

16.03.2009 Dr. Till Veltmann

Anwaltsklausur: Einstweilige Verfügung gemäß § 942 Abs. 1 ZPO: Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache, Eilzuständigkeit des Amtsgerichts; Rechtsbehelfe des Antragsgegners: Widerspruch, Antrag auf Rechtsfertigungsverfahren; Verfügungsanspruch; possessorischer Anspruch, petitorischer Anspruch, Besitzschutz unter Mitbesitzern; Verfügungsgrund; Widerklage.

§§ 858, 861, 863, 864, 866 BGB, 924, 935, 936, 938, 940, 942 ZPO

A. Lösungshinweise

Beachte: Die Lösungshinweise sind nicht Bestandteil der im Rahmen einer solchen Klausur anzufertigenden Lösung. Sie enthalten ergänzende Hinweise zur Lösung und zu den Schwerpunkten der Klausur, zu Aufbaufragen und klausurtaktische Überlegungen.

I. Es handelt sich vorliegend um eine Anwaltsklausur, bei der es dem Mandanten um die **Verteidigung gegen** die gegen ihn erlassene **einstweilige Verfügung** geht. Deshalb ist zunächst zu klären, ob prozessual überhaupt ein Vorgehen gegen die einstweilige Verfügung möglich ist. Erst wenn festgestellt wurde, dass grundsätzlich (noch) prozessuale Verteidigungsmöglichkeiten bestehen, ist materiell-rechtlich zu untersuchen, inwieweit ein Vorgehen gegen die einstweilige Verfügung erfolversprechend ist.

II. Wenn – wie hier – nach dem Bearbeitervermerk lediglich ein „Gutachten“ zu erstellen ist, kann dieses einschichtig aufgebaut werden. Eine formelle Unterscheidung in einzelne Stationen und insbesondere eine Trennung von Rechtsausführungen und Beweis- (hier: Glaubhaftmachung-) Überlegungen ist daher nicht erforderlich.

III. In dem Gutachten kann der Mandant grundsätzlich als „Mandant“ bezeichnet werden. In einer Verteidigungssituation ist es – anders als in einer Angriffssituation, bei der erst am Ende zu entscheiden ist, ob und wenn ja, welcher Rechtsbehelf eingelegt werden sollte – aber durchaus üblich die prozessuale Bezeichnung zu verwenden. Insoweit können die Parteien bei einem einstweiligen Verfügungsverfahren, bei dem es schon zu einer mündlichen Verhandlung gekommen ist, als „Antragstellerin“ und „Antragsgegner“, als „Verfügungsklägerin“ und „Verfügungsbeklagter“ oder auch als „Klägerin“ und „Beklagter“ bezeichnet werden. Solange eine mündliche Verhandlung aber noch nicht durchgeführt wurde – und ihre Durchführung auch noch nicht feststeht – sollten die Begriffe „Antragstellerin“ und „Antragsgegner“ verwendet werden.

IV. Die **prozessuale Besonderheit** des Falles liegt darin, dass das Amtsgericht die einstweilige Verfügung gemäß § 942 Abs. 1 ZPO als sog. **Gericht der Eilzuständigkeit** erlassen und der Antragstellerin dementsprechend eine Frist von zwei Wochen zur Beantragung des Rechtmäßigkeitsverfahrens vor dem **Gericht der Hauptsache** gesetzt hat.

Es muss also ohnehin ein Verfahren durchgeführt werden, in dem über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung entschieden wird und in dem der Antragsgegner alle Einwendungen gegen die einstweilige Verfügung geltend machen kann. Infolgedessen bräuchte für den Antragsgegner eigentlich nichts unternommen, sondern es könnte abgewartet werden, ob die Antragstellerin das Rechtmäßigkeitsverfahren betreibt. Wenn sie dies nicht tut, könnte dann gemäß § 942 Abs. 3 ZPO die Aufhebung der einstweiligen Verfügung beantragt wer-

den. Es wird also im Rahmen der Zweckmäßigkeitserwägungen darauf einzugehen sein, welches Vorgehen dem Antragsgegner zu empfehlen ist.

V. In materiell-rechtlicher Hinsicht macht die Antragstellerin Besitzschutzansprüche nach **§ 861 BGB** geltend. Insoweit ist von besonderer Bedeutung, dass eine Verteidigung mit einem Besitzrecht des Antragsgegners, z. B. aus Eigentum, nicht möglich ist, § 863 ZPO. Auch eine auf § 985 BGB gestützte Widerklage ist im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht möglich.

B. Gutachten

I. Prozessuale Möglichkeiten

1. Gegen die dem Mandanten zugestellte einstweilige Verfügung könnte gemäß § 924 ZPO der **Widerspruch** statthaft sein. Teilweise wird angenommen, gegen eine nach § 942 Abs. 1 ZPO erlassene einstweilige Verfügung stehe dem Antragsgegner kein Rechtsbehelf zu, da die Frist zur Ladung des Antragsgegners zum Rechtsfertigungsverfahren von Amts wegen zu bestimmen sei.¹ Überwiegend wird jedoch angenommen, dass der Schuldner Widerspruch einlegen kann, ohne eine von Amts wegen gesetzte Frist abzuwarten.² Letzterer Ansicht ist zu folgen, da ihn die einstweilige Verfügung sofort belastet. Es kann so unter Umständen eine schnellere Aufhebung der Verfügung erreicht werden.

2. Zuständig für die Entscheidung über den Widerspruch ist grundsätzlich das Gericht, das die einstweilige Verfügung erlassen hat.

a) Eine Ausnahme besteht in Fällen, in denen die einstweilige Verfügung durch das Gericht der Eilzuständigkeit erlassen worden ist. In diesem Fall hat über den Widerspruch das **Gericht der Hauptsache** zu entscheiden. Das Gericht der Eilzuständigkeit hat nur eine Sonderzuständigkeit für den **Erllass** der Verfügung, während für alle anderen Maßnahmen im Laufe des Verfahrens – und daher auch zur Entscheidung über einen Widerspruch – das Gericht der Hauptsache zuständig ist. Der Widerspruch ist daher grundsätzlich beim Hauptsachegericht einzulegen. Wird er beim Gericht der Eilzuständigkeit eingelegt, ist die Sache auf einen Verweisungsantrag des Antragsgegners – oder auch des Antragstellers – gemäß § 281 ZPO an das Gericht der Hauptsache zu verweisen.

b) Gericht der Hauptsache ist das Gericht, bei dem die Hauptsache bereits anhängig ist oder nach den allgemeinen Zuständigkeitsregeln anhängig gemacht werden kann. Dies ist hier hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit gemäß §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG das Landgericht Kiel, da sich der **Zuständigkeitsstreitwert einer Hauptsacheklage** auf Herausgabe der umstrittenen Gegenstände gemäß § 6 ZPO nach deren Verkehrswert bestimmt, also 7.500 € beträgt.

