

KV-Nr.: 578

Die Aufgabe besteht (ohne Deckblatt) aus 9 Blatt
und ist vollständig durchnummeriert.
Beigefügt ist ein Blatt Kalender (I).

**Der Aufgabentext ist zu Beginn auf
Vollständigkeit zu überprüfen.**

Anwaltskanzlei Dr. Renz

Rechtsanwälte • Steuerberater

Anwaltskanzlei Dr. Renz, Rosenstraße 67, 40479 Düsseldorf

An das
Landgericht Düsseldorf
Neubrückstraße 3
40213 Düsseldorf

Dr. Dieter Renz 40479 DÜSSELDORF
Dr. Rainer Franck Rosenstraße 67
Dr. Markus Lessing* Telefon (0211) 49 27 67
Rechtsanwälte Telefax (0211) 49 27 76

* zugleich Fachanwalt für Strafrecht

RF/A.0496.09



Düsseldorf, den 10.04.2009

K l a g e

der Finestra GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Herrn Christian Adler, Zietenstraße 14, 40476 Düsseldorf,

Klägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Renz und Kollegen, Rosenstraße 67, 40479 Düsseldorf -

g e g e n

die Nordrheinische Fensterbau Gesellschaft mbH, vertreten durch den Geschäftsführer Rolf Lesch, Rheinallee 62, 40545 Düsseldorf,

Beklagte,

w e g e n : Schadensersatz
vorläufiger Streitwert: EUR 32.400,00

Namens und mit Vollmacht der Klägerin erheben wir Klage gegen die Beklagte und beantragen,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin EUR 32.400,00 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 14.03.2009 zu zahlen.

Für den Fall des Versäumnisses richterlich gesetzter Fristen im schriftlichen Vorverfahren stellen wir den Antrag gemäß § 331 Abs. 3 ZPO.

Begründung:

Die Klägerin ist als Unternehmen im Hochbau gewerblich tätig. Sie erbringt Bauleistungen aller Art. Teilweise lässt sie bei bestimmten Bauvorhaben Arbeiten auch durch Nachunternehmer durchführen.

Im Düsseldorfer Stadtteil Oberkassel errichtete der „Verein freier Schulen e.V.“ (im folgenden „Schulverein“) eine Privatschule als Neubau. Die Klägerin wurde von dem

Schulverein, der satzungsgemäß alleinig durch seinen Vorsitzenden vertreten wird, mit Vertrag vom 27.04.2003 beauftragt, sämtliche Fenster sowie alle Klassenzimmertüren in der Schule zu errichten.

Mit der Lieferung und dem Einbau der Fenster beauftragte die Klägerin unter dem 05.05.2003 die Beklagte als Nachunternehmerin. Für die von der Beklagten zu liefernden und einzubauenden 400 Fenster wurde zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Pauschalpreis von EUR 80.000,00 zzgl. USt. vereinbart.

In den Sommerferien 2003 baute die Klägerin die von ihr im Verhältnis zum Schulverein geschuldeten Türen ein. Nahezu zeitgleich baute die Beklagte die von ihr gelieferten Fenster in den Schulneubau ein. Beide Leistungen wurden bei einem gemeinsamen Besichtigungstermin am 30.07.2003 von dem Direktor der Schule, der zugleich Vorsitzender des Schulvereins ist, abgenommen. Der Schulbetrieb wurde nach Fertigstellung des aufwendigen Innenausbaus zum 15.08.2004 aufgenommen.

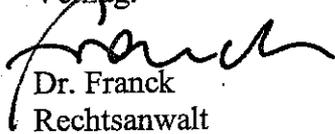
Die Klägerin erhielt von dem Schulverein den mit diesem vereinbarten Lohn und zahlte auch an die Beklagte den vollen Betrag für die Fenster in Höhe von EUR 80.000,00 zzgl. USt. aus.

