießbrauchsrecht zugunsten eines Dritten nur insoweit ohne Zustimmung der Klägerin einzurichten, als es den Wert des Grundstücks nicht beeinträchtigt, lässt sich dies anhand von Art. 693 ZGB wie folgt beantworten:

Da die Wertminderung des gesamten Grundstücks das Interesse des anderen Bruchteileigentümers unmittelbar betrifft, hätte die den Wert mindernde Maßnahme – die Einräumung eines Nießbrauchsrechts – der Zustimmung der Klägerin bedurft. Und legt man die oben zitierte Entscheidung des 3. Zivilsenats des Kassationshofs zugrunde²⁶, steht – im Hinblick auf das unten erzielte Ergebnis: stünde – der Klägerin aus dieser Rechtsverletzung auch ein Schadensersatzanspruch zu, sofern die sonstigen schadensrechtlichen Bedingungen erfüllt sind, wie insbesondere der Schadenseintritt. Darauf kommen wir aber noch einmal zurück.

b) Rechtsverhältnis zwischen den Bruchteileigentümern

Die türkischen Regelungen zum Bruchteileigentum machen es schwer, das Rechtsverhältnis zu qualifizieren. Während wir im deutschen Recht in den §§ 741 ff. BGB eine schuldrechtliche Einordnung der “Bruchteilsgemeinschaft” haben, können wir die Reflektion in den §§ 1008 ff. BGB sachenrechtlich qualifizieren.

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass es für die Qualifizierung einer Rechtsbeziehung als “sachenrechtlich” oder “schuldrechtlich” nicht darauf ankommt, in welchem Abschnitt des Gesetzes sich die betreffende Regelung befindet. Dies hat allenfalls indizielle Wirkung. Es kommt vielmehr auf die Natur der Rechtsbeziehung an.

Das türkische Gesetz enthält Regelungen, die eindeutig von “Verpflichtungen” sprechen. Zwar entspringen diese Verpflichtungen aus einer sachenrechtlichen Situation, nämlich dem Umstand, dass die Parteien über eine “Sache” als Miteigentümer rechtlich miteinander verbunden sind. Leitet man daraus aber Verhaltens- oder Unterlassungspflichten her, bekommt das Rechtsverhältnis insoweit einen schuldrechtlichen Charakter. Dies gilt um so mehr, als das

²⁴ Kassationshof 13. ZS, 5.3.1998, E. 1998/1404, K. 1998/2030.

²⁵ Kassationshof 3. ZS, 17.10.2005, E. 2005/10234, K. 2005/10189 (ohne Begründung, woraus der Schadensersatzanspruch hergeleitet wird, vermutlich aus dem gegen den unberechtigten Besitzer bestehenden Schadensersatzanspruch, Art. 995 ZGB)).

²⁶ Kassationshof 3. ZS, 17.10.2005, E. 2005/10234, K. 2005/10189 (ohne Begründung, woraus der Schadensersatzanspruch hergeleitet wird).

türkische und das Schweizer Recht die beiden Rechtsgebiete nicht mit derselben Schärfe trennen wie das deutsche BGB. Selbst im deutschen BGB mag man ja sogar im sogenannten “dinglichen Vertrag”, also dem abstrakten Übereignungsgeschäft, eine zweite schuldrechtliche Beziehung erkennen. Auch mag richtig sein, dass ein Teil der Lehre in der Türkei auch im “Realakt” (Traditionsprinzip) die Willensübereinstimmung, also eine Art Vereinbarung sehen will. Tatsächlich ist diese nichts anderes als der gemeinsame Erfüllungswille, der sich aus jedem Vertragsverhältnis ergeben muss, ganz einfach als Konsequenz aus der gegenseitigen Verpflichtung dazu.

Wenn jetzt etwa Art. 689 Abs. 1 ZGB davon spricht, dass die Bruchteileigentümer ihre Rechte und Pflichten bezüglich der ordnungsgemäßen Verwaltung des gemeinsamen Grundstücks in bestimmten Grenzen auch abweichend vom Gesetz regeln können, dann ist das ein klarer Hinweis darauf, dass die Parteien hier mehr dürfen, als nur einen Vertrag erfüllen. Sie dürfen – insoweit im Rahmen der Vertragsschlussfreiheit – einen Vertrag, eine Vereinbarung treffen.

Für die Frage der Qualifikation allerdings ist hieraus eben der Umkehrschluss zu ziehen: Haben sie eine Vereinbarung nicht getroffen, gelten die Bestimmungen des Gesetzes, das aus der Eigentümerposition bestimmte Verhaltens- und Unterlassenspflichten herleitet, also nichts anderes als Verhaltens- und Unterlassenspflichten, die einen Besitzer gegenüber dem Eigentümer treffen.

Das im Bruchteileigentum bzw. der Bruchteileigentumsgemeinschaft begründete Verhältnis der Parteien ergibt sich also aus der Natur der eigentumsrechtlichen Situation, ohne Rücksicht darauf, wie diese zustande gekommen ist, sei es aufgrund eines Vertrages, des Erbgangs oder aufgrund Gesetzes. So wird dann auch verständlich, dass – theoretisch – die Situation abstrakt von einem jeglichen Rechtsgrund zu betrachten ist.

Die im Gesetz enthaltenen Rechte und Pflichten sind also sachenrechtlich zu qualifizieren. Nebenpflichten über die aus dem Gesetz heraus erkennbaren Pflichten gibt es nicht. Das erklärt auch, warum die Sachenrechtsliteratur und die Rechtsprechung an keiner vom Gutachter geprüften und erkennbaren Stelle solche Pflichten auch nur erwähnen.

Für weitergehende Rechte und Pflichten muss also geprüft werden, ob zwischen den Parteien – neben dem sachenrechtlich zu qualifizierenden Rechtsverhältnis – ein schuldrechtliches, erbrechtliches, familienrechtliches (Güterstand!), öffentlich-rechtliches etc. Rechtsverhältnis besteht, aus dem sich solche Treue- und Fürsorgepflichten ergeben können.

Verstöße gegen die oben genannten Pflichten, werden über das Schadensrecht sanktioniert, also über das Recht der gesetzlichen Schuldverhältnisse.

c) Pflicht, den Wert zu erhalten

Allein die Frage, ob den Beklagten eine Pflicht trifft, seine Verfügungen über seinen Anteil daran auszurichten, ob der Wert des Grundstücks gemindert wird, kann hier von Bedeutung sein. Nur bei einem der dem Gutachter vorliegenden Urteile lag ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde, wo versucht worden war, den Wertverlust ins Spiel zu bringen. Ausgerechnet dieses Urteil endete dann aber aus formalen Revisionsgründen mit einer Aufhebung des Ausgangsurteils und es kam offenbar nicht mehr zur Entscheidung in der Sache.

