



- Bitte lesen!

An die  
Personalstelle für Referendare

**Betr.: Klausurenkurs „Anwaltsklausur“**

In der Anlage gebe ich die im Klausurenkurs ausgegebene Klausur

mit der Nr. 064-ZK-II

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 teilnehmen dürfen.

Ich erkläre, dass ich

1. Referendar im Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg bin,

2. voraussichtlich im Monat 7/2020 die Examensklausuren schreiben werde.



A. Gutachten

## I. Mandantenbegehren

Der Mandant hat bei der Beklagten im Frühjahr 2015 einen PKW gekauft, in dem er von seiner Ehefrau eine unerträgliche Geruchsbelästigung toxischer Natur festgestellt haben.

Im Rahmen der vorprozessualen Auseinandersetzung mit der Beklagten, in der keine Abhilfe durch die Beklagte, die die Geruchsbelästigung bestritt, geschaffen wurde, hat der Mandant am 15.12.2015 gegenüber dem Geschäftsführer der Beklagten den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und Rückzahlung des Kaufpreises verlangt.

Nach der Ablehnung der Zahlungsverlangen durch die Beklagte hat der Mandant am 4.1.2016, vertreten durch seine vorzeitige Rechtsanwältin Julia Jablonski, Klage beim Landgericht Potsdam eingereicht und angekündigt zu beantragen, den Beklagten auf Zahlung von 39.000 € (Kaufpreis abzüglich gefahrter Kilometer) zu verurteilen.

Nach einer wenig ergiebigen Inaugenschei-  
nennungsbesuch des Einzelrichters, der eine ab-  
klingende Erklärung hatte, wurde ein Sach-  
verständigengutachten zur Frage der Mangel-  
haftigkeit des PKW wegen vom Standard ab-  
weichender Gewichtsbelastung eingeholt.

Da dieses Gutachten im Ergebnis für den Kläger  
ungünstig ausfiel, wurde ihm von seiner vor-  
maligen Rechtsanwältin Jablonksi auf Anregung  
des Gerichts zur Klagerücknahme geraten.

Der Kläger möchte die Klage in denen keinesfalls  
zurücknehmen, sondern nach Möglichkeit  
ein neues Gutachten. Auf alle Fälle möchte  
er den Fall gerichtlich geklärt wissen, wobei  
er sich der Möglichkeit, im Hinblick auf  
die offene Beurteilung der Gewichtsbelastung  
durch das Gericht und den Sachverständigen  
zu unterliegen, bewusst ist.

Vor diesem Hintergrund begehrt der Mandant

1. im laufenden Rechtsstreit gegen das Autohaus  
alle notwendigen Schritte gegenüber dem Land-  
gericht Potsdam zu veranlassen, wobei hier  
auch die Frage des Mandanten zu klären  
ist, wen der Richter trifft, dass der Sach-  
verständige zu keinem Ergebnis kommt  
(dazu sub I.),

2. zu erklären, ob er die Leistung sein  
vormaliger Rechtsanwältin Jablonksi vom  
31.5.2016 zahlen muss.

I. Notwendige Schritte in dem Rechtsstreit  
vor dem Landgericht Potsdam.

Welche notwendigen Schritte in dem Rechts-  
streit vor dem Landgericht Potsdam zu ver-  
anlassen sind, richtet sich danach, ob die  
Klage derzeit zulässig (dazu sub 1.) und  
begründet (dazu sub 2.) ist und welches  
Vorgehen auf ihrer Grundlage und angesichts  
des bisherigen Prozessstands zweckmäßig ist  
(dazu sub 3.)

### 1. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, insbesondere ist das Land-  
gericht Potsdam gemäß §§ 1 ZPO, 71 I, 23 Nr. 1  
GVG sachlich und gemäß §§ 12, 17 I ZPO i. V. m.  
§ 4a SmbtAG sowie gemäß § 29 I ZPO i. V. m. § 269 I  
BGB örtlich zuständig, und die Beklagte ist  
als GmbH gemäß § 50 I ZPO, § 13 I SmbtAG  
parteifähig und gemäß §§ 51, 52 ZPO, § 35 I,  
SmbtAG durch Vertretung durch ihren Geschäftsführer  
in Aussicht prozessfähig.

