

KV-Nr.: 3198

Die Aufgabe besteht (ohne Deckblatt) aus 10 Blatt und 1 Blatt Kalender (I) und ist vollständig durchnummeriert.

Der Aufgabentext ist zu Beginn auf Vollständigkeit zu überprüfen.

Dr. iur. Stephan Schink
Rechtsanwalt

RA Dr. Stephan Schink · Postfach 1212 · 45024 Essen

45130 Essen Zweigertstr. 29
45024 Essen Postfach 1212
Telefon 0201/ 203040
Telefax 0201/ 203041

Bankverbindungen:
Sparkasse Essen
BLZ 360 501 05 · Konto 211219
Deutsche Bank Essen
BLZ 360 700 24 · Konto 105057

1. Vermerk:

In dem Verfahren

Eheleute Martina und Harald Kleis ./ Hiltrup Bau GmbH

Az.: 0347/05

Datum: 02.09.2005

erschieden die Mandanten Kleis heute erneut und erklärten folgendes:

„Nach der Fertigstellung unseres Hauses durch die Hiltrup Bau haben wir mit dieser am 10.05.2005 den nachträglichen Einbau eines Bades in unserem Keller vereinbart. Mit den Arbeiten sollte ab der letzten Augustwoche begonnen werden. Am 29.08.2005 kamen daher Arbeiter der Hiltrup Bau und fingen mit dem Einbau des Bades an. Gestern mussten wir aber feststellen, dass die Hiltrup Bau ihre Arbeiter gleichzeitig angewiesen hat, die Mängel der Heizungsanlage zu beseitigen. Bevor die Arbeiter damit beginnen konnten, haben wir ihnen diese Tätigkeit jedoch untersagt. Wir haben daraufhin sofort den Prokuristen der Hiltrup Bau, Herrn Jonas Joergens, angerufen und ihn aufgefordert, die Reparaturarbeiten an der Heizung zu unterlassen, weil dies unser Eigentum und das Beweissicherungsverfahren beeinträchtigt. Gleichzeitig haben wir ihn darauf hingewiesen, dass wir auf eine Reparatur der Heizungsanlage durch die Hiltrup Bau keinen Wert mehr legen, sondern Schadensersatz geltend machen wollen. Herr Joergens hat hierauf erwidert, dass wir es der Hiltrup Bau nicht untersagen könnten, die Heizungsanlage zu reparieren. Diese werde die Reparatur bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit durchführen.“

Uns kommt es darauf an, dass der Hiltrup Bau die Reparatur der Heizungsanlage untersagt wird. Insoweit haben wir jegliches Vertrauen in die Hiltrup Bau verloren. Der Einbau des Bades läuft derzeit allerdings reibungslos, so dass wir der Hiltrup Bau kein Hausverbot erteilen wollen, damit die Ausführung dieser Arbeiten nicht behindert wird. Wir sehen uns aber außerstande, die Arbeiter der Hiltrup Bau den ganzen Tag zu überwachen, um zu verhindern, dass diese Arbeiten an der Heizung vornehmen. Ebenso können wir die Tür zum Heizungskeller nicht abschließen, da dieser der Durchgangsraum zu dem Raum ist, in dem das Bad eingebaut werden soll.“

Die Angelegenheit wurde mit den Mandanten erörtert. Diese erteilten Auftrag zur Einreichung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.

2. Neue Akten unter Voranstellung dieser Verfügung anlegen.

3. Einstweilige Verfügung und eidesstattliche Versicherungen nach Diktat fertigen, mir und den Mandanten zur Unterschrift vorlegen und danach noch heute bei Gericht einreichen.

