

Oberlandesgericht Frankfurt

Im Namen des Volkes

Urteil

§§ 273 , 320 Abs 1 S 1 , 647 , 861 Abs 1 , 986 Abs 1 , 990 Abs 1 BGB

- 1. Ein mit einer Fahrzeugreparatur beauftragter Werkunternehmer verliert nicht den unmittelbaren Besitz an einem Fahrzeug, wenn er dem Werkbesteller das ordnungsgemäß reparierte Fahrzeug zur Durchführung einer Probefahrt überlässt.**
- 2. Der Werkunternehmer erwirbt an von ihm reparierten Sachen, die dem Besteller nicht gehören, regelmäßig auch dann kein gesetzliches Unternehmerpfandrecht, wenn der Eigentümer den Besteller, dem er den Besitz an der Sache überlassen hat, ermächtigt, Reparaturen an der Sache ausführen zu lassen.**
- 3. Ein gutgläubiger Erwerb des Pfandrechts gemäß § 647 BGB ist nicht möglich.**
- 4. Da die höchstrichterliche Rechtsprechung von dem Grundsatz ausgeht, ein Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 273, 320 BGB begründe ein Recht zum Besitz im Sinne von § 986 Abs. 1 BGB, hätte der Beklagte keinesfalls grob fahrlässig gehandelt, wenn er die in Rechtsprechung und Literatur kaum erörterte Frage falsch beantwortet haben sollte, ob dies auch dann gilt, wenn dem Besitzer das Zurückbehaltungsrecht nicht gegenüber dem Eigentümer, sondern nur gegenüber einem Dritten zusteht, der seinerseits zum Besitz berechtigt ist und im maßgeblichen Zeitpunkt der Weitergabe zur Überlassung des Besitzes befugt war.**

OLG Frankfurt, Urteil vom 09.02.2016 Az. : 25 U 53/15

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Kassel vom 28. April 2015 abgeändert und wie folgt neu gefasst.

Der Beklagte wird verurteilt, das Kraftfahrzeug der Marke B Typ1, Fahrzeugidentifikationsnummer ..., ohne Austauschmotor an A, D-Straße ..., Ol, herauszugeben.

Für den Fall, dass der Beklagte diese Herausgabeverpflichtung nicht binnen eines Monats nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils erfüllen sollte, wird er dazu verurteilt, 16.000,00 EUR an die Klägerin zu zahlen Zug um Zug gegen Übereignung des vorgenannten Kraftfahrzeugs.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz haben die Klägerin im Umfang von 86 % und der Beklagte im Umfang von 14 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung des Urteils, soweit es auf Herausgabe gerichtet ist, durch Sicherheitsleistung in Höhe von 16.000,00 EUR abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 16.000,00 EUR leistet. Im Übrigen darf jede Partei die Vollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Gebührenstreitwert des Berufungsverfahrens wird auf 113.070,91 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

1

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Herausgabe eines Kraftfahrzeugs und auf Zahlung einer Nutzungsausfallentschädigung in Anspruch.

2

Die Klägerin ist Eigentümerin eines Personenkraftwagens der Marke B Typ1. Dieses Fahrzeug hat sie dem mit ihr befreundeten A zur Nutzung überlassen. Im Spätherbst 2013 erlitt das Fahrzeug einen Motorschaden. A beauftragte daraufhin den Beklagten, der Inhaber einer Kraftfahrzeugreparaturwerkstatt in O2 ist, mit der Reparatur des Wagens. Es wurde vereinbart, dass der Beklagte zum Preis von 4.000,00 EUR einschließlich Mehrwertsteuer einen gebrauchten Austauschmotor einbauen sollte. Der Beklagte tat dies und gab den Wagen am 19. Januar 2014 an A zurück. Am 4. Februar 2014 versagte der Austauschmotor. Der Beklagte übernahm es im Rahmen der Gewährleistung, einen neuen Austauschmotor zu montieren. Am 10. März 2014 stellte er A leihweise ein Ersatzfahrzeug zur Verfügung. Nach durchgeführter Reparatur vereinbarten A und Vorname1 C, der Sohn und Mitarbeiter des Beklagten, dass der B am 14. März 2014 in O1, dem Wohnort der Klägerin, zurückgegeben werden sollte. Dort befand sich nunmehr auch der Ersatzwagen. Vorname1 C fuhr an jenem Tag in Begleitung seines Sohns Vorname2 C mit dem Fahrzeug der Klägerin nach O1, wo er sich am späten Abend mit A traf. Ob Vorname1 C auch von seinem Bekannten E begleitet wurde, ist zwischen den Parteien streitig. Auch die Ereignisse im Zusammenhang mit der geplanten Rückgabe des Fahrzeugs sind von den Parteien unterschiedlich geschildert worden. Nach dem Vorbringen der Klägerin soll Vorname1 C das Fahrzeug A zur Durchführung einer Probefahrt überlassen, anschließend jedoch die Fahrzeugschlüssel wieder eigenmächtig an sich genommen haben. Unstreitig ist jedenfalls, dass Vorname1 C den Pkw wieder auf das Betriebsgelände des Beklagten verbrachte. Gegenwärtig befindet sich der Wagen auf einem in der Gemeinde O3 gelegenen Abstellplatz des Beklagten; der Austauschmotor wurde wieder ausgebaut, ist jedoch noch vorhanden.

3

Mit Urteil des Landgerichts O4 vom 13. Juni 2014 in dem Verfahren Az. 1 ist der Beklagte im Wege der einstweiligen Verfügung dazu verurteilt worden, den

Personenkraftwagen der Marke B nebst dem dazugehörigen, zuletzt verbauten Fahrzeugmotor sowie sonstiger demontierter, noch in seinem Besitz befindlicher Fahrzeugteile gemäß § 861 Abs. 1 BGB an die Klägerin herauszugeben. Die dagegen gerichtete Berufung hat der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 19. August 2014 zurückgenommen. Vollstreckungsversuche der Klägerin blieben ergebnislos.

4

Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin von dem Beklagten die Herausgabe ihres Kraftfahrzeugs, gegebenenfalls Schadensersatz, die Zahlung einer Nutzungsausfallentschädigung, den Ersatz von Abschleppkosten, die Erstattung einer von ihr an A gezahlten Aufwandsentschädigung von insgesamt 1.000,00 EUR sowie den Ersatz von Sachschäden in Höhe von insgesamt 800,00 EUR verlangt, die A durch das Verschulden Vorname1 Cs erlitten haben soll. Der Beklagte ist dem entgegengetreten, wobei er sich unter anderem auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen nicht gezahlten Werklohns berufen hat.