Wie sich jedoch später herausstellte, sind die von der Beklagten gelieferten und eingebauten Fenster mit erheblichen Dichtungsmängeln behaftet. Die Undichtigkeiten zeigen sich bei extremen Regengüssen und starker Kälte und sind mit dem bloßen Auge nicht sichtbar. Dies hat die Klägerin mehr zufällig durch ein anderes Bauvorhaben („Altes Brauhaus“ in der Düsseldorfer Carstadt) erfahren, bei dem sie die Beklagte ebenfalls mit der Lieferung und dem Einbau der Fenster beauftragt hatte. Die Beklagte hatte dort die gleichen Fenster eingebaut wie im streitgegenständlichen Fall. Am 12.02.2005, der Beklagten am 17.02.2005 zugestellt, hat die Klägerin gegen die Beklagte wegen der hiesigen Mängel ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Düsseldorf eingeleitet, welches dort unter dem Geschäftszeichen 8 OH 3/05 geführt wurde. Die 8. Kammer des Landgerichts Düsseldorf hat mit der Begutachtung der Mängel den öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für Bauschäden Dipl.-Ing. Hans-Otto Gruber aus Ratingen beauftragt. Aus Umständen, die hier nicht weiter thematisiert werden sollen, zog sich das Beweisverfahren einige Zeit hin. Der Sachverständige hat dann in seinem abschließenden Gutachten vom 10.10.2008 festgestellt, dass alle 400 Fenster, die von der Beklagten eingebaut wurden, mit Dichtungsmängeln behaftet sind, die auf eine nicht fachgerechte Herstellung der Fenster zurückzuführen sind. Für die Beseitigung der Dichtungsmängel wird nach dem Gutachten ein Beseitigungsaufwand von netto EUR 32.400,00 erforderlich werden. Einwendungen gegen das Gutachten wurden von der Beklagten nicht erhoben.

Beweis: Beiziehung der Akte LG Düsseldorf 8 OH 3/05

Mit Schreiben vom 10.03.2009 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 24.03.2009 auf, die im Gutachten genannten Mängel der Fenster zu beseitigen. Mit Faxschreiben vom 12.03.2009 lehnte die Beklagte die Ausführung weiterer Arbeiten an den Fenstern „definitiv“ ab. In einem am Folgetag geführten Telefonat verlangte der Geschäftsführer der Klägerin von der Beklagten Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von EUR 32.400,00. Dies lehnte der Geschäftsführer der Beklagten ebenfalls kategorisch ab.

Daher ist nunmehr Klage zu erheben. Der geltend gemachte Zinsanspruch ergibt sich aus Verzug.


Dr. Franck
Rechtsanwalt

Hinweis des LJPA: Mit Verfügung des Vorsitzenden Richters der 8. Zivilkammer, Herrn VRiLG Jonas vom 14.04.2009 ist das schriftliche Vorverfahren gem. § 276 Abs. 1 ZPO angeordnet und die Beklagte aufgefordert worden, Verteidigungsbereitschaft anzuzeigen. Die Klage sowie die Verfügung vom 14.04.2009 sind der Beklagten am 17.04.2009 zugestellt worden.

8 O 138/09



Verkündet durch Zustellung an:

Kl.-Vertr.: 07. MAI 2009

Beklagte: 05. MAI 2009
Adler
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

LANDGERICHT DÜSSELDORF

VERSÄUMNISURTEIL

In dem Rechtsstreit

der Finestra GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Christian Adler, Zietenstraße 14,
40476 Düsseldorf,

Klägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Renz u. Kollegen, Rosenstraße 67, 40479
Düsseldorf -

gegen

die Nordrheinische Fensterbau Gesellschaft mbH, vertreten durch den Geschäftsführer Rolf
Lesch, Rheinallee 62, 40545 Düsseldorf,

Beklagte,

hat die 8. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf durch die Richterin am Landgericht
Schau als Einzelrichterin im schriftlichen Vorverfahren am 04.05.2009

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 32.400,00 nebst Zinsen in Höhe von 8
Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 14.03.2009 zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Schau
Richterin am Landgericht

Hinweis des LJPA: Es ist davon auszugehen, dass der Hinweis gemäß § 338 Satz 2 ZPO
ordnungsgemäß erteilt worden ist.



Is' Recht!

