

Fall 1

1. Versäumnisurteil, Entscheidung nach Einspruch, Tenorierung § 343 ZPO, Teilklagerücknahme, verspätetes Vorbringen, Aufbau Tatbestand, Struktur Sachurteilsvoraussetzungen, vorgerichtliche Anwaltsgebühren, Geltendmachung im Prozess als Nebenforderung, Anwaltsgebühren im Prozess, Verbrauchsgüterkauf, Einbeziehung AGB, Vermutung § 477 BGB, Schadenersatz statt der Nacherfüllung

A. Text Fall 1

I.	Tatbestand, Aufbau	1
	Prozessgeschichte bei vorangegangenem VU, Teilklagerücknahme	1
	unerledigtes Beweisangebot bei Verspätungspräklusion	2
II.	Terminläufer	3
III.	Beweisbeschluss	4
IV.	Protokoll	5

B. Lösung Fall 1

I.	Arbeitsgliederung	8
	Aufbau Aufrechterhaltung eines VU, § 343 ZPO	
II.	Entscheidung	
	1. Rubrum	10
	2. Entscheidungsgründe	10
	3. Zulässigkeit des Einspruchs	
	a) Zulässigkeit der Klage	
	b) Begründetheit der Klage	11
	Verbrauchsgüterkauf, Inhalt der Vermutung des § 477 BGB	12
	Gewährleistungsausschluss beim Verbrauchsgüterkauf, § 476 BGB	13
	Taugliches Nacherfüllungsverlangen, §§ 280, 281 BGB	14
	Verspätetes Vorbringen im Sinne des § 296 I ZPO	16
	Inhalt des Schadenersatzanspruchs bei Nichterfüllung der Nacherfüllung	16
	c) Kosten und vorläufige Vollstreckbarkeit	17
III.	Hilfsgutachten	
	1. Tenor zu § 343 ZPO, Berücksichtigung der Teilklagerücknahme	18
	2. Kostenentscheidung	
	a) § 344 ZPO	
	b) Teilklagerücknahme, § 269 IV ZPO,	19
	Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung, Quote	
	3. Vorläufige Vollstreckbarkeit	20
	a) Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten, Geschäftsgebühr, Nr. 2300 VV RVG	
	b) und deren gerichtliche Geltendmachung	21
	c) Gebühren des Rechtsanwalts im ersten Rechtszug	22
	d) Berechnung der Sicherheitsleistung des Klägers und des Beklagten	23
	4. Berechnung der Einspruchsfrist	25

Fall 2

2. Versäumnisurteil, Gesetzmäßigkeit des 1. VU, Entscheidung gem. § 343 ZPO, Berechnung der Einspruchsfrist bei VU im schriftlichen Vorverfahren, einfache und notwendige Streitgenossenschaft, Wirkung § 62 ZPO, Widerklage, besonderer Gerichtsstand der Erbschaft, Haftung gem. §§ 2058, 2059 BGB, Zweiterwerb einer Hypothek, Haftung für Nachlassverbindlichkeiten und Beschränkung der Erbenhaftung gem. § 780 ZPO

A. Text Fall 2

I.	Tatbestand	27
	vorangegangenes VU, sachverhaltsfremde Widerklage, Geständnis gem. § 288 ZPO	28
II.	Terminläufer	29
III.	Protokoll	30

B. Lösung Fall 2	33
I. Arbeitsgliederung	33
Aufbau subjektive Klagehäufung, Prüfung Erlass eines 2. VU	34
II. Entscheidung	38
1. Rubrum	38
2. Tenor	38
3. Entscheidungsgründe	38
a) Kläger gegen B1) auf Duldung der Zwangsvollstreckung örtliche Zuständigkeit	39
b) Kläger gegen B1) auf Rückzahlung des Darlehens Abtretung der Forderung, gutgläubiger Erwerb, §§ 405, 1138 BGB Kläger gegen B2) und B3)	41
Antrag auf 2. VU, Überprüfung der Gesetzmäßigkeit des 1. VU	42
c) Widerklage B1) gegen Kläger	
(1) Zulässigkeit, § 513 II ZPO, Präklusion § 296 III ZPO Bedeutung des § 33 ZPO	43
(2) Begründetheit der Widerklage Verjährung, § 204 I Nr. 1 BGB, 167 ZPO	44
III. Hilfsgutachten	
1. Tenor	45
2. Kosten	45
3. Vorläufige Vollstreckbarkeit	46
4. Gutgläubiger Zweiterwerb der Hypothek gem. §§ 398, 1154, 1153 BGB	47
5. Der Vorbehalt im Urteil gem. § 2059 I 1 BGB iVm § 780 I ZPO Beispiel	48

Fall 3

Struktur der Prozesshandlungen, einseitige und übereinstimmende Erledigterklärung, Klagerücknahme gem. § 269 III S.3 ZPO, Kostenentscheidung bei einseitiger Erledigterklärung, Kosten gem. § 91 a ZPO, hilfsweise Aufrechnung, Fortdauer der Rechtshängigkeit gem. § 261 III Nr. 2 ZPO, Abgrenzung zu den Fällen der §§ 504, 506 ZPO

A. Text Fall 3	52
I. Tatbestand	52
Klageänderung, Klagerücknahme, übereinstimmende Erledigterklärung, hilfsweise Aufrechnung	53
II. Terminläufer	53
III. Protokoll	55
B. Lösung Fall 3	55
I. Arbeitsgliederung	56
Aufbau objektive Klagehäufung, Klageänderung, Kostenentscheidung	56
II. Entscheidung	62
1. Rubrum	62
2. Tenor	62
3. Entscheidungsgründe	63
a) Zulässigkeit Klage Herausgabe des Flächenrüttlers einseitige Erledigterklärung hinsichtlich der Herausgabe des Lkw	63
b) Begründetheit der Klagen	64
(1) Herausgabe des Flächenrüttlers	64
(2) Einseitige Erledigterklärung Lkw	66
4. Kosten und vorläufige Vollstreckbarkeit	66
a) Flächenrüttler und Lkw, § 91 ZPO	66
b) Entscheidung gem. § 91 a I S. 1 ZPO	66
c) Entscheidung gem. §§ 269 IV, III S.3 ZPO	67
d) vorläufige Vollstreckbarkeit	67
5. Hilfsgutachten	

a)	Kostenentscheidung	67
b)	Vorläufige Vollstreckbarkeit	68
	(1) Rspr. des BGH zum Streitwert bei einseitiger Erledigterklärung	68
	(2) Literatur: Streitwert der Feststellungsklage	69
	(3) OLG München, Streitwert unverändert	70
c)	Die Fortdauer der Rechtshängigkeit nach § 261 III Nr. 2 ZPO	72
	(1) Beispiel 1	72
	(2) Beispiel 2	74
	(3) Beispiel 3	74
	(4) Beispiel 4	75

Fall 4

Prozessführungsbefugnis und Prozesstandschaft; Probleme der Rechtskrafsterstreckung; Veräußerung der streitbefangenen Sache durch den Kläger und den Beklagten, Klageänderung durch Kläger, Vertiefung zur Veräußerung der streitbefangenen Sache, Veräußerung durch Rechtsgeschäft, kraft Hoheitsaktes und kraft Gesetzes; die Verjährungsproblematik des Gestaltungsrechts der Minderung

A.	Text Fall 4	76
I.	Klageschriftsatz	76
	Klageerhebung, objektive Klagehäufung	
II.	Verfügung des Einzelrichters	77
III.	Klageerwiderung	78
IV.	Replik des Klägers	81
V.	Duplik des Beklagten	82
VI.	Verfügung des Vorsitzenden	83
VII.	Protokoll	84
B.	Lösung Fall 4	87
I.	Arbeitsgliederung	87
	Aufbau objektive Klagehäufung, Veräußerung der streitbefangenen Sache	88
II.	Entscheidung	90
1.	Rubrum und Tenor	90
2.	Tatbestand	91
3.	Entscheidungsgründe	92
a)	Zulässigkeit Klagen	92
	(1) Insignia – Veräußerung durch den Kläger	92
	(2) Corsa – Veräußerung durch den Beklagten	93
b)	Begründetheit der Klagen	94
	(1) Herausgabe des Insignia	94
	Ausübung der Minderung, Bedeutung der Verjährung	96
	(2) Herausgabe Corsa	98
4.	Hilfsgutachten	99
a)	Kosten	99
b)	Erweiterung der Klage auf Erwerber auf Beklagtenseite	100
c)	Vertiefungen zur Veräußerung der streitbefangenen Sache	101
	(1) Beispiel 1	101
	(2) Beispiel 2	102
	(3) Beispiel 3	103

Fall 5

Parteiänderung (Parteiwechsel - Parteibeitritt); Nebenintervention und Streitverkündung; Wirkung der Streitverkündung gem. § 68 ZPO, Veräußerung der streitbefangenen Sache, § 266 ZPO, Baumbach'sche Formel; Regressansprüche des Sicherungsgebers; Rückgriffsansprüche des Bürgen aus Auftrag und gesetzlichem Forderungsübergang; Ausgleichsansprüche mehrerer Sicherungsgeber; Verjährungsproblematik der Hauptschuld und einer hierfür bestellten Bürgschaft sowie beim Gesamtschuldnerausgleich

A.	Text Fall 5	105
I.	Tatbestand	105
	Streitverkündung im Tatbestand des Folgeprozesses, Parteierweiterung	
II.	Terminläufer	107
	Streitverkündigungsschrift	108
		IV

	Verfügung des Gerichts zur Streitverkündung	109
III.	Protokoll	112
B.	Lösung Fall 5	115
I.	Arbeitsgliederung	115
II.	Entscheidung	119
	1. Rubrum	119
	2. Tenor	120
III.	Entscheidungsgründe	120
	1. Zulässigkeit der Klage	120
	2. Begründetheit Kläger gegen B1)	122
	3. Begründetheit Kläger gegen B2)	124
	4. Begründetheit Kläger gegen B3)	125
IV.	Hilfsgutachten	129
	1. Kostenentscheidung, Baumbach'sche Formel	129
	2. Kosten, vorläufige Vollstreckbarkeit	130
	3. Verjährungsrechtliche Probleme der Bürgschaftsforderung	131
	4. Verjährung des Ausgleichsanspruchs eines Gesamtschuldners	133

Fall 6

Berufungsverfahren; Probleme des Mieterwechsels; Anfechtung der Zustimmung zum Mieterwechsel; Hauptberufung und unselbständige Anschlussberufung; formelle und materielle Beschwer sowie Probleme des Gegenstandes der Berufung; Fertigung einer Berufungsbegründungsschrift

A.	Text Fall 6	134
I.	Inhalt Mandantengespräch bei Beauftragung	134
II.	Ausgangsentscheidung	135
	1. Rubrum und Tenor	135
	2. Tatbestand	136
	3. Entscheidungsgründe	138
III.	Terminläufer	140
IV.	Protokoll der mündlichen Verhandlung 1. Instanz	141
B.	Lösung Fall 6	143
I.	Arbeitsgliederung	143
II.	Gutachten	144
	1. materiell-rechtliche Würdigung	144
	2. prozessuale Würdigung	148
	a) Funktion der Berufung, Fehler in der Tatsachenfeststellung	148
	b) Die unselbstständige Anschlussberufung	150
	c) Klageänderung, Widerklage und Aufrechnung in der Berufung	152
	d) formelle und materielle Beschwer, Gegenstand der Berufung	154
	(1) Beispiel 1	154
	(2) Beispiel 2	155
	(3) Beispiel 3	156
	(4) Beispiel 4	158
	e) Berufungseinlegungsfrist, Berufungsbegründungsfrist	159
	f) Statthaftigkeit der Berufung	160
III.	Berufungsschriftsatz	160

Übersichten

Übersicht 1	Allgemeine und besondere Sachurteilsvoraussetzungen	165
Übersicht 2	Prozesshandlungen	169
Übersicht 3	Versäumnisurteil, Entscheidung nach Einspruch, § 343 ZPO	171
Übersicht 4	Versäumnisurteil, Entscheidung nach Einspruch, § 343; zweites VU, § 345	172
Übersicht 5	Klagerücknahme	174
Übersicht 6	Notwendige Streitgenossenschaft, notwendige einheitliche Sachentscheidung	175
Übersicht 7	Materiell-rechtlich notwendige Streitgenossenschaft	180
Übersicht 8	Vergleich notwendige einheitliche Sachentscheidung – materiell-rechtlich notwendige Streitgenossenschaft	183
Übersicht 9	Übereinstimmende Erledigterklärung	185
Übersicht 10	Einseitige Erledigterklärung	187
Übersicht 11	Prozessführungsbefugnis - Prozessstandschaft	190
Übersicht 12	Veräußerung der streitbefangenen Sache	191
Übersicht 13	Beteiligung Dritter am Rechtsstreit	192
Übersicht 14	Parteiwechsel und Parteibeitritt	193
Übersicht 15	Nebenintervention und Streitverkündung	194

TEXT FALL 1

Tatbestand

Der Kläger verlangt vom Beklagten Reparatur- und Transportkosten aufgrund eines bei diesem gekauften neuen Pkws.

Einleitungssatz: kurze Feststellung

Mit Kaufvertrag vom 16.1.2020 erwarb der Kläger von dem Beklagten einen fabrikneuen Pkw der Marke Audi A 4 zum Kaufpreis von 22.000,00 €. Der Pkw war an den Beklagten, einem Audi-Vertragshändler, im Dezember 2019 ausgeliefert worden. Dem Kläger wurde der Pkw am 16.1.2020 übergeben. Den Kaufpreis hat der Kläger mittlerweile bezahlt.

Unstreitiges: Imperfekt §§ 138, 288 ZPO

Dem Kaufvertrag lagen die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten für den Verkauf fabrikneuer Kraftfahrzeuge zugrunde.

In Ziff. VI der allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten ist ausgeführt:

VI. Gewährleistung:

1. Der Käufer hat Anspruch auf Beseitigung von Fehlern und durch sie an anderen Teilen des Kaufgegenstandes verursachenden Schäden (Nachbesserung). Ein Anspruch auf Nachlieferung besteht nicht.
2. Ersatz für Aufwendungen, die zum Zwecke der Nachbesserung erforderlich werden, insbesondere Transportkosten, hat der Käufer selbst zu tragen.
3. Wenn der Fehler nicht beseitigt werden kann oder für den Käufer weitere Nachbesserungsversuche unzumutbar sind, oder bei unberechtigter Verweigerung und ungebührlicher Verzögerung der Nachbesserung, kann der Käufer an Stelle der Nachbesserung Rücktritt oder Minderung (Herabsetzung der Vergütung) verlangen. Ein Anspruch auf Schadensersatz besteht nicht.