5

Zu letztgenanntem Punkt hat die Klägerin vorgetragen, A habe den vereinbarten Werklohn in Höhe von 4.000,00 EUR vollständig bezahlt, was sich auch aus einem entsprechenden Vermerk auf einer der Klageschrift in Ablichtung beigefügten Rechnung vom 18. Januar 2014 ergebe. Am 19. Januar 2014 habe A bei der Rückgabe des reparierten Fahrzeugs durch Vorname1 C eine Teilzahlung in Höhe von 2.500,00 EUR geleistet; den Restbetrag in Höhe von 1.500,00 EUR habe er bei Überlassung des Ersatzfahrzeugs am 10. März 2014 entrichtet. Vorname1 C habe von A verlangt, dass er sich an den Kosten für den Einbau des zweiten Austauschmotors zur Hälfte, also in Höhe von 1.500,00 EUR, beteiligen solle, was von diesem abgelehnt worden sei. Deshalb habe Vorname1 C das Fahrzeug am 14. März 2014 nach durchgeführter Probefahrt auch wieder mitgenommen.

6

Der Beklagte hat dagegen vorgetragen, der vereinbarte Werklohn sei nicht einmal teilweise beglichen worden. A habe lediglich als Sicherheit einen gebrauchten Personenkraftwagen der Marke F Typ2, einen Tablet-Computer und seinen Personalausweis zur Verfügung gestellt. Der Gebrauchtwagen sei mangels Fahrzeugpapieren nicht verwertbar; die übrigen Gegenstände habe A zurückerhalten. Die Rechnung vom 18. Januar 2014 einschließlich der darauf aufgetragenen Zahlungsbestätigung sei gefälscht. Eine Beteiligung A an den Nachbesserungskosten habe Vorname1 C nicht verlangt.

7

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.

8

Das Landgericht hat zahlreiche Zeugen vernommen, um aufzuklären, was sich am Abend des 14. März 2014 im Zusammenhang mit der beabsichtigten Rückgabe des Fahrzeugs in O1 ereignet hat.

9

Das Landgericht hat sodann den Beklagten dazu verurteilt, das streitgegenständliche Kraftfahrzeug an die Klägerin herauszugeben und für den Fall, dass dies nicht binnen eines Monats nach Rechtskraft des Urteils geschieht, 20.000,00 EUR nebst gesetzlicher Verzugszinsen seit dem 20. April 2014 an die Klägerin zu zahlen. Weiterhin hat das Landgericht den Beklagten zur Zahlung eines Betrags von

10.033,41 EUR verurteilt, der sich aus einer Nutzungsausfallentschädigung von (152 Tage x 65,00 EUR =) 9.880,00 EUR für die Zeit bis zum 26. Juni 2014 und Abschleppkosten von 153,41 EUR zusammensetzt. Für die Zeit ab dem 26. Juni 2014 hat der Beklagte nach der vom Landgericht getroffenen Entscheidung "für jeden Tag des Ausfalls" des Fahrzeugs 65,00 EUR an die Klägerin zu zahlen. Schließlich hat das Landgericht den Beklagten dazu verurteilt, der Klägerin vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.474,89 EUR nebst gesetzlicher Verzugszinsen seit dem 27. Juni 2014 zu erstatten. Im Übrigen - wegen der geltend gemachten Aufwandsentschädigung und der behaupteten Schäden As - hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Die Klägerin könne gemäß §§ 861, 985 BGB Herausgabe des in ihrem Eigentum stehenden und im Besitz des Beklagten befindlichen Kraftfahrzeugs verlangen. Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme stehe fest, dass der vom Beklagten mit der Rückgabe des Fahrzeugs beauftragte Vorname1 C am Abend des 14. März 2014 im Anschluss an eine von A vorgenommene Probefahrt die Fahrzeugschlüssel eigenmächtig an sich genommen habe und mit dem Wagen gegen den Willen der Klägerin wieder weggefahren sei. Damit sei der Klägerin der wieder eingeräumte Besitz an dem Fahrzeug durch verbotene Eigenmacht entzogen worden. Auf ein Werkunternehmerpfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht wegen seines werkvertraglichen Vergütungsanspruchs könne sich der Beklagte der Klägerin gegenüber auch dann nicht berufen, wenn der Werklohn entgegen dem Vorbringen der Klägerin nicht vollständig gezahlt worden sei. Da aufgrund des bisherigen Verhaltens des Beklagten die Besorgnis bestehe, dass er sich seiner Herausgabeverpflichtung entziehen werde, sei er für den Fall nicht fristgerechter Herausgabe zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe des unstreitigen Fahrzeugwerts zu verurteilen gewesen. Während der Reparatur- und Nachbesserungsarbeiten des Beklagten und nach der eigenmächtigen Inbesitznahme des Fahrzeugs am 14. März 2014 habe die Klägerin ihren Personenkraftwagen nicht nutzen können, wofür sie von dem Beklagten zu entschädigen sei. Im Rahmen seiner werkvertraglichen Gewährleistungspflicht habe der Beklagte auch die Abschleppkosten zu ersetzen, die nach dem Ausfall des zuerst montierten Austauschmotors durch den Transport des Fahrzeugs in seine Werkstatt angefallen seien. Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten habe der Beklagte unter dem Gesichtspunkt des Verzugs zu ersetzen.

10

Der Beklagte hat gegen das ihm am 30. April 2015 zugestellte Urteil vom 28. April 2015 am 7. Mai 2015 Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist am 30. Juli 2015 begründet. Er greift die Beweiswürdigung des Landgerichts an. Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe die Klägerin nicht nachzuweisen vermocht, dass ihr der Besitz an dem Kraftfahrzeug durch verbotene Eigenmacht entzogen worden sei. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 29. Juli 2015 (Band II Blatt 5 ff. der Akten) Bezug genommen.

11

Der Beklagte beantragt,

12

die Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abzuweisen.

13

Die Klägerin beantragt,

14

die Berufung zurückzuweisen.

15

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

16

Der Senat hat die Zeugen Vorname1 C und A zu der Frage vernommen, ob und inwieweit die für den Einbau eines Austauschmotors vereinbarte Vergütung gezahlt worden ist. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 2. Februar 2016 Bezug genommen.

17

Die Akten des einstweiligen Verfügungsverfahrens Az. 1 des Landgerichts O4 sind beigezogen worden und waren Gegenstand der Berufungsverhandlung.

II.

18

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

19

In der Sache selbst hat die Berufung teilweise Erfolg.

20

1. Die Klägerin kann von dem Beklagten die Herausgabe des streitgegenständlichen Kraftfahrzeugs ohne den darin zuletzt eingebauten Austauschmotor verlangen.

21

a) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ergibt sich der Herausgabeanspruch der Klägerin allerdings nicht aus § 861 Abs. 1 BGB. Insoweit hat das Landgericht verkannt, dass der von den Parteien im vorliegenden Hauptsacheverfahren gehaltene Sachvortrag in einem maßgeblichen Punkt von dem im vorangegangenen Eilverfahren zugrunde gelegten Sachverhalt abweicht, weshalb jetzt nicht mehr davon ausgegangen werden kann, der Beklagte habe der Klägerin den Besitz des streitgegenständlichen Kraftfahrzeugs durch verbotene Eigenmacht im Sinne von § 858 Abs. 1 BGB entzogen.