Dr. Johannes Voss, LL.M.
Rechtsanwalt

◆ RA Dr. Voss, LL.M. Postfach 102030 40011 Düsseldorf

An das
Landgericht Düsseldorf
Neubrückestraße 3
40213 Düsseldorf

40545 Düsseldorf
Luegallee 65
Tel. 0211/5578076
Fax 0211/5578077

Bankverbindung:
Deutsche Bank
BLZ 300 700 24
Kto. 189 567 89

20.05.2009
Gr:3.089/09



In dem Rechtsstreit

Finestra GmbH ./.. Nordrheinische Fensterbau Gesellschaft mbH

Az.: 8 O 138/09

bestelle ich mich hiermit zum Prozessbevollmächtigten der Beklagten, die sich gegen die Klage verteidigen will.

Ich lege Einspruch gegen das Versäumnisurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 04.05.2009, der Beklagten am 05.05.2009 zugestellt, ein und werde beantragen,

das Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage insgesamt abzuweisen.

B e g r ü n d u n g:

Das Versäumnisurteil ist unwirksam. Es ist unter Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter ergangen. Am Landgericht Düsseldorf sind nach hiesiger Kenntnis Spezialkammern für Bau- und Architektensachen gebildet. Die 8. Zivilkammer ist eine solche Spezialkammer. Das Versäumnisurteil hätte daher nicht durch einen Einzelrichter ergehen dürfen. Ein unwirksames Versäumnisurteil kann mithin auch keine Fristen in Gang setzen.

Die Klage ist auch in der Sache unbegründet. Zwischen der Klägerin und ihrem Auftraggeber, dem „Schulverein“, wurde ausweislich des beigefügten Vertrages, der auch der Beklagten vorgelegt wurde, eine Verjährung für etwaige Mängel von fünf Jahren seit Abnahme vereinbart.

Beweis: Vorlage des Vertrages zwischen der Klägerin und dem „Schulverein“ vom 27.04.2003 – **Anlage B 1**

Die Klägerin und auch der Schulverein haben die Fensterarbeiten ausweislich des Begehungsprotokolls am 30.07.2003 abgenommen.

Beweis: Vorlage des Protokolls vom 30.07.2003 in Kopie – **Anlage B 2**

Nach der Kenntnis der Beklagten, die sich hierzu mit dem Vorsitzenden des Schulvereins in Verbindung gesetzt hat, hat dieser zu keinem Zeitpunkt gegenüber

der Klägerin irgendwelche Mängelrechte geltend gemacht. Bis zu einem Anruf des Geschäftsführers der Beklagten, Herrn Lesch, wusste der Vorsitzende des Schulvereins, Herr Wolf Kremer, in dessen Abwesenheit offenbar das Beweisverfahren durchgeführt worden war, nicht einmal etwas von der angeblichen Mangelhaftigkeit der Fenster.

Beweis: Zeugnis des Wolf Kremer, Joachimstraße 24, 40545 Düsseldorf

Mittlerweile sind jedenfalls alle Gewährleistungsansprüche des Schulvereins gegen die Klägerin verjährt, so dass auch die Klägerin gegenüber der Beklagten keine Rechte mehr geltend machen kann. Die gegenüber dem Auftraggeber eingetretene Verjährung muss sie sich als Vorteil anrechnen lassen. Es kann nicht sein, dass sich die Klägerin auf Kosten der Beklagten bereichert, ohne dass sie selbst einen Nachteil zu erleiden hat.

Nach alledem ist die Klage insgesamt abzuweisen.


Dr. Voss
Rechtsanwalt

Hinweis des LJPA: Von einem Abdruck der Anlagen B 1 und B 2 wird abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass sie ordnungsgemäß beigelegt waren und den angegebenen Inhalt haben.

Anwaltskanzlei Dr. Renz

Rechtsanwälte • Steuerberater

Anwaltskanzlei Dr. Renz, Rosenstraße 67, 40479 Düsseldorf

An das
Landgericht Düsseldorf
Neubrückestraße 3
40213 Düsseldorf



Dr. Dieter Renz 40479 DÜSSELDORF
Dr. Rainer Franck Rosenstraße 67
Dr. Markus Lessing* Telefon (0211) 49 27 67
Rechtsanwälte Telefax (0211) 49 27 76

* zugleich Fachanwalt für Strafrecht

RF/A.0496.09

In Sachen
Finestra GmbH ./ Nordrheinische Fensterbau Gesellschaft mbH
- 8 O 138/09 -