Dr. Schink
(Dr. Schink)

Dr. iur. Stephan Schink
Rechtsanwalt

RA Dr. Stephan Schink · Postfach 1212 · 45024 Essen

An das
Landgericht Essen
Zweigertstraße 52
45130 Essen

45130 Essen Zweigertstr. 29
45024 Essen Postfach 1212
Telefon 0201/ 203040
Telefax 0201/ 203041

Bankverbindungen:
Sparkasse Essen
BLZ 360 501 05 · Konto 211219
Deutsche Bank Essen
BLZ 360 700 24 · Konto 105057

Datum: 02.09.2005

Antrag
auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

1. der Frau Martina Kleis, Bredeneyer Str. 43, 45133 Essen,
2. des Herrn Harald Kleis, Bredeneyer Str. 43, 45133 Essen,

Antragsteller,

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Schink, Zweigertstraße 29, 45130 Essen

g e g e n

lie Firma Hiltrup Bau GmbH, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Veit Hiltrup,
Wattenscheider Str. 28, 44793 Bochum,

Antragsgegnerin,

wegen: Unterlassung einer Eigentumsstörung

Vorläufiger Gegenstandswert: 10.000,00 Euro

Unter Versicherung ordnungsgemäßer Vollmacht bestellen wir uns für die Antragsteller und beantragen,

im Wege einstweiliger Verfügung - wegen besonderer Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden allein -

es der Antragsgegnerin bei Meidung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu untersagen,

Arbeiten an der im Keller des Hauses Bredeneyer Str. 43, 45133 Essen, befindlichen Heizungsanlage auszuführen, die sich auf Mängelpunkte beziehen, die sich aus dem Beweisbeschluss vom 12.08.2005 (als Anlage beigelegt) in dem selbständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Essen, 8 OH 15/05, ergeben.

B E G R Ü N D U N G :

Die Antragsteller sind Eigentümer des Grundstücks Bredeneyer Str. 43, 45133 Essen. Mit Vertrag vom 10.03.2004 verpflichtete sich die Antragsgegnerin zur Errichtung eines Einfamilienhauses auf diesem Grundstück.

Glaubhaftmachung:

Vertrag vom 10.03.2004, in Kopie als Anlage ASt 1,

Eidesstattliche Versicherungen der Antragsteller, Anlagen ASt 2 und ASt 3.

Die Fertigstellung und Abnahme des Einfamilienhauses erfolgte im Mai 2005.

Glaubhaftmachung:

Eidesstattliche Versicherungen der Antragsteller, Anlagen ASt 2 und ASt 3.

Im Folgenden stellte sich heraus, dass sich an der von der Antragsgegnerin im Haus installierten Heizungsanlage erheblich Mängel befinden. Mit Schreiben vom 01.06.2005 setzten die Antragsteller durch Schreiben des Unterzeichners eine Frist zur Beseitigung dieser Mängel bis zum 22.07.2005. Diese Frist ist jedoch fruchtlos verstrichen.

Glaubhaftmachung:

Eidesstattliche Versicherungen der Antragsteller, Anlagen ASt 2 und ASt 3,

Schreiben des Unterzeichners vom 01.06.2005, in Kopie als Anlage ASt 4.

Die Antragsteller haben daher vor dem Landgericht Essen unter dem Aktenzeichen 8 OH 15/05 ein selbständiges Beweisverfahren auf Feststellung der Mängel an der Heizungsanlage durchgeführt. In diesem Verfahren ist vom Gericht unter dem 12.08.2005 ein Beschluss zur Beweiserhebung über die geltend gemachten Mängel erlassen worden.

Glaubhaftmachung:

Beschluss des Landgerichts Essen vom 12.08.2005, in Kopie als Anlage ASt 5.

Angesichts dieses Beschlusses scheint sich die Antragsgegnerin darauf besonnen zu haben, nunmehr doch die Mängel beseitigen zu wollen. Dem liegt folgendes zu Grunde:

Nachdem die Antragsteller das Haus bezogen hatten, entschlossen sie sich, noch ein Badezimmer in den Keller des Hauses einbauen zu lassen. Mit Auftrag vom 10.05.2005 beauftragten sie daher die Antragsgegnerin mit den dafür erforderlichen Arbeiten. Diese Arbeiten sollten allerdings erst in der letzten Augustwoche 2005 begonnen werden. Vereinbarungsgemäß kamen am 29.08.2005 Arbeiter der Antragsgegnerin und begannen mit dem Einbau des Bades. Zugang zu dem Raum, in den das Bad eingebaut werden soll, haben die Arbeiter nur durch den Heizungskeller der Antragsteller. Am 01.09.2005 sprachen zwei Mitarbeiter der Antragsgegnerin die Antragsteller darauf an, dass sie nunmehr auch die Reparaturen an der Heizungsanlage durchführen werden. Hiermit waren die Antragsteller allerdings im Hinblick auf das bereits angestrebte Beweissicherungsverfahren nicht einverstanden. Zudem haben sie wegen der Versäumnisse der Antragsgegnerin in dieser Sache das Vertrauen verloren. Sie haben daher den Arbeitern der Antragsgegnerin untersagt, irgendwelche Reparaturen an der Heizungsanlage vorzunehmen. Zudem haben sie sich sofort mit dem Prokuristen der Antrags-

