

## Oberlandesgericht Köln, 3 U 93/99

---

**Datum:** 19.11.1999  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 3. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 3 U 93/99  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:1999:1119.3U93.99.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Aachen, 8 0 219/99

---

**Tenor:** Auf die Berufung des Klägers wird das am 11.06.1999 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 8 0 219/99 - teilweise abgeändert. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger folgende Gegenstände herauszugeben: 1 Handmixer Flex für Putz, 1 Kompressor Typ Welco, 1 Nagelpistole 40mm, 1 Nagelpistole 62mm, 1 Tischsäge Typ E.L.U., 2 Stromkabel zu je 50m, 2 Stromkabel zu je 25m, 2 Stromkabel zu je 10m, 1 große Flex Typ Bosch, 1 kleine Flex Typ Bosch/Skil, 1 große Bohrmaschine Typ Hitachi, 1 kleine Bohrmaschine Typ Bosch blau/schwarz, 1 kleine Bohrmaschine Typ Metabo Farbe grün, 2 Halogenstrahler 150 Watt bis 250 Watt, 1 Fliesenschneider deutsches Modell, 2 schwarze Kisten in der Größe 80cm x 40cm x 40cm mit diversen Schrauben und Nägeln, 1 große Bandschleifmaschine Typ Hitachi, 1 Schleifmaschine Typ Bosch, 1 Strahlpistole Typ Schneider, 1 Hobelmaschine Typ Bosch, 1 große Stichsäge Typ Hitachi, 1 kleine Stichsäge Typ Skil 1 Lasergerät, 2 rote Kisten mit Maurerwerkzeug, 2 schwarze Kisten mit Schreinerwerkzeug, 1 Set mit Marmorbohrern, 22 Steinbohrer für Bohrmaschine Typ Bosch/Hitachi, 1 Maurerprofil, Länge 2,50m, 1 Wasserwaage. Im übrigen wird die Klage abgewiesen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger zu 20 %, dem Beklagten zu 80 % auferlegt. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

---

### Entscheidungsgründe:

Die prozessual bedenkenfreie Berufung des Klägers hat in der Sache teilweise Erfolg. 2  
Bezüglich der im Tenor aufgeführten Arbeitsgeräte hat der Kläger einen Herausgabeanspruch gegen den Beklagten schlüssig dargetan und glaubhaft gemacht, der vorliegend, da es sich um Arbeitsgeräte handelt, den Erlaß einer Leistungsverfügung rechtfertigt. Die Berufung ist hingegen unbegründet, soweit der Kläger die Gestattung der Durchsuchung des Hauses des Beklagten zur Vollstreckung der Herausgabe begehrt.

Der Anspruch des Klägers auf Herausgabe der im Tenor bezeichneten Werkzeuge findet seinen rechtlichen Grund entgegen der Auffassung des Landgerichts in § 861 BGB. Die Voraussetzungen einer verbotenen Eigenmacht (§ 858 BGB) liegen vor. Der Beklagte hat dem Kläger ohne dessen Willen den Besitz an den Werkzeugen entzogen. Werkzeuge eines Handwerkers stehen nach Auffassung des Senates auch dann in dessen unmittelbarem Eigenbesitz, wenn sie auf der Baustelle verbleiben. Nur der Handwerker, nicht hingegen der Bauherr, verfügt über den für die Fortdauer von Besitz erforderlichen Besitzwillen. Mit Rücksicht darauf hat der Beklagte an den Werkzeugen keinen Mitbesitz erworben. Er ist vielmehr allenfalls als Besitzdiener anzusehen. Der Kläger war in bezug auf die in seinem Eigentum stehenden Werkzeuge unzweifelhaft ausschließlich weisungsbefugt. Der Senat folgt der früheren Rechtsprechung des BGH nicht, wonach für die Fälle der Besitzdienerschaft darüber hinaus ein soziales Abhängigkeitsverhältnis erforderlich ist (BGH, NJW 1955, 866, 867; BGH, NJW 1958, 1286). Aus dem Gesetzestext erschließt sich dieses Erfordernis nicht; die Fälle "Haushalt" und "Erwerbsgeschäft" finden vielmehr nur beispielhaft Erwähnung. Mit Rücksicht darauf ist die Abgrenzung zwischen Besitzdiener und Besitzmittler mit der neueren Lehre nach dem Normzweck vorzunehmen. Die Weisungsgebundenheit muß eine solche sein, dass erwartet werden kann, der Besitzdiener werde jede Weisung in bezug auf die Sache ausführen oder durch den Besitzherrn selbst ausführen lassen (MünchKommBGB/Jost, 3. Auflage, § 855 Rz. 5 m. w. N.). So verhält es sich im vorliegenden Fall. Der Bauherr hat in der Regel kein Interesse an dem Werkzeug des Handwerkers. Über das ob und wie des Einsatzes bestimmt vielmehr ausschließlich der Handwerker.

3

Liegt ein Fall der verbotenen Eigenmacht vor, kann der ursprüngliche Besitzer im Eilverfahren die Herausgabe der Sache an sich verlangen, ohne dass es der Glaubhaftmachung der Dringlichkeit bedarf (Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 2. Auflage 1999, Vorbemerkung zu § 635 Rz. 20 m. w. N.).