Düsseldorf, den 14.07.2009

wird auf die Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 20.05.2009 wie folgt erwidert:

Der Einspruch der Beklagten ist schon nicht statthaft und wäre auch im Übrigen als unzulässig zu verwerfen, da das Versäumnisurteil der Beklagten nach ihren eigenen Angaben bereits am 05.05.2009 zugestellt worden ist. Das Versäumnisurteil ist auch nicht nichtig, weil es von einer Richterin der hier zuständigen 8. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf (Spezialkammer für Bau- und Architektensachen) unterschrieben ist. Vermutlich hat das Gericht lediglich versehentlich den üblichen Einzelrichterbeschluss nicht übersandt. Der Einspruch ist daher bereits als unzulässig zu verwerfen, was die Klägerin ausdrücklich beantragt.

Im Übrigen wäre, wenn die von der Beklagten angenommene Unwirksamkeit des Versäumnisurteils tatsächlich bestünde, dies vorrangig im Wege der Nichtigkeitsklage zu beanstanden, nicht aber durch Einspruch.

Hilfswise verfolgt die Klägerin ihren Anspruch in der Sache natürlich weiter, so dass beantragt wird,

das Versäumnisurteil aufrecht zu erhalten.

Erfreulicherweise kann es nunmehr als unstreitig gelten, dass die von der Beklagten gelieferten und eingebauten Fenster durchgehend mangelhaft sind. Die Beklagte irrt allerdings, da sie von einer Haftung gegenüber der Klägerin nicht schon allein deshalb frei werden kann, weil sich die Klägerin ihrerseits gegenüber dem Schulverein auf den Eintritt der Verjährung berufen könnte. Dazu ist die Klägerin nicht verpflichtet, die Geltendmachung der Verjährung wäre hier sogar schädlich. Der Vorsitzende des Schulvereins ist nämlich gestern – vermutlich infolge des Anrufs des Geschäftsführers der Beklagten – an die Klägerin herantreten und hat die Zahlung von Mängelbeseitigungskosten in Höhe von EUR 32.400,00 Euro für die Fenster gefordert.

Beweis: Zeugnis des Wolf Kremer, Joachimstraße 24, 40545 Düsseldorf

Auf die Verjährung wird sich die Klägerin gegenüber dem Schulverein nicht berufen, da sie in diesem Fall nach Auskunft des Vorsitzenden des Schulvereins äußerst lukrative Folgeaufträge für die Errichtung der Fenster und Türen an der geplanten Turnhalle der Freien Schule in Düsseldorf-Oberkassel nicht erhalten würde. Es wäre ja auch noch schöner, wenn der Beklagten der Ablauf der Verjährungsfrist im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Schulverein zugutekommen würde – schließlich steht fest, dass sie schuldhaft schlecht geleistet hat!


Dr. Franck
Rechtsanwalt

Öffentliche Sitzung des Landgerichts
8. Zivilkammer
Geschäftsnummer: 8 O 138/09

Ort, Datum
Düsseldorf, den 20.01.2010

Gegenwärtig:

Vorsitzender Richter am Landgericht Jonas
als Vorsitzender

Richter am Landgericht Andrews,
Richterin am Landgericht Schau
als Beisitzer

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Auf die Hinzuziehung eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle wurde verzichtet, vorläufig aufgezeichnet auf Tonträger gem. §§ 159, 160a ZPO.

In dem Rechtsstreit

Finestra GmbH ./ Nordrheinische Fensterbau Gesellschaft mbH

erscheinen bei Aufruf der Sache:

1. für die Klägerin Herr Rechtsanwalt Dr. Franck,
2. für die Beklagte Herr Rechtsanwalt Dr. Voss.

Die Kammer gibt vorab bekannt, dass das Versäumnisurteil vom 04.05.2009 ohne einen vorangegangenen Übertragungsbeschluss auf den Einzelrichter ergangen ist.

Auf Nachfrage des Klägervertreters erklärt der Vorsitzende, dass es richtig sei, dass nach dem Geschäftsverteilungsplan des Landgerichts Düsseldorf Spezialkammern für Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen eingerichtet sind, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen bestehen. Bei der 8. Zivilkammer handele es sich um eine solche Baukammer.