gegnerin, Herrn Jonas Joergens, in Verbindung gesetzt und diesen aufgefordert, die Reparaturarbeiten an der Heizungsanlage zu unterlassen. Gleichzeitig haben die Antragsteller darauf hingewiesen, dass sie auf eine Reparatur der Heizungsanlage durch die Antragsgegnerin keinen Wert mehr legen, sondern Schadensersatz geltend machen wollen. Herr Joergens hat hierauf erwidert, dass der Antragsgegnerin die Reparatur nicht untersagt werden könne. Diese werde die Reparatur bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit durchführen lassen.

Glaubhaftmachung:

Eidesstattliche Versicherungen der Antragsteller, Anlagen ASt 2 und ASt 3.

Da die Antragsteller mit den den Einbau des Bades betreffenden Arbeiten der Antragsgegnerin zufrieden sind, wollen sie den Mitarbeitern der Antragsgegnerin kein Hausverbot erteilen, um diese Arbeiten nicht zu beeinträchtigen. Andererseits kann von den Antragstellern nicht verlangt werden, dass sie die Mitarbeiter den ganzen Tag lang beaufsichtigen, um diese von Reparaturen an der Heizungsanlage abzuhalten. Beide Antragsteller sind berufstätig. Die Antragsteller können den Heizungskeller auch nicht abschließen, da sie andernfalls den Arbeitern den Weg zu dem Raum versperren, in den diese das Bad einbauen sollen.

Glaubhaftmachung:

Eidesstattliche Versicherungen der Antragsteller, Anlagen ASt 2 und ASt 3.

Angesichts dieser Sachlage ist es erforderlich, dass es der Antragsgegnerin im Wege einstweiliger Verfügung aufgegeben wird, die Reparaturen an der Heizungsanlage zu unterlassen, um nicht das Eigentum der Antragsteller zu verletzen und die Durchführung des Beweissicherungsverfahrens zu vereiteln. Die Antragsgegnerin ist auch nicht zur Durchführung der Reparatur der Heizungsanlage berechtigt. Dadurch, dass sie die ihr gesetzte Frist zur Mangelbeseitigung hat verstreichen lassen, hat sie das ihr zustehende Nachbesserungsrecht verloren. Die Antragsteller sind nunmehr berechtigt, von ihr Schadensersatz zu verlangen.

Dr. Schink

(Dr. Schink)

Rechtsanwalt

Anmerkung des LJPA: Vom Abdruck der Anlagen ASt 1 bis ASt 4 wurde abgesehen. Diese haben den angegebenen Inhalt. Die eidesstattlichen Versicherungen (Anlagen ASt 2 und ASt 3) sind formalschriftgemäß und bestätigen den Sachvortrag aus der Antragschrift.

8 OH 15/05



LANDGERICHT ESSEN
BESCHLUSS

In dem selbständigen Beweisverfahren

1. der Frau Martina Kleis, Bredeneyer Str. 43, 45133 Essen,
2. des Herrn Harald Kleis, Bredeneyer Str. 43, 45133 Essen,

Antragsteller,
Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Schink, Zweigertstraße 29, 45130 Es-
sen

g e g e n

die Firma Hiltrup Bau GmbH, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Veit
Hiltrup, Wattenscheider Str. 28, 44793 Bochum,

Antragsgegnerin,

hat die 8. Zivilkammer des Landgerichts Essen
am 12.08.2005

durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Steiner,
die Richterin am Landgericht Brunge
und den Richter Linden

b e s c h l o s s e n :

I.

