

**Name:**

**KV-Nr.: 1224**

Die Aufgabe besteht (ohne Deckblatt) aus 8 Blatt und ist vollständig durchnummeriert.

Ein Blatt Kalender (I) ist beigefügt.

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

Der Name ist in das dafür vorgesehene Feld einzutragen.

## Rechtsanwälte und Notare

---

Zweigertstraße 37/41, 45130 Essen (Postfach 10 23 51), Fernruf-  
Sammel-Nr.: (0201) 72 36 80

KLAUS-DIETER BERGNER, NOTAR  
DR. PAUL RIESTER, NOTAR  
JOHANN SONNBERG<sup>1</sup>, NOTAR  
ULRICH RÖSNER, NOTAR  
ELIAS de ANGELIS<sup>2</sup>, NOTAR  
JÖRG THADDÄUS  
ANNA BERGNER  
STEFAN SONNBERG  
KATHARINA BERGNER

Fachanwalt für Arbeitsrecht<sup>1</sup>  
Fachanwalt für Familienrecht<sup>2</sup>

Sachbearbeiter: **RAin Bergner**  
Sekretariat: **Frau Manning**  
Durchwahl: **(0201) 72 36 847**  
Telefax: **(0201) 79 78 44**

Essen, den **11.12.2014**

### 1. Vermerk:

Heute, am 11.12.2014, erscheint nach Terminabsprache Herr Ernst Braun und überreicht folgende Unterlagen:

- Kopie eines Versäumnisurteils des LG Essen vom 28.10.2014 (**Anlage 1**),
- Kopie der Klageschrift vom 06.10.2014 nebst Anlagen (**Anlage 2**),
- Kopie der gerichtlichen Verfügung über die Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens vom 08.10.2014 (**Anlage 3**),
- Kopie einer Postzustellungsurkunde vom 31.10.2014 (**Anlage 4**),
- Kopie eines Schreibens des Klägers vom 02.07.2014 nebst beigefügtem Privatgutachten vom 02.05.2014 (**Anlage 5**),
- Kopie eines Schreibens des Klägers vom 01.08.2014 (**Anlage 6**).

Herr Braun erklärt sodann:

"Ich bin Gesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der Autohaus Braun GmbH. Wir bieten ausschließlich Pkw der Luxusklasse, insbesondere Daimler, BMW und Porsche, an.

Durch Versäumnisurteil vom 28.10.2014, das ich Ihnen in Kopie mitgebracht habe (**Anlage 1**), ist die Gesellschaft zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 55.000,00 € verurteilt worden.

Von dem Urteil habe ich - ebenso wie alle anderen Mitarbeiter - erst gestern erfahren, als ich Herrn Lister - das ist der Kläger - zufällig auf der Straße traf und er zu mir meinte, dass ich die ganze Sache auch billiger hätte haben können. Auf meine verduzte Nachfrage erläuterte Herr Lister mir, dass er zwischenzeitlich ein Versäumnisurteil gegen das Autohaus erwirkt habe, aus dem er nunmehr vollstrecken werde. Eine vollstreckbare Ausfertigung habe seine Rechtsanwältin bereits beantragt und wohl zwischenzeitlich auch erhalten. Nunmehr müsse ich also auch noch die ganzen Gerichts- und Rechtsanwaltskosten zahlen. Aber das sei ja meine Sache, da er mich ja aufgefordert habe, freiwillig zu zahlen. Ich bin daraufhin sofort zum Landgericht Essen gefahren. Dort konnte ich Folgendes feststellen:

Das Versäumnisurteil ist der GmbH angeblich am 31.10.2014 zugestellt worden, und zwar, wie sich aus der Zustellungsurkunde (**Anlage 4**) ergibt, durch Übergabe an einen in unseren Geschäftsräumen Beschäftigten mit dem Namen „Marco“. Das stimmt aber nicht. Ich habe gestern mit allen Mitarbeitern, die an dem fraglichen

Tag in dem Betrieb tätig waren, gesprochen. Keiner hat das Versäumnisurteil je gesehen, geschweige denn entgegen genommen. Einen Mitarbeiter mit dem Vor- oder Nachnamen „Marco“ gibt es bei uns nicht. Es gibt auch im Gebäude keine Pförtnerloge, wo Post abgegeben werden könnte. Vielmehr muss für uns persönlich abzugebende Post immer in den Geschäftsräumen selbst übergeben werden.

In der Akte habe ich neben dem Ihnen bereits überreichten Versäumnisurteil und der Postzustellungsurkunde außerdem das Original der Klageschrift (**Anlage 2**) gefunden sowie eine Anordnung des zuständigen Richters (**Anlage 3**). Ich habe beides kopiert und heute auch mitgebracht. Beides soll uns durch Einwurf in den Geschäftsbriefkasten am 09.10.2014 zugestellt worden sein. Nachdem ich die Sekretärin hierzu befragt habe, hat sie sich daran erinnert, dass sie tatsächlich am 09.10.2014 einen gelben Briefumschlag aus dem Briefkasten genommen habe. Sie habe ihn mir nachmittags zusammen mit einem Stapel anderer Post, und zwar Werbebriefen, ungeöffnet auf den Schreibtisch gelegt. Weil ich am nächsten Morgen sehr früh in den Urlaub fahren wollte, habe ich die Post wohl nicht mehr sorgfältig genug gesichtet, sondern insgesamt als überflüssiges Papier entsorgt. Das ärgert mich im Nachhinein natürlich sehr.

