

KV-Nr.: 43

Die Aufgabe besteht (ohne Deckblatt) aus 7 Blatt und ist vollständig durchnummeriert.

Der Aufgabentext ist zu Beginn auf Vollständigkeit zu überprüfen.

Anwaltskanzlei Monte, Amtsgerichtsstraße 11, 47118 Duisburg

Duisburg, den 01.09.2006

Amtsgerichtsstraße 11

Telefon (0203) 87365

Telefax (0203) 83657

Bürozeiten: 8.30 -13.00 Uhr
15.00 - 18.00 Uhr

Sprechstunden: 15 - 18 Uhr und nach Vereinbarung

| |
|---|
| Unser Zeichen: 0157 M 455 Sikora ./ Oehler |
|---|

1. Es erscheint nach telefonischer Ankündigung der Mandant

Gabriel Sikora, Schulstraße 16, 47198 Duisburg.

Er überreicht

- Antragsschrift vom 30.08.2006 (**Anlage 1**)
- Beschluss des Amtsgerichts Duisburg-Ruhrort vom 30.08.2006 (**Anlage 2**)
- Rechnung vom 22.08.2006 (**Anlage 3**)
- Sachverständigengutachten vom 15.08.2006 (**Anlage 4**)

und schildert folgenden Sachverhalt:

„Ich betreibe eine Autoreparaturwerkstatt. Die Angaben der Gegenseite in der Antragsschrift sind insoweit richtig, dass der Antragsteller sein Fahrzeug am 27.07.2006 zu mir in die Werkstatt gebracht hat, um einen neuen Auspuff zu installieren. Am Tag darauf holte er den Wagen ab und zahlte vereinbarungsgemäß 466,90 Euro. Tatsächlich war es so, dass wenige Tage später an dem Fahrzeug ein Defekt auftrat. An der montierten Auspuffanlage war die Verbindung zwischen dem Nachschalldämpfer und dem vorderen Abgasrohr unmittelbar an der Schweißnaht gebrochen. Ich nahm das Fahrzeug zurück und montierte eine neue Auspuffanlage, an der wenige Tage später derselbe Defekt auftrat. Daraufhin erwarb ich einen extrem hochwertigen Porsche-Nachschalldämpfer der Herstellerfirma Leistritz, den ich an dem Fahrzeug montierte. Wenige Tage später tauchte der Antragsteller wieder bei mir auf und wieder war die Schweißnaht gebrochen.

Diesmal gab es eine lautstarke Auseinandersetzung zwischen dem Antragsteller und mir. Der Antragssteller warf mir Pfusch vor und dass ich minderwertige Materialien verwenden würde. Diese Vorwürfe sind aber falsch. In allen drei Fällen ist die Arbeit ordnungsgemäß durchgeführt worden, die Ersatzteile habe ich über meine üblichen Quellen bezogen. Sie waren auch zur Montage an das Fahrzeug des Antragstellers geeignet.

Der Antragsteller und ich verblieben, dass ich der Schadensursache auf den Grund gehen sollte. Daher blieb das Fahrzeug bei mir. Am 15.08.2006 habe ich das Fahrzeug durch den KfZ-Sachverständigen Wiese begutachten lassen. Dieser stellte fest, dass der am Fahrzeug befindliche Katalysator an der vorderen Flanschbefestigung abgeändert war und die dortige Schweißnaht unfachmännisch ausgeführt war. Weiterhin stellte er fest, dass dieser Katalysator ohne Wirkung war. Dadurch gelangten die heißen Abgase durch das vordere Rohr des

Nachschalldämpfers in den Nachschalldämpfer und dann ins Freie. Wegen der großen Hitzeeinwirkung kam es zum Anlaufen des vorderen Abgasrohres und schließlich zu dessen Bruch.