Anlässlich einer Fahrt nach Burghausen trat am 10.2.2020 ein Getriebeschaden an dem Pkw auf. Daraufhin ließ der Kläger noch am selben Tag den nicht mehr fahrbereiten Pkw durch die Fa. Wagenmüller nach Traunstein auf das Firmengelände des Beklagten transportieren, wofür die Fa. Wagenmüller dem Kläger 200,00 € in Rechnung stellte, die der Kläger bezahlt hat. Der Beklagte nahm am 13.2.2020 eine Inspektion des Pkw vor. Eine kostenlose Reparatur, wie vom Kläger unter Hinweis auf die Geschäftsbedingungen verlangt, lehnte der Beklagte unmissverständlich und eindeutig ab mit dem Hinweis, dass der Kläger den Getriebeschaden selbst durch unsachgemäße Handhabung herbeigeführt habe.

Daraufhin ließ der Kläger am 17.2.2020 den Pkw durch die Firma Heinze, ebenfalls Audi-Vertragshändlerin in Traunstein, in deren Werkstätte transportieren und dort reparieren.

Streitiger Klägervortrag Präsenz, indirekte Rede ausdrkl. o konkludent bestrittene Tatsachen, Rechtsansichten

Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger gegen den Beklagten die Reparaturkosten in Höhe von 6.000,00 €, Rechnung der Fa. Heinze vom 24.2.2020, sowie die Transportkosten von Burghausen nach Traunstein in Höhe von 200,00 €, Rechnung der Fa. Wagenmüller vom 14.2.2020, geltend.

Der Kläger behauptet, der Getriebeschaden sei im Keime schon bei Übergabe des Pkw am 16.1.2020 vorhanden gewesen.

Er macht weiterhin geltend, dass die Transportkosten angemessen und keineswegs überhöht seien (Beweis: Sachverständigengutachten).

Beweisangebot, soweit durch Beweiserhebung nicht erledigt, zB da verspätet Thomas/Putzo § 313 Rn.18 oder nicht erhobener Gegenbeweis

Er meint, dass der Einspruch des Beklagten gegen das bereits am 4.5.2020 verkündete Versäumnisurteil verfristet sei.

Mit Versäumnisurteil im Verhandlungstermin vom 4.5.2020 ist der Beklagte kostenpflichtig zu 6.200,00 € nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 18.3.2020 verurteilt worden.

Prozessgeschichte, soweit für Verständnis der Anträge relevant, z.B. Erledigterklärung, Klageänderung, vorangegangenes VU, Teil-, Zwischen- und Vorbehaltsurteile, Parteiwechsel und Beitritt, nicht Mahnverfahren ohne VB.

Das Versäumnisurteil ist dem Beklagten am 7.5.2020 zugestellt worden.

Mit Schriftsatz vom 22.5.2020, beim Landgericht Traunstein am gleichen Tage (22.5.2020) eingegangen, hat der Beklagte hiergegen Einspruch eingelegt.

Im Termin vom 10.9.2020 hat der Kläger mit Zustimmung des Beklagten die Klage wegen eines Betrages von 1.100,00 € nebst Prozesszinsen hieraus zurückgenommen.

zuletzt gestellte Anträge, Präsenz, nicht Kostenanträge und vorläufige Vollstreckbarkeit; Anträge deutlich eingetrichtert, im wörtlichen Zitat.

Der Kläger beantragt,

das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten, soweit der Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger 5.100,00 € nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 18.3.2020 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

das Versäumnisurteil des Landgerichts Traunstein vom 4.5.2020 aufzuheben und die Klage kostenpflichtig abzuweisen sowie dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits insoweit aufzuerlegen, als er die Klage zurückgenommen hat.

streitiger Vortrag des Beklagten, Präsenz, in indirekte Rede erst Bestreiten von klagebegründenden Tatsachen, dann Vortrag von rechtshindernden, rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Tatsachen, soweit nach Sachverhalt geboten

Der Beklagte meint, es hätte gegen ihn gar kein Versäumnisurteil ergehen dürfen, weil der Kläger erst im klägerischen Schriftsatz vom 20.4.2020, ihm zugegangen am 24.4.2020, vorgetragen habe, dass er, der Beklagte, die vom Kläger begehrte Reparatur verweigert habe.

Der Beklagte behauptet, der Pkw sei zum Zeitpunkt der Übergabe an den Kläger am 16.1.2020 nicht nur mangelfrei gewesen, vielmehr habe der Kläger durch grobes unsachgemäßes Verhalten den Getriebeschaden selbst herbeigeführt.

Der Beklagte meint, der Kläger könne die Transport- und Reparaturkosten gar nicht geltend machen, weil es sich der Sache nach um Kosten der Selbstvornahme handele, das Kaufrecht aber keine § 637 BGB vergleichbare Vorschrift enthalte; die Transportkosten schon nicht, weil diese durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam ausgeschlossen seien.

Prozessgeschichte Sprache: Perfekt Erfolgte Beweis-aufnahme oder präkludiertes Vorbringen, §§ 296, 296 a ZPO.

Er behauptet weiter, dass die geltend gemachten Reparaturkosten weit überhöht seien.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 12.3.2020 und 20.4.2020 sowie die Schriftsätze des Beklagten vom 6.4.2020 und 10.9.2020 nebst den jeweiligen Anlagen Bezug genommen.

Das Gericht hat Beweis erhoben gem. Beweisbeschluss vom 8.6.2020 durch Erholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens sowie uneidliche Einvernahme des Sachverständigen Dr. Auer. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 10.9.2020 Bezug genommen.

Mit Schriftsatz vom 10.9.2020, in der mündlichen Verhandlung vom 10.9.2020 übergeben, hat der Beklagte vorgetragen, die geltend gemachten Transportkosten seien weit überhöht.

Terminläufer

- I. 16.1.2020 **Kaufvertrag** zwischen Franz Huber und Fa. Autohaus Josef Grün, Audi A4, Kaufpreis 22.000,00 €, Übergabe des Pkw. Kaufpreis bezahlt.
- II. 10.2.2020 Fahrt nach Burghausen, **Getriebeschaden**. Pkw wird zum Autohaus Grün geschleppt. Transport Fa. Wagenmüller, Kosten 200,00 €, Rechnung vom 14.2.2020.
- III. 13.2.2020 Untersuchung des Pkw durch Verkäufer, **Verweigerung** einer kostenlosen Reparatur.
- IV. 17.2.2020 Fahrzeug wird zu Fa. Heinze transportiert und dort für 6000,00 € repariert.
- V. **Klage**: Schriftsatz vom 12.3.2020
Antrag: Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 6.200,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
Eingang LG Traunstein am 16.3.2020; Zustellung an den Beklagten am 18.3.2020
- VI. Verfügung des Einzelrichters der 1. Zivilkammer des LG Traunstein – RiLG Dr. Falk - vom 20.3.2020:
1. Termin zur Güteverhandlung und, im Falle einer Erfolglosigkeit der Güteverhandlung, früher erster Termin zur mündlichen Verhandlung wird bestimmt auf 4.5.2020
 2. das persönliche Erscheinen der Parteien wird gemäß § 278 III ZPO angeordnet.
 3. Frist zur Klageerwidern: 3 Wochen ab Zustellung dieser Verfügung mit ordnungsgemäßer Belehrung über die Folgen verspäteten Vortrags.
- VII. **Klageerwidern**: Schriftsatz vom 6.4.2020
Eingang LG Traunstein am 9.4.2020
Zustellung an Kläger am 13.4.2020
- VIII. **Replik Kläger**: Schriftsatz vom 20.4.2020
Eingang LG Traunstein am 22.4.2020
Zustellung an Beklagten am 24.4.2020
- IX. 4.5.2020 Güteverhandlung gemäß § 278 ZPO und früher erster Termin; Beklagter und Beklagtenvertreter trotz ordnungsgemäßer Ladung im Termin unentschuldigt nicht erschienen;
Versäumnisurteil v. 4.5.2020 nach Klageantrag;
Zustellung an Beklagtenvertreter am 7.5.2020 mit ordnungsgemäßer Belehrung über die Folgen verspäteten Vortrags
- X. **Einspruch**: Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 22.5.2020;
Eingang beim LG Traunstein am 22.5.2020
- XI. Beschluss LG Traunstein vom 8.6.2020 (Beweisbeschluss gem. §§ 358, 370 ZPO)
- XII. 9.7.2020 Gutachten des Sachverständigen des Sachverständigen Dr. Auer
- XIII. 10.9.2020 **Einspruchstermin**, Beweisaufnahme und Termin zur **Fortsetzung der mündlichen Verhandlung**
- XIV. Übergabe Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 10.9.2020 im **Termin vom 10.9.2020**
- XV. Beschluss des LG Traunstein vom 10.9.2020:
Termin zur Verkündung einer Entscheidung wird bestimmt auf
Freitag, den 2.10.2020, 09.00 Uhr, SS 40/0.

LANDGERICHT TRAUNSTEIN

Az.: 1 O 248/20

Beweisbeschluss gem. §§ 358, 358a ZPO

des Einzelrichters – RiLG Dr. Falk - der 1. Zivilkammer des Landgerichts Traunstein vom 8.6.2020

In Sachen

Franz Huber, Finanzoberinspektor...

- Kläger -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Fritz Müller ...

gegen

Fa. Autohaus Josef Grün e. K., Inhaber Josef Grün ...

- Beklagter –

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Ludwig Maier ...

wegen Forderung

- I. Auf Antrag des Beklagten ist Beweis zu erheben über seine Behauptungen:
 4. Durch Kaufvertrag vom 16.1.2020 sei dem Kläger am gleichen Tage ein Pkw, der Marke Audi A 4, Baujahr 2019, Fahrgestellnummer: C284-59237, übergeben worden, der sich in technisch einwandfreiem, fahrbereitem Zustand befunden habe und auch im Keim keinen Getriebeschaden aufwies;
 5. der am 13.2.2020 an diesem Pkw festgestellte Getriebeschaden sei durch unsachgemäße Einwirken des Klägers auf das Getriebe zurückzuführen, insbesondere falsches Einkuppeln durch Erholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens.
- II. Auf Antrag des Klägers ist Beweis zu erheben über seine Behauptung:

Der von der Fa. Heinze durch Rechnung vom 24.3.2020 geforderte Betrag in Höhe von 6.000,00 € sei eine für die geleisteten Werkarbeiten, die durch das fehlerhafte Getriebe an dem Pkw notwendig geworden seien, übliche, zumindest sachangemessene Vergütung, durch Erholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens.
- III. Zum Sachverständigen wird Dipl,00Ing. Dr. Auer... bestimmt.
- IV. Termin zur Beweisaufnahme und zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung (§ 370 ZPO) wird bestimmt auf
Montag, 10.9. 2020, 10.00 Uhr, SS 40/0
- V. Auslagenvorschuss:.....

Dr. Falk

Richter am Landgericht

LANDGERICHT TRAUNSTEIN

Geschäfts-Nr.: 1 O 248/20

PROTOKOLL

aufgenommen in öffentlicher Sitzung der 1. Zivilkammer des Landgerichts Traunstein,
Traunstein, den 10.9.2020

Gegenwärtig:

Dr. Falk, Richter am Landgericht, als Vorsitzender
Schulz, JAng., als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Franz Huber, Finanzoberinspektor,...

-Kläger-

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Fritz Müller

gegen

Fa. Autohaus Josef Grün, Inhaber Josef Grün

- Beklagter -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Ludwig Maier

wegen Forderung

erschien nach Aufruf der Sache

für die Klagepartei, RA Dr. Fritz Müller

für die beklagte Partei, RA Dr. Ludwig Maier

Das Protokoll wurde per EDV erstellt

Weiter erschien der Sachverständige Dr. Auer.

Der Sachverständige wurde dahingehend belehrt, dass er sein Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten habe und eventuell mit seiner Beeidigung rechnen müsse. Gegen die Anwesenheit des Sachverständigen Dr. Auer im Sitzungssaal werden keine Einwendungen erhoben.

Der Vorsitzende stellt den Sach- und Streitstand dar. Er schlägt vor, der Beklagte solle an den Kläger vergleichsweise einen Betrag von 5.000,00 € zahlen, weil jedenfalls nach dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen die Kosten der Standheizung nicht verlangt werden können.

Parteivertreter erklären, dass mit einer vergleichsweisen Regelung kein Einverständnis bestehe.

Sodann wird in die mündliche Verhandlung eingetreten.

Klägervertreter beantragt,

das Versäumnisurteil vom 4.5.2020 aufrechtzuerhalten.

Beklagtenvertreter beantragt,

das Versäumnisurteil vom 4.5.2020 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Sodann wird in die Beweisaufnahme mit der Anhörung des Sachverständigen Dr. Auer eingetreten.

Zur Person: Dr. Auer ...

mit den Parteien nicht verwandt und nicht verschwägert

Zur Sache:

In meinem schriftlichen Gutachten vom 9.7.2020 habe ich das Ergebnis meiner Untersuchung bereits erläutert.

Das Getriebe des Pkw wurde von der Fa. Heinze ausgebaut und mir zur Begutachtung übergeben. Aufgrund der thermischen Einwirkung an den Flanken der Zahnräder war zweifelsfrei festzustellen, dass der Pkw mit zu geringem Getriebeöl ausgeliefert worden war. Normalerweise müssen mindestens 2-3 Liter Getriebeöl für diesen Fahrzeugtyp vorhanden sein. Es ist aufgrund der geringen Laufdauer fast ausgeschlossen, dass der Kläger durch seine Fahrweise den schnellen Getriebeölverbrauch hätte herbeiführen können, wenn zum Zeitpunkt der Auslieferung die erforderliche Getriebeölmenge vorhanden gewesen wäre. Die Kathode des Ölstandsmessers war defekt, weshalb die Kontrollleuchte, die üblicherweise eine solche eklatante Fehlmengende anzeigt, auch nicht aufleuchtete. Ob das Getriebe bereits zum Zeitpunkt der Übergabe des Pkw an den Kläger schadhaf war, konnte nicht mehr festgestellt werden

Ich schätze, dass wohl versehentlich höchstens 1/4 l Getriebeöl zum Zeitpunkt der Auslieferung am 16.1.2020 eingefüllt worden war.

