

Takaes David

Name, Vorname  
-bitte leserlich-

18.2.24

Datum

An die  
Personalstelle für den Juristischen Vorbereitungsdienst

**Betr.: Klausurenkurs „Anwaltsklausur“**


In der Anlage gebe ich die im Klausurenkurs ausgegebene Klausur mit der

Nr. 067 ER III.....

zur Korrektur. Mir ist bekannt, dass die Klausur nur bei unterschriebener, vollständiger und lesbarer Ausfüllung dieses Formulars korrigiert wird. Mir ist ferner bekannt, dass an diesem Klausurenkurs ausschließlich im juristischen Vorbereitungsdienst der Freien und Hansestadt Hamburg stehende Referendare/innen teilnehmen dürfen.

Ich erkläre, dass ich

- 1: Referendar/in im Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg bin,
2. voraussichtlich im Monat Juni 23.....die Examensklausuren schreiben werde.

  
\_\_\_\_\_  
Unterschrift

## Mandantenbegehren

Die Mandantin, die Seewald GmbH, begehrt die Prüfung der Erfolgsaussichten der weiteren Rechtsverfolgung gegen Mehmet Özer und die Aussichten der Verteidigung der Widerklage. Insbesondere wird zu prüfen sein, ob noch gegen das Versäumnisurteil vorgegangen werden kann und dies auch zweckmäßig erscheint.

## Gutachten

### I. Prozessuale Lage

Die Rechtsverfolgung ist nur möglich, wenn das Versäumnisurteil vom 18.10.2016 noch nicht rechtskräftig geworden ist. Fraglich ist also, ob ein statthafter Rechtsbehelf noch form- und fristgerecht eingelegt werden kann.

1. Gegen ein Versäumnisurteil ist der Einspruch statthaft, § 338 ZPO. Er würde den Prozess in die Lage vor der Säumnis versetzen, § 342 ZPO.

2. Dieser muss unter Bezeichnung des Versäumnisurteils und der Erklärung, dass Einspruch eingelegt werde (§ 340 II 1 ZPO) binnen zwei Wochen ab der Zustellung des Versäumnisurteils (§ 339 I ZPO) eingelegt werden.

Fraglich ist, ob die zwei Wochen Frist noch eingehalten werden kann. Dafür müsste das Versäumnisurteil wirksam zugestellt (§ 166 I ZPO) worden sein und diese Zustellung gegenüber der Mandantin wirken. Sie selbst hat das Versäumnisurteil nicht erhalten.

Die Zustellung an ihren früheren Prozessbevollmächtigten könnte ihr gegenüber aber wirksam sein.

a) Zunächst sollte das Versäumnisurteil gegen Empfangsbekanntnis an Rechtsanwalt Croenert zugestellt werden (§ 175 ZPO). Die Bewirkung der Zustellung gegen Empfangsbekanntnis ist jedoch nur dann wirksam, wenn der Empfänger bereit ist, das zuzustellende Dokument entgegenzunehmen und entsprechend ein Empfangsbekanntnis abgibt. Das ist jedoch nicht geschehen und der Rechtsanwalt Croenert hat die Schriftstücke an das Gericht zurückgesandt mit dem Hinweis auf die Niederlegung des Mandats. Damit ist keine wirksame Zustellung gegen Empfangsbekanntnis bewirkt worden.

*i. E. richtig.  
kein Empfangswille*

b) Allerdings könnte die Zustellung am 11.11.2016 wirksam nach §§ 172 I 1, 178 I Nr. 2 ZPO bewirkt worden sein. Erforderlich dafür ist, dass Rechtsanwalt Croenert zu diesem Zeitpunkt noch der Prozessbevollmächtigte des Mandanten war. Daran könnte zwar wegen der Beendigung des Mandantsverhältnisses und entsprechender Anzeige an das Gericht gezweifelt werden. Allerdings gilt vor dem Landgericht Anwaltszwang (§ 78 I 1 ZPO) und die Prozessvollmacht endet gem. § 87 I ZPO erst in dem Moment, in dem sich ein anderer Prozessbevollmächtigter legitimiert. Damit konnte am 11.11.2016 noch wirksam an den früheren Prozessbevollmächtigten zugestellt werden.

Da der Prozessbevollmächtigte selbst nicht angetroffen wurde, konnte das Schriftstück wirksam einer in seinen Räumen beschäftigten Person, hier der Rechtsanwaltsfachangestellten, gem. § 178 I Nr. 2 ZPO übergeben werden und damit die Zustellung an ihn bewirkt werden.

Damit ist am 11.11.2016 eine gegenüber der Mandantin wirksame Zustellung bewirkt worden.

c) Damit begann am 12.11.2016 die Einspruchsfrist zu laufen und der Einspruch kann bis zum Ablauf des Freitag, den 25.11.2016 eingelegt werden, §§ 222 I ZPO, 186, 187 BGB.

Es ist also noch am heutigen Tag Einspruch einzulegen, soweit dieser zweckmäßig erscheint.

## II. Zulässigkeit der Klage

Die Klage müsste zulässig sein.

### 1. Antrag zu 1. Leistungsklage

a. Sachlich könnte das Landgericht nach §§ 1, 2, 3, 4 I, 5 ZPO iVm 23 Nr. 1, 71 I GVG zuständig sein. Denn der Streitwert beträgt über 5.000 Euro.

Eine ausschließliche sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts könnte nur nach § 23 Nr. 2 lit. a GVG begründet sein. Das wäre der Fall, wenn der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag als Wohnraummietvertrag anzusehen wäre. Insoweit ist die Frage, ob es sich um einen Wohnraummietvertrag oder Gewerberaummietvertrag handelt eine "doppelrelevante Tatsache", die sowohl im Rahmen der Zulässigkeit als auch im Rahmen der Begründetheit relevant ist.

Ob ein Wohnraummietvertrag vorliegt, bestimmt sich nach einer Auslegung des Mietvertrags aus der Sicht eines objektiven Empfängers in der Position der Parteien (§§ 133, 157 BGB) und der konkreten Vertragsdurchführung. Dabei darf nicht nur am Wortlaut des Vertrags gehaftet werden,

sondern es muss auch gerade die konkrete Vertragsdurchführung beachtet werden.

Unter Anwendung dieser Grundsätze stellt man fest, dass bereits der Untermietvertrag von der Bezeichnung "Kontore, gewerbliche Räume und Grundstücke" ausgeht, also nicht von einer Nutzung als Wohnraum. Als Zweck der Vermietung wird der Betrieb eines Speiserestaurants angegeben, also eine gewerbliche Nutzung. Ferner spricht § 6 Nr. 3 für den Ausschluss der Minderung nur von der Beeinträchtigung der gewerblichen Nutzung der Räume. Diese eindeutige Gestaltung des Vertrags spricht für einen Gewerberaummietvertrag.

Dem steht letztlich die konkrete Nutzung ebenfalls nicht entgegen. Denn es wurde tatsächlich ein Speiserestaurant auf dem vermieteten Objekt betrieben. Dass der Mieter ohne Kenntnis des Vermieters auch dort eingezogen ist, ändert an der Wertung als Gewerberaummietverhältnis nichts. Denn eine ohne Kenntnis des Vermieters vollzogene Nutzung als Wohnraum dürfte das Vertragsverhältnis nicht als solches verändern, sondern stellt vielmehr eine Vertragspflichtverletzung seitens des Mieters dar.

Mithin ist also kein Wohnraummietverhältnis begründet und das Landgericht ist sachlich zuständig.

b. Örtlich ist das Landgericht Hamburg nach §§ 29a I ZPO zuständig.

## 2. Antrag zu 2. Feststellungsklage

Für die Feststellungsklage ist das Landgericht Hamburg örtlich ebenfalls nach §§ 12, 13 ZPO zuständig. Die sachliche Zuständigkeit folgt aus §§ 1, 2, 3, 4 I, 5 ZPO IVm 23 Nr. 1, 71 I GVG.

Die in kumulativer Klagehäufung geltend gemachte negative Feststellungsklage müsste von einem Feststellungsinteresse getragen sein, § 256 I ZPO. Notwendig dafür ist ein rechtliches Interesse an der Feststellung. Dieses ist gegeben, wenn die Feststellung geeignet wäre, eine Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Berührt sich ein Dritter einer Forderung gegen einen, kann man ein erhebliches Interesse daran haben, feststellen zu lassen, dass diese Forderung nicht besteht.

Allerdings fehlt der negativen Feststellungsklage jedenfalls das Rechtsschutzbedürfnis in dem Moment, in dem eine auf die negierte Leistung gerichtete Leistungsklage in der mündlichen Verhandlung derart gestellt wird, dass sie nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann, § 269 I ZPO. Denn ab diesem Moment hat die negative Feststellungsklage keinen Mehrwert mehr im Vergleich zum Antrag auf Abweisung der Leistungsklage und tritt daher als subsidiär hinter dieser zurück. Mithin ist der Feststellungsantrag jedenfalls durch die Geltendmachung der Zahlungsansprüche als Widerklage in der mündlichen Verhandlung unzulässig geworden.

3. Die Anträge können in objektiver Klagehäufung geltend gemacht werden (§ 260 ZPO), denn für beide ist dasselbe Prozessgericht in derselben Prozessart zuständig.

### III. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die Seewald GmbH gegen Mehmet Özer einen Anspruch auf Zahlung von 32.000 Euro nebst Zinsen iHv. 9 % über dem Basiszins seit dem jeweiligen Zeitpunkt der Fälligkeit hat.

gut!



Es wurde noch  
mündlich  
verhandelt. Im ersten  
Termin stieß die Klage in  
sämig.

Der Anspruch könnte sich aus § 535 II BGB iVm. § 5 des Mietvertrags vom 23.5.2015 ergeben.

Danach schuldet der Beklagte monatlich die Zahlung von 8.000 brutto an den Mandanten bis zum 3. Werktag eines jeden Monats. Der Anspruch entstand dem Grunde nach, was zwischen den Parteien unstreitig ist.

Fraglich ist, ob dieser Anspruch erloschen ist oder ihm Einreden entgegenstehen.

1. Der Beklagte wendet ein, dass der Geschäftskaufvertrag vom 29.7.2016 zum Erlöschen der Ansprüche zwischen ihm und dem Mandanten geführt haben könnte.

In dem Geschäftskaufvertrag veräußerte der Beklagte sein Restaurant einschließlich Inventar an die Hoffmann Event UG für 35.000 Euro. Dieser Zahlungsanspruch wurde aber noch im Vertrag an die Mandantin unwiderruflich abgetreten. Nach dem Zahlungseingang sollte dann eine Verrechnung der Forderungen zwischen der Mandantin und dem Beklagten stattfinden und ein überschüssiges Guthaben ausgezahlt werden.

Fraglich ist nun, wie dieser Vertrag sich auf die konkreten Mietzinsforderungen auswirkt. Möglicherweise ist durch die Abtretung des Kaufpreisanspruchs der Beklagte von der Zahlung der Mieten freigeworden. Da die Abtretung einer Forderung jedoch ein Aliud zur konkreten Leistung darstellt, kommt ein Erlöschen durch die Abtretung nur dann in Betracht, wenn die Parteien des Geschäftskaufvertrags und insbesondere die Prozessparteien wollten, dass die Abtretung als Leistung an Erfüllung statt (§ 364 I BGB) wirkt. Eine Auslegung des Vertrags (§§ 133, 157 BGB) ergibt jedoch nicht, dass eine solche unbedingte

Erfüllungswirkung gewünscht war. § 5 stellt klar, dass eine Saldierung nur nach Zahlungseingang erfolgt, sodass eindeutig ist, dass die Abtretung selbst nicht schuldbefreiend wirkt.

Allerdings folgt aus §§ 2, 5 des Vertrags schon, dass die Abtretung jedenfalls als Leistung an Erfüllung halber anzusehen ist. Denn nach § 2 des Vertrags sollte der Kaufpreis unmittelbar an die Mandantin als Erfüllung des abgetretenen Kaufpreisanspruchs geleistet werden. Anschließend sollte nach § 5 eine Saldierung stattfinden. Das ist gerade die typische Konstellation für eine Abtretung an Erfüllung halber.

Nach der Auslegung erlischt allerdings die Mietzinsforderung nicht. Freilich folgt wohl aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Obliegenheit des Gläubigers (hier der Seewald GmbH), sich zunächst aus der Forderung zu befriedigen. Gerade wenn der Anspruch unwiderruflich abgetreten wurde, kann der Zedent nicht mehr ohne Weiteres ohne Ermächtigung des Zessionars die Forderung geltend machen. Verlangt nun der Zessionar weiterhin Leistung der Primärschuld, ohne die an Erfüllung halber geleistete Forderung jedenfalls versucht zu haben geltend zu machen, verhält er sich gegenüber dem Sicherungsgeber treuwidrig. Denn dieser hätte dann die abgetreten Forderung an seinen Gläubiger verloren und könnte sich aus dieser nicht bereichern und müsste ferner trotzdem vollständig leisten. Mithin wird sich der Beklagte grundsätzlich darauf berufen können, dass er solange nicht zu leisten braucht, bis sich der Kläger versucht hat, sich aus der Forderung zu befriedigen.

Dem kann der Kläger auch nicht erfolgreich entgegenhalten, dass der Anspruch sich gegen eine UG mit einem



Stammkapital von 250 Euro richtet. Denn ein Prozess gegen die UG ist jedenfalls deshalb nicht aussichtslos, weil diese das Restaurant als laufenden Betrieb unterhält und augenscheinlich auch in der Lage ist, im Verhältnis zum Hauptmieter die Miete zu entrichten. Insoweit spricht das niedrige Stammkapital nicht grundsätzlich für eine Uneinbringlichkeit der Forderung.

2. Fraglich ist aber, ob der Unternehmenskaufvertrag überhaupt zustande gekommen ist. Denn gemäß § 4 ist die Gültigkeit des Vertrags vom Abschluss eines Untermietvertrags zwischen der Erwerberin und dem Mandanten abhängig. Darin liegt eine Bedingung nach § 158 I BGB, wonach der Vertrag erst wirksam wird, wenn der Untermietvertrag abgeschlossen wird. Eine solche "Closing-Kondition" ist in Verträgen zur Übertragung eines gesamten Geschäfts durchaus üblich und kann wirksam vereinbart werden.

Fraglich ist, ob hier der Bedingungseintritt eingetreten ist, also der Untermietvertrag geschlossen wurde. Erforderlich für den Abschluss eines Untermietvertrags wären zwei übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien des Mietvertrags, die auf den Abschluss gerichtet sind, §§ 145, 147 BGB, also ein Angebot und ihre Annahme. Zum Zustandekommen eines Untermietvertrags kann sich nur an den Schilderungen des Mandanten orientiert werden, da der Beklagte hierzu keine Kenntnis hat.

Ein Angebot seitens der Mandantin lag vor, indem sie ein unterschriebenes Exemplar des Untermietvertrags an den Geschäftsführer der Hoffmann UG aushändigte. Indem dieser den Vertrag unterschrieb, nahm er das Angebot namens der UG an. In diesem Moment ist der Vertrag bereits zustande gekommen.

Dass die Mandantin nachträglich die Vertragsexemplare eingesammelt hat und sich von dem Vertrag lösen wollte, ist unerheblich. Denn nach Zugang der Annahmeerklärung kann sie seine Willenserklärung nicht mehr widerrufen. Sie könnte lediglich vom Vertrag zurücktreten oder diesen anfechten. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass sie einen Grund für einen Rücktritt oder eine Anfechtung gerade vom Untermietvertrag gehabt haben könnte. Allenfalls könnte ihr ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 I BGB im Hinblick auf die abgetretene Kaufpreisforderung zustehen. Jedenfalls ist nach seiner Schilderung aber der Untermietvertrag grundsätzlich zustande gekommen.

Damit ist auch die Bedingung für den Geschäftskaufvertrag eingetreten.

Zwischenergebnis: Die Mandantin hat derzeit keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung von 32.000 Euro, da ihr dieser einredeweise entgegen halten kann, dass er sich zunächst an die Hoffmann UG halten muss.

Da der Beklagte damit auch nicht in Verzug ist, steht dem Mandanten auch kein Anspruch auf Verzugszinsen nach §§ 280 I, II, 286, 288 I 1, II BGB zu.

Der Klageantrag zu 1. ist damit unbegründet.

Der Klageantrag zu 2. ist durch die in der mündlichen Verhandlung beantragte Leistung in der Widerklage unzulässig geworden.

#### IV. Zulässigkeit der Widerklage

1. Die Widerklage ist in der Sache eine Leistungsklage.
2. Für die Widerklage müsste das Landgericht Hamburg örtlich und sachlich zuständig sein. Die örtliche Zuständigkeit folgt nicht aus §§ 12, 17 I ZPO, denn der allgemeine Gerichtsstand der Mandantin liegt im Gerichtsbezirk des LG Itzehoe. Die Zuständigkeit folgt aber aus § 29a ZPO, denn die Streitigkeit betrifft Ansprüche aus dem Mietverhältnis, wenn auch nur Bereicherungsansprüche im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis. Die sachliche Zuständigkeit folgt aus §§ 1, 2, 3, 4 I, 5 ZPO iVm. §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG, da es maßgeblich auf den höchsten Wert von Klage und Widerklage ankommt (§ 506 I ZPO analog), sodass widerklagend auch ein Antrag mit einem Streitwert von unter 5.000 Euro eingeführt werden kann.
3. Die nach § 33 I ZPO erforderliche Konnexität liegt vor, denn die Widerklage betrifft gerade Ansprüche aus demselben Mietverhältnis, auf den sich die Klägerin für die Klageforderung stützt.

#### V. Begründetheit der Widerklage

Die Widerklage ist begründet, wenn dem Beklagten der Anspruch auf Zahlung von 4.000 Euro nebst Zinsen zusteht. Der Anspruch könnte sich aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB ergeben. Erforderlich ist, dass die Klägerin etwas durch Leistung des Beklagten ohne Rechtsgrund erlangt hat.

1. Die Klägerin hat den Mietzins in Höhe von 4.000 Euro erlangt. Dies erfolgt durch Leistung, also durch

zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens durch den Beklagten.

2. Fraglich ist, ob dies ohne Rechtsgrund erfolgt ist.

Einen Rechtsgrund für die Leistung stellt grundsätzlich der Mietvertrag zwischen den Parteien dar, aus dem der Beklagte zur Entrichtung der Miete in Höhe von 8.000 Euro verpflichtet war, § 535 II BGB iVm. § 5 des Mietvertrags.

a) Der Beklagte könnte von dieser Pflicht freigeworden sein, wenn die Mietsache mangelhaft war, § 536 I BGB. Dann tritt ipso iure die Minderung von Miete ein und der Mieter schuldet nur eine verringerte Miete.

aa) Diese Rechtsfolge könnte bereits ungeachtet eines Mangels im Mietvertrag in § 6 Nr. 3 abbedungen worden sein. Danach ist eine Minderung der Miete ausgeschlossen, wenn durch Umstände die der Vermieter nicht zu vertreten hat, die gewerbliche Nutzung der Räume beeinträchtigt wird. Auf die Beeinträchtigung der gewerblichen Nutzung der Räume aufgrund des Baulärms stützt der Beklagte seine Widerklage. Damit steht die Klausel der Minderung grundsätzlich entgegen.

Fraglich ist, ob die Klausel jedoch wirksam ist. Der Ausschluss nachteiliger Vereinbarungen in Wohnraummietverträgen (§ 536 IV BGB) steht der Klausel nicht entgegen, denn es handelt sich nicht um einen Wohnraummietvertrag (s.o.)

Allerdings könnte die Klausel nach den Grundsätzen der AGB Kontrolle nach § 307 I 1 BGB unwirksam sein. Unwirksam ist danach ein Klausel, die unangemessen benachteiligend ist. Unangemessen benachteiligend ist eine Regelung, die einseitig die Interessen des Klauselstellers

berücksichtigt, ohne die Interessen des Vertragspartners angemessen zu berücksichtigen.

Eine solche unangemessene Benachteiligung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn durch die Klausel das Recht zur Minderung endgültig ausgeschlossen werden soll, also nicht nur der Abzug von der zu entrichtenden Miete, sondern auch im Rahmen eines Bereicherungsanspruchs nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB. Denn das Recht zur Minderung betrifft gerade das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und ist damit einer der wesentlichen Ansprüche aus dem Mietverhältnis. Ist die Leistung des Vermieters erheblich gemindert, hat er kein schutzwürdiges Interesse daran, eine ungeminderte Miete zu verlangen und nicht einmal einen Bereicherungsanspruch zuzulassen. Er würde damit ein Standortrisiko vollständig auf den Mieter umwälzen.

Dass die Regelung dementsprechend zu verstehen ist, folgt aus dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung nach § 305c II BGB. Denn die Klausel stellt jedenfalls nicht klar, dass nur der Vorabzug der Minderung ausgeschlossen sein soll, sondern lässt ein Verständnis zu, nach dem auch ein Bereicherungsausgleich nicht stattfinden soll.

Mithin ist die Klausel unangemessen benachteiligend und steht einer Inanspruchnahme nicht entgegen.

bb) Fraglich ist sodann weiter, ob tatsächlich ein Mangel der Sache vorliegt. Die Mietsache ist mangelhaft, wenn die tatsächliche Beschaffenheit von der vereinbarten Beschaffenheit nicht nur unerheblich abweicht. Der Mangel kann auch aus einem Umstand folgen, der sich aus der Beziehung der Sache zu einer anderen Sache ergibt (Umweltmangel).

Mangels ausdrücklicher Beschaffenheitsvereinbarung muss auf den Erwartungshorizont eines durchschnittlichen Mieters abgestellt werden. Ein durchschnittlicher Mieter wird grundsätzlich erwarten können, dass der Lärmpegel eines Grundstücks konstant bleibt. Somit ist auch grundsätzlich nachträglich eintretender Baulärm geeignet, einen Mangel darzustellen. Allerdings ist auch im Verhältnis Mieter Vermieter eine etwaige Duldungspflicht des Vermieters nach dem Nachbarrecht (§ 906 BGB) zu beachten. Jedenfalls wenn der Vermieter die Eigentumsbeeinträchtigung nachbarrechtlich zu dulden hat, weil sie unwesentlich oder ortsüblich ist, kann auch der Mieter keine Rechte aus dem Baulärm herleiten.

Nicht anderes gilt, wenn der Hauptmieter im Verhältnis zum Hauptvermieter zur Duldung entsprechend dieser Grundsätze verpflichtet wäre.

Darlegungs- und beweisbelastet für den Mangel ist der Mieter. Durch die Vorlage des Baulärmprotokolls hat er jedenfalls substantiiert eine Beeinträchtigung dargelegt. Mangels eigener Wahrnehmung wird der Baulärm vonseiten der Klägerin nur mit Nichtwissen nach § 138 IV ZPO bestritten werden können. Für die Ortsüblichkeit und die Unwesentlichkeit des Baumangels wird aber in entsprechender Anwendung der Beweislast von § 906 BGB der Vermieter darlegungs- und beweisbelastet sein. Insoweit wird ausweislich des Bearbeitervermerks keine weitere Information zur Ortsüblichkeit zu erlangen sein und das non liquet zulasten der Mandantin ausgehen.

Allerdings könnte eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung anzunehmen sein oder der Anspruch jedenfalls wegen Kenntnis nach § 536b S. 1 BGB ausgeschlossen sein. Hierfür müsste die Mandantin

zu weitgehend.  
An eine negative  
Beschaffenheits-  
vereinbarung  
wäre aber  
gedacht  
werden.

darlegen und beweisen, dass Umstände bei Vertragsabschluss vorgelegen haben, aus denen der Beklagte jedenfalls zwingend darauf schließen konnte, es werde bald auf dem Nachbargrundstück gebaut werden. ✓

Könnte bewiesen werden, dass das Nachbargrundstück tatsächlich wie vom Geschäftsführer der Mandantin geschildert vernagelt und verwittert war und ein großes Schild angebracht war, dass gebaut werde, dann hätte der Beklagte kein schutzwürdiges Vertrauen auf ein Objekt ohne Baulärm. Er hätte sich sozusagen sehenden Auges ein Objekt angemietet, das an eine Baustelle angrenzen würde.

Die Darlegungs und Beweislast trifft insoweit die Mandantin. Sollten nicht Unterlagen oder Fotos über den damaligen Zustand vorhanden sein, können nur der Geschäftsführer der Mandantin und der Beklagte jeweils als Partei vernommen werden. Die Vernehmung des Beklagten kann nach § 445 I ZPO beantragt werden. Die Vernehmung des Geschäftsführers der Klägerin wäre nur mit Einverständnis des Beklagten nach § 447 ZPO oder von Amts wegen § 448 ZPO möglich. Allerdings fehlt derzeit der notwendige Anbeweis für eine Vernehmung von Amts wegen. Insoweit ist die Beweisprognose hinsichtlich der Kenntnis des Beklagten ungewiss.

Insgesamt steht damit dem Beklagten vorbehaltlich einer Beweisaufnahme der Anspruch auf Rückzahlung des überzahlten Mietzinses nicht zu.

### C. Zweckmäßigkeit

Es ist zweckmäßig, sich gegen die Klage zu verteidigen. Dafür ist noch heute Einspruch bei dem Landgericht

> § 536 b BGB  
war zu prüfen

Hamburg einzulegen. Ferner könnte vollstreckungsschutz beantragt werden, §§ 707 I, 719 I ZPO. Allerdings wird eine Einstellung wohl nur gegen Sicherheitsleistung erreicht werden können, denn das Versäumnisurteil ist rechtmäßig ergangen und die Säumnis war nicht unverschuldet, denn die Ladung zur mündlichen Verhandlung ist noch an den Prozessvertreter ergangen, als dieser beauftragt war. Das Nichterscheinen bei Gericht hat die Mandantin daher zu vertreten.

Der Einspruch ist auf die vollständige Verurteilung zu erstrecken. Denn hinsichtlich des Klageantrags zu 1. kann die Abweisung nur als derzeit unbegründet erfolgen, bis die Klägerin erfolglos versucht, die Forderung gegen die UG geltend zu machen. Insoweit sollte das Versäumnisurteil auch angegriffen werden, denn ansonsten würde die endgültige Klageabweisung in materielle Rechtskraft erwachsen, § 322 I ZPO.

✓  
+ die UG sollte  
genommen werden!

Hinsichtlich der Feststellungsklage kann dann die Erledigung erklärt werden. Denn die Feststellungsklage war ursprünglich zulässig und begründet, wie sich aus den Ausführungen zur Widerklage ergibt und ist durch die Widerklage unzulässig geworden.

Hinsichtlich der Widerklage ist dann Klageabweisung zu beantragen.

Der Schriftsatz ist nach kurzfristiger Freigabe durch die Mandantin per bea (§ 130d S. 1 ZPO) an das Gericht zu versenden und mit einer Originalvollmacht zu versehen, § 80 S. 1 ZPO.



D. Schriftsatz an das Gericht.

*Entwurf*

Holger Landgraf  
Neue ABC-Straße 28, 20354 Hamburg

An das  
Landgericht Hamburg  
Sievekingplatz 1  
20355 Hamburg

per bea!

Az. 336 O 28/16

### **Einspruchsschrift**

Bitte sofort vorlegen!

In der Sache **Seewald ./.** **Özer**

zeige ich an, dass ich nunmehr die Klägerin vertrete.

Namens und in Vollmacht meiner Mandantin lege ich

### **Einspruch**

gegen das Versäumnisurteil vom 18.10.2016 (Az. 336 O  
28/16) ein

und beantrage

**die Zwangsvollstreckung aus dem  
Versäumnisurteil gegen Sicherheitsleistung  
vorläufig einzustellen.**

In der Hauptsache werde ich beantragen,

**den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin  
32.000 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9  
Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf je  
8.000 Euro seit dem 6.4.2016, 6.5.2016,  
6.6.2016 und 6.7.2016 zu zahlen**

**die Widerklage abzuweisen.**

Ferner wird der

**Klageantrag zu 2. für erledigt erklärt.**

I.

In der Sache ist wie folgt zum Sachstand zu ergänzen:

Der Beklagte wusste bereits bei Abschluss des Mietvertrags, dass auf dem benachbarten Grundstück gebaut wird. Das folgt aus der Tatsache, dass das Grundstück zu diesem Zeitpunkt bereits vernagelt war und verwitterte. Bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags hing ein unübersehbares Schild des Investors auf dem Grundstück, dass dort Eigentumswohnungen entstünden.

**Beweis:** Parteivernehmung des Beklagten und des Geschäftsführers der Klägerin

Dass der Beklagte in dem Gewerbegrundstück gewohnt haben soll, wird mit Nichtwissen bestritten. Ebenso die konkret von ihm aufgenommenen Lärmmessungen. Es wird nur zu hilfsweise Klarstellungszwecken erwähnt, dass die Klägerin keine Kenntnis davon hatte, dass der Beklagte zu irgend einem Zeitpunkt in dem Objekt gelebt haben soll.

II.

*erst später  
ggf. zu erklären,  
vgl. Anmerkung  
oben.*

Für die Klägerin ist nicht ersichtlich, wieso der Klageantrag zu 1. als endgültig unbegründet abgewiesen wurde. Sofern das Gericht meint, dem Anspruch stehe die Abtretung des Anspruchs gegenüber der Hoffmann UG entgegen, geht die Klägerin davon aus, dass insoweit nur eine Abweisung als derzeit unbegründet in Betracht käme, weil bei Uneinbringlichkeit der Forderung weiterhin der klägerische Anspruch bestünde.

Der Anspruch aus der Widerklage besteht nicht. Denn der Beklagte hatte Kenntnis vom baldigen Baubeginn und daher kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass kein Baulärm bestehen würde.

Dem Schriftsatz liegt eine auf meinen Namen lautende Originalvollmacht bei.

qualifiziert elektronisch signiert

Landgraf

Eine insgesamt gelungene  
Klausur.

In Gutachten wird bei  
der Prüfung der Feststellungs-  
klage ~~immer~~ verkannt, dass  
noch nicht mündlich verhandelt  
wurde.

Bei der Wiederklage wird die  
Prüfung von § 5365 BGB über-  
sehen.

In der Zweckmäßigkeit  
wird nicht diskutiert, wie  
man die Stundengebühre  
des Beklagten bezeugen  
kann.

Der Schriftsatz ist gut.

15 Punkte  
(gut)

D. P.