Was den Inhalt der Klageschrift angeht, muss ich sagen, dass der grundsätzliche zeitliche Ablauf der Geschehnisse, also der Kaufvertragsabschluss und der Übergabezeitpunkt, schon richtig dargestellt wird. Es ist aber nicht richtig, dass der Pkw bei der Übergabe am 06.12.2011 einen Mangel aufwies. Vielmehr wurde das Fahrzeug von uns in einem tadellosen Zustand übergeben. Erst etwa vier Monate später wurde Herr Lister dann bei uns vorstellig und hat eine Undichtigkeit am Fahrzeugdach reklamiert. Obwohl ich mir sicher war, dass der Mangel anfänglich nicht vorhanden war, haben wir uns aus Kulanzgründen schließlich zur Reparatur des Fahrzeugs bereit erklärt. Wir wollten den Herrn Lister ja nicht verprellen. Immerhin kauft der seit 20 Jahren seine Fahrzeuge bei uns, wodurch wir nicht unerhebliche Beträge eingenommen haben. Einen so guten Kunden wollte ich natürlich nicht verlieren. Deshalb hat mich mein Mitarbeiter Herr Clemens Weyer ja auch hinzu gerufen, als Herr Lister am 12.04.2012 mit seiner Reklamation bei uns auftauchte. Herr Weyer hat dem Herrn Lister nämlich zunächst entsprechend der bei uns üblichen Gepflogenheiten erklärt, dass das Fahrzeug erst geprüft werde und wir uns sodann dazu äußern, ob es sich insoweit um einen Gewährleistungsfall handelt. Das fand Herr Lister aber offensichtlich gar nicht lustig. Er wurde ziemlich laut und beharrte darauf, dass das bei einem so guten Kunden, wie er einer sei, ja wohl nicht sein könne. Herr Weyer rief mich daher dazu. Aus vorgenannten Gründen erklärte ich Herrn Lister, dass wir uns selbstverständlich sofort um sein Problem kümmern würden, da uns seine Zufriedenheit sehr wichtig sei. Wir führten die Reparaturen sodann unentgeltlich durch. Es ging ja nur um relativ geringe Reparaturkosten im Verhältnis zum Kaufpreis. Entsprechend sind wir dann auch bei der nachfolgenden Reparatur, die zeitlich in der Klageschrift zutreffend dargestellt wird, vorgegangen."

#### Auf Nachfrage:

"Selbstverständlich kann Herr Weyer den Ablauf des Gesprächs mit dem Herrn Lister am 12.04.2012 bestätigen. Weitere Personen waren nicht zugegen."

#### Auf weitere Nachfrage:

"Herr Lister ist als Anlageberater selbstständig. Für seine Tätigkeit - er sucht seine Kunden teilweise Zuhause auf - erwirbt er die Fahrzeuge seit jeher bei uns. Diese erhalten regelmäßig auch einen entsprechenden Werbeaufdruck."

Nach der zweiten Reparaturmaßnahme im März 2014 habe ich erst einmal nichts mehr von Herrn Lister gehört.

Am 04.07.2014 erhielt ich dann plötzlich ein Schreiben vom 02.07.2014 (**Anlage 5**). In diesem setzte Herr Lister der Gesellschaft eine Frist bis zum 18.07.2014 zwecks Behebung der von ihm erneut gerügten Undichtigkeiten. Diesem Schreiben war ein von Herrn Lister offensichtlich privat eingeholtes Sachverständigengutachten vom 02.05.2014 beigelegt. Angesichts der harschen und unfreundlichen Formulierungen in diesem Schreiben hatte ich nun auch kein Interesse mehr daran, Herrn Lister als Kunden zu behalten, zumal dieser ohnehin nicht den Eindruck machte, auch in der Zukunft bei uns noch einmal ein Fahrzeug erwerben zu wollen. Das beigelegte Gutachten gibt zudem nicht den Zustand des Fahrzeugs bei Auslieferung wieder und lässt meines Erachtens insoweit auch keine sicheren Rückschlüsse zu. Ich habe auf dieses Schreiben dann einfach gar nicht reagiert. Am 02.08.2014 kam dann ein Schreiben vom 01.08.2014 (**Anlage 6**), in dem Herr Lister erklärte, dass er nun an dem Fahrzeug kein Interesse mehr habe, weshalb er die Rückabwicklung des Vertrages bis zum 15.08.2014 begehre. Auch damit war ich nicht einverstanden und rührte mich deshalb wieder nicht.