3. Weiterhin könnte der Antragsgegner seinerseits die **Durchführung des Rechtsfertigungsverfahrens beantragen**. Das Rechtsfertigungsverfahren findet nur bei einstweiligen Verfügungen statt, die vom Gericht der Eilzuständigkeit erlassen worden sind. Grundsätzlich hat der Antragsteller in der ihm vom Gericht gesetzten Frist beim Gericht der Hauptsache zu beantragen, dass die Verfügung aufrecht erhalten wird. Auch der Antragsgegner kann jedoch den Antrag auf Durchführung des Rechtsfertigungsverfahrens stellen. Auch in diesem Fall hat das Hauptsachegericht – wie bei einem Widerspruch – über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Wird der Antrag beim Gericht der Eilzuständigkeit gestellt, ist wiederum eine Verweisung gemäß § 281 ZPO erforderlich. Ein solcher Antrag hat daher praktisch dieselbe Wirkung wie ein Widerspruch.⁴

Der vom Amtsgericht in der einstweiligen Verfügung festgesetzte Streitwert von 2.500 € betrifft dagegen den gemäß §§ 53 Abs. 1 Nr. 1 GKG, 3 ZPO zu bestimmenden **Gebührenstreitwert** des Verfügungsverfahrens, der in der Regel mit etwa 1/3 – 1/2 des Wertes der Hauptsache angesetzt wird.³

¹ Thomas/Putzo/Reichold § 942 Rdnr. 5; Hk-ZPO/Kemper § 942 Rdnr. 8.

² OLG Hamm OLGZ 1989, 340; Zöller/Vollkommer § 942 Rdnr. 4; Stein/Jonas/Grunsky § 942 Rdnr. 7.

³ Thomas/Putzo/Hübstege § 3 Rdnr. 65.

⁴ Zöller/Vollkommer § 942 Rdnr. 7.



4. Ein Vorgehen gegen die einstweilige Verfügung mit einem Aufhebungsantrag gemäß § 927 ZPO oder gar einer Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO ist dagegen nicht in Erwägung zu ziehen: Der Antragsgegner macht hier keine Veränderung der dem Erlass der einstweiligen Verfügung zugrunde liegenden Umstände geltend. Außerdem sind Widerspruch bzw. Antrag auf Durchführung des Rechtfertigungsverfahrens auch erheblich einfacher und kostengünstiger als ein Vorgehen gemäß §§ 927, 767 ZPO und schließen daher das Rechtsschutzbedürfnis aus.

II. Erfolgsaussichten eines Vorgehens gegen die einstweilige Verfügung

Auf einen Widerspruch bzw. im Rechtfertigungsverfahren hat das Gericht der Hauptsache darüber zu entscheiden, ob die beantragte einstweilige Verfügung jetzt erlassen werden müsste, d.h., **ob die Voraussetzungen für den Erlass der einstweiligen Verfügung im Zeitpunkt der Verhandlung über den Widerspruch bzw. im Rechtfertigungsverfahren vorliegen oder nicht.**

1. Zulässigkeit der Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

a) Ein **formell wirksamer Antrag** der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung liegt vor. Die Antragstellerin konnte den Antrag beim Amtsgericht selbst wirksam stellen. Auch für die Stellung eines Verfügungsantrags beim Landgericht besteht kein Anwaltszwang (§§ 936, 920 Abs. 3, 78 Abs. 5 ZPO).

b) Ist die einstweilige Verfügung auf die Herausgabe einer Sache gerichtet, muss die herauszugebende Sache so klar bezeichnet werden, dass sie bei einer Zwangsvollstreckung zweifelsfrei identifiziert werden kann.⁵ Diese Voraussetzung ist hier hinsichtlich aller Anträge erfüllt, weil aufgrund der Nennung der Marken und der Typenbezeichnungen bzw. des Malers und des Motivs eine Identifizierung der herauszugebenden Sache ohne weiteres möglich ist.

c) Ob das Amtsgericht zu Recht eine **besondere Dringlichkeit** i.S.v. § 942 Abs. 1 ZPO und damit seine Eilzuständigkeit angenommen hat, ist unerheblich. Im Widerspruchs- bzw. im Rechtfertigungsverfahren hat das Gericht der Hauptsache zu entscheiden, sodass es auf die Frage, ob das Amtsgericht für den Erlass der einstweiligen Verfügung zuständig war, nicht mehr ankommt. Eine Verteidigung mit einem Hinweis auf eine fehlerhafte Annahme seiner Zuständigkeit durch das Amtsgericht wäre daher aussichtslos.

d) Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung ist weiter nur festzustellen, ob ein **Verfügungsanspruch behauptet** wird. Ob der Anspruch tatsächlich besteht bzw. glaubhaft gemacht worden ist, ist dagegen eine Frage der Begründetheit des Verfügungsantrags.⁶ Hier stützt sich die Antragstellerin ersichtlich jedenfalls auf einen Herausgabeanspruch nach § 861 BGB.

e) Nach §§ 935, 940 ZPO ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung in Bezug auf einen Streitgegenstand nur dann zulässig, wenn ein **Verfügungsgrund** (Eilbedürftigkeit/Dringlichkeit) besteht. Dies ist nach § 935 ZPO der Fall, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Dies gilt nach § 940 ZPO auch dann, wenn der Erlass einer Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Umstritten ist allerdings, ob es sich dabei um eine Frage der Zulässigkeit oder der Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung handelt.⁷ Nach der wohl h.M. handelt es sich dabei um eine Frage der Begründetheit der einstweiligen Verfügung. Begründet wird diese Ansicht insbesondere mit der praktischen Erwägung, dass es nicht sinnvoll wäre, wenn sich das Gericht mit dem Verfügungsgrund im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung befassen müsste, obwohl der Verfügungsanspruch nicht besteht bzw. nicht glaubhaft gemacht worden ist. Nach der Ge-

Ein häufiger Klausurfehler ist es bei einstweiligen Verfügungen zu prüfen, ob die Verfügung zu Recht erlassen worden ist, ob also bei ihrem Erlass die erforderlichen Voraussetzungen vorgelegen haben oder nicht. Die Verfügung wird nicht auf ihre Ordnungsgemäßheit überprüft, sodass es also auch nicht darauf ankommt, ob bei ihrem Erlass Verfahrensfehler unterlaufen sind.