In Ermangelung konkreter Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage hält der Gutachter vor dem Hintergrund der Bestimmungen des türkischen Rechts folgende Schlussfolgerung für richtig:

Wird eine den Wert des Grundstücks als solchen beeinträchtigende Verfügung getroffen, so stellt sich noch die Frage, ob tatsächlich ein Schaden entsteht. Das kann z.B. der Fall sein, wenn ein langfristiger Mietvertrag zu besonders mieterfreundlichen Konditionen abgeschlossen wurde, der im Grundbuch beigeschrieben ist und an den im Falle eines Verkaufs der Käufer gebunden wäre mit der Folge, dass nicht der marktgerechte Verkaufspreis erzielt werden kann oder eben die berechtigten Mieterwartungen der anderen Bruchteilseigentümer nicht erfüllt werden. Im vorliegenden Fall ist allerdings ein Löschungsanspruch bezüglich des Nießbrauchsrechts entstanden, so dass die Ausführungen des Kassationshofs zur Wertminderung hier abstrakt im Raum stehen bleiben, ohne sich konkret als Schaden zu realisieren (wir kommen gleich noch einmal unter 4. darauf zurück). Kann tatsächlich ein Schaden festgestellt werden, so dürfte jedenfalls eine Pflichtverletzung aus Art. 693 Abs. 1 ZGB herzuleiten sein.

3. Rechtsfolgen

a) Anfechtung der Bestellung des Nießbrauchsrechts

Die als Anlage 7 in deutscher Übersetzung zur Verfügung gestellten Urteile des Kassationshofs (insoweit nur das Urteil aufgrund des Urteilsberichtigungsantrages) und der Zivilkammer C... geben der Auseinandersetzungsklage statt. Um die Folge, dass das Nießbrauchsrecht am Erlös gemäß Art. 700 ZGB weiterbesteht, zu vermeiden, wird festgestellt, dass die Bestellung des Nießbrauchsrechts im Hinblick auf Art. 2 ZGB (Treu und Glauben) nichtig sei. Eine Anspruchsgrundlage für die Klägerin wird nicht mitgeteilt. Ein Anspruch könnte sich aus Art. 785 ZGB ergeben:

„Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Löschung einer Dienstbarkeit verlangen, wenn der Erhalt der Dienstbarkeit für das begünstigte Grundstück keinerlei Wert mehr hat.

Die teilweise oder vollständige Löschung einer Dienstbarkeit kann gegen Zahlung eines Geldbetrages verlangt werden, wenn der Nutzen gegenüber der Belastung eine unverhältnismäßig geringe Bedeutung hat.“

Diese Bestimmung kann analog auf das Nießbrauchsrecht angewendet werden.²⁷ Eine weitere Möglichkeit ist die analoge Anwendung von Art. 696 Abs. 1 ZGB, wonach der Nießbrauchsberechtigte wie ein pflichtwidrig handelnder Bruchteilseigentümer behandelt würde.²⁸ Esener/Güven wollen lieber Art. 683 Abs. 2 ZGB angewendet wissen.²⁹ Hier Art. 683 ZGB insgesamt:

„Wer Eigentümer einer Sache ist, darf die Sache im Rahmen der Rechtsordnung nach Belieben gebrauchen, aus ihr Nutzen ziehen und über sie verfügen.

Der Eigentümer darf die Sache vom unberechtigten Besitzer herausverlangen sowie von jedem, der sie ihm unberechtigt vorenthält, Unterlassung verlangen.“

Warum sich der Kassationshof (und ihm folgend die Zivilkammer C...) sich hier nicht die Mühe gemacht haben, eine Rechtsgrundlage für den Lösungsanspruch zu beschreiben, ist unklar. Die Auswahl geht aber noch über die oben beschriebenen Grundlagen hinaus. Da die Nießbrauchsberechtigte im vorliegenden Fall nur einen Anteil aus dem Erlös erhalten hätte, wäre mit Art. 2 ZGB eine Verwirkung zu begründen. Allein aus den oben zitierten Bestimmungen wird jedoch bereits der Rechtsgedanke deutlich, den der Kassationshof hier anwendet:

„Gegen denjenigen, der ein Nießbrauchrecht hat, dessen Nutzen gegenüber der Belastung für das Grundstück in keinerlei Verhältnis steht oder es sich erschlichen oder unter Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben erworben hat, hat der Eigentümer des belasteten Grundstücks einen Anspruch auf Löschung. In diesem Fall steht dem Nießbrauchsberechtigten kein Anspruch auf eine Entschädigung zu.“

Mit diesem Satz kann das Gericht ggf. von seiner Lückenfüllungsbefugnis³⁰ gemäß Art. 1 ZGB Gebrauch machen.

²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 667; Ertay S. 493.

²⁸ Esen/Güven S. 379 lehnen dies ab, Ertay S. 493 bejaht dies.

²⁹ Esen/Güven S. 379.

³⁰ Darüber, dass hier eine „Lücke“ besteht, ist sich die Lehre einig (ausdrücklich Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 667).

b) Schadensersatzanspruch

(1) Herleitung aus dem Sachenrecht

Die Bestimmungen der Art. 688 ff. ZGB enthalten, außer den Kostentragungspflichten, keine Regelung über einen Schadensersatzanspruch. In Betracht kommen Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung, unerlaubter Handlung und die Regelungen über den Schadensersatzanspruch des berechtigten gegenüber dem unberechtigten, bösgläubigen Besitzer gemäß Art. 995 ZGB. In den Auseinandersetzungsfällen bei Bruchteileigentum bezieht sich der Kassationshof zu Recht auf letztere.³¹

Art. 995 ZGB lautet in der Übersetzung des Gutachters:

“Der zur Herausgabe verpflichtete bösgläubige Besitzer einer Sache hat dem Berechtigten die Nutzungen herauszugeben oder unterlassene Nutzungen zu ersetzen sowie denjenigen Schaden zu ersetzen, der dem Berechtigten infolge der unberechtigten Vorenthaltung der Sache entstanden ist.

Der bösgläubige Besitzer kann vom Berechtigten nur diejenigen Verwendungen erstattet verlangen, die aus der Sicht des Berechtigten notwendig waren.

Der bösgläubige Besitzer haftet für Schäden während des Zeitraums, in dem er nicht wusste, an wen die Sache herauszugeben ist, nur insoweit, als er diese verschuldet hat.”

Die Literatur will auf die wesentlichen Merkmale dieses Schadensersatzanspruchs das Recht der unerlaubten Handlung angewendet wissen.³²

Die im Zusammenhang mit Art. 995 ZGB durch die höchstrichterliche Rechtsprechung behandelten Fälle beziehen sich weit überwiegend auf die Herausgabe von Grundstücken oder die Auseinandersetzung und deren Zusammenhang. Der Wert des Grundstücks als solcher spielt dabei keine Rolle. Am häufigsten dagegen geht es um die Nutzungsentschädigung, die der ständigen Rechtsprechung des Kassationshofs den Betrag der ortsüblichen Miete nicht übersteigen darf.³³

Kommt man auf diese Weise zu einem Schadensersatzanspruch, gelten nachfolgende Regeln.

³¹ Kassationshof 3. ZS, 17.4.2007, E. 2007/5864, K. 2007/6147.

³² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 113. Kassationshof GrZS, 22.11.1967, E. 1967/6-1203, K. 559 (zit. ebenda).

³³ Kassationshof 3. ZS, 3.7.2012, E. 2012/13454, K. 2012/16652.

(2) *Unerlaubte Handlung allgemein*³⁴

Anwendbar ist das OGB (Obligationengesetzbuch) in seiner Fassung vor dem 30.6.2012³⁵. Dies ergibt sich aus Art. 1 Gesetz Nr. 6101 v. 12.1.2011, RG Nr. 27836 v. 4.2.2011 (Einführungsgesetz zum neuen OGB). Die nachfolgenden Zitate von Rechtsvorschriften beziehen sich auf diese alte Fassung.