Es kann doch nicht sein, dass ich nach so langer Zeit noch für irgendwelche Fehler einstehen muss. Ich habe ja schon gesagt, dass ich sogar davon ausgehe, dass die von Herrn Lister gerügten Mängel nicht einmal vorhanden waren, als wir ihm das Fahrzeug am 06.12.2011 übergeben haben. Ich hoffe auch nicht, dass sich irgendwelche Gewährleistungsfristen verlängert haben, nur weil sich das Fahrzeug zwischenzeitlich mehrmals bei uns in der Werkstatt zur Reparatur befand. Insbesondere wollte ich auch durch die Durchführung der Reparaturen keine rechtsverbindlichen Erklärungen abgeben. Ich habe das wirklich nur gemacht, um Herrn Lister zufrieden zu stellen und ihn nicht als Kunden zu verlieren. Ich denke, dass ich das auch hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht habe.

Ich bitte Sie, die Angelegenheit so schnell wie möglich zu bearbeiten und zu prüfen, ob wir uns noch mit irgendwelchen Mitteln gegen das Urteil wehren können, und wenn ja, ob das in der Sache Aussicht auf Erfolg hat."

**2. Neues Mandat eintragen und mit der unterschriebenen Vollmacht und den übergebenen Unterlagen eine neue Akte anlegen. Vergütungsvorschuss anfordern.**

2+3. et  
1112114  
W

**3. Wv.: sofort**

Bergner

Bergner  
(Rechtsanwältin)

**Hinweis des LJPA:** Vom Abdruck der von dem Mandanten ordnungsgemäß erteilten Vollmacht wird ebenso abgesehen wie vom Abdruck der Anlagen 3 - 6.

Hinsichtlich der Anlage 3 ist davon auszugehen, dass es sich um eine gerichtliche Verfügung handelt, mit der - unter Beifügung einer ordnungsgemäßen Belehrung i.S.d. § 276 Abs. 2 ZPO - gemäß §§ 272 Abs. 2, 2. Alt., 276 Abs. 1 ZPO das schriftliche Vorverfahren angeordnet und der Beklagten eine Frist zur Anzeige der Verteidigungsbereitschaft binnen zwei Wochen ab Zustellung der Klageschrift und von weiteren zwei Wochen zur Erwiderung auf die Klageschrift gesetzt wurde.

Weiter ist davon auszugehen, dass die Anlagen 4 - 6 den vorgetragenen Inhalt haben und im Übrigen keine für die Fallbearbeitung relevanten Informationen enthalten.

**Kopie**

14 O 450/14

**Anlage 1**

Verkündet durch Zustellung

an

Kl.-Vertr.: 31.10.2014

Bekl.-Vertr.: 31.10.2014

Klönen

als Urkundsbeamte der

Geschäftsstelle

**LANDGERICHT ESSEN****IM NAMEN DES VOLKES****VERSÄUMNISURTEIL**

In dem Rechtsstreit  
des Herrn Ingo Lister, Assmannweg 5, 45141 Essen

Klägers,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Brauckmann, Wetzlarer Weg 24, 40229 Düsseldorf -

gegen

die Autohaus Braun GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Herrn Ernst Braun, Ottilienstraße 15, 45127 Essen,

Beklagte,

hat die 14. Zivilkammer des Landgerichts Essen  
im schriftlichen Vorverfahren am 28.10.2014  
durch den Richter am Landgericht Körner als Einzelrichter  
für Recht erkannt:

**Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 55.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.10.2014 zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Pkw Daimler Benz SL 350, Fahrzeug-Identitätsnummer WDB2508792F097884.**

**Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkw Daimler Benz SL 350, Fahrzeug-Identitätsnummer WDB2508792F097884 in Annahmeverzug befindet.**

**Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.**

**Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.**

Körner  
Richter am Landgericht

**Kopie**

**FRIEDERIKE BRAUCKMANN**  
RECHTSANWÄLTIN

Wetzlarer Weg 24  
40229 Düsseldorf

Tel. (0211) 22 61 27  
Fax (0211) 21 83 77

Bankverbindung:  
Kreissparkasse Düsseldorf  
Kto.-Nr. 110567432  
(BLZ 301 502 00)

Düsseldorf, den 06.10.2014

RA'in Friederike Brauckmann, Wetzlarer Weg 24, 40229 Düsseldorf

**Anlage 2**

Landgericht Essen  
Eing. 07.10.2014  
3 fach ..... Bd. .... Heft  
4 Anl. .... EUR Kostenm.  
Klage

An das  
Landgericht Essen  
Zweigertstraße 52  
45130 Essen

14 0 450/14

des Herrn Ingo Lister, Assmannweg 5, 45141 Essen,

Klägers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Brauckmann, Wetzlarer Weg 24, 40229 Düsseldorf

gegen

die Autohaus Braun GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Herrn Ernst Braun, Ottilienstraße 15, 45127 Essen,

Beklagte,

wegen: Rückabwicklung Kaufvertrag.

Streitwert (vorläufig): bis 65.000,00 €.

