

---

**Datum:** 28.11.2007  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 11. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-11 U 19/07  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2007:1128.I11U19.07.00

---

**Normen:** §§ 858, 861 BGB, § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B

**Leitsätze:**

I-11 U 19/07

Leitsatz:

Das Verwendungsrecht des Auftraggebers nach § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B begründet keine Befugnis zu eigenmächtigem Handeln.

Der Auftraggeber, der in Ausübung seines Verwendungsrechts die auf die Baustelle verbrachten Geräte und Materialien des Auftragnehmers ohne dessen Willen in Besitz nimmt, begeht verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 BGB.

---

**Tenor:**

Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das am 8. Mai 2007 verkündete Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf (35 O 51/07) wird mit folgender Maßgabe zurückgewiesen:

Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit, soweit das Landgericht im angefochtenen Urteil die Herausgabe von Sachen an den Gerichtsvollzieher als Sequester angeordnet hatte, in der Hauptsache erledigt ist.

---

<u>Gründe:</u>	1
Die Berufung ist zulässig, jedoch in der Sache unbegründet.	2
I.	3
Die Berufung ist zulässig.	4
Unstreitig hat die Verfügungsbeklagte diejenigen Geräte und Materialien, die sie nach dem landgerichtlichen Urteil an einen Sequester herausgeben sollte, an die Verfügungsklägerin herausgegeben bzw. mit ihr eine Vereinbarung über die Übernahme der Gegenstände gegen Entschädigung getroffen. Damit sind der Verfügungsklägerin oder den Drittunternehmern zustehende Herausgabeansprüche erloschen. Die Herausgabe der Gegenstände bzw. die Einigung über deren Weiterverwendung, die nach Vortrag der Verfügungsklägerin bereits vor Einlegung der Berufung am 06.06.2007 erfolgt war, hat daher – die Zulässigkeit und Begründetheit des ursprünglichen Antrages unterstellt – zur Erledigung der Hauptsache, nämlich des Anspruchs auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, geführt. Dies führt jedoch nicht zum Wegfall der für die Zulässigkeit der Berufung erforderlichen Beschwer.	5
Für den Fall der Erledigung der Hauptsache "zwischen den Instanzen", nämlich zwischen mündlicher Verhandlung in der Ausgangsinstanz und Einlegung des Rechtsmittels, hat der Bundesgerichtshof allerdings entschieden, dass die Beschwer entfällt, wenn der zugesprochene Anspruch vorbehaltlos und endgültig erfüllt wird (BGH, NJW 2000, 1120 mwN; Musielak/Ball, ZPO, 5. Aufl. 2007, Rn. 25; Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 26. Aufl. 2007, Rn. 23). Andererseits hat der BGH die Zulässigkeit des Rechtsmittels in Fällen bejaht, in denen der Streit zwischen den Parteien trotz Erfüllung der Klageforderung fortgesetzt wurde (etwa BGH, NJW 1975, 539, 540) oder nicht zweifelsfrei festzustellen war, dass die Partei auf die gerichtliche Überprüfung ihres Anliegens in einer höheren Instanz verzichten wollte (BGH, NJW 1994, 942, 943).	6
Hiernach ist für den vorliegenden Fall die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu bejahen. Denn keineswegs bestand – und besteht – zwischen den Parteien Einigkeit über die materielle Erledigung des Rechtsstreits; die Verfügungsbeklagte hatte sich offensichtlich nur deshalb zur Herausgabe der streitgegenständlichen Geräte und Materialien veranlasst gesehen, weil sie sich gegen deren Inanspruchnahme nach § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B entschieden hatte; ihren Rechtsstandpunkt, vor der Entscheidung über die Inanspruchnahme der Geräte und Materialien zum Besitz der Gegenstände berechtigt gewesen zu sein, hat sie demgegenüber weiter verfolgt. Ebenso wenig hat die Verfügungsbeklagte mit ihren auf die mündliche Verhandlung vor dem Landgericht folgenden Schreiben vom 25.04.2007 und 18.05.2007 zu erkennen gegeben, dass sie etwa auf die Durchführung eines Berufungsverfahrens verzichten wolle.	7
An sich zu Recht weist allerdings die Verfügungsklägerin darauf hin, dass der Verfügungsbeklagten keine Vollstreckung aus dem angefochtenen Urteil mehr drohe, weil zwischenzeitlich die Vollziehungsfrist der §§ 929 Abs. 2, 936 ZPO abgelaufen sei; die Verfügungsbeklagte sei deshalb durch das Urteil nicht mehr materiell beschwert.	8