22

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren Az. 1 hat das Landgericht O4 in seinem Urteil vom 13. Juni 2014 festgestellt, dass der Beklagte das Fahrzeug am 14. März 2014 der Klägerin übergeben habe, ohne dies von irgendwelchen Zahlungen abhängig zu machen, und dass erst nach Übergabe des Fahrzeugs eine Probefahrt durchgeführt worden sei. Einen derartigen Sachverhalt hat auch der Senat seinem Beschluss vom 21. Juli 2014 in dem anschließenden Berufungsverfahren Az. 2 zugrunde gelegt und angenommen, die Klägerin habe mit der vorbehaltlosen Übergabe den unmittelbaren Besitz an dem Fahrzeug zurückerlangt, der ihr sodann durch den als Besitzdiener des Beklagten agierenden Vorname1 C gegen ihren Willen wieder entzogen worden sei, weshalb der Beklagte das durch verbotene Eigenmacht erlangte Fahrzeug gemäß § 861 Abs. 1 BGB an die Klägerin herausgeben müsse.

23

Im vorliegenden Hauptsacheverfahren stellt sich der entscheidungserhebliche Sachverhalt hingegen anders dar. Zwischen den Parteien ist mittlerweile unstrittig, dass an den Vorfällen am 14. März 2014 in O1 weder die Klägerin noch der Beklagte persönlich beteiligt waren. Vor Durchführung der von der Klägerin behaupteten

Probefahrt ist das Fahrzeug weder an die Klägerin noch an A vorbehaltlos übergeben worden. Selbst wenn man das vom Beklagten bestrittene Vorbringen der Klägerin zugrunde legt, wurde A das Fahrzeug lediglich zwecks Durchführung einer Probefahrt überlassen. Vom Ergebnis dieser Probefahrt hing es mithin ab, ob A überhaupt bereit war, das Fahrzeug als ordnungsgemäß repariert zurückzunehmen. Erst wenn dies der Fall gewesen wäre, hätte sich die Frage gestellt, ob Vorname1 C seinerseits bereit war, das Fahrzeug an A herauszugeben, wenn dieser nicht zuvor einen (weiteren) Geldbetrag zahlte, wobei dahinstehen kann, ob es sich hierbei um den (restlichen) Werklohn oder um eine Beteiligung an den Nachbesserungskosten hätte handeln sollen. Die Überlassung des Fahrzeugs an A erfolgte daher nicht schon zur Erfüllung des geschlossenen Werkvertrags durch den Beklagten; vielmehr sollte hierdurch die Erfüllung, also die Übergabe des ordnungsgemäß reparierten Fahrzeugs, lediglich vorbereitet werden. Durch eine solche Vorbereitungshandlung hätte der Beklagte den unmittelbaren Besitz an dem Fahrzeug, den er als mit der Reparatur betrauter Werkunternehmer innehatte (vgl. OLG Koblenz, NJW-RR 2003, 1563 ; Staudinger/Gutzeit, BGB, 2012, § 868 Rdn. 70; Palandt/Bassenge, BGB, 74. Aufl., § 868 Rdn. 11; siehe auch BGH, NJW 2014, 1524, 1525 Rdn. 14), nicht verloren (vgl. OLG Köln, NZV 2006, 260). Sollte Vorname1 C, wie von der Klägerin behauptet, nach Beendigung der Probefahrt die Fahrzeugschlüssel wieder an sich genommen haben, hätte er hierdurch weder der Klägerin noch A den (unmittelbaren) Besitz an dem Fahrzeug entzogen; denn (unmittelbarer) Besitzer war der Beklagte, für den Vorname1 C die tatsächliche Gewalt als dessen Besitzdiener (§ 855 BGB) ausübte. Ob die Klägerin mittelbare Besitzerin im Sinne von § 868 BGB war, bedarf keiner Entscheidung. Verbotene Eigenmacht kann nämlich nur gegenüber dem unmittelbaren Besitzer verübt werden (BGH, NJW 1977, 1818 ; MünchKomm-BGB/Joost, 6. Aufl., § 858 Rdn. 2; Staudinger/Gutzeit, BGB, 2012, § 858 Rdn. 7). Im vorliegenden Zusammenhang muss auch nicht geklärt werden, ob der Beklagte, als sein Sohn die Fahrzeugschlüssel an sich nahm, noch zum Besitz des Fahrzeugs berechtigt war oder ob er es an A oder die Klägerin hätte herausgeben müssen. Denn die Fortsetzung des eigenen bestehenden Besitzes ist keine verbotene Eigenmacht, und zwar auch dann nicht, wenn eine Herausgabepflicht besteht (OLG Hamm, NJW 1986, 728 ; Münch-Komm-BGB/Joost, § 858 Rdn. 3; Staudinger/Gutzeit, BGB, 2012, § 858 Rdn. 12).

24

b) Der Herausgabeanspruch folgt jedoch aus § 985 BGB.

25

aa) Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen ist die Klägerin Eigentümerin des streitgegenständlichen Kraftfahrzeugs. Dies ist von dem Beklagten mit der Berufung nicht angegriffen worden. Vielmehr hat er es in der Berufungsbegründung als unstrittig bezeichnet, dass das Fahrzeug im Eigentum der Klägerin steht.

26

Dies gilt indes nicht für den vom Beklagten zuletzt eingebauten und zwischenzeitlich wieder ausgebauten Austauschmotor. Irgendein rechtsgeschäftlicher Übertragungsakt, durch den das Eigentum an diesem Austauschmotor von dem Beklagten auf die Klägerin übergegangen sein könnte, ist nicht ersichtlich. Weder hat der Beklagte das Fahrzeug mit darin eingebautem Austauschmotor der Klägerin übergeben noch haben sich die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend über den Eigentumsübergang geeinigt (§ 929 Satz 1 BGB). Die Klägerin ist auch nicht gemäß § 947 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 947 Abs. 1 BGB Eigentümerin dieses Austauschmotors geworden. Ein in einen Gebrauchtwagen eingebauter

serienmäßiger Austauschmotor ist nämlich nicht wesentlicher Bestandteil des Fahrzeugs (BGH, NJW 1973, 1454).

27

bb) Das herausverlangte Kraftfahrzeug befindet sich im Besitz des Beklagten. Entsprechend seinen Angaben im erstinstanzlichen Verhandlungstermin vom 16. Dezember 2014 hat der Beklagte in der Berufungsverhandlung bestätigt, dass er den Wagen auf einem zu seinem Betrieb gehörenden Grundstück abgestellt hat.

28

cc) Dem Beklagten steht ein Recht zum Besitz, das er gemäß § 986 Abs. 1 BGB dem Herausgabeanspruch der Klägerin entgegenhalten könnte, nicht zu.

29

(1) Der Beklagte hat an dem Fahrzeug kein Werkunternehmerpfandrecht gemäß § 647 BGB erworben.