Das Recht der unerlaubten Handlungen (*haksız fiil*) ergibt sich aus Art. 41 ff. OGB. Beim OGB (Obligationengesetzbuch) handelt es sich um das fünfte Buch des ZGB, das im Wesentlichen noch seinem Vorbild, dem schweizerischen Obligationenrecht (OR) entspricht. Über die Bestimmungen im OGB hinaus gibt es in besonderen Gesetzen besondere Haftungstatbestände, wie etwa im Straßenverkehrsrecht die Gefährdungshaftung.

Wer Schadensersatz aus unerlaubter Handlung geltend macht, muss beweisen, dass es eine rechtswidrige Handlung, einen Schaden, auf Schädigerseite ein Verschulden sowie einen Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schaden gegeben hat.³⁶ Kann der Schädiger ein Mitverschulden oder Versäumnis einer Schadensminderungspflicht des Geschädigten nachweisen, wird sich der Umfang des Schadensersatzes entsprechend verringern. Die Höhe des Schadens muss vom Geschädigten nicht im Einzelnen nachgewiesen werden, da das türkische Recht die Schadensbemessung flexibler gestaltet als etwa das deutsche Recht.

(3) *Rechtswidrige Handlung (hukuka aykırı fiil)*

Rechtswidrig ist eine Handlung, wenn sie gegen eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Bestimmung verstößt oder wenn unter Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) Rechtsmissbrauch betrieben wird.³⁷ Dieser Punkt ist hier von besonderer Bedeutung, weil der Kassationshof und die Zivilkammer C... genau hierauf abgestellt haben. Eine unerlaubte Handlung kann auch durch *Unterlassung (kaçınma)* begangen werden. Dies ist der Fall, wenn den Unterlassenden eine Handlungspflicht trifft.³⁸

Erfasst werden durch das Recht der unerlaubten Handlungen zunächst einmal absolute Rechte.³⁹ Vermögenswerte Besitz- und Eigentumsrechte sind geschützt, einfache Forderungen aus vertraglichen Beziehungen dagegen nicht. Hier greifen ohnehin die Vertragsverletzungsregeln der

³⁴ Ausführlicher Rumpf Einführung § 25; Reisoğlu S. 126 ff.

³⁵ Borçlar Kanunu (Obligationengesetzbuch), Gesetz Nr. 818 vom 22.04.1926, RG Nr. 359 vom 29.04.1926.

³⁶ Plenum des Kassationshofs, 22.6.1966, E. 1966/7, K. 1966/7. Dieses Urteil betrifft vor allem die Grundlagen des Schmerzensgeldanspruchs gem. Art. 47 OGB, enthält aber auch grundlegende Aussagen zur unerlaubten Handlung. Entscheidungen des Plenums haben gesetzesähnliche Wirkung und binden alle Gerichte.

³⁷ Karahasan S. 105 ff., 118; Kassationshof 4. ZS., 29.5.2003, E. 2003/938, K. 2003/7141.

³⁸ Karahasan S. 103; Eren S. 470.

³⁹ Eren S. 553 ff.; Reisoğlu S. 128.

Art. 96 ff. OGB, aus denen sich dann wieder Rückverweise auf das Recht der unerlaubten Handlungen ergeben können (Art. 98 OGB).

Ferner kann sich der Anspruch aus einem Verstoß gegen Normen ergeben, die die Rechte des Verletzten schützen sollen (Schutznorm).⁴⁰ Hier muss der Geschädigte beweisen, dass er zu dem Personenkreis gehört, der durch die verletzte Regel geschützt werden soll.⁴¹

Rechtswidrigkeit ist ausgeschlossen⁴², wenn der Handelnde durch öffentlich-rechtliche Anordnung (z. B. Polizeibeamter bei Festnahme) oder privatrechtliche Befugnis (angemessene Abwehr von Beeinträchtigungen des Eigentums, maßvoller Eingriff des Erziehungsberechtigten in die Rechte des Kindes) gerechtfertigt ist oder der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt hat (medizinische Behandlung).⁴³ Im Falle der Einwilligung können die Umstände aber auch ergeben, dass die Einwilligung entweder unwirksam ist (Willensmängel des Einwilligenden) oder der Einwilligende nicht berechtigt ist, über das zu schützende Rechtsgut zu verfügen (z.B. sein Leben). Die spätere Genehmigung des Geschädigten ist nicht geeignet, die Rechtswidrigkeit einer Handlung zu rechtfertigen. Sie kann allenfalls als Verzicht auf den Schadensersatzanspruch ausgelegt werden.⁴⁴

Auf Einzelheiten zur Notwehr und zum rechtfertigenden Notstand (Art. 52 OGB) braucht hier nicht eingegangen zu werden.⁴⁵

(4) Sittenwidrige Schädigung

Art. 41 II OGB schließlich regelt die sittenwidrige Schädigung. In einem solchen Fall wird die Sittenwidrigkeit mit der Rechtswidrigkeit gleichgesetzt.⁴⁶ In der türkischen Praxis wird auf diese Bestimmung weit weniger häufig rekurriert als in Deutschland auf § 826 BGB. Hier gibt es bezüglich des Verschuldens die Einschränkung, dass Vorsatz vorliegen muss.⁴⁷ Im konkreten Fall dürfte allerdings der vom Kassationshof und der Zivilkammer C... festgestellte Sachverhalt für die Anwendung von Art. 41 II OGB ausreichen.

⁴⁰ Eren S. 556.

⁴¹ Reisoğlu S. 126.

⁴² Karahasan S. 127 ff.; Eren S. 563 ff.

⁴³ Eren S. 564; Reisoğlu S. 129; Karahasan S. 134 ff.

⁴⁴ Eren S. 566; Reisoğlu S. 127; Karahasan S. 137 f.

⁴⁵ Rumpf Einführung § 25 Rdn. 5 ff.; Karahasan S. 138 ff.

⁴⁶ Eren S. 560 („gleichgesetzt“); Karahasan S. 146 („ist rechtswidrig“).

⁴⁷ Eren S. 561.

(5) *Schaden*

Zu ersetzen ist der materielle Schaden, vorrangig in Form der *Naturalrestitution*⁴⁸. Soweit dies nicht möglich ist, ist *Wertersatz in Geld* zu leisten. Gegebenenfalls ist auch eine *Rente* zu zahlen, etwa wenn dem Geschädigten die Möglichkeit genommen worden ist, selbst regelmäßiges Einkommen zu erzielen.⁴⁹ Im Einzelfall steht für die Bestimmung einer der Ersatzformen ein richterliches Ermessen zur Verfügung.⁵⁰

Der Schaden besteht in der unfreiwilligen Minderung von Vermögenswerten auf der Seite des Geschädigten.