Die von der Fa. Heinze mit Rechnung vom 24.2.2020 geforderte Vergütung hält sich exakt an die Richtlinien, die für Reparaturarbeiten der vorliegenden Art üblich sind.

Allerdings befindet sich unter Position 4 ein Rechnungsbetrag, der mit dem vorliegenden Getriebeschaden in keinem Bezug steht. Position 4 der Rechnung vom 24.2.2020 weist einen Betrag von 1.100,00 € incl. MwSt. für den Einbau einer Standheizung der Marke WEBASTO aus.

Nach Diktat genehmigt.

Beeidigungsanträge werden nicht gestellt.

b.u.v. (beschlossen und verkündet):

Der Sachverständige bleibt unbeeidigt und wird um 10.40 Uhr entlassen.

Die Parteien verhandeln streitig über das Beweisergebnis der Beweisaufnahme und zur Sache.

Klägervorteiler nimmt die Klage bezüglich eines Betrages in Höhe von 1.100,00 € zurück.

Vorgelesen und genehmigt

Beklagtenvertreter stimmt der Klagerücknahme zu und beantragt dem Kläger die Kosten aufzuerlegen.

Beklagtenvertreter übergibt Schriftsatz vom 10.9.2020, von dem Klägervorteiler zwei Abschriften erhält.

Klägervorteiler beantragt, das Vorbringen des Beklagten als verspätet zurückzuweisen, hilfsweise ihm Schriftsatzfrist zu gewähren, weil der Beklagte nunmehr erstmalig die Angemessenheit der Transportkosten des Pkw von Burghausen nach Traunstein bestreite.

Auf Frage des Vorsitzenden, warum erst mit diesem Schriftsatz die Angemessenheit der Rechnung der Fa. Wagenmüller vom 14.2.2020 bestritten werde, gibt Beklagtenvertreter keine Erklärung ab.

Klägervorteiler beantragt nunmehr,

das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten, soweit der Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger 5.100,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 18.3.2020 zu zahlen.

Beklagtenvertreter beantragt,

das Versäumnisurteil des Landgerichts Traunstein vom 4.5.2020 aufzuheben und die Klage kostenpflichtig abzuweisen und dem Kläger die Kosten der Klagerücknahme aufzuerlegen.

b. u. v.

Termin zur Verkündung einer Entscheidung wird bestimmt auf

Freitag, den 2.10.2020, 09.00 Uhr, SS, 40/0.

Die Richtigkeit der Übertragung bestätigt:

Dr. Falk
Richter am Landgericht

Schulz
Justizangestellte

LÖSUNG FALL 1:

Arbeitsgliederung

1. Teil: Ermittlung des Rechtsschutzziels analog § 133 BGB

- A. Sachantrag auf Aufrechterhaltung des VU vom 4.5.2020, soweit Beklagter verurteilt worden ist, 5.100,00 € nebst Prozesszinsen hieraus seit 18.3.2020 zu zahlen (§ 343 Satz 1 ZPO), weil die insoweit noch rechtshängige Klage zulässig und begründet sei.
- B. Hinsichtlich ursprünglich darüber hinaus geltend gemachter Reparaturkosten in Höhe von 1.10,00 € Rechtshängigkeit rückwirkend durch Klagerücknahme mit Einwilligung des Beklagten gemäß § 269 III 1 ZPO entfallen.

2. Teil: Sachantrag auf Aufrechterhaltung des VU vom 4.5.2020 im begehrten Umfang

- A. Zulässigkeit **des Einspruchs** (von Amts wegen gem. § 341 ZPO zu prüfen)
- I. Statthaftigkeit gemäß § 338 ZPO
 - II. Form gem. § 340 I, II ZPO (nicht gem. § 340 III ZPO)
 - III. Frist gem. § 339 ZPO
- B. **Zulässigkeit der Klage**
- I. Gerichtsbezogene Sachurteilsvoraussetzungen
 1. Örtliche Zuständigkeit: §§ 21, 29 I ZPO
 2. Sachliche Zuständigkeit: §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG
 - II. Antragsänderung nach § 264 Nr. 2 ZPO
 - III. Parteibezogene Sachurteilsvoraussetzungen: Hier Parteifähigkeit des Beklagten: Beklagter kann unter seiner Firma gemäß § 17 II HGB verklagt werden. Verklagte Partei ist dann derjenige, der zum Zeitpunkt der Zustellung der Klage (= Rechtshängigkeit) Firmeninhaber war.
- C. **Begründetheit der Klage**
- I. Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III; 281 iVm 437 Nr. 3 BGB
 - II. Voraussetzungen für die Gewährleistungshaftung müssen gegeben sein, dh
 1. wirksamer Kaufvertrag
 - a) Unwirksamkeit der AGB wegen Verbrauchsgüterkauf gem. §§ 474, 476 BGB führt nur zur partiellen Nichtigkeit dieser Klauseln.
 - b) Unwirksamkeit der AGB steht gem. § 306 I BGB gleichfalls nicht Wirksamkeit des Kaufvertrages entgegen.
 2. Mangel der Kaufsache
 - a) Getriebeschaden Sachmangel iSd §§ 433 I 2, 434 I 2 Nr. 2 BGB
 - (1) Fehlendes Getriebeöl Sachmangel iSd §§ 433 I 2, 434 I 2 Nr. 2 BGB
 - (2) Zur Zeit des Gefahrübergangs (§ 446 BGB)
 - Vermutung nach § 477 BGB
 - Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 I 1 BGB
 - Kläger Verbraucher im Sinne des § 13 BGB

- Beklagter Unternehmer im Sinne des § 14 BGB
 - Vermutung durch Beklagten nicht widerlegt, vgl. Gutachten des Sachverständigen Dr. Auer
- b) kein Ausschluss der Gewährleistung
3. § 442 BGB
- a) Ausschluss der Nachlieferung in Ziffer VI. Nr. 1 der AGB sowie Auferlegung der Kosten zum Zwecke der Nacherfüllung in Ziffer VI. Nr. 2 der AGB unwirksam nach §§474 I 1, 476 BGB iVm § 439 I, II, III BGB)
 - b) Ausschluss von Schadensersatz in Ziffer VI. Nr. 3 Satz 2 unwirksam nach §§ 305 c II, 307 I 2, 309 Ziff. 7 a, b BGB
- III. (Erfolglose) Fristsetzung für Nacherfüllung gemäß §§ 281 I 1, 439 I BGB bzw. Entbehrlichkeit gemäß §§ 281 II, 440 BGB. Hier § 281 II BGB
- IV. Objektive Pflichtverletzung des Beklagten gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I 1, 281 BGB
- V. Vertretenmüssen des Beklagten gemäß § 280 I 2 BGB iVm §§ 276 – 278 BGB; Beweislast Beklagter
- VI. Haftungsausfüllungstatbestand
- 1. Mangelschaden nach Differenzhypothese: Geldersatz nach § 249 BGB, weil Naturalherstellung nach § 281 IV BGB ausgeschlossen.
 - a) Angemessenheit der Kosten (Bereicherungsverbot im Schadensersatzrecht bzw Erforderlichkeit der Kosten iSd § 249 II 1 BGB)
 - b) Reparaturkosten: Beweislast Kläger, Gutachten Sachverständiger Dr. Auer
 - c) Transportkosten: Zugestanden im Sinne des § 138 III ZPO. Bestreiten des Beklagten verspätet gemäß §§ 296 I; 340 III 3 iVm 296 I ZPO analog.
 - 2. Haftungsausfüllende Kausalität
- D. Kostenentscheidung
- E. Vorläufige Vollstreckbarkeit

Entscheidung

Endurteil

- I. Das Versäumnisurteil des Landgerichts Traunstein vom 4.5.2020 - Az.: 1 O 248/18 - wird aufrechterhalten, soweit der Beklagte verurteilt ist, an den Kläger 5.100,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 18.3.2020 zu zahlen.
- II. Im Übrigen wird das Versäumnisurteil aufgehoben.
- III. Der Beklagte trägt die Kosten seiner Säumnis. Von den übrigen Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger 2/11 und der Beklagte 9/11.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für den Kläger jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages. Die Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil darf nur gegen Leistung dieser Sicherheit fortgesetzt werden. Der Kläger kann die Vollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils von ihm zu vollstreckenden Betrages leistet.

Entscheidungsgründe

A. Zulässigkeit des Einspruchs

Der Einspruch ist nicht, wie der Kläger meint, unzulässig. Gegen den Beklagten erging im Termin zur mündlichen Verhandlung am 4.5.2020 aufgrund seiner Säumnis ein Versäumnisurteil, so dass der von ihm erhobene Einspruch auch der gemäß § 338 ZPO statthafte Rechtsbehelf war. Der Beklagte hat diesen Rechtsbehelf form- und fristgerecht eingelegt gemäß §§ 339, 340 ZPO. Dem Beklagten wurde das Versäumnisurteil am 7.5.2020 zugestellt. Die Einspruchsfrist lief daher gemäß § 222 I, II ZPO erst am Freitag, den 22.5.2020 ab, da der 21.5.2020 ein Feiertag war. An diesem Tage aber ging die Einspruchsschrift beim Landgericht Traunstein ein.

B. Zulässigkeit der Klage

- I. Das angegangene Gericht ist gemäß §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG sachlich und gemäß §§ 21, 29 I ZPO örtlich zuständig.¹
- II. Der Kläger hat mit Zustimmung des Beklagten die Klage hinsichtlich eines Teilbetrages in Höhe von 11,00 € zurückgenommen. Er konnte daher gem. § 264 Nr. 2 ZPO seine Klage auf den noch offenen Betrag iHv 5.100,00 € beschränken.²

C. Die zulässige Klage ist, soweit noch rechtshängig, in vollem Umfang begründet.

Der Kläger kann von dem Beklagten die geltend gemachten Reparatur- und Transportkosten als Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III; 281 I iVm 437 Nr. 3 BGB verlangen.

¹ jedenfalls für den Schadensersatz in der Form einer Geldleistung steht unstrittig fest, dass dieser am Wohn- oder Geschäftssitz des Schuldners, hier des Verkäufers, geltend zu machen ist. Strittig ist dies aber für den Nacherfüllungsanspruch, siehe unten B III

² vgl. Thomas/Putzo § 264 Rn. 6

- I. Die Voraussetzungen für eine Gewährleistungshaftung des Beklagten aus dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrag liegen vor.
1. Der Wirksamkeit des Kaufvertrages steht nicht entgegen, dass bei dem vorliegenden Verbrauchsgüterkauf die in Ziffer VI. Nr. 1 und 2 enthaltenen Gewährleistungsregelungen nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten im Hinblick auf §§ 474, 476 BGB unwirksam sind, weil die partielle Nichtigkeit dieser Regelungen nicht die Wirksamkeit des Kaufvertrages als solchen berührt.³
Selbst die Unwirksamkeit der Gewährleistungsregelung in Ziffer VI. Nr. 3 Satz 2 der AGB berührt gemäß § 306 I BGB die Wirksamkeit dieses Kaufvertrages nicht.
 2. Die Kaufsache war weiterhin zum maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht frei von einem Sachmangel im Sinne der §§ 433 I 2, 434 BGB.
 - a) Bei dem aufgetretenen Getriebeschaden handelt es sich um einen Sachmangel iSd § 434 I 2 Nr. 2 BGB.⁴ Dieser aufgetretene Getriebeschaden hat seine Ursache in der zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs fehlenden Getriebeölmenge, die ihrerseits einen Sachmangel iSd § 434 I 2 Nr. 2 BGB darstellt, weil nach dem Empfängerhorizont des Durchschnittskäufers eines fahrbereit ausgelieferten Pkw üblicherweise erwartet werden kann und darf, der Pkw sei mit der erforderlichen Getriebeölmenge versehen.⁵
 - b) Soweit der Beklagte das Vorliegen dieses Sachmangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs am 16.1.2020 (vgl. § 446 S. 1 BGB) bestritten hat, ist er beweisfällig geblieben.⁶
 - (1) Bei dem vorliegenden Kaufvertrag handelt es sich um einen Verbrauchsgüterkauf über eine neue bewegliche Sache im Sinne des § 474 I 1 BGB.
 - (2) Für den Kläger als Verbraucher iSd § 13 BGB gilt daher die Vermutung nach § 477 BGB, weil er innerhalb der 6-Monats-Frist nach Gefahrübergang (16.1.2020) bereits am 10.2.2020 dem Beklagten den aufgetretenen Mangel angezeigt hat. Demnach trägt der Beklagte als Unternehmer iSd § 14 BGB die Behauptungs- und Beweislast nach §§ 292 ZPO, 477 BGB, die Kaufsache sei zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelfrei gewesen und der aufgetretene Getriebeschaden sei durch einen schuldhaften unsachgemäßen Umgang des Klägers mit dem Pkw verursacht worden.⁷
 - (3) Dieser Nachweis ist dem Beklagten nicht gelungen.

³ vgl. Palandt/Weidenkaff § 476 Rn 5

⁴ zur Problematik der mit einer Manipulationssoftware ausgestatteten Motoren, siehe Witt NJW 2017, 3681, mit umfassender Darstellung der beinahe zu jeder einzelnen gewährleistungsrechtlichen Frage differierenden instanzgerichtlichen Rechtsprechung; bis zur klarstellenden Entscheidung des BGH in dieser Sache wird eine Bearbeitung dieser Problematik zurückgestellt.)