In der vor dem Landgericht anzuberaumenden mündlichen Verhandlung muss die Antragstellerin jedoch gemäß § 78 Abs. 1 ZPO durch einen Rechtsanwalt vertreten werden. Davon, dass dies der Fall sein wird, ist auszugehen – falls nicht, könnte dann für den Mandanten gemäß § 330 ZPO ein Versäumnisurteil auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung und Abweisung des Antrags auf Erlass der einstweiligen Verfügung beantragt werden.

⁵ BGH NJW 2003, 668; Zöller/Greger § 253 Rdnr. 13 c.

⁶ Thomas/Putzo/Reichhold § 935 Rdnr. 1.

⁷ Vgl. Meinungsübersichten dazu in AS-Skript, Die zivilgerichtliche Assessorklausur, 14. Aufl. 2008, S. 197.

genansicht handelt es sich bei dem Verfügungsgrund um eine Frage der Zulässigkeit. Er sei seinem Wesen und Funktion nach als eine Art des Rechtsschutzbedürfnisses für das besondere Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu verstehen. Gerade der vorliegende Fall zeigt jedoch, dass eine Prüfung im Rahmen der Begründetheit deutlich praktikabler ist: Insbesondere für Verfügungsansprüche aus § 861 BGB wird nach allgemeiner Ansicht angenommen, dass es zur Erwirkung einer einstweiligen Verfügung wegen einer Besizzentziehung der Glaubhaftmachung eines besonderen Verfügungsgrundes nicht bedarf.⁸ Zweckmäßig ist es daher, zunächst das Bestehen eines Verfügungsanspruchs zu prüfen, da nur dann beurteilt werden kann, ob ein Verfügungsgrund überhaupt erforderlich ist und besteht. Auf das Bestehen eines Verfügungsgrundes wird daher im Rahmen der Begründetheit eingegangen.

2. Begründetheit der Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

Die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sind begründet, soweit ein Verfügungsanspruch und ein Verfügungsgrund bestehen; außerdem darf die Anordnung des Gerichts keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache darstellen.

a) Verfügungsanspruch

Die Antragstellerin erstrebt die Herausgabe der von ihr im Einzelnen bestimmt bezeichneten Gegenstände.

aa) Als Verfügungsanspruch kommt in erster Linie **§ 861 Abs. 1 BGB** in Betracht.

(1) Dieser Anspruch setzt voraus, dass der Antragsgegner der Antragstellerin den **Besitz** an den Gegenständen durch verbotene Eigenmacht entzogen hat. Dabei reicht es aus, wenn die Antragstellerin (nur) **Mitbesitz** an den Gegenständen gehabt hat. Unter Mitbesitzern findet gemäß § 866 BGB ein Besitzschutz lediglich insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des beiderseitigen Gebrauchs handelt, während der vollständige Entzug des Besitzes durch einen Mitbesitzer für den anderen Mitbesitzer Besitzschutzansprüche auslöst.⁹

(2) Fraglich ist, ob die Antragstellerin **Besitz** an den betreffenden Gegenständen hatte.

(a) Grundsätzlich hatten die Antragstellerin und der Antragsgegner Mitbesitz an den in ihrem gemeinsamen Haushalt befindlichen Gegenständen. Bei Eheleuten geht die Rechtsprechung davon aus, dass diese – unabhängig vom Güterstand – Mitbesitz an allen Sachen haben, die zu dem im gemeinsamen Gebrauch stehenden Hausrat gehören.¹⁰ Da es für den Besitz auf die **tatsächlichen** Sachherrschaftsbeziehungen zu den Gegenständen ankommt ist dieser Gedanke jedoch nicht nur auf Eheleute zu beschränken, sondern gilt grundsätzlich für alle Personen, die in einer Wohnung zusammenleben und dort einen gemeinsamen Haushalt betreiben, also auch für die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.¹¹

(b) Erforderlich ist jedoch, dass die Gegenstände auch tatsächlich „**im gemeinsamen Gebrauch**“ stehen.¹² Damit stehen im Mitbesitz nicht solche Gegenstände, die ausschließlich dem **persönlichen Gebrauch** eines der Bewohner dienen, wie insbesondere die für dessen Berufsausübung bestimmten Gegenstände. Diese Gegenstände stehen vielmehr im **Alleinbesitz** des betreffenden Bewohners.¹³ Daher kommt es darauf an, ob die von der Antragstellerin herausverlangten Gegenstände in diesem Sinne Hausratsgegenstände waren, die dem gemeinsamen Gebrauch während des Zusammenlebens dienten, denn nur dann hat die Antragstellerin an ihnen Mitbesitz gehabt. Soweit sie ausschließlich dem Gebrauch des Antragsgegners dienten, hatte er dagegen Alleinbesitz, sodass insoweit die Mitnahme keine Besizzentziehung gewesen ist.

⁸ OLG Köln MDR 2000, 152; OLG Stuttgart NJW-RR 1996, 1516; OLG Saarbrücken MDR 2003, 1198; Thomas/Putzo/Reichold § 940 Rdnr. 12; Zöller/Vollkommer § 940 Rdnr. 8, Stichwort: Herausgabe.

⁹ Palandt/Bassenge § 866 Rdnr. 5.

¹⁰ Palandt/Bassenge § 854 Rdnr. 13.

¹¹ Staudinger/Bund § 866 Rdnr. 12.

¹² BGH NJW 1979, 976; Palandt/Bassenge § 854 Rdnr. 13.

¹³ Palandt/Bassenge § 854 Rdnr. 13.



Die **Computer-Anlage** ist nach der Darstellung des Antragsgegners ausschließlich von ihm für seine berufliche Tätigkeit als Architekt benutzt worden, während die Antragstellerin den Computer nicht nur nicht benötigt, sondern auch tatsächlich nie benutzt hat. Wenn dies zutrifft, hat nur der Antragsgegner (Allein-) Besitz an der Anlage gehabt. Fraglich ist indes, ob der Mandant den Besitz durch Auszug aus der Wohnung verloren hat. Zur Aufgabe des Besitzes i.S.v. § 856 Abs. 1 BGB ist jedoch erforderlich, dass der bisherige Besitzer erkennbar den Besitz aufgeben will,¹⁴ während eine nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung den Besitz nicht beendet, § 856 Abs. 2 BGB. Der Antragsgegner wollte bei seinem Auszug auf den Computer nicht verzichten, sondern hat ihn nur deshalb nicht mitgenommen hat, weil er erst noch eine Transportmöglichkeit besorgen musste. Auch hat er die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf den Computer nicht verloren, weil er die Schlüssel zu der Wohnung noch behalten hatte. Damit hat der Antragsgegner bei seinem Auszug aus der Wohnung den Besitz an der Computer-Anlage nicht aufgegeben. Im Abholen der Computer-Anlage lag demnach keine Besitzentziehung, sodass ein Anspruch der Antragstellerin aus § 861 BGB insoweit ausscheidet.