Die Vollziehung einstweiliger Verfügungen ist nach den genannten Vorschriften unstatthaft, wenn seit Verkündung des Urteils ein Monat verstrichen ist (vgl. Zöller/Vollkommer, aaO, § 929 ZPO, Rn. 6). Da das angefochtene Urteil hier am 08.05.2007 verkündet wurde, lief die Vollziehungsfrist aber erst *nach* Einlegung der Berufung am 06.06.2007 ab. Nachträglich, d. h. nach Einlegung der Berufung eintretende Umstände haben jedoch auf die Beschwer keinen Einfluss (Musielak/Ball, aaO, Rn. 25). 9

Die Verfügungsklägerin kann die Verfügungsbeklagte auch nicht unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Rechtsschutzinteresses auf die Durchführung eines Aufhebungsverfahrens nach den §§ 927, 936 ZPO verweisen. Zwar kommt ein Aufhebungsverfahren sowohl im Hinblick auf den etwaigen Wegfall des Verfügungsanspruchs durch Erfüllung desselben als auch bei Ablauf der Vollziehungsfrist in Betracht; beide Rechtsbehelfe stehen jedoch nebeneinander (Zöller/Vollkommer, aaO, § 927 ZPO, Rn. 2 aE; ders., § 929, Rn. 21). 10

II. 11

In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg. 12

Das Landgericht hat die von der Verfügungsklägerin beantragte einstweilige Verfügung – jedenfalls im Ergebnis – zu Recht erlassen. Allerdings ist der dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zugrunde liegende Herausgabeanspruch durch die zwischenzeitlich erfolgte Herausgabe eines Teils der streitgegenständlichen Sachen an die Verfügungsklägerin sowie die hinsichtlich des anderen Teils getroffene Einigung der Parteien über deren Verbleib auf der Baustelle bzw. deren Ankauf durch die Verfügungsbeklagte gegenstandslos geworden. Nachdem die Verfügungsklägerin daraufhin mit Schriftsatz vom 29.10.2007 den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt hat, ohne dass sich die Verfügungsbeklagte dieser Erklärung angeschlossen hat, war daher festzustellen, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, denn der nunmehr gegenstandslos gewordene Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung war - soweit das Landgericht ihm entsprochen hatte - zunächst zulässig und begründet. 13

Im Einzelnen: 14

1. 15

Der Verfügungsantrag war insgesamt zulässig, insbesondere auch, soweit die Verfügungsklägerin Gegenstände herausverlangt, die von Subunternehmern auf die Baustelle verbracht worden sind. Insoweit stützt sich die Verfügungsklägerin auf Ermächtigungen der jeweiligen Subunternehmer, die sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vorgelegt hat; sie nimmt die Verfügungsbeklagte also im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft in Anspruch. 16

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann der Gläubiger einer Forderung einen Dritten ermächtigen, die Forderung im eigenen Namen einzuziehen. Die Zulässigkeit dieser gewillkürten Prozessstandschaft setzt voraus, dass der Ermächtigte ein eigenes schutzwürdiges Interesse daran hat, die fremde Forderung im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen (BGH, NJW-RR 2003, 1490, 1491, st. Rspr.; Musielak, aaO, Rn. 27). Dieses Interesse ist hier schon deshalb zu bejahen, weil die Verfügungsklägerin Regressansprüche ihrer Subunternehmer hätte befürchten müssen, wenn diese aufgrund der Streitigkeiten zwischen den Parteien der ihnen gehörenden Geräte und Materialien verlustig gegangen wären bzw. keinen Zugriff mehr darauf gehabt hätten. 17

18

2.

Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung war auch begründet, denn sowohl der Verfügungsklägerin als auch ihren Subunternehmern, deren Ansprüche sie verfolgt, stand ein Herausgabeanspruch aus § 861 BGB zu (Verfügungsanspruch). Eines Verfügungsgrundes, mithin einer besonderen Eilbedürftigkeit, bedurfte es unter diesen Umständen nicht (Zöller/Vollkommer, aaO, § 940 ZPO, Rn. 8 "Herausgabe und Sequestration"). 19

a) 20

Sowohl die Verfügungsklägerin als auch deren Subunternehmer waren bis zum Zeitpunkt der mit dem Hausverbot verbundenen fristlosen Kündigung vom 30.03.2007 Besitzer der streitgegenständlichen Sachen. Gegenstände, die der Bauunternehmer auf eine Baustelle verbringt, verbleiben in seinem Besitz und gehen nicht etwa in den Besitz des Bauherrn über (OLG Köln, MDR 2000, 152; KG, KGR 2002, 346; Palandt/Bassenge, BGB, 66. Aufl. 2007, § 854, Rn. 4). 21

b) 22

Mit dem seitens der Verfügungsbeklagten mit der Kündigung vom 30.03.2007 ausgesprochenen Hausverbot wurde sowohl der Verfügungsklägerin als auch den Subunternehmern ihr jeweiliger Besitz entzogen, da sie seit diesem Zeitpunkt nicht mehr in der Lage waren, auf die von ihnen auf die Baustelle verbrachten Geräte und Materialien zuzugreifen und die tatsächliche Gewalt über sie auszuüben. Zugleich erlangte die Verfügungsbeklagte Besitz an den streitgegenständlichen Geräten und Materialien. 23

