



Sommersemester 2021

# **Georg-August-Moot 2021**

Schriftsatz

# Literaturverzeichnis

- Bach, Ivo:* „Zur Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung vom Schadensersatz neben der Leistung“, Zeitschrift für das Juristische Studium 2013, Band 1, zit.: *Bach*, Zur Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung, ZJS 2013, Band 1, S. 1, Fundstelle
- Dauner-Lieb, Barbara/  
Langen, Werner (Hrsg.):* Nomos Kommentar BGB Schuldrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2021, Verlag: Nomos, zit.: NK-BGB - *Bearbeiter*, BGB, §, Rn.
- Grunewald, Barbara/  
Maier-Reimer, Georg/  
Westermann, Harm Peter  
(Hrsg.):* Ermann BGB Kommentar, 16. Auflage, Köln 2020, Verlag: otfoschmidt, zit.: Ermann-BGB - *Bearbeiter*, BGB, §, Rn.
- Gsell, Beate/ Krüger,  
Wolfgang/ Lorenz, Stephan/  
Reymann, Christoph  
(Gesamt-Hrsg.):* beck-online.GROSSKOMMENTAR, München (Stand: 2021), Verlag: C.H.Beck, zit.: BeckOGK - *Bearbeiter*, BGB, §, Rn.
- Hau, Wolfgang/ Poseck,  
Roman (Hrsg.):* Beck'scher Online-Kommentar BGB, 59. Edition, München 2021, Verlag: C.H.Beck, zit.: BeckOK BGB - *Bearbeiter*, BGB, §, Rn.
- Beckmann, Roland Michael/  
Junker, Markus /Rießmann,  
Helmut (Hrsg. Band 2):* juris Praxiskommentar BGB, 9. Auflage, Saarbrücken 2020, Verlag: juris, zit.: jurisPK-BGB - *Bearbeiter*, BGB, Band 2, Stand, §, Rn.
- Looschelders, Dirk:* Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Auflage, München 2021, Verlag: Franz Vahlen, zit.: Looschelders SchuldR BT, Teil, §, Rn.

- Lorenz, Stephan:* „Schadensersatzansprüche des Käufers: Schadensersatz „statt der Leistung“ und „neben der Leistung“ bei Lieferung einer mangelhaften Sache“, Webseite von Stephan Lorenz, 2002, <https://lorenz.userweb.mwn.de/schumod/material/verkhft.pdf>, Abrufdatum: 17.10.2021, zit.: Übersicht von Stephan Lorenz: Schadensersatz „statt der Leistung“ und „neben der Leistung“, Link, Fundstelle
- Messerschmidt, Burkhard/  
Voit, Wolfgang (Hrsg.):* Messerschmidt/Voit Privates Baurecht, 3. Auflage, München 2018, Verlag: C.H.Beck, zit.: Messerschmidt/Voit - *Bearbeiter*, BGB, §, Rn.
- Palandt, Otto:* Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, München 2018, Verlag: C.H.Beck, zit.: *Bearbeiter*, in: Palandt, BGB, §, Rn.
- Säcker, Franz Jürgen/  
Rixecker, Roland/ Oetker,  
Hartmut/ Limpert, Bettina  
(Hrsg.):* Münchner Kommentar zum BGB, Band 2 (2019), Band 6 (2020), Band 7 (2020), 8. Auflage, München, Verlag: C.H.Beck, zit.: MüKoBGB - *Bearbeiter*, BGB, Band, §, Rn.
- Schulze, Reiner  
(Schriftleitung):* Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2019, Verlag: Nomos, zit.: HK-BGB - *Bearbeiter*, BGB, §, Rn.
- Von Staudinger, Julius:* Staudinger BGB, Kommentar, Neubearbeitung 2017, Köln, Berlin, Verlage: De Gruyter, otto schmidt, zit.: Staudinger-BGB - *Bearbeiter*, BGB, §, Abschnitt
- Stürner, Rolf (Hrsg.):* Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage, München 2021, zit.: Jauernig-BGB - *Bearbeiter*, BGB, §, Rn.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Klage</b> .....	1
<b>Begründung</b> .....	2
<b>I. Tatsachenvortrag</b> .....	2
<b>II. rechtliche Bewertung</b> .....	6
<b>1. Selbstbeseitigungsanspruch gem. §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB</b> .....	6
<b>a) Anspruch entstanden</b> .....	6
<b>aa) Wirksamer Werkvertrag gem. § 631 BGB</b> .....	6
<b>bb) Behebbarer Sachmangel iSd § 633 II 1 BGB</b> .....	7
<b>cc) Leistungsaufforderung mit angem. Fristsetzung gem. § 637 BGB</b> .....	8
<b>(1) Leistungsaufforderung</b> .....	8
<b>(2) Angemessene Fristsetzung und erfolgloses Verstreichen gem. § 637 I BGB (bzw. Entbehrlichkeit)</b> .....	9
<b>dd) Keine berechtigte Verweigerung der Nacherfüllung gem. § 637 I letzter HS BGB</b> .....	10
<b>(1) Kein Vorliegen von Unverhältnismäßigkeit § 635 III BGB</b> .....	10
<b>(2) Kein Vorliegen der vorbehaltlosen Abnahme gem. § 640 III BGB</b> ....	11
<b>(3) Kein Vorliegen von Unmöglichkeit gem. § 275 II BGB</b> .....	11
<b>(4) Unwirksamkeit einer möglichen konkludenten Einrede des nicht erfüllten Vertrags gem. § 320 I BGB</b> .....	11
<b>ee) Rechtsfolge: Selbstbeseitigungsrecht u. Kostenerstattung</b> .....	12
<b>(1) Vorliegen einer Selbstbeseitigung</b> .....	12
<b>(2) Darstellung der Erforderlichkeit der Aufwendungen</b> .....	12
<b>b) Anspruch nicht erloschen</b> .....	13
<b>aa) Kein Schließen eines Erlasses gem. § 397 I BGB</b> .....	13
<b>bb) Kein Schließen eines Vergleiches gem. § 779 I BGB</b> .....	14
<b>c) Anspruch fällig und durchsetzbar</b> .....	15
<b>aa) Kein Vorliegen vorbehaltloser Abnahme gem. § 640 III BGB</b> .....	15
<b>bb) Keine Möglichkeit der Einreden gem. § 320 und § 273 BGB</b> .....	15
<b>cc) Keine Möglichkeit d. Unverhältnismäßigkeitseinrede gem. § 635 III BGB</b> .....	15
<b>dd) Keine Möglichkeit der Einrede gem. § 275 II BGB</b> .....	16
<b>2. Schadensersatzansprüche gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, (III, 281 I) BGB</b> .....	16
<b>a) 18.12.2020 bis zum 15.1.2020: Anspruch auf SE neben der Leistung gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB auf Zahlung i.H.v. 1.552,95 €.</b> .....	16
<b>aa) Anspruch entstanden</b> .....	16

(1) Wirksamer Werkvertrag gem. § 631 BGB .....	16
(2) Vorliegen eines Sachmangels gem. § 633 II 1 BGB .....	16
(3) Vorliegen einer Pflichtverletzung d. Herrn E. gem. § 280 I BGB.....	16
(4) Vertretenmüssen gem. § 280 I 2 BGB.....	17
(5) Adäquat kausal verursachter Schaden .....	17
(6) Kein Ausschluss durch Mitverschulden gem. § 254 I oder § 645 I BGB.....	18
(a) Kein Mitverschulden nach § 645 I BGB .....	18
(b) Kein Mitverschulden nach § 254 I BGB .....	18
<b>bb)</b> Anspruch nicht erloschen.....	19
<b>cc)</b> Anspruch fällig und durchsetzbar .....	19
<b>b) 16.1.2021 bis zum 4.6.2021: Anspruch SE statt der Leistung gem. §§ 634   Nr. 4, 280 I, III, 281 I 1 BGB auf Zahlung i.H.v. 7.497 € .....</b>	19
<b>aa)</b> Anspruch entstanden.....	19
(1) Wirksamer Werkvertrag gem. § 631 BGB .....	19
(2) Vorliegen eines Sachmangels gem. § 633 II 1 BGB .....	19
(3) Vorliegen einer Pflichtverletzung d. Beklagten gem. § 281 I 1 BGB	19
(4) Wirksame u. angemessene Aufforderung zur Nacherfüllung gem. § 281 I 1 letzter HS BGB (bzw. Entbehrlichkeit) .....	20
(5) Vertretenmüssen gem. § 280 I 2 BGB.....	20
(6) Adäquat kausal verursachter Schaden .....	20
<b>bb)</b> Anspruch nicht erloschen.....	22
<b>cc)</b> Anspruch fällig und durchsetzbar .....	22
<b>3. Konkurrenz gem. § 281 IV SE statt d. Leistung z. Selbstbeseitigungsrecht ...</b>	22
<b>Erwiderung möglicher Widerklage .....</b>	23
<b>I. Tatsachenvortrag .....</b>	23
<b>II. rechtliche Bewertung.....</b>	24
<b>1. Kein Anspr auf Werkentlohnung gem. § 631 I HS 2 BGB i.H.v. 2.870,08 € .</b>	24
<b>a) Schadensersatzanspr. schließt Gegenleistung aus gem. § 281 IV BGB.....</b>	24
<b>b) Alternativ Einrede gem. § 320 I, 641 III BGB.....</b>	24
<b>2. Kein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I oder II BGB i.H.v. 2.932 €     plus Schmerzensgeld .....</b>	25

**RAin Dr. Lieselotte Gans**

Markt 8

37073 Göttingen

Az.: 56/2021

24. Oktober 2021

An das

**Landgericht Göttingen**

Berliner Str. 8

37073 Göttingen

## **Klage**

des

Dipl.-Ing. Gregor Mut, Geismar Landstraße 12, 37083 Göttingen

– Kläger –

Prozessbevollmächtigte: RAin Dr. Lieselotte Gans, Markt 8, 37073 Göttingen

gegen

Gustl Eder, Friedländer Weg 23, 37085 Göttingen

– Beklagter –

**wegen:** Aufwendungs- und Schadensersatzforderungen

**vorläufiger Streitwert:** 12.909,72 €

Der Klage ist ein Versuch einer außergerichtlichen gütlichen Einigung durch den Beklagten vorausgegangen. Aufgrund dessen reinen Scheinangeboten zur Beschwichtigung erscheint eine Streitbeilegung jedoch nicht erfolgsversprechend, sodass Klage geboten ist.

Namens und in Vollmacht erhebe ich Klage vor dem Landgericht Göttingen. In der mündlichen Verhandlung werde ich beantragen,

- den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger 12.909,72 € nebst Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Darüber hinaus beantrage ich,

- unter den gesetzlichen Voraussetzungen Versäumnisurteil zu erlassen.

## **Begründung**

### ***I. Tatsachenvortrag***

Der Kläger, Herr Gregor Mut, verlangt von dem Beklagten, Herrn Gustl Eder, Zahlung eines Aufwendungs- und Schadensersatzes in Höhe von<sup>1</sup> 12.909,72 € nebst Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

Herrn Mut fielen Ende September 2020 Probleme an seinem Audi A6 auf. In einem Abstand von 200-300 km ruckelte es beim Umschalten der automatischen Gangschaltung. Dies war vorher trotz hoher Nutzung des Fahrzeuges nicht passiert. Sofort suchte der Kläger nach einer Werkstatt in seinem Heimatort Göttingen. Dabei stieß er auf die Werkstatt des Herrn Gustl Eder im Friedländer Weg 23 in Göttingen. Bei dieser fragte er am 29. September 2020 per E-Mail an, ob Herr Eder seinen Audi überprüfen und reparieren könne.

---

<sup>1</sup> Im Folgenden mit i.H.v. abgekürzt.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K1** --

In dessen Antwort-Mail sagte der Beklagte Herrn Mut zu, Diagnose- und Reparaturmaßnahmen vorzunehmen, zog es allerdings vor, genauere Besprechungen vor Ort durchzuführen.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K2** --

Als der Kläger am 08. Oktober 2020 seinen PKW dann zur Werkstatt brachte, fand besagte Besprechung statt. Dabei erteilte Herr Mut Herrn Eder ausdrücklich den Auftrag, jegliche zur Reparatur und Wiederherstellung der vollständigen Funktionsfähigkeit erforderlichen Maßnahmen durchzuführen, da er sehr an seinem Audi A6 hängt. Dass eine solche Beauftragung erfolgte, bestätigte auch Herr Eder in seiner in der Rechnung schriftlich angegebenen Reparaturmaßnahme sowie durch das Schreiben des Herrn Grimm.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweise K3** --

Vier Tage nach Abgabe des Wagens dann erhielt Herr Mut das vorläufige Ergebnis der Diagnosearbeiten des Herrn Eder per Mail. Letzterer vermutete fälschlicherweise als Ursache für die Probleme der Gangschaltung einen Fehler in der Hydraulik. Er fragte in besagter Mail nach, ob Herr Mut eine Reparaturmaßnahme der gesamten Einheit i.H.v. etwa 3.000 € wünsche.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K4** --

Da der Kläger bereits (s.o.) in den mündlichen Verhandlungen mit Herrn Eder ausdrücklich formuliert hatte, dass er den Auftrag zum Vornehmen jeglicher zur Reparatur erforderlicher Maßnahmen erteile, bejahte er in seiner Antwort-Mail vom 14. Oktober 2020 konsequenterweise auch diese Absicherungsfrage des Herrn Eder.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K5** --

Nachdem der beklagte im Folgenden den Austausch der Hydraulikeinheit vorgenommen hatte, ließ er Herrn Mut eine Mail mit einer Rechnung und einer zur Begleichung aufgestellten Frist bis zum 11. November 2020 zukommen.

Der Kläger holte am 29. Oktober 2020 den PKW ab. Doch schon 550 bzw. ein zweites Mal 950 km nach der Reparatur traten die Probleme der Gangschaltung erneut auf. Dies meldete er Herrn Eder einen Monat später. Der Beklagte antwortete

daraufhin und verkündete, die Hydraulikeinheit nochmals überprüfen zu können. Trotz der vertraglichen Vereinbarungen zog er dabei tiefergehendere Kontroll- oder Reparaturarbeiten nicht in Betracht, sondern sah sich nur zu Kontrolle seiner bereits vorgenommenen Maßnahme verpflichtet. Zudem wies er Herrn Mut an, die Rechnung zu begleichen.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K6** --

Da das Auto jedoch nicht richtig funktionierte, erwiderte Herr Mut am 5. Dezember 2020 berechtigterweise, er werde die Rechnung erst begleichen, wenn die ursprüngliche Funktionsfähigkeit wiederhergestellt sei und kein Mangel mehr vorliege.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K7** --

Fünf Tage später brachte der Kläger seinen Audi A6 erneut zur Werkstatt des Beklagten. Nach wiederholter Untersuchung gab Herr Eder ihm dann am 18. Dezember 2020 bekannt, dass kein neues Problem an der Hydraulik eingetreten sei, er aber weitere Nachforschungen anstellen könne. Dabei behauptete er, dass er diese Herrn Mut jedoch zusätzlich in Rechnung stellen müsse. Auch kritisierte er ihn indirekt dafür, dass er seit der letzten Reparatur eine weite Distanz mit dem Auto zurückgelegt habe.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K8** --

Noch am Tag dieser Verkündung durch den Beklagten organisierte sich der Kläger dann, aufgrund der Unsicherheiten über den weiteren Verlauf der Beziehung zu Herrn Eder und wegen der hohen beruflichen und privaten Nutzung des zu reparierenden Autos, einen Mietwagen.

Zudem antwortete er einen Tag später berechtigterweise erstaunt auf die Mail von Herrn Eder und war nicht bereit, für die weiteren Diagnose- und Reparaturarbeiten zusätzlich Werklohn zu zahlen. Stattdessen machte er Herrn Eder höflich darauf aufmerksam, dass er die kostenfreie Nacherfüllung der geschuldeten Leistung verlange. Er beanstandete zurecht, dass jegliche Diagnose- und Reparaturarbeiten auch am Getriebe ohnehin von Anfang an hätten geschehen müssen. Außerdem wies er die Anspielung auf ein Mitverschulden durch das weite Fahren nach der Abnahme ab, indem er wahrheitsgemäß angab, solche Distanzen tätigkeitsbedingt schon lange Zeit zurückgelegt zu haben, wobei nie Probleme entstanden waren.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K9** --

Auf dieses wichtige Schreiben antwortete Herr Eder nicht. Deshalb forderte der Kläger ihn großzügigerweise am 9. Januar 2021 wiederholt zur Nacherfüllung auf und setzte ihm dazu sogar noch eine Frist bis zum 25. Januar 2021.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K10** --

Erst daraufhin meldete sich Herr Eder am 15. Januar 2021 wieder bei Herrn Mut und verneinte wiederholt die kostenfreie Nacherfüllung. Er versuchte ihn mit einem scheinbaren Gütevorschlag von seiner rechtmäßigen Forderung abzubringen und bat an, dass er auf seine Werklohnkosten verzichte, suggerierte jedoch, dass Herr Mut das Auto dafür jedoch auf eigene Kosten abholen und in einer anderen Werkstatt reparieren werden müsse.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K11** --

Auf dieses Angebot ging der Kläger jedoch aufgrund seiner ohnehin bereits hochstrapazierten Geduld und mangels Zwang bewusst nicht ein und kündigte am 4. Februar 2021 nach wiederholter Wartezeit und angesichts der Aussichtslosigkeit der Lage an, er habe ein Abschleppunternehmen beauftragt, das Auto abzuholen.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K12** --

Nach der Abschleppung des Wagens war Herr Mut aufgrund der unklaren Äußerungen des Herrn Eder, der langen verstrichenen Zeit und mangels Fachwissen sehr verunsichert über das tatsächliche Problem an seinem Audi A6. Er verhoffte sich eine eindeutige Einschätzung des Schadens und sah sich folgerichtig dazu gezwungen, eine Expertise eines Sachverständigen anzufordern. An dieser Stelle wird in Anlehnung an § 138 ZPO entschieden die unbegründete Behauptung zurückgewiesen, der Kläger sei von Beruf KfZ-Meister und verfüge daher über fachliche Kompetenz.

Bereits wenige Tage später fragte Herr Mut daher bei einem der wenigen öffentlich bestellten und vereidigten KfZ-Sachverständigen in der Region an. Dieser antwortete ihm am 18. Februar 2021 per Mail und kündigte an, er brauche aufgrund der momentanen hohen Beschäftigung für die Erstellung des Gutachtens drei Monate anstatt der sonst üblichen vier Wochen. Falls dies für den Kläger in Ordnung sei, solle er sich per Telefon melden. Dies tat Herr Mut aufgrund seiner Unsicherheit und dem Verlangen nach Klarheit. Zudem wollte er sich nicht auch

noch darum kümmern, noch einen anderen der wenigen öffentlich bestellten Gutachter aufzusuchen und dafür weitere Distanzen mit dem Mietwagen zurückzulegen.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K13** --

Am 4. Mai 2021 war das Gutachten dann erstellt und wurde Herrn Mut mit Kosten in Höhe von 1.428 € in Rechnung gestellt.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweise K14** --

Durch Recherche stieß der Kläger dann unmittelbar danach auf die Meisterwerkstatt des Herrn Matik, die er für vertrauenswürdig hielt, das in dem Gutachten festgestellte Problem mit dem Getriebe zu beheben. Herr Matik kam dieser Erwartung problemlos nach und reparierte den Wagen. Die Reparatur stellte er Herrn Mut mit 2.431,77 € in Rechnung.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K15** --

Noch am selben Tag gab der Kläger dann den Mietwagen an die Autovermietung Sevent zurück, welche ihm daraufhin eine Rechnung über 9.049,95 € ausstellte.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K16** --

## ***II. rechtliche Bewertung***

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes zu berücksichtigen. Herr Mut kann von dem Beklagten Ersatz der zur Reparatur seines Kfz erforderlichen Kosten sowie Schadensersatz wegen der durch den gemieteten Wagen entstandenen Mehrkosten verlangen. Mithin hat der Kläger gegen Herrn Eder Ansprüche auf Zahlung von insgesamt 12.909,72 €.

**1.** Ein Anspruch auf Zahlung i.H.v. 3.859,77 € für das Sachverständigengutachten und die Reparaturkosten in der Werkstatt des Herrn Matik besteht gem. §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB.

a) Der Anspruch auf die Zahlung der zur Selbstbeseitigung erforderlichen Aufwendungen i.H.v. 3.859,77 € gem. §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB ist entstanden.

aa) Es liegt ein wirksamer Werkvertrag gem. § 631 BGB als zugrundeliegendes Schuldverhältnis vor. Dieser kommt nach den allgemeinen Regelungen über den

Vertragsschluss gem. den §§ 145 ff. BGB zustande (BeckOGK - *Merkle*, BGB, § 631, Rn. 390). Indem Herr Mut bei Herrn Eder per Mail anfragte, ob dieser sein Auto in Ordnung bringen könne, gab er gem. § 145 BGB ein Angebot in Form einer empfangsbedürftigen Willenserklärung zur Schließung eines Werkvertrages ab. Es ging Herrn Eder mit Zustellung des elektronischen Schriftsatzes gem. § 130 I 1 BGB zu. In seinem Antwortschreiben nahm dieser das Angebot jedoch noch nicht endgültig an. Vielmehr bat er an, der Kläger könne das Auto vorbeibringen und verschob die konkreten Vertragsverhandlungen auf jenen Übergabetag. An diesem vereinbarten Herr Mut und Herr Eder dann mündlich, wie von beiden Seiten bezeugt (s.o.), dass das gem. § 631 I HS 1 BGB geschuldete Werk die Wiederherstellung der vollständigen Funktionsfähigkeit des Autos (Werkgegenstand) mit Vornahme aller dazu erforderlicher Maßnahmen sein sollte. Dass von dieser Einigung weder alle Details der später tatsächlich erforderlichen Reparatur noch die damit zusammenhängende Vergütung umfasst sein konnten, war mangels Sichtbarkeit des Problems evident. Eine solche abschließende Übereinkunft ist jedoch auch nicht nötig, soweit die essentialia negotii vereinbart worden sind (BeckOGK - *Merkle*, BGB, § 631, Rn. 390). Insbesondere bedeutet dies nicht automatisch, dass zuerst ein Auftrag zum Stellen der Diagnose gegeben wurde, woraufhin erst die eigentliche Beauftragung in Form eines Werkvertrages erfolgte. Vielmehr war sowohl dem Kläger als auch Herrn Eder bewusst, dass nach Stellen der Diagnose unverzüglich die Reparatur unabhängig von der Höhe der anfallenden Kosten eingeleitet werden sollte. Dass Herr Eder dann dennoch Herrn Mut die erste Diagnose samt Kostenvoranschlag zukommen ließ, lässt sich unter dessen Untersuchungs- und Aufklärungspflichten fassen, die besonders bei unbekanntem Problem am Werk bestehen (OLG Celle, Hinweisbeschluss vom 6.10.2020 - 11 U 76/20, BeckRS 2020, 30984). Es ändert jedoch nichts daran, dass das geschuldete Werk trotz der Ungewöhnlichkeit der Vereinbarung durch die ausdrückliche Absprache beider Parteien aus Diagnose und Behebung der Fehlerursache bestand. Folglich liegt ein einziger wirksamer Werkvertrag zwischen dem Kläger und dem Beklagten vor.

**bb)** Im gem. § 644 I 1 BGB erheblichen Zeitpunkt der Abnahme des Fahrzeuges am 29. Oktober 2020 lag ein behebbarer Sachmangel iSd § 633 II 1 BGB vor. Gem. § 633 I BGB hat der Unternehmer dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen und trägt gem. § 644 I 1 BGB die diesbezügliche Gefahr bis zum Zeitpunkt der Abnahme. Ein Sachmangel ist eine Abweichung der

Ist- von der Sollbeschaffenheit (MüKoBGB - *Busche*, BGB, Band 6, § 633, Rn. 7). Herr Eder tauschte aufgrund nicht genügend umfangreicher Diagnosearbeiten nur die nicht betroffene Hydraulikeinheit aus, woraufhin sich Herrn Mut wenige Tage nach der Abnahme erneut die Probleme beim Umschalten offenbarten. Zwar war der Kläger zu diesem Zeitpunkt bereits wieder eine weite Distanz gefahren, dies ändert, aufgrund dessen, dass Herr Mut stets ohne Probleme solche Distanzen zurückgelegt hatte, jedoch nichts daran, dass der ursprüngliche Sachmangel fortbestand und kein neuer Schaden auftrat. Zwar handelte der Beklagte laut Gutachten des Herrn Walther beim Wechsel der Hydraulik nicht technisch falsch, wich jedoch bereits vorher von der vertraglich geschuldeten Werkleistung ab, alle zur Wiederherstellung der vollständigen Funktionsfähigkeit erforderlichen Maßnahmen erbringen zu müssen. Er hätte somit tiefgreifendere Diagnose- und Reparaturarbeiten am Getriebe vornehmen müssen, anstatt darauf zu hoffen, dass die erste von ihm entdeckte mögliche Ursache gleich das tatsächliche Problem darstellen würde. Er verschaffte daher nicht das geschuldete Werk, also eine abschließende Diagnose mit folgender vollständiger Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit und infolgedessen auch nicht den sich im vereinbarten Zustand befindlichen Werkgegenstand, nämlich das vollständig funktionsfähige Kfz. Vielmehr leistete er unvollständig und somit schlecht, wodurch die Ist- von der durch den Vertrag festgelegten Sollbeschaffenheit abwich und ein Sachmangel gem. § 633 II 1 BGB vorliegt. Durch Nachleistung der unterbliebenen tiefgreifenderen Diagnose- mit darauffolgenden Reparaturmaßnahmen am Getriebe wäre dieser Mangel behebbar gewesen.

cc) Es fand eine Leistungsaufforderung mit einer angemessenen Fristsetzung gem. § 637 BGB durch Herrn Mut statt.

(1) Die Leistungsaufforderung ist in der berechtigten Aufforderung zur kostenfreien Nacherfüllung per Mail vom 19. Dezember 2020 zu sehen. Die Rechte des Klägers gegen Herrn Eder ergaben sich aufgrund des nach dem ersten Werkstattaufenthalts bestehenden Sachmangels iSd § 633 II 1 BGB und der Verweigerung der Vornahme weiterer kostenfreier Reparaturmaßnahmen durch den Beklagten (s.o.) aus § 634 BGB. So auch das Recht zum Verlangen der Nacherfüllung gem. § 634 Nr. 1 BGB, dass stets wegen der Analogie zum Kaufrecht, in dem der Verkäufer das sogenannte „Recht zur zweiten Andienung“ hat, vor den anderen in § 634 BGB aufgeführten Rechten geltend gemacht werden sollte (BeckOGK - *Preisser*, BGB, § 635, Rn. 1). Dieses Recht bezog sich nicht ausschließlich auf erneute kostenlose

Diagnosearbeiten, wie von Herrn Eder reklamiert, sondern aufgrund der Konnexität der Diagnose- mit den Reparaturarbeiten auch auf letztere. Herr Mut hatte also gem. § 634 Nr. 1 iVm § 635 I BGB einen Nacherfüllungsanspruch gegen den Beklagten und bat ihm somit rechtmäßig die sich in elektiver Konkurrenz (BeckOGK - *Preisser*, BGB, § 635, Rn. 26) befindlichen Möglichkeiten der Nachbesserung des Mangels in Form der abschließenden Diagnose und endgültigen mangelfreien Herstellung der vollständigen Funktionsfähigkeit und der Neuherstellung des Werkes. Sein Nachbesserungsverlangen machte er in seiner Mail an Herrn Eder wie erforderlich (MüKoBGB - *Busche*, BGB, Band 6, § 635, Rn. 7) ausdrücklich geltend. Die Leistungsaufforderung ist Herrn Eder mit Empfang der Mail gem. § 130 I BGB auch zugegangen.

(2) Es erfolgte eine angemessene Fristsetzung und die gesetzte Frist verstrich erfolglos iSd § 637 I BGB. Die Fristsetzung erfolgte großzügigerweise noch nicht in der ersten Mail, in der Herr Mut die Nacherfüllung verlangte (s.o.). Erst nach längerer Wartezeit ohne Antwort auf die Mail schrieb Herr Mut am 9. Januar 2021 erneut Herrn Eder an, forderte ihn letztmalig zur Nacherfüllung auf und setzte dazu eine Frist bis zum 25. Januar 2021. Diese Frist von über zwei Wochen war angemessen und großzügig gewählt. Die außergerichtlichen unbegründeten Aussagen der Beklagtenseite, die Frist sei unwirksam, werden hiermit gem. § 138 ZPO entschieden zurückgewiesen. Sollte damit jedoch gemeint sein, dass eine Fristsetzung iSd § 637 BGB unter konkreter Nennung der zu behebenden Mängel erfolgen muss (MüKoBGB - *Busche*, BGB, Band 6, § 637, Rn. 3; MüKoBGB - *Busche*, BGB, Band 6, § 636, Rn. 6) und dies von Herrn Mut nicht ausgeführt wurde, wird auf Folgendes verwiesen. Zunächst war es Herrn Mut nicht möglich, die Beseitigung konkreter Mängel zu verlangen, da er die genaue Ursache genauso wenig wie der Beklagte kannte. Überdies lässt sich die Formulierung des Klägers, er verlange die Nacherfüllung in Form einer kostenlosen Überprüfung des Getriebes sowie gegebenenfalls Reparatur der aufgefundenen Fehler durch Parallelwertung der Laiensphäre und Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB als Nennung der etwaigen Mängel verstehen. Die gesetzte Frist verstrich, ohne dass Herr Eder nachleistete.

Sollte das Gericht entgegen den Ausführungen die Unwirksamkeit der Frist annehmen, ist zu beachten, dass eine Fristsetzung ohnehin gem. § 637 II 1 iVm § 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich war. Dies ist der Fall, weil der Beklagte ausdrücklich in seiner Mail vom 15. Januar 2021 dem Kläger erklärte, er werde die verlangten

Nachbesserungsmaßnahmen nicht unentgeltlich durchführen. Nach Auslegung durch die §§ 133, 157 BGB ist dies als ausdrückliche und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung zu verstehen.

**dd)** Zur Verweigerung der Nacherfüllung war Herr Eder nicht iSd § 637 I letzter HS BGB berechtigt. Er schuldete zu diesem Zeitpunkt die Nacherfüllung (s.o.).

**(1)** Der Beklagte hat nicht explizit einredehalber von seinem Zurückbehaltungsrecht gem. § 635 III BGB Gebrauch gemacht. Sollte das Gericht jedoch annehmen, dass in der Verweigerung der Nacherfüllung ein konkludentes Gebrauchmachen dieses Rechts liegt, wird darauf hingewiesen, dass dieses unberechtigt wäre. Nach benannter Norm hat der Unternehmer bei Werkverträgen das Recht zur Verweigerung der Nacherfüllung, wenn diese nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich wäre. Wann eine solche Unverhältnismäßigkeit der Kosten vorliegt, ist umstritten und vom Einzelfall abhängig. Nach einer Auffassung ist eine Unverhältnismäßigkeit anzunehmen, wenn die Sache (das Auto) durch den Mangel am Werk kaum spürbar an Wert verliert (BeckOGK - *Preisser*, BGB, § 635, Rn. 141; OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.6.2017 - I-22 U 14/17, NJW 2018, Heft 9, 627, 635) und die Mangelbeseitigungskosten im Vergleich zum Wert der Sache in mangelfreiem Zustand unüblich hoch sind (MüKoBGB - *Busche*, BGB, Band 6, § 635, Rn. 38; BGH, Beschluss vom 18.7.2013 - VII ZR 231/11, BeckRS 2013, 13704). Ein anderer Teil der Literatur fordert in Anlehnung an den § 633 II 3 BGB aF zum Annehmen einer Unverhältnismäßigkeit hingegen, dass der Besteller kein hohes Interesse an der mangelfreien Leistung hat und der Unternehmer bei Nacherfüllung einen übermäßigen Aufwand erleiden würde (BeckOK BGB - *Voit*, BGB, § 635, Rn. 15; Looschelders SchuldR BT, 3. Teil, § 34, Rn. 12; *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 635, Rn. 12). Letztere Konstellation erfasst heutzutage jedoch eher den Fall der Unmöglichkeit gem. § 275 II 1 BGB, weshalb sich hier an der ersten Ansicht orientiert wird, zumal diese durch die Orientierung an konkreten Kosten eine einfachere und objektivere Einschätzung zulässt. Durch das nicht vollständig funktionsfähige Getriebe wurde der Wert des Wagens des Herrn Mut trotz seines Alters erheblich vermindert, da er schlichtweg nicht länger bedenkenlos nutzbar war. Wird davon ausgegangen, dass die durch Herrn Eder geschuldete Nacherfüllung sich im gleichen preislichen Rahmen wie die Reparatur des Getriebes durch Herrn Matik bewegt hätte, muss festgestellt werden, dass die für Herrn Eder aufkommenden Kosten i.H.v. höchstens 2.500 € (anhand des

Rechnungspreises der Rechnung des Herrn Matik geschätzt) eine übliche Höhe für Reparaturmaßnahmen aufgewiesen hätten. Demnach liegt keine Unverhältnismäßigkeit der Kosten vor.

(2) Ebenso wenig lag eine Einschränkung der Rechte des Klägers gem. § 640 III BGB vor, da Herr Mut den Mangel im maßgeblichen Zeitpunkt der Abnahme nicht kannte. Erst deutlich später, beim erneuten Fahren, offenbarte er sich Herrn Mut wieder. Diese Einrede (Messerschmidt/Voit - *Moufang, Koos*, BGB, § 635, Rn. 112) wurde zudem vom Beklagten weder explizit noch konkludent geltend gemacht.

(3) Auch war Herrn Eder die Nacherfüllung nicht gem. § 275 II BGB unmöglich. Von dieser Konstellation wäre ohnehin nicht ein wirtschaftliches Missverhältnis (NK-BGB - *Rütten, Raab*, BGB, § 635, Rn. 34) erfasst, sondern ausschließlich ein solches grobes zwischen dem Leistungsinteresse des Gläubigers und dem Aufwand des Schuldners (Jauernig-BGB - *Stadler*, BGB, § 275, Rn. 26, 27; MüKoBGB - *Ernst*, BGB, Band 2, § 275, Rn. 81). Der Kläger betonte stets gegenüber Herrn Eder, wie wichtig ihm der Wagen sei und dass er alles zur Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit Erforderliche finanzieren werde. Sein zu diesem Zeitpunkt dagewesenes Leistungsinteresse ist demnach als sehr hoch anzusehen. Der Aufwand hingegen, neue Diagnosemaßnahmen mit einer darauffolgenden Getriebereparatur vorzunehmen, konnte für den Betreiber einer hierzu optimal ausgestatteten Kfz-Werkstatt nicht allzu groß sein. Folglich liegt kein grobes Missverhältnis vor.

(4) Ebenso wenig konnte der Beklagte konkludent die Nacherfüllung gem. § 320 I BGB oder gem. § 273 I BGB verweigern. Beide Normen können von dem zur Leistung verpflichteten Vertragsteil dem anderen entgegengehalten werden, wenn dieser noch nicht geleistet hat. In solchen Konstellationen muss der einredende Teil dann nicht vorleisten, sondern kann seine Leistung bis zur Erbringung der Gegenleistung einbehalten. Auch zur Verweigerung der Nacherfüllung können diese Einreden geltend gemacht werden, steht doch der Nacherfüllungsanspruch dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch des Bestellers, auf den sie unstreitig angewandt werden können, inhaltlich gleich (NK-BGB - *Rütten, Raab*, BGB, § 635, Rn. 31) und stellt somit eine Pflicht aus einem gegenseitigen Vertrag iSd § 320 I 1 HS 1 BGB dar. Ausgenommen von der Möglichkeit dieser Einreden sind jedoch gem. § 320 I HS 2 BGB bzw. gem. § 273 I BGB („sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt“) solche Fallgestaltungen, in denen der

einredende Teil gesetzlich oder vertraglich zur Vorleistung bestimmt ist (HK-BGB - *Schulze*, BGB, § 320, Rn. 7). Bei Werkverträgen ist der Unternehmer gem. § 631 I BGB zur Herstellung des versprochenen Werkes und der Besteller zur Vergütung verpflichtet. Gem. § 641 I 1 BGB hat diese Vergütung bei der Abnahme zu passieren, woraus geschlossen werden kann, dass das Werk in diesem Zeitpunkt bereits vollendet sein muss (BGH, Urteil vom 7.3.2013 - VII ZR 162/12, NJW 2013, Heft 20, 1431, 1432). Mithin liegt bei Werkverträgen eine gesetzlich geregelte Vorleistungspflicht vor (MüKoBGB - *Busche*, BGB, Band 6, § 631, Rn. 1). Diese betrifft neben der Hauptleistung auch die Leistung der Nacherfüllung. Begründet liegt dies darin, dass Werklohnforderungen für nicht mangelfrei erbrachte Leistungen aufgrund des „nicht abänderbaren Gerechtigkeitsgebots“ des § 641 I 1 BGB, nach dem der Besteller erst zur Zahlung verpflichtet sein soll, wenn das Werk vollständig hergestellt ist, unwirksam sind und der Unternehmer deshalb „eine Mängelbeseitigung nicht von der vorherigen [...] Bezahlung der Vergütung abhängig machen“ darf (BGH, Urteil vom 7.3.2013 - VII ZR 162/12, NJW 2013, Heft 20, 1431, 1432).

ee) Folglich ist Herr Mut zur Selbstbeseitigung des Mangels iSd § 637 I BGB und zur Forderung des Ersatzes der hierzu erforderlichen Aufwendungen berechtigt.

(1) Eine Selbstbeseitigung des Mangels iSd § 637 I BGB liegt vor. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Mangel tatsächlich vom Besteller persönlich beseitigt wird (Looschelders SchuldR BT, 3. Teil, § 34, Rn. 13). Es genügt, wenn der Besteller einen Dritten mit der Mängelbeseitigung beauftragt. Herr Mut beauftragte Herrn Walther mit der Erstellung eines Schadensgutachtens und schloss daraufhin mit Herrn Matik einen Werkvertrag über die Reparatur.

(2) Diese getätigten Aufwendungen waren erforderlich, um den Mangel sicher zu beseitigen. Aufwendungen stellen im Gegensatz zu Schäden freiwillige Vermögensopfer dar. Grundsätzlich sind diejenigen Aufwendungen als erforderlich anzusehen, die „ein wirtschaftlich und vernünftig handelnder Besteller auf Grund sachkundiger Beratung für geeignet halten durfte, um den Erfolg der Mängelbeseitigung herbeizuführen“ (MüKoBGB - *Busche*, BGB, Band 6, § 637, Rn. 9). Dazu gehören sowohl Maßnahmen wie die Einschaltung eines Drittunternehmers als auch Kosten für eine Beratung durch Sachverständige und die Kosten für die Auffindung der Schadensursache (MüKoBGB - *Busche*, BGB, Band 6, § 637, Rn. 9; BGH, Urteil vom 23.1.1991 - VIII ZR 122/90, NJW 1991, Heft 25, 1604 ff.; BeckOGK - *Rast*, BGB, § 637, Rn. 103). Dabei muss der Besteller

nicht zwangsläufig den günstigsten, sondern darf in erster Linie den sichersten Weg zur Mangelbeseitigung wählen (Jauernig-BGB - *Mansel*, BGB, § 637, Rn. 5; OLG Celle, Urteil vom 28.5.2014 - 14 U 188/13, BeckRS 2016, 6233; BeckOGK - *Rast*, BGB, § 637, Rn. 108). Nach dem Aufenthalt seines Wagens bei Herrn Eder wusste der Kläger nicht, worin das Problem seines Autos lag, da vom Beklagten nicht einmal eine abschließende Diagnose ausgegangen war. Demnach sah er sich gezwungen, eine Expertise bezüglich des Problems einzuholen. Dass er diese bei einer einfachen Werkstatt würde erlangen können, bezweifelte der Kläger aufgrund der Erfahrung mit Herrn Eder zu Recht. Demnach kontaktierte er einen der wenigen öffentlich bestellten und vereidigten Kfz-Gutachter der Gegend, um ihn um seine Einschätzung zu bitten. Dass das Gutachten eines solchen Gutachters womöglich ein wenig teurer als das eines anderen Gutachters sein würde, nahm er dabei insbesondere aufgrund der Vorzugswürdigkeit öffentlicher Gutachter im Prozess gegenüber anderen Gutachtern gem. § 404 III ZPO in Kauf. Zudem wurden ihm somit Unabhängigkeit und damit zusammenhängend persönliche Unverbundenheit des Gutachters zu dem im gleichen Gewerbe tätigen Herrn Eder garantiert. Überdies war dies aufgrund der Spezialisierung des Herrn Walther auf Schadensgutachten gegenüber den nur im Allgemeinen im Gewerbe tätigen Werkstätten der deutlich sicherere Diagnoseweg, weshalb eine Erforderlichkeit hier nicht abgelehnt werden kann. Herr Matik überprüfte die Diagnose des Herrn Walther daraufhin, was nur der Absicherung diene, damit er die Reparatur nicht vergeblich vornehmen würde. Dies kann jedoch ebenfalls nicht als Argument dafür dienen, dass das Gutachten des Herrn Walther nicht erforderlich gewesen sei, da Herr Matik durch das Gutachten bereits wusste, welche Diagnose gestellt wurde und er diese zielgerichtet bestätigen konnte. Die darauffolgende Reparatur war zur Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit dann ohnehin erforderlich.

**b)** Dem entstandenen Anspruch steht kein Erlöschen entgegen. Herr Eder erfüllte nicht gem. § 362 BGB. Auch andere rechtsvernichtende Einwendungen liegen nicht vor.

**aa)** Herr Mut und der Beklagte schlossen insbesondere keinen Erlass gem. § 397 I BGB über die Forderungen des Klägers gem. § 634 BGB, mit Herr Mut auf besagte Rechte verzichtet hätte. Durch den Erlassvertrag, in dem der Gläubiger dem Schuldner die Schuld erlässt, erlischt das zugrundeliegende Schuldverhältnis. Der Erlassvertrag kommt nach den allgemeinen Bestimmungen über den Vertragsschluss gem. §§ 145 ff. BGB zustande (NK-BGB - *Ring*, BGB, § 397, Rn.

13). Es ist jedoch bereits fraglich, ob die per Mail dem Kläger zugesandte Formulierung des Herrn Eder, Herr Mut könne das Auto abholen und auf eigene Kosten reparieren lassen, als Angebot auf den Abschluss eines solchen Vertrages verstanden werden kann. Der Beklagte bat nämlich seinerseits ebenfalls an, dafür auf die ihm seiner Meinung nach zustehende Werklohnforderung zu verzichten. Zudem verwendete er Formulierungen wie „ein Vorschlag zur Güte“ und „Einverstanden?“, die eher auf ein Angebot bezogen auf einen Streitbeilegenden Vergleich gem. § 779 I BGB hindeuten. Demnach ist nach Auslegung durch die §§ 133, 157 BGB anzunehmen, dass es sich bei der Anfrage um ein konkludentes Angebot bezogen auf einen wechselseitigen Forderungsverzicht in Form eines Vergleiches handelt.

**bb)** Dennoch schlossen der Beklagte und Herr Mut auch keinen Vergleich gem. § 779 I BGB. Ein Vergleich iSd § 779 I BGB ist ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. Doch selbst wenn ein solcher, wie von Herrn Eder beabsichtigt, durch seine Form des kausalen Änderungsvertrages Erlöschenswirkung haben kann (MüKoBGB - *Habersack*, BGB, Band 7, § 779, Rn. 32; BeckOGK - *Hoffmann*, BGB, § 779, Rn. 72; Looschelders SchuldR BT, 5. Teil, § 52, Rn. 9), bedarf auch dessen Abschluss eines wirksamen Angebots und einer wirksamen Annahme gem. §§ 145 ff. BGB (MüKoBGB - *Habersack*, BGB, Band 7, § 779, Rn. 29). Das erforderliche Angebot kann zwar in konkludenter Form in der Mail von Herrn Eder vom 15. Januar 2021 gesehen werden.

Es fehlt jedoch an einer expliziten Erklärung Annahme dessen durch meinen Mandanten, der nur verlauten ließ, das Auto abholen zu lassen. Die Erklärung der Annahme war aber nicht gem. § 151 BGB entbehrlich. Nach dieser Norm kann ein Vertrag trotz mangelnder Erklärung der Annahme zustande kommen, sofern der Antragende auf sie verzichtet hat oder sie nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten war. Herr Eder verzichtete in seinem Schreiben nicht auf die Erklärung der Annahme. Auch besteht keine Verkehrssitte, die bei versuchtem Vergleichschluss zwischen Kunden und Kfz-Meister eine solche entbehrlich macht (OLG Celle, Hinweisbeschluss vom 6.10.2020 - 11 U 76/20, BeckRS 2020, 30984).

Auch eine konkludente Annahme scheidet aus. Eine solche läge vor, wenn der Antrage die Willenserklärung trotz mangelnder Explizität nach Treu und Glauben als Annahme verstehen müsste (OLG Celle, Hinweisbeschluss vom 6.10.2020 - 11 U 76/20, BeckRS 2020, 30984). Herr Eder musste die Erklärung des Klägers, er

werde das Auto abschleppen lassen, nicht als konkludente Annahme verstehen. Herr Mut durfte die Mail des Beklagten als Verzichtserklärung auf dessen Pfandrecht gem. § 647 BGB verstehen und sah sich, zu Recht davon ausgehend, dass er die Werklohnforderung nicht zahlen müsse, somit zur Abholung berechtigt. Dies zeigt bereits, dass seine darauffolgende Aussage in der Antwort-Mail mehrdeutig verstanden werden kann, also kein eindeutig schlüssiges Handeln vorliegt. Außerdem ging der Kläger in seinem Schreiben nicht auf die Vorschläge des Beklagten ein. Insbesondere antwortete er nicht auf die direkte Frage „Einverstanden?“ und deutete damit eher an, nicht zustimmungswillig zu sein. Somit kann sein Verhalten, vor allem, weil er durch den Vergleichsschluss seine gesetzlichen Rechte verlöre, mangels eindeutigem und schlüssigem Verhalten und um einen Verstoß gegen Treu und Glauben zu vermeiden, nicht als Annahme verstanden werden.

**c)** Der Anspruch ist gem. § 271 I BGB seit der endgültigen Verweigerung der Nacherfüllung durch den Beklagten am 15. Januar 2021 fällig. Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs stehen keine (möglichen) Einreden im Wege.

**aa)** Wie bereits bezüglich der Nacherfüllungsforderung ausgeführt, scheitert die mögliche Einrede der vorbehaltlosen Einnahme gem. § 640 III BGB auch bezüglich des gesamten geltend gemachten Anspruchs daran, dass der Kläger den Mangel im Zeitpunkt der Abnahme nicht kannte.

**bb)** Auch mögliche Einreden gem. § 320 und § 273 BGB wegen Nichterfüllung des Vertrages durch meinen Mandanten scheitern genau wie bezüglich der Nacherfüllungsforderung auch bezogen auf den gesamten Anspruch an der Vorleistungspflicht des Beklagten, die sich aus der Konstitution des Werkvertrages ergibt.

**cc)** Die mögliche Einrede der Unverhältnismäßigkeit der Kosten für die Nacherfüllung gem. § 635 III BGB ist ebenfalls unbegründet, wie unter dd) (1) ausgeführt. Die Möglichkeit für den Unternehmer, gem. § 635 III BGB einzureden, betrifft nur die Verweigerung der Nacherfüllung aufgrund der damit verbundenen unverhältnismäßigen Kosten. Demnach kann ein mögliches Kostenmissverhältnis, dass durch den gesamten Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB entstehen kann, damit nicht bemängelt werden. Diese Einrede kann bezüglich des letztgenannten Anspruchs jedoch trotzdem auch im Gesamten geltend gemacht werden. Sollte nämlich eine Konstellation der berechtigten Verweigerung der Nacherfüllung

vorliegen, kommt ein Selbstbeseitigungsanspruch gar nicht erst zustande. Da aber wie erläutert, eine Konstellation des § 635 III BGB bezüglich der Nacherfüllung nicht vorliegt, kann der Beklagte den gesamten Anspruch nicht gem. dieser Norm verweigern.

**dd)** Ebenso wird eine mögliche Einrede gem. § 275 II BGB des Beklagten bezüglich des gesamten geltend gemachten Anspruchs aus den §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB abgewiesen. § 275 II BGB erfasst nicht Konstellationen grober wirtschaftlicher Missverhältnisse (NK-BGB - *Rütten, Raab*, BGB, § 635, Rn. 34). Da der Beklagte durch den hier geltend gemachten Anspruch aber nur zur Zahlung der zur Reparatur erforderlichen Aufwendungen verpflichtet werden soll und keinen anderweitigen Aufwand erleidet, handelt es sich um eine solche wirtschaftliche Konstellation. Allerdings liegt selbst bezüglich dieser kein grobes Missverhältnis zwischen dem Leistungsinteresse des Herrn Mut und dem zu zahlenden Betrag vor.

**2.** Außerdem stehen dem Kläger Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten für die entstandenen Mietwagenkosten zu.

**a)** Für die im Zeitraum vom 18. Dezember 2020 bis zum 15. Januar 2021 entstandenen Kosten besteht ein Anspruch des Herrn Mut gegen Herrn Eder gem. **§§ 634 Nr. 4, 280 I BGB** auf Zahlung eines Schadensersatzes neben der Leistung i.H.v. 1.552,95 €.

**aa)** Der Anspruch des Klägers auf die Zahlung dieses Betrages ist rechtmäßig entstanden.

**(1)** Es liegt ein wirksamer Werkvertrag gem. § 631 BGB als zugrundeliegendes Schuldverhältnis vor (s.o.).

**(2)** Im gem. § 644 I 1 BGB erheblichen Zeitpunkt der Abnahme lag ein Sachmangel gem. § 633 II 1 BGB vor (s.o.).

**(3)** Es liegt eine Pflichtverletzung des Beklagten iSd § 280 I BGB vor. „Eine solche ist jedes objektiv nicht dem Schuldverhältnis entsprechende Verhalten des Schuldners“ (HK-BGB - *Schulze*, BGB, § 280, Rn. 8). Herr Eder stellte, wie bereits oben festgestellt, entgegen seiner ausdrücklichen Verpflichtung aus dem geschlossenen Werkvertrag nicht ausreichende Diagnosearbeiten an. Anstatt alle möglichen Fehlerursachen zu ermitteln und daraufhin mit der Reparatur zu beginnen, beendete er seine Diagnose nach Feststellen des ersten möglichen Problems, der Hydraulik, und tauschte diese sodann aus. Da jedoch die Vornahme

aller erforderlicher Maßnahmen zur Reparatur des Wagens seine Hauptleistungspflicht darstellte, besteht durch die den gesamten Vertrag behaftende, nur mangelhaft ausgeführte Diagnosearbeit gleichzeitig eine Verletzung besagter Pflicht.

(4) Der Beklagte muss die Pflichtverletzung vertreten. Das Vertretenmüssen wird gem. § 280 I 2 BGB vermutet. Der Schuldner trägt daher die Beweislast, kann sich somit jedoch auch ggf. exkulpieren (HK-BGB - *Schulze*, BGB, § 280, Rn. 15). Eine Exkulpationsmöglichkeit liegt jedoch nicht vor. Der Verschuldensmaßstab richtet sich nach § 276 BGB. Demnach hat der Schuldner Fahrlässigkeit oder Vorsatz zu vertreten. Eine etwaige Haftungserleichterung greift nicht. Der Beklagte unterließ mindestens fahrlässig, das heißt unter fehlender Berücksichtigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 II BGB), weitere Diagnosearbeiten durchzuführen. Eher ist sogar davon auszugehen, dass er es nach Entdecken der ersten möglichen Ursache vorsätzlich, das heißt mit Wissen und Wollen, unterließ, weitere Diagnosemaßnahmen durchzuführen, in der Hoffnung, die darauffolgende Reparatur werde den Fehler beheben.

(5) Durch die vom Beklagten zu vertretende Pflichtverletzung entstand ein adäquat kausal verursachter Schaden. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Vermögenseinbuße. Diese muss unmittelbar durch die Pflichtverletzung des Schuldners erfolgen. Nach der Abnahme des Fahrzeugs trotz pflichtverletzungsbedingter Mangelbehaftung des Werkes bemerkte der Kläger nur wenig später, dass das Problem beim Umschalten noch vorhanden war. Aus diesem Anlass sah er sich gezwungen, das Kfz am 10. Dezember 2020 erneut Herrn Eder, diesmal zur Nacherfüllung, zu übergeben. Nachdem dieser erst eine Woche später, am 18. Dezember 2020, ankündigte, er könne weitere, jedoch diesmal kostenpflichtige Diagnosearbeiten am Getriebe vornehmen, nahm sich der Kläger einen Mietwagen. Zu dieser Maßnahme sah er sich gezwungen, da er davon ausgehen musste, dass die Reparatur seines Wagens sich aufgrund der Indifferenzen mit dem Beklagten noch länger hinziehen würde. Innerhalb dieser Zeit weder privat noch beruflich mobil sein zu können, war ihm aufgrund seiner weite Distanzen erfordernden Tätigkeit insbesondere aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar. Bis zur endgültigen Verweigerung der Nacherfüllung am 15. Januar 2021 durch den Beklagten entstand dem Kläger, der noch an seinem Nacherfüllungsverlangen festhielt, weshalb sein Integritätsinteresse betroffen war, somit ein Schaden i.H.v. 1.552,95 €. Dabei handelt es sich jedoch nicht, wie eine M.M. in der Literatur

annimmt, um einen reinen Verzugsschaden gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, II, 286 BGB. Vielmehr liegt, wie von dem herrschenden Teil der Literatur angenommen und vom BGH bestätigt, primär eine einfache Pflichtverletzung iSd § 280 I BGB in Form der mangelhaften Leistung mit beiläufigem Verzugs effekt vor, weshalb es sich um einen Schaden nach §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB handelt (BGH, Urteil vom 19.6.2009 - V ZR 93/08, NJW 2009, 2674, 2676). Für das Eintreten dieses Schadens war die Pflichtverletzung daher wie oben ausgeführt unmittelbar kausal. Grundsätzlich sind entstandene Schäden gem. § 249 I BGB mit der sog. Naturalrestitution zu ersetzen. Ist diese Art der Wiederherstellung in natura jedoch aufgrund der Beschaffenheit des entstandenen Schadens unmöglich, so kann der Gläubiger gem. § 251 I BGB auch den Wert des Schadens als Geldbetrag verlangen. Eine solche Konstellation der Unmöglichkeit der Naturalrestitution liegt bei einem ausschließlich aus Kosten bestehenden Schaden vor, weshalb hier genannter Geldbetrag verlangt werden kann.

**(6)** Der geltend gemachte Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB ist entgegen der Anspielung des Herrn Eder bezüglich der weiten zurückgelegten Distanz des Klägers nach Abnahme auch nicht durch Mitverschulden gem. § 254 I oder § 645 I BGB beschränkt oder ausgeschlossen.

**(a)** Die Norm des § 645 I BGB greift überhaupt nur dann, wenn eine durch den Besteller zu verantwortende Verschlechterung, ein Untergang oder eine Unausführbarkeit des Werkes vor der Abnahme vorliegt. Herr Mut hatte auf das Auto vor der Abnahme jedoch keinen Zugriff. Dies wird von dem Beklagten auch nicht behauptet, viel eher reklamiert er das Verhalten des Klägers nach der Abnahme. Demnach liegt kein Mitverschulden nach § 645 I BGB vor.

**(b)** Ein Mitverschulden gem. § 254 I BGB ist gegeben, wenn der Beschädigte an der Entstehung des Schadens selbstverschuldet mitgewirkt hat. Herr Eder deutete indirekt an, der Kläger habe durch die hohe, nach der „Reparatur“ zurückgelegte Distanz am maßgebenden Fortbestehen des Ruckelns beim Umschalten der Gangschaltung zumindest mitgewirkt, welches im Folgenden unter anderem die Mietwagenkosten mitverursacht hat. Grundsätzlich trägt die Beweislast für ein mögliches Mitverschulden des Geschädigten der Schädiger (BGH, Urteil vom 20.7.2006 - IX ZR 94/03, MMR 2007, 42, 45). Dennoch soll hier ein möglicherweise beanstandetes Mitverschulden prophylaktisch ausgeschlossen werden. Zunächst ist nicht nachgewiesen, ob das Weiterbestehen des Funktionsfehlers überhaupt mit dem Fahren des Wagens zusammenhing. Überdies

handelte Herr Mut, selbst wenn seine Handlung zum Fortbestehen des Mangels beitrug, weder fahrlässig noch vorsätzlich iSd § 276 BGB. Vorsatz ist bereits dadurch ausgeschlossen, dass der Kläger Distanzen wie die betroffene beruflich ständig zurücklegt, er also keineswegs absichtlich so weit fuhr, um Fehler zu provozieren und ihm sehr an der Funktionsfähigkeit des Wagens gelegen war. Mithin hatte er keinen Grund und keinen Willen für das vorsätzliche Verursachung bzw. Aufrechterhaltung des Problems und die damit einhergehende Nutzung des Mietwagens. Auch Fahrlässigkeit ist ausgeschlossen, da Herr Mut die in § 276 II BGB geforderte im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht nachweislich außer Acht ließ, zumal er nicht einmal davon ausging, dass noch Mängel am Fahrzeug existieren könnten, diesbezüglich also erst gar keine besondere Sorgfalt aufweisen musste.

**bb)** Dem Anspruch stehen keine Erlöschensgründe entgegen. Insbesondere wurde, wie bereits unter 1., b), bb) ausgeführt, kein Vergleich zwischen den Parteien geschlossen.

**cc)** Der Anspruch ist überdies auch durchsetzbar, ihm stehen keine denkbaren Einreden der Beklagtenseite entgegen. Ebenso besteht seit dem 15. Januar 2021, an dem der Betrag anfiel und ab dem alle Fälligkeitsvoraussetzungen vorliegen, gem. § 271 I BGB Fälligkeit.

**b)** Für die Forderung der weiteren, vom 16. Januar 2021 bis zum 4. Juni 2021 entstandenen Mietwagenkosten i.H.v. 7.497 € steht dem Kläger ein Anspruch gegen den Beklagten gem. **§§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I 1 BGB** auf Schadensersatz statt der Leistung zu.

**aa)** Der Anspruch auf Zahlung dieses Betrages ist rechtswirksam entstanden.

**(1)** Es liegt ein wirksamer Werkvertrag gem. § 631 BGB als zugrundeliegendes Schuldverhältnis vor (s.o.).

**(2)** Im gem. § 644 I 1 BGB erheblichen Zeitpunkt der Abnahme lag ein Sachmangel gem. § 633 II 1 BGB vor (s.o.).

**(3)** Es liegt eine Pflichtverletzung des Beklagten iSd § 281 I 1 BGB in Form einer nicht wie geschuldet erbrachten Leistung vor. In der Literatur ist umstritten, worauf sich die Pflichtverletzung genau beziehen muss: Auf die nicht mangelfreie Leistung trotz Fälligkeit und/oder auf das endgültige Ausbleiben der Leistung trotz Nachfristsetzung. Dieser Streitstand ist jedoch vorliegend entbehrlich, da Herr Eder bezüglich beidem eine Pflichtverletzung beging. Der Kläger sollte bis zum 11.

November 2020 die ihm ausgestellte Rechnung für die vollständige Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit begleichen. Daraus muss geschlossen werden, dass wegen der gesetzlichen Vorleistungspflicht des Unternehmers die Erbringung der Reparaturleistung ebenfalls spätestens am 11. November 2020 fällig war. Da Herr Eder zu diesem Zeitpunkt mangelhaft leistete, beging er hiermit die erste Pflichtverletzung. Jedoch leistete er trotz Rechtspflicht auch nicht innerhalb der ihm zur Nacherfüllung gesetzten Frist und verursachte damit auch das endgültige Ausbleiben der mangelfreien Leistung. Mithin beging er auch die zweite Pflichtverletzung. Die Erbringung der geschuldeten Leistung war dem Beklagten dabei mangels gegenteiliger Anzeichen möglich.

(4) Herr Mut forderte Herrn Eder iSd § 281 I 1 letzter HS BGB durch seine Nacherfüllungsforderung wirksam und angemessen zur mangelfreien Leistungserbringung auf (unter 1., a), bb), (2) ausgeführt). Diese Frist verstrich, ohne dass der Beklagte leistete.

Sollte das Gericht die Fristsetzung entgegen den Ausführungen für unwirksam erachten, wird höflichst darauf hingewiesen, dass eine Fristsetzung aufgrund der endgültigen und ernsthaften Verweigerung der Nacherfüllung durch den Beklagten ohnehin gem. § 281 II Alt. 1 BGB entbehrlich war.

(5) Der Beklagte hat die Pflichtverletzungen gem. § 280 I 2 BGB zu vertreten. Dabei besteht auch keine Möglichkeit zu einer glaubwürdigen Exkulpation. Das Verschulden bestimmt sich nach § 276 BGB. Demnach hat der Schuldner Fahrlässigkeit und Vorsatz zu vertreten. Bezüglich der nicht mangelfreien Leistung trotz Fälligkeit liegt, wie unter 2., a), aa), (4) ausgeführt, mindestens Fahrlässigkeit, eher sogar Vorsatz vor. Anders verhält es sich auch nicht bezüglich der zweiten Pflichtverletzung in Form des endgültigen Ausbleibens der Leistung trotz gesetzter angemessener Frist zur Nacherfüllung. Der Beklagte unterließ die Leistung voluntativ und bewusst. Selbst wenn er sich dabei im Recht wähnte, handelte er damit sogar vorsätzlich.

(6) Durch die vom Beklagten zu vertretende Pflichtverletzung entstand ein adäquat kausal verursachter Schaden i.H.v. 7.497 € im Zeitraum vom 16. Januar 2021 bis zum 4. Juni 2021. Ein wie hier geltend gemachter Schadensersatz statt der Leistung kann nur bzw. muss gefordert werden, wenn der Gläubiger davon ausgehen muss, dass er die Leistung nicht mehr vom Schuldner erhält (*Bach*, Zur Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung, ZJS 2013, Band 1, S. 1, 8). Der genannte

Betrag entstand dem Kläger dadurch, dass er sich auch nach der Verweigerung der Nacherfüllung durch den Beklagten am 15. Januar 2021 bis zur Ersatzvornahme der Reparatur am 4. Juni 2021 den Mietwagen nehmen musste. Eine solche ernsthafte und endgültig Verweigerung der Nacherfüllung stellt genauso wie der Ablauf einer zur Nacherfüllung gesetzten Frist das endgültige Ausbleiben und damit die Berechtigung zur Forderung von Schadensersatz statt der Leistung dar (Vgl. Übersicht von Stephan Lorenz: Schadensersatz „statt der Leistung“ und „neben der Leistung“, <https://lorenz.userweb.mwn.de/schumod/material/verkhft.pdf>, S. 13).

Sieht das Gericht dies nicht so, wird höflichst drauf hingewiesen, dass dann ab der Abholung des Wagens am 5. Februar 2021, ab dem die Nacherfüllung dem Beklagten persönlich gem. § 275 I Alt. 1 BGB unmöglich wurde, das endgültige Ausbleiben der Leistung anzunehmen ist. Folglich ist spätestens der ab diesem Zeitpunkt angefallene Betrag als Schadensersatz statt der Leistung geltend zu machen.

Dabei ist dann der Geschädigte nach der Differenzhypothese so zu stellen, als hätte er seine Ausgaben aufgrund mangelhafter Leistung nicht unfreiwillig tätigen müssen. Dass die Herrn Mut entstandenen Kosten trotz des langen Ingebrauchhaltens des Mietwagens keine freiwillige Aufwendungen waren, wird im Folgenden aufgezeigt. Einerseits gilt dies unstreitig für die während der Wartezeit auf die Reparatur entstandenen Kosten i.H.v. 1.660,05 €, da Herr Mut sich dazu gezwungen sah, sein Kfz, um es wieder benutzen zu können, fachgerecht reparieren zu lassen. Er bemühte sich daher nach Erstellung des Gutachtens am 4. Mai 2021 schnellstmöglich darum, eine geeignete Werkstatt zu finden und gab die Reparatur in Auftrag. Diese wurde dann ohne Verzögerungen durchgeführt und der Kläger gab bereits am 4. Juni 2021, dem Tag der Übergabe seines Fahrzeugs, den Mietwagen zurück. Bis dahin hatte er diesen unumgänglich für berufliche und private Tätigkeiten als Surrogat gebraucht. Insbesondere waren aber auch die Mietwagenkosten i.H.v. 5.836,95 € während der vorherigen Wartezeit auf das Gutachten des Herrn Walther keine freiwilligen Aufwendungen. Auch ein etwaiges Mitverschulden gem. § 254 I BGB des Herrn Mut an der Schadensentstehung besteht nicht. Der Kläger sah sich durch die vorausgegangene Verwirrung dazu gezwungen, ein Gutachten eines Sachverständigen anfertigen zu lassen, um Klarheit über die Störungsursache zu erfahren. Dazu fragte er bei einem der wenigen öffentlich bestellten und vereidigten Gutachter in der Region an, um rechtliche Sicherheit durch dessen Vorzugswürdigkeit vor Gericht gem. § 404 III

ZPO zu erlangen. Zudem sind, obwohl Herr Walther angab, sonst nur vier Wochen für die Erstellung eines Gutachtens zu benötigen, aufgrund der wenigen öffentlich bestellten und vereidigten Gutachter und der stetig wachsenden Zahl an Kfz Wartezeiten von mehreren Monaten durchaus nicht ungewöhnlich. Genau wie während der Wartezeit auf die endgültige Reparatur benötigte der Kläger auch in dieser Zeit einen Ersatz für seinen beruflich und privat essentiell wichtigen Wagen. Die mangelhafte Leistung sowie die Verweigerung der Nacherfüllung wurden für das Entstehen des Schadens kausal. Folglich ist Herr Mut so zu stellen, als seien die Mietwagenkosten nicht für ihn angefallen. Weil auch hier eine Naturalrestitution gem. § 249 I BGB unmöglich ist, kann der Kläger gem. § 251 I BGB Wertersatz in Geld fordern.

**bb)** Der Anspruch ist nicht erloschen. Auch hier wird noch einmal darauf verwiesen, dass die Parteien keinen Vergleich mit Erlöschenswirkung schlossen (siehe unter 1., b), bb)).

**cc)** Der Anspruch ist fällig und durchsetzbar.

**3.** Die Geltendmachung des Anspruchs aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I 1 BGB schließt nicht gem. § 281 IV BGB den ebenfalls geltend gemachten Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB aus. Aus § 281 IV BGB ergibt sich, dass das berechnete Forderung der Leistung dann ausgeschlossen ist, wenn zugleich Schadensersatz statt der Leistung gefordert wird (BGH, Urteil vom 9.11.2017 - IX ZR 305/16, NJW 2018, Heft 11, 786, 787, Rn. 10). Daher erscheint es zunächst unplausibel, dass die Geltendmachung des Schadensersatzes statt der Leistung das Selbstbeseitigungsrecht nicht ausschließt, da nach dem Wortlaut angenommen werden könnte, für den Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB sei eine im Zeitpunkt der Geltendmachung noch bestehende, berechnete Nacherfüllungs-, also Leistungsforderung erforderlich. Dies ist jedoch nicht so. Nach Ansicht der reformierten Rechtsprechung fordert der Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 I BGB nämlich mangels Andeutungen in den Begründungen des Gesetzgebers gerade keinen im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs noch bestehenden Nacherfüllungsanspruch (BGH, Urteil vom 22.2.2018 - VII ZR 46/17, NJW 2018, Heft 20, 1463, 1467, Rn. 50). Häufig wird gerade mangels der noch bestehenden Nacherfüllungsforderung, z.B. aufgrund ernsthafter und endgültiger, aber unberechtigter Verweigerung derselben durch den Schuldner, oder sogar anstelle derer das Selbstbeseitigungsrecht geltend gemacht. Folglich wäre zwar die

Geltendmachung des reinen Nacherfüllungsanspruchs gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB durch gleichzeitige Schadensersatzforderung statt der Leistung ausgeschlossen, der Selbstbeseitigungsanspruch jedoch nicht.

## Erwiderung möglicher Widerklage

### *I. Tatsachenvortrag*

Trotz angeblicher, in dem Angebot auf den Vergleich verlautbarter Verzichtsbereitschaft gab der Beklagte in Person seines Prozessbevollmächtigten Herrn Grimm an, sich vorzubehalten, unter Umständen die Werklohnforderung geltend zu machen.

Um andere potenzielle Kunden der Werkstatt des Herrn Eder vor den Verwirrungen und den entstandenen Strapazen zu bewahren, verfasste der Kläger am 6. Juni 2021 eine Google-Rezension über die Werkstatt des Beklagten. Darin behauptete er wahrheitsgemäß, dass die Inkompetenz und Vertragsuntreue des Kfz-Meisters dazu geführt haben, dass eine völlig sinnlose Reparatur vorgenommen wurde. Dass Herr Eder seiner rechtlichen Pflicht zur Nacherfüllung daraufhin sogar nicht einmal nachgekommen ist, monierte er überdies zurecht. Zudem zog er ins Lächerliche und Polemische gehende Vergleiche und verharmloste somit rhetorisch seinen ernststen Unmut.

Als Herr Eder die Rezension bemerkte, kontaktierte er meinen Mandanten am 7. Juli 2021 und forderte ihn harsch auf, diese wieder zu löschen. Dabei wirkte er überaus erschüttert und nicht kritikfähig.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K17** --

Dieser Bitte kam Herr Mut trotz nicht bestehender Pflicht zu diesem Handeln und hoher Beschäftigung wenig später nach und erklärte, die Sache sei für ihn erledigt.

-- für den Fall des Bestreitens: **Beweis K18** --

## ***II. rechtliche Bewertung***

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes zu berücksichtigen. Dem Beklagten, Herrn Eder, stehen weder Forderungen aus Widerklage auf die Werklohnforderung vom 29. Oktober 2020 i.H.v. 2.870,08 € noch auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung aus § 823 BGB zu.

**1.** Ein Anspruch auf die Werkentlohnung gem. § 631 I HS 2 BGB i.H.v. 2.870,08 € besteht aufgrund der Schadensersatzforderung statt der Leistung durch meinen Mandanten und der unstreitig nicht mangelfrei erfüllten Vorleistungspflicht des Unternehmers nicht.

**a)** Die berechnete Schadensersatzforderung statt der Leistung wegen nicht wie geschuldeter, mangelhafter Vertragserfüllung gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I 1 BGB schließt sowohl den Primärerfüllungsanspruchs des Gläubigers als auch den Gegenleistungsanspruch des Schuldners aus. Dies ist durch einen „Erst-recht-Schluss“ aus § 281 IV BGB ermittelbar (BeckOK-BGB - *Lorenz*, BGB, § 281, Rn. 56). Der Kläger machte (s. II., 2., b)) Schadensersatz statt der Leistung bezüglich der ihm nach der endgültigen Verweigerung durch den Beklagten noch angefallenen Mietwagenkosten geltend. Dazu war er, wie oben dargelegt, berechtigt. Folglich besteht keine rechtswirksame Gegenleistungsforderung des Herrn Eder.

**b)** Sollte das Gericht die Schadensersatzforderung statt der Leistung wider den Ausführungen für unwirksam halten, wird höflichst darauf hingewiesen, dass der Werklohnforderung dann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bezüglich der Mangelbeseitigung gem. § 320 I, 641 III BGB unsererseits entgegengebracht wird. Der Beklagte und eventuell Widerklagende war zur Vorleistung verpflichtet. Folglich war der Kläger unstreitig dazu berechtigt, die Gegenleistung bis zum Empfang der vollständigen vertragsgemäßen Leistung einzubehalten. Somit war schon die von Herrn Eder mit Auslauf am 11. November 2020 gesetzte Frist zur Vertragspreiszahlung unwirksam. Dadurch, dass die mangelfreie Leistung jedoch auch danach, und zwar dann endgültig ausblieb, muss der Kläger bis zum jetzigen Zeitpunkt und auch künftig nicht gegenleisten (Vgl. zum Kaufvertrag: BGH, Urteil vom 26.10.2016 - VIII ZR 211/15, NJW 2017, Heft 5, 1100, 1101, Rn. 17). Vielmehr kann er gem. § 641 III BGB das Doppelte des für die Beseitigung des Mangels Erforderlichen zurückbehalten (Ermann-BGB - *Schwenker, Rodemann*, BGB, § 641, Rn. 17). Die Diagnose durch Herrn Walther und die Beseitigung durch

Herrn Matik kosteten insgesamt 2.859,77 €. Demnach ist Herr Mut zur Verweigerung von über 5.000 € berechtigt und kann damit die mit 2.870,08 € angesetzten Werklohnkosten verweigern.

2. Der Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I oder II BGB i.H.v. 2.932 € plus Schmerzensgeld scheidet, selbst wenn das Gericht die anderen Voraussetzungen für gegeben erachtet, spätestens an dem Prüfungspunkt der Rechtswidrigkeit. Dies ist der Fall, weil die in der Google-Bewertung getätigten Aussagen des Klägers nicht als Schmähkritik, sondern klar unter die Meinungsfreiheit zu fassen sind. Letztere stellt einen Rechtfertigungsgrund dar. Das Schreiben des Herrn Mut sollte bloß eine ehrliche und fundierte, teils ins Lächerliche gezogene, aber keineswegs ernstlich anfeindende, geschweige denn beleidigende Warnung sein. Sie sollte lediglich andere potenzielle Kunden davor bewahren, viel Zeit zu verlieren, einen Mietwagen zu nehmen oder den Rechtsweg bestreiten zu müssen. Eine reine Kritik an der wirtschaftlichen Tätigkeit, wie diese es ist, ist vom Geschädigten hinzunehmen (Staudinger-BGB - *Hager*, BGB, § 823, Abschnitt D4; BGH, Urteil vom 21.4.1998 - VI ZR 196/97, BGHZ 138, 311, 320). Selbst wenn sie sich „scharfer, überspitzter oder polemischer Formulierungen bedient“ (jurisPk-BGB - *Lange*, BGB, Band 2, 20.9.2021, § 823 I, Rn. 77), stellt sie dabei noch keine rechtswidrige Schmähkritik, die ohnehin nur in äußerst engen Grenzen angenommen wird (Ermann-BGB - *Wilhelmi*, BGB, § 823, Rn. 71; BGH, Urteil vom 16.12.2014 - VI ZR 39/14, juris), sondern eine noch gerechtfertigte Bewertung dar. Auch muss beachtet werden, dass Google-Rezensionen gerade auch für Kritik gedacht sind. Handelt ein Unternehmen somit zu Ungunsten eines Klienten, ist es nur gerecht, wenn eine negative Bewertung, gegebenenfalls mit Verbesserungsvorschlägen oder Warnungen, erfolgen kann.

Sollte das Gericht weiteren Sachvortrag für erforderlich halten, wird höflichst um einen Hinweis gem. § 139 ZPO gebeten.

X 

RAin Dr. Lieselotte Gans

Rechtsanwältin  
Dr. Lieselotte Gans

# Anlagen

*K1:*

**Von:** Gregor Mut

**Gesendet:** Dienstag, 29. September 2020 11:25

**An:** Gustl Eder

**Betreff:** Reparatur meines Kfz

Sehr geehrter Herr Kfz-Meister Eder,

über eine Google-Recherche bin ich auf Ihre Kfz-Werkstatt hier in Göttingen aufmerksam geworden. Ich habe seit einiger Zeit ein Problem mit meinem Wagen, es ist ein Automatikfahrzeug und alle 200-300km bemerke ich Probleme beim automatischen Umschalten der Gangschaltung. Es ruckelt dann und quietscht und eine gelbe Warnlampe leuchtet auf. Wenn ich in der Bedienungsanleitung nachsehe, bedeutet die Warnlampe, dass ich das Fahrzeug in eine Werkstatt bringen soll. Ich wollte daher bei Ihnen anfragen, ob Sie mein Fahrzeug anschauen und wieder in Ordnung bringen können?

Mit freundlichen Grüßen,

Dipl.-Ing. Gregor Mut

*K2:*

**Von:** Gustl Eder

**Gesendet:** Freitag, 02. Oktober 2020 09:17

**An:** Gregor Mut

**Betreff:** AW: Reparatur meines Kfz

Sehr geehrter Herr Dipl.-Ing. Mut,

vielen Dank für Ihre Anfrage. Bringen Sie Ihr Fahrzeug gerne am nächsten Freitag, den 09.10. bei mir vorbei, ich kann es dann für Sie untersuchen und der Störung auf den Grund gehen. Vor Ort können wir auch alles Weitere besprechen.

Mit freundlichen Grüßen,

Kfz-Meister Gustl Eder

**K3:**

**Auszug aus Schreiben des Herrn Grimm:**

„Zwar hatten Herr Mut und Herr Eder ursprünglich in der Tat vereinbart, dass Herr Eder alle erforderlichen Maßnahmen zur Reparatur des Pkw ergreifen sollte.“

**Rechnung des Beklagten an Herrn Mut:**

RECHNUNG	
<b>Gustl Eder KFZ-Meisterwerkstatt</b> <i>Mit Rad &amp; Tat an Ihrer Seite!</i>	<b>DATUM:</b> 29. Oktober 2020 <b>RECHNUNG NR.</b> 17196697
Friedländer Weg 23 37085 Göttingen	<b>RECHNUNGSADRESSE:</b> Gregor Mut Geismar Landstraße 12 37083 Göttingen
Behebung Funktionsstörung d. automatischen Gangschaltung	
BESCHREIBUNG	BETRAG

**K4:**

**Von:** Gustl Eder

**Gesendet:** Montag, 12. Oktober 2020 17:04

**An:** Gregor Mut

**Betreff:** AW: Reparatur meines Kfz

Sehr geehrter Herr Dipl.-Ing. Mut,

hiermit möchte ich Sie über das Ergebnis der Voruntersuchung Ihres Pkw informieren. Im Rahmen einer elektronischen Fehlerdiagnostik habe ich festgestellt, dass ein Ventil in der Hydraulikeinheit Ihres Pkw defekt ist. Leider steht dieses Ventil von Seiten des Herstellers nicht als einzelnes Ersatzteil zur Verfügung. Ich müsste daher die gesamte Hydraulikeinheit als nächstgrößere austauschbare Einheit ersetzen. Die voraussichtlichen Material- und Arbeitskosten hierfür liegen insgesamt bei etwa 3.000€. Wenn Sie diese Reparatur tatsächlich durchführen lassen möchten, geben Sie mir einfach kurz Bescheid. Ich würde die Hydraulikeinheit dann morgen beim Hersteller für Sie bestellen.

Mit freundlichen Grüßen,

Kfz-Meister Gustl Eder

## *K5:*

**Von:** Gregor Mut

**Gesendet:** Mittwoch, 14. Oktober 2020 08:32

**An:** Gustl Eder

**Betreff:** AW: Reparatur meines Kfz

Sehr geehrter Herr Eder,

vielen Dank für Ihre Nachricht. 3.000€ ist ja ein stolzer Preis, aber mir liegt mein Auto nunmal sehr am Herzen. Wir hatten ja schon besprochen, dass alle erforderlichen Reparaturmaßnahmen erledigt werden können. Also ja, bitte tauschen Sie die gesamte Hydraulikeinheit aus.

Mit freundlichen Grüßen,

Dipl.-Ing. Gregor Mut

## *K6:*

**Von:** Gustl Eder

**Gesendet:** Montag, 30. November 2020 09:41

**An:** Gregor Mut

**Betreff:** AW: Reparatur meines Kfz

Sehr geehrter Herr Mut,

das ist natürlich nicht gut. Gerne können Sie Ihren Pkw vorbeibringen, ich kann die ersetzte Hydraulikeinheit nochmals prüfen. Außerdem muss ich Sie darauf hinweisen, dass die Rechnung bis zum 11.11.2020 hätte beglichen werden müssen. Das haben Sie sicher einfach nur vergessen. Ich möchte Sie daher noch einmal daran erinnern und Sie bitten, den Rechnungsbetrag zügig zu überweisen.

Mit freundlichen Grüßen,

G. Eder

**K7:**

**Von:** Gregor Mut

**Gesendet:** Samstag, 05. Dezember 2020 16:13

**An:** Gustl Eder

**Betreff:** AW: Reparatur meines Kfz

Sehr geehrter Herr Eder,

alles klar, ich würde mein Auto dann am 10.12. vorbeibringen. Die Rechnung werde ich begleichen, wenn ich das Auto wieder abhole und alles funktioniert.

Mit freundlichen Grüßen,

G. Mut

**K8:**

**Von:** Gustl Eder

**Gesendet:** Freitag, 18. Dezember 2020 13:09

**An:** Gregor Mut

**Betreff:** AW: Reparatur meines Kfz

Sehr geehrter Herr Mut,

ich habe die von mir ersetzte Hydraulikeinheit nochmals überprüft – sie funktioniert nach wie vor einwandfrei. Ich könnte Ihnen anbieten, nun weitere Nachforschungsmaßnahmen anzustellen. Es kann sein, dass das Problem im Getriebe liegt, an dem ich bisher noch keine Untersuchungen und Arbeiten durchgeführt habe. Ich müsste mir das aber genauer anschauen, zumal Sie laut Tacho seit der Reparatur im Oktober trotzdem fast 1.200km gefahren sind. Die Prüfung des Getriebes sowie eventuelle Arbeiten daran müsste ich Ihnen dann allerdings in Rechnung stellen. Bitte geben Sie mir kurz Bescheid wie Sie weiter verfahren möchten.

Mit freundlichen Grüßen,

G. Eder

## *K9:*

**Von:** Gregor Mut

**Gesendet:** Samstag, 19. Dezember 2020 10:51

**An:** Gustl Eder

**Betreff:** AW: Reparatur meines Kfz

Sehr geehrter Herr Eder,

wieso in Rechnung stellen? Das verstehe ich nicht. Soweit ich weiß hat man auch bei einer Reparatur einen Anspruch auf Nacherfüllung und scheinbar haben Sie im Oktober ja nicht alle Fehlerursachen überprüft und repariert. Dabei hatten wir extra vereinbart, dass Sie alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen. Und dass ich im Monat 1.200km fahre, ist für mich und das Auto nicht ungewöhnlich, ich bin beruflich eben viel unterwegs. Das Auto hat bisher deshalb noch nie Probleme gemacht. Ich mache hiermit meinen Nacherfüllungsanspruch geltend und verlange die kostenlose Überprüfung des Getriebes sowie ggf. eine Reparatur der aufgefundenen Fehler – wie es von Anfang an hätte passieren sollen.

Mit freundlichen Grüßen,

G. Mut

## *K10:*

**Von:** Gregor Mut

**Gesendet:** Samstag, 09. Januar 2021 12:05

**An:** Gustl Eder

**Betreff:** AW: Reparatur meines Kfz

Sehr geehrter Herr Eder,

Hiermit fordere ich Sie letztmalig zur Nacherfüllung auf. Ich erwarte eine kostenfreie Herstellung der Funktionstauglichkeit meines Pkw. Ich setze Ihnen hierfür eine letzte Frist bis zum 25.01.2021. Sollte mein Pkw bis dahin nicht repariert sein, lehne ich jegliche weiteren Nachbesserungsversuche Ihrerseits ab. Ich werde dann die mir zustehenden Rechte gegen Sie – notfalls gerichtlich – geltend machen.

Mit freundlichen Grüßen

G. Mut

## *K11:*

**Von:** Gustl Eder

**Gesendet:** Freitag, 15. Januar 2021 14:02

**An:** Gregor Mut

**Betreff:** AW: Reparatur meines Kfz

Sehr geehrter Herr Mut,

ich bin nicht bereit die von Ihnen verlangten Maßnahmen kostenlos durchzuführen. Ein Vorschlag zur Güte: Sie holen Ihr Auto hier ab und lassen es anderweitig (auf eigene Kosten) reparieren, und ich verzichte (ohne Anerkennung einer Rechtspflicht) auf die Begleichung der offenen Rechnung Nr. 17196697 vom 29.10.2020. Einverstanden? Noch weiter entgegen kommen kann ich Ihnen beim besten Willen nicht!

Mit freundlichen Grüßen,

G. Eder

## *K12:*

**Von:** Gregor Mut

**Gesendet:** Donnerstag, 04. Februar 2021 09:36

**An:** Gustl Eder

**Betreff:** AW: Reparatur meines Kfz

Sehr geehrter Herr Eder,

ich möchte Sie nur kurz davon in Kenntnis setzen, dass ich ein Abschleppunternehmen beauftragt habe, das meinen Wagen noch heute im Lauf des Tages abholen wird. Bitte halten Sie die Schlüssel bereit und händigen Sie den Pkw aus.

Mit freundlichen Grüßen,

G. Mut

**K13:**

KFZ-Sachverständigenbüro  
Dipl.-Ing. Max Walther  
*- öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger -*  
Göttinger Straße 27  
37120 Bovenden

Gregor Mut  
Geismar Landstraße 12  
37083 Göttingen

18.02.2021

Sehr geehrter Herr Mut,

vielen Dank für Ihre Anfrage. Gerne untersuche ich Ihren Pkw und erstelle ein entsprechendes Gutachten. Ich muss Sie allerdings darauf hinweisen, dass ich zurzeit viele Aufträge habe und die Erstellung des Gutachtens bis zu 3 Monate (und nicht wie üblich etwa 4 Wochen) dauern kann. Sollte das für Sie in Ordnung sein, rufen Sie mich doch gerne kurz an und wir besprechen das weitere Vorgehen.

Mit freundlichen Grüßen,

Max Walther

Dipl.-Ing. Max Walther

*K14:*

**Gutachten des Herrn Walther:**

KFZ-Sachverständigenbüro  
Dipl.-Ing. Max Walther  
*- öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger -*  
Göttinger Straße 27  
37120 Bovenden

# GUTACHTEN

Auftraggeber: Dipl.-Ing. Gregor Mut  
Geismar Landstraße 12  
37083 Göttingen

Begutachtungsobjekt: PKW Audi A6  
Kennzeichen: GÖ - GM - 1737  
Kilometerstand 210.000km  
Alter: 12 Jahre

Datum: 04.05.2021

**AUFTRAG** Ermittlung einer Funktionsstörung

Gemäß Auftrag vom 19.02.2021 durch den Eigner wurde der in den Daten näher bezeichnete Pkw zur Ermittlung der Funktionsstörung untersucht und ein Gutachten darüber erstellt.

Der Sachverständige

Dipl.-Ing.  
Max Walther

Herr Mut kam mit Funktionsstörungen der automatischen Gangschaltung seines Pkw zu mir und bat mich um die Ermittlung der Ursache sowie die Erstellung eines entsprechenden Sachverständigengutachtens.

Bei der Ermittlung einer unbekanntes Fehlerquelle ist folgendermaßen vorzugehen: mögliche Ursachen für die Funktionsstörung werden nacheinander durchgeprüft und sukzessive ausgeschlossen, bis die wirkliche Fehlerursache bestimmt ist. Dabei wird mit der naheliegendsten möglichen Fehlerquelle begonnen und Schritt für Schritt bis zur fernliegendsten weitergeprüft. Welcher Prüfungsumfang dabei geboten ist und welche konkrete Prüfungsreihenfolge sich so für den Einzelfall ergibt, müssen die Fachleute in der Reparaturwerkstatt auf Grund ihrer besonderen Sachkunde entscheiden.

Grundsätzlich entspricht es den anerkannten Regeln des Kfz-Handwerks bei Funktionsstörungen am Kfz zunächst eine elektronische Fehleranalyse durchzuführen. Bei Funktionsstörungen der automatischen Gangschaltung liegt die Ursache häufig in der Hydraulik; aus diesem Grund war es naheliegend zunächst hier Untersuchungen durchzuführen. Bei der von mir durchgeführten elektronischen Fehleranalyse am Fahrzeug konnte ich keine Auffälligkeiten (mehr) feststellen. Insbesondere der Austausch der Hydraulikeinheit durch die Werkstatt des Herrn Kfz-Meister Eder im Oktober 2020 erfolgte ordnungsgemäß. Im Nachhinein lässt sich allerdings auch nicht mehr feststellen, inwiefern der Austausch der Hydraulikeinheit tatsächlich zur Behebung bzw. Besserung der Funktionsstörung beigetragen hat.

Die Besonderheit im vorliegenden Fall liegt darin, dass die Funktionsstörung nur sporadisch – alle 200-300km – auftrat. In solch einem Fall ist es unwahrscheinlich, dass die Ursache allein in einem fehlerhaften Ventil bzw. einem Defekt in der Hydraulik liegt. Auch die Durchführung einer (einmaligen) Abschlussüberprüfung der Hydraulik gibt bei lediglich intervallartig auftretenden Störungen keine Gewissheit darüber, dass sie beseitigt ist. Vielmehr ist es in einem solchen Fall wahrscheinlich, dass auch ein Defekt in der Mechanik vorliegt. Ich habe daher die Mechanik der Gangschaltung untersucht und durch Demontage verschiedener Bauteile einen starken Verschleiß der Doppelkupplung der automatischen Gangschaltung festgestellt. Hierin liegt die wesentliche Ursache für die andauernde Funktionsstörung der Gangschaltung. Diese kann nur behoben werden, wenn die verschlissenen Teile des Getriebes ausgetauscht werden. Die Kosten hierfür belaufen sich schätzungsweise auf etwa 2.000€.

Max Walther

## Rechnung für das Gutachten:

KFZ-Sachverständigenbüro  
Dipl.-Ing. Max Walther  
- öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger -  
Göttinger Straße 27  
37120 Bovenden

Gregor Mut  
Geismar Landstraße 12  
37083 Göttingen

RECHNUNG	Rechnungs-Nr.: 2769867	Rechnungsdatum: 04.05.2021
	Kunden-Nr.: 101	Seite: 1 / 1

Sehr geehrter Herr Mut, für das ausgestellte Sachverständigengutachten stelle ich die folgenden Kosten in Rechnung. Ich bitte Sie, den angegebenen Betrag bis zum 18.05.2021 zu bezahlen.

Posten	Bezeichnung	Kosten
1	Elektronische Fehleranalyse (2 Stunden à 100€)	200 Euro
2	Zerlegen der Mechanik (3 Stunden à 100€)	300 Euro
3	Untersuchung der Mechanik	300 Euro
4	Zusammenbau der Mechanik	400 Euro
	Zwischensumme	1.200 Euro
	Steuersatz	19,00%
	Mehrwertsteuer	228 Euro
	Ergebnis	1.428 Euro

Mit freundlichen Grüßen,

*Max Walther*

Dipl.-Ing. Max Walther

## K15:



KFZ-Reparatur Auto-Matik GmbH

Kfz-Ing. Paul Matik  
Anna-Vandenhoeck-Ring 14  
37081 Göttingen

KFZ-Reparatur Auto-Matik GmbH – Anna-Vandenhoeck-Ring 14 – 37081 Göttingen

Gregor Mut  
Geismar Landstraße 12  
37083 Göttingen

RECHNUNG	Rechnungs-Nr.: 25639	Rechnungsdatum: 04.06.2021
	Kunden-Nr.: D12201	Seite: 1 / 1

Sehr geehrter Herr Mut,

ich habe das Vorliegen eines Getriebeverschleißes nochmals überprüft und kann diesen bestätigen. Im Anschluss habe ich die verschlissenen Teile aus der Doppelkupplung ausgebaut und gegen neue Teile ersetzt. Hierfür stelle ich Folgendes in Rechnung:

Posten	Bezeichnung	Kosten
1	Diagnosearbeiten (2 Stunden à 40€)	80 Euro
2	Wechsel der Getriebeteile (Materialkosten + Arbeitszeit)	1.963,50 Euro
	Zwischensumme	2.043,50 Euro
	Steuersatz	19,00%
	Mehrwertsteuer	388,27 Euro
	Ergebnis	2.431,77 Euro

Bitte begleichen Sie die Rechnung bis spätestens zum 18.06.2021. Vielen Dank!

Mit freundlichen Grüßen,

*P. Matik*

**K16:**

**SEVENT Autovermietung**

SEVENT Autovermietung  
Groner Landstraße 23  
37081 Göttingen

Gregor Mut  
Geismar Landstraße 12  
37083 Göttingen

RECHNUNG	Rechnungs-Nr.: 0776578	Rechnungsdatum:	10.06.2021
	Kunden-Nr.: M34L9	Seite:	1 / 1

Sehr geehrter Herr Mut, vielen Dank für die Anmietung eines unserer Fahrzeuge und die Rückgabe am 04.06.2021. Für die Dauer der Anmietung Ihres Pkw stellen wir Ihnen folgenden Mietzins in Rechnung.

Zeitraum der Anmietung	18.12.2020 – 04.06.2021
Kosten (169 Tage x 53,55€/Tag)	9.049,95€
Festgestellte Schäden bei Rückgabe	–
<b>Zu zahlen</b>	<b>9.049,95€</b>

Bitte überweisen Sie den oben genannten Betrag bis zum 30.06.2021.

Vielen Dank!

Ihr Team von SEVENT Autovermietung Göttingen

**K17:**

**Von:** Gustl Eder

**Gesendet:** Montag, 07. Juni 2021 08:51

**An:** Gregor Mut

**Betreff:** Google Bewertung

Hallo Herr Mut,

das gibt's ja wohl nicht, ich habe gerade gesehen, dass Sie mich gestern mit einem Stern auf Google bewertet haben und dabei wurden Sie auch noch beleidigend?? Wenn Sie mit meiner Arbeit nicht zufrieden sind, dann sagen Sie mir das doch persönlich. Immer diese Hetze im Netz - wegen Ihrer Bewertung kommen jetzt bestimmt viel weniger Kunden als sonst! Löschen Sie die Bewertung sofort wieder!!

Gustl Eder

*K18:*

**Von:** Gregor Mut

**Gesendet:** Samstag, 12. Juni 2020 18:51

**An:** Gustl Eder

**Betreff:** AW: Google Bewertung

Hallo Herr Eder,

was regen Sie sich denn plötzlich so auf – ich sage doch nur die Wahrheit! Es soll ruhig jeder wissen welche dubiosen Geschäftspraktiken Sie anwenden. Aber wissen Sie was? Mir reicht es, ich habe keine Lust mich länger damit zu befassen und habe die Bewertung grade wieder gelöscht. Was soll's. Für mich ist die Sache damit erledigt.

Gregor Mut