Dass die Computeranlage ausschließlich von dem Antragsgegner genutzt worden ist und somit in seinem Alleinbesitz gestanden hat, kann durch eidesstattliche Versicherung der beiden Freunde und zusätzlich auch durch eine eigene eidesstattliche Versicherung des Antragsgegners **glaubhaft gemacht** werden (§ 294 ZPO), sodass insoweit eine hinreichende Erfolgsaussicht zur Verteidigung für den Antragsgegner besteht.

Hinsichtlich der **Stereo-Anlage** und des **Bildes** wird dagegen davon ausgegangen werden müssen, dass sie „im gemeinsamen Gebrauch“ gestanden haben. Eine Stereoanlage wird in der Regel von allen Bewohnern benutzt und dient auch der gemeinsamen Unterhaltung. Ein Bild hat in der Regel den Zweck, die gemeinsame Wohnung zu schmücken und dient daher ebenfalls allen Bewohnern. Hinsichtlich dieser Gegenstände wird daher der Mitbesitz der Antragstellerin nicht mit Erfolgsaussicht bestritten werden können.

(3) Der Mitbesitz der Antragstellerin an Bild und Stereo-Anlage müsste **durch verbotene Eigenmacht** entzogen worden sein. Verbotene Eigenmacht liegt gemäß § 858 Abs. 1 BGB dann vor, wenn der Besitz dem Besitzer ohne dessen Willen widerrechtlich entzogen worden ist.

(a) Dass der Antragsgegner der Antragstellerin den Mitbesitz an der Stereoanlage und dem Bild **entzogen** hat, kann nicht bestritten werden. Der Antragsgegner hat diese Gegenstände aus der Wohnung abgeholt und zu sich gebracht und damit die Antragstellerin von einem Zugriff ausgeschlossen. Der Antragsgegner hatte die Absicht, sich von der Antragstellerin zu trennen und die Sachen auf Dauer für sich zu behalten, worin die Begründung von Alleinbesitz liegt.

(b) Auch kann nicht bestritten werden, dass dies **ohne Willen der Antragstellerin** geschah. Als der Antragsgegner die Gegenstände aus der Wohnung herausholte, war die Antragstellerin nicht anwesend und kann daher schon deshalb der Mitnahme nicht zugestimmt haben. Ein Handeln gegen den Willen des Besitzers ist nicht erforderlich, nur ein tatsächlich vorliegendes Einverständnis schließt die verbotene Eigenmacht aus.¹⁵

(c) Der Bruch fremden (Mit-) Besitzes ist grundsätzlich auch **widerrechtlich**. Dies wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Antragsgegner – nach seiner Darstellung – Eigentümer dieser Sachen ist und daher gegen die Antragstellerin einen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB hat. Solche Ansprüche begründen kein Recht zur eigenmächtigen Wegnahme, sondern müssen im Klagewege geltend gemacht werden. Eine Ausnahme würde nur dann bestehen, wenn die Besitzentziehung gesetzlich gestattet wäre (§ 858 Abs. 1 BGB), wenn sich der Antragsgegner also auf ein gesetzliches Wegnahmerecht berufen könnte. Ein solches Wegnahmerecht für den Antragsgegner – etwa aus §§ 229, 859 Abs. 2 BGB –, ist jedoch nicht ersichtlich.

¹⁴ Palandt/Bassenge § 856 Rdnr. 1.

¹⁵ Palandt/Bassenge § 858 Rdnr. 5.

Hinsichtlich der Stereoanlage und des Bildes besteht für die Antragstellerin ein Herausgabeanspruch aus § 861 Abs. 1 BGB, gegen den erfolgsversprechende Einwendungen nicht bestehen.

bb) Weiter könnte als Verfügungsanspruch ein **Anspruch aus § 985 BGB** in Betracht kommen.

(1) Die Antragstellerin beruft sich hinsichtlich Computer und Stereoanlage nicht darauf, Eigentümerin zu sein. Jedoch macht sie geltend, der Antragsgegner habe ihr das Bild geschenkt. Insoweit kommt also auch ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB in Betracht.

(2) Der Antragsgegner **bestreitet** eine solche Schenkung. Fraglich ist, ob zu Gunsten der Antragstellerin die Vermutung des § 1006 BGB eingreift. Nach § 1006 BGB wird vermutet, dass der Besitzer **zugleich mit dem Besitzerwerb** das Eigentum an der Sache erlangt habe.¹⁶ Gegenstand der Vermutung nach § 1006 BGB ist daher nur, dass der (frühere oder jetzige) Eigenbesitzer bei Besitzerwerb – und aufgrund dessen – Eigentümer geworden ist. § 1006 Abs. 1 BGB gilt also nicht für den, der zunächst nur Fremdbesitz hatte, bei dem die Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft also nicht zum Eigentumserwerb geführt hat.¹⁷ Schon aus dem Vorbringen der Antragstellerin ergibt sich, dass zunächst der Antragsgegner der Eigentümer und alleinige Besitzer des Bildes war. Daraufhin hat er es in die gemeinsame Wohnung eingebracht, wodurch die Antragstellerin Mitbesitzerin wurde. Erst nachdem die Antragstellerin Mitbesitzerin war, soll der Antragsgegner ihr das Bild geschenkt haben, sodass der von der Antragstellerin vorgetragene Besitzerwerb nicht mit dem angeblichen Eigentumserwerb zusammenfällt. Damit greift die Vermutung nicht zu Gunsten der Antragstellerin ein.

(3) Da unstreitig der Antragsgegner zunächst Eigentümer war und die Vermutung des § 1006 BGB nicht zu Gunsten der Antragstellerin eingreift, trägt sie die Beweislast – und damit im Rahmen einer einstweiligen Verfügung die „Glaubhaftmachungslast“ – dafür, dass der Antragsgegner das Bild ihr übereignet habe. Die Antragstellerin kann sich für eine solche Glaubhaftmachung nur auf ihre eidesstattliche Versicherung berufen. Der Antragsgegner kann aber seinerseits eidesstattlich versichern, dass er das Bild nicht der Antragstellerin geschenkt habe. Da einer solchen eidesstattlichen Versicherung jedenfalls dasselbe Gewicht beizumessen ist wie der Versicherung der Antragstellerin, wird dann eine ausreichende Glaubhaftmachung ihrer Darstellung durch die Antragstellerin nicht mehr angenommen werden können.

