

Bitte

fackern!

Gutachten

A. Mandantenbegehren

- 1 -

Die Mandantin VSV Allgemeine Versicherungen AG (nachfolgend „VSV“) wird von der Klägerin Martha Bastian auf Zahlung von 33.544,43€ aus einer Bürgelgenießerbestandungsbürgschaft in Anspruch genommen. Am 13.10.17 erging gegen die Mandantin ~~der~~ entsprechnend ein Versäumnisurteil des Landgerichts Berlin.

Sie bittet nunmehr um Prüfung, ob eine Vertiefung gegen das Versäumnisurteil möglich ist, ob der geltend gemachte Anspruch besteht und ob ihr Einwendungen zuzurechnen. Ferner sollen etwaige Rückgriffsansprüche gegen Frau Martha Bastian als Mithilfen geprüft werden und deren Durchsetzung gesichert werden.

Zu prüfen ist daher, ob die Rechtsvertretung Almeida das Erfolgsversicht bietet. Das ist der Fall, wenn ihr keine Hindernisse entgegenstehen, die die Klage unzulässig oder unschlüssig ist oder mit günstiger Beweisprognose tatsächliche oder rechtliche Einwendungen vorgetragen werden können.

B. Prozesshindernisse

Da gegen die Mandantin bereits ein Versäumnisurteil vorliegt, ist zunächst zu prüfen, ob ein Einspruch nach § 338 ZPO möglich ist. Dieser müsste statthaft sein und form- sowie fristgerecht eingelegt werden können.

I. Da es sich bei dem Versäumnisurteil vom 12.10.17 um ein erstes echtes Versäumnisurteil handelt, welches aufgrund der Säumnis erging ist der Einspruch gemäß § 338 ZPO statthaft.

II. Einzulegen wäre es in der Form des § 340 II ZPO beim Landgericht Berlin als Prozessgericht, § 340 I ZPO

III. Fristlich ist aber die Einhaltung des Einspruchsfrist.

1. Diese beträgt gemäß § 329 I zwei Wochen ab Zustellung des Versäumnisurteils. Da dieses im schriftlichen Vorverfahren nach § 331 II ZPO erging, ist die letzte Zustellung an Klägerin oder die Beklagte maßgeblich, § 310 III^{S.1} ZPO.

~~2. Die Frist~~

2. Der Mandant wurde das Versäumnisurteil am 18.10.17, der Klägerin am 28.10.17 zugestellt. Die Frist beginnt daher gemäß § 222 I ZPO, 187 BGB am 24.10.17, sofern die Zustellung an die Mandantin am 18.10.17 wirksam war.

loch!

Dass nicht an die Anwältin von Hammerstein zugestellt wurde steht dem nicht entgegen. Nach § 172 I S. 1 ZPO muss nur in einem bereits anhängigen Rechtsstreit an den oder die Prozessbevollmächtigte zugestellt werden. Ein solcher bestand vor Einreichung der Klage am 14.6.17 aber nicht.

es reicht die Benennung d. PB in der Klageschrift.

Dass in der Klage schon die Anwältin Hammerstein genannt war, begründet keine Pflicht, an sie zuzustellen.

Allerdings ~~wurde die Klage~~ muss die Klage an die in ihr bezeichnete Person zugestellt werden, vgl. § 177 ZPO. Vorliegend wurde sie keinem Vorstandsmitglied der Mandantin, sondern nur einer Putzkraft bzw. ihrem steuerungsfähigen Sohn

ausgehändelt. Gemäß § 178 I Nr. 2 ZPO ist die Ersatzzustellung in Geschäftssachen an zwei beschriebene Personen möglich. Es sind zwei alle Anhabnehmer des Adressates.

< Zwar ist die Postkarte bei der VGV beschrieblich. Die Klageschrift wurde jedoch nicht ihr, sondern lediglich ihrem verheirateten Sohn ausgehändelt. >

Da dieser nicht Beschrieblicher ist, was die Zustellung unwirksam

Die Zustellung wurde mittels der Weitergabe der Karte an die VGV am 1.12.17 gemäß § 183 ZPO wirksam.

Folglich beginnt die Frist erst am 2.12.17 zu laufen.

3. Fristablauf ist daher erst am 15.12.17, §§ 222 I ZPO, 188 II BGB.

Folgerichtig

Am 4.12.17 ist der Einspruch noch möglich. Das Rechtsmittel wird so gemäß § 342 ZPO in die Lage vor dem 13.10.17 zurückversetzt. Zu prüfen ist weiter, ob der Einspruch auch Erfolg haben wird.

C. Zuständigkeit der Klage

Es könnte bereits eine Rüge gegen die Zuständigkeit wegen örtlicher Unzuständigkeit des Gerichts erhoben werden.

< Die Zuständigkeit des Landgerichts Berlin ergibt sich nicht aus § 28 I ZPO. Gemäß der Bierschäftsvereinbarung vom 5.2.13 haben die Parteien zwar vereinbart, dass der Erfüllungsort für Klagen aus der Bierschäft

dem Erfüllungsort der Hauptschuld entsprechen soll. Un-
abhängig davon, dass als Mängelanspruch ein Verbrauch-
anspruch aus § 637 Abs. 3 BGB geltend gemacht wird,
dessen Erfüllungsort ebenfalls nicht Berlin wäre, begründet
die Vereinbarung über den Erfüllungsort gemäß § 23 II
ZPO nicht die Zuständigkeit des Gerichts. >

Das ist?

Zuständig ist daher das ~~Landgericht~~ nach § 21 I ZPO
zuständige Landgericht.

D. Begründetheit

~~Ferner sind Parteien gegen die Begründetheit zu prüfen.~~
Ferner ist zu prüfen, ob die Klägerin gegen die Man-
dantin schuldig einen Anspruch aus Zahlung von 33.644,43
vorgetragen hat und ob diesbezüglich erheblicher Gegenvor-
trag möglich ist, der zumindest zu einer teilweisen Klage-
abweisung führt.

Der geltend gemachte Anspruch könnte sich nur aus § 765 I
BGB ergeben. Voraussetzungen wären, dass ein wirksamer
Bürgschaftsvertrag und eine wirksame Hauptverbindlichkeit
besteht und keine Einwendungen der Bürgin vorliegen.

I. Die gemäß § 145 ff. BGB erforderliche Einigung
zwischen der Mandantin und der Klägerin liegt vor. Am
~~15.12~~ wurde 5.2.13 geschlossen die Parteien eine
mit „Mängelhaftungsbürgschaft“ überschriebene Vereinbarung.
Der Haftungsumfang ergibt sich aus dem ersten Absatz der
Einbettung.

II. Nach § 766 S. 1 BGB muss die Bürgschaftserk-
lärung des Mandanten schriftlich erstellt werden. Dies setzt

gemäß § 126 BGB eine eigenhändige Unterschrift voraus.
Die Zuteilung in elektronischer Form ist selbst durch eine
wohl qualifizierte Signatur ausgeschlossen, § 708 S. 2
BGB.

Daher ist die erforderliche Form nicht eingehalten. Die Ur-
kunde wurde von den Vertretern des Mandanten nicht
handschriftlich, ~~sondern~~ sondern maschinenschriftlich
eingefügt. Dies ist allerdings nach § 350 I HGB
unschädlich, da die Mandantin als AG gemäß § 5 HGB
kraft Eintragung Kaufmann ist. Die Erstellung der
Bürgschaft stellt auch ein Handelsgeschäft i.S.v. 343 HGB
dar, denn dies gehört zu ihrer Geschäftstätigkeit als
Versicherungsanbieter.

III. Fraglich ist aber, ob die Hauptschuld besteht. Da
es sich um eine Mängelgewährleistungsbürgschaft handelt, muss
die Hauptschuld ein auf Geldzahlung gerichteter Anspruch
sein. Dies ist hier der Fall, da die Klägerin einen
Vorschussanspruch aus § 637 III BGB geltend macht.

Dieses besteht aber nur, wenn der Werkvertrag zwischen
Ihr und der CBT vom 10.1.2012 wirksam ist. Dem
könnte vorliegend § 136 BGB entgegenstehen. Danach ist
ein Vertrag nichtig wenn er gegen ein gesetzliches Verbot
verstößt, das auch zur Nichtigkeit führt.

1. Eine Nichtigkeit gemäß § 134 BGB iVm den Vorschriften
gegen Steuerhinterziehung schließt daran, dass eine mögliche
„Ohne-Rechnung-Abrede“ nicht dazu führt dass der Haupt-
zweck des Vertrages die Steuerhinterziehung ist.

2. Die Nichtigkeit könnte sich aber aus § 134 BGB iVm. § 1 II Nr. 2 SchwABBG ergeben.

a) Bei dieser Norm handelt es sich um ein Verbotsgesetz, da es sich gegen die Vornahme von Rechtsgeschäften unter Verstoß gegen rechtliche Pflichten richtet.

b) Ein Verstoß könnte sich entsprechend Absatz 2 Nr. 2 daraus ergeben, dass die Parteien des Bauvertrags mündlich eine Auftragssumme von 1.000.000,- € vereinbart haben, in dem Vertrag vom 10.1.12 aber nur eine Bruttosumme von ca. 800.000 € und eine Nettosumme von 672.888,50 € aufgenommen haben. Darin läge ein Verstoß gegen § 1 II Nr. 2 SchwABBG, da die CTB nach dem UStG verpflichtet ist, auf den gesamten Betrag Umsatzsteuer abzuführen.

aa) Die Mandantin trägt insoweit vor, dass es entgegen der Angaben im Vertrag eine mündliche Abrede gab, dass die Auftragssumme 1.000.000,- € betragen sollte.

bb) Die Klägerin strittet dies ab und trägt vor, die Angaben im Vertrag entsprächen der Wahrheit.

cc) Insoweit kommt es darauf an, ob der Vortrag der Mandantin bewiesen, bzw. der Vortrag der Klägerin nach § 138 II ZPO bestritten werden kann.

Da es sich bei der Nichtigkeit nach § 134 BGB um eine anspruchshindernde Einrede handelt, ~~ist~~ die für die Mandantin günstig ist, obliegt ihr die Beweislast. Inwiefern sind die Aussichten der Beweisführung zu prüfen.

Selbstens der Mandantin könnte der Geschäftsführer der CTB Herr Claus Peters als Zeuge benannt werden, § 375 ZPO.

Dieser könnte die Angaben der Mandantin bestätigen.
Außerdem der Klägerin steht die Physiotherapeutin der
Klägerin, Frau Claudia Pothner ~~in~~ als Zeugin nach
§ 373 ZPO zur Verfügung. Diese wird voraussichtlich
die Angaben der Klägerin stützen. Anhaltspunkte für
eine Unglaubwürdigkeit der Zeugin Pothner sind nicht
ersichtlich. Daher sind die Aussichten des Beweis-
führung offen. Wahrscheinlich ist jedoch, dass die Ver-
nehmung der Zeugin zu einer Entscheidung nach der
Beweislast führt. Da diese bei der Mandantin liegt,
dürfte die Prognose für das Nichtigkeitsurteil negativ
ausfallen.

Just!

c) Sollte der Verstoß bewiesen werden können, würde
dies auch ~~an~~ die Wichtigkeit des Werkvertrags noch
sich ziehen.

Grundsätzlich setzt § 156 BGB einen beiderseitigen Verstoß
gegen das Verbotgesetz voraus.

← Im Fall des § 1 SchwAB BG führt ~~es~~ auch ein
einseitiger Verstoß zur Wichtigkeit. Zwar ist lediglich
der Unternehmer nach Absatz 2 Nr. 2 zur Abführung von
Umsatzsteuer verpflichtet, da nur er Steuerpflichtiger ist.
Aus dem Sinn und Zweck des § 1 SchwAB BG folgt aber,
dass dieser Verstoß durch eine sog. „Ohne-Rechnung-Abgabe“
zur Wichtigkeit führt. Dafür spricht bereits der Wortlaut
der Norm, „ausführen lässt“. Ferner soll durch die
Norm die Durchführung von Schwarzarbeit ~~ist~~ und nicht
nur der Abschluss darauf gerichteter Verträge verhindert
werden. Dieser Zweck würde jedoch nicht erreicht, wenn

ein Verlust für den Auftraggeber sanktionslos bliebe.
Dann in diesem Fall bestünde für ihn keine Anreize,
das Geschäft zu unterlassen. >

3. Die übrigen Voraussetzungen des Hauptanspruchs aus
§§ 34 Nr. 2, 337 III BGB liegen vor.

Die Klägerin hat schlüssig vorgetragen, dass in einem Teil-
bereich des beauftragten Bauwerks Feuchtigkeit in den Keller
eintrifft. Dies stellt einen Mangel iSv. § 333 BGB
dar. Ferner erfolgte die gemäß § 640 I BGB erforderliche
Abnahme am 5.2.13. Die gemäß § 337 I, III nötige
Freisetzung zur Mängelbeseitigung erfolgte seitens der Klägerin
am 1.5.13. ¹

IV. Es könnten aber Einwendungen des Mandanten gegen die
Inanspruchnahme aus der Bürgschaft bestehen.

1. Über § 770 I BGB analog können zunächst alle Ein-
wendungen des Hauptschuldners entgegengehalten werden.
In Betracht käme höchstens eine Verjährungseinrede aus
§ 214 I BGB, allerdings haben die Parteien für die
Mängelansprüche eine Frist von 5 Jahren vereinbart,
die am 4.12.17 nicht abgelaufen ist.

< 2. Der Bürgschaftsanspruch selbst ist aber gemäß § 214 II
BGB verjährt. Die Verjährungsfrist beträgt gemäß § 195
BGB 3 Jahre. Sie beginnt ~~nach § 193~~ in dem Zeit-
punkt, in dem die Hauptverbindlichkeit fällig wird, im
Fall der Mängelhaftungsbürgschaft also in dem Zeitpunkt, ab

¹ Diese Voraussetzungen können nach den Angaben der
Mandanten auch nicht bestritten werden.

dem der Hauptschuldner dem Versicherungsanspruch in Geld aus § 437 III BGB ausgesetzt ist. Dies war vorliegend am 1.10.13. Nach § 139 ~~BGB~~ I BGB beginnt die Verjährungsfrist mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch entsteht und der Gläubiger von den Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt. Dies war hinsichtlich der Bürgschaftsbekanntgabe im Jahr 2013 der Fall, sodass die Verjährung mit dem 31.12.2013 besteht. Da die verlängerte Verjährung für die Mängelansprüche nicht für den Bürgschaftsanspruch gilt, ist der Anspruch mit Ablauf des 31.12.2015 verjährt. 7

Folglich sind Klagen gegen die Zentrale nicht möglich.

E. Rückgriffsansprüche

Schließlich könnte der Mandant für den Fall des Unterliegens ein Rückgriffsanspruch gegen die Frau Hertha Helzer gemäß §§ 769, 774 II, 426 II BGB zustehen, falls diese sich gegenüber der ~~CBT~~ CBT wirksam als Mitbürgin verbürgt hat.

< Eine wirksame Einigung erfolgte am 5.2.2013. ~~CBT~~

Frau Helzer hat die Erklärung handschriftlich und damit i.S. § 769 S.1 BGB formgerecht unterzeichnet.

Die Einigung ist insbesondere nicht nach § 138 I BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Zwar ist Frau Helzer die Mutter des Geschäftsführers des Hauptschuldners. Eine solche sog. Angehörigenbürgschaft ist jedoch nur

sittenwidrig, wenn der oder die Bürgen finanziell überfordert sind und zu vermuten ist, dass die Bürgschaft nur aufgrund eines emotionalen Verbundenheit übernommen wurde. Dies ist hier nicht der Fall, da ~~die~~ Frau Weber vermögend war und ihre Bürgschaftsverpflichtung auf denselben Höchstbetrag wie derjenige der Bürgschaft der VGV beschränkt ist. →

Sollten die Mandantin unterliegt und die Klageinbestecht stellt ihr daher in Höhe der Hälfte der Bürgschaftsbekanntmachung ein Ausgleich nach § 426 II zu. Auch wenn gemäß § 774 II BGB grundsätzlich die volle Bürgschaft gegen Frau Weber auf die Mandantin übergeben würde, erfolgt der Ausgleich zwischen Mitbürgen nach § 774 II BGB nur nach § 426 II BGB. Da keine andere Bestimmung vorliegt, hatten beide in gleicher Höhe.

auch hier
von Verfügung
zu prüfen

F. Zweckmäßigkeit

Abzulehnen ist zu prüfen, zu welchem prozessualen Vorgang der Mandantin zu raten ist.

I. Einerseits könnte der Bürgschaftsprüfung unter Verwahrung gegen die Kostenlast gemäß § 33 ZPO sofort anerkannt werden, da die Mandantin noch nicht verurteilt zur Leistung aufgefunden wurde.

Da mit dem Verfügungswort aber erheblicher gegenwertig möglich ist, ~~sollte~~ ist ihr zu einer Verteidigung gegen die Klage zu raten

III. Neben dem Klageabweisungsantrag ist zur Bewahrung der Mandanta vor Vollstreckungsschäden ein Vollstreckungsschutzantrag nach § 719 I S. 1 ZPO zweckmäßig. Ferner sollte die Mandanta auf die mögliche Kostenfolge nach § 544 hingewiesen werden.

III. Sobald die Unzulässigkeit der Klage gerügt wird, sollte Hilfsweise ein Verweigerungsantrag nach § 221 ZPO gestellt werden.

~~IV. Schließlich kann eine Streitverkündung gegen Frau Heber ~~erwogen~~ sein.~~

~~Dies wäre gemäß §~~

iv. Schließlich ist zu prüfen, wie der etwaige Rückgriffsanspruch gegen Frau Heber in dem Prozess zu berücksichtigen ist.

1. Eine Drittweldeklage scheidet aus. Dies wäre nur durch eine isolierte Drittweldeklage möglich, die sich entgegen dem Grundsatz der Parteilidenschaft ausschließlich gegen einen Dritten richtet. Die dafür notwendige Konkretität in Form eines engen tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhangs liegt allerdings nicht vor.

2. Möglich ist aber die Streitverkündung nach § 72 I ZPO. Zwischen dem Mandanta und der Klägerin ist ein Rechtsstreit noch anhängig und es besteht mit dem Rückgriffsanspruch ein Streitverkündungsgrund.

Die Streitverkündung ist auch zweckmäßig, da einerseits die Verjährung des Anspruchs gegen Frau Heber nach § 204 I Nr. 6 BGB gehemmt wird. Andererseits sind die Feststellungen des Vorprozesses aufgrund der Interventionswirkung nach § 68 ZPO für einen späteren Prozess gegen

Frau Helzer bindend, soweit sie für die Mandanten
günstig sind, ~~ist~~ und zwar unabhängig von ~~der~~ der
Reaktion von Frau Helzer, vgl. § 74 I, III ZPO.

V. Die Mandantin ist noch um Mitteilung einer be-
stimmten Anzahl der Publikation zu bitten.

Praktischer Teil - I

Rechtsanwältin Dr. Bettina von Hammerstein
Rochestraße 7, Schweizerhof, 30161 Hannover

An das Landgericht Berlin

10517 Berlin

- per beA -

- Entwurf -

Einspruch und Klageerwidlung

In dem Rechtsstreit Bastian / VGV AG

Az. S O 245/17

zeige ich an, dass ich die Beklagte vertretb. Namens
und in Vollmacht des Beklagten lege ich gegen das
Versäumnisurteil des Landgerichts Berlin vom 13.10.17 -
Az wie angegeben - , der Beklagten zugestellt am 1.12.17

Einspruch

ein. In der mündlichen Verhandlung werde ich beontra-
gen.

Das Versäumnisurteil des Landgerichts Berlin vom
13.10.17 wird aufgehoben und die Klage abge-
wiesen.

Fernes beantrage ich bereits jetzt,

die Zwangsvollstreckung aus dem bezeichneten Versäumnisurteil ohne, hilfsweise gegen Sicherstellung vorläufig einzustellen.

Begründung

I Der Einspruch ist zulässig, insbesondere ~~früher~~ ~~ein~~ eingeleitet.

Das Versäumnisurteil wurde am 18.10.17 keinem Vertreter der Beklagten, ~~sondern lediglich einer Putzkräftin~~ ~~ausgehändigt~~, ~~sondern~~ sondern lediglich dem sieben-jährigen Sohn einer Putzkräftin. Erst am 1.12.17 wurde die Klage an ~~den~~ Vertreter der Beklagten übergeben.

Beweis: Nennung der beschäftigten Putzkräftin als Zeugin (ladungsfähige Ansicht und nachgeprüft)

II. Die Klage ist bereits unzulässig (1.) und unbegründet (2.)

1. Das angesehene Gericht ist örtlich nicht zuständig
< § 3 des Gerichtsbeschlusses unter C. >

2. Der geltend gemachte Anspruch steht der Klägerin nicht zu.

a) Dies ergibt sich weiter daraus, dass der Werkvertrag vom 10.1.12 gemäß § 134 BGB iVm § 1 SchwABDS nichtig ist.

Entgegen dem Vortrag des Klägers betrug die Auftragssumme tatsächlich 10000.000,- €. Dies beruht auf einer mündlichen Abrede zwischen dem Geschäftsführer des CBT GmbH und der Klägerin.

Beweis: Versicherung des Herr Claus Peters als Zeuge

Diese Abrede stellt einen Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwABDS dar, der auch die Nichtigkeit des Vertrags nach sich zieht. < Gutachten, S. 7 >

b) Ferner wäre der Bürgerschaftspruch verfehlt. Die Beklagte beruft sich insoweit auf die Einrede der Verjährung < Gutachten, S. 8 unter 2. >

III. Die Zwangsvollstreckung ist ohne Sicherheitsleistung einsetzbar ~~einsetzbar~~. einzusetzen, da die Sämann der Beklagten am 13.10.17 unverschuldet war, § 719 I S. 2 ZPO. Da in der Klageschrift vom 14.8.17 bereits die Unterschriften als Bevollmächtigte genannt ist, dürfte die Beklagte bei verständiger Abwägung davon ausgehen, dass eine entsprechende Zustimmung auch an sie erfolgt.

Unterschrift Dr. Hamerstein

Praktischer Teil - II

Rechtsanwältin Dr. Bettina von Hornstein
Rindarstr. 7, Schmelzerhof, 30761 Hannover

An das Landgericht Berlin,
10517 Berlin
- per befA -

- Entwurf -

In dem Rechtsstreit

Marta Baidan, Frobenstr. 13, 12249 Berlin

- Klägerin -

gegen

V&V Allgemeine Versicherungen AG, vertreten durch den
Vorstand, V&V-Platz 1, 30177 Hannover

Prozessbevollmächtigte: Dr. von Hornstein

- Beklagte

verkinde ich namens und in Vollmacht der Beklagten der
Frau Martha Hetzer, Gehard-Haydmann-Str. 10, 03044

Cottbus

den Streit.

geht auch mit
der Einspruchschrift,
aber sehr schön!

Es wird darum gebeten, Frau Hetzer den Streit-
verkindeungsrichtsatz recht anlegen alsbald zurustellen.

Die Klägerin nimmt die Beklagte mit ihrer Klage vom 14.8.17 auf Zahlung von 35.644,43 € aus einem Bürgschaftsvertrag in Anspruch. Am 15.10.17 erging antwortsgerichtlich ein Versäumnisurteil gegen die Beklagte, gegen welches sie am 4.12.17 Einspruch eingelegt hat.

Für den Fall des Unterliegens in dem bezeichneten Rechtsstreit steht der Beklagten ein Ausgleichsanspruch gegen Frau Heker ~~gemäß~~ zu. Dieses ergibt sich, sofern die Beklagte die Klageforderung erfüllen sollte aus §§ 769, 744 II, 426 II BGB, da Frau Heker sich wirksam als Mitbürgin für die in der Klageschrift bezeichneten Mängelgewährleistungsansprüche verbürgt hat. < Gutachten, S. 9 unter E. >

Unterschrift - Dr. Hammerstein

Eine sehr gute Klausur.
Alle wesentlichen Problem-
schwerpunkte werden
erkannt und im wesent-
lichen gut gelöst. Einzig
~~das~~ die Prüfung des
Einspruches greift etwas
zu kurz, da § 1727PO
nicht angewendet wird.
Die Zweckmäßigkeit
und der praktische
Teil gelingen hervor-
ragend.

16 Punkte
(sehr gut)

DP