Soweit die Verfügungsbeklagte insoweit eingewandt hat, das Schreiben vom 30.03.2007 enthalte kein Hausverbot und stelle daher keine Besitzentziehung dar, widerspricht dies dem eindeutigen Wortlaut dieses Schreibens, mit dem der Verfügungsklägerin ausdrücklich "das Hausrecht" entzogen und ihr verboten worden war, Materialien und Bauteile zu entfernen; Zugang zur Baustelle war ihr ebenso ausdrücklich nur nach Abstimmung in Begleitung eines Vertreters der Verfügungsbeklagten und nur zur Feststellung des Leistungsstands erlaubt. 24

c) 25

Der von der Verfügungsbeklagten hierdurch erlangte Besitz war auch fehlerhaft im Sinne der §§ 858 Abs. 2 Satz 1, 861 BGB, denn er wurde der Verfügungsklägerin und den Subunternehmern durch verbotene Eigenmacht entzogen. Weder erfolgte die Besitzentziehung mit Willen der jeweiligen Vorbesitzer noch war die Besitzentziehung nach einer gesetzlichen Bestimmung gestattet. 26

Insbesondere kann sich die Verfügungsbeklagte insoweit nicht auf das aus § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B folgende Recht zur Inanspruchnahme der auf die Baustelle verbrachten Geräte und Materialien des Auftragnehmers – auf Werkzeuge bezöge sich § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B ohnehin nicht (Heiermann/Riedl, VOB, 10. Aufl., § 8 VOB/B, Rn. 39) –berufen. 27

(1) 28

Allerdings gälte ein etwaiges Verwendungsrecht aus § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin auch für die Sachen ihrer Subunternehmer, auch wenn diese nicht Partei des auf der Grundlage der VOB/B abgeschlossenen Generalunternehmervertrages waren. Diese Ausweitung des Verwendungsrechts rechtfertigt 29

sich daraus, dass der Auftragnehmer gemäß § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B verpflichtet ist, auch mit seinen Subunternehmern die Geltung der VOB/B zu vereinbaren, und er sich – wenn er dieser Verpflichtung nachgekommen ist – gegenüber seinen Subunternehmern seinerseits auf das Verwendungsrecht aus § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B berufen kann (Leinemann/Schirmer, VOB/B, § 8, Rn. 92; Ingenstau/Korbion/Vygen, VOB, 15. Aufl., § 8 VOB/B, Rn. 62).

(2) 30

Das Verwendungsrecht aus § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B lässt jedoch die verbotene Eigenmacht nicht entfallen. 31

(aa) 32

Eine gesetzliche Gestattung stellt § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B schon deshalb nicht dar, weil die VOB/B keine Norm im materiell-gesetzlichen Sinne ist, sondern standardisierte Vertragsbedingungen enthält, die nur dann Geltung beanspruchen wenn sie von den Vertragsparteien in ihre vertraglichen Vereinbarungen einbezogen worden sind. 33

(bb) 34

Damit könnte die verbotene Eigenmacht nur dann entfallen, wenn die zwischen den Parteien eines Bauvertrages erfolgte Vereinbarung der VOB/B dahingehend zu verstehen wäre, dass sich der Auftragnehmer für den Fall der Kündigung des Auftraggebers nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B gleichsam antizipiert mit der Inbesitznahme seiner auf der Baustelle befindlichen Geräten und Materialien durch den Auftraggeber einverstanden erklärt und die Entziehung des Besitzes daher nicht "ohne Willen" des Besitzers erfolgt. 35

Der Senat vermag § 8 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B jedoch nicht in diesem Sinne auszulegen; vor allem der Wortlaut der Bestimmung gebietet ein anderes Verständnis. 36