Auszugehen ist von der Differenztheorie; sie beruht auf dem Grundsatz, dass der Geschädigte durch das schädigende Ereignis nicht besser gestellt werden soll als ohne dieses Ereignis. In der Türkei wird hier – wie in Deutschland – von Schadensausgleichung (*denkleştirme*) gesprochen.⁵¹ Dabei kann der Schaden sowohl in einer tatsächlichen und konkreten Minderung vorhandener Vermögenswerte bestehen als auch in der Minderung konkreter Aussichten der Vermögensmehrung (entgangener Gewinn⁵², Einkommensnachteile). Der Geschädigte hat sich dabei allerdings auch Vorteile anrechnen zu lassen, die auf seiner Seite infolge des schädigenden Ereignisses anwachsen (z. B. ersparte Aufwendungen). Mit anderen Worten: es erfolgt eine umfassende Betrachtung der Veränderung der Vermögensverhältnisse infolge des schädigenden Ereignisses.⁵³

Absolute Obergrenze des Schadensersatzes ist derjenige Wert, um welchen das Vermögen des Geschädigten infolge des Schadensereignisses gemindert worden ist.⁵⁴

Für die Bemessung des Schadens kommt es auch darauf an, wo er letztendlich eintritt. Wird bei einem Autounfall in der Türkei ein in Deutschland zugelassenes Kfz beschädigt, darf der Geschädigte auch dasjenige verlangen, was er in Deutschland aufwenden müsste, um den Schaden zu beheben.⁵⁵ Er wird also nicht darauf verwiesen, sein Fahrzeug in der Türkei reparieren zu lassen.

⁴⁸ Eren S. 691 („aynen“); Reisoğlu S. 168 f.; Karahasan S. 97.

⁴⁹ Karahasan S. 98: In der Praxis ist das bislang allerdings nicht vorgekommen.

⁵⁰ Reisoğlu S. 166; Karahasan S. 98.

⁵¹ Eren S. 697 ff.; Karahasan S. 97; Uygur II S. 1285.

⁵² Uygur II S. 1285; Karahasan 179 ff.

⁵³ Kassationshof 4. ZS., 11.3.1981, E. 1981/1247, K. 1981/3013 bei Uygur II 2144 f.

⁵⁴ Kassationshof 4. ZS., 9.12.1975, E. 1975/77, K. 1975/12375 bei Uygur II S. 2024.

⁵⁵ Kassationshof 17. ZS., 26.12.2005, E. 2005/11596, K. 2005/11797.

(6) *Verschulden (kusur)*

Abgesehen von einigen Sonderfällen der Gefährdungs- oder Verursacherhaftung (Kausalhaftung)⁵⁶ (dazu unten) gilt im Recht der unerlaubten Handlungen das Verschuldensprinzip: ohne Verschulden keine Haftung.⁵⁷ Verschulden ist ein von der Rechtsordnung nicht gebilligtes Willensdefizit. Unterschieden werden Vorsatz (*kası*) und Fahrlässigkeit (*ihmal*).

Der *Vorsatz* kann sich in Varianten äußern, die vom *dolus directus* zum *dolus eventualis* gehen.

Für das Verschulden reichen *grobe (ağır ihmal)* oder *leichte (hafif ihmal) Fahrlässigkeit* aus. Maßstab ist die gebotene Sorgfalt bei der Verrichtung der eigenen Angelegenheiten. Hierzu gehört auch, dass der Mensch seine Möglichkeiten richtig einschätzt.

Für die *Verschuldensfähigkeit* reicht die Urteilsfähigkeit (*temyiz kudreti, ayırt gücü*, Art. 13, 16 ZGB) aus, Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich. Wer nicht verschuldensfähig ist, haftet nicht, auch wenn der Zustand im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses nur vorübergehend war. Allerdings hat das Gericht die Möglichkeit, gemäß Art. 54 OGB dennoch nach „billigem Ermessen“ zu Schadensersatz zu verurteilen; als Maßstab dienen hier insbesondere die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten. Auch der Umstand, dass der Schädiger über eine Haftpflichtversicherung verfügt, beeinflusst die Zubilligung von Schadensersatz.⁵⁸

Die *Beweislast* für das Verschulden liegt zwar grundsätzlich beim Geschädigten, doch führt eine objektive Pflichtverletzung des Schädigers zur Beweislastumkehr.⁵⁹

(7) *Kausalzusammenhang (iliyet bağı)*

Zwischen Schaden und Tathandlung bzw. Ereignis muss ein Kausalzusammenhang⁶⁰ bestehen, wobei jede einzelne Schadensposition kausal auf das schädigende Ereignis zurückzuführen sein muss.⁶¹ So wie mehrere Ursachen nebeneinander, alternativ oder gemeinsam zu einem Schaden führen können⁶², kann aus einem komplexen Ursachenzusammenhang auch nur eine Teilursache zu dem Schaden geführt haben.⁶³ Wie im deutschen Recht wird aber auch im türkischen Recht anerkannt, dass zwischen dem kausalen Ereignis und dem Schaden eine gewisse Nähe vorliegen

⁵⁶ Eren S. 573 ff.

⁵⁷ Eren S. 529 ff.; Reisoğlu S. 132; Karahasan S. 159 ff..

⁵⁸ Reisoğlu S. 135.

⁵⁹ Karahasan S. 174.

⁶⁰ Eren S. 487 ff.; Karahasan S. 185 ff.; Uygur II S. 1287.

⁶¹ Kassationshof 4. ZS., 23.5.1989, E. 1989/1798, K. 1989/4789 bei Uygur II S. 2033.

⁶² Eren S. 505 ff.

muss. Die Verantwortlichkeit des Schädigers scheidet aus, wenn weitere Ereignisse eingetreten sind, die nicht mehr im Kontrollbereich des Schädigers liegen und ohne die der Schaden nicht eingetreten wäre. Im Kontrollbereich des Schädigers liegt ein Ereignis, wenn es selbst nach allgemeiner Lebenserfahrung eine typische Folge desjenigen Ereignisses darstellt, für das der Schädiger unmittelbar verantwortlich ist.⁶⁴ Es muss also ein *adäquater Kausalzusammenhang* (*uygun illiyet bağı*) bestehen.⁶⁵ Unschädlich für die Ersatzpflicht des Schädigers ist, wenn neben seine Handlung weitere kausale Ursachen hinzutreten: es genügt, wenn nachweisbar ist, dass ohne die schädigende Handlung der Schaden nicht eingetreten wäre und dass diese „Nebenursachen“ im Bereich eines nach der Lebenserfahrung typischen Ablaufs liegen.

Die Lehre ergänzt, ohne gegenüber der Rechtsprechung grundsätzlich andere Ergebnisse zu erzielen, die Adäquanztheorie teilweise durch die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang.⁶⁶ Der Schutzzweck der Norm definiert den Kreis derjenigen, die als Geschädigte geschützt werden sollen.⁶⁷ Die Bedeutung dieser Kombination wird vor allem bei Unterlassung deutlich: es genügt nicht nur der Nachweis eines adäquaten Zusammenhangs zwischen Unterlassen und Schadenserfolg, sondern es ist auch der Nachweis erforderlich, dass der Schädiger pflichtwidrig gehandelt hat, also gegenüber dem Geschädigten zu einem aktiven Tun rechtlich verpflichtet gewesen wäre.⁶⁸

Bei Gewinnausfällen ist allerdings noch ein Korrektiv zu berücksichtigen: ausgefallene Einnahmen, die illegal oder sittenwidrig zu erzielen gewesen wären, braucht der Schädiger nicht zu ersetzen.⁶⁹

Einen Sonderfall stellt die gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung dar, bei der keiner der Beteiligten für sich allein in der Lage gewesen wäre, den Schadenserfolg herbeizuführen. Der Zurechnungszusammenhang zwischen Schaden und schädigendem Ereignis weist auf die Schädiger gemeinschaftlich, die dann gemäß Art. 50 OGB gesamtschuldnerisch haften (*gemeinschaftliche Kausalität – ortak illiyet*).⁷⁰ Der Geschädigte kann sich einen beteiligten Schädiger aussuchen, der dann vom anderen Ausgleich verlangen kann. Anders ist es, wenn jeder Beteiligte unabhängig voneinander eine Ursache gesetzt hat, die für sich allein ausgereicht hätte, den

⁶³ Eren S. 510 ff.