Damit steht fest, dass die Störung aus der Sphäre des Antragstellers kam. Daher habe ich dem Antragsteller unter dem 22.08.2006 die Kosten für die Reparaturen in Rechnung gestellt. Es war bei den Reklamationen jeweils klar, dass die Nachbesserung nicht kostenfrei durchgeführt würde, wenn der Fehler nicht auf meiner Werkleistung beruhen sollte.

Auf Nachfrage:

Ich weiß nicht, ob ausdrücklich darüber gesprochen worden ist. Aber meiner Ansicht nach konnte man das nur so verstehen. Das letzte Gespräch wurde auch sehr hitzig geführt. An den genauen Wortlaut kann ich mich nicht mehr erinnern. Ob der Defekt an dem Katalysator für den Antragsteller erkennbar gewesen ist, kann ich nicht sagen.

Die Befürchtung des Antragstellers, das Fahrzeug könne verkauft werden, entbehrt jeder Grundlage. Ich habe weder die Möglichkeit noch die Veranlassung, das Fahrzeug zu verkaufen. Denn es hat derzeit keinen Auspuff und muss erst einen neuen Katalysator bekommen, was auch noch mal Geld kostet. Ob der Antragsgegner tatsächlich auf den Wagen angewiesen ist, weiß ich nicht. Ich bezweifle das.

Ich möchte mich gegen den Antrag zur Wehr setzen. Sollte dies nicht Erfolg versprechend sein, möchte ich die Sache schnell und kostengünstig beenden. Die Kosten für den Sachverständigen kann ich noch nicht beziffern. Sie sollen jetzt erst mal außen vor bleiben.


Monte,
Rechtsanwalt

Hinweis des LJPA:

Vom Abdruck der Anlage 4 wird abgesehen. Das Sachverständigengutachten bestätigt die Angaben des Mandanten.

VERSTEEGEN PALME WESTERBURG
Rechtsanwälte

RAe Versteegen & P., Königstraße 44-46, 47051 Duisburg

Amtsgericht
Duisburg-Ruhrort
Amtsgerichtsstraße 36
47119 Duisburg

Gerhard Versteegen
Rechtsanwalt
Claudia Palme
Rechtsanwältin und
Fachanwältin für Ver-
waltungsrecht
Gero Westerburg
Rechtsanwalt

Königstraße 44-46
47051 Duisburg

Telefon: 0203-67452-0
Telefax: 0203-67452-12

Sprechzeiten nur nach
Vereinbarung

Datum: **30.08.2006**

Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

des Herrn Roman Oehler, Kammerstraße 18, 47057 Duisburg,

Antragsteller,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Versteegen pp. in Duisburg,

gegen

Herrn Gabriel Sikora, Schulstraße 16, 47198 Duisburg,

Antragsgegner,

wegen Herausgabe.

Streitwert: 4.300,- Euro

Namens und in Vollmacht des Antragstellers beantragen wir nachfolgende einstweilige Verfügung, die das Gericht wegen der besonderen Dringlichkeit ohne vorherige mündliche Verhandlung erlassen möge:

Dem Antragsgegner wird aufgegeben, den Wagen Porsche 944, amtl. Kennzeichen DU-RO 501, Fahrzeugidentitätsnummer WPOZZZ85ZEN4743879, Farbe golden, an den Antragsteller herauszugeben.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

Begründung:

Der Antragsteller verlangt Herausgabe des im Antrag näher bezeichneten Wagens aus der Werkstatt des Antragsgegners. Er ist Eigentümer des streitbefangenen Wagens.

Glaubhaftmachung:

Vorlage des Fahrzeugbriefes Nr. 78945623 (Anlage ASt 1)

Aufgrund eines wegen Verschleißes defekten Auspuffs wurde der Wagen am 27.07.2006 in die Werkstatt des Antragsgegners verbracht. Dort wurde ein neuer Auspuff montiert und die Reparurrechnung in Höhe von 466,90 Euro beglichen. Nur vier Tage später ist das angebliche Neuteil bei einer Autobahnfahrt in der Mitte durchgebrochen.