30

(a) Ein solches Pfandrecht kann nach dem Wortlaut des § 647 BGB nur an Sachen des Bestellers entstehen (OLG Karlsruhe, NJW-RR 2012, 1442, 1443 ; MünchKomm-BGB/Busche, 6. Aufl., § 647 Rdn. 5). Das Landgericht hat festgestellt, dass der Auftrag zum Einbau eines Austauschmotors von A erteilt wurde. Dieser und nicht die Klägerin ist somit Besteller. Ein Werkunternehmerpfandrecht an dem A nicht gehörenden Kraftfahrzeug kommt nicht in Betracht.

31

Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der betreffenden Feststellung, die gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO eine erneute Tatsachenfeststellung in der Berufungsinstanz gebieten könnten, hat der Beklagte nicht dargetan. Vielmehr ergibt sich aus den Ausführungen auf Seite 2 der Berufungsbegründung gerade, dass der Reparaturauftrag spätestens in der Woche nach dem 25. November 2013 durch A erteilt worden ist. Dementsprechend hat der Sohn des Beklagten, Vorname1 C, unstreitig sämtliche weiteren Verhandlungen über die Zahlung des Werklohns und über den Einbau eines zweiten Austauschmotors im Rahmen der Gewährleistung ausschließlich mit A geführt. Darüber hinaus war zwischen allen Beteiligten klar, dass der Werklohn von A entrichtet werden musste. Deshalb soll er nach dem Vorbringen des Beklagten und nach den Angaben des Zeugen Vorname1 C in der Berufungsverhandlung auch angeboten haben, einen ihm gehörenden Gebrauchtwagen in Zahlung zu geben. Ein Zahlungspflicht As bestand aber nur dann, wenn er als Besteller Partei des mit dem Beklagten geschlossenen Werkvertrags war. Nach den Angaben in der Berufungsbegründung beschränkte sich der Beitrag der Klägerin darauf, dass sie am 5. Dezember 2013 um eine möglichst rasche Reparatur gebeten haben soll. Hieraus ergibt sich lediglich, dass sie mit der Durchführung der von A auf eigene Kosten in Auftrag gegebenen Reparaturarbeiten einverstanden war. Zu einer nochmaligen Auftragserteilung bestand auch aus Sicht des Beklagten keine Veranlassung.

32

Ein solches, ohnehin naheliegendes Einverständnis der Klägerin mit der Fahrzeugreparatur genügt für die Entstehung eines Werkunternehmerpfandrechts nicht. Der Werkunternehmer erwirbt nämlich an von ihm reparierten Sachen, die dem Besteller nicht gehören, regelmäßig auch dann kein gesetzliches Unternehmerpfandrecht, wenn der Eigentümer den Besteller, dem er den Besitz an der Sache überlassen hat, ermächtigt, Reparaturen an der Sache ausführen zu

lassen (BGH, NJW 1961, 499, 500; MünchKomm-BGB/Busche, 6. Aufl., § 647 Rdn. 13).

33

Unerheblich ist schließlich auch, ob dem Beklagten die Eigentumsverhältnisse bekannt waren, da ein gutgläubiger Erwerb des Pfandrechts gemäß § 647 BGB nicht möglich ist (BGH, NJW 1961, 499, 500; OLG Düsseldorf, NJW 1978, 703; Münch-Komm-BGB/Busche, 6. Aufl., § 647 Rdn. 11).

34

(b) Weiterhin steht nicht fest, dass der Beklagte noch einen Vergütungsanspruch aus dem geschlossenen Werkvertrag hat, der durch ein Werkunternehmerpfandrecht gesichert werden könnte.

35

Zwar hat der vom Senat vernommene Zeuge Vorname1 C bekundet, A habe keinerlei Zahlungen auf die Werklohnforderung in Höhe von 4.000,00 EUR geleistet. Zur Verwertung von Sicherheiten sei es nicht gekommen. Insbesondere habe der von A übergebene Gebrauchtwagen mangels Fahrzeugpapieren nicht verwertet werden können.

36

Zweifel an der Richtigkeit dieser Aussage ergeben sich jedoch daraus, dass der Zeuge Vorname1 C angegeben hat, am Samstag, dem 8. März 2014, habe er A eine von diesem erbetene Rechnung über eine Injektorenprüfung übergeben. Dies ist ungläubhaft. Jene Prüfung will der Zeuge Vorname1 C deshalb durchgeführt haben, weil er zunächst vermutet habe, der Ausfall des Fahrzeugs Anfang Februar 2014 sei auf Probleme mit den Injektoren zurückzuführen, was sich dann jedoch nicht bestätigt habe. Warum A diese Injektorenprüfung hätte bezahlen sollen, nachdem sich herausgestellt hatte, dass Ursache des Fahrzeugausfalls die mangelhafte Beschaffenheit des vom Beklagten ursprünglich eingebauten Austauschmotors war, ist schlechterdings nicht nachvollziehbar. Dies vermochte auch der Zeuge Vorname1 C auf Nachfrage des Senats nicht zu erklären. Nach der Vorstellung aller Beteiligten handelte es sich um einen Gewährleistungsfall, so dass der Beklagte den Mangel auf seine Kosten beheben musste. Gerade wenn A, wie von dem Zeugen Vorname1 C bekundet, nicht einmal gewillt gewesen wäre, den vertraglich vereinbarten Werklohn zu zahlen, ist es völlig unverständlich, warum er nicht gegen die Belastung mit Kosten für eine ergebnislose Injektorenprüfung protestiert, sondern sogar noch eine Rechnung über diese für ihn nutzlosen Arbeiten erbeten haben soll. Aus Sicht des Senats liegt die Vermutung nahe, dass der Zeuge mit seinen ungefragten Äußerungen plausibel machen wollte, wie A in den Besitz einer Originalrechnung des Beklagten gekommen ist, die er oder die Klägerin zur Herstellung der angeblich gefälschten Rechnung vom 18. Januar 2014 mit dem darauf befindlichen Zahlungsvermerk (Band I Blatt 7 der Akten) nutzen konnten. Zwar ist den Umständen nach nicht ausgeschlossen, dass es sich bei dieser Rechnung um eine gefälschte Urkunde handelt. Dass dieser Fälschung eine am 8. März 2014 übergebene Rechnung über eine Injektorenprüfung zugrunde gelegen hat, ist jedoch aus den dargelegten Gründen fernliegend. Nichts anderes ergibt sich aus dem Inhalt der vom Beklagten mit Schriftsatz vom 8. Februar 2016 vorgelegten Kurznachrichten. Dieser erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz gehaltene Vortrag ist prozessual nicht mehr zu berücksichtigen, zumal der Beklagte in keiner Weise erklärt hat, dass und warum er die betreffenden Tatsachen nicht schon in erster Instanz hat vorbringen können (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO). Unabhängig hiervon ist das neue Vorbringen des Beklagten aber auch in der Sache unerheblich. Zum einen ist nicht belegt, dass die abschriftlich vorgelegten Kurznachrichten tatsächlich von A

herrühren. Zum anderen lässt die Kurznachricht vom 25. Februar 2014 nicht erkennen, dass es sich bei der dort erwähnten Rechnung um eine solche über eine Injektorenprüfung handelt. Der Inhalt des Schriftsatzes vom 8. Februar 2016 gab daher auch keinerlei Veranlassung, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Ist deshalb davon auszugehen, dass Vorname1 C mit seiner Aussage die Prozesslage zugunsten des Beklagten beeinflussen wollte, dann begründet dies durchgreifende Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit, da er als Sohn und Mitarbeiter des Beklagten ein offenkundiges Interesse am Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits hat.