⁵ vgl. zum Sachmangel iSd § 434 I 2 Nr. 2 BGB, BGH NJW 2009, 2056; 2009, 2807; wobei bei zur Veräußerung bestimmten Lebensmitteln auch ausreichen kann, dass diesen der naheliegende Verdacht gesundheitsschädlicher Beschaffenheit anhängt, vgl. BGH NJW 2015, 544

⁶ zur Reichweite der Vermutungswirkung von § 477 BGB siehe nunmehr BGH NJW 2017, 1093; Koch NJW 2017, 1068 und sogleich unten B I 2 b cc)

⁷ zum Verbraucherbegriff siehe BGH NJW 2009, 3780; zum Unternehmerbegriff siehe BGH MDR 2011, 967; dem Käufer, der dem Verkäufer einen gewerblichen Verwendungszweck der Kaufsache vortäuscht, ist die Berufung auf die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf versagt, vgl. BGH NJW 2005, 1045; der gewerbliche Verkäufer trägt aber die Beweislast dafür, dass der Käufer, der ein Verbraucher ist, einen unternehmerischen Verwendungszweck vorgetäuscht hat, vgl. OLG Hamm MDR 2012, 895; Unternehmer ist auch jener Vermittler eines Kaufvertrages, der dem Käufer nicht offenbart, dass der Eigentümer der Kaufsache eine Privatperson ist, für die er den Verkauf vornimmt, wobei es weiterhin unerheblich ist, ob der Vermittler entgeltlich oder unentgeltlich für die Privatperson tätig wird, vgl. EuGH NJW 2017, 874

Der Sachverständige Dr. Auer hat zur Überzeugung des Gerichts ausgeführt, aufgrund der technischen Einwirkung an den Flanken der

Zahnräder stehe fest, dass die Ursache für den Getriebeschaden in fehlendem Getriebeöl zu sehen ist. Der Sachverständige hat insoweit dargelegt, dies sei darauf zurückzuführen, dass der Pkw schon zum Zeitpunkt der Übergabe an den Kläger mit einer unzureichenden Getriebeölmenge versehen war. Es sei kaum möglich, innerhalb der kurzen Laufzeit des Pkw – ca. ein Monat – durch extremes Fahrverhalten einen derartigen Getriebeölverbrauch herbeizuführen, sofern man unterstellen wolle, der Pkw sei am Tage der Auslieferung an den Kläger, den 16.1.2020, mit einer ordnungsgemäßen Getriebeölfüllmenge von ca. zwei bis drei Litern versehen gewesen. Der Käufer eines fabrikneuen Pkws könne aber erwarten, dass der Pkw im fahrbereiten Zustand übergeben werde, insbesondere für den technischen Betrieb des Pkws erforderliche Getriebeölmengen oder zB Bremsflüssigkeitsmengen vorhanden seien.

Der Beklagte als Verkäufer hat aber die Beweislast dafür zu tragen, der Pkw sei zum Zeitpunkt der Auslieferung mit der erforderlichen Getriebeölmenge versehen gewesen.⁸ Dieser Nachweis ist ihm nicht gelungen. Denn die Vermutungswirkung des § 477 BGB führt auch dazu, dass der Verkäufer darlegen und beweisen muss, ein binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang eingetretener Mangel sei zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht vorhanden gewesen, weil er seinen Ursprung in einem Handeln oder Unterlassen nach diesem Zeitpunkt und dem Verkäufer deshalb nicht zuzurechnen ist.⁹

Damit ist jedenfalls das Vorliegen des Grundmangels – die fehlende Menge an Getriebeöl – zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs aufgrund der nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen zur Überzeugung des Gerichts bewiesen.¹⁰

Ob bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs iSd § 446 BGB am 16.1.2020 das Getriebe infolge der mangelhaften Getriebeölmenge schadhaft war, sei, wie der Sachverständige weiterhin ausführte, nicht mehr feststellbar gewesen.

Dem Beklagten gelang aber nicht der Nachweis, der Kläger habe durch schuldhaften Umgang mit der Kaufsache den Getriebeschaden verursacht, wofür er die Beweislast trägt; darüber hinaus besteht auch keine Obliegenheit für den Käufer eines Pkws, diesen bei Auslieferung dahingehend zu untersuchen, ob genügendes Getriebeöl oder zB genügend Bremsflüssigkeit eingefüllt worden ist. Insoweit darf sich der Käufer auf die überlegene Sachkunde eines Vertragshändlers verlassen,

⁸ vgl. BGH NJW 2017, 1093

⁹ vgl. BGH aaO Rn. 55

¹⁰ die Beweislastregel des § 477 BGB gilt auch für den Fall eines Grundmangels, wenn ein Mangel erst nach Gefahrübergang aufgetreten ist, aufgrund dieses Mangels aber auf das Vorhandensein eines weiteren Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs geschlossen werden soll, vgl. bejahend nunmehr auch BGH NJW 2017, 1093, im Anschluss an den EuGH, der entschieden hat, dass Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zugunsten des Verbrauchers weit auszulegen ist und demzufolge auch das diesbezügliche nationale Recht, hier also § 477 BGB; der Verbraucher muss weder den Grund der Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass deren Ursprung dem Verkäufer zuzurechnen ist; entscheidend ist allein, dass sich die fragliche Vertragswidrigkeit binnen 6 Monaten nach Gefahrübergang herausgestellt hat, vgl. EuGH NJW 2015, 2237; diese Auslegung der gesetzlich angeordneten Beweislastumkehr liegt auch § 477 BGB nach dem Gesetz zur Änderung kaufrechtlicher Mängelhaftung zugrunde, wobei § 477 BGB wortgleich mit § 476 BGB aF. ist. Das Gesetz zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung gilt aber erst für Schuldverhältnisse, die nach dem 1.1.2018 entstanden sind, vgl. Art.229 § 39 EGBGB

der den Pkw betriebsbereit ausliefert. Dieser bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhandene Mangel iSd § 434 I 2 Nr. 2 BGB (fehlende Getriebeölmenge), der für den eingetretenen Getriebebeschaden

ursächlich wurde, war für den Kläger infolge der defekten Ölstandsmessanlage auch nicht erkennbar.¹¹

Ob bei einem Verbrauchsgüterkauf für offensichtliche Mängel der Kaufsache formularmäßig eine befristete Rügeobliegenheitsklausel vereinbart werden kann, ist im Hinblick auf § 476 BGB umstritten.¹² Der Käufer einer mangelhaften Sache darf aber dem beweisbelasteten Verkäufer nicht schuldhaft die Beweisführung erschweren oder gar unmöglich machen. Ansonsten kann als Folge der Beweisvereitelung eine Beweiserleichterung für den Verkäufer oder sogar eine Umkehr der Beweislast eintreten.¹³

3. Ein wirksamer Ausschluss der Gewährleistung liegt nicht vor.
- a) Für einen gesetzlichen Gewährleistungsausschluss nach § 442 BGB hat der Beklagte selbst nichts vorgetragen.
 - b) Soweit der Beklagte in Ziffer VI. Nr. 1 seiner AGB den Kläger auf den Nachbesserungsanspruch beschränkt und in Ziffer VI. Nr. 2 der AGB dem Kläger als Käufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Kosten überbürdet hat, sind diese Bestimmungen schon nach §§ 474 I 1, 476 I BGB unwirksam, weil hierdurch von den gesetzlichen Regelungen gemäß § 439 I, II BGB abgewichen wird.
 - c) Die Regelung in § 476 III BGB zeigt, dass im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs Abreden über den Ausschluss von Schadensersatzansprüchen zwischen den Parteien möglich und wirksam sind, allerdings der Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB unterliegen.
Danach war der in Ziffer VI. Nr. 3 Satz 2 der AGB enthaltene Ausschluss von Schadensersatzansprüchen die Wirksamkeit zu versagen.
 - (1) Aus der Klausel in Ziffer VI. Nr. 3 Satz 2 wird nicht ersichtlich, ob der Ausschluss von Schadensersatzansprüchen sich auch auf einen Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit bezieht. Ein derartiger Haftungsausschluss wäre schon nach § 309 Nr. 7 a BGB unwirksam.

Sollte sich der Ausschluss von Schadensersatzansprüchen nur auf sonstige Schäden beziehen, wäre ein solch undifferenzierter Haftungsausschluss auch für grobes Verschulden gemäß § 309 Nr. 7 b BGB unwirksam.
 - (2) Danach verstößt die Klausel sowohl gegen die Unklarheitenregel des § 305 c II BGB wie auch gegen das Transparenzgebot nach § 307 I 2 BGB und ist deshalb unwirksam; denn besteht eine Klausel aus mehreren Teilen, von denen ein Teil nur Bestand haben kann, wenn der andere Teil unwirksam ist, kann sich der Verwender einer solchen Klausel wegen des Gebots der Transparenz vorformulierter Vertragsbedingungen

¹¹ vgl. zur Erkennbarkeit eines Mangels BGH NJW 2009

¹² vgl. Palandt/Grüneberg § 309 Rn. 78 einerseits und Woitkewitsch MDR 2005, 841 andererseits

¹³ vgl. BGH NJW 2006, 434

nach § 307 I 2 BGB nicht zu seinen Gunsten auf die Unwirksamkeit des anderen Klauselteils berufen.¹⁴

- II. Anspruchsvoraussetzung für einen Schadensersatzanspruch des Klägers ist weiterhin eine erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung gemäß §§ 281 I 1, 439 I BGB.¹⁵

Eine solche Fristsetzung war jedoch hier entbehrlich, weil sich der Beklagte unstreitig ernsthaft und endgültig iSd § 281 II 1. Alt. BGB geweigert hat, seine Pflichten zu erfüllen. Hinsichtlich des Abtransports des nicht mehr fahrbereiten Pkws war eine Fristsetzung entbehrlich, weil schon nach § 32 StVO derartige Verkehrshindernisse unverzüglich zu beseitigen sind. Insoweit ist es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt, diese Aufwendungen analog § 281 II 2. Alt. BGB als Schadensersatz gem. § 280 I 1 BGB sofort geltend zu machen, wobei offenbleiben kann, ob im Hinblick auf den nach § 439 II BGB eröffneten verschuldensunabhängigen und keiner Fristsetzung unterworfenem Erstattungsanspruch die Transportkosten überhaupt als Schadensersatzanspruch geltend zu machen sind.¹⁶

- III. Die objektive Pflichtverletzung des Beklagten im Sinne der §§ 280 I 1, 281 BGB ist darin zu sehen, dass er eine mangelhafte Kaufsache geliefert und es unterlassen hat nach zu erfüllen, obgleich der Mangel behebbbar war. Denn diese Nacherfüllungspflicht tritt an die Stelle der ursprünglichen Verkäuferpflicht zur mangelfreien Leistung iSd § 433 I 2 BGB und bildet den Anknüpfungspunkt für den Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I 1, 281 BGB.¹⁷

Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen liegt daher nur dann vor, wenn der Käufer dem Verkäufer die Kaufsache am rechten Ort, also dem Erfüllungsort gem. § 269 BGB zur Verfügung stellt;¹⁸ denn zur Obliegenheit des Käufers, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung einzuräumen, gehört auch dessen Bereitschaft, dem Verkäufer die Kaufsache zu übergeben, damit dieser die Kaufsache auf die behaupteten Mängel hin untersuchen und prüfen kann, ob er überhaupt zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist.¹⁹

¹⁴ vgl. BGH NJW 2015, 328; zur Transparenzkontrolle siehe BGH NJW 2015, 2244; EuGH NJW 2015, 1811 mit Anmerkung Armbrüster NJW 2015, 1788

¹⁵ zur Fristsetzung iSd § 281 I BGB genügt es, wenn der Gläubiger sein Verlangen nach sofortiger, umgehender oder unverzüglicher Leistung gegenüber dem Schuldner deutlich macht; eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten Endtermins bedarf es hierfür nicht, vgl. BGH NJW 2016, 3654; NJW 2015, 2564; kritisch hierzu Höpfner NJW 2016, 3633; das Rücktrittsrecht gem. § 323 I BGB kann aber nur dann ausgeübt werden, wenn die erfolglose Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung nach Fälligkeit der Forderung erfolgte; das Rücktrittsrecht aus § 323 IV BGB kommt nach Fälligkeit der Leistung für den Gläubiger nicht mehr in Betracht, vgl. BGH NJW 2012, 3714

¹⁶ vgl. BGH NJW 2017, 2758; Nemeček NJW 2016, 2375; bezüglich der Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadensersatz, Rücktritt oder Minderung im Kaufrecht bei einem arglistig handelnden Verkäufer, siehe BGH NJW 2008, 1371; NJW 2007, 835; Gutzeit NJW 2008, 1359; wird der Mangel der Kaufsache aber innerhalb einer hierzu vom Käufer gesetzten Frist behoben, erlischt das Recht des Käufers zum Rücktritt vom Vertrag auch dann, wenn es wegen eines arglistigen Verhaltens des Verkäufers einer Fristsetzung gar nicht bedurft hätte, vgl. BGH NJW 2010, 1805; zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung, wenn der Verkäufer eine Untersuchung der Kaufsache wegen gerügter sicherheitsrelevanter Mängel verweigert, siehe BGH NJW 2017, 153

¹⁷ vgl. BGH NJW 2011, 2278; OLG München NJW-RR 2012, 826; in Abgrenzung zur Nachbesserung, der der endgültigen Mängelbeseitigung eines behebbaren Mangels dient, wird in der Literatur ein Anspruch des Käufers, der die Mängelbeseitigung eines behebbaren Mangels unter Inkaufnahme eines hierbei auftretenden unbehebaren Mangels begehrt, als kaufrechtlicher Ausbesserungsanspruch bezeichnet; es ist hierbei strittig, ob in solchen Fällen dem Käufer ein Mängelbeseitigungsanspruch des ursprünglichen Mangels nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB zusteht, weil ja durch eine solche Mängelbeseitigung die Kaufsache nicht in einen vertragsgerechten Zustand versetzt werden kann, siehe Horn NJW 2017, 289; die Nacherfüllung aus einem Kaufvertrag hat der Verkäufer grundsätzlich am Wohnsitz des Käufers vorzunehmen, wenn sich die Kaufsache dort vertragsgemäß befindet, vgl. BGH NJW-RR 2008, 724; OLG München NJW 2006, 449; aA OLG München NJW 2007, 3214; Palandt/Weidenkaff § 439 Rn. 3a mit guten Gründen unter Hinweis auf § 269 I BGB. Danach soll der ursprüngliche Erfüllungsort für die Primärleistung grundsätzlich auch für die Nacherfüllung, jedenfalls in der Form der Nachbesserung, maßgeblich sein, wobei dem Käufer für die Verbringung der Kaufsache an den Erfüllungsort sogar ein Transportkostenvorschuss gem. §§ 439 II, 475 VI BGB eingeräumt wird. Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn kein Ein- und Ausbaufall iSd § 439 III BGB vorliegt.

¹⁸ vgl. BGH NJW 2013, 1074

¹⁹ vgl. BGH NJW 2015, 3455

Vorliegend kann die Streitfrage offenbleiben, weil der Kläger als Käufer dem verklagten Verkäufer die Nachbesserung in dessen Werkstatt ermöglicht, dieser aber Nacherfüllung in der Form der Mängelbeseitigung abgelehnt hat.²⁰

Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung für Mangelschäden nach §§ 280 I, III; 281 iVm 437 Nr. 3 BGB setzt eine Schlechtleistung des Verkäufers hinsichtlich eines behebbaren Mangels voraus, weil ein nicht behebbarer anfänglicher Mangel bei einem Gattungs- als auch Stückkauf zur Schadensersatzhaftung des Verkäufers nach § 311a II iVm § 437 Nr. 3 BGB führt, wie die gesetzliche Systematik deutlich macht. Der nach Vertragsschluss aufgetretene unbehebbarer Mangel hingegen führt unter den in §§ 280 I, III; 283 iVm 437 Nr. 3 BGB genannten Voraussetzungen zu einer Schadensersatzpflicht des Verkäufers.