⁶⁴ Reisoğlu S. 137.

⁶⁵ Eren S. 492 ff.; Karahasan S. 186.

⁶⁶ Karahasan S. 200 ff.: dagegen die Rechtsprechung, dafür nur ein Teil der Lehre (Tandoğan, Eren u.a.).

⁶⁷ Eren S. 556; Reisoğlu S. 139 mwN, insbesondere dort Fn. 21.

⁶⁸ Reisoğlu S. 140; Karahasan S. 103; Eren S. 470.

⁶⁹ Kassationshof 11. ZS., 9.3.1999, E. 1998/10131, K. 1999/1996 unter Zugrundelegung von Art. 142 OGB (vertragsrechtliche Begründung); Reisoğlu S. 141 Fn. 25.

⁷⁰ Reisoğlu S. 142.

Schaden herbeizuführen (*kumulative Kausalität – birlikte illiyet*). Auch hier kann sich der Schädiger den Beteiligten aussuchen, dieser kann jedoch keinen Rückgriff auf den oder die anderen Beteiligten nehmen. „Pech“ hat der Geschädigte, wenn nur einer der unabhängig voneinander handelnden Beteiligten die Ursache gesetzt hat, die konkret zum Schaden geführt hat, er jedoch die Ursache nicht einem konkreten Beteiligten zuordnen kann. Der Geschädigte geht leer aus, weil er den Schaden nicht im Sinne eines Kausalzusammenhangs einem bestimmten Schädiger zuordnen kann.

(8) Umfang des Schadensersatzes

Das türkische Recht geht zunächst einmal davon aus, dass der Schadensersatz jedenfalls nicht die Höhe des tatsächlich eingetretenen Schadens überschreiten darf. Ferner gibt es auch keine „Totalreparation“ bzw. gilt auch nicht das Prinzip „alles oder nichts“, vielmehr haben verschiedene Umstände, die sich aus den Personen, deren Verhalten, Umfeld u.a. ergeben können, Einfluss auf die Schadensbemessung. D.h., die „Schadensberechnung“ führt zur Definition eines Höchstbetrages, der nicht unbedingt identisch mit dem Ergebnis der „Schadensbemessung“ sein muss – hier muss das Gericht eine Einzelfallbewertung vornehmen.⁷¹ Hinzu kommen dann noch Fragen des Haftungsumfanges. Denn Haftungsanteile des Geschädigten wirken sich gemäß Art. 44 OGB auf den Haftungsumfang beim Schädiger mindernd aus (Mitverschulden – *müteferrik kusur*). Auch der Grad des Verschuldens kann sich mindernd auf die Schadenshöhe auswirken, wie schon die ausdrückliche Formulierung des Art. 43 I OGB („nach den Umständen und der Schwere der Pflichtverletzung“) nahe legt. Leichte Fahrlässigkeit wird daher durch das Gericht deutlich anders zu berücksichtigen sein als Vorsatz.⁷² Schließlich beeinflussen auch Vorteile, die der Geschädigte infolge des schädigenden Ereignisses hat, den Umfang des Schadensersatzes.

Es ist darauf abzustellen, welchen Veränderungen das Vermögen des Geschädigten infolge der schädigenden Handlung ausgesetzt war. Hier kommt das bereits genannte Prinzip der Schadensausgleichung (*denkleştirme*) zur Anwendung. Jede adäquat kausal auf die schädigende Handlung erfolgte Änderung des Vermögensstandes – Nachteile wie Vorteile – hat in die Schadensberechnung mit einzufließen.⁷³

Auch die Vermögenssituation des Schädigers spielt bei der Bemessung des Schadensersatzes eine Rolle. Wer vermögenslos ist, muss zwar zahlen, darf aber, wenn sein Verschulden nicht zu schwer wiegt, mit einer entsprechenden Ermessensausübung durch das Gericht rechnen.⁷⁴

⁷¹ Eren S. 728 ff.

⁷² Reisoglu S. 171. Kassationshof 4. ZS, 3.5.1994, E. 1994/1251, K. 1994/4252, zit. bei Karahasan S. 437.

⁷³ 4. ZS. aaO.; umfassend insgesamt Karahasan S. 97; Uygur II S. 2017 ff.; Eren S. 697 ff.;

⁷⁴ Eren S. 734. „Eine Katastrophe soll nicht einfach durch eine andere Katastrophe ersetzt werden“.

Umgekehrt darf das Gericht auch die schlechte Vermögenssituation oder aber eine besonders gute Vermögenssituation des Geschädigten zulasten bzw. zugunsten des Schädigers in sein Ermessen einfließen lassen.⁷⁵

Als Mitverschulden im Sinne von Art. 44 OGB⁷⁶ wird jede Form der eigenverantwortlichen Einwirkung durch den Geschädigten, sei es direkt auf die Person des Schädigers⁷⁷, sei es auf den Kausalverlauf angesehen. Auch ein anderer objektiver Umstand auf Seiten des Geschädigten kann sich auf den Umfang des Schadensersatzes auswirken, wenn durch diesen Umstand der Schaden höher ausgefallen ist, als es sonst der Fall wäre.⁷⁸

Zu ersetzen wäre hier derjenige Schaden, der voraussichtlich ohne den objektiven Anteil des Geschädigten eingetreten wäre. Das Ermessen des Gerichts erlaubt in einem solchen Fall allerdings auch eine höhere wie auch noch niedrigere Bemessung. Im Einzelfall kann auch überhaupt schon die Adäquanz des Kausalzusammenhangs zwischen schädigendem Ereignis und Schaden fehlen.

(9) Art des Schadensersatzes

Wie bereits gesagt, kommt nach türkischem Recht, wie auch nach BGB, zunächst einmal die Naturalrestitution in Betracht.⁷⁹ Im vorliegenden Fall kann schon die Löschung Teil des Schadensausgleichs sein, indem durch die Löschung des Nießbrauchsrechts der Wertverlust rückgängig gemacht wird.

In aller Regel wird es jedoch darum gehen, Schäden durch einen finanziellen Ausgleich zu ersetzen. Dies gilt für körperliche und seelische Schäden wie für Vermögensaufwendungen, zu denen der Geschädigte durch die Tathandlung gezwungen wurde.

Das Gericht hat bei der Wahl der Art des Schadensersatzes ein weites Spektrum an Möglichkeiten und, wie gesagt, alle Umstände im Einzelfall zu berücksichtigen.⁸⁰

⁷⁵ Reisoğlu S. 168; Eren S. 739.

⁷⁶ Uygur II S. 2041 ff. mit zahlreichen Rechtsprechungsbeispielen.

⁷⁷ Der verletzte Arzt hat den Geschädigten zuvor provoziert: Kassationshof 4. ZS., 29.1.2002, E. 2001/9970, K. 2002/1015.