Glaubhaftmachung: eidesstattliche Versicherung des Antragstellers (Anlage ASt 2)
Zeugnis der Pia Oehler, zu laden über den Antragsteller

Dies beruhte auf einer fehlerhaften Reparatur durch den Antragsgegner. Der Wagen wurde am 02.08.2006 in die Werkstatt des Antragsgegners zurückgebracht und der Mangel reklamiert. Am 03.08.2006 wurde ein weiterer Auspufftopf montiert, der ebenfalls nur vier Tage später dasselbe Schicksal erlitt und bei Betrieb des Fahrzeugs zerbarst. Am 07.08.2006 wurde das Fahrzeug abermals in die Werkstatt des Antragsgegners zurückgebracht.

Glaubhaftmachung: wie vor

Dort war man offenbar nicht in der Lage, einen geeigneten Auspuff zu montieren, der den besonderen Anforderungen des speziellen Fahrzeugs (Porsche) genügte. Denn auch ein zweiter Reparaturversuch am 09.08.2006 scheiterte.

Glaubhaftmachung: wie vor

Am 14.08.2006 brachte der Antragsteller erneut seinen Wagen mit gebrochenem Auspuff in die Werkstatt des Antragsgegners. Man einigte sich darauf, dass nunmehr weitere Ursachenforschung betrieben werde.

Glaubhaftmachung: wie vor

Unter dem 22.08.2006 erhielt der Antragsteller völlig unverständlicherweise eine Rechnung in Höhe von über 1.200,- €. Am 24.08.2006 begab sich der Antragsteller in die Werkstatt des Antragsgegners, um seinen Wagen abzuholen. Dies wurde ihm jedoch unter Hinweis auf die Rechnung vom 22.08.2006 verweigert.

Glaubhaftmachung: wie vor

Dies stellt eine rechtswidrige Besitzentziehung durch den Antragsgegner dar, denn ihm stehen keine Ansprüche gegen den Antragsteller zu, die die Geltendmachung von Pfand- oder Zurückbehaltungsrechten rechtfertigen würden.

Aus diesem Grunde ist dem Antragsteller vorläufiger Rechtsschutz zu gewähren. Er ist auf das Fahrzeug für seine Fahrten zur Arbeit dringend angewiesen. Außerdem steht zu befürchten, dass der Antragsgegner das Fahrzeug in seinem Gebrauchtwagenhandel an gutgläubige Dritte veräußert.

gez. Westerbürg
- Rechtsanwalt -

Beglaubigt
Westerbürg
Rechtsanwalt

Hinweis des LJPA:

Vom Abdruck der Anlagen ASt 1 und ASt 2 wird abgesehen. Sie haben den schriftsätzlich vorgetragenen Inhalt und sind ordnungsgemäß erstellt.

3 C 484/06



AMTSGERICHT DUISBURG-RUHRORT

BESCHLUSS

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

Oehler gegen Sikora

1. Termin zur Güteverhandlung und mündlichen Verhandlung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird bestimmt auf
Freitag, 08.09.2006, 15:00 Uhr, Saal 46.
2. Die Ladungsfrist wird verkürzt auf 3 Tage.
3. Das persönliche Erscheinen der Parteien wird angeordnet.

Duisburg-Ruhrort, den 30.08.2006

Amtsgericht

gez. Dr. Jolig

Richter am Amtsgericht

Ausgefertigt

J. Jolig
F. Jolig

Justizangestellte

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle



Roman Oehler · Kammerstraße 18 · 47057 Duisburg

HERR
ROMAN OEHLER
KAMMERSTR. 18
47057 DUISBURG

- Kopie -

22.08.2006

Rechnung für Reparaturarbeiten

| | | |
|----------------|--------------------|----------------------------------|
| Fabrikat | Porsche | 944 |
| FZ-Ident-Nr | WPOZZZ85ZEN4743879 | Amtl. KZ DU-RO 501 |
| Erstzulassung | 22.02.1988 | nächste HU, ASU 06/2008, 06/2008 |
| Kilometerstand | 164.461 | Typ-Code 4 11 01 |