Es soll Beweis erhoben werden über folgende Behauptungen bzw. Fragen der An-
tragsteller betreffend das Bauvorhaben Bredeneyer Str. 43, 45133 Essen:

1. Entspricht die Installation der Heizungsanlage des Hauses den technischen Anschlussbedingungen? Ist insbesondere
 - jeder Heizleiter durch einen separaten Temperaturfühler angesteuert,
 - eine Funktionskontrolle am Ende eines jeden Heizleiters vorhanden?
2. Entspricht die Isolierung des Kessels der Heizungsanlage den technischen Vorgaben?
3. Weist das Ventil der Heizungspumpe einen Defekt auf?

II.

- ☐ Zum Sachverständigen wird bestellt:
Herr Dipl.-Ing. Holger Zeiler,
Rüttenscheider Str. 259,
45131 Essen.

(...)

Anmerkung des LJPA: Vom Abdruck des restlichen Beschlusses wurde abgesehen. Dieser ist für die Bearbeitung ohne Bedeutung.

8 O 354/05



LANDGERICHT ESSEN
BESCHLUSS

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

1. der Frau Martina Kleis, Bredeneyer Str. 43, 45133 Essen,
2. des Herrn Harald Kleis, Bredeneyer Str. 43, 45133 Essen,

Antragsteller,

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Schink, Zweigertstraße 29, 45130 Essen

g e g e n

die Firma Hiltrup Bau GmbH, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Veit Hiltrup, Wattenscheider Str. 28, 44793 Bochum,

Antragsgegnerin,

hat die 8. Zivilkammer des Landgerichts Essen
am 02.09.2005

durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Steiner,
die Richterin am Landgericht Brunge
und den Richter Linden

b e s c h l o s s e n :

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragsteller zu je ½.

Der Streitwert wird auf 10.000,00 Euro festgesetzt.

GRÜNDE:

8

I.

Die Antragsteller begehren im Wege einstweiliger Verfügung von der Antragsgegnerin Unterlassung von Reparaturarbeiten an einer Heizungsanlage, in ihrem von der Antragsgegnerin errichteten Haus.

II.

Der Antrag ist unbegründet.

Der geltend gemachte Verfügungsanspruch besteht nicht, da die Antragsgegnerin nicht gehindert ist, von ihr erkannte Mängel der von ihr installierten Heizungsanlage zu beheben. Zwar hat sich die Antragsgegnerin mit der Mangelbeseitigung im Verzug befunden und die ihr gesetzte Frist zur Mangelbeseitigung versäumt. Dies hat jedoch nicht dazu geführt, dass sie ihre Pflicht und das damit einhergehende Recht zur Mangelbeseitigung verloren hat. Dies wäre gemäß § 281 Abs. 4 BGB nur dann der Fall gewesen, wenn die Antragsteller nach Fristablauf statt der Leistung Schadensersatz verlangt hätten. Hieran fehlt es aber. Die Antragsteller haben im Rahmen des Beweissicherungsverfahrens offen gelassen, welchen Mangelgewährleistungsanspruch (Nachbesserung, Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz) sie geltend machen wollen. Ein Schadensersatzverlangen haben sie vielmehr erstmalig gegenüber den Mitarbeitern der Antragsgegnerin geäußert, als diese mit den Mangelbeseitigungsarbeiten an der Heizungsanlage beginnen wollten. Diese Erklärung kam aber zu spät, weil der Schuldner bis zur Erklärung nach § 281 Abs. 4 BGB die Leistung auch in annahmeverzugsbegründender Weise anbieten kann und so den Schwebezustand, ob Nachbesserung oder Schadensersatz geschuldet ist, beenden kann.

Folglich sind die Antragsteller zur Duldung der Mängelbeseitigungsarbeiten verpflichtet, so dass sie keine Unterlassung der Reparaturarbeiten verlangen können.