⁷⁸ Etwa wenn der Geschädigte selbst eine Pflichtwidrigkeit begangen hat: Kassationshof 4. ZS., 13.1.1976, K. 1975/4853, K. 1976/333 bei Uygur S. 2044: Wer eine Wiese mit Insektiziden behandelt, muss für den Tod von Weidevieh aufkommen. Der Schäfer haftet mit, wenn er sein Vieh ohne Aufsicht und ungenehmigt auf die Wiese gelassen hat; so auch Kassationshof 4. ZS., 13.3.1985, E. 1984/9973, K. 1985/2112 = GrZS, 12.12.1986, E. 1986/4-783, K. 1986/1071, zit. bei Karahasan S. 1080 ff.).

⁷⁹ Reisoğlu S. 168 f.; Karahasan S. 97; Eren S. 740.

⁸⁰ Reisoğlu S. 169 ff., 173 ff.; Uygur II S. 2139 ff.

(10) Schadensminderungspflicht

Dem Mitverschulden gleichgesetzt wird das Unterlassen von zumutbaren Maßnahmen seitens des Geschädigten, die zur Minderung des Schadens beitragen könnten. Hergeleitet wird die Schadensminderungspflicht aus dem Grundsatz „Treu und Glauben“ (Art. 2 ZGB), der Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht wird als Mitverschulden im Sinne des Art. 44 OGB gewertet.⁸¹

4. Schadenseintritt und Rolle des Urteils der Zivilkammer C... v. 26.4.2011

Fraglich ist hier, ob der errechnete Wertverlust tatsächlich eingetreten ist. Das wäre der Fall gewesen, wenn es beim Nießbrauchsrecht geblieben und es zu einem gemeinschaftlichen Verkauf gekommen wäre. Es gibt aber verschiedene Gesichtspunkte, die dem Schadenseintritt entgegenstehen.

Im türkischen Schadensrecht gilt, wie oben gesagt, die Differenztheorie; sie beruht auf dem Grundsatz, dass der Geschädigte durch das schädigende Ereignis nicht besser gestellt werden soll als ohne dieses Ereignis.⁸² Dabei kann der Schaden sowohl in einer tatsächlichen und konkreten Minderung vorhandener Vermögenswerte bestehen als auch in der Minderung konkreter Aussichten der Vermögenmehrung (entgangener Gewinn⁸³, Einkommensnachteile).

So ist auf die Behauptung des Klägersvertreters (AS 148) hinzuweisen, wonach bereits schuldrechtlich eine Beendigung des Nießbrauchsrechts im Falle des Weiterverkaufs des Grundstücks gegolten habe. Danach bestünde immerhin ein Anspruch des Beklagten gegen I... I... auf Löschung des Nießbrauchsrechts (Nießbrauchsrecht, Nutznießungsrechts)⁸⁴. Die Klägerin kann vom Beklagten verlangen, dass er gegenüber der Nießbrauchsberechtigten entsprechende Erklärungen abgibt. Damit kann der Schaden „Wertminderung“ abgewendet werden und würde sich ggf. auf die entstehenden zusätzlichen Kosten und entgangene Gewinne während der Dauer des Nießbrauchsrechts beschränken.

Im konkreten Fall allerdings kam es inzwischen zu einem rechtskräftigen Urteil, das die Löschung des Nießbrauchsrechts anordnet (es kann dahinstehen, ob das Urteil ein „Feststellungsurteil“ ist oder eine „Anordnung“ an das Grundbuchamt enthält) und für dessen Umsetzung nur noch die Grundbuchgebühr zu entrichten ist. Wenn die Eintragung des Nießbrauchsrechts rechtswidrig war (das türkische Gericht nimmt dies hier an), dürfte dies einen Teil des zu ersetzenden

⁸¹ Uygur II S. 2041.

⁸² Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur sprechen hier von „denkleştirme“ – In-Ausgleich-Bringen. Vgl. z. B. mit weiteren Nachweisen Karahasan S. 80 ff.; Uygur II S. 1285.

⁸³ Uygur II S. 1285.

⁸⁴ Vgl. auch Art. 796 Abs. 2 ZGB: „Aus Beendigungsgründen wie Ende der Nutzungsdauer oder Verzicht oder Tod des Nutzungsberechtigten entsteht bei Grundstücken dem Eigentümer ein Löschungsrecht.“

Schadens darstellen. Der Wert des Grundstücks selbst jedoch ist durch dieses Urteil, mit dem das den Wert mindernde Nießbrauchsrecht beseitigt wird, wieder hergestellt. Es kann daher auch dahin stehen, ob das Nießbrauchsrecht mit der Auseinandersetzung gemäß der zwischen Beklagtem und Frau Ileri getroffenen Vereinbarung einfach hinfällig geworden ist – dann käme es für die Frage der Beteiligung am Erlös darauf an, was der Beklagte und Frau Ileri vereinbart haben –, oder ob Frau Ileri gemäß Art. 700 ZGB am Erlös auf Seiten des Beklagten zu beteiligen ist. Der Käufer bzw. Ersteigerer jedenfalls kann hier im konkreten Fall lastenfrei erwerben.

Wenn wir im Übrigen uns schon im Schadensrecht befinden, so kann die Klägerin hier eine Schadensminderungspflicht dahingehend treffen, dass sie die Grundbuchgebühr einzuzahlen hat. Hergeleitet wird die Schadensminderungspflicht aus dem Grundsatz „Treu und Glauben“ (Art. 2 ZGB), der Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht wird als Mitverschulden im Sinne des Art. 44 OGB a.F. (Art. 52 OGB n.F.) gewertet.⁸⁵

IV. Frage 4

Die Ausführungen im Gutachten vom März 2010 lauten:

“Gemäß Art. 700 ZGB, welcher kein unmittelbares Vorbild im schweizerischen ZGB hat (vgl. aber Art. 646 III schweiz. ZGB), gilt:

“Begründet ein Miteigentümer auf seinen eigenen Anteil ein Nutznießungsrecht und verlangt einer der übrigen Miteigentümer innerhalb von drei Monaten nach Zustellung der Nachricht über die Begründung des Nutznießungsrechts die Auseinandersetzung, so wird das Nutznießungsrecht im Falle des durch die Auseinandersetzung bedingten Verkaufs an dem Anteil am Erlös fortgesetzt.”

Diese Bestimmung besagt Folgendes: Zum einen wird deutlich, dass an einem Miteigentumsanteil ein Nutznießungsrecht bestellt werden kann. Zum Zweiten erfolgt eine Benachrichtigung per Zustellung an die übrigen Miteigentümer. Und zum Dritten entsteht ein Auseinandersetzungsanspruch eines jeden Miteigentümers, der innerhalb von drei Monaten nach Zugang der Mitteilung auszuüben ist. Die Auseinandersetzung erfolgt im Wege des Verkaufs. Dabei bleibt das Nutznießungsrecht unberührt, es setzt sich am Erlös fort.⁸⁶ Diese Bestimmung gibt es erst seit Inkrafttreten des aktuellen ZGB am 1.1.2002, so dass hierzu noch wenig höchstrichterliche Rechtsprechung verfügbar ist. Es ist daher auch derzeit noch ungewiss, wie der Fall zu behandeln ist, in dem eine Zustellung (Bekanntgabe) nicht erfolgt. Hier kann das Gericht von seiner Lückenfüllungskompetenz gemäß Art. 1 ZGB Gebrauch machen und z.B. den Zeitpunkt der Kenntnis als fristauslösenden Zeitpunkt bestimmen. Obergrenze für den

⁸⁵ Uygur II S. 2041.