Nach § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B "kann" der Auftraggeber Geräte und bereits angelieferte Materialien gegen angemessene Vergütung "in Anspruch nehmen". Diese Formulierung legt nahe, dass § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B dem Auftraggeber lediglich ein – ggf. gerichtlich durchsetzbares – Recht verschafft, vom Auftragnehmer die Überlassung bestimmter Geräte und Materialien zu verlangen (eben einen "Anspruch" im Sinne der Legaldefinition in § 194 Abs. 1 BGB), nicht jedoch eine Befugnis zu eigenmächtigem Handeln begründet. So wird auch in der Literatur einhellig die Auffassung vertreten, dass das Verwendungsrecht des Auftraggebers ggf. im Wege der einstweiligen Verfügung – also gerade nicht eigenmächtig – durchzusetzen ist (Ingenstau/Korbion/Vygen, aaO, Rn. 66; Beck'scher Komm./Motzke, VOB, 1. Aufl. 2001, § 8 VOB/B, Rn. 49; Heiermann/Riedl, aaO., § 8 VOB/B, Rn. 39a). 37

Ein Vergleich mit gesetzlichen Regelungen bestätigt die Richtigkeit der vom Senat vertretenen Auffassung. So enthält etwa § 562b BGB eine ausdrückliche Ermächtigung des Vermieters, die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen des Mieters auch ohne gerichtliche Hilfe zu verhindern. Hätten die Verfasser der VOB/B im Hinblick auf das Verwendungsrecht des Auftraggebers aus § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B eine gleiche Regelung vorsehen wollen, hätte es nahe gelegen, sich an dieser Formulierung zu orientieren. 38

Dessen ungeachtet besteht das Verwendungsrecht des Auftraggebers nicht "von selbst", sondern erst nach einer Mitteilung an den Auftragnehmer, dass und in welchem Umfang er die auf der Baustelle befindlichen Geräte und Materialien in Anspruch nehmen wolle (Ingenstau/Korbion/Vygen, aaO, Rn. 65 f.; Leinemann/Schirmer, aaO, Rn. 95; 39

Heiermann/Riedl, aaO, Rn. 39; Beck'scher Komm./Motzke, aaO, Rn. 49). Es ist daher schon fraglich, ob eine Entfernung der ggf. unter die Vorschrift des § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B fallenden Gegenstände vor Zugang der entsprechenden Erklärung überhaupt eine Vertragsverletzung des Auftragnehmers darstellt (verneinend Beck'scher Komm./Motzke, aaO, Rn. 49; bejahend Heiermann/Riedl, aaO, Rn. 39). Jedenfalls scheidet unter diesen Voraussetzungen die Annahme eines Selbsthilferechts jedenfalls für den Zeitraum bis zur Ausübung des Verwendungsrechts durch den Auftraggeber ersichtlich aus.	
(cc)	40
Selbst wenn man im Übrigen die Vereinbarung der VOB/B als antizipiertes Einverständnis im Sinne des § 858 BGB verstehen würde, würde dieses Einverständnis nur bis zu einem Widerruf dieses Einverständnisses gelten, der selbst dann möglich wäre, wenn der Störer einen vertraglichen Anspruch auf Herstellung desjenigen Zustandes, wie er durch die Besitzentziehung geschaffen worden ist, hat; ob der Besitzer sich durch den Widerruf des Einverständnisses vertragswidrig verhält, ist daher für die Frage der verbotenen Eigenmacht unerheblich (Palandt/Bassenge, aaO, § 858, Rn. 5).	41
Mit Schreiben vom 31.03.2007 hat die Verfügungsklägerin die Verfügungsbeklagte aufgefordert, ihr Zutritt zur Baustelle zu gewähren, um ihre Werkzeuge und ihr gehörendes Material abzuholen. Dieses Schreiben könnte ohne weiteres als konkludent erklärter Widerruf eines antizipierten Einverständnisses verstanden werden, so dass sich die Besitzentziehung spätestens ab dem Zeitpunkt des Zugangs dieses Schreibens bei der Verfügungsbeklagten als verbotene Eigenmacht darstellt.	42
d)	43
Ist hiernach das Verhalten der Verfügungsbeklagten als verbotene Eigenmacht zu beurteilen, so ist es ihr nicht gestattet, sich einredeweise auf ein Verwendungsrecht aus § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B zu berufen (§ 863 BGB).	44
3.	45
Soweit die Verfügungsbeklagte darauf hinweist, dass die einstweilige Verfügung ohnehin schon deshalb nach § 927 Abs. 1, 936 ZPO aufzuheben sei, weil die Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2, 936 ZPO abgelaufen sei, führt dies nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Vielmehr verbleibt es auch unter Berücksichtigung dieses Umstandes bei der Feststellung, dass der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war.	46
a)	47
Wie bereits ausgeführt (Ziff. I.), ist die Vollziehung einstweiliger Verfügungen unstatthaft, wenn seit Verkündung des Urteils ein Monat verstrichen ist (vgl. Zöller/Vollkommer, aaO, § 929 ZPO, Rn. 6). Damit lief die Frist zur Vollziehung des angefochtenen Urteils am 08.06.2007 ab; seit diesem Zeitpunkt hatte die Verfügungsbeklagte demnach Anspruch auf Aufhebung des Urteils nach § 927 Abs. 1 ZPO.	48
b)	49
Dieser Anspruch entstand jedoch erst nach Eintritt des erledigenden Ereignisses und hat daher für die Frage, ob der Antrag bis zum Eintritt dieses Ereignisses zulässig und begründet war, keine Bedeutung. Das erledigende Ereignis – die Herausgabe der Geräte und	50