Steiner

Brunge

Linden

Ausgefertigt
Essen, den 02.09.2005

Kruse
Kruse, JAng.
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Dr. iur. Stephan Schink
Rechtsanwalt

RA Dr. Stephan Schink · Postfach 1212 · 45024 Essen

45130 Essen Zweigertstr. 29
45024 Essen Postfach 1212
Telefon 0201/203040
Telefax 0201/203041


Bankverbindungen:
Sparkasse Essen
BLZ 360 501 05 · Konto 211219
Deutsche Bank Essen
BLZ 360 700 24 · Konto 105057

Datum: 05.09.2005

1. Vermerk:

Der Zurückweisungsbeschluss des Landgerichts Essen ist heute gegen Empfangsbekanntnis zugestellt worden.

2. Frau Referendarin Holz m. d. B. bis morgen die Erfolgsaussichten eines Vorgehens gegen den Zurückweisungsbeschluss zu überprüfen.


(Dr. Schink)

Vermerk für die Bearbeitung

Die Angelegenheit ist gemäß Ziffer 2 der Verfügung des Rechtsanwaltes Dr. Schink vom 05.09.2005 (Blatt 9 des Aufgabentextes) zu begutachten. Dabei sollen auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit des Vorgehens angestellt werden. Zeitpunkt der Begutachtung ist der **05.09.2005**.

Sollte eine Frage für beweisrelevant gehalten werden, so ist eine Prognose zu der Beweislage (z. B. Beweislast, Qualität der Beweismittel etc.) zu erstellen.

Werden Anträge an ein Gericht empfohlen, so sind diese am Ende des Vortrages auszuformulieren.

Die Formalien (Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) sind in Ordnung.

Es ist zu unterstellen, dass die gerichtliche Festsetzung des Streitwertes auf 10.000,00 Euro nicht zu beanstanden ist.

Kalender 2005

	Januar	Februar	März	April
Mo	3 10 17 24 31	7 14 21 28	7 14 21 28	4 11 18 25
Di	4 11 18 25	1 8 15 22	1 8 15 22 29	5 12 19 26
Mi	5 12 19 26	2 9 16 23	2 9 16 23 30	6 13 20 27
Do	6 13 20 27	3 10 17 24	3 10 17 24 31	7 14 21 28
Fr	7 14 21 28	4 11 18 25	4 11 18 25	1 8 15 22 29
Sa	1 8 15 22 29	5 12 19 26	5 12 19 26	2 9 16 23 30
So	2 9 16 23 30	6 13 20 27	6 13 20 27	3 10 17 24
	Mai	Juni	Juli	August
Mo	2 9 16 23 30	6 13 20 27	4 11 18 25	1 8 15 22 29
Di	3 10 17 24 31	7 14 21 28	5 12 19 26	2 9 16 23 30
Mi	4 11 18 25	1 8 15 22 29	6 13 20 27	3 10 17 24 31
Do	5 12 19 26	2 9 16 23 30	7 14 21 28	4 11 18 25
Fr	6 13 20 27	3 10 17 24	1 8 15 22 29	5 12 19 26
Sa	7 14 21 28	4 11 18 25	2 9 16 23 30	6 13 20 27
So	1 8 15 22 29	5 12 19 26	3 10 17 24 31	7 14 21 28
	September	Oktober	November	Dezember
Mo	5 12 19 26	3 10 17 24 31	7 14 21 28	5 12 19 26
Di	6 13 20 27	4 11 18 25	1 8 15 22 29	6 13 20 27
Mi	7 14 21 28	5 12 19 26	2 9 16 23 30	7 14 21 28
Do	1 8 15 22 29	6 13 20 27	3 10 17 24	1 8 15 22 29
Fr	2 9 16 23 30	7 14 21 28	4 11 18 25	2 9 16 23 30
Sa	3 10 17 24	1 8 15 22 29	5 12 19 26	3 10 17 24 31
So	4 11 18 25	2 9 16 23 30	6 13 20 27	4 11 18 25

Fest- und Feiertage 2005:

01.01.	Neujahr	15./16.05.	Pfingsten
25.03.	Karfreitag	26.05.	Fronleichnam
27./28.03.	Ostern	03.10.	Tag der Deutschen Einheit
01.05.	Maifeiertag	01.11.	Allerheiligen
05.05.	Christi Himmelfahrt	25./26.12.	Weihnachten

Prüfungsvermerk zur Vortragsakte

Dem Vortrag liegt das Verfahren 32 O 174/05 LG Köln (nachfolgend: 24 W 34/05 OLG Köln) zugrunde. Dieser Vermerk erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Er soll lediglich auf die Probleme hinweisen, die das Prüfungsamt veranlasst haben, die Aufgabe für einen Aktenvortrag auszugeben.