Vorliegend lag unstrittig, wie die Mängelbeseitigung zeigt, ein behebbarer Mangel vor. Der Beklagte wäre gemäß § 439 I BGB zu dieser Mängelbeseitigung im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet gewesen, kam dieser seiner Verpflichtung aber nicht nach.

- IV. Das hat der Beklagte nach § 280 I 2 iVm §§ 276 – 278 BGB auch zu vertreten, wobei durch das Vertretenmüssen dem Schuldner die objektive Leistungspflichtverletzung haftungsbe gründend zugerechnet wird. Aus der in § 280 I 2 BGB vorgegebenen Formulierung ergibt sich, dass der Beklagte als Verkäufer die Behauptungs- und Beweislast für mangelndes Vertretenmüssen trägt.²¹

Soweit sich der Beklagte hinsichtlich seiner Nacherfüllungspflicht in einem Irrtum befand, handelte es sich ersichtlich um einen vermeidbaren Irrtum. Andere Umstände, die das Vertretenmüssen des Beklagten hinsichtlich der unstrittigen objektiven Pflichtverletzung der verweigerten Nacherfüllung ausschließen würden, hat dieser selbst nicht behauptet und unter Beweis gestellt.

- V. Danach steht dem Kläger ein Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 280 I, III; 281 I 1 iVm 437 Nr. 3 BGB dem Grunde nach zu.

1. Der Kläger macht vorliegend den sogenannten kleinen Schadensersatz iSd § 281 I 1 BGB geltend („soweit ...“).

Der Schaden ist nach der Differenzhypothese in Geld zu leisten, weil Naturalherstellung, also Erfüllung bzw Nacherfüllung iSd § 439 I BGB, nach § 281 IV BGB ausgeschlossen ist. Der Schaden besteht danach in den angefallenen und bereits bezahlten Mängelbeseitigungskosten, dh in den geltend gemachten noch rechtshängigen Reparaturkosten in Höhe von 4.900,00 € sowie den Transportkosten in Höhe von 200,00 €.²²

2. Aus dem für das Schadensersatzrecht geltenden Bereicherungsverbot (vgl. § 251 BGB) folgt, dass lediglich die erforderlichen Kosten nach dem in § 249 II 1 BGB verankerten Wirtschaftlichkeitsgebot hierfür ersatzfähig sind.²³

²⁰ Zur Reform des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts 2018 allgemein, siehe Höpfner/Fallmann NJW 2017, 3745; Nietsch/Osmannovic NJW 2018, 1. Ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsbegehren des Käufers nach § 439 I BGB kann eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhafte Vertragsverletzung beinhalten, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel der Kaufsache nicht vorliegt, sondern die Ursache für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt, siehe BGH NJW 2008, 1147; Schwarze NJW 2015, 3601. Nimmt der Käufer die vom Verkäufer nachgebesserte Sache an und tritt danach derselbe Mangel wiederum auf, so trifft den Käufer die Beweislast (§ 363 BGB), wenn sich nicht aufklären lässt, ob das erneute Auftreten des Mangels auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache durch den Käufer beruht oder der Mangel vom Verkäufer bereits beim vorangegangenen Nachbesserungsversuch nicht ordnungsgemäß beseitigt wurde, vgl. BGH NJW 2009, 1341; NJW 2011, 1664, dort auch zu den Anforderungen an die Beweislast, wenn der Käufer ein Fehlschlagen der Nachbesserung behauptet; der Käufer kommt seiner Beweislast in einem solchen Falle aber schon dann nach, wenn er nachweist, dass das Mangelsymptom wiederum auftritt, vgl. BGH MDR 2013, 258; NJW 2010, 1448

²¹ vgl. BGH NJW 2005, 2852; Palandt/Grüneberg § 280 Rn. 40

²² soweit der Geschädigte diese angefallenen Kosten an den Drittläubiger, also hier den Werkunternehmer, noch nicht gezahlt hat, steht ihm gegen den Schädiger grundsätzlich nur ein Freistellungsanspruch zu, der sich unter den Voraussetzungen des § 250 BGB in einen Zahlungsanspruch umwandeln kann, vgl. Weber NJW 2015, 1841

²³ vgl. BGH NJW 2012, 2026; Palandt/Grüneberg § 249 Rn. 12 mwN

- a) Soweit der Beklagte die Angemessenheit dieser Reparaturkosten bestritten hat, hat der hierfür beweisbelastete Kläger den Nachweis erbracht.

Der Sachverständige Dr. Auer hat zur Überzeugung des Gerichts ausgeführt, dass die von der Firma Heinze für die Werkarbeiten zur Reparatur des schadhaften Getriebes in Ansatz gebrachte Vergütung den im Kraftfahrzeug-Handwerk üblichen Richtsätzen entspricht.

- b) Der Beklagte hat die Angemessenheit der Transportkosten bestritten. Das Gericht musste von der Angemessenheit der Transportkosten ausgehen, weil dies als zugestanden im Sinne des § 138 III ZPO anzusehen ist. Der Beklagte hat diese Tatsache zunächst nicht ausdrücklich bestritten. Sein ausdrückliches Bestreiten im Termin vom 10.9.2020 durfte gemäß § 296 I ZPO nicht mehr berücksichtigt werden.

Bereits mit Verfügung vom 20.3.2020 war der Beklagte auf die Rechtsfolgen verspäteten Vorbringens gemäß §§ 275, 277 II, 296 I ZPO ordnungsgemäß hingewiesen worden.

Auch in der Einspruchsschrift vom 22.5.2020 hat der Beklagte die Angemessenheit nicht bestritten, so dass insoweit gemäß §§ 340 III 3 ZPO ebenfalls § 296 I ZPO zur Anwendung kommt, da der Beklagte bereits mit Zustellung des Versäumnisurteils auf diese Folgen hingewiesen wurde, vgl. § 340 III 4 ZPO.

Die Voraussetzungen des § 296 I ZPO sind vorliegend gegeben. Es kann dahingestellt bleiben, ob im Rahmen des § 296 I ZPO der relativen oder der absoluten Betrachtungsweise zu folgen ist. Denn hätte der Beklagte rechtzeitig die Angemessenheit bestritten, hätte bereits im Beweisbeschluss vom 8.6.2020 dieses Vorbringen berücksichtigt werden können, da der beweisbelastete Kläger insoweit bereits Beweis angeboten hat. Absolut betrachtet verzögert das Vorbringen des Beklagten den Rechtsstreit, weil ein neuer Beweistermin zur Aufklärung der Tatsache notwendig werden würde. Der Beklagte hat diese Verspätung auch nicht entschuldigt, so dass nach alledem sein diesbezüglicher Sachvortrag als verspätet gemäß § 296 I ZPO zurückzuweisen war.²⁴

3. Im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität sind die angefallenen Schadenspositionen sowohl äquivalent wie adäquat kausal durch den Mangel entstanden.

Diese Schadenspositionen sind weiterhin vom Schutzzweck der Norm umfasst.

Erbringt der Schuldner nicht, wie geschuldet, seine fällige Leistung, so sind vom Schutzzweck der Norm als Mangelschaden alle jene Schadenspositionen erfasst, die durch die Schlechtleistung zum Zwecke der Mangelbeseitigung angefallen sind. Denn nach der nunmehr im kauf- wie werkvertraglichen Gewährleistungsrecht geltenden Erfüllungstheorie (vgl. §§ 433 I 2, 633 I BGB) hat der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

§ 281 I 1 BGB gewährt unter den oben ausgeführten Voraussetzungen Schadensersatz statt der Leistung. Schadensersatz statt der Leistung ist nach allgemeiner Ansicht²⁵ jener Schaden, der aus dem endgültigem Ausbleiben der Primärleistung bzw. der Nacherfüllung im Kaufvertragsrecht herrührt, also an die Stelle der Leistung tritt und damit das Äquivalenzinteresse des Gläubigers abdeckt, soll also den Gläubiger so stellen, wie er stünde, hätte der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt.²⁶

²⁴ vgl. BGH NJW 2012, 2808

²⁵ vgl. Palandt/Grüneberg § 281 Rn.17 ff mwN

²⁶ vgl. BGH NJW 2013, 2959, dort entschieden für die Mehrkosten, die einem Käufer aus einem eigenen abgeschlossenen Deckungskauf erwachsen sind; BGH NJW 2010, 2426, wobei selbst bei wirksam ausgeübten Rücktritt dieser Schadensersatz nach §§ 280 I,

Wenn der Verkäufer bei einer von ihm selbst im letztmöglichen Zeitpunkt vorgenommenen Nachbesserung die Transportkosten gem. § 439 II BGB zu tragen und etwaige diesbezügliche Aufwendungen des Käufers gem. § 256 BGB zu verzinsen hätte, müssen vom Haftungsumfang des § 281 BGB, also dem Schadensersatz statt der Leistung, alle jene Schadenspositionen umfasst sein, die bereits über die vorrangige, aber hier verweigerte, Nacherfüllung in der Form der Nachbesserung gem. § 439 II BGB ausgeglichen worden wären.²⁷

Danach werden sowohl Reparatur- als auch Transportkosten vom Schutzzweck der anspruchsbegründenden Norm umfasst.^{28 29}

- VI. Prozesszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz kann der Kläger gemäß §§ 291, 288 I 2 BGB geltend machen.
- VII. Dem Kläger waren die Kosten des Rechtsstreits insoweit auf Antrag des Beklagten gem. § 269 III 2, IV ZPO aufzuerlegen, als er die Klage wegen eines Teilbetrages von 1.100,00 € zurückgenommen hat. Denn insoweit war die Klage von Anfang an unbegründet, weil diese Kosten durch den Einbau einer Standheizung angefallen waren und unstreitig nicht durch den Mangel der Kaufsache verursacht wurden. Im Übrigen beruht die Kostenentscheidung auf §§ 91 I, 344 ZPO; und die der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 11, 2. Alt., 709 Satz 1, Satz 2 und Satz 3; 711 ZPO.

Dr. Falk
Richter am Landgericht

III, 281, 437 Nr. 3 BGB gem. § 325 BGB nicht von den Vorschriften der §§ 346 I, II 1, 347 BGB verdrängt wird; dort entschieden für einen geltend gemachten Nutzungsausfallschaden des Käufers, der seinerseits dem Verkäufer im Rahmen des Rücktritts für gezogene Nutzungen ersatzpflichtig nach § 346 I, II 1 Nr. 1 BGB war.

²⁷ Nemeček NJW 2016, 2375; zu den ersatzfähigen Kosten iSd § 439 II BGB gehören auch die Kosten für ein privat erholtes Sachverständigengutachten, um die Ursachen der Mängelercheinungen des Kaufgegenstandes festzustellen und hat der Verkäufer für diese Kosten einzustehen, wenn seine Verantwortlichkeit für den Mangel feststeht; diese Kosten hat der Verkäufer auch dann zu tragen, wenn der Käufer später wegen des festgestellten Mangels auf Minderung übergeht, vgl. BGH NJW 2014, 2351; Lorenz NJW 2014, 2319

²⁸ vgl. Palandt/Grüneberg § 280 Rn. 18

²⁹ Zum Anspruch des Käufers auf Ersatz seiner Aufwendungen nach § 284 BGB im Rahmen der Rückabwicklung eines Kaufvertrages über eine mangelhafte Sache siehe BGH MDR 2005, 1335; zum Ersatz der Kosten des Ausbaus der mangelhaft gelieferten Kaufsache und des Einbaus der nachgelieferten Kaufsache haben nunmehr der EuGH, NJW 2011, 2269, und ihm folgend der BGH, NJW 2012, 1073, für den Verbrauchsgüterkauf entschieden, dass diese Kosten der Verkäufer zu tragen hat, wobei allerdings unverhältnismäßige Kosten auf die angemessenen Kosten gekürzt werden dürfen; die Kürzung auf die angemessenen Kosten darf aber das Recht des Käufers auf Erstattung der Ein- und Ausbaukosten nicht aushöhlen; allerdings gilt diese Rechtsprechung zum Ersatz der Aus- und Einbaukosten nur im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs, nicht aber bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern; bei diesen Kaufverträgen beschränkt sich die Nacherfüllung in der Form der Nachlieferung gem. § 439 I Alt. 2 BGB auf die Ersatzlieferung einer mangelfreien Kaufsache, vgl. BGH NJW 2014, 2183; NJW 2013, 220; vgl. hierzu Bacher MDR 2014, 629; diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber weitgehend in den neugefassten § 439 III BGB sowie § 475 IV BGB aufgenommen.

Zur **Abgrenzung des Schadensersatzes aufgrund deliktischer Haftung** wegen arglistiger Täuschung durch einen Dritten, nämlich so gestellt zu werden, wie der Getäuschte stünde, hätte er nicht auf die falschen Angaben des Dritten vertraut, im Gegensatz zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung, dh., den Anspruchsberechtigten so zu stellen, als ob die Verbindlichkeit ordnungsgemäß erfüllt worden wäre, siehe BGH NJW 2011, 1962).

Im Rahmen eines **Verbrauchsgüterkaufs** hat der Käufer gem. § 475 VI BGB das Recht, bei Lieferung einer mangelhaften Sache vom Verkäufer einen Kostenvorschuss für die Aus- und Einbaukosten fordern zu können, wenn die Nacherfüllung gem. § 439 I BGB durch Ersatzlieferung gem. § 439 III BGB erfolgen soll.

Bei einer **eigenmächtigen Selbstvornahme** einer Mängelbeseitigung, dh., ohne dem Verkäufer zuvor eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, steht dem Käufer kein Anspruch aus § 326 II 2 BGB analog auf Ersatz der Nachbesserungsaufwendungen gegen den Verkäufer zu, vgl. BGH NJW 2005, 1348 unter Bestätigung von LG Gießen NJW 2004, 2906 entgegen der wohl h.Lit., vgl. Lorenz NJW 2005, 1321 mwN; dem BGH zustimmend Palandt/Grüneberg § 326 Rn. 13; auch dem trotz fehlenden Verzug des Vermieters (§ 536 a II BGB) eigenmächtig eine Mängelbeseitigung durchführenden Mieter versagt der BGH einen Ersatz seiner Aufwendungen, vgl. BGH NJW 2008, 1216.