⁸⁶ Gençcan S. 3982.

Fristablauf ist dabei in jedem Falle die Zehnjahresfrist des Art. 125 OGB; diese Bestimmung erfasst alle Rechtsverhältnisse, die nicht mit eigenen Verjährungsbestimmungen ausgestattet worden sind.⁸⁷

Die hier festgestellte Lücke, nämlich zu der Frage, was passiert, wenn die o.g. Mitteilung nicht erfolgt ist, hat der 6. Zivilsenat des Kassationshofs gefüllt, unter anderem in Urteilen aus den Jahren 2009 und 2011.⁸⁸

In dem dem Urteil aus 2011 zugrundeliegenden Fall hatte das Untergericht eine durch die eine Partei beantragte Auseinandersetzung einer Eigentümergemeinschaft vorzunehmen. Es hatte, da die Mitteilung innerhalb der gesetzlichen drei Monate nicht erwiesen war, die Auseinandersetzung in der Weise betrieben, dass das Nießbrauchsrecht beim Verkauf erhalten bleiben sollte.

Der Kassationshof hat dieses Urteil aufgehoben.

Der Kassationshof ging davon aus, dass Art. 700 ZGB grundsätzlich vorsieht, dass bei einem Verkauf das Nießbrauchsrecht sich lediglich am Erlös fortsetzt, das Nießbrauchsrecht selbst beim Verkauf also nicht mitgeht. Eine genauere Begründung ist aus der in der Datenbank Kazanci enthaltenen Version nicht zu ersehen. Allerdings ist die Begründung nachvollziehbar, wenn man die Frist auf das Antragsrecht bezieht und als Ausschlussfrist versteht, die mit Zugang der Mitteilung zu laufen beginnt. Solange diese Ausschlussfrist nicht läuft, besteht das Antragsrecht und damit die Regelung, dass der Nießbrauchsberechtigte lediglich auf einen Anteil am Erlös verwiesen wird.

Im Urteil aus dem Jahre 2009 konnte der Kassationshof klarstellen, dass, solange die Mitteilung nicht erfolgt ist, das Nießbrauchsrecht nur am Erlös erhalten bleibt und der Nießbrauchsberechtigte jedenfalls in das Verfahren einzubeziehen ist.

So verstanden, setzt sich der Kassationshof nicht in Widerspruch zu einer Entscheidung des Plenums aus dem Jahre 1960⁸⁹, die gesetzegleiche Verbindlichkeit hat⁹⁰. Damals hatte das Plenum nach einer Vorlage durch den Großen Zivilsenat entschieden, dass das Nießbrauchsrecht mitverkauft würde, also am Eigentumsanteil hängen bliebe. Das aber hatte erhebliche Diskussionen ausgelöst, die damit mit einem Fehlen einer entsprechenden Vorschrift im Gesetz leben mussten. Hier wollte das Gesetz Abhilfe schaffen und differenzieren; das Nießbrauchsrecht

⁸⁷ Rumpf Einführung § 34 Rdn 33 ff.

⁸⁸ 9.6.2009, E. 2009/5766, K. 2009/5413; 12.10.2011, E. 2011/10794, K. 2011/10781.

⁸⁹ 14.3.1960, E. 1960/1, K. 1960/3, RG Nr. 10614 v. 26.5.1960.

⁹⁰ Rumpf Einführung § 8 Rdn 106.

sollte nach Ablauf der Dreimonatsfrist fortbestehen.⁹¹ Damit steht das Ende 2011 ergangene Urteil des Kassationshofs in Einklang.

Die Vorschrift ist nicht sonderlich gelungen.⁹² Wie soll in der Zwangsversteigerung oder beim Verkauf, wenn die Eigentumsanteile in der Hand zusammenfallen, das Nießbrauchsrecht am einzelnen Anteil aufrechterhalten werden? Hat der Nießbrauchsberechtigte dann ein „Bruchteilsnießbrauchsrecht“ an einem im Ganzen eingetragenen Grundstück? Oder müssen dann die Bruchteileigentumsanteile eingetragen bleiben – nur dass sie nun alle dem Käufer gehören?

Diese Fragen brauchen hier im Einzelnen nicht geklärt zu werden. Wenn nämlich im vorliegenden Fall die Mitteilung nicht ergangen ist – davon gehen die Gerichte einhellig aus –, ist auch die Dreimonatsfrist nicht ausgelöst und der Nießbrauchsberechtigte nur am Erlös beteiligt worden, bezogen auf das Bruchteileigentum des Nutzungsgebers. Die Berechnung lässt sich bereits aus dem Schreiben des Grundbuchamts C... (K 15) ersehen.

Bei einem Verkauf aufgrund einer Auseinandersetzung wäre also das Nießbrauchsrecht am Ende nicht mit übergegangen. Es wäre ein Löschungsanspruch des neuen Eigentümers entstanden. Und da nach Auffassung des Kassationshofs in einem solchen Fall der Nießbrauchsberechtigte in das Verfahren einzubeziehen ist, entfaltet die Feststellung Rechtskraft gegen alle Bruchteileigentümer und den Nießbrauchsberechtigten und es gibt im Ergebnis drei Parteien, die aufgrund des Urteils die Löschung bewirken können.

V. Frage 5

Ob im Falle der Zwangsversteigerung des streitgegenständlichen Grundstücks der Wert des streitgegenständlichen Nießbrauchsrechts vom Erlösanteil des Beklagten abgezogen wird, ist nirgends ausdrücklich geregelt. Wird die Auseinandersetzung im Rahmen der oben genannten dreimonatigen Ausschlussfrist verlangt oder läuft die Frist erst gar nicht, weil sie nicht durch die im Gesetz verlangte Mitteilung ausgelöst wird, ist der Nießbrauchsberechtigte im Wert seiner Nutzung am Erlös zu beteiligen.⁹³ Nach Auffassung des Gutachters braucht hier nicht auf die Frage eingegangen zu werden, was wäre, wenn die Mitteilung wegen des Nießbrauchsrechts an die Klägerin gegangen wäre, nachdem hier die türkischen Gerichte festgestellt haben, dass eine solche Mitteilung nicht ergangen ist.

Trotzdem sei es hier kurz erörtert.

⁹¹ Kommissionsbericht: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m.htm>. Siehe auch Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir S. 280.

⁹² Richtig daher die Kritik von Sirmen FS Kalpsüz S. 739. Sie hält die Bestimmung aber nicht nur für schwer nachvollziehbar, sondern auch für systemwidrig.

Wird das Grundstück als Gesamtheit zwangsversteigert, was in aller Regel nach Auseinandersetzungsverfahren der Fall sein wird, geht das Bruchteilseigentum unter.⁹⁴ Diesen Fall hat das Gesetz nicht geregelt.

Auszugehen ist hier von der Systematik des Gesetzes. Die Auseinandersetzung kann sowohl körperlich als auch ideell erfolgen. Die körperliche Auseinandersetzung führt dazu, dass das Grundstück real geteilt wird und die Bruchteilseigentümer dann Eigentümer der auf sie entfallenden Parzellen werden. Ist dies nicht möglich, kommt die ideelle Teilung in der Weise in Betracht, dass das Grundstück zwangsversteigert wird und sich die Parteien in den Erlös teilen.