Einen Herausgabeanspruch der Antragstellerin nach § 985 BGB hinsichtlich des Bildes wird diese daher nicht erfolgsversprechend geltend machen können.

cc) Schließlich könnte sich der Verfügungsanspruch aus **§ 1007 Abs. 2 BGB** ergeben. Das Eigentum des Antragsgegners an den betreffenden Gegenständen, das gemäß § 1006 BGB vermutet wird bzw. durch den Antragsgegner glaubhaft gemacht werden kann, schließt einen solchen Anspruch jedoch aus, sodass die Antragstellerin sich – auch hinsichtlich des Bildes – nicht erfolgsversprechend auf § 1007 BGB berufen können.

b) Keine Unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache

Grundsätzlich darf mit einer einstweiligen Verfügung nur die Sicherung des Verfügungsanspruchs erreicht werden, **nicht aber eine Erfüllung**. § 935 ZPO dient nur der Sicherung eines Anspruchs,¹⁸ und auch über § 940 ZPO darf grundsätzlich nur eine vorläufige Regelung, nicht aber eine Befriedigung des Verfügungsanspruchs, bewirkt werden.

aa) Daher kann hinsichtlich eines zu sichernden Herausgabeanspruchs grundsätzlich nur eine **Herausgabe der umstrittenen Sache an einen Sequester** angeordnet werden, nicht aber eine Herausgabe an den Anspruchsinhaber selbst. Eine solche Beschränkung des Herausgabeanspruchs könnte hier möglicherweise geltend gemacht werden.

¹⁶ BGH NJW 1994, 939; Palandt/Bassenge § 1006 Rdnr. 4.

¹⁷ Vgl. BGH NJW 2004, 217; Palandt/Bassenge § 1006 Rdnr. 4.

¹⁸ Thomas/Putzo/Reichold § 938 Rdnr. 3.



bb) Die **Erfüllung** eines Anspruchs kann nur mittels einer sog. **Leistungsverfügung** erreicht werden, die nur ausnahmsweise dann zulässig ist, wenn nur durch die (vorläufige) Befriedigung des Anspruchsinhabers eine befriedigende Lösung der bestehenden Regelungsnotwendigkeit möglich ist.¹⁹ Eine solche Leistungsverfügung auf Herausgabe an den Anspruchsinhaber selbst wird aber gerade im Falle eines **Besitzschutzanspruchs aus § 861 Abs. 1 BGB** angenommen, da insbesondere aus dem Umstand, dass § 863 BGB Einwendungen gegen einen Anspruch aus verbotener Eigenmacht grundsätzlich ausschließt, entnommen wird, dass das Gesetz dem Schutz vor verbotener Eigenmacht eine ganz besondere Bedeutung beigemessen hat. Eine verbotene Eigenmacht soll sofort wieder rückgängig gemacht und die ursprüngliche Besitzlage sofort uneingeschränkt wieder hergestellt werden.²⁰ Auch insoweit ist daher eine Einschränkung des Herausgabeanspruchs – auf Herausgabe an einen Sequester – nicht zu erreichen.

cc) Durch den Herausgabeanspruch nach § 861 Abs. 1 BGB soll jedoch der Zustand wieder hergestellt werden, der vor der Begehung der verbotenen Eigenmacht bestanden hat. In einem Fall wie dem vorliegenden kann aber bei Trennung der Parteien der eigentliche frühere Zustand, nämlich ein Mitbesitz beider Parteien, gerade nicht wieder hergestellt werden. Falls dem uneingeschränkten Begehren der Antragstellerin auf Herausgabe entsprochen würde, würde die Antragstellerin eine **bessere Besitzstellung** erhalten als früher, nämlich Alleinbesitz.²¹ Deshalb könnte geltend gemacht werden, dass jedenfalls keine Herausgabe an die Antragstellerin angeordnet werden dürfe. Ob dieser Einwand allerdings wirklich durchgreifen wird, erscheint aber zweifelhaft, denn ohne die verbotene Eigenmacht des Antragsgegners hätte die Antragstellerin schon infolge des Auszuges des Antragsgegners faktisch den Alleinbesitz an den Gegenständen erhalten. Ohne die verbotene Eigenmacht des Antragsgegners würden sich die Gegenstände noch in der Wohnung der Antragstellerin befinden. Gleichwohl sollte der Einwand vorgetragen werden.

c) Vorliegen eines Verfügungsgrundes

Ein Verfügungsgrund besteht grundsätzlich, wenn (objektiv) zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes der Verfügungsanspruch gefährdet wird.²²

aa) Eine solche Besorgnis könnte mit Erfolgsaussicht zu verneinen sein, jedenfalls wird die Antragstellerin sie kaum glaubhaft machen können. Der Antragsgegner legt Wert auf den Besitz der – in seinem Eigentum stehenden – Gegenstände. Es ist nicht zu befürchten, dass er sie etwa veräußern oder auch nur nicht pfleglich behandeln würde. Dass der Antragsgegner nach Süddeutschland verziehen würde, was die Durchsetzung des Herausgabeanspruchs für die Antragstellerin erschweren könnte, ist nach den Angaben des Antragsgegners nicht der Fall. Dies wird auch mit Erfolgsaussicht geltend gemacht werden können, da die Antragstellerin sich insoweit ohnehin nur auf Angaben vom Hörensagen gestützt hat. Im Übrigen spricht die berufliche Tätigkeit des Antragstellers gegen einen Umzug nach Süddeutschland; schließlich könnte er die fehlende Umzugsabsicht durch eine eidesstattliche Versicherung glaubhaft machen.

bb) Die Antragstellerin stützt sich jedoch auf einen Herausgabeanspruch aus § 861 Abs. 1 BGB. Mit Rücksicht darauf, dass der Besitzer sich gemäß § 859 BGB einer verbotenen Eigenmacht mit Gewalt erwehren und die Sache auch dem Besitzentzieher mit Gewalt wieder abnehmen darf und dass ferner nach § 863 BGB Einwendungen gegen einen Besitzschutzanspruch weitestgehend ausgeschlossen sind, wird nach allgemeiner Ansicht angenommen, dass es zur Erwirkung einer einstweiligen Verfügung **wegen einer Besitzentziehung der Glaubhaftmachung eines besonderen Verfügungsgrundes nicht bedarf**.²³

¹⁹ Thomas/Putzo/Reichold § 940 Rdnr. 6 ff.

²⁰ OLG Hamm NJW-RR 1991, 1526; OLG Saarbrücken MDR 2003, 1198; Thomas/Putzo/Reichold § 940 Rdnr. 12.

²¹ OLG Hamburg MDR 1970, 770; vgl. Zöller/Vollkommer § 940 Rdnr. 8, Stichwort: Herausgabe.

²² Thomas/Putzo/Reichold § 935 Rdnr. 6.