Hilfgutachten

A. Die in **Ziffer I.** des Tenors enthaltene Entscheidung beruht auf § 343 Satz 1 ZPO.

Bei teilweise abändernden Entscheidungen darf das Versäumnisurteil nicht vollständig aufgehoben und in der Sache neu entschieden werden, weil der Kläger sonst die Vorteile einer bereits eingeleiteten Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil (zB Pfändung einer Sache beim Vollstreckungsschuldner) verlieren würde, da die Vollstreckungsmaßnahme gemäß §§ 775 Nr. 1, 776 Satz 1 ZPO ansonsten aufgehoben werden müsste.

B. Die in **Ziffer II.** des Tenors enthaltene Entscheidung beruht auf § 343 Satz 2 ZPO, weil durch die teilweise Klagerücknahme der im Tenor des Versäumnisurteils ausgeurteilte Betrag nicht mehr mit dem der neuen Entscheidung übereinstimmt. Dieses durch Klagerücknahme teilweise abweichende Prozessergebnis spiegelt sich im Tenor durch die „im Übrigen“ erfolgte Aufhebung des Versäumnisurteils wider. Die Klage wird aber insoweit wegen § 269 III 1 ZPO nicht -auch nicht teilweise – abgewiesen, denn durch diese Teilklagerücknahme iHv. 110,00 € ist insoweit die Rechtshängigkeit rückwirkend entfallen, so dass eine Entscheidung hierüber nicht mehr ergehen kann.

C. Kostenentscheidung

I. Gemäß § 344 ZPO hat der Beklagte die Kosten seiner Säumnis zu tragen, da das Versäumnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen ist. Das Gericht war nicht genötigt, den Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils gemäß § 335 ZPO zurückzuweisen bzw. gemäß § 337 ZPO von Amts wegen zu vertagen. Richtig ist zwar, dass erst mit Vortrag im Schriftsatz vom 20.4.2018 die Klage schlüssig wurde, weil erst mit diesem Schriftsatz vorgetragen wurde, der Beklagte habe die vom Kläger geforderte Nachbesserung verweigert und sei damit die Fristsetzung bezüglich einer Nacherfüllung gemäß § 281 II BGB entbehrlich geworden.

Dieser Schriftsatz vom 20.4.2020 (vorbereitender Schriftsatz) wurde dem Beklagten aber am 24.4.2020 zugestellt. Für die Rechtzeitigkeit des tatsächlichen Vortrags im Sinne des § 335 I Nr. 3 ZPO gelten nach herrschender Ansicht die §§ 132, 274 III, 226 ZPO³⁰, demzufolge für den hier vorbereitenden Schriftsatz § 132 ZPO und nicht § 274 III 1 ZPO, der nur für die Zeit zwischen der Zustellung der Klage und dem ersten darauffolgenden Termin gilt.

Der Schriftsatz vom 20.4.2020 ging dem Beklagten am 24.4.2020 zu. Demzufolge war die Wochenfrist des § 132 ZPO (mündliche Verhandlung war auf den 4.5.2020 anberaumt) gewahrt.

Die teilweise Klagerücknahme ändert nichts an der Tatsache, dass der Beklagte diese von Gesetzes wegen in § 344 ZPO angeordnete Kostenfolge hinnehmen muss. Denn die Klagerücknahme darf den Kläger gebührenrechtlich nicht schlechter stellen als ein weitergehendes Verzichtsurteil, auf welches § 91 ZPO unstreitig angewendet wird, gleichwohl aber daneben auch § 344 ZPO zur Anwendung kommt, sofern der Beklagte durch eine diesem Verzichtsurteil vorausgegangene Säumnis Kosten für ein in gesetzlicher Weise ergangenes Versäumnisurteil veranlasst hat.³¹

³⁰ vgl. Thomas/Putzo § 335 Rn. 5

³¹ vgl. BGH NJW 2004, 2309; Thomas/Putzo § 269 Rn. 15

- II. Soweit der Kläger die Klage in Höhe von 1.100,00 € nebst Zinsen hieraus zurückgenommen hat, war insoweit über die Kosten nicht gemäß § 269 IV ZPO durch Beschluss zu entscheiden. Wird ein Rechtsstreit durch Endurteil abgeschlossen, gilt gemäß §§ 91 ff ZPO der Grundsatz der Einheit der Kostenentscheidung, dh, im Tenor des Endurteils wird durch Quotelung die teilweise Klagerücknahme zugunsten des Beklagten berücksichtigt.³² In den Entscheidungsgründen sind im Rahmen der Kostenentscheidung (vgl. Entscheidungsgründe Ziff. VII) hierzu kurze Ausführungen veranlasst, um dem kundigen Leser des Urteils die Kostenentscheidung des Gerichts plausibel zu machen. Eine isolierte Anfechtung dieser Kostenentscheidung wegen des zurückgenommenen Teils der Klage nach § 269 V ZPO ist aber nur unter den Voraussetzungen der §§ 99 II, 567 II ZPO zulässig, dh, der Streitwert des zurückgenommenen Teils muss mindestens 600,00 € und der Wert des Beschwerdegegenstandes wegen der diesbezüglichen Kostenbelastung muss mindestens 200,00 € betragen.³³
- III. Durch die teilweise Rücknahme der Klage mit Einwilligung des Beklagten entfällt insoweit rückwirkend die Rechtshängigkeit, so dass bezüglich des jetzt noch rechtshängigen Antrags (Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten, soweit Beklagter verurteilt ist, an den Kläger 5.100,00 € nebst Prozesszinsen hieraus seit 18.3.2020 zu zahlen) die Kostenentscheidung nach § 91 I ZPO zu treffen war. Denn der Kläger hat nach dem Antrag voll obsiegt.

Wegen der teilweisen Klagerücknahme musste das Versäumnisurteil im Umfang der Klagerücknahme aufgehoben werden (vgl. § 343 Satz 2 ZPO).

Ausgehend von einem Gebührenstreitwert in Höhe von 6.200,00 € obsiegt danach der Kläger mit 5.100,00 € und unterliegt mit 1.100,00 €. Denn die Teilklagerücknahme wird gebührenrechtlich nach hA wie ein Teilunterliegen iSd § 92 ZPO behandelt. Dies rechtfertigt eine Kostenentscheidung, wonach der Kläger 2/11 und der Beklagte 9/11 der Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, da nach der Teilklagerücknahme keine gesonderten Kosten mehr angefallen sind.

$$\frac{100}{6.200} = \frac{x}{5.100}$$

$$x = 5.100 * \frac{100}{6.200}$$

$$x \approx 82 \%$$

D. Vorläufige Vollstreckbarkeit unter Berücksichtigung der Neuregelung durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz

- I. Durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz wurde die alte BRAGO durch das neue Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (**RVG**) ersetzt.

1. Außergerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts (Tätigkeit vor dem Prozess)

- a) Beauftragt ein Mandant den Anwalt mit anwaltlicher Tätigkeit, zB mit der Wahrnehmung seiner Interessen als Geschädigter nach einem Verkehrsunfall gegenüber Fahrer, Halter und Haftpflichtversicherung des gegnerischen Pkw³⁴, so steht dem Anwalt hierfür eine **Geschäftsgebühr Nr. 2300 VV** (Vergütungsverzeichnis gemäß § 2 II 1 RVG als Anlage zum RVG) zu.

³² vgl. Thomas/Putzo § 269 Rn. 15; Dötsch MDR 2004, 1214; BGH NJW-RR 99, 1741

³³ vgl. Thomas/Putzo § 269 Rn. 20 a; OLG München MDR 2011, 1067

³⁴ unter welchen Voraussetzungen ein durch einen Verkehrsunfall Geschädigter anwaltliche Hilfe vorgerichtlich in Anspruch nehmen darf, deren Kosten er gegenüber dem Schädiger als erforderlich iSd § 249 II 1 BGB geltend machen kann, siehe BGH NJW 2017, 3527

Der Gebührensatzrahmen beträgt 0,5 bis 2,5 und ist nach § 14 I RVG mit den dort genannten Bemessungskriterien auszufüllen. Allerdings darf die Schwellengebühr von 1,3 nur dann überschritten werden, wenn die Tätigkeit des Anwalts umfangreich oder schwierig war.³⁵

In der Praxis hat sich die Schwellengebühr von 1,3 zur Regelgebühr für die Geschäftsgebühr entwickelt. Bei einem Gegenstandswert von zB 10.000,00 € erhält der Anwalt für seine außergerichtliche Tätigkeit also eine Geschäftsgebühr in Höhe von 725,40 € unter Zugrundelegung einer Regelgebühr von 1,3 nach Nr. 2300 VV.

Folgt der außergerichtlichen Tätigkeit des Rechtsanwalts dann über denselben Gegenstand (dh zwischen dem Gegenstand der Geschäftsgebühr und dem Gegenstand der Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens besteht Deckungsgleichheit) ein gerichtliches Verfahren, bestimmt nunmehr das RVG in Teil 3 Vorbemerkung Absatz IV, dass die vom Anwalt außergerichtlich verdiente Geschäftsgebühr auf die dem Anwalt im gerichtlichen Verfahren zustehende Verfahrensgebühr (siehe unten Ziff. 2 a) anzurechnen ist. Dabei wird die Geschäftsgebühr zur Hälfte, jedoch höchstens mit einem Gebührensatz von 0,75 auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens angerechnet.

Beispiel:

Der Rechtsanwalt schreibt im Auftrag seines Mandanten außergerichtlich den Gegner an. Eine Einigung kommt nicht zustande, woraufhin der Rechtsanwalt für seinen Mandanten Klage erhebt. Der Streitwert beträgt 10.000,00 €. Der Rechtsanwalt erhält demnach insgesamt:

1,3 Geschäftsgebühr - Regelgebühr nach Nr. 2300 VV	725,40 €
1,3 Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG	725,40 €
abzüglich hälftiger Anrechnung der Geschäftsgebühr	
<u>abzgl. 1/2 von 725,40</u>	<u>-362,70 €</u>
verbleibende Verfahrensgebühr	362,70 €
1,2 Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV RVG	669,60 €
<u>Kostenpauschale Nr. 7002 VV RVG</u>	<u>20,00 €</u>
Zwischensumme	1.777,70 €
USt. Nr. 7008 VV RVG 19 %	337,76 €
Gesamt	2.115,46 €

Im Verhältnis zu seinem Mandanten kann der Rechtsanwalt grundsätzlich beide Gebühren verlangen, aber nicht mehr als sich aus der Summe der beiden Gebühren, also Geschäftsgebühr zzgl. Verfahrensgebühr abzüglich des anzurechnenden Betrages ergibt, wie nunmehr in § 15 a I RVG klargestellt wird, dh auf diese in Teil 3 Vorbemerkung Absatz IV geregelte Anrechnungsbestimmung kann sich der Mandant gem. § 15 a I RVG im Verhältnis zu seinem Anwalt berufen. Eine Anrechnung kommt aber nicht in Betracht, wenn beide Gebühren von verschiedenen Anwälten verdient worden sind.³⁶

- b) Eine Geschäftsgebühr steht dem Anwalt nur zu, wenn der Anwalt zuvor von seinem Mandanten zur außergerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche beauftragt worden ist, demzufolge dann nicht, wenn der Rechtsanwalt von seinem Mandanten sofort mit der Klageerhebung beauftragt wird, also Prozessauftrag erhält. Eine Geschäftsgebühr fällt weiterhin nicht an, wenn der

³⁵ vgl. Nr. 2300 VV und BGH NJW-RR 2013, 1020

³⁶ vgl. BGH MDR 2010, 293

Beklagte nach Klageerhebung einen Rechtsanwalt mit seiner Verteidigung beauftragt.

- c) Bei der Geschäftsgebühr handelt es sich um eine Rahmengebühr. Ergeht eine Kostengrundentscheidung durch nachfolgendes Urteil, wird also zB der Beklagte durch Urteil zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits verpflichtet, erfolgt im anschließenden Kostenfestsetzungsverfahren grundsätzlich keine Festsetzung der Geschäftsgebühr durch den Rechtspfleger, weil nach allgemeiner Meinung das Kostenfestsetzungsverfahren von solch komplizierten Fragen, wie der angemessenen Bestimmung der Geschäftsgebühr freigehalten werden muss, wenn der Beklagte dem geltend gemachten Satz widerspricht³⁷.

Will der Kläger, der seinem Rechtsanwalt aufgrund außergerichtlicher Tätigkeit eine Geschäftsgebühr schuldet, von dem Gegner Ersatz dieser Kosten, weil der Kläger hierfür eine materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage hat³⁸, so kann der Kläger die Geschäftsgebühr³⁹ neben der Hauptsache geltend machen, muss sich aber die Hälfte dieser Geschäftsgebühr, jedoch höchstens mit einem Gebührensatz von 0,75, auf die Verfahrensgebühr anrechnen lassen (vgl. Teil 3 Vorbemerkung 3 Abs. IV VV). Auf diese Anrechnungsbestimmung kann sich gemäß § 15 a II RVG auch ein Dritter berufen, **aber nur**, wenn beide Gebühren im gleichen Verfahren geltend gemacht werden, so zB in der Kostenfestsetzung, oder wenn hinsichtlich einer der beiden Gebühren ein Titel gegen den Dritten besteht, zB wenn in einem Kostenfestsetzungsverfahren die Verfahrensgebühr durch einen Kostenfestsetzungsbeschluss bereits tituliert wurde, oder der Dritte eine der beiden Gebühren, zB die Geschäftsgebühr vorprozessual, an den gegnerischen Anwalt bezahlt hat.⁴⁰

Da diese letzteren Voraussetzungen in aller Regel zu Beginn eines Prozesses nicht vorliegen, kann der Kläger daher im Klageverfahren als Nebenforderung iSd § 4 ZPO die **volle** Geschäftsgebühr mit einklagen⁴¹, wobei diese vorprozessual aufgewendeten Kosten zur Durchsetzung des im laufenden Verfahren geltend gemachten Hauptanspruchs nicht streitwerterhöhend wirken⁴².