Auftrag vom 27.07.2006, Reparatur des Auspuffes

Ersatzteile

| | |
|---|----------|
| Auspuffendtopf, Zubehörteil | 350,00 € |
| Auspuffendtopf, Zubehörteil | 350,00 € |
| Auspuffendtopf, Porsche Originalteil, Fa. Leistritz | 582,39 € |
| Kleinersatzteile (2%) | 25,65 € |

Arbeitslohn

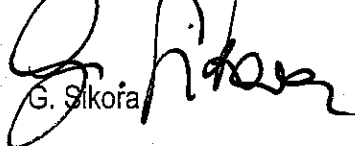
| | |
|-----------------------------------|---------|
| 3 mal Nachschalldämpfer ausgebaut | 39,00 € |
| 3 mal Nachschalldämpfer eingebaut | 97,50 € |

| | |
|-----------------|-------------------|
| netto | 1.444,54 € |
| 16% MwSt | 231,13 € |
| Rechnungsbetrag | 1.675,67 € |
| abzgl. Zahlung | - 466,90 € |
| Restbetrag | <u>1.208,77 €</u> |

Bitte begleichen Sie den o.g. Restbetrag sofort ohne Abzug und vereinbaren Sie einen Termin, um den PKW abzuholen.

Wir machen Sie darauf aufmerksam, dass der Katalysator an Ihrem Fahrzeug defekt ist.

Mit freundlichen Grüßen


G. Sikora

Vermerk für die Bearbeitung

Die Angelegenheit ist aus anwaltlicher Sicht nach Maßgabe des Mandantenauftrages umfassend zu bearbeiten. Dabei sollen auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit des Vorgehens angestellt werden. Zeitpunkt der Begutachtung ist der

01.09.2006.

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

Für den Fall, dass eine weitere anwaltliche Sachverhaltsaufklärung für erforderlich gehalten wird, ist zu unterstellen, dass der Mandant keine weiteren Angaben zum Sachverhalt machen kann.

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

Es ist zu unterstellen, dass

- die Formalien (Ladungen, Unterschriften, Vollmachten) in Ordnung sind,
- alle angegebenen Beträge rechnerisch richtig sind und die Rechnung des Mandanten vom 22.08.2006 nicht zu beanstanden ist.

Der Wohn- und Geschäftssitz des Mandanten liegt im Bezirk des Amtsgerichts Duisburg-Ruhrort und des Landgerichts Duisburg.

Prüfervermerk zum Aktenvortrag

Dem Aktenvortrag liegt der Rechtsstreit 21 C 161/04 beim Amtsgericht Mettmann zu Grunde. Dieser Vermerk erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Er soll lediglich auf die Probleme hinweisen, die das Prüfungsamt veranlasst haben, die Aufgabe für einen Aktenvortrag auszugeben. Textkontrolle: BGB, ZPO

KV 43

A. Materielles Gutachten

Im Interesse des Mandanten ist zu prüfen, ob der Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung im Termin am 08.09.2006 durch begründete Zulässigkeitsrügen und erhebliche Einwendungen gegen den Verfügungsanspruch verhindert werden kann.

I. Zulässigkeit des Antrags

Die gerichtliche Zuständigkeit dürfte gewahrt sein. Gem. §§ 937 Abs. 1, 943 Abs. 1 ZPO ist der Antrag an das Gericht des ersten Rechtszuges als Gericht der Hauptsache zu richten. Das ist hier gem. §§ 23 Nr. 1, 71 GVG, 12, 13, 21 ZPO das AG Duisburg-Ruhrort.

Es dürfte jedoch an einem Verfügungsgrund fehlen. Die Verfügung muss durch besondere Eilbedürftigkeit gerechtfertigt sein. Dies gilt für alle Arten der Verfügung. Aus verständiger Sicht muss die Verwirklichung des Verfügungsanspruchs gefährdet und die begehrte Maßnahme verhältnismäßig sein (vgl. Th/P-Reichold, ZPO, 27. Aufl. 2005, § 935 Rn. 6, § 940 Rn. 5). Gleichzeitig ist - insbesondere bei der Leistungsverfügung - auch das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache zu beachten. Da der Mandant das Fahrzeug nicht durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, dürfte die beantragte Leistungsverfügung auf Herausgabe an den Antragsteller selbst nicht gerechtfertigt sein (vgl. hierzu Th/P-Reichold, aaO, § 940 Rn. 12). Dass der Antragsteller auf das Fahrzeug für den Weg zur Arbeit angewiesen ist, ist derzeit noch nicht substantiiert dargelegt und sollte mit Nichtwissen bestritten werden. Möglicherweise ist ihm für die Dauer eines Hauptsacheprozesses ein Ausweichen auf öffentliche Verkehrsmittel oder einen Zweitwagen zumutbar. Die Gefahr der Weiterveräußerung des Fahrzeugs kann von dem Mandanten mit plausibler Begründung erheblich bestritten werden. Schließlich müsste er, um den Wagen verkaufen zu können, noch mal in erheblichem Umfang in ein fast 20 Jahre altes Fahrzeug im Wert von 4.300,- € investieren. Im zivilgerichtlichen Eilrechtsschutzverfahren gelten, nachdem der Antragsgegnerseite rechtliches Gehör gewährt worden ist, die allgemeinen Regeln über die Darlegungs- und Beweislast (Th/P-Reichold, aaO, vor § 916 Rn. 9). Daher würde sich die Unerweislichkeit der den Verfügungsgrund tragenden Umstände zu Lasten des Antragstellers auswirken. Aus Sicht des Mandanten ist unbedingt darauf hinzuweisen, dass bei derart schwachen Verfügungsgründen die Herausgabe an den Antragsteller selbst eine unverhältnismäßige Begünstigung darstellt. Denkbar wäre dann wohl eher die Herausgabe an einen Verwahrer. Dies käme aber dem Interesse des Mandanten, der sich das Fahrzeug als Sicherungsobjekt erhalten möchte, schon erheblich entgegen.

Teilweise wird vertreten, der Verfügungsgrund sei im Rahmen der Begründetheit zu prüfen. Daher kann auch dieser Aufbau von den Kandidaten gewählt werden.

II. Begründetheit des Antrags

Der Mandant dürfte im Ergebnis wohl keine erheblichen Einwendungen gegen den Verfügungsanspruch erheben können. Als Anspruchsgrundlage kommt § 985 BGB in Betracht, da der Antragsteller Eigentümer und der Mandant Besitzer des streitbefangenen Fahrzeugs ist. Ein Recht zum Besitz gem. § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB dürfte der Mandant nicht mit Erfolg geltend machen können. Denn es steht ihm wohl kein Werkunternehmerpfandrecht aus § 647 BGB zu. Das aufgrund des Werkvertrages vom 27.07.2006 entstandene Pfandrecht dürfte nämlich gem. §§ 1253 Abs. 1 Satz 1, 1257 BGB mit Herausgabe des Fahrzeugs nach der Reparatur erloschen sein. Es ist wohl auch nicht am 09.08.2006 oder am 14.08.2006 erneut entstanden. Der Mandant wird nämlich den Abschluss eines neuen Werkvertrages nicht schlüssig darlegen und unter Beweis stellen können. Nach den Umständen liegt nahe, dass die weiteren Reparaturen im Rahmen der unentgeltlichen Nachbesserung gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB erfolgt sind. Für eine abweichende - auch nicht eine konkludente - Vereinbarung eines gesonderten Vergütungsanspruchs nach der Regeln der §§ 145 ff BGB ist nichts ersichtlich. Der Mandant kann sich an den Inhalt der Gespräche auch nicht erinnern. Der Mandant hätte zudem den Antragsteller bei der Annahme des Fahrzeuges darauf hinweisen müssen, dass die Kosten des Nachbesserungsversuchs ihm zur Last fallen, falls sich herausstellt, dass kein Werkmangel vorlag (vgl. OLG Karlsruhe MDR 2003, 327 - steht den Kandidaten nicht zur Verfügung).

Ein Vergütungsanspruch des Mandanten für die Nachbesserungsversuche lässt sich wohl auch nicht auf § 645 Abs. 1 BGB analog iVm. § 632 BGB stützen. In analoger Anwendung verschafft die Vorschrift dem Unternehmer in bestimmten Fällen einen Vergütungsanspruch, wenn vor der Abnahme solche Schäden oder Leistungshindernisse die Herstellung des Werkes unmöglich machen, die aus der Risikosphäre des Bestellers stammen (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 64. Aufl. 2005, § 645 Rn. 7, 9). Im vorliegenden Fall ging das Werk erst nach der Abnahme durch den Antragsteller unter. Seine Herstellung ist auch nicht unmöglich, da durch den Austausch des Katalysators Schäden an einem neuen Auspuff verhindert werden könnten. Eine objektive Verantwortlichkeit des Antragstellers wegen der Unkenntnis des Defekts ist nicht ersichtlich. Ausweislich der Rechnung vom 22.08.2006 war das Fahrzeug noch im Juni 2006 bei der TÜV/ASU-Untersuchung gewesen. Ebenso kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Defekt dem Antragsteller bekannt war. Denn selbst für den Mandanten als Fachmann war er trotz dreimaliger Reparatur nicht erkennbar. Und das obwohl der Katalysator sich direkt an den auszutauschenden Auspuff anschließt. Bei dieser Sachlage muss sich der Mandant wohl vorhalten lassen, dass er trotz immer gleichen Fehlers mehrfach dieselbe Reparatur durchgeführt hat, ohne die Fehlersuche zu erweitern.

Mit entsprechender Begründung, bei der der Sphärengedanke weiter ausgelegt wird und die Unkenntnis des Antragstellers als Zurechnungskriterium ausgeschaltet wird, ist auch ein anderes Ergebnis vertretbar. Gangbar ist auch ein Ansatz, bei dem die Kandidaten die Kosten der Nachbesserung nach dem Sphärengedanken quotieren (vgl. hierzu Palandt-Sprau, aaO, § 635 Rn. 6f). Dann stellen sich bei der Prüfung der Mitverursachung dieselben Abwägungsfragen wie oben.

Dem Mandanten dürfte auch kein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB oder § 320 BGB zustehen. Wie bereits erläutert, hat er keinen Vergütungsanspruch aus Werkvertrag. Es besteht wohl auch kein Aufwendungsersatzanspruch aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677, 670 BGB iVm. § 683 BGB oder § 684 BGB. Die Reparaturen waren für den Antragsteller objektiv nutzlos, weil eine Auspuffanlage an den defekten Katalysator nicht mit Erfolg angebracht werden kann. Auch ein Anspruch des Mandanten aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auf Schadensersatz wegen Verletzung einer Aufklärungs- oder Schutzpflicht ist nicht gegeben, da der Antragsteller den Defekt am Katalysator nicht pflichtwidrig verschwiegen hat.

B. Anwaltliche Beratung

Nach der hier bevorzugten Auffassung kann der Mandant den Erlass der einstweiligen Verfügung in beantragter Form verhindern. Im Ergebnis hat er das Fahrzeug aber - ggf. an einen Verwahrer - herauszugeben, so dass ihm wohl zu raten ist, hier zwar einen Zurückweisungsantrag zu stellen, gleichzeitig aber zur Meidung von Kosten eines Hauptsacheprozesses die Herausgabe des Fahrzeugs anzubieten.