²³ OLG Köln MDR 2000, 152; OLG Stuttgart NJW-RR 1996, 1516; OLG Saarbrücken MDR 2003, 1198; Thomas/Putzo/Reichold § 940 Rdnr. 12; Zöller/Vollkommer § 940 Rdnr. 8, Stichwort: Herausgabe.

d) Zwischenergebnis

Hinsichtlich der Computeranlage kann die Verfügung mit Erfolgsaussicht abgewendet werden, denn insoweit kann ein Besitzschutzanspruch der Antragstellerin dadurch ausgeräumt werden, dass ein Alleinbesitz des Antragsgegners glaubhaft gemacht wird, während ein Eigentumsherausgabeanspruch der Antragstellerin von vornherein ausscheidet. Hinsichtlich der Stereoanlage und des Bildes kann ein Verfügungsanspruch aus § 861 Abs. 1 BGB zwar grundsätzlich nicht mit Erfolgsaussicht bekämpft, aber jedenfalls versucht werden, dass nicht eine Herausgabe an die Antragstellerin, sondern nur zur Sicherung an einen Sequester angeordnet wird.

e) Geltendmachung von Gegenrechten oder Gegenansprüchen

Fraglich ist, ob eine weitergehende Verteidigung durch die Geltendmachung von Gegenrechten oder Gegenansprüchen möglich ist.

aa) Da der Antragsgegner nach seinem Vortrag **Eigentümer der Gegenstände** ist, würde für ihn ein **Herausgabeanspruch aus § 985 BGB** gegen die Antragstellerin entstehen, falls diese – aufgrund der einstweiligen Verfügung – wieder den Besitz an den Gegenständen erhält.

Ein solcher Herausgabeanspruch ließe sich – auch wenn der Antragsgegner zurzeit keine Beweismittel über seinen Eigentumserwerb in der Hand hat – auch durchsetzen. Für den Antragsgegner, der vor dem Zusammenziehen der Parteien unstreitig Alleinbesitzer aller Gegenstände war, spricht jedenfalls die **Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 2 BGB**, die zu widerlegen, die Antragstellerin nicht in der Lage sein wird.

Allein durch das Einbringen der Gegenstände durch den Antragsgegner in die gemeinsame Wohnung ist eine Änderung der Eigentumslage nicht eingetreten. Eine solche könnte nur durch eine Übertragung des Eigentums oder von Miteigentum durch den Antragsgegner an die Antragstellerin eingetreten sein, wofür die Antragstellerin die Beweislast trägt: Eine solche Übereignung wird sie nicht beweisen können, da auch sie keine entsprechenden Beweismittel besitzt.

bb) Fraglich ist jedoch, ob und wenn ja wie das Eigentum bzw. der Eigentumsherausgabeanspruch des Antragsgegners dem Verfügungsanspruch der Antragstellerin aus § 861 Abs. 1 BGB entgegengesetzt werden kann.

(1) Gemäß **§ 863 BGB** schließt das Eigentum des Antragsgegners den Besitzschutzanspruch der Antragstellerin gerade nicht aus. Das Eigentum kann daher grundsätzlich nicht unmittelbar dem Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB entgegengehalten werden.

(2) Nach **§ 864 Abs. 2 BGB** erlischt der Besitzschutzanspruch, wenn durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, dass dem Täter, also demjenigen, der die verbotene Eigenmacht begangen hat, ein Recht zum Besitz an der Sache zusteht. Würde also durch rechtskräftiges Urteil festgestellt werden, dass der Antragsgegner der Eigentümer der Sachen ist, würde dies den Besitzschutzanspruch der Antragstellerin ausräumen. Ein entsprechendes rechtskräftiges Urteil liegt hier aber noch nicht vor und ist auch bis zur Entscheidung über einen Widerspruch bzw. im Rechtsfertigerungsverfahren nicht zu erlangen.

(3) Bei einer **Klage** aus § 861 BGB wird nach h.M. eine **Widerklage des Störers aus einem Recht zum Besitz zugelassen. Die Besitzschutzklage wird abgewiesen**, wenn **gleichzeitig** der Widerklage stattgegeben wird. Die Widerklage aus dem Besitzrecht hat dann den Vorrang vor der Besitzschutzklage, um so in einem einzigen Rechtsstreit die materielle Rechtslage herzustellen und widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden.²⁴ Eine entsprechende Widerklage ist aber im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht möglich.²⁵ Eine Widerklage

²⁴ BGH NJW 1979, 1358; 1999, 425; Palandt/Bassenge § 863 Rdnr. 3; a.A.: Staudinger/Bund § 863 Rdnr. 8; Widerklage unzulässig –; MünchKommBGB/Joost § 863 Rdnr. 9 ff.: Stattgeben von Klage und Widerklage.

²⁵ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Anh. § 253 Rdnr. 8.



ist nur in derselben Prozessart zulässig, Verfügungs- und Klageverfahren sind aber unterschiedliche Prozessarten.

(4) Aus § 864 Abs. 2 BGB lässt sich **der allgemeine Rechtsgedanke** herleiten, dass der Ausschluss petitorischer Einwendungen des Besitzers gemäß § 863 BGB dann nicht gelten kann, wenn über das Besitzrecht letztinstanzlich – wenn auch inzidenter – entschieden werden kann und wenn der Herausgabekläger damit die Sache sogleich wieder an den Besitzberechtigten herausgeben müsste. Diesem Gedanken wird teilweise entnommen, dass dann ein Besitzrecht auch im einstweiligen Verfügungsverfahren durch einen petitorischen Gegenantrag geltend gemacht werden könne.²⁶ Der Verletzte dürfe auch im Verfügungsverfahren keine bessere Stellung haben als in einer entsprechenden Hauptsacheklage. Dem wird von der h.M.²⁷ jedoch mit Recht entgegen gehalten, das Verfügungsverfahren könne nur zu einer vorläufigen Regelung führen und daher das Besitzrecht nicht endgültig entscheiden, wie dies in einer letztinstanzlichen Entscheidung eines Hauptsacheverfahrens denkbar wäre. Zum anderen wären mit einer Zulassung des Einwandes des Eigentums im Verfügungsverfahren die Regelung des § 863 BGB und der mit ihr verfolgte eindeutige Schutz des Besitzes vor verbotener Eigenmacht **wirkungslos**. Die von § 863 BGB bezweckte schnelle Rückgängigmachung von Besitzverletzungen ohne jede Erörterung der materiell-rechtlichen Rechtslage würde unmöglich gemacht und letztlich das gerade hierfür vorgesehene Verfahren der einstweiligen Verfügung entwertet.

Zwischenergebnis: In dem anhängigen Verfügungsverfahren wird der Antragsgegner sich nicht erfolgreich auf sein Eigentum an den umstrittenen Gegenständen berufen können.