4

Der Anspruch des Klägers umfaßt auch die Herausgabe des Kompressors Typ Welco und der Strahlpistole Typ Schneider. Die Behauptung des Beklagten, dem Kläger die Mittel für den Erwerb dieser Werkzeuge zur Verfügung gestellt zu haben, ist unerheblich. Der Beklagte hat eingeräumt, dass der Kläger die Werkzeuge selbständig und ohne sein Beisein käuflich erworben hat. Dadurch hat der Kläger sowohl Eigentum als auch Alleinbesitz an dem Kompressor und der Strahlpistole erlangt.

5

Der Herausgabeanspruch ist aber nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Der Senat ist nicht zu der Überzeugung gelangt, dass der Beklagte auch eine Tischsäge Feliciato, eine weitere kleine Bohrmaschine Typ Bosch und einen weiteren Halogenstrahler, einen Fliesenbügler holländisches Modell, eine exzentrische Schleifmaschine Typ Bosch, eine Handkreissäge Typ E.L.U., weitere 8 Steinbohrer Typ Bosch/Hitachi und ein weiteres Maurerprofil von 2,50m Länge in Besitz hat. Der Kläger hat den Besitz des Beklagten durch Vorlage einer Versicherung an Eides statt glaubhaft gemacht. Der Beklagte hat bestritten, die vorbezeichneten Werkzeuge in seinem Besitz zu haben, und die Richtigkeit seiner Behauptung an Eides statt versichert. Der Senat sieht keine Veranlassung, einer der beiden eidesstattlichen Versicherungen mehr Glauben zu schenken, zumal der Beklagte bei dem überwiegenden Anteil der Werkzeuge seinen Besitz eingeräumt hat und darüber hinaus zugestanden hat, eine weitere kleine Bohrmaschine Typ Metabo in seinem Besitz zu haben. Die Beweislast für den Besitz den Beklagten trifft den Kläger.

6

Der Hilfsantrag auf Herausgabe der kleinen Bohrmaschine Typ Metabo ist begründet. Der Kläger hat sich die Versicherung des Beklagten an Eides statt, wonach er diese Bohrmaschine in Besitz hat, insoweit stillschweigend hilfsweise zu eigen gemacht. 7

Es kann dahinstehen, ob dem Beklagten gegen den Kläger Schadensersatzansprüche zustehen. Gegenüber dem possessorischen Besitzschutzanspruch aus § 861 BGB sind Einwände aus materiellem Recht ausgeschlossen (§ 863 BGB). 8

Der Kläger kann auch die Herausgabe der aus dem Tenor ersichtlichen Werkzeuge an sich verlangen. Zwar werden Herausgabeansprüche in der Regel nur mit der Sicherungsverfügung auf Herausgabe an einen Sequester vorläufig gesichert. Anders verhält es sich aber dann, wenn der Gläubiger auf den sofortigen unmittelbaren Besitz angewiesen ist, etwa weil er die Gegenstände als Arbeitsgerät zur Erzielung seines Lebensunterhaltes dringend benötigt (Schuschke/Walker, a. a. O., Rz. 19 m. w. N.). Diese Voraussetzungen liegen vorliegend nach Auffassung des Senates vor. Der Beklagte hat den Werkvertrag mit der Berufungserwiderung gekündigt. Er räumt ein, Drittunternehmer mit der Fortführung der Werkleistung beauftragt zu haben. Der Kläger ist als Handwerker auf die Werkzeuge angewiesen. Hierfür streitet eine tatsächliche Vermutung. Dass der Kläger über hinreichend weiteres Werkzeug verfügt, hat der Beklagte nicht glaubhaft gemacht. Die Aussage des Zeugen Z. ist unergiebig. Der Zeuge hat die Werkzeuge in Belgien selbst nicht gesehen. Seine Tätigkeit auf der Baustelle in B. Anfang März 1999 lag zeitlich vor dem Abschluß des von den Parteien am 1.04.1999 geschlossenen Vertrages, so dass es nicht ausgeschlossen erscheint, dass das Werkzeug aus B. zu der Baustelle des Beklagten verbracht worden ist. Die Bekundungen des Zeugen J. sind ebenfalls unergiebig. 9

Soweit der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Gestattung der Durchsuchung seines Hauses begehrt, hat die Berufung keinen Erfolg. Dem Antrag auf Erlaß einer richterlichen Durchsuchungsanordnung fehlt nämlich das Rechtsschutzinteresse. Das Rechtsschutzbedürfnis für den Erlaß einer solchen Anordnung liegt nur dann vor, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Schuldner die Durchsuchung seiner Räumlichkeiten nicht freiwillig gestatten werde (OLG Köln, Rechtspfleger 1995, 167; OLG Köln NJW RR 1988, 652; Zöller/Stöber, ZPO, 21. Auflage, § 758 a Rz. 19). Dem Schuldner muß die Gelegenheit gegeben werden, die Durchsuchung seines Hauses durch den Gerichtsvollzieher zu gestatten. 10

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 11

Streitwert für den zweiten Rechtszug: 15.000,00 DM. 12

Beschwer beider Parteien: unter 60.000,00 DM 13