Namens und in Vollmacht des Klägers erhebe ich Klage und werde beantragen:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 55.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Pkw Daimler Benz SL 350, Fahrzeug-Identitätsnummer WDB2508792F097884.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkw Daimler Benz SL 350, Fahrzeug-Identitätsnummer WDB2508792F097884 in Annahmeverzug befindet.

Soweit die Voraussetzungen des § 331 Abs. 3 ZPO vorliegen, beantrage ich bereits jetzt, durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

**Begründung:**

Der Kläger macht aufgrund von Mängelansprüchen mit der vorliegenden Klage den Rücktritt von einem zwischen ihm und der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag geltend.

Am 01.12.2011 schlossen die Parteien einen Kaufvertrag über den im Klageantrag bezeichneten Pkw zu einem Kaufpreis von 75.000,00 €.

**Beweis:** Kopie des Kaufvertrages vom 01.12.2011 (Anlage K1)

Etwa eine Woche später, am 06.12.2011, wurden der Pkw übergeben und der Kaufpreis entrichtet. Das Fahrzeug war jedoch mangelhaft. Es traten Undichtigkeiten bei diesem Cabrio-Fahrzeug mit einem sog. Vario-Dach auf, die wiederholt gegenüber der Beklagten gerügt wurden. Diese führte mehrfach Nachbesserungsarbeiten aus, die letztlich aber nicht zu dem gewünschten Erfolg führten.

**Beweis:** Zeugnis der Frau Klara Lister, zu laden über den Kläger  
Zeugnis des Herrn Dipl.-Ing. Klaus Döring, Millrather Weg 15, 40699 Erkrath  
Einholung eines Sachverständigengutachtens

Zum Zwecke der Durchführung der Nachbesserungsarbeiten befand sich der Pkw in folgenden Zeiträumen in der Werkstatt der Beklagten:

- 12.04.2012 - 16.04.2012 (4 Tage)
- 25.03.2014 - 28.03.2014 (3 Tage)

**Beweis:** Zeugnis der Frau Klara Lister, b.b.  
Vernehmung des Geschäftsführers der Beklagten als Partei

Nachdem Anfang April 2014 erneut ein erheblicher Wassereintritt in den Fahrgastraum auftrat, entschloss sich der Kläger, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Dieses ergab, dass weiterhin Undichtigkeiten insbesondere im Übergang der linken A-Säule zum Vario-Dach, im Dichtungsbereich der rechten Türscheibe zur Seitenscheibe sowie links und rechts im Bereich der Kofferraumdeckeldichtung bestanden. Der Sachverständige hielt den Austausch der betroffenen Dichtungen sowie verschiedene Einstellarbeiten für erforderlich. Die Mängelbeseitigungskosten bezifferte er auf netto 1.812,57 €.

**Beweis:** Kopie des Gutachtens vom 02.05.2014 (Anlage K2)  
Zeugnis des Herrn Dipl.-Ing. Klaus Döring, b.b.  
Einholung eines Sachverständigengutachtens

Mit Schreiben vom 02.07.2014 forderte der Kläger die Beklagte erneut und letztmalig unter Übersendung einer Kopie des Sachverständigengutachtens vom 02.05.2014 zur Mängelbeseitigung bis zum 18.07.2014 auf.

Beweis: Nachdruck des Schreibens vom 02.07.2014 (Anlage K3)

Eine Reaktion der Beklagten hierauf erfolgte nicht. Daher erklärte der Kläger mit Schreiben vom 01.08.2014 den Rücktritt vom Kaufvertrag und verlangte dessen Rückabwicklung bis zum 15.08.2014.

Beweis: Nachdruck des Schreibens vom 01.08.2014 (Anlage K4)

Nachdem die Beklagte auch hierauf nicht reagierte, ist nunmehr die klageweise Geltendmachung des Anspruchs geboten.

Unter Berücksichtigung der Nutzungsvorteile wegen der vom Kläger mit dem Pkw gefahrenen Kilometer (20.000 km), die von der ursprünglichen Kaufpreiszahlung in Abzug zu bringen sind, ergibt sich der klageweise geltend gemachte Forderungsbetrag.

Dem Kläger, der das Fahrzeug für seine selbstständige berufliche Tätigkeit als Anlageberater erwarb, steht der geltend gemachte Rückabwicklungsanspruch zu. Die Undichtigkeiten an dem im Klageantrag bezeichneten Pkw lagen von Anfang an und während der gesamten Vertragsdauer vor.

Die verschiedenen Versuche, die Mängel zu beheben, führten zu keinem Erfolg. Auf eine letztmalige Fristsetzung reagierte die Beklagte gar nicht mehr.

Etwasige Einwendungen oder Einreden der Beklagten sind weder ersichtlich noch geltend gemacht.

Nach alledem ist der Klage stattzugeben.