III. Zweckmäßiges Vorgehen

1. Zweckmäßig ist ein **Widerspruch** gemäß §§ 924, 936 ZPO, gerichtet auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung hinsichtlich der Computeranlage und im Übrigen – auch um der Antragstellerin deutlich zu machen, dass sie mit der einstweiligen Verfügung für sich selbst im Ergebnis nichts erreichen kann – auf eine Einschränkung der Verfügung dahin, dass nur eine Herausgabe an einen Sequester, nicht an die Antragstellerin, angeordnet wird. Dabei ist der Antrag korrekterweise dahin zu formulieren ist, dass im Umfang der Aufhebung der einstweiligen Verfügung auch der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen wird.

a) Ein Abwarten, ob die Antragstellerin das Rechtfertigungsverfahren einleitet, ist dagegen nicht angebracht, da die Antragstellerin dann aus der einstweiligen Verfügung bis zu ihrer Aufhebung vollstrecken könnte, was möglichst vermieden werden muss.

b) Es könnte zwar auch ein Antrag auf Durchführung des Rechtfertigungsverfahrens gestellt werden, was im Ergebnis auf dasselbe wie ein Widerspruch hinausläuft (s.o.). Ein Widerspruch macht jedoch den Angriff gegen die einstweilige Verfügung deutlicher.

2. Dem Widerspruch sind – zur **Glaubhaftmachung** des Alleinbesitzes des Antragsgegners an der Computeranlage – eidesstattliche Versicherungen der Freunde des Antragsgegners, Schulz und Drenkmann, die entsprechend noch aufzunehmen sind, beizufügen. Außerdem sollte zur weiteren Glaubhaftmachung der Antragsgegner selbst die tatsächlichen Angaben eidesstattlich versichern.

3. Eingelegt werden sollte dieser Widerspruch beim **Amtsgericht Rendsburg**. Da über den Widerspruch das Landgericht Kiel als Gericht der Hauptsache zu entscheiden hat, muss dann sogleich auch ein entsprechender **Verweisungsantrag** gestellt werden. Der Widerspruch könnte zwar auch sogleich beim Landgericht Kiel eingelegt werden. Das Landgericht Kiel müsste dann aber erst die Akten beim Amtsgericht Rendsburg anfordern, was längere Zeit in

Selbstverständlich können die Bearbeiter auch zu dem Ergebnis gelangen, den Widerspruch direkt bei dem an sich zuständigen LG Kiel einzulegen.

²⁶ KG ZMR 2000, 819; OLG Rostock OLG-NL 2001, 279, 281; zustimmend Lehmann-Richter NJW 2003, 1717 und wohl auch Palandt/Bassenge § 863 Rdnr. 3.

²⁷ OLG Köln MDR 1995, 1215; 2000, 152; OLG Koblenz RdL 2000, 236; OLG Celle BauR 2001, 1465; Münch-Komm/Joost § 863 Rdnr. 12.

Anspruch nehmen kann, als wenn das Amtsgericht Rendsburg sogleich nach Eingang des Widerspruchs die Sache an das Landgericht Kiel verweist.

Zwar müsste die Antragstellerin grundsätzlich zu dem Verweisungsantrag rechtliches Gehör erhalten. Da aber die Verweisung ohnehin zwingend ist und es sich um ein besonders eilbedürftiges Verfahren einer einstweiligen Verfügung handelt – vor deren Erlass der Antragsgegner auch nicht gehört worden ist –, kann auch ohne Anhörung verwiesen werden, wie dies in der Praxis auch üblich ist. Das Gericht der Hauptsache muss ohnehin Termin zur mündlichen Verhandlung über den Widerspruch anberaumen (§§ 924 Abs. 2 S. 2 ZPO). Die Antragstellerin erhält daher im Widerspruchsverfahren noch hinreichende Gelegenheit zur Äußerung.

4. Da die alsbaldige Vollstreckung der einstweiligen Verfügung droht – der Gerichtsvollzieher hat die Vollstreckung bereits für den 6. März 2009 angedroht – muss auch ein **Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung** gemäß §§ 924 Abs. 3 S. 2, 707, 936 ZPO gestellt werden, der auch mit dem Eigentum des Antragsgegners an den umstrittenen Gegenständen begründet werden sollte. Da auch zur Entscheidung über diesen Antrag nur das Gericht der Hauptsache zuständig ist,²⁸ ist es auch deshalb wichtig, dass die Akte **so schnell wie möglich an das Gericht der Hauptsache** gelangt.

5. Deshalb muss in dem Widerspruchsschriftsatz an das Amtsgericht besonders eindringlich auf die **Eilbedürftigkeit der Sache** – gerade auch hinsichtlich der Verweisung – hingewiesen werden.

6. Es ist auch zweckmäßig, dem Gerichtsvollzieher eine Abschrift des Widerspruchs zu übersenden mit anwaltlicher Bestätigung, dass der Schriftsatz beim Amtsgericht Rendsburg eingereicht worden ist, damit er informiert ist und ggf. seinerseits bei Gericht hinsichtlich der beantragten Einstellung nachfragt, bevor er aus der einstweiligen Verfügung vollstreckt.

7. Ob eine **Klage auf Feststellung des Eigentums** erhoben werden sollte, sollte jetzt noch nicht entschieden, sondern erst die Entwicklung des Verfügungsverfahrens abgewartet werden. Bereits in diesem Verfahren könnte es ja auch zu einer einverständlichen Regelung kommen. Bis zum Abschluss des Verfügungsverfahrens kann ein Feststellungsurteil und damit das Eingreifen des § 864 Abs. 2 BGB ohnehin rein zeitlich nicht erreicht werden.

Es sollte aber bereits im Verfügungsverfahren auf die Erfolgsaussicht einer solchen Feststellungsklage bzw. einer Herausgabeklage aus § 985 BGB – und überhaupt auf das Eigentum des Antragsgegners – hingewiesen werden, um so die Antragstellerin zu einer für den Antragsgegner günstigen Regelung bereits im Verfügungsverfahren zu veranlassen.

²⁸ Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 942 Rdnr. 12.



C. Schriftsatz an das Gericht

Dr. Ralf Günter
Rechtsanwalt

Rendsburg, den 3. März 2009

An das
Amtsgericht
Rendsburg

Eilt sehr!
Bitte sofort vorlegen!

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren
der Frau Anke Holtmüller, Kieler Straße 87, 24768 Rendsburg,

Antragstellerin,

g e g e n

den Architekten Dipl.-Ing. Werner Dewes, Hansestraße 12, 24768 Rendsburg,

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Günter in Rendsburg,

- 2 C 236/06 -

zeige ich an, dass ich den Antragsgegner vertrete.

Für den Antragsgegner lege ich gegen die einstweilige Verfügung vom 2. März 2009

Widerspruch

ein. Zur Entscheidung über diesen Widerspruch beantrage ich,

das Verfahren – ohne mündliche Verhandlung – an das Landgericht Kiel als Gericht der Hauptsache zu verweisen.