37

Vermag sich der Senat somit aufgrund der Aussage des Zeugen Vorname1 C nicht davon zu überzeugen, dass der vom Beklagten zu beanspruchende Werklohn ganz oder teilweise nicht gezahlt worden ist, dann kommt es im vorliegenden Zusammenhang auf die Aussage der Zeugen A, er habe den Werklohn vollständig entrichtet, nicht mehr entscheidend an. Die verbleibenden Zweifel gehen zu Lasten des Beklagten, weil es Sache des auf Herausgabe in Anspruch genommenen Besitzers ist, sein Recht zum Besitz nachzuweisen (BGH, NJW-RR 1986, 282 ; BeckOK-BGB/Fritzsche, § 986 Rdn. 26 m. w. Nachw.).

38

(2) Der Beklagte kann sich der Klägerin gegenüber auch nicht auf ein von A abgeleitetes Besitzrecht berufen.

39

Gemäß § 986 Abs. 1 BGB kann der Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern, wenn ihm ein Besitzrecht gegenüber einem Dritten zusteht, der seinerseits gegenüber dem Eigentümer zum Besitz berechtigt ist und der darüber hinaus zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer befugt war (Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 986 Rdn. 37; MünchKomm-BGB/Baldus, 6. Aufl., § 986 Rdn. 4; BeckOK-BGB/Fritzsche, § 986 Rdn. 20). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

40

(a) Solange A das Fahrzeug dem Beklagten zum Einbau eines Austauschmotors und zwecks Nachbesserung überlassen hatte, war der Beklagte diesem gegenüber aufgrund des geschlossenen Werkvertrags zum Besitz berechtigt. Da die Klägerin A den Gebrauch des Fahrzeugs unentgeltlich gestattet hatte, stand A im Verhältnis zur Klägerin ein Besitzrecht aufgrund eines Leihvertrags zu (vgl. BeckOK-BGB/Fritzsche, § 986 Rdn. 5). Die Klägerin hat nicht in Abrede gestellt, dass sie mit der Reparatur des Kraftfahrzeugs durch den Beklagten einverstanden war; es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Überlassung des Fahrzeugs durch A an den Beklagten ihrem Willen entsprach, was mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auch für die Überlassung zwecks Nachbesserung gilt. Damit lagen die Voraussetzungen für ein von A abgeleitetes Besitzrecht des Beklagten gegenüber der Klägerin zunächst vor. Dieses Besitzrecht endete jedoch grundsätzlich mit Abschluss der Nachbesserungsarbeiten, weil der Beklagte das Fahrzeug nunmehr wieder an A herausgeben musste. Allerdings durfte der Beklagte das Fahrzeug noch bis zum 14. März 2014 behalten, weil die Rückgabe vereinbarungsgemäß erst an diesem Tag erfolgen sollte. Aufgrund des mit A geschlossenen Werkvertrags stand dem Beklagten daher ab dem 15. März 2014 kein abgeleitetes Besitzrecht mehr zu.

41

(b) Sollte A den mit Abnahme des ursprünglich eingebauten Austauschmotors fällig gewordenen (§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB) Vergütungsanspruch des Beklagten nach ordnungsgemäßer Nachbesserung (§ 641 Abs. 3 BGB) nicht (vollständig) erfüllt haben, hätte der Beklagte gegen A zwar ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 Abs.

1 Satz 1 BGB. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet ein solches Zurückbehaltungsrecht grundsätzlich ein Recht zum Besitz im Sinne von § 986 Abs. 1 BGB, wenn es auch nicht zur Abweisung der Herausgabeklage, sondern lediglich zur Zug-um-Zug-Verurteilung führt (BGH, NJW-RR 1986, 282, 283 ; NJW 2002, 1050, 1052). Zweifelhaft ist allerdings, ob dies auch dann gilt, wenn dem Besitzer das Zurückbehaltungsrecht nicht gegenüber dem Eigentümer, sondern nur gegenüber einem Dritten zusteht (verneinend Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 986 Rdn. 38, der meint, in diesem Fall fehle es an einer "wirklichen Weiterleitung" des Besitzrechts des Zwischenmanns; vgl. auch OLG Karlsruhe, NJW-RR 2012, 1442, 1443). Letztlich kann diese Frage jedoch unbeantwortet bleiben, weil sich aus den soeben dargelegten Gründen nicht feststellen lässt, dass dem Beklagten gegen A noch ein (restlicher) Vergütungsanspruch zusteht, auf den das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB gestützt werden könnte.

42

dd) Der Beklagte kann die Herausgabe des Fahrzeugs auch nicht unter Berufung auf einen ihm gegen die Klägerin zustehenden Verwendungsersatzanspruch verweigern (§ 1000 Satz 1 BGB in Verbindung mit §§ 994 ff. BGB).

43

Allerdings stellen Reparaturarbeiten, wie der Austausch eines defekten Kraftfahrzeugmotors, zur Wiederherstellung des Fahrzeugs aufgewendete vermögenswerte Leistungen und somit Verwendungen im Sinne von § 994 ff. BGB dar (BGH, NJW 2002, 2875). Dass der Beklagte diese Verwendungen vorgenommen hat, während er noch zum Besitz berechtigt war, spielt keine Rolle; entscheidend ist allein, ob in dem Zeitpunkt eine Vindikationslage besteht, in dem der Verwendungsersatzanspruch geltend gemacht wird (BGH, NJW 1961, 499, 501; BGH, NJW 2002, 2875).

44

Durch den Einbau des ersten Austauschmotors hat der Beklagte aber keinen Verwendungsersatzanspruch gemäß §§ 994, 996 BGB erworben, weil der Motor wegen seiner Mangelhaftigkeit alsbald ersetzt werden musste, so dass die betreffenden Verwendungen weder notwendig noch nützlich waren (vgl. BGHZ 48, 264, juris Rdn. 39; OLG Köln, NJW-RR 1994, 440, 441).

45

Der Einbau des zweiten Austauschmotors mag zwar eine notwendige Verwendung gewesen sein, wenn er - wogegen nichts spricht - mangelfrei war. Der Beklagte hat diesen Austauschmotor aber eigenen Angaben zufolge wieder ausgebaut. Damit hat er die Verwendung gegenständlich rückgängig gemacht (vgl. Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 997 Rdn. 2). Hierzu war er der Klägerin gegenüber durchaus berechtigt. Das in § 997 BGB normierte Wegnahmerecht gilt zwar nur für wesentliche Bestandteile. Für nicht wesentliche (Schein-)Bestandteile wie einen Austauschmotor besteht aber selbstverständlich, ohne dass dies gesetzlich hätte geregelt werden müssen, ein Abtrennungsrecht (Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 997 BGB Rdn. 28; MünchKomm-BGB/Baldus, 7. Aufl., § 997 Rdn. 4). Zwischen der Geltendmachung des Verwendungsersatzanspruchs und der Ausübung des Wegnahmerechts kann der Besitzer wählen (MünchKomm-BGB/Baldus Rdn. 8); es handelt sich um einen Fall der elektiven Konkurrenz oder der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, beide Rechte schließen sich also gegenseitig aus (Staudinger/Gursky Rdn. 2; vgl. auch BGH NJW 1954, 265 am Ende). Durch den Ausbau des Austauschmotors hat der Beklagte von seinem Wahlrecht Gebrauch gemacht und sich für die Ausübung des Wegnahmerechts entschieden. Ein Verwendungsersatzanspruch steht ihm deshalb nicht mehr zu.

46

ee) Nach ihrem Vorbringen hat die Klägerin das Fahrzeug A dauerhaft zur Nutzung überlassen. Mit Schriftsatz vom 21. Januar 2016 hat sie noch einmal deutlich gemacht, dass die A eingeräumte Nutzungsmöglichkeit zeitlich nicht begrenzt gewesen sei und immer noch bestehe. Wegen dieses fortbestehenden leihvertraglichen Besitzrechts kann die Klägerin gemäß § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB nur Herausgabe des Kraftfahrzeugs an A verlangen (vgl. MünchKomm-BGB/Baldus, 6. Aufl., § 986 Rdn. 55 f.).

47

2. Falls der Beklagte das Fahrzeug nicht binnen eines Monats nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils an A herausgeben sollte, muss er der Klägerin gemäß §§ 280 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB Schadensersatz leisten.

48

Diese Vorschriften sind auf den Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB zumindest entsprechend anwendbar (OLG München, Urteil vom 23. April 2008, 15 U 5245/07, BeckRS 2008, 09857; OLG München, NJOZ 2015, 1044, 1048; BeckOK-BGB/Fritzsche, § 985 Rdn. 30; Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 985 Rdn. 14). Gemäß § 255 Abs. 1 ZPO kann die gemäß § 281 Abs. 1 BGB erforderliche Fristsetzung bereits im Herausgabeteil erfolgen. Gemäß § 259 ZPO durfte die Klägerin jetzt schon den erst zukünftig nach fruchtlosem Fristablauf entstehenden Schadensersatzanspruch im Wege unechter Eventualklagenhäufung geltend machen (vgl. BGH, NJW 1999, 954, 955). Da der Beklagte die auf Herausgabe des Kraftfahrzeugs gerichtete einstweilige Verfügung des Landgerichts O4 missachtet hat, steht zu befürchten, dass er sich seiner Leistungspflicht auch zukünftig entziehen wird.

49

Hinsichtlich der Höhe des vom Beklagten nach fruchtlosem Fristablauf zu leistenden Schadensersatzes ist allerdings zu berücksichtigen, dass er das Fahrzeug ohne den darin zuletzt eingebauten Austauschmotor herausgeben muss. Der Wert des Fahrzeugs, der sich mit eingebautem funktionstüchtigem Motor unstreitig auf 20.000,00 EUR beläuft, vermindert sich deshalb um die für den Einbau eines Austauschmotors erforderlichen Aufwendungen, die entsprechend den zwischen A und dem Beklagten getroffenen Vereinbarungen mit 4.000,00 EUR in Ansatz gebracht werden können. Damit verbleibt ein ersatzfähiger Fahrzeugwert von 16.000,00 EUR.

50

Schadensersatz kann die Klägerin von dem Beklagten allerdings nur Zug um Zug gegen Übereignung des Kraftfahrzeugs verlangen. Gemäß § 281 Abs. 4 ZPO tritt der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung an die Stelle des Primäranspruchs. Da der Eigentumsherausgabeanspruch gemäß § 985 BGB untrennbar mit dem Eigentum verbunden ist, lässt sich der in § 281 Abs. 4 ZPO angeordnete Ausschluss des Anspruchs auf die Primärleistung nur durch die Übereignung der Sache an den Schuldner bewerkstelligen. Dieser kann mithin die Übereignung der Sache verlangen, womit zugleich verhindert wird, dass der Gläubiger gleichzeitig Schadensersatz fordern und das Eigentum an der Sache behalten kann. Analog § 255 BGB sind die wechselseitigen Ansprüche auf Schadensersatz und auf Übereignung Zug um Zug zu erfüllen (OLG Brandenburg, NJOZ 2013, 1253, 1254 f.; BeckOK-BGB/Fritzsche, § 985 Rdn. 30; Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 985 Rdn. 14).

51

Da der geltend gemachte Schadensersatzanspruch bislang nicht entstanden ist, kann der Beklagte mit seiner Erfüllung auch nicht in Verzug geraten sein, so dass der Klägerin insoweit kein Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen zusteht.

52

3. Eine Nutzungsausfallentschädigung kann die Klägerin von dem Beklagten nicht verlangen.

53

a) Entgegen der Auffassung des Landgerichts lässt sich ein solcher Anspruch nicht darauf stützen, dass der Beklagte mit dem Einbau eines mangelhaften Austauschmotors gegen werkvertragliche Pflichten verstoßen habe. Der auf den Einbau eines Austauschmotors gerichtete Werkvertrag ist nämlich, wovon auch das Landgericht zutreffend ausgegangen ist, nicht zwischen den Parteien, sondern zwischen A und dem Beklagten zustande gekommen. Ein werkvertraglicher Schadensersatzanspruch hätte daher allenfalls von A geltend gemacht werden können.

54

b) Der gemäß § 985 BGB zur Herausgabe verpflichtete Besitzer haftet im Fall des Verzugs gemäß § 990 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB auch auf Ersatz des durch die Verzögerung der Herausgabe entstehenden Schadens, wenn er beim Erwerb des Besitzes bösgläubig war oder wenn er von dem Mangel im Besitzrecht später erfahren hat (BGH, NJW 2003, 3621, 3622 ; Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 985 Rdn. 11; MünchKomm-BGB/Ernst, 7. Aufl., § 286 Rdn. 7). Die Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs löst dagegen die Haftung des redlichen Besitzers wegen Verzuges gemäß § 990 Abs. 2 BGB nicht aus (BGH, NJW 1993, 389, 392 ; Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 990 Rdn. 100 m. w. Nachw.).

55

aa) Nach dem oben Gesagten ist der Beklagte seit dem 15. März 2014 gemäß § 985 BGB zur Herausgabe des streitgegenständlichen Kraftfahrzeugs an die Klägerin verpflichtet.

56

bb) Da der Beklagte, wie ausgeführt, zunächst berechtigter Besitzer des von ihm zu reparierenden Kraftfahrzeugs war, käme ein Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens nur dann in Betracht, wenn er positive Kenntnis davon gehabt hätte, dass ihm ab dem 15. März 2014 kein Besitzrecht mehr zustand. Dies lässt sich nicht feststellen.

57

Zwar wusste der Beklagte, dass er aufgrund des mit A geschlossenen Werkvertrags grundsätzlich nur solange zum Besitz des Fahrzeugs berechtigt war bis er die in Auftrag gegebenen Reparaturarbeiten bzw. die zur Nachbesserung notwendigen Arbeiten ausgeführt hatte. Deshalb hat er bzw. sein für ihn handelnder Sohn nach erfolgter Nachbesserung auch einen Termin zur Rückgabe des Fahrzeugs mit A vereinbart. Andererseits hat der Beklagte zu Recht angenommen, dass er das Fahrzeug solange zurückbehalten durfte, bis A den vereinbarten Werklohn gezahlt hatte (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dass ihm kein Zurückbehaltungsrecht und damit kein Recht zum Besitz zustand, hätte der Beklagte nur dann gewusst, wenn ihm oder seinem Sohn (§ 166 Abs. 1 BGB) bekannt gewesen wäre, dass der Werklohn von A bereits gezahlt worden war. Dies steht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme nicht zur vollen Überzeugung des Senats fest.

58

Die vollständige Zahlung des Werklohns ergibt sich nicht aus einer vom Beklagten erteilten Quittung. Insoweit fehlt es bereits an einem ordnungsgemäßen Beweisantritt der Klägerin (§ 420 ZPO), weil sie die in ihrer Echtheit bestrittene Rechnung vom 18. Januar 2014, auf der sich ein entsprechender Zahlungsvermerk befinden soll, trotz Aufforderung durch den Senat nicht im Original (BGH, NJW 1992, 829, 830) vorgelegt hat. Unabhängig hiervon lässt der aus der vorgelegten Rechnungskopie ersichtliche Stempelaufdruck nicht erkennen, vom wem er angebracht wurde.

59

Allerdings hat der vom Senat vernommene Zeuge A bekundet, er habe den vereinbarten Werklohn in Teilbeträgen von 2.500,00 EUR am 19. Januar 2014 und von 1.500,00 EUR am 10. März 2014 an Vorname1 C gezahlt.

60

Diese Aussage ist nicht allein deshalb unglaubhaft, weil der Zeuge A in seiner im vorangegangenen Eilverfahren abgegebenen eidesstattlichen Versicherung vom 15. April 2014 (Blatt 20 ff. der beigezogenen Akten des Verfahrens Az. 1 Landgericht O4) angegeben hatte, der Werklohn sei am 19. Januar 2014 vollständig, also in Höhe von 4.000,00 EUR, gezahlt worden. Den Widerspruch zu seiner nunmehrigen Aussage hat der Zeuge durchaus plausibel damit erklärt, dass es für ihn zum damaligen Zeitpunkt nicht auf die Frage etwaiger Teilzahlungen angekommen sei; vielmehr habe er deutlich machen wollen, dass der Beklagte die ihm zustehende Vergütung vollständig erhalten habe. Es ist auch nicht fernliegend, dass der Zeuge A bei Abgabe der eidesstattlichen Versicherung Kenntnis vom Inhalt des Schreibens hatte, mit dem die Klägerin, seine Lebensgefährtin, den Erlass einer auf Herausgabe ihres Fahrzeugs gerichteten einstweiligen Verfügung begehrte. In diesem Schreiben wird dargestellt, dass der Werklohn in zwei Teilbeträgen gezahlt worden sei. Wenn es dem Zeugen A darum gegangen wäre, bewusst wahrheitswidrige Angaben zu einer tatsächlich nicht erfolgten Werklohnzahlung zu machen, hätte es nahe gelegen, den Inhalt seiner eidesstattlichen Versicherung dem Inhalt der Antragschrift anzupassen. Wenn dies nicht geschehen ist, deutet dies zunächst einmal nur darauf hin, dass der Zeuge A den Sachverhalt in einem aus damaliger Sicht unerheblichen Punkt unpräzise geschildert hat.

61

Zweifel an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen A ergeben sich jedoch daraus, dass er bekundet hat, Vorname1 C habe ihm am 19. Januar 2014 die der Klageschrift in Ablichtung beigelegte Rechnung vom 18. Januar 2014 übergeben, auf der durch einen entsprechenden Stempelaufdruck die vollständige Zahlung des Rechnungsbetrags von 4.000,00 EUR bestätigt wird. Zur Erteilung einer solchen Quittung bestand für Vorname1 C keinerlei Anlass, wenn er an jenem Tag nur 2.500,00 EUR von A erhalten hatte. Selbst wenn Vorname1 C die Rechnung nebst Quittung in der Erwartung vollständiger Werklohnzahlung vorgefertigt haben sollte, hätte es sich aufgedrängt, den Zahlungsvermerk - gegebenenfalls handschriftlich - dahingehend zu korrigieren, dass lediglich ein Teilbetrag gezahlt worden war.

62

Da der Stempelaufdruck keinerlei Hinweis auf die Firma des Beklagten enthält und nicht mit dem im Betrieb des Beklagten vorhandenen Firmenstempel erstellt wurde, dessen Abdruck im vorangegangenen Eilverfahren aktenkundig geworden ist, bestehen durchgreifende Zweifel daran, dass er vom Beklagten oder einem seiner Mitarbeiter aufgebracht wurde und sich bereits auf der Rechnung vom 18. Januar

2014 befand als sie dem Zeugen A nach dessen Bekunden am 19. Januar 2014 übergeben worden sein soll. Ist schon nicht verständlich, warum Vorname1 C die Zahlung des gesamten Werklohns quittiert haben sollte, obwohl nach der Aussage des Zeugen A allenfalls eine Teilzahlung erfolgt ist, so lässt sich überdies kein vernünftiger Grund dafür erkennen, warum Vorname1 C hierfür nicht, den üblichen Gepflogenheiten entsprechend, einen Firmenstempel verwendet hat. Ist der Stempelaufdruck aber erst nachträglich angebracht worden, dann ist die Aussage des Zeugen A, die Rechnung sei ihm mit dem Zahlungsvermerk übergeben worden, entweder wider besseres Wissen oder - wenn er vom Inhalt der Rechnung keine Kenntnis genommen haben sollte - zumindest ins Blaue hinein erfolgt.

63

Unglaublich ist auch die Aussage des Zeugen A, er habe am 10. März 2014 eine weitere Teilzahlung in Höhe von 1.500,00 EUR geleistet. Im Hinblick darauf, dass sich der vom Beklagten zunächst eingebaute Austauschmotor als schadhaft erwiesen hatte und dass die Nachbesserungsarbeiten zur großen Verärgerung des Zeugen A nicht in angemessener Zeit abgeschlossen worden waren, ist schlechterdings unverständlich, dass er die restliche Vergütung gezahlt haben will, ohne zu wissen, ob und wann der Beklagte einen mangelfreien Austauschmotor montieren würde. Wenn der Zeuge A, wie von ihm bekundet, noch am 8. März 2014 den Betrieb des Beklagten aufgesucht hat, um wegen der Fertigstellung der Arbeiten "Druck zu machen", dann ist nicht nachvollziehbar, warum er zwei Tage später das in der Zurückbehaltung des (Rest-)Werklohns liegende Druckmittel aus der Hand gegeben und anstandslos gezahlt haben sollte.