Wird aber die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt, entfällt also damit die Rechtshängigkeit der Hauptsache ex nunc, so sind nunmehr die geltend gemachten vorprozessualen Anwaltskosten als Streitwert erhöhender Hauptanspruch zu berücksichtigen.⁴³

Bestreitet der Beklagte als Dritter die von dem klägerischen Anwalt getroffene Bestimmung, dh den geltend gemachten Gebührensatz (Rahmen von 0,5 bis 2,5), ist das Gericht im Erstattungsstreit dieser Geschäftsgebühr zwar nicht verpflichtet, ein Gutachten der Rechtsanwaltskammer zu erholen (§ 14 II RVG gilt, wie das gesamte RVG, grundsätzlich nur im Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandanten), wird dies aber zweckmäßigerweise tun.

Im 2. juristischen Staatsexamen ist wohl kaum im Rahmen einer Klausur darstellbar, ob die von dem Rechtsanwalt getroffene Bestimmung der Geschäftsgebühr der Billigkeit iSd § 14 RVG entspricht. Demnach bleibt die Geschäftsgebühr im Rahmen der außergerichtlichen Kosten für die Bestimmung der vorläufigen Vollstreckbarkeit unberücksichtigt.

³⁷ BGH NJW 2006, 2560

³⁸ zB aus Verzug des Schuldners mit seiner Leistung, vgl. hierzu BGH NJW 2015, 3793, oder aus Delikt ua

³⁹ aus einem Gegenstandswert, der der berechtigten Schadensersatzforderung entspricht, vgl. BGH NJW 2017, 3588; NJW 2008, 1888

⁴⁰ vgl. BGH Rpfleger 2012, 285; NJW 2011, 2509; 2011, 861

⁴¹ vgl. BGH NJW 2008, 1323; 2007, 2049; Schneider NJW 2007, 2001

⁴² vgl. BGH NJW-RR 2008, 374; NJW-RR 2008, 898; OLG Celle MDR 2013, 53

⁴³ vgl. BGH NJW 2013, 2123; BGH NJW-RR 2011, 1285

Dies gilt für alle nachfolgenden Fälle des Repetitoriums, sofern nicht ausdrücklich Abweichendes bestimmt wird.

2. Die Gebühren des Rechtsanwalts im ersten Rechtszug

Erhält der Anwalt von seinem Mandanten den Auftrag für ein gerichtliches Verfahren, so steht ihm hierfür die **Verfahrensgebühr** zu. Neben dieser Verfahrensgebühr erhält der Anwalt, sofern die Voraussetzungen vorliegen, überdies eine **Terminsgebühr**.

a) Die Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV entsteht für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information (vgl. Vorbemerkung Teil 3 Abs. 2 VV).

Die Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV entsteht mit einem Gebührensatz von 1,3. Hinsichtlich besonderer Anrechnungs- und Ermäßigungsvorschriften siehe Nr. 3101 VV.

b) Die Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV entsteht für die Vertretung des Mandanten in einem gerichtlichen Verhandlungs-, Erörterungs- oder Beweisaufnahmetermin u. a. (vgl. Vorbemerkung Teil 3 Abs. 3 VV).

Für die Entstehung dieser Terminsgebühr genügt es, dass der Rechtsanwalt den Termin wahrnimmt. Ob tatsächlich in diesem Termin Anträge gestellt, die Sache erörtert oder Beweis erhoben wird, ist unerheblich. Die Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV entsteht grundsätzlich mit einem Gebührensatz von 1,2. Hinsichtlich geminderter Terminsgebühren siehe Nr. 3105 VV.

c) Danach erhält der Rechtsanwalt grundsätzlich im gerichtlichen Verfahren eine Verfahrensgebühr von 1,3 nach Nr. 3100 VV sowie eine Terminsgebühr von 1,2 nach Nr. 3104 VV.

Post- und Telekommunikationsleistungen können entweder konkret in voller Höhe (Nr. 7001 VV) berechnet oder im Rahmen einer Pauschale (vgl. Nr. 7002 VV) geltend gemacht werden. Die Pauschale wurde auf 20 % der Gebühren erhöht (vgl. Nr. 7002 VV), allerdings auf den Höchstbetrag von 20,00 € gedeckelt. Die Mindestpauschale beträgt 2,00 € (20 % der Mindestgebühr von 10,00 €, § 13 II RVG). Auf den Gesamtnettobetrag ist weiterhin die Umsatzsteuer hinzuzurechnen (vgl. Nr. 7008 VV).

d) Der für die Gerichtsgebühren festgesetzte Streitwert ist für die Festsetzung der Gebühren des Rechtsanwalts maßgebend (vgl. § 32 I RVG).

3. Für die Bestimmung der vorläufigen Vollstreckbarkeit, sofern für eine Partei nur die Entscheidung über die Kosten vorläufig vollstreckbar ist, ob also § 708 Nr. 11 Fall 2 ZPO oder § 709 S. 1 und S. 2 ZPO zur Anwendung kommt, muss der Umfang der vollstreckungsfähigen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten festgestellt werden. Bei einem Streitwert von zB 10.000,00 € fallen an außergerichtlichen Kosten für einen Rechtsanwalt im Rahmen der gerichtlichen Tätigkeit folgende Kosten an:

1,3 Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV	725,40 €
zuzüglich 1,2 Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV	669,60 €
zuzüglich Pauschale für Entgelte für Post- und	
<u>Telekommunikationsdienstleistungen nach Nr. 7002 VV</u>	<u>20,00 €</u>
Zwischenergebnis	1.415,00 €
<u>zuzüglich Umsatzsteuer 19 % nach Nr. 7008 VV</u>	<u>268,85 €</u>
<u>Insgesamt also</u>	<u>1.683,85 €</u>

II. Mit dem Kostenrechtsmodernisierungsgesetz wurde weiterhin das GKG geändert.

Das GKG wurde im Wesentlichen neu gefasst und soll so in seinem Aufbau klarer strukturiert werden (vgl. BT-Drucksache 15/1971 Seite 140 ff).

Für die Gerichtskosten in dem hier relevanten Zusammenhang gilt aber nach wie vor, dass der Kläger mit der Einreichung einer Klageschrift zunächst eine hohe Pauschalgebühr, eine sogenannte pauschale Verfahrensgebühr zu entrichten hat, wobei streitwertabhängig drei Gebühren vorzuschließen sind (vgl. §§ 12, 34 GKG iVm § 3 II GKG Anlage 1 Kostenverzeichnis Nr. 1210).

Dieses Pauschalgebührensysteem wurde auf weitere Instanzenzüge, ja sogar auf alle Gerichtsbarkeiten ausgeweitet.

III. Unter Zugrundelegung des GKG sowie des RVG kann der Kläger aufgrund des Tenors gegen den Beklagten folgende Einzelposten vollstrecken:

1. Hauptsache: 5.100,00 €

2. Zinsen: 4,22 % Zinsen über dem Basiszinssatz

(der ab 1.6.2016 mit dem Negativzinssatz von minus 0,88 % seitens der EZB festgesetzt wurde, vgl. Palandt/Grüneberg Anhang zu § 288 BGB) seit 18.3.2020 (in der Regel erfolgt Vollstreckung 1/2 Jahr nach Urteilsverkündung, so dass hier für die Sicherheitsleistung bedeutsame Zinsen für ca. 1 Jahr angesetzt werden),

also ca. 4 % von 5.100,00 € ca.

25,00 €

(Sie dürfen im Examen bei der Berechnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit durchaus großzügig rechnen; es muss nicht Cent-genau stimmen)

3. Gerichtskosten

a) 9/11 der verauslagten Gerichtskosten aus Wert 6.200,00 € (§ 3 I GKG)

3 x 1,0 Gebühren Kostenverzeichnis Nr. 1210 Anlage 1 GKG

(zu § 3 II GKG)

3 x 184,00 € = 552,00 €

davon 9/11

451,64 €

b) Auslagen: hier wären die vom Kläger vorzuschließenden Auslagenpauschalen für Zeugen und Sachverständige in Ansatz zu bringen; aus Vereinfachungsgründen wird davon abgesehen.

4. Außergerichtliche Kosten

a) 9/11 der außergerichtlichen Kosten nach § 2 II S. 1 RVG iVm

Nr. 3100, 3104 VV aus Wert 6200,00 €

1,3 Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV = 526,50 €

1,2 Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV = 486,00 €

Auslagenpauschale nach Nr. 7002 VV = 2,00 €

19 % MwSt. nach Nr. 7008 VV = 196,18 €

Summe 1.228,68 €

davon 9/11 1.005,28 €

b) Der Rechtsanwalt, der den Erlass eines Versäumnisurteils beantragt hat, erhält nach Nr. 3105 VV eine reduzierte Terminsgebühr

mit einem Gebührensatz von 0,5.44 Nach § 344 ZPO hat die säumige Partei, gegen die ein echtes Versäumnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen ist, diese Mehrkosten auch dann zu tragen, wenn auf Einspruch hin eine abändernde Entscheidung ergeht. Wenn aber auf Einspruch hin der Rechtsanwalt einen Anspruch auf Erstattung der vollen Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV erlangt, gerät die reduzierte Terminsgebühr nach Nr. 3105 VV in Wegfall.⁴⁵ Denn nach § 15 II 1 RVG kann der Rechtsanwalt die Gebühren in derselben Angelegenheit (hier Terminsgebühr für dieselbe Streitigkeit) nur einmal verlangen.

Danach wird die nach Nr. 3105 VV angefallene reduzierte Terminsgebühr mit der anschließend angefallenen Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV verrechnet (vgl. BGH aaO). Wenngleich der Klägersvertreter vorliegend also keine gesonderte Terminsgebühr nach Nr. 3105 VV geltend machen kann, muss in der Kostenentscheidung § 344 ZPO berücksichtigt werden, sofern dessen Voraussetzungen –wie hier- vorliegen (vgl. Tenor Ziff. III und Hilfspgutachten III 1). Denn der Klagepartei können durch die Säumnis zusätzliche Kosten (zB Reisekosten) entstanden sein.⁴⁶

Summe aus Ziffer 1 – 4 a)

6.581,92 €

Danach bemisst sich die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils für den Kläger nach § 709 S. 1 ZPO, da die Hauptsache (5.100,00 €) den Betrag von 1.250,00 € nach § 708 Nr. 11 Fall 1 ZPO übersteigt. Durch die Neufassung in 709 S. 2 ZPO braucht aber bei Geldforderungen nicht mehr der gesamte vollstreckbare Betrag ermittelt werden, wobei früher die Sicherheitsleistung, die ja den Vollstreckungsschuldner bezüglich eines potentiellen Vollstreckungsschadens absichern soll, sofern die vorläufig vollstreckbare Entscheidung im Instanzenzug keinen Bestand hat, durch angemessene Erhöhung des gesamten vollstreckbaren Betrages bestimmt wurde. Vielmehr genügt es jetzt, wenn im Tenor lediglich ausgesprochen wird, dass der Gläubiger einen prozentualen Aufschlag auf den zu vollstreckenden (Teil-) Betrag als Sicherheitsleistung zu erbringen hat. Der Aufschlag sichert dann sozusagen einen potentiellen Schadensersatz des Vollstreckungsschuldners im Sinne des § 717 II ZPO (zum Anspruch nach § 717 II ZPO siehe den Beispielfall im Buch Zwangsvollstreckungs-Nachlassrecht Fall 2 Teil III).

Demnach genügt es, wenn - wie vorliegend - in den Tenor aufgenommen wird, dass der Kläger nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages die Zwangsvollstreckung vorläufig betreiben darf. Damit ist nach der Neufassung der ZPO dem Sicherungsbedürfnis des Vollstreckungsschuldners Genüge getan.

Sofern der Vollstreckungsschuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteil leistet und hierbei dem Gläubiger Kosten bezahlt, die im Rahmen eines vereinfachten Kostenfestsetzungsverfahrens zu dessen Gunsten festgesetzt worden sind, kann der zahlungsbereite Vollstreckungsschuldner nach Aufhebung oder Abänderung der Kostengrundentscheidung im weiteren Verfahrensablauf diese an den Gläubiger überzahlten Kosten zurückverlangen.

⁴⁴ in Ausnahmefällen kann in einem Termin, in welchem lediglich ein Versäumnisurteil beantragt wird, gleichwohl eine volle Terminsgebühr nach RVG Nr. 3104 VV anfallen, wenn zB mit dem nicht anwaltlich vertretenen Beklagten im Termin Vergleichsgespräche geführt werden, vgl. BGH NJW 2007, 1692

⁴⁵ vgl. BGH NJW 2006,3430

⁴⁶ vgl. Zöller/Herget § 344 Rn. 2

Durch das erste Justizmodernisierungsgesetz wurde in § 91 IV ZPO geregelt, dass eine solche Rückfestsetzung der Kosten zugunsten des Vollstreckungsschuldners im Kostenfestsetzungsverfahren zulässig ist, wenn der Rückerstattungsanspruch dem Grunde und der Höhe nach unstreitig oder eindeutig feststellbar ist und keine materiell-rechtlichen Einwendungen erhoben werden.⁴⁷

Weiterhin war gemäß § 709 S. 3 ZPO auszusprechen, dass der Kläger nur gegen Sicherheitsleistung der angeordneten Sicherheit die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil fortsetzen darf.

IV. Der Beklagte vollstreckt unter Zugrundelegung des RVG gegen den Kläger 2/11 seiner außergerichtlichen Kosten.

2/11 von 1.228,68 € = 223,40 €

Demzufolge ist das Urteil für den Beklagten gemäß § 708 Nr. 11 Fall 2 ZPO ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar, weil nur Kosten unter 1.500,00 € vollstreckbar sind, aber mit Abwendungsbefugnis für den Kläger gemäß § 711 S. 1 und S. 2 ZPO. Das heißt, der Kläger als Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung des Beklagten = Vollstreckungsgläubiger abwenden. Er muss aber hinsichtlich des gesamten vollstreckbaren Betrages zusätzlich eines Aufschlages Sicherheit leisten.

Diese Abwendungsbefugnis nach § 711 Satz 1 und Satz 2 ZPO ergibt sich aus Ziffer IV 3 des vorliegenden Tenors. Nach den Gesetzesmaterialien (Bundesdrucksache 14/6063, Anlage 2 zu Nr. 90 b) soll die Rechtfertigung darin liegen, dass der Gläubiger ja nach § 708 Nr. 11 ZPO insoweit ohne Sicherheitsleistung vollstrecken darf. Wenn der Vollstreckungsschuldner schon diese Vollstreckung des Gläubigers unterlaufen darf, sei es gerechtfertigt, dass der Vollstreckungsschuldner hinsichtlich des gesamten vollstreckbaren Betrages Sicherheit leisten müsse.