Bei dem Landgericht Kiel werde ich beantragen,

1. die einstweilige Verfügung vom 2. März 2009 insoweit aufzuheben, als die Herausgabe der Computer-Anlage angeordnet worden ist,
2. die einstweilige Verfügung vom 2. März 2009 im Übrigen dahin abzuändern, dass die Herausgabe der Stereo-Anlage und des Bildes lediglich an einen Sequester angeordnet wird,
3. im Umfang der Aufhebung bzw. Abänderung der einstweiligen Verfügung den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Ferner beantrage ich bereits jetzt,

die Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Verfügung einstweilen einzustellen.

Da der Gerichtsvollzieher Clausen die Vollstreckung der einstweiligen Verfügung bereits für den 6. März 2009 angekündigt hat, die Entscheidung über den Einstellungsantrag daher **außerordentlich eilbedürftig** ist, bitte ich darum, dass die Sache **sofort** an das Landgericht Kiel verwiesen wird, das ich insoweit um eine **sofortige Entscheidung über den Einstellungsantrag** bitte.

Zur Begründung meiner Anträge trage ich vor:

Es trifft zu, dass die Parteien seit Mitte des vergangenen Jahres in der Wohnung der Antragstellerin zusammengewohnt haben und dass es am 1. März 2009 wegen erheblicher Differenzen zu einer Trennung der Parteien gekommen ist. Der Antragsgegner ist aus der Wohnung ausgezogen.

Der Antragsgegner wohnt zurzeit in der Wohnung seiner Eltern.

Es trifft nicht zu, dass er die Absicht habe, für längere Zeit nach Süddeutschland zu fahren. Dazu wäre der Antragsgegner, der in Rendsburg, Am Markt 24, ein Architekturbüro betreibt, schon aus beruflichen Gründen nicht in der Lage.

Bei seinem Auszug aus der Wohnung der Antragstellerin konnte der Antragsgegner zunächst nur einige wenige Kleidungsstücke mitnehmen.

Als der Antragsgegner am 2. März 2009 seine weiteren Sachen wenigstens teilweise abholen wollte, hat er die Antragstellerin nicht in der Wohnung angetroffen. Da er aber ohnehin noch einen Schlüssel zu der Wohnung besitzt, hatte er keine Bedenken, seine Sachen aus der Wohnung zu holen.

Dementsprechend hat er auch die Computer-Anlage, die Stereo-Anlage und das Bild mitgenommen. Alle diese Gegenstände stehen im Eigentum des Antragsgegners. Er hatte sie bereits erworben, bevor er mit der Antragstellerin zusammengezogen ist, und hatte sie demgemäß in die gemeinsame Wohnung mitgebracht.

Wenn in der Abholung seiner Sachen durch den Antragsgegner eine verbotene Eigenmacht zu sehen sein sollte, weil die Antragstellerin der Mitnahme der Sachen nicht ausdrücklich zugestimmt hatte, so würde dies auf keinen Fall für die Computer-Anlage gelten:

An dieser Computer-Anlage hat die Antragstellerin keinen Besitz – auch keinen Mitbesitz – gehabt. Zwar hat diese Anlage in ihrer Wohnung gestanden. Sie ist jedoch ausschließlich vom Antragsgegner für seine beruflichen Zwecke benutzt worden. Die Antragstellerin hat dagegen die Anlage nie benutzt und auch Dritten gegenüber erklärt, dass sie zu einer Benutzung der Computer-Anlage auch überhaupt nicht in der Lage sei.

Zur Glaubhaftmachung überreiche ich in der Anlage eidesstattliche Versicherungen der Herren Schulz und Drenkmann.

Zur mündlichen Verhandlung werde ich die beiden Herren als Zeugen sistieren.

Wenn die Computer-Anlage aber ausschließlich von dem Antragsgegner benutzt worden ist, so stand sie in seinem Alleinbesitz. In der Mitnahme durch den Antragsteller kann daher schon aus diesem Grunde keine verbotene Eigenmacht liegen, weil er dementsprechend keinen Besitz der Antragstellerin verletzt haben kann.

Wie bereits ausgeführt, stehen auch die Stereo-Anlage und das Bild im Eigentum des Antragsgegners. Da er – wie die Antragstellerin nicht bestreiten wird – diese Gegenstände bereits besessen hat, bevor er zur Antragstellerin gezogen ist, spricht für dieses Eigentum auch die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 2 BGB, die zu widerlegen, die Antragstellerin nicht in der Lage ist.

Es ist unzutreffend, dass der Antragsgegner das Bild der Antragstellerin geschenkt habe. Dieses Bild hat vielmehr für den Antragsgegner einen besonderen Erinnerungswert, da er es auf einer früheren Urlaubsreise nach Italien erworben hat. Er will es daher auf keinen Fall missen, und er hatte auch keinen Anlass, es der Antragstellerin zu schenken.

Wegen des Eigentums des Antragsgegners an der Stereo-Anlage und dem Bild – und auch wegen des Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB, der für den Antragsgegner gegen die Antragstellerin entstehen würde, wenn sie den Besitz an diesen Gegenständen erhalten würde, und den der Antragsgegner auch sofort im Klagewege verfolgen würde – ist es angebracht, dass jedenfalls keine Herausgabe dieser Gegenstände an die Antragstellerin selbst, sondern nur zur Sicherung an einen Sequester angeordnet wird. Bei einer Herausgabe an die Antragstellerin würde diese Alleinbesitz erhalten, wodurch sie auch in die Lage versetzt würde, über diese Gegenstände zum Nachteil des Antragsgegners, zu verfügen. Zudem hätte die Antragstellerin damit eine bessere Besitzstellung als während des Zusammenlebens der Parteien, während dessen sie nur Mitbesitz gehabt haben kann. Die Bewirkung einer solchen Besserstellung der Antragstellerin kann aber nicht Sinn und Zweck einer einstweiligen Verfügung sein. Durch eine Herausgabe an einen Sequester wird dagegen den Interessen beider Parteien angemessen Rechnung getragen.

Insbesondere wegen des Eigentums des Antragstellers an den umstrittenen Gegenständen und auch, weil die einstweilige Verfügung im weiten Umfang unberechtigt ist, ist es angebracht, dass die Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Verfügung einstweilen eingestellt wird, wobei wegen der bereits für den 6. März 2009 drohenden Vollstreckung insoweit nochmals um **sofortige Entscheidung** und sofortige – auch telefonische – **Mitteilung an den Gerichtsvollzieher Clausen in Rendsburg** gebeten wird.

gez. Dr. Günter,
Rechtsanwalt

Sistierung bedeutet das Stellen von Zeugen zum Gerichtstermin.