*Brauckmann*  
Brauckmann  
Rechtsanwältin

**Hinweis des LJPA:** Vom Abdruck der Anlagen wird abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass diese der Klageschrift beigelegt sind und den angegebenen Inhalt haben. Hinsichtlich der Anlage K2 ist zudem davon auszugehen, dass diese dem der Mandantin im Rahmen des Schreibens vom 02.07.2014 übersandten Gutachten entspricht. Die Anlage K3 entspricht der von der Mandantin überreichten Anlage 5 und die Anlage K4 der überreichten Anlage 6. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die Klageforderung rechnerisch richtig ermittelt wurde und der Höhe nach zutreffend ist.

### Vermerk für die Bearbeitung

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

11.12.2014.

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

Sollte eine weitere anwaltliche Sachverhaltsaufklärung für erforderlich gehalten werden, so ist zu unterstellen, dass die Mandantschaft keine weiteren Angaben machen kann, die über die im Vermerk vom 11.12.2014 gemachten hinausgehen.

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

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

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

Die Ottilienstraße und der Assmannweg liegen im Bezirk des Amts- und Landgerichts Essen sowie des Oberlandesgerichts Hamm.

## Kalender 2014

Januar								Februar							März								
Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So		Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So		Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So	
1		1	2	3	4	5	5						1	2	9						1	2	
2	6	7	8	9	10	11	12	6	3	4	5	6	7	8	9	10	3	4	5	6	7	8	9
3	13	14	15	16	17	18	19	7	10	11	12	13	14	15	16	11	10	11	12	13	14	15	16
4	20	21	22	23	24	25	26	8	17	18	19	20	21	22	23	12	17	18	19	20	21	22	23
5	27	28	29	30	31			9	24	25	26	27	28			13	24	25	26	27	28	29	30
																14	31						
April								Mai							Juni								
Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So		Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So		Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So	
14		1	2	3	4	5	6	18				1	2	3	4	22							1
15	7	8	9	10	11	12	13	19	5	6	7	8	9	10	11	23	2	3	4	5	6	7	8
16	14	15	16	17	18	19	20	20	12	13	14	15	16	17	18	24	9	10	11	12	13	14	15
17	21	22	23	24	25	26	27	21	19	20	21	22	23	24	25	25	16	17	18	19	20	21	22
18	28	29	30					22	26	27	28	29	30	31		26	23	24	25	26	27	28	29
																27	30						
Juli								August							September								
Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So		Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So		Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So	
27		1	2	3	4	5	6	31					1	2	3	35	1	2	3	4	5	6	7
28	7	8	9	10	11	12	13	32	4	5	6	7	8	9	10	36	8	9	10	11	12	13	14
29	14	15	16	17	18	19	20	33	11	12	13	14	15	16	17	37	15	16	17	18	19	20	21
30	21	22	23	24	25	26	27	34	18	19	20	21	22	23	24	38	22	23	24	25	26	27	28
31	28	29	30	31				35	25	26	27	28	29	30	31	39	29	30					
Oktober								November							Dezember								
Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So		Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So		Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So	
40		1	2	3	4	5	44						1	2	48	1	2	3	4	5	6	7	
41	6	7	8	9	10	11	12	45	3	4	5	6	7	8	9	49	8	9	10	11	12	13	14
42	13	14	15	16	17	18	19	46	10	11	12	13	14	15	16	50	15	16	17	18	19	20	21
43	20	21	22	23	24	25	26	47	17	18	19	20	21	22	23	51	22	23	24	25	26	27	28
44	27	28	29	30	31			48	24	25	26	27	28	29	30	52	29	30	31				

### Fest- und Feiertage 2014:

01.01.	Neujahr	08./09.06.	Pfingsten
18.04.	Karfreitag	19.06.	Fronleichnam
20./21.04.	Ostern	03.10.	Tag der Deutschen Einheit
01.05.	Maifeiertag	01.11.	Allerheiligen
29.05.	Christi Himmelfahrt	25./26.12.	Weihnachten

## Prüfervermerk zur Vortragsakte KV-Nr. 1224

Dem Vortrag liegt das Verfahren LG Münster, 11 O 230/09, nachfolgend OLG Hamm, 2 U 156/10, zugrunde. Dieser Vermerk erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Er soll lediglich auf die Probleme hinweisen, die das Prüfungsamt veranlasst haben, die Aufgabe als Aktenvortrag auszugeben.

**A. Mandantenbegehren:** Nach dem Begehren der Mandantin (B) dürften die Erfolgsaussichten eines Vorgehens gegen das Versäumnisurteil (VU) des LG Essen vom 28.10.2014 zu prüfen sein.

**B. Gutachten: I. Zulässigkeit des Einspruchs gegen das VU: Statthafter Rechtsbehelf** gegen das VU dürfte der Einspruch sein, § 338 S. 1 ZPO. Problematisch könnte sein, dass das VU ausweislich der Postzustellungsurkunde (PZU) bereits am 31.10.2014 zugestellt worden sein soll, d.h. die **Einspruchsfrist** von 2 Wochen ab Zustellung gemäß § 339 I ZPO könnte jetzt (11.12.2014) bereits abgelaufen sein. Voraussetzung für den Beginn der Einspruchsfrist ist aber eine wirksame **Zustellung**, § 166 I ZPO (Thomas/Putzo-Reichold, ZPO, 35. Aufl. 2014, § 339 Rn.1). Im Rahmen der Zustellung ist auf die formgerechte Bekanntgabe abzustellen, nicht auf deren Beurkundung (§ 182 ZPO), die nur dem Nachweis dient (Thomas/Putzo-Hüßtege, aaO, § 166 Rn.1).

Ausweislich der Angaben in der PZU soll das VU an eine in den Geschäftsräumen der B beschäftigte Person mit Namen "Marco" zugestellt worden sein. Diese (**Ersatz-)Zustellung** gemäß § 178 I Nr. 2 ZPO setzt allerdings voraus, dass es sich bei dem Entgegennehmenden um eine in den Geschäftsräumen der B beschäftigte Person gehandelt hätte (vgl. BGH, NJW 2004, 2386). Nach den Angaben der B hat jedoch niemand der Mitarbeiter das VU entgegengenommen, dessen Verbleib ist ungeklärt geblieben. B wird sich auf die Unwirksamkeit der Zustellung am 31.10.2014 auch berufen können, obwohl über die Zustellung eine Urkunde gemäß § 182 ZPO angefertigt worden ist. Denn die Beweiskraft dieser öffentlichen Urkunde gemäß § 418 I ZPO reicht nur so weit, wie gewährleistet ist, dass die zur Beurkundung berufene Amtsperson die Tatsache aufgrund eigener Wahrnehmung zutreffend festgestellt hat. Außerhalb dieses Bereichs liegende Umstände, wie z.B., ob die Person, die das Schriftstück entgegengenommen hat, beim Adressaten beschäftigt ist, werden nicht erfasst (vgl. Thomas/Putzo-Hüßtege, aaO, § 182 Rn.1; BGH, aaO). Insoweit liegt nur ein erhebliches Beweisanzeichen vor, dass die Form der Zustellung gewahrt wurde. Dieses Beweisanzeichen kann der Adressat durch eine plausible und schlüssige Darstellung von Tatsachen entkräften, aus denen folgt, dass die Person, der das Schriftstück übergeben wurde, nicht zu seinen Bediensteten gehört (BGH, aaO; Thomas/Putzo-Hüßtege, aaO). Dies dürfte voraussichtlich durch den Vortrag, dass B einen Mitarbeiter namens „Marco“ nicht beschäftigt und keiner der am 31.10.2014 tätigen Mitarbeiter, die allesamt namentlich zu benennen sein dürften, das VU entgegengenommen hat, gelingen. B wird außerdem vortragen müssen, dass niemand sonst beauftragt ist, Post entgegen zu nehmen. Auch bei Vernehmung des Postzustellers würde dieser wohl nicht bezeugen können, dass die Person, der er die Sendung ausgehändigt hat, tatsächlich ein Bediensteter der B ist, sondern allenfalls, dass sich der Empfänger als solcher bezeichnet hat.

Eine **Heilung** des Zustellungsmangels gemäß § 189 ZPO kommt bisher nicht in Betracht, obwohl B (vermittelt durch ihren Geschäftsführer - GF -) von dem VU tatsächlich Kenntnis erhalten hat. Denn § 189 ZPO setzt voraus, dass das zuzustellende Dokument in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Kopie der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war, so zugegangen ist, dass sie es behalten kann – es genügt nicht, wenn sie lediglich anderweitig, z.B. durch Akteneinsicht, Kenntnis vom Inhalt erhält (vgl. OLG Brandenburg, Urf. v. 5.3.2008, Az. 3 U 13/07, juris; Thomas/Putzo-Hüßtege, aaO, § 189 Rn.7 f.). Das eigentlich zuzustellende Dokument (die für B bestimmte Ausfertigung des VU) ist jedoch nicht mehr auffindbar. Die Zustellung einer anderen Ausfertigung ist bisher nicht erfolgt; vielmehr hat der GF der B lediglich die in der Akte befindliche Urschrift selbst kopiert.

Mangels wirksamer Zustellung hat die zweiwöchige Einspruchsfrist bisher nicht begonnen; das VU ist bisher auch **nicht existent**, da die letzte Amtszustellung noch nicht bewirkt worden ist (§ 310 III ZPO; vgl. BGH, NJW 1994, 3359). Auch gegen ein noch nicht zugestelltes und deswegen an sich noch nicht existentes VU im schriftlichen Vorverfahren ist aber bereits der **Rechtsbehelf des Einspruchs statthaft**, um den **Rechtsschein** zu beseitigen (Thomas/Putzo-Reichold, aaO, § 339 Rn.1), jedenfalls dann, wenn wie hier bereits eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt worden ist (BGH, aaO). *Ein Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Verteidigungsanzeige dürfte nicht Erfolg versprechend sein (vgl. dazu Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 276 Rn.10a). Die versehentliche, stressbedingte Entsorgung der ungelesenen Klageschrift dürfte jedenfalls als leicht fahrlässig zu werten sein. Das Verschulden ihres GF dürfte B auch zuzurechnen sein (§ 51 II ZPO).*

**II. Sachentscheidung nach Einspruch:** Die **zulässige** Klage dürfte **unbegründet** sein, da B sich im Ergebnis jedenfalls mit Erfolg auf die **Einrede der Verjährung** berufen kann, sodass K kein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages nach **Rücktritt** gemäß §§ 434, 437 Nr. 2, 440, 323 iVm 346 ff. BGB zustehen dürfte.

Zwar dürften die Parteien unstreitig am 01.12.2011 einen Kaufvertrag iSd §§ 433 ff. BGB geschlossen haben. Der Pkw - ein Neuwagen aus dem Luxussegment - dürfte angesichts der Undichtigkeit am Fahrzeugdach auch jedenfalls iSv § 434 I 2 Nr. 2 BGB mangelhaft sein. Fraglich könnte aber sein, ob dieser Mangel bereits bei **Gefahrübergang**, d.h. bei Übergabe der Sache am 06.12.2011 vorlag (vgl. § 446 BGB). Dies dürfte - nach den Angaben des GF der B im Rahmen des Mandantengesprächs - hier streitig sein. **Darlegungs- und beweisbelastet** für diese **anspruchsbegründende Tatsache** ist K. Diesem dürfte - da er die Sache in seiner Eigenschaft als Unternehmer iSv § 14 BGB erworben hat - insbesondere nicht die **Beweislastumkehr aus § 476 BGB** zugutekommen. Zwar hat K insoweit Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten, doch dürften angesichts des nicht unerheblichen Zeitablaufs Beweisprobleme (exakte Datierung des erstmaligen Auftretens des Mangels) nicht unwahrscheinlich sein. Mithin dürfte jedenfalls von einem gewissen Beweisrisiko auf Seiten des K auszugehen sein. Die besonderen Voraussetzungen des geltend gemachten Sekundärrechts - hier Rücktritt - dürften zwar wiederum vorliegen. Dies betrifft namentlich die **Rücktrittserklärung** nach § 349 BGB (hier Schreiben vom 01.08.2014) sowie die **vorrangige Fristsetzung zur Nacherfüllung** gemäß § 323 I BGB (vgl. Schreiben vom

02.07.2014). Die Frage einer möglichen Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach §§ 323 II, 440 BGB bedarf mithin hier keiner Klärung.

Der seitens K erklärte Rücktritt wegen der - von ihm gerügten - nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung dürfte aber - sobald B sich auf die **Einrede der Verjährung** beruft - nach **§ 438 IV 1 iVm § 218 I 1, 2 BGB** unwirksam sein, weil der entsprechende Nacherfüllungsanspruch (§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB) zum Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung bei B am 02.08.2014 (§ 130 BGB) verjährt war. Dieser verjährt gemäß § 438 I Nr. 3, II BGB in zwei Jahren beginnend mit der Ablieferung der Sache. Maßgeblich für den Beginn der Verjährungsfrist ist demnach die Auslieferung des streitgegenständlichen Pkw am 06.12.2011. Unter Anwendung der §§ 187 I, 188 II BGB wäre daher grundsätzlich mit Ablauf des 06.12.2013 die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs eingetreten.

Auch ein womöglich zu erwartendes Vorbringen des K, der Rücktritt sei gleichwohl in unverjährter Zeit erklärt worden, da die diversen Reparaturversuche der B den Lauf der Verjährungsfrist **gehemmt** oder **zu einem Neubeginn geführt** hätten, dürfte einer erfolgreichen Geltendmachung der Verjährungseinrede nicht entgegenstehen. Zwar dürfte nahezu jeder Reparaturversuch für die Dauer desselben eine Hemmung der Verjährung bewirken können, da der Begriff des **"Verhandelns"** in **§ 203 BGB** weit zu verstehen ist. Bei der Geltendmachung von Mängeln soll insoweit bereits die Prüfung einer entsprechenden Rüge des Käufers durch den Verkäufer für die Annahme einer Verhandlungssituation ausreichen (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 203 Rn.2). Aber auch unter Berücksichtigung sämtlicher - hier unstrittiger - Hemmungszeiträume dürfte der Nacherfüllungsanspruch zum Zeitpunkt des Rücktritts bereits verjährt gewesen sein. Bis zum regelmäßigen Ende der Verjährungsfrist mit Ablauf des 06.12.2013 dürfte die Verjährung angesichts des unstrittigen Reparaturzeitraums für die Dauer von 4 Tagen gehemmt gewesen sein, mit der Folge, dass dieser Zeitraum in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird (**§ 209 BGB**). Da die Verjährung gemäß **§ 203 S. 2 BGB** frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung eintritt, dürfte ein Nacherfüllungsanspruch des K jedenfalls mit Ablauf des 10.03.2014 verjährt sein. Nach diesem Zeitpunkt durchgeführte Reparaturarbeiten hätten demgemäß keinen Einfluss mehr auf die Verjährung.