Da aber nach § 711 Satz 2 ZPO für den Vollstreckungsgläubiger = Beklagter § 709 Satz 2 ZPO analog zur Anwendung kommt, ist zu seinen Gunsten anzuordnen, dass trotz Sicherheitsleistung durch den Vollstreckungsschuldner eine (Teil-) Vollstreckung gegen eine entsprechende Sicherheitsleistung (zu vollstreckender Betrag plus 10 % Aufschlag) möglich bleibt (vgl. Tenor Ziffer IV. Satz 3: " ..., wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils von ihm zu vollstreckenden Betrages leistet. ").

E. Zur Einspruchsfrist nach § 339 I ZPO

Erweist sich ein Einspruch als unzulässig, weil verfristet, und soll eine deswegen beantragte Wiedereinsetzung in den Stand vor Versäumung der Einspruchsfrist, weil unbegründet, zurückgewiesen werden, so hat das Gericht durch Urteil nach § 341 ZPO sowohl den Einspruch als unzulässig zu verwerfen wie auch im selben Urteil gem. § 238 II 1 ZPO den Antrag auf Wiedereinsetzung zurückzuweisen.⁴⁸

Grundsätzlich gilt, dass im gerichtlichen Verfahren nur eine wirksame Zustellung eine Frist in Lauf setzen kann. Demzufolge setzt der Beginn des Laufs der Einspruchsfrist nach § 339 I ZPO eine wirksame Zustellung voraus. Der Wirksamkeit der Zustellung eines Versäumnisurteils steht nicht entgegen, dass diese ohne oder mit fehlerhafter Belehrung nach § 232 ZPO erfolgte⁴⁹. Für eine Wiedereinsetzung in den Stand vor Versäumung der Einspruchsfrist gilt dann aber § 233 Satz 2 ZPO.⁵⁰

Eine Zustellung an eine nicht prozessfähige Person ist, wie sich aus § 170 I 2 ZPO ergibt, unwirksam. Gleichwohl macht die hA aus Gründen der Rechtssicherheit und der Ausgestaltung der Nichtigkeitklage wegen mangelnder Vertretung nach §§ 578 I, 579 I Nr. 4, 584 II, 586 III ZPO bei der

⁴⁷ BGH NJW-RR 2005, 79

⁴⁸ vgl. BGH NJW-RR 2008, 218

⁴⁹ vgl. BGH NJW 2011, 522; Thomas/Putzo § 232 Rn. 8

⁵⁰ vgl. Thomas/Putzo § 331 Rn. 9

Zustellung von Urteilen und Vollstreckungsbescheiden an eine prozessunfähige Person eine Ausnahme. Wenn dem Gericht bei der Anordnung der Zustellung und auch im weiteren Verlauf des bei ihm anhängigen Verfahrens die Prozessunfähigkeit des Adressaten unbekannt ist und bleibt (vgl. § 56 ZPO), beginnt mit der Zustellung des Versäumnisurteils bzw des Vollstreckungsbescheides (§§ 700 I, 339 I ZPO) die zweiwöchige Einspruchsfrist zu laufen. Wird innerhalb dieser Frist nicht Einspruch eingelegt, erwachsen Versäumnisurteil bzw Vollstreckungsbescheid in formelle Rechtskraft. Der betroffenen Partei steht die Nichtigkeitsklage offen.⁵¹

Der Beginn materiell rechtlicher Verjährungsfristen wird durch eine solche fehlerhafte Zustellung aber nicht in Lauf gesetzt. Eine Heilung der nach § 170 I 2 ZPO unwirksamen Zustellung kann aber dadurch nach § 189 ZPO eintreten, wenn das zuzustellende Schriftstück dem gesetzlichen Vertreter der prozessunfähigen Partei tatsächlich zugeht.⁵²

Ist ein Rechtsanwalt bestellt, kann grundsätzlich, wie sich aus § 172 I 1 ZPO ergibt, nur an diesen wirksam zugestellt werden und begründet die hiervon abweichende Zustellung an die Partei einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör nach Art. 103 I GG, es sei denn das Gesetz ordnet ausdrücklich eine Zustellung an die Partei wie in §§ 141 II 2, 239 III, 244 II 1, 450 I 3 ZPO an.⁵³

⁵¹ BGH NJW 2014, 937; NJW 2008, 2125; Thomas/Putzo § 170 Rn. 3

⁵² vgl. BGH NJW 2015, 1760; grundsätzlich zur Heilung von Zustellungsmängeln siehe BGH NJW 2017, 2473; eine Heilung nach § 189 BGB kommt danach nur in Betracht, wenn das Gericht eine förmliche Zustellung des Dokuments an einen bestimmten Adressaten wollte

⁵³ vgl. BVerfG NJW 2017, 318

Einseitige Erledigterklärung des Klägers

Prüfungsaufbau

I. Zulässigkeit der Klage

1. Wirksamkeit der einseitigen Erledigterklärung
 - a) Auslegung des Antrags des Klägers – Abgrenzung von Klagerücknahme und Klageverzicht
(die einseitige Erledigterklärung ist Erwirkungshandlung = bezweckt Tätigwerden des Gerichts)
 - b) Wirksamkeit der Prozesshandlung
 - (1) Prozesshandlungsvoraussetzungen (s.o.)
 - (2) Als Erwirkungshandlung ist die einseitige Erledigterklärung frei widerruflich. Kläger kann im Laufe des Prozesses zu seinem ursprünglichen Antrag zurückkehren bzw. diesen hilfsweise aufrechterhalten.
 - (3) Erledigungserklärung muss nach Rechtshängigkeit abgegeben werden
 - c) Zulässigkeit der Klageänderung gem. § 264 Nr.2 ZPO (einseitige Erledigterklärung ist nach hM eine stets zulässige Änderung der ursprünglichen Klage in eine Feststellungsklage – sog. Klageänderungstheorie³⁷)
 - d) Feststellungsinteresse gem. § 256 ZPO: Der Kläger hat ein anerkennenswertes Feststellungsinteresse, weil ohne Änderung des Klageantrags die ursprüngliche Klage mit der Kostenfolge des § 91 ZPO abgewiesen werden müsste.
2. Örtliche Zuständigkeit
3. Sachliche Zuständigkeit (§ 261 III Nr.2 ZPO beachten)

II. Begründetheit der Klage

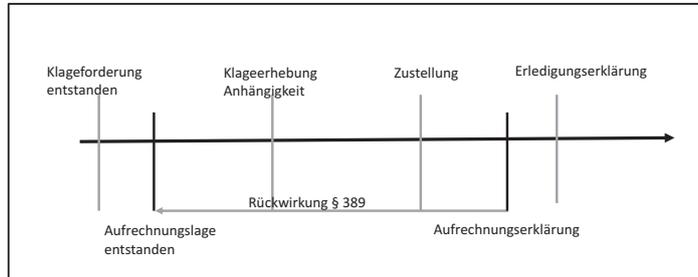
1. Klage zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet
Maßgeblicher Zeitpunkt für die Frage der Zulässigkeit und der Begründetheit ist der des Eintritts des erledigenden Ereignisses. Ist die Klage von Anfang an unzulässig oder unbegründet, muss sie abgewiesen werden; auch eine Verweisung der unzulässigen Klage kommt nicht mehr in Betracht³⁸.
 - e) Zulässigkeit der Klage zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses
 - f) Begründetheit der Klage zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses
2. Klage ist nachträglich unzulässig oder unbegründet geworden
 - a) Erledigendes Ereignis
Erledigung liegt vor, wenn die Klage durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis gegenstandslos geworden ist.
Beispiele:³⁹
 - (1) Erfüllungshandlungen jeder Art, wie Zahlung der Forderung durch Schuldner oder Dritten, Herausgabe der Sache, Räumung der Wohnung etc.

³⁷ vgl. Thomas/Putzo § 91a Rn. 32

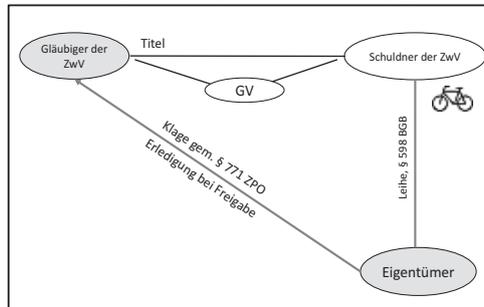
³⁸ vgl. Zöller/Vollkommer § 91a Rn. 44

³⁹ vgl. Thomas/Putzo § 91a Rn. 5

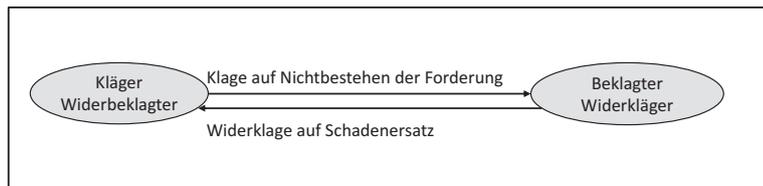
- (2) Aufrechnung führt zu einer Erledigung der Hauptsache, auch wenn die Aufrechnungslage vor Rechtshängigkeit der Klage entstanden ist, die Aufrechnungserklärung aber erst nach Rechtshängigkeit abgegeben wird;⁴¹ dasselbe gilt für die Einrede der Verjährung, mag auch Verjährung bereits vor Rechtshängigkeit eingetreten sein⁴².



- (3) Drittwiderspruchsklage: Freigabe der gepfändeten Sache



- (4) Verliert der Beklagte während des Rechtstreits seine Rechts- und Parteifähigkeit, ist die Hauptsache erledigt, sofern die Klage bis zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet war.
- (5) Verlust des Rechtsschutzbedürfnisses: negative Feststellungsklage, Erhebung der gegenläufigen Leistungsklage erledigt Klage⁴³



- (6) Keine Erledigung tritt ein, wenn der Schuldner lediglich aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel zur Abwendung der Zwangsvollstreckung leistet oder aus einem Arrestbefehl oder einer einstweiligen Verfügung vollstreckt wird. In diesen Fällen tritt mit der Leistung keine Erfüllung iSd § 362 I BGB ein, denn in diesen Fällen erfolgt die Leistung unter dem Vorbehalt, dass der Schuldner rechtskräftig hierzu verurteilt wird, es sei denn der Schuldner bestimmt ausdrücklich etwas anderes.⁴⁴

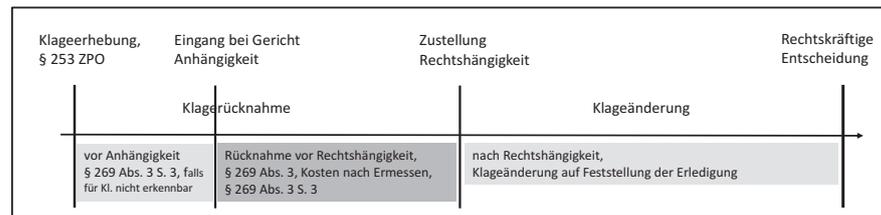
⁴¹ vgl. BGH NJW 2003, 3134

⁴² vgl. BGH NJW 2010, 2422

⁴³ vgl. BGH NJW 2006, 515

⁴⁴ vgl. BGH NJW 2015, 699; NJW 2014, 2199

b) Zeitpunkt der Erledigung



(1) Sog. enger Erledigungsbegriff (hM): Erledigung muss nach Rechtshängigkeit eingetreten sein. Ist das klaglosstellende Ereignis vor Rechtshängigkeit eingetreten, so muss der Kläger, will er eine Klageabweisung vermeiden, folgendes tun:

- Klage mit Kostenfolge des § 269 III ZPO zurücknehmen, wobei allerdings nunmehr gem. § 269 III 3 Halbsatz 2 ZPO im Rahmen einer billigen Ermessensentscheidung auch dem Beklagten die Kosten auferlegt werden können. Denn wenn der Beklagte die Klage des Klägers veranlasst hat und nach Anhängigkeit der Klage durch ein Ereignis, wie z.B. Erfüllung, unbegründet wurde, entspricht es der Billigkeit, dem Kläger über § 269 III 3 ZPO auf Antrag hin (§ 269 IV ZPO) hinsichtlich seines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs (zB aus Verzug gem. § 286 BGB) einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch zu verschaffen, also auszusprechen, dass der Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat.
- oder den zu beziffernden materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch im Wege der Klageänderung im ursprünglichen Prozess oder in einem selbständigen Kostenerstattungsprozess⁴⁴ geltend machen
- oder gem. § 264 Nr.3 ZPO die Klage in eine sog. Kosten-„Feststellungsklage“ abändern⁴⁵.

(die letzten zwei Möglichkeiten dürften aber durch das Zivilprozessreformgesetz wohl- gegenstandslos geworden sein)

(2) Sog. weiter Erledigungsbegriff⁴⁶ hält auch die Erledigung zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit der Klage für zulässig, dh der Feststellungsklage wird stattgegeben mit der günstigen Kostenfolge für den Kläger. Diese Auffassung dürfte aber durch die Neufassung des § 269 III 3 ZPO überholt sein.

III. Entscheidung

1. Ist die Feststellungsklage zulässig und begründet, stellt das Gericht die Erledigung des Rechtsstreits durch Sachurteil fest und verteilt die Kosten nach § 91 ZPO.
2. Streitwert: Wie sich der Streitwert nach Abgabe der einseitigen Erledigterklärung entwickelt, ist umstritten:
 - a) Nach der Rechtsprechung des BGH und ihm folgend vieler Oberlandesgerichte soll das Kosteninteresse maßgeblich sein.
 - b) In der Literatur wird vertreten, durch die einseitige Erledigterklärung ändere sich die Klage in eine positive Feststellungsklage, weshalb ab einseitiger Erledigterklärung entsprechend den Grundsätzen für den Streitwert einer positiven Feststellungsklage ein Abschlag von 50% vorzunehmen sei.
 - c) Nach der Ansicht des OLG München bleibt der **Hauptsachestreitwert** jedenfalls dann **unverändert**, wenn die ursprüngliche Leistungsklage durch Erfüllung unbegründet wird.

(zum Ganzen siehe Zivilprozessrecht I Fall 3).

⁴⁴ vgl. BGH NJW 2013, 2201

⁴⁵ vgl. hierzu Fischer MDR 2002, 1097

⁴⁶ vgl. Nachweise bei Zöller/Vollkommer § 91a Rn. 41 ff