64

Im Hinblick auf diese Ungereimtheiten bestehen auch durchgreifende Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen A, der als Lebensgefährte der Klägerin und Nutzungsberechtigter des herausverlangten Kraftfahrzeugs ein offenkundiges Interesse am Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits hat.

65

Vermag sich der Senat somit aufgrund der Aussage des Zeugen A nicht davon zu überzeugen, dass der vereinbarte Werklohn tatsächlich gezahlt worden ist und dass dies dem Beklagten demgemäß auch bekannt war, dann kommt es im vorliegenden Zusammenhang auf die Aussage des Zeugen Vorname1 C, es seien keinerlei Zahlungen geleistet worden, nicht mehr entscheidend an.

66

Ist es zumindest möglich, dass dem Beklagten wegen Nichterfüllung seines Vergütungsanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht an dem reparierten Kraftfahrzeug zustand, dann kann nicht davon ausgegangen werden, dass ihm das Nichtbestehen eines Zurückbehaltungsrechts positiv bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war. Die verbleibenden Zweifel gehen zu Lasten der Klägerin, weil der Beweis der Bösgläubigkeit des Besitzers, insbesondere seiner positiven Kenntnis vom mangelnden Besitzrecht dem Eigentümer obliegt (Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 990 Rdn. 59, 101; BeckOK-BGB/Fritzsche, § 990 Rdn. 44).

67

Zwar ist, wie oben bereits ausgeführt wurde, in rechtlicher Hinsicht nicht unzweifelhaft, ob sich ein abgeleitetes Besitzrecht auf ein dem Dritten gegenüber bestehendes Zurückbehaltungsrecht stützen lässt. Selbst wenn diese Frage zu verneinen sein sollte, würde daraus aber keine Bösgläubigkeit des Beklagten folgen. Beide Formen der Bösgläubigkeit im Sinne von § 990 Abs. 1 BGB, nämlich Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis des fehlenden Besitzrechts (MünchKomm-

BGB/Baldus, 6. Aufl., § 990 Rdn. 3), beziehen sich nicht auf irgendwelche Tatsachen, die die Nichtberechtigung ergeben, sondern auf die Rechtsposition selbst (Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 990 Rdn. 11). Deshalb schließt auch ein Rechtsirrtum die Bösgläubigkeit aus, wenn es sich um eine nicht ohne weiteres zu entscheidende Rechtsfrage handelt (BGH, NJW 1958, 668; NJW 1977, 31, 34 ; MünchKomm-BGB/Baldus, § 990 Rdn. 4; Staudinger/Gursky a. a. O.). Da die höchstrichterliche Rechtsprechung von dem Grundsatz ausgeht, ein Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 273, 320 BGB begründe ein Recht zum Besitz im Sinne von § 986 Abs. 1 BGB, hätte der Beklagte keinesfalls grob fahrlässig gehandelt, wenn er die in Rechtsprechung und Literatur kaum erörterte Frage falsch beantwortet haben sollte, ob dies auch dann gilt, wenn dem Besitzer das Zurückbehaltungsrecht nicht gegenüber dem Eigentümer, sondern nur gegenüber einem Dritten zusteht, der seinerseits - wie A - zum Besitz berechtigt ist und im maßgeblichen Zeitpunkt der Weitergabe (Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 986 Rdn. 40) zur Überlassung des Besitzes befugt war. Positive Kenntnis vom fehlenden Besitzrecht hätte der Beklagte unter diesen Umständen erst Recht nicht gehabt.

68

c) Ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung einer Nutzungsausfallentschädigung ergibt sich auch nicht aus §§ 992, 823 ff. BGB, weil sich der Beklagte, wie bereits ausgeführt wurde, den Besitz des Kraftfahrzeugs nicht durch verbotene Eigenmacht verschafft hat.

69

4. Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Ersatz von Abschleppkosten.

70

Das Landgericht hat einen derartigen Anspruch daraus hergeleitet, dass der Beklagte durch den Einbau eines mangelhaften Austauschmotors seine werkvertraglichen Pflichten verletzt habe. Die Klägerin war aber nicht Partei des Werkvertrags, den der Beklagte mit A geschlossen hat. Der Klägerin gegenüber ist der Beklagte mithin nicht gewährleistungspflichtig. Unabhängig hiervon ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Werkmangel und den geltend gemachten Abschleppkosten nicht dargetan. Unstreitig ist das Fahrzeug der Klägerin nämlich, nachdem es mit defektem Austauschmotor liegen geblieben war, vom Sohn des Beklagten in dessen Werkstatt verbracht worden. Schließlich ist der von der Klägerin vorgelegte Überweisungsträger (Band I Blatt 18 der Akten) zum Nachweis der Bezahlung von Abschleppkosten ungeeignet, weil er nicht unterschrieben ist und nicht erkennen lässt, dass der Überweisungsauftrag überhaupt ausgeführt wurde.

71

5. Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten muss der Beklagte der Klägerin nicht erstatten.

72

Soweit das Landgericht angenommen hat, der mit der Herausgabe des Kraftfahrzeugs in Verzug befindliche Beklagte sei durch anwaltliches Schreiben der Klägerin vom 24. Juni 2014 nochmals vorgerichtlich zur Herausgabe aufgefordert worden, ist dies offensichtlich unzutreffend, weil die Klägerin bereits mit Schreiben vom 15. April 2014, dem Beklagten zugestellt am 19. April 2014, einen auf Herausgabe des Kraftfahrzeugs gerichteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei dem Landgericht O4 gestellt hatte. Unabhängig hiervon scheidet ein auf Verzug gestützter Schadensersatzanspruch gemäß § 990 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 280 Abs. 1

und 2, 286 BGB auch daran, dass sich Bösgläubigkeit des Beklagten in Bezug auf das fehlende Besitzrecht nach dem oben Gesagten nicht feststellen lässt.

73

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

74

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

75

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs als Revisionsgericht.

76

Die Festsetzung des Gebührenstreitwerts des Berufungsverfahrens beruht auf §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 48 Abs. 1 GKG, § 9 Satz 1 ZPO. Dabei wurden in Ansatz gebracht für den Herausgabeanspruch und den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtleistung einheitlich 20.000,00 EUR, für die Ansprüche auf Nutzungsausfallentschädigung bis zum 26. Juni 2014 und auf Erstattung von Abschleppkosten insgesamt 10.033,41 EUR und für den Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung ab dem 26. Juni 2014 (65,00 EUR x 365 Tage x 3,5 Jahre =) 83.037,50 EUR. Die geltend gemachten Zinsforderungen und der Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten waren, da es sich um Nebenforderungen handelt, bei der Streitwertfestsetzung nicht zu berücksichtigen (§ 43 Abs. 1 GKG).