A. Statthafter Rechtsbehelf

Statthafter Rechtsbehelf gegen den Beschluss des Landgerichts Essen vom 02.09.2005 dürfte gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO sofortige Beschwerde sein (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 26. Aufl., § 922, Rz. 7). Ein Widerspruch gemäß §§ 936, 924 Abs. 1 ZPO ist hingegen nicht statthaft, da dieser nur gegen einen dem Verfügungsantrag stattgebenden Beschluss stattfindet.

B. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde

Die sofortige Beschwerde dürfte zulässig eingelegt werden können. Zuständig für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde ist gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG das OLG Hamm. Es ist daher gemäß § 569 Abs. 1 ZPO innerhalb von zwei Wochen nach der Zustellung des anzufechtenden Beschlusses, also bis zum 19.09.2005 (§§ 222 ZPO, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 ZPO) beim LG Essen oder beim OLG Hamm eine den Erfordernissen des § 569 Abs. 2 ZPO entsprechende Beschwerdeschrift zu reichen.

C. Begründetheit der sofortigen Beschwerde

Die sofortige Beschwerde ist begründet, wenn der vom LG Essen zurückgewiesene Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zulässig und begründet wäre.

1. Hinsichtlich der Zulässigkeit des Verfügungsantrags bestehen keine Bedenken. Insbesondere dürfte das Landgericht Essen gemäß § 937 ZPO i. V. m. §§ 71, 23 ff. GVG, 24 ZPO zuständig gewesen sein. Für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch dürfte der dingliche Gerichtsstand des § 24 ZPO begründet sein, da die Mandanten Unterlassung einer Eigentumsbesitzstörung an ihrem Grundstück geltend machen und § 24 ZPO auch für Ansprüche aus §§ 1004, 862 BGB gilt (vgl. Thomas/Putzo, a.a.O., § 24, Rz. 3, 6).

2. Der Verfügungsantrag dürfte auch begründet sein.

a) Den Mandanten dürfte ein Verfügungsanspruch zustehen.

aa) Die Mandanten dürften von der Antragsgegnerin Unterlassung der Mängelbeseitigung aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangen können.

Sollten Reparaturarbeiten an der Heizungsanlage vorgenommen werden, dürfte dies das Eigentum der Mandanten an der Heizungsanlage in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigen. Ihr Eigentum an der Heizungsanlage dürften die Mandanten hinreichend dargelegt haben. Das Eigentum der Mandanten an dem Grundstück dürfte sich nämlich gemäß den §§ 946, 93, 94 BGB auf die Heizungsanlage erstrecken, da diese wesentlicher Bestandteil des auf den Grundstück befindlichen Gebäudes sein dürfte (vgl. Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 93, Rz. 6 - Heizungsanlage), welches seinerseits gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist. In der Reparatur der Heizungsanlage dürfte auch eine Eigentumsbeeinträchtigung liegen. Eine solche ist nämlich bei jedem dem Inhalt des Eigentums widersprechenden Eingriff in die rechtliche oder tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers gegeben, unabhängig davon ob dieser Eingriff unschädlich oder sogar - wie hier - wertsteigernd ist (vgl. Palandt-Bassenge, a.a.O., § 1004, Rz. 6).

Es dürfte auch die von § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB vorausgesetzte Wiederholungsgefahr vorliegen. Dabei dürfte es unerheblich sein, dass hier noch gar kein Eingriff erfolgt ist, sondern die Mitarbeiter der Antragsgegnerin auf die Aufforderung der Mandanten zunächst keine Reparatur durchgeführt haben. Entgegen dem Wortlaut des § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB („weitere“) genügt nämlich auch eine erstmals ernsthaft drohende Eigentumsbeeinträchtigung (vgl. Palandt-Bassenge, a.a.O., § 1004, Rz. 33). Eine solche Gefahr dürfte hier aber gegeben sein, da die Antragsgegnerin ausdrücklich erklärt hat, sie werde die Reparatur der Heizungsanlage bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit durchführen.