Materialien durch die Verfügungsbeklagte bzw. die Einigung zwischen den Parteien über deren Verbleib – war nämlich bereits vor dem 06.06.2007 eingetreten.

Der Senat geht davon aus, dass die Herausgabe eines Teils der betreffenden Gegenstände und die Verhandlungen über den Ankauf weiterer Gegenstände vor dem 06.06.2007 (Datum der Einlegung der Berufung) abgeschlossen waren. 51

Die Verfügungsklägerin hatte bereits mit Schriftsatz vom 28.09.2007 (dort S. 6) vorgetragen, dass der Herausgabeanspruch zwischen mündlicher Verhandlung erster Instanz und Einlegung der Berufung "vollständig durch Herausgabe bzw. Abkauf erfüllt worden" sei. Dem ist die Verfügungsbeklagte erst in der mündlichen Verhandlung vom 31.10.2007 und nur insoweit substantiiert entgegen getreten, als sie behauptet hat, die Materialien des Subunternehmers Fa. K...-I... seien erst nach dem 27.06.2007 verkauft und übergeben worden. Dem vermag der Senat jedoch nicht zu folgen; vielmehr hat die Verfügungsklägerin glaubhaft gemacht (§ 294 ZPO), dass Herausgabe und Ankaufverhandlungen *insgesamt* bis zum 06.06.2007 abgeschlossen waren. Die Verfügungsklägerin hat insoweit mit ihrem Schriftsatz vom 28.09.2007 eine eidesstattliche Versicherung des Herrn M.M. vorgelegt (Anlage B 2), mit der dieser bestätigt hat, dass nach seiner Erinnerung sämtliche Gegenstände, zu deren Herausgabe die Verfügungsbeklagte nach dem erstinstanzlichen Urteil verpflichtet war, "bis Ende Mai 2007" an die Verfügungsklägerin herausgegeben bzw. von dieser gekauft worden seien. Diese Erklärung wird bestätigt durch das Schreiben des Projektsteuerers der Verfügungsbeklagten vom 25.04.2007 (Anlage B 1 zum Schriftsatz vom 28.09.2007), wonach die laut beiliegender Liste nicht mehr benötigten Materialien von der Verfügungsklägerin bis zum 28.04.2007 abzuholen und die hiernach von der Verfügungsbeklagten zu übernehmenden Materialien bis zum 30.04.2007 zusammenzustellen und zu übergeben waren. Dieses Schreiben spricht angesichts der nach seinem Inhalt offenbar bestehenden Eilbedürftigkeit zumindest indiziell dafür, dass die Herausgabe bzw. die Ankaufverhandlungen zeitnah abgeschlossen wurden und sich nicht noch wochenlang hinzogen. Die Aussage des vom Senat vernommenen Zeugen Dr. S... führt demgegenüber nicht zu einer anderen Beurteilung. Der Zeuge hat zwar angegeben, dass es nach telefonisch eingeholter Aussage seiner Sekretärin ein Schreiben der Fa. K...-I... gebe, wonach eine Materialübergabe am 25.06.2007 stattfinden solle. Der Zeuge konnte aus eigener Kenntnis jedoch keine Angaben dazu machen, um welche Gegenstände oder Positionen aus der dem angefochtenen Urteil beigefügten Materialliste es sich handle oder wann hinsichtlich der betreffenden Gegenstände eine Einigung zwischen den Parteien bzw. mit der Fa. K...-I... erfolgt sei. Seine Aussage ist daher nicht geeignet, die Angaben der Verfügungsklägerin in Frage zu stellen. 52

III. 53

1. 54

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 55

2. 56

Eine Revision findet nach § 542 Abs. 2 ZPO nicht statt. 57

3. 58

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 44.358,88 € festgesetzt (14% von 316.849,13 €). 59