Die Kammer teilt mit, dass sie die Akten des selbstständigen Beweisverfahrens zum Aktenzeichen 8 OH 3/05 beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht hat. In dem selbstständigen Beweisverfahren war der Schulverein nicht beteiligt.

Mit den Anwesenden wird zunächst in die Güteverhandlung eingetreten und die Sach- und Rechtslage erörtert.

Das Gericht weist auf Folgendes hin:

Hinweis des LJPA: Von einem Abdruck der Hinweise wird zu Prüfungszwecken abgesehen.

Eine gütliche Einigung der Parteien kommt nicht zustande, weshalb zur streitigen Verhandlung übergegangen wird.

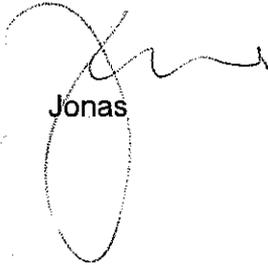
Der Klägervertreter stellt den Antrag aus dem Schriftsatz vom 14.07.2009 (Bl. 6 d.A.).

Der Beklagtenvertreter stellt den Antrag aus dem Schriftsatz vom 20.05.2009 (Bl. 4 d.A.).

B.u.v.:

Termin zur Verkündung einer Entscheidung wird bestimmt auf:

Mittwoch, den 10.02.2010, 12 Uhr, Saal R 102



Jonas

Für die Richtigkeit der
Übertragung vom Tonträger
Kassel
Kassel,
Justizbeschäftigte
als U.d.G.

Vermerk für die Bearbeitung

Die Entscheidung des Gerichts ist vorzuschlagen. Zeitpunkt der Entscheidung ist der

10.02.2010.

Wird ein rechtlicher Hinweis für erforderlich gehalten, so ist zu unterstellen, dass dieser ordnungsgemäß erfolgt ist.

Werden eine richterliche Aufklärung oder eine Beweiserhebung für erforderlich gehalten, so ist zu unterstellen, dass diese ordnungsgemäß erfolgt und ohne Ergebnis geblieben sind.

Von einer Entscheidung über die Kosten, die vorläufige Vollstreckbarkeit und die Zulassung der Berufung ist abzusehen, soweit es sich dabei um Nebenentscheidungen handelt.

Der Bearbeitung ist der geltende Rechtszustand zugrunde zu legen. Übergangsvorschriften sind nicht zu prüfen.

Es ist davon auszugehen, dass die Formalien (Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) in Ordnung sind, soweit sich aus dem Sachverhalt nicht etwas anderes ergibt.

Düsseldorf verfügt über ein Amts- sowie ein Landgericht.

Kalender 2009

Januar

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
1				1	2	3	4
2	5	6	7	8	9	10	11
3	12	13	14	15	16	17	18
4	19	20	21	22	23	24	25
5	26	27	28	29	30	31	

Februar

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
5							1
6	2	3	4	5	6	7	8
7	9	10	11	12	13	14	15
8	16	17	18	19	20	21	22
9	23	24	25	26	27	28	

März

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
9							1
10	2	3	4	5	6	7	8
11	9	10	11	12	13	14	15
12	16	17	18	19	20	21	22
13	23	24	25	26	27	28	29
14	30	31					

April

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
14			1	2	3	4	5
15	6	7	8	9	10	11	12
16	13	14	15	16	17	18	19
17	20	21	22	23	24	25	26
18	27	28	29	30			

Mai

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
18					1	2	3
19	4	5	6	7	8	9	10
20	11	12	13	14	15	16	17
21	18	19	20	21	22	23	24
22	25	26	27	28	29	30	31

Juni

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
23	1	2	3	4	5	6	7
24	8	9	10	11	12	13	14
25	15	16	17	18	19	20	21
26	22	23	24	25	26	27	28
27	29	30					

Juli

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
27			1	2	3	4	5
28	6	7	8	9	10	11	12
29	13	14	15	16	17	18	19
30	20	21	22	23	24	25	26
31	27	28	29	30	31		

August

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
31						1	2
32	3	4	5	6	7	8	9
33	10	11	12	13	14	15	16
34	17	18	19	20	21	22	23
35	24	25	26	27	28	29	30
36	31						