Anders als für den Fall einer Nachlieferung, dürfte im Rahmen einer hier behaupteten Nachbesserung ein Neubeginn der Verjährungsfrist auch nicht aus **§ 438 II BGB** folgen (vgl. Palandt/Weidenkaff, aaO, § 438 Rn.16a). Bei einer Nachbesserung dürfte ein ausreichender Schutz des Käufers durch die Hemmung und die sich daran anschließende Ablaufhemmung (§ 203 BGB) gegeben sein (vgl. OLG Celle, NJW 2006, 2643).

Fraglich ist, ob die **Nachbesserung selbst als Anerkenntnis (§ 212 I Nr. 1 BGB)** mit der Folge eines Neubeginns der Verjährung anzusehen ist. Maßgeblich dürfte insoweit sein, ob der Verkäufer unter **Würdigung aller Umstände des Einzelfalles** - insbesondere Umfang, Dauer und Kosten der Mängelbeseitigung - aus Sicht des Käufers nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zur Nacherfüllung verpflichtet zu sein. Hier dürfte sich ein derartiges Anerkenntnis iSd § 212 BGB für den ersten Werkstattaufenthalt des Pkw ab dem 12.04.2012 nicht bejahen lassen. Dies ist aber nötig, damit die weiteren, erst wieder mit dem 25.03.2014, d.h. nach Ablauf der regulären Verjährungsfrist von zwei Jahren einsetzenden Mängelbeseitigungsarbeiten noch in unverjährter Zeit erfolgt sind und damit zu einer neuerlichen "Verlängerung" der Verjährungsfrist bis zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung am 01.08.2014 führen können. Ein ausdrückliches Anerkenntnis dürfte nicht anzunehmen sein. Der GF der B hat angegeben, sich zu keinem Zeitpunkt in diesem Sinne geäußert zu haben. Etwaige Anhaltspunkte, dass der für das Vorliegen eines Anerkenntnisses **darlegungs- und beweisbelastete K** etwas anderes wird beweisen können, dürften hier nicht ersichtlich sein. Allein die Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten genügt selbst dann nicht, wenn eine unmissverständliche Erklärung des Verkäufers, er führe Mängelbeseitigungsarbeiten nur aus Kulanz aus, nicht festzustellen ist. Hier hat der GF der B sogar überzeugend ausgeführt, dass es ihm vornehmlich um die Zufriedenheit des Luxuskunden K gegangen sei, was er diesem gegenüber auch deutlich gemacht habe. Gerade bei einer erstmaligen Beanstandung und Vorstellung eines Neufahrzeugs kurz nach Kauf und Übergabe dürfte man annehmen müssen, dass der Verkäufer - zumal wenn wie hier anderslautende Äußerungen der Werkstatt fehlen und ein besonders hochpreisiges Fahrzeug betroffen ist - ohne nähere Prüfung der Berechtigung der Beanstandung und der Verpflichtung zum Tätigwerden allein aus Kulanz und zur Kundenpflege Mängelbeseitigungsarbeiten vornimmt. Auch waren die Reparaturmaßnahmen weder besonders langwierig noch dürften sie ausweislich des Privatgutachtens des K im Verhältnis zum Kaufpreis als besonders kostspielig einzustufen sein. Bei Bedarf wäre zudem ein gegenbeweislicher Beweisantritt für die Äußerungen des GF der B durch Vernehmung des Verkäufers Weyer möglich. *AA zum Vorliegen eines konkludenten Anerkenntnisses wohl ebenfalls noch vertretbar, vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.04.2010, 21 U 122/09, juris.*

Schließlich dürfte es B auch nicht unter Berücksichtigung von **Treu und Glauben (§ 242 BGB)** verwehrt sein, sich auf die eingetretene Verjährung zu berufen, da bereits keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass B bzw. deren GF den K von verjährungsunterbrechenden Maßnahmen abgehalten hätte. Auch dürften die wiederholten Reparaturmaßnahmen keinen konkludenten Verzicht auf die Verjährungseinrede darstellen.

**C. Zweckmäßigkeit:** Mithin dürfte der Einspruch gegen das VU des LG Essen vom 28.10.2014 **zulässig** sein und auch **in der Sache Aussicht auf Erfolg** haben. Daher sollte eine Einspruchsschrift mit dem in **§ 340 II, III 1 ZPO** aufgeführten Inhalt bei dem LG Essen als Prozessgericht (§ 340 I ZPO) eingereicht werden. Der Antrag sollte auf Aufhebung des VU und Klageabweisung gerichtet sein. In der Einspruchsschrift sollten das Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang bestritten und die Einrede der Verjährung erhoben werden. Durch den zulässigen Einspruch wird das Verfahren gemäß § 342 ZPO in die Lage vor Eintritt der Säumnis zurückversetzt. Zudem sollte ein Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. **§§ 719 I, 707 ZPO**, ohne - hilfsweise gegen - Sicherheitsleistung gestellt werden.