Schließlich dürften der Anspruch auch nicht gemäß § 1004 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sein, weil die Mandanten zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet sind. Eine solche Duldungsverpflichtung könnte allenfalls daraus folgen, dass die Mandanten aus dem Gesichtspunkt der Mängelgewährleistung verpflichtet sind, die Nachbesserung der Werkleistung der Antragsgegnerin entgegenzunehmen. Dies dürfte jedoch nicht der Fall sein. Der zunächst bestehende Nacherfüllungsanspruch aus den §§ 634 Nr. 1, 635 BGB dürfte nunmehr ausgeschlossen sein. Die Mandanten haben der Antragsgegnerin nach § 281 Abs. 1 BGB eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt, welche fruchtlos verstrichen ist. Zudem dürfte ihre Zurückweisung der Nacherfüllung und die Erklärung, stattdessen Schadensersatz geltend zu machen, gemäß § 281 Abs. 4 BGB zum Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs geführt haben. Dagegen dürfte - entgegen der Auffassung des Landgerichts - nicht sprechen, dass die Mandanten das Schadensersatzverlangen erst geäußert haben, als die Antragsgegnerin ihnen schon die Reparatur der Heizung angeboten hatte. Nach zustimmungswürdiger h. M. kann der Gläubiger nämlich in den Fällen, in denen der Schuldner nach Fristablauf, aber vor dem Schadensersatzverlangen die Nacherfüllung angeboten hat, durch Zurückweisung der Leistung und die Erklärung, er verlange Schadensersatz, noch den Übergang auf den Schadensersatzanspruch herbeiführen (vgl. Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 281, Rz. 50, m.w.N., a. A. Jauernig-Stadler, 11. Aufl., § 281, Rz. 15). Besteht aber kein Nacherfüllungsanspruch mehr, kann im Umkehrschluss auch kein Nacherfüllungsrecht der Antragsgegnerin mehr vorliegen.

Kandidaten, die der Mindermeinung folgen und davon ausgehen, das Schadensersatzverlangen sei zu spät geäußert worden, dürften sich mit der Frage auseinandersetzen haben, ob das Fortbestehen des Nacherfüllungsanspruchs eine Duldungspflicht im Sinne des § 1004 Abs. 2 BGB zu begründen vermag. Dies dürfte eher zu verneinen sein. Eine erforderliche Mitwirkung - hier die Zurverfügungstellung der Heizungsanlage zum Zweck der Reparatur - begründet nämlich grundsätzlich nur eine Obliegenheit, nicht aber eine Verpflichtung des Werkbestellers (vgl. Palandt, a.a.O., § 642, Rz. 2). Die Mandanten dürfte daher nicht dazu verpflichtet sein, der Antragsgegnerin die Heizungsanlage zugänglich zu machen. Ihre Weigerung hat lediglich zur Folge, dass sie in Annahmeverzug geraten können.

bb) Daneben dürften die Mandanten auch aus § 862 Abs. 1 BGB Unterlassung der Reparatur verlangen können, da in dieser ebenfalls eine Besitzstörung liegen dürfte. Wegen der weiteren Voraussetzungen ist auf die Ausführungen zu § 1004 Abs. 1 BGB zu verweisen.

c) Ein Verfügungsgrund dürfte ebenfalls gegeben sein. Die erforderliche Dringlichkeit dürfte darin begründet liegen, dass die Mandanten momentan keine anderweitige Möglichkeit haben, die Antragsgegnerin von der beanstandeten Eigentumsbeeinträchtigungen abzuhalten. Ein Hausverbot kommt insoweit nicht in Betracht, da die Antragsgegnerin in dem Gebäude noch andere Arbeiten auszuführen hat. Ein gerichtliches Hauptsacheverfahren dürfte wegen der Dauer keinen effektiven Rechtsschutz begründen können. Hinzukommt, dass durch die Reparatur die Beweisführung für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches vereitelt würde.

d. Zweckmäßiges Vorgehen: Es sollte sofortige Beschwerde gegen den Beschluss des Landgerichts Essen eingelegt werden.