September

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
36		1	2	3	4	5	6
37	7	8	9	10	11	12	13
38	14	15	16	17	18	19	20
39	21	22	23	24	25	26	27
40	28	29	30				

Oktober

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
40				1	2	3	4
41	5	6	7	8	9	10	11
42	12	13	14	15	16	17	18
43	19	20	21	22	23	24	25
44	26	27	28	29	30	31	

November

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
44							1
45	2	3	4	5	6	7	8
46	9	10	11	12	13	14	15
47	16	17	18	19	20	21	22
48	23	24	25	26	27	28	29
49	30						

Dezember

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
49		1	2	3	4	5	6
50	7	8	9	10	11	12	13
51	14	15	16	17	18	19	20
52	21	22	23	24	25	26	27
53	28	29	30	31			

Fest- und Feiertage 2009:

01.01.	Neujahr	31.05./01.06.	Pfingsten
10.04.	Karfreitag	11.06.	Fronleichnam
12./13.04.	Ostern	03.10.	Tag der Deutschen Einheit
01.05.	Maifeiertag	01.11.	Allerheiligen
21.05.	Christi Himmelfahrt	25./26.12.	Weihnachten

Prüfervermerk zur Vortragsakte KV-Nr.: 578

Dieser Vermerk erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Er soll lediglich auf die Probleme hinweisen, die das Prüfungsamt veranlasst haben, die Aufgabe für einen Aktenvortrag auszugeben.

A) Zulässigkeit eines Einspruchs gegen das Versäumnisurteil

Der Einspruch der Beklagten (im Folgenden „B“) gegen das VU dürfte zulässig sein. Er ist gemäß § 338 Satz 1 ZPO statthaft, da das Urteil ein sog. echtes VU ist, das aufgrund des Fehlens einer rechtzeitigen Verteidigungsanzeige gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 ZPO ergangen ist. Dem dürfte auch nicht entgegenstehen, dass das VU durch einen nicht zuständigen (Einzel-) Richter erlassen wurde. Zwar ist gemäß § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO vorrangig die Nichtigkeitsklage zu erheben, wenn das erkennende Gericht – wie hier – nicht vorschriftsmäßig besetzt war. Die geschäftsplanmäßige Spezialzuständigkeit der 8. Kammer des LG Düsseldorf führt gemäß § 348 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) ZPO zur originären Kammerzuständigkeit. In einem solchen Fall setzt eine Entscheidung des Einzelrichters die Übertragung des Rechtstreits auf ihn gemäß § 348a Abs. 1 ZPO voraus, welche vorliegend nicht erfolgt ist. Allerdings dürfte gemäß § 579 Abs. 2 ZPO die Subsidiaritätsklausel greifen, wonach die Nichtigkeitsklage nicht statthaft ist, wenn die Nichtigkeit mittels eines „Rechtsmittels“ geltend gemacht werden könnte, wozu auch der Einspruch zählen dürfte (vgl. Thomas/Putzo-Reichold, ZPO, 30. Aufl. 2009, § 579 Rn. 3). *Auch Kandidaten, die die Anwendbarkeit der Subsidiaritätsklausel verneinen, dürften jedenfalls im Ergebnis nicht dazu kommen, dass das Versäumnisurteil nicht mehr mit einem statthaften Einspruch angegriffen werden kann, da auch aus einem gesetzeswidrigen Versäumnisurteil vollstreckt werden kann, § 719 Abs. 1 Satz 2 ZPO.*

Die Zuständigkeit des LG Düsseldorf ergibt sich aus § 340 Abs. 1 ZPO. Gemäß § 339 Abs. 1 ZPO beträgt die Frist zur Einreichung einer den Anforderungen des § 340 ZPO genügenden Einspruchsschrift zwei Wochen; sie ist eine Notfrist und beginnt mit der zeitlich letzten Zustellung des VU zu laufen, da die Zustellung des Versäumnisurteils gemäß § 310 Abs. 3 ZPO die sonst erforderliche Verkündung ersetzt (vgl. Thomas/Putzo-Reichold, aaO, § 339 Rn. 1). Hier erfolgte die Zustellung des VU zuletzt an die Klägerin (im Folgenden „K“) am 07.05.2009, so dass die Frist gemäß § 222 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB am 08.05.2009 begann und gemäß § 222 Abs. 1 ZPO i.V.m. den §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 i. Alt. BGB mit Ablauf des 21.05.2009 endete, so dass die Einspruchseinlegung am 20.05.2009 noch innerhalb der Gesetzesfrist erfolgte. Der Einspruch ist auch innerhalb der Einspruchsfrist begründet worden.