Erfolgt die Zwangsversteigerung nach Ablauf der Dreimonatsfrist, stellt sich die Frage nach dem Schicksal des Nutzungsrechts, denn das Gesetz geht ja dann von seinem Fortbestand aus. *Sirmen* meint, dass dies dem Prinzip des numerus clausus der Sachenrechte widerspreche, auch Surrogate müssten ausdrücklich gesetzlich geregelt sein, was hier aber nicht der Fall sei.⁹⁵

Die Merkwürdigkeit besteht also darin, dass Art. 700 ZGB für den Fall, dass nicht innerhalb von drei Monaten nach der Mitteilung über die Bestellung des Nießbrauchsrechts auf Teilung geklagt wird, davon ausgeht, dass es zu einer Realteilung kommt. Wenn dies so ist, macht natürlich der Fortbestand des Nießbrauchsrechts noch Sinn. Kommt es aber zu einer Zwangsversteigerung und der Teilung des Erlöses, so entspricht es der Natur der Sache, dass das Nießbrauchsrecht nur am Erlös Fortbestand hat. Wenn aber – nach Ablauf der Ausschlussfrist – hier das Bruchteilseigentum untergeht, kann also der Nießbrauchsberechtigte nur Anspruch auf ein Surrogat haben. Das kann – wenn der Fortbestand fingiert wird – nur darin bestehen, dass der Nutzungsberechtigte ein Nießbrauchrecht zu demjenigen Prozentsatz am Gesamten behält, der dem untergegangenen Eigentumsanteil entspricht. Ganz abwegig ist diese Lösung nicht, nur dass die Position des Nutzungsgebers jetzt vom neuen Gesamteigentümer eingenommen wird.

Nimmt man an, dass das Nießbrauchrecht bei Übergang der Eigentumsbruchteile auf einen einzigen Käufer wie soeben beschrieben fortbesteht, dürfte sich auch der Wertverlust realisieren, so dass der das Nießbrauchrecht ohne Zustimmung der übrigen Bruchteilseigentümer bestellende Bruchteilseigentümer sich in der Tat schadensersatzpflichtig auch im Hinblick auf den Wertverlust macht.

Man kann jetzt den Faden an dieser Stelle fortspinnen und weiter fragen, ob die Geschädigten die Möglichkeit haben, die Bestellung des Nutzungsrechts anzufechten (bei

⁹³ 9.6.2009, E. 2009/5766, K. 2009/541312.10.2011, E. 2011/10794, K. 2011/10781.

⁹⁴ Vgl. *Sirmen* aaO.

⁹⁵ *Sirmen* aaO.

Bösgläubigkeit, wie hier, kein Problem), und, wenn ja, ob sie im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht dazu verpflichtet sind.

Die Rechtsprechung des Kassationshofs schweigt hierzu vollständig. Alle dem Gutachter zugänglichen Fälle beziehen sich auf Sachverhalte, in denen entweder die Ausschlussfrist für den Auseinandersetzungsantrag eingehalten worden sind oder es an der o.g. Mitteilung fehlt, so dass der Kassationshof die Sachverhalte so behandeln konnte, als sei die Ausschlussfrist eingehalten worden. Der Gutachter verzichtet hier darauf, ohne konkreten weiter gehenden Auftrag des Gerichts die Schadensfrage abschließend zu klären.

E. Anwendung auf den Fall/Zusammenfassung

I. Frage 1

Das Urteil der Zivilkammer C... stellt eine Feststellung dar, dass das Nießbrauchsrecht zu löschen sei. Die Klägerin hat die Möglichkeit, mit diesem Urteil die Löschung zu verlangen, was sie im vorliegenden Fall auch getan hat.

II. Frage 2

Es genügt, wenn sie die verlangte Gebühr einzahlt, dann wird die Löschung vollzogen. Allerdings kann die Einzahlung auch durch andere Beteiligte erfolgen.

III. Frage 3

1. Das türkische Sachenrecht – Art. 688 ff. ZGB – enthält keine ausdrücklichen Treuepflichten. Grundsätzlich ist der Bruchteileigentümer frei, ein Nießbrauchsrecht zu bestellen. Die Freiheit wird allerdings nach der Rechtsprechung des Kassationshofs, auch im konkreten Fall, dadurch eingeschränkt, dass die Bestellung nicht einen Zweck haben darf, der den anderen Eigentümern einen Schaden zufügt. Insoweit wird also eine „Treuepflicht“ aus dem durch das Gesetz gesteckten Rahmen „Rechte der anderen“ hergeleitet. Tatsächlich hat der Kassationshof im hiesigen Fall auch auf den Wertverlust abgestellt, der dadurch eintritt. Zu beachten ist, dass der Wertverlust nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils der Zivilkammer C... (Anlage K 7) geheilt wurde.
2. Der geschützte Miteigentümer hat einen Löschungsanspruch. Bei Vorliegen der Voraussetzungen einer schuldhaften Verletzung seiner Rechte besteht u.U. auch ein Schadensersatzanspruch. Lehre und Rechtsprechung stellen hierzu allerdings nur unzureichende Präzedenzen zur Verfügung.
3. Prinzipiell sind die Pflichten, soweit sie sich unmittelbar aus den Art. 688 ff. ZGB ergeben, sachenrechtlich zu qualifizieren. Soweit die Parteien von der Möglichkeit Gebrauch machen, ihre Pflichten abweichend vom Gesetz zu regeln, entstehen schuldrechtliche Verpflichtungen. Schadensersatzpflichten wären schuldrechtlich zu qualifizieren.

4. Das Urteil der Zivilkammer C... zeitigt Folgen für drei Parteien: Klägerin, Beklagter und Nießbrauchsberechtigte. In Bezug auf die Bewirkung der Löschung ist jeder berechtigt und verpflichtet, die Löschung zu bewirken. Prinzipiell ergibt sich aus den Umständen der Verurteilung der Beklagten – Markus Schlittenbauer und I... I... – ihre Verantwortlichkeit für die Löschung des Nießbrauchsrechts.

IV. Frage 4

Prinzipiell wird bei einer Eigentumsauseinandersetzung innerhalb der Frist des Art. 700 ZGB, welche erst mit Zugang der Mitteilung über die Eintragung des Nießbrauchsrechts zu laufen beginnt, das Gericht die Löschung anordnen (siehe den vorliegenden Fall). Die Löschung wird „bewirkt“, indem ein Beteiligter einen einfachen Antrag stellt und die Grundbuchgebühr bezahlt.

Ist die Ausschlussfrist abgelaufen, kommt es nicht zu einer Löschung. Der Eigentümer kann jedoch die Löschung unter den oben genannten Voraussetzungen verlangen, etwa wenn der Nutzen des Berechtigten in keinerlei Verhältnis zur Belastung des Verpflichteten steht. Analoge Herleitungen erlauben auch andere Gründe, wie hier etwa die treuwidrige Eintragung des Nießbrauchsrechts.

V. Frage 5

Erschöpft sich der Fortbestand des Nießbrauchsrechts gemäß Art. 700 ZGB in der Beteiligung am Erlös, ist der Wert des Nießbrauchsrechts vom Erlösanteil desjenigen Bruchteilseigentümers abzuziehen, der das Nießbrauchrecht an seinem Anteil eingeräumt hat.

Diese Stellungnahme ergeht nach bestem Wissen und ohne Gewähr.

Prof. Dr. Christian Rumpf