## 2. Begründetheit

Frage ist, ob die Klage auch begründet ist, der geltend gemachte Zahlungsanspruch i.H.v. 39.000 € dem Kläger also tatsächlich gegen die Beklagte zusteht.

Der Anspruch könnte sich dabei aus §§ 346 I, 323 I, II Nr. 1, 433 I, 434 I<sub>2</sub> Nr. 2, 437 Nr. 2 BGB als Anspruch auf Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises infolge Rücktritts ergeben. Dies wäre der Fall, wenn der Kläger den Rücktritt gem. § 349 BGB erklärt hat (dazu sub a) und ihm ein Rücktrittsgrund zur Seite steht (dazu b).

a) Der Kläger hat den Rücktritt gegenüber dem Geschäftsführer als Empfangsvertreter der Beklagten gem. § 164 III BGB, 35 I, JombHb vom 15.12.2015 ausdrücklich erklärt (§ 349 BGB).

b) Der erforderliche Rücktrittsgrund liegt vor, wenn die Beklagte auf den Kaufvertrag (dazu aa) trotz eines Mangels bei Gefahrübergang (dazu bb) und Fristsetzung oder deren Entbehrlichkeit (dazu cc) nicht nachgekauft hat, §§ 433, 434, 437 Nr. 2, 323 I, II BGB.

5  
a) Unklarheit haben die Parteien im März 2015 einen Kaufvertrag über den PKW geschlossen, § 433 BGB.

bb) Fraglich ist ob der PKW auch bei Gefahrübergang mangelhaft war, §§ 434, 446 BGB.

Da vorliegend eine Beschaffenheit weder i.S.v. § 434 I, BGB vereinbart wurde noch eine von der gewöhnlichen Beschaffenheit abweichende vertraglich vorausgesetzte Verwendung ersichtlich ist (§ 434 I Nr. 1 BGB), kommt es für die Mangelhaftigkeit darauf an, ob der PKW sich für die gewöhnliche Verwendung als Fortbewegungsmittel eignet, aber die gewöhnliche Beschaffenheit i.S.d. § 434 I, Nr. 2 BGB aufweist.

(1) Dies wäre nicht der Fall, wenn der PKW tatsächlich die vom Kläger behauptete und von der Beklagten bestrittene toxikologisch induzierte Geruchsbelästigung aufweist, da ein PKW mit einer unverträglichen Geruchsbelästigung

gung ~~W~~ sich nicht zur regelmäßigen ⑥  
Verwendung zur Fortbewegung durch unter-  
einflurtes Fahren mit dem PKW eignet. Viel-  
mehr würde eine solche unerträgliche Ge-  
wachsbelastung das Fahrverhalten stören und  
daher einen Mangel i. S. v. § 434 I<sub>2</sub> Nr. 2  
BGB darstellen.

Dabei könne es auch von vornherein nicht an-  
kommt an, ob sich faktisch der Käufer selbst  
oder einzig seine Ehefrau an dem Gewuchs stört  
und ob die Ehefrau in diesem Fall in den  
Schutzbereich des Vertrages nach den Grundsätzen  
des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten  
Dritter (Leistungsnähe, Gläubignähe, Erkennbarkeit  
und Schutzbedürftigkeit) einbezogen wäre. Denn  
abzustellen ist bei der gewöhnlichen Beschaffen-  
heit i. S. d. § 434 I<sub>2</sub> Nr. 2 BfB auf die übliche  
Beschaffenheit bei Sachen gleicher Art (Normal-  
beschaffenheit), d. h. bei Sachen mit demselben  
Qualitätsstandard, wobei es häufiger wiederum  
- und dies ist entscheidend - nicht auf die  
subjektive Sicht der kontrahierenden Parteien  
im Einzelfall, sondern wegen des generellen Maß-  
stabs der Beschaffenheitsbeziehung des § 434 I<sub>2</sub> Nr. 2

BGB auf den objektiven Erwartungshorizont<sup>+</sup>  
eines Durchschnittskäufers.

~~Damit kommt es darauf an, ~~ob~~ vor die Beweis-~~  
Da eine unerhäßliche Gesundheitsbelastung hier-  
nach einen Mangel begründen würde, kommt  
es darauf an, wer die Beweislast hinsicht-  
lich dieser umstrittenen Gesundheitsbelastung  
trägt (dazu 2) und wie eine diskretionäre  
Beweisprognose aussieht (dazu 3).

(2) Grundsätzlich trägt der Kläger als An-  
spruchsteller die Beweislast für die ihm  
günstigen Umstände, insbesondere für das Vor-  
liegen der Anspruchsvoraussetzungen.

Hierbei hilft ihm insoweit jedenfalls auch  
die Beweislastumkehr in § 477 BGB nicht  
weiter, denn diese stellt nur bei nachgerie-  
sener Mangelerscheinung eine Vermutung  
auf das Vorliegen eines Grundmangels als  
Ursache dieser Mangelerscheinung sowie  
ins zusätzlich eine Vermutung im zeitlichen  
Hinblick (Vorliegen des Grundmangels bei Ge-  
fahrübergang) auf, während hier schon das Vor-  
liegen der Mangelerscheinung<sup>selbst</sup> im Gehalt der Ge-

rechtsbeschäftigung schuldig ist.

Zu berücksichtigen ist insofern die Regelung in § 363 BGB. Danach heißt der Gläubiger (hier der Kläger) die Beweislast, wenn er eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat, die Leistung nunmehr aber deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung gewesen sei.

Insofern die Norm fordert, dass der Gläubiger die angebotene Leistung als Erfüllung angenommen haben muss, damit er die Beweislast trägt, lässt sich aus ihr im Umkehrschluss folgern, dass weiterhin der Schuldner (hier die Beklagte) die Beweislast für die vermeintliche Mangelfreiheit hinsichtlich solcher Beschaffenheitsmomente trägt, hinsichtlich derer ~~der~~ der Gläubiger die Leistung nicht als Erfüllung angenommen hat.

Fraglich ist mithin, ob der Kläger den Pkw als Erfüllung angenommen hat.

Eine solche Annahme als Erfüllung liegt vor, wenn das Verhalten des Gläubigers bei und

nach Entgegennahme erkennen lässt, dass (9)  
er sei als eine im Wesentlichen vertragsgemäße  
Erfüllung gelten lassen will, ein allgemeiner  
Vorbehalt die Annahme als Erfüllung nicht  
ausschließt, wohl aber ein Vorbehalt bezüg-  
liche konkreter Mängel.

im April 2015  
Vorliegend hat der Kläger bei Übernahme des PKW  
gleich den unangenehmen Geruch angesprochen  
und dies dem Mitarbeiter der Beklagten, Frau  
Kardius mitgeteilt. Nachdem dieser allerdings  
das Verwenden eines "Wunderbaums" empfohlen  
~~hatte~~ und behauptet hatte, der "Neuwagen-  
geruch" werde in einem Monat verschwin-  
den sein, hat der Kläger dies zunächst einmal  
so hingenommen und nicht weiter gefragt.

Fraglich ist, ob dieses Verhalten des Klägers  
die Anforderungen an einen konkreten Mängel-  
vorbehalt im oben genannten Sinne genügt.

Hiergegen spricht, dass der Kläger auf die Ent-  
gegennahme des Mitarbeiters Kardius schwieg  
und nicht etwa erklärte, er behalte sich  
unbeschadet der Annahme des PKW vor,  
später wegen des Geruchs noch allfällige Rechte

geltend zu machen.

Zu berücksichtigen ist insoweit, dass auch § 363 BGB letztlich eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben gem. § 242 BGB ist: Derjenige der eine Leistung vorbehaltlos annimmt und seinem Vertragspartner gegenüber nicht zu erkennen gibt, mit der Leistung insgesamt oder auch nur hinsichtlich einzelner Punkte nicht einverstanden zu sein, soll später, wenn er seine Meinung ändert auch die Beweislast dafür tragen, insbesondere, weil der Vertragspartner mit der Meinungsänderung angesichts der vorbehaltlosen Annahme nicht rechnen musste.

Berücksichtigt man dies, so zeigt sich, dass die Behauptung nach der Beantwortung des Gerichts durch den Kläger durchaus damit rechnen musste, dass der Kläger sich später zur Geltendmachung etwaiger Rechte wegen dieser von ihm beantworteten Gerichts noch melden würde, wenn die ihm vom Mitarbeiter Kandidat empfohlenen Maßnahmen nicht wirken

und sich seine Aussage, der Geschw. wurde  
verpflichtet, als unzutreffend herausstellen  
würde. Hierzu bedurfte es keiner ausdrück-  
lichen Erklärung des Klägers nach der von  
ihm vorgelegten Beantwortung, dass er  
sich behalt durch Rechte vorbehalten  
würde.

~~Da der Kläger den PKW während hinsichtlich  
sich der Geschw.~~

Auch liegt nicht darin eine ~~Annahme~~ Annahme  
als Erfüllung, dass der Kläger den PKW nach  
der Übergabe über drei Monate gebrauchte  
und insoweit zunächst schwierig. Denn es war  
ihm durchaus nachgelassen - und die Be-  
klagte musste hiermit ~~zustimmen~~ <sup>gemäß nach</sup> der Aus-  
sage und Empfehlung ihres Mitverkäufers  
Kandian auch rechnen -, dass der Kläger die  
Entwicklung des Geschw. zunächst einige  
Zeit beobachten würde. Im August und im  
Dezember 2015 nochmals wurde der Kläger  
denn auch tatsächlich wieder bei der Beklag-  
ten unteilig und monierte dem Geschw. erneut  
~~und~~ <sup>und</sup> noch immer, so dass er auch insoweit  
die Leistung nicht als Erfüllung angenommen.

Da die Klage des PKW nicht nur hinsichtlich  
der Gewerbelästigung, wie Art. i. S. v. § 363 BGB  
als Entfällung angenommen hat, trägt die  
Beklagte die Beweislast, dass der PKW  
keinen unerträglichen Geräusch aufweise.

Freilich ist die Klage hinsichtlich im Rahmen  
der anwaltlichen Voricht und Aufklärung-  
pflicht darauf hinzuweisen ist, dass das  
Gericht die Frage des § 363 BGB und damit  
der Beweislast möglicherweise auch anders sehen  
kann.

(3) Hinsichtlich der Beweisprognose, aber der  
Frage, ob die Beklagte den ihr obliegenden  
Beweis der Mangelfreiheit wird erbringen  
können ist zunächst das Sachverständigengut-  
achten in den Blick zu nehmen.

Hierbei zeigt sich, dass die Sachverständigen von  
vornherein ausführt, es gehe offensichtlich  
nicht um ein Problem der Klagen, sondern um  
ein solches seiner Ehefrau, was er als typisches  
Phänomen von Ehefrauen aus seiner Praxis kennen

Schon dies <sup>lässt</sup> befürchten, dass der Sachverständige (13)  
nicht unvoreingenommen an das Gutachten  
herausgegangen ist, sondern <sup>bezüglich</sup> im Sinne von  
§ 406 I, i. V. m. § 42 I Fall 2 ZPO die Besorgnis  
der Befangenheit, weil aus objektiver Sicht bei  
vernünftiger Betrachtung das Gutachten hinsichtlich  
seines Inhaltes selbst Zweifel an der  
Unparteilichkeit begründet. Vorentlich  
verträgt sich diese Besorgnis der Befangen-  
heit noch dadurch, dass der Sachverständige  
die Frage als „Kienkeltzchen“ bezeichnet,  
für das staatliche Geld „verwendet“ wür-  
den, dem Beweisanziegen, das in seiner Begut-  
achtungsauftrag gestellt ist, aber die  
Bedeutung abspizit. Entsprechendes gilt  
für die Erklärung, es sei nicht anders zu  
erwarten gewesen, dass auch die vorrätige  
Prozesskosten der ~~Beifügten~~ Klagen den Ge-  
richte wahrgenommen habe. Schließlich  
behauptet er in unerschwerter Ausdrucksweise  
die Klagenbehaftung sei „an den Haaren  
herausgezogen“ worden.

Unabhängig von diesen die Besorgung der Be-<sup>(14)</sup>  
sonderheit des Sachverständigen bezüglichen  
Umständen, ~~ist~~ <sup>wird</sup> das Gutachten allerdings auch,  
in sachlicher Hinsicht Unzutrefflichkeiten  
auf, die es als unbrauchbar erscheinen lassen.  
So hat die Sachverständige es ~~unterlassen~~  
unterlassen, auch den Kofferraum zu durch-  
suchen, weil es auf diesen nicht ankommen  
dürfte. Dabei ist die Gewissheitsleistung dort  
mit der Sachverständigen aus dem Protokoll vom 22.3.1986 <sup>wäre</sup> ~~wäre~~ <sup>wäre</sup>  
om stärksten, und vor allem wäre es dem Sach-  
verständigen auch bei Zugrundelegung  
von Unrechtheit des Kofferraums  
ohne weiteres möglich gewesen dem prob-  
lemlos ebenfalls kurz in Augenschein zu  
nehmen.

Schlieflich hätte der Sachverständige nicht  
selbst entscheiden dürfen, von einer Messung  
der toxikologischen Belastung einfach Ab-  
stand zu nehmen, obgleich diese - wie  
er selbst unges- ~~schwach~~ <sup>schwach</sup> ~~schwach~~ <sup>schwach</sup> auf eine  
Gewissheitsleistung erlaubt hätte (vgl. S 407a IV  
ZPO).

Nach alledem kann nicht davon auf der (15)  
Grundlage der für die Beklagte günstigen  
Sachverständigen Gutachten eine für die  
se positive und für den Kläger negative  
Beweisprognose abgeleitet werden.

Vielmehr spricht im Gegenteil der Umstand,  
dass der Kläger, seine Ehefrau, die vormalige  
Prozessbevollmächtigte und Sie, Frau Dr. Rechts-  
anwältin, die starke Gewissensbetätigung  
wahrzunehmen und auch der Einzelrichter  
 trotz seiner abklingenden Erhaltung einen  
Gewicht in der Sitzung vom 22.3.2016 zu Proto-  
koll feststellte, durchaus für eine dem  
Kläger günstige und der Beklagten ungünstige  
Beweisprognose

• Nach aktuellem Stand ist daher davon  
auszugehen, dass die Beklagte die Mangel-  
freiheit des PKW nicht mehr nachweisen  
kann, wenn ein neues Gutachten (dazu  
sub 3.) eingeholt wird.

(4) Auch trotz der Mängel bereits ein Gefahr-  
übergang vor im Gehalt der Übergabe ~~...~~

(§446 S.1 BGB) vor, wie sich ungeachtet (16)  
des §477 BGB bereits daraus ergibt, dass  
der Kläger ihn schon bei der Übergabe rügte  
und ~~noch~~ <sup>und</sup> ~~weiter~~ <sup>von</sup> dem Beklagten vorgebracht  
noch sonst ersichtlich wäre, dass der vom Klä-  
ger von Anfang an bis heute behauptete  
Gewachsstätigung ursprünglich nicht vorhanden  
gewesen wäre und sich erst nachträglich  
gebildet hätte.

cc) Die eigentlich gem. §437 Nr.2, §323 I BGB  
erforderliche Fristsetzung war vorliegend gem.  
§323 II Nr. 1 BGB entbehrlich, weil der  
~~Kläger~~ Geschäftsführer der Beklagten mit seiner  
Reaktion am 15.12.2015, bei der er erklärte  
„allenfalls“ die Vorkleidung des Kofferraums  
umzuwickeln, gezeigt hat, dass er es <sup>erwünscht</sup>  
und endgültig vereinigt, die von ihm im  
Übrigen mehrheitlich und auch am 15.12.2015  
bestimmene Gewachsstätigung insgesamt zu besei-  
tigen und so den geringsten Mangel im Wege  
der Nachbesserung abzuheben

dd) Schließlicht ist eine Geschuldens-<sup>(1+)</sup>  
bigung, auch wenn sie sich nur auf  
den Kofferrücken bezieht auch nicht uner-  
heblich gem. §323 II<sub>2</sub> BtB.

ee) Ein Anmeldeum gem. §442 BtB kommt  
wegen der Länge bei der Übergabe ebenfalls  
nicht in Betracht.

c) Freiglich ist in denen der Anspruchsum-  
fang.

aa) Rein von ihm geschuldeten <sup>Wertenatz für die</sup> Nutzungen gem.  
§346 I, II<sub>1</sub> Nr. 1 Fall 2 BtB hat der  
Käufer bereits mit ihm zuheften den Um-  
satz von den 39.995€ Kaufpreis abgezogen.

bb) Auch schuldet er wegen §346 II<sub>1</sub> Nr. 3  
BtB nicht etwa erhöhten Wertersatz für  
die Entwertungsmaßnahmen der Neuwagen,  
mit der ein erhöhter Wertverlust (Zulassung)  
einhergeht.

cc) Allerdings schuldet er gem. §346 I,  
348, 320 BtB die Rückgabe und Rückkauf

(18)

Eignung des PKW Zug um Zug, so dass  
der Klageantw. entsprechend umzustellen  
ist (dazu sogleich sub 3.).

d) Schließlich hat der Kläger wegen der  
Einrede gem. §§ 348, 320 BGB zwar keinen  
Anspruch auf Vorzugszinsen gem. §§ 289,  
286 I BGB, weil die Beflagte nicht in  
Vorzug ist, er hat aber einen Anspruch  
auf Prozentsinsen gem. §§ 291, 288 I BGB,  
als Rechtshängigkeit gem. §§ 253 I, 261 ZPO,  
weil er keine Nutzungen des Geldes gem.  
§ 346 I BGB, die vorrangig wären und  
§ 291 ausschließen, verlangt.

e) Der Kläger hat im Ergebnis einen Anspruch  
gegen die Beflagte auf Zahlung von 39.000 €  
zugunlich Prozentsinsen sich Rechtshängigkeit  
Zug um Zug gegen Übergabe und Übernahme  
des PKW.

### 3. Zweckmäßigkeit.

a) Damit die Klage nicht nur zulässig, sondern auch hinsichtlich der Art der Begründung ist, wenn der Kläger seinen auf Zug-um-Zug-Lösung umstellen, da die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 26. 1. 2016 die Einrede nach § 348, 320 erhoben hat.

Hierzu bedarf es auch nicht der Zustimmung der Beklagten, da die Umstellung eine Beschränkung der Hauptsache i.S.v. § 264 Nr. 2 ZPO und damit keine echte Klagenänderung ist.

b) Gleiches gilt für die Geltendmachung der Verzinsung, die eine Erweiterung im Hinblick auf Nebenforderung gem. § 264 Nr. 2 ZPO ist.

Der Antrag sollte demnach in einem entsprechenden Schriftsatz an das Gericht (dazu b.) hinsichtlich dieser beiden Punkte geändert werden.

d) Nach scheint es bezüglich des weiteren  
Vorgehens zweckmäßig, den Sachverständi-  
gen aus den oben genannten Gründen gem.  
§ 406 I, iVm. § 42 I, Fall 2 ZPO wegen Be-  
sorgnis der Befangenheit abzulehnen.  
(§ 294 ZPO)

Zur Glaubhaftmachung kann insoweit auf das  
Gutachten selbst verwiesen werden, das eine  
Urkunde darstellt.

Der Antrag ist bis zur Stellungnahmefrist  
(4 Wochen ab dem 15.5.2016) bei Gericht  
einzureichen (sub b.).

d) Schließlich müssen Sie sich auch im  
Hinblick auf § 87 I ZPO bei Gericht legi-  
timieren, da die Vollmacht widerrufen in Folge  
der Mandatskündigung analog § 168 BGB ent-  
weder die Anzeige Ihrer Bestellung rechtliche  
Wirksamkeit erlangt.

### III. Kosten der Rechtsanwältin

Ob die Rechnung bezahlt werden muss, richtet  
sich, da der Rechtsanwaltsvertrag ein Geschäft-  
besorgungsgewährvertrag ist, nach der Anspruch  
auf Vergütung eigentlich aus § 5675I, 612

II, § 14 S. 1; Vm. KVG folgt, nach  
§ 628 ~~II~~ I, BGB.

Bei Kündigung gem. ~~§ 628 S. 1~~ § 627 BGB  
ist möglich.

Angemessen sind 50%, da der Part zur  
Kündigung bei der Prognose nicht  
vertrauen + Aufklärung ☹ vor.

Rechtsanwältin Dr. iur. Dagmar Drechsler  
Kurfürstenstraße 36  
14469 Potsdam

An den  
Landgericht Potsdam  
Jägerallee 10-12  
14469 Potsdam

Potsdam, 3.6.2016

In dem Rechtsstreit

13 O 12/16

Sisbert Gombauer .l. Autokauf Relikwäcker GmbH

bestelle ich mich nach dem Widerruf der Pro-  
zessvollmacht meiner Kollegin, Frau Rechtsanwält-  
in Julia Jablonski, infolge der Mandatsbe-  
endigung durch den Kläger unter anwalt-  
licher Versicherung ordnungsgemäßer Bevoll-  
mächtigung als meine Prozessbevollmächtigte  
des Klägers.

Mit vorliegendem Schriftsatz stelle ich den  
Klageantrag um (1.) und erhalte Einsprüche  
gegen das Gutachten des Sachverständigen  
Dipl.-Ing. Manuel Morgenbich.

1. Namens und im Auftrag des Klägers bean-  
trage ich unter Umstellung des ursprünglich  
angekündigten und in der mündlichen Ver-  
handlung vom 22.3.2016 gestellten Antrags,

die Beklagte zu verurteilen, an den Klä-  
ger 39.000 €<sup>\*1</sup> zu zahlen, Zug um  
Zug gegen Übergabe und Übereignung  
des PKW Audi A12 Variator, Fahrgestell  
Nr.: XYZ 876543 AB12, Farbe: schwarz  
metall.

\*1  
zugänglich Zinsen hierauf i.H.v.  
5 Prozentpunkten über dem  
Basiszinssatz, seit Rechts-  
kränzigkeit

\*2  
Der Finsanspruch folgt  
aus §§ 291, 288 I Abs. 1, 283, 261  
ZPO.

Die Umstellung des Antrags  
stellt sich als gem. § 264  
Nr. 2 ZPO ohne weiteres  
zuerläßliche Klageänderung dar  
und bedarf nicht der Beklag-  
tengenehmigung, da der Antrag  
lediglich bezüglich der  
Hauptforderung beschränkt und  
bezüglich der Nebenforderung  
erweitert wird.

\*2  
2. Der Sachverständigen wird wegen Besorgnis  
in Bezugensicherheit gemäß §§ 406 I, 1, 42 I  
Fall 2 ZPO abgelehnt. Außerdem ist sein  
Gutachten auch aus sachlichen Gründen  
unbrauchbar.

↳ S. 12 Abs. 4 — Seite 14 Schluss

Unterschrift  
Rechtsanwalt

## Vorbemerkung

Die Schwierigkeiten der vorliegenden Klausur bestanden mE in folgenden Punkten:

- Im Ausgangspunkt zu erkennen, dass das Mandantenbegehren in zwei völlig unterschiedliche Teile auseinanderfällt, nämlich einerseits die Fortsetzung des bereits begonnenen Rechtsstreits über die Rückabwicklung des Kaufvertrags und die dort erforderlichen prozessualen Schritte, andererseits die Prüfung des bisher nur außergerichtlich geltend gemachten Vergütungsanspruