

12105  
ZR

KV-Nr.: 3186

Die Aufgabe besteht (ohne Deckblatt) aus 10 Blatt und ist vollständig durchnummeriert.

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

RECHTSANWALTSKANZLEI KRAHWINKEL**DORSTEN**Landgericht Essen  
Zweigertstraße 52

45130 Essen

**Rechtsanwalt Gernot Krahwinkel  
Rechtsanwalt Hanno von Heimingen**In der Miere 16a  
46282 DorstenTelefon: 02362/ 5684881  
Telefax: 02362/ 5684882

Dorsten, den 04. Juli 2005

**Klage**

der Kilian Feldkamp GmbH & Co KG, vertr. d.d. Kilian-Feldkamp-Beteiligungs-GmbH,  
diese vertr. d.d. Geschäftsführer Kilian Feldkamp und Margarete Feldkamp, sämtlich  
Bahnhofstraße 28, 46286 Dorsten,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Krahwinkel und Partner, In der Miere 16a,  
46282 Dorsten

gegen

Herrn Herrmann Kukawa, Dimker Allee 118, 46286 Dorsten,

Beklagten

wegen Schadensersatz.

Namens und kraft Vollmacht der Klägerin werde ich beantragen,

**den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 8.600,00 € zu zahlen.**

Für den Fall, dass die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, wird schon jetzt bean-  
tragt, den Beklagten durch Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil zu verurteilen.

Gründe:

Die Klägerin betreibt ein Unternehmen zur Vermietung von Baumaschinen und Bauge-  
räten.

Herr Rudolf Jonas erschien im Mai 2003 in Begleitung des Beklagten bei der Klägerin  
und bestellte einen Radlader, Hersteller Fa. Atlas, Typ AR 52 E, zur Miete.

Am 26.5.2003, als Herr Jonas den Mietvertrag unterschrieb und ihm das Gerät auf dem  
Betriebsgelände der Klägerin nach Einweisung übergeben wurde, wies das Gerät ei-  
nen Betriebszählerstand von 2.200 Betriebsstunden auf.

Beweis im Bestreitensfalle: Mietvertrag vom 26.5.2003

Herr Jonas hatte aber zu keinem Zeitpunkt die Absicht, für das Gerät Miete zu zahlen und es dann zurückzugeben. Vielmehr hatten er und der Beklagte bereits vor Bestellung den Plan gefasst, den Radlader AR 52 E zu unterschlagen und dann weiterzuverkaufen. So erfolgte es auch. Der Beklagte und Herr Jonas verkauften und übergaben den Radlader AR 52 E im Juni 2003 an eine Firma Wohlan in Frankfurt/Main für 5.000 Euro, nachdem sie die auf dem Gerät befindliche, dieses als Mietgerät der Klägerin ausweisende Metallplakette entfernt hatten. Bei der Firma Wohlan, die zwischenzeitlich in Insolvenz gegangen ist, konnte das Gerät aber nicht mehr aufgefunden werden. Es ist trotz entsprechender Bemühungen seitens der Klägerin und seitens der Polizei bis heute verschwunden.

Der Beklagte wurde durch rechtskräftiges Urteil des Amtsgerichts Dorsten vom 4.6.2005 - AZ 5 Ls 810 Js 356/04 (52/04) - wegen dieser mittäterschaftlich mit Herrn Jonas begangenen Tat zu einer Freiheitsstrafe von 11 Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Die Klägerin hat daher gegen den Beklagten einen Schadensersatzanspruch, der sich wie folgt berechnet:

Neuwert des Gerätes	17.200,00 €
<u>abzüglich der Versicherungsleistung (50%)</u>	<u>8.600,00 €</u>
Restschaden	<b>8.600,00 €</b>

Herr Jonas, der von der Justiz aufgrund verschiedener Vorfälle gesucht wird, hat sich bereits im Herbst 2003 ins Ausland abgesetzt. Sein Aufenthalt ist seither unbekannt.

Klage ist geboten, da der Beklagte unter dem 1.7.2005 erfolglos gemahnt worden war.

Beglaubigte Abschriften und Kostenmarken zu einem Streitwert von 8.600,00 € liegen der Klage bei.

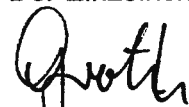
  
 v. Heimingen  
 Rechtsanwalt

21 O 341/05  
LG Essen

**Verfügung:**

1. Das schriftliche Vorverfahren wird angeordnet.
2. Der beklagten Partei wird aufgegeben,
  - a) binnen einer Notfrist von zwei Wochen nach Zustellung der Klageschrift dem Gericht schriftlich anzuzeigen, ob sie sich gegen die Klage verteidigen will oder ob sie den Anspruch ganz oder teilweise anerkennt.  
Die beklagte Partei wird darauf hingewiesen, dass bei nicht rechtzeitigem oder nicht formgerechtem Eingang der Anzeige auf Antrag der klagenden Partei gegen sie ein Versäumnisurteil im schriftlichen Verfahren erlassen werden kann (§§ 276 I, II, 331 III ZPO).
  - b) für den Fall, dass sie sich gegen die Klage verteidigen will, binnen einer weiteren Frist von zwei Wochen zur Klage schriftlich Stellung zu nehmen. Einzelne Einwendungen sind konkret unter Angabe von Beweismitteln, insbesondere namentliche Benennung von Zeugen und Vorlage der in Bezug genommenen Urkunden, vorzutragen.  
  
Die beklagte Partei wird darauf hingewiesen, dass Verteidigungsmittel, die erst nach Ablauf der Frist vorgetragen werden, nur noch zugelassen werden, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder die Partei die Verspätung genügend entschuldigt, wobei die Entschuldigungsgründe auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen sind (§ 296 I, IV ZPO). Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen, sind ebenfalls innerhalb der obigen Frist vorzutragen; sie werden im Falle der Verspätung nur zugelassen, wenn es sich entweder um unverzichtbare Rügen handelt oder der Beklagte die Verspätung genügend entschuldigt (§§ 282 III, 296 III ZPO).  
Die beklagte Partei wird nachdrücklich darauf hingewiesen, dass die Nichteinhaltung der gesetzten Fristen zu einem Ausschluss seiner Einwendungen führen und damit den Verlust des Prozesses nach sich ziehen kann. Es liegt deshalb in ihrem eigenen, wohlverstandenen Interesse, die gesetzten Fristen unbedingt einzuhalten und bei Verhinderung sich möglichst vor Fristablauf an das Gericht unter Angabe der Hinderungsgründe zu wenden, um eine Verlängerung der Frist zu erreichen.
3. Die klagende Partei wird darauf hingewiesen, dass das Gericht gemäß § 331 III ZPO hinsichtlich geltend gemachter Nebenforderungen ein klageabweisendes unechtes Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren erlassen kann.
4. Abschr. von Ziff. 1-3 an
  - a) Kläger bzw. Vertreter - formlos
  - b) Beklagten bzw. Vertreter - ZU/EB
 mit einf. und begl. Abschriften der Klageschrift

Essen, den 06.07.2005  
21. Zivilkammer des Landgerichts  
Der Einzelrichter



Dr. Groth,  
Richter am Landgericht

zu Ziff. 4 ab

07.07.2005

— EB / 1 ZU

Krämer  
Justizangestellte

# Dr. iur. Peter Reifenstein

4

Rechtsanwalt  
und Fachanwalt für Arbeitsrecht

RA Peter Reifenstein - Hervester Straße 12 - 46286 Dorsten

Landgericht Essen  
21. Zivilkammer

45117 Essen



Hervester Straße 12, 46286 Dorsten

Sparkasse Vest 87162798 (BLZ 426 501 50)  
Postbank Essen 12700-433 (BLZ 360 100 43)

Telefon (0 23 62) 6 68 08  
Telefax (0 23 62) 6 73 94

Datum: 22.07.2005  
Zeichen: KU/554/05

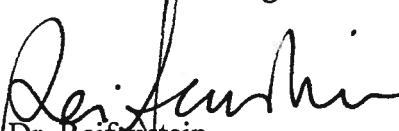
In dem Rechtsstreit

Feldkamp GmbH & Co. KG ./.. Kukawa  
21 O 341/05

zeige ich an, dass ich den Beklagten vertrete. Der Beklagte wird sich gegen die - ihm am 11.07.2005 zugestellte - Klage verteidigen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung werde ich beantragen,  
die Klage abzuweisen.

Eine materielle Klageerwiderung wird fristgemäß erfolgen.

  
Dr. Reifenstein  
- Rechtsanwalt -

Hervester Straße 12, 46286 Dorsten

Sparkasse Vest 87162798 (BLZ 426 501 50)

Postbank Essen 12700-433 (BLZ 360 100 43)

Telefon (0 23 62) 6 68 08

Telefax (0 23 62) 6 73 94

RA Peter Reifenstein - Hervester Straße 12 - 46286 Dorsten

Landgericht Essen  
21. Zivilkammer

45117 Essen



Datum: 08.08.2005

Zeichen: KU/554/05

In dem Rechtsstreit

Feldkamp GmbH & Co. KG ./.. Kukawa  
21 O 341/05

wird zunächst beantragt,

dem Beklagten Prozesskostenhilfe unter Beiordnung des Unterzeichners zu bewilligen.

Der Beklagte ist nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in der Lage, zu den Kosten der beabsichtigten Rechtsverteidigung beizutragen. Dies belegt die beigefügte Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse.

Der angekündigte Klageabweisungsantrag wird wie folgt begründet:

Die Klage ist bereits unschlüssig und daher abweisungsreif.

Es ist schon unrichtig, wenn die Klägerin behauptet, der strafrechtlichen Verurteilung liege das geschilderte Geschehen um einen Radlader AR 52 E zu Grunde. Vielmehr handelte es sich um einen Radlader AR 32 E.

Beweis: Urteil des Amtsgerichts Dorsten 5 Ls 810 Js 356/04 (52/04), Anlage B 1.

Bestritten wird auch, dass der Radlader bei Übergabe neuwertig gewesen sei bzw. dass der Schaden aufgrund des Neuwerts zu berechnen ist. Vielmehr war das Gerät bereits 2 Jahre alt (regelmäßige Lebensdauer ca. 5 Jahre) und wies 2.200 Betriebsstunden auf. Ein solches Gerät war und ist nicht neuwertig. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein solches Gerät bereits zu einem Preis in Höhe von 40% des Neuwerts auf dem Markt zu haben ist.


Beweis: Sachverständigengutachten

Der Vortrag der Klägerin zum Schaden ist bereits daher unrichtig. Zudem ist der von der Klägerin gegenüber dem Beklagten geltend gemachte Betrag weit überhöht, da sie es schuldhaft versäumt bzw. unterlassen hat, gegen den ihr in erster Linie, nämlich als Vertragspartner des Mietvertrags, verantwortlichen Herrn Jonas vorzugehen. Selbst wenn dieser unbekannten Aufenthalts im Ausland sein sollte, hat er doch noch Vermögenswerte im Inland, auf die zugegriffen werden könnte. Die Klägerin hätte auf diese Weise den ihr entstandenen Schaden erheblich mindern können. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Beklagte als bloßer Mitläufer allein für alles aufkommen soll.

Abgesehen davon sind sämtliche etwaigen Ansprüche der Klägerin in diesem Zusammenhang gemäß § 67 Abs. 1 Satz 1 VVG auf die Versicherung übergegangen, so dass nur diese aktiv-legitimiert wäre.

Da die Klage somit auf der Grundlage der vorliegenden Klageschrift keinen Erfolg haben kann, ist dem Beklagten auf seinen Antrag Prozesskostenhilfe zu gewähren.

Vorsorglich wird darauf hingewiesen, etwaige noch nachzuschiebende "Nachbesserungen" der Klägerin jedenfalls für die Entscheidung über den mit diesem Schriftsatz ordnungsgemäß und vollständig eingereichten Prozesskostenhilfeantrag des Beklagten unbeachtlich wären. Maßgeblich für die Gewährung von Prozesskostenhilfe ist der Streitstand bis zur Antragstellung.

  
Dr. Reifenstein  
- Rechtsanwalt -

**Hinweis des LJPA:**

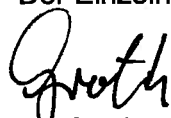
Vom Abdruck der Anlage B1 und der Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse wird abgesehen. Die Anlage B1 hat den vorgetragenen Inhalt. Aus der Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse ergibt sich, dass der Beklagte die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann.

21 O 341/05  
LG Essen

**Verfügung:**

1. Abschriften des Schriftsatzes vom 08.08.2005 an den Klägervertreter mit der Bitte um Stellungnahme zur Klageerwiderung und zum PKH-Antrag binnen 2 Wochen.
2. WV 3 Wochen

Essen, den 11.08.2005  
21. Zivilkammer des Landgerichts  
Der Einzelrichter



Dr. Groth,  
Richter am Landgericht

zu Ziff. 1 ab

11.08.2005

— EB / — ZU

Krämer   
Justizangestellte



**DORSTEN**

Landgericht Essen  
Zweigertstraße 52  
45130 Essen



**Rechtsanwalt Gernot Krahwinkel**  
**Rechtsanwalt Hanno von Heimingen**

In der Miere 16a  
46282 Dorsten

Telefon: 02362/ 5684881  
Telefax: 02362/ 5684882

Dorsten, den 26. August 2005

In dem Rechtsstreit

**21 O 341/05**

Kilian Feldkamp GmbH & Co. KG ./.. Kukawa

erwidere ich auf den Schriftsatz des Beklagten vom 8.11.2004 wie folgt:

Es wird beantragt, den Prozesskostenhilfeantrag des Beklagten zurückzuweisen.

Die Auffassung der Gegenseite, „Nachbesserungen“ im klägerischen Vortrag seien gegenüber ihrem PKH-Antrag unbeachtlich, geht fehl. Selbstverständlich kann und wird die Klägerin zu den Ausführungen des Beklagten Stellung nehmen. Schließlich ist sie auch mit gerichtlicher Verfügung vom 11.08.2005 hierzu aufgefordert worden. Grundsätzlich kann im PKH-Prüfungsverfahren bis zu einer Entscheidung des Gerichts, ob der Gegenseite PKH aus Steuermitteln bewilligt wird, vorgetragen werden.

Der Kläger trägt ergänzend zur Klageschrift vor:

Der Beklagte hat das Vermögen der Klägerin vorsätzlich geschädigt und wurde hierfür rechtskräftig verurteilt. Aufgrund des Urteils steht der Sachverhalt fest, so dass die Verteidigung des Beklagten mutwillig erscheint.

Des Weiteren stellen wir hiermit richtig, dass es sich bei dem durch Herrn Jonas gemieteten und dann durch den Beklagten und Herrn Jonas entsprechend ihres Planes verkauften Gerät um einen Radlader Atlas Typ AR 32 E gehandelt hat. Dies ergibt sich sowohl aus dem Mietvertrag als auch aus dem Urteil des Amtsgerichts Dorsten.

Das Gerät war bei Übergabe an Herrn Jonas erst zwei Jahre alt; durchschnittlich können solche Geräte 5 Jahre lang verwendet werden. Es war in tadellosem Zustand, frisch gewartet und instand gesetzt.

Es wies daher den von der Klägerin angegebenen Wert (17.200 €) auf. Dieser beruht auf dem Neuwert eines Radladers Typ AR 32 E in Höhe von 43.000 € sowie dem Umstand, dass nach Ablauf von zwei Fünfteln der Lebensdauer solcher Geräte der marktübliche Preis, zu welchem man ein gleichwertiges Gerät erwerben kann, mit 40% des Neuwertes anzusetzen ist. Daher war, wie in der Klageschrift geschehen, von einem Betrag von 17.200 € auszugehen.

Beweis: Sachverständigengutachten; für den Neuwert auch Auszug aus dem Verkaufskatalog der Firma Atlas sowie Rechnung der Fa. Atlas über einen neuen Radlader AR 32 E, Anlagen K1 und 2.

Sollte die Klageschrift insoweit unklar gewesen sein, ist dies nun richtig gestellt.

Nach dem Versicherungsvertrag war eine Regulierung von 50% des jeweiligen Wertes bei einem Alter des Geräts bis zu fünf Jahren vorgesehen. Diese Versicherungsbedingungen waren auch in dem mit Herrn Jonas geschlossenen Mietvertrag erwähnt.

Beweis: Versicherungsvertrag, Anlage K3  
Mietvertrag, Anlage K4

Die Klägerin ist nicht gehalten, vorrangig Herrn Jonas in Anspruch zu nehmen. Vielmehr steht es ihr frei, zwischen beiden Schädigern zu wählen. Daher hat sie sich für die Inanspruchnahme des Beklagten entschieden, dessen Aufenthalt ihr bekannt ist. Die Prozessführung gegen eine Person unbekannten Aufenthalts ist der Klägerin zu unsicher und kompliziert, selbst wenn möglicherweise Pfändungsmasse im Inland vorhanden ist.

  
von Heiming  
Rechtsanwalt

**Hinweis des LJPA:**

Vom Abdruck der Anlagen K1 - K4 wird abgesehen. Sie haben den vorgetragenen Inhalt. Die Versicherungsbedingungen betreffend den Radlader werden von der Klägerin zutreffend wiedergegeben.

**Vermerk für die Bearbeitung**

Die Entscheidung des Gerichts über den Antrag des Beklagten auf Prozesskostenhilfe ist vorzuschlagen. Zeitpunkt der Entscheidung ist der

**01.09.2005**

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

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

Von einer Entscheidung über die Kosten oder sonstigen Nebenentscheidungen ist abzusehen.

Kommt die Bearbeitung ganz oder teilweise zur Unzulässigkeit des Antrags, so ist insoweit zur Begründetheit in einem Hilfsgutachten Stellung zu nehmen.

Die Formalien (Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) sind in Ordnung.

### Prüfervermerk zum Aktenvortrag

KV 3186

Dem Aktenvortrag liegt eine Austauschgabe des Justizprüfungsamtes des Freistaates Thüringen AV - ZR 2 I/04 zu Grunde.

Textkontrolle: BGB, ZPO, StGB, VVG

#### A. Zulässigkeit

Der PKH-Antrag dürfte zulässig sein. Insbesondere liegt ein ordnungsgemäßer Antrag gemäß §§ 114, 117 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 2 S. 1 ZPO vor.

#### B. Begründetheit

I. Die subjektiven Bewilligungsvoraussetzungen (Bedürftigkeit) sind nach den Angaben zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen gegeben.

II. Die beabsichtigte Rechtsverteidigung dürfte jedoch nicht die erforderliche Aussicht auf Erfolg haben (§114 ZPO). Die Erfolgsaussicht wäre nur zu bejahen, wenn der Klagevortrag entweder unschlüssig oder streitig und nicht beweisbar oder das Gegenvorbringen des Beklagten erheblich und unstreitig oder beweisbar ist.

1. Haftungsgrund: Der klägerische Vortrag zum Haftungsgrund dürfte schlüssig sein. Als Anspruchsgrundlage kommt § 823 Abs. 2 iVm. § 263 StGB in Betracht. Da Herr Jonas aufgrund des gemeinsam mit dem Beklagten gefassten Tatplanes das Baufahrzeug bei der Klägerin anmietete, damit er und der Beklagte dieses dann an Dritte weiterverkaufen konnten, dürfte ein mittäterschaftlich durch den Beklagten und Herrn Jonas begangener Betrug gegenüber und z.N.d. Klägerin vorliegen, §§ 263, 25 Abs. 2 StGB. Das betrügerische Verhalten des Herrn Jonas dürfte dem Beklagten über die Grundsätze der Mittäterschaft als täterschaftliches Verhalten zuzurechnen sein. Denn der Beklagte dürfte nicht nur aufgrund der gemeinschaftlichen Tatplanung, sondern auch aufgrund seiner Tatbeiträge (Begleitung des Herrn Jonas bei der Bestellung des Geräts, Weiterverkauf gemeinsam mit Herrn Jonas) als Mittäter einzustufen sein.

Durch den gemeinsam durchgeführten Verkauf an die Wohlan GmbH dürften sich Herr Jonas und der Beklagte zudem einer Unterschlagung, § 246 StGB, in Mittäterschaft schuldig gemacht haben. Eine Unterschlagung, z.B. durch Weiterverkauf, ist trotz vorhergehenden Betrugs als eigenständige Straftat möglich, wenn durch den vorhergehenden Betrug nur der Fremdbesitz erlangt worden war (Tröndle-Fischer, StGB, 52. Aufl. 2004, § 246 Rn. 14). Herr Jonas hat das Gerät zu nächst "als fremdes" besessen und erst mit dem Weiterverkauf bzw. der damit verbundenen Entfernung der auf die Klägerin als Eigentümerin hindeutenden Plakette unter Manifestation des Zueignungswillens den Fremd- in Eigenbesitz umgewandelt. Die Subsidiaritätsklausel des § 246 StGB greift im Hinblick auf den Betrug nicht, da Betrug und Zueignung nicht durch dieselbe Handlung begangen wurden. Beide Straftatbestände sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, da sie das Vermögen bzw. Eigentum des einzelnen schützen sollen. Als weitere Anspruchsgrundlagen kommen auch § 823 Abs. 1 (Eigentumsverletzung in Form der Entziehung des Gegenstandes) und § 826 BGB in Betracht. Dort dürften sich aber im Wesentlichen dieselben Probleme stellen wie zu § 823 Abs. 2 BGB, insbesondere hinsichtlich der maßgeblichen Sach- und Rechtslage.

Gem. § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB haftet der Beklagte voll für den durch das mittäterschaftlich begangene Delikt verursachten Schaden.

Er entgegen der oben dargestellten Ansicht nur von einer Teilnahme des Beklagten im Sinne des Strafrechts (z.B. Beihilfe) ausgeht, gelangt über § 830 Abs. 2 BGB ebenso zur vollen Haftung des Beklagten.

Der Vortrag des Beklagten, er habe sich nicht in Bezug auf einen Radlader AR 52 E strafbar gemacht, ist im Ergebnis wohl unerheblich. Damit ist zwar der in der Klageschrift vorgetragene Sachverhalt über die Straftat in Bezug auf den Radlader Typ AR 52 E bestritten. Bei der Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage wird man aber davon ausgehen müssen, dass sich der Vortrag der Klägerin nunmehr - wie in der Replik vorgetragen - auf eine Tat in Bezug auf den Radlader Typ AR 32 E bezieht. Denn maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Beschlussfassung und nur bei Verzögerung durch das Gericht der Zeitpunkt der Entscheidungsreife des PKH-Antrags (Thomas-Putzo, ZPO, 26. Aufl. 2004, § 119 Rn. 4). Eine Verzögerung durch das Gericht ist nicht ersichtlich. Die vom Gericht der Klägerin gem. § 118 Abs. 1 S. 1 ZPO gesetzte Frist zur Stellungnahme (zwei Wochen nach Erhalt) war nicht unangemessen lang. Der Antrag war erst nach Ablauf der Frist entscheidungsreif. Innerhalb der Frist eingehendes gegnerisches Vorbringen ist zu berücksichtigen, sonst liefe § 118 Abs. 1 Satz 1 ZPO leer. Trifft das Gericht die Entscheidung am 01.09.2005, also am dritten Arbeitstag nach dem fristgerechten Eingang der Stellungnahme, dürfte die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Beschlussfassung maßgeblich sein. Damit ist der Vortrag in der Replik beachtlich mit der Folge, dass der Vortrag zum Geschehen um das Baugerät Typ AR 32 E unstreitig ist.

Denkbar ist es auch, dass sich einzelne Kandidaten der Problematik über die Frage des äquipollenten Parteivortrages nähern (hierzu eingehend Anders/Gehle, Assessor-examen im Zivilrecht, 7. Aufl. 2002, Rn. 118). Wer der Lehre vom äquipollenten Parteivorbringen folgt, kann sich auf den Standpunkt stellen, dass der Beklagte die Klage in der Klagewiderung schlüssig gemacht hat, ohne dass sich die Klägerin den Vortrag zu eigen machen müsste. Die herrschende Rechtsprechung und Lehre lehnt diese Auffassung aber ab und fordert, dass sich die Prozesspartei das für sie günstige Vorbringen zumindest hilfsweise zu eigen macht. Wer dem folgt, muss davon ausgehen, dass sich die Klägerin den Vortrag des Beklagten hierzu in der Replik zu eigen gemacht hat. Es schließt sich dann wieder die Frage an, ob die Replik im PKH-Prüfungsverfahren beachtlich ist.

2. Haftungshöhe: Der Vortrag der Klägerin zur Höhe dürfte nunmehr schlüssig sein. In der Klageschrift war die Anspruchshöhe nicht schlüssig dargelegt. Denn einerseits wurde vorgetragen, es habe sich um ein gebrauchtes Gerät gehandelt (2.200 Betriebsstunden), andererseits wird der geltend gemachte Schaden auf der Grundlage eines als "Neuwert" bezeichneten Betrags berechnet, ohne irgendwelche Abzüge wegen des gebrauchten Zustandes vorzunehmen. Im Schriftsatz vom 26.07.2004, dessen Inhalt nach dem oben Gesagten beachtlich ist, wird allerdings die Schadenshöhe schlüssig gem. §§ 249 ff BGB dargestellt. Denn dort legt die Klägerin, unter Berücksichtigung von Neuwert und Alter des Geräts, schlüssig dar, dass ein dem abhanden gekommenen Gerät gleichwertiges Gerät dieser Art für 17.200 Euro beschafft werden könne.

Das Bestreiten des Beklagte ist hier gegenüber wohl unbeachtlich. Der Vortrag des Beklagten zur Errechnung des Wiederbeschaffungswertes aus dem Neuwert (Alter des Geräts, Lebensdauer des Geräts, Prozentsatz des Neuwerts) stimmt mit dem Vortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 26.11.2004 überein, so dass der entsprechende Klagevortrag unstreitig ist.

Der Einwand des Beklagten, die Klägerin habe gegen die Schadensminderungspflicht verstoßen, dürfte ins Leere gehen. Ein Mitverschulden iSd. § 254 BGB ergibt sich nicht daraus, dass die Klägerin nicht gegen Herrn Jonas vorgeht. Der Beklagte und Herr Jonas sind gem. § 830 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 840 Abs. 1 BGB Gesamtschuldner (Palandt-Sprau, BGB, 64. Aufl. 2004, § 840 Rn. 2, § 830 Rn. 14). Der Klägerin steht es damit frei, nach Belieben gegen einen von beiden Gesamtschuldnern oder gegen beide Gesamtschuldner vorzugehen, vgl. § 421 BGB. Dem steht nicht entgegen, dass Herr Jonas im Gegensatz zum Beklagten (auch) aus dem Mietvertrag wegen Verletzung der Rückgabepflicht haftet. Denn der Beklagte und Herr Jonas haften dennoch gleichstufig, weil beide für den Eintritt des Schadens verantwortlich sind, wobei es gleichgültig ist, ob sie aus Vertrag, Delikt oder anderen Rechtsgründen haften (vgl. Palandt-Heinrichs, aaO, § 421 Rn. 6). Die Inanspruchnahme nur eines Gesamtschuldners kann nur im Falle des Rechtsmissbrauchs unzulässig sein. Hierfür sind keine Anhaltspunkte vorgetragen oder ersichtlich. Die Klägerin ist nicht gehalten, sich auf das (viel kompliziertere) Vorgehen gegen den unbekannten Aufenthalts im Ausland befindlichen Herrn Jonas zu beschränken.

3. Der Aktivlegitimation der Klägerin ist der Beklagte nicht erheblich entgegengetreten. Hierzu vertritt der Beklagte die Rechtsansicht, infolge Forderungsübergangs auf die Versicherung fehle der Klägerin die Aktivlegitimation. Diese Ansicht trifft nicht zu, denn der Forderungsübergang nach § 67 VVG findet nur statt, soweit der Anspruch der Klägerin von der Versicherung befriedigt wurde. Dies war unstreitig nur in Höhe von 8.600 € der Fall, so dass die Klägerin hinsichtlich des restlichen Wiederbeschaffungsbetrags (8.600 €), der dem eingeklagten Betrag entspricht, aktivlegitimiert ist.

#### C. Entscheidung des Gerichts

Da die beabsichtigte Rechtsverteidigung des Beklagten - nach der hier vertretenen Ansicht - keine Aussicht auf Erfolg hat, wäre der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abzulehnen (vgl. zum Terminus: § 118 Abs. 2 Satz 4 ZPO).