B) Erfolg des Einspruchs in der Sache

Der zulässige Einspruch hat in der Sache Erfolg, soweit die Klage der K unzulässig oder unbegründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage dürfte zulässig sein. Die sachliche Zuständigkeit des LG dürfte sich aus § 1 ZPO i.V.m. den §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG ergeben, da der Streitwert des Klageanspruchs EUR 5.000,00 übersteigt. Die örtliche Zuständigkeit des LG Düsseldorf folgt aus § 29 Abs. 1 ZPO bzw. den §§ 12, 17 Abs. 1 ZPO.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage dürfte auch begründet sein.

1. K dürfte ein Anspruch auf Schadensersatz gegen B aus den §§ 631, 633 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, 634 Nr. 4, 280, 281 Abs. 1 BGB zustehen.

a) Zwischen den Parteien ist unstreitig unter dem 05.05.2003 ein Werkvertrag i.S.v. § 631 BGB über die Lieferung und den Einbau von 400 Fenstern in der Freien Schule zustande gekommen (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 68. Aufl. 2009, Einf v § 631 Rn. 16, § 651 Rn. 4). Gemäß § 633 Abs. 1 BGB schuldet der Unternehmer eines Werkes grundsätzlich ein mängelfreies und funktionstaugliches Werk. Diese Pflicht hat B dadurch verletzt, dass die von ihr beim Schulverein als Bauherrn eingebauten Fenster undicht und damit gemäß § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB mangelhaft waren. Dem dahingehenden Vortrag der K ist B nicht entgegengetreten, so dass dieser Vortrag gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt. Auch bei Rechtstatsachen (hier die Mangelhaftigkeit des Werkes) bewirkt das Nichtbestreiten, dass das Gericht von ihrem Vorliegen ausgehen kann (vgl. Zöller-Greger, 27. Aufl. 2009, § 138 Rn. 11 a – *Kommentar liegt den Kandidaten nicht vor*). *Auf die Frage der Abnahme und die damit verbundene Folgen für die Beweislast kommt es in diesem Zusammenhang daher nicht an.*

Der gemäß den §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich erforderliche fruchtlose Ablauf einer gesetzten Nacherfüllungsfrist dürfte hier entbehrlich sein, da B die Nacherfüllung endgültig verweigert hat, § 281 Abs. 2 BGB. Mangels eines Entlastungsbeweises der B ist nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB davon auszugehen, dass diese die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

K kann den Schadensersatzanspruch auch nach den Kosten berechnen, die für eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung erforderlich sind (vgl. BGH NJW 2007, 2695 – *Urteil liegt den Kandidaten nicht vor*).

b) Fraglich dürfte jedoch sein, ob sich K den **Vorteil anrechnen** lassen muss, der dadurch entsteht, dass sie von ihrem Vertragspartner, dem Schulverein, nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Der Anspruch ist nämlich im Verhältnis zwischen dem Schulverein und K verjährt, weil beide bei Abschluss des Vertrages unstreitig eine Verjährungsabrede von fünf Jahren nach Abnahme für Gewährleistungsansprüche an den Fenstern und Türen getroffen haben. Die Abnahme erfolgte hier ausweislich des Begehungsprotokolls mit Abnahmebescheinigung am 30.07.2003 mit der Folge, dass mit Ablauf des 30.07.2008 Verjährung gemäß § 214 Abs. 1 BGB eingetreten ist. Da die Verjährung in einem Rechtsstreit zwischen dem Schulverein und K jedoch nicht von Amts wegen zu berücksichtigen wäre, sondern von K einredeweise geltend gemacht werden müsste, ist fraglich, ob sie sich im Verhältnis zu B diese Einredemöglichkeit anrechnen lassen muss. Die Vorteilsanrechnung, die grundsätzlich auf jede Art des Schadensersatzanspruchs anwendbar ist (vgl. Palandt-Heinrichs, aaO, vor § 249 Rn. 124), setzt voraus, dass zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Vorteil ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Außerdem muss die Anrechnung des Vorteils mit dem jeweiligen Zweck des Schadensersatzes übereinstimmen, d.h. sie muss dem Geschädigten zuzumuten sein und darf den Schädiger nicht unangemessen entlasten (Palandt-Heinrichs, aaO, Vorb v § 249 Rn. 120 mwN). Liegen diese Voraussetzungen vor, wird der Vorteil vom Ersatzanspruch abgezogen, ohne dass es einer Gestaltserklärung des Schädigers bedarf (vgl. Palandt-Heinrichs, aaO, Vorb v § 249 Rn. 123).

aa) Ein **adäquater Kausalzusammenhang** zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Vorteil dürfte hier bestehen. In den Fällen der werkvertraglichen Leistungskette dürfte es im Bereich des Möglichen und Üblichen sein, dass der durch mangelhafte Leistung seines Lieferanten Geschädigte bei der Abwicklung der Mängelansprüche mit seinem Auftraggeber Vorteile erlangt. Mangels einer vertraglichen Beziehung zwischen B und dem Schulverein richtet sich die mögliche finanzielle Einbuße, die K durch den von B verursachten Mangel erleidet, danach, in welchem Umfang sie vom Schulverein in Anspruch genommen wird. K ist wirtschaftlich betrachtet lediglich Zwischenstation innerhalb der werkvertraglichen Leistungskette von B über K zum Schulverein als Bauherrn.

bb) Die Anrechnung des Vorteils „Einredemöglichkeit“ dürfte K im vorliegenden Fall jedoch nicht **zuzumuten** sein. Zwar dürfte es nach Treu und Glauben angemessen erscheinen, den Rechtsgedanken der Vorteilsanrechnung heranzuziehen, wenn ein Werkunternehmer durch den ihm gegen den Lieferanten zustehenden Schadensersatzanspruch einen Vorteil erlangen würde, weil der Bauherr trotz Mängeln am Werk wegen des Verjährungseintritts endgültig keine Ansprüche gegen den Werkunternehmer erhebt (vgl. BGH NJW 2007, 2697; Palandt-Heinrichs, Vorb v § 249 Rn. 128; a.A. noch: BGH NJW 1977, 1819 – *Urteile liegen den Kandidaten nicht vor*). Denn im Bereich des Schadensrechts soll der Geschädigte aufgrund des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots grundsätzlich nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde (vgl. BGH NJW 2007, 2697 – *Urteil liegt den Kandidaten nicht vor*). Vorliegend hat K auch die Möglichkeit, sich gegenüber dem Schulverein erfolgreich auf den Verjährungseintritt zu berufen. In diesem Fall müsste sie jedoch wirtschaftliche Nachteile hinnehmen, da das Risiko bestünde, lukrative Folgeaufträge nicht zu erhalten. Dieser Umstand dürfte für K nicht hinnehmbar sein.

Der BGH hat diese Konstellation – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden, jedoch in einer Folgeentscheidung (NJW 2008, 3359 – Urteil liegt den Kandidaten nicht vor) deutlich gemacht, dass eine Vorteilsanrechnung in Fällen der Leistungskette nicht schematisch vorgenommen werden dürfe. Mit entsprechender Begründung dürfte auch die gegenteilige Ansicht gut vertretbar sein (vgl. Palandt-Heinrichs, aaO, Vorb v § 249 Rn. 123, wonach der Vorteil auch dann anzurechnen ist, wenn der Geschädigte ihn aus eigenem Willensentschluss heraus nicht realisiert). Letztlich hängt die Entscheidung davon ab, wer „Glück“ haben soll: der Lieferant, obwohl er schuldhaft schlecht geleistet hat, oder die Mittelsperson, obwohl diese das Entstehen eines Nachteils bei sich verhindern könnte (vgl. Schiemann NJW 2007, 3037 – Fundstelle liegt den Kandidaten nicht vor).

2. Der geltend gemachte Zinsanspruch ergibt sich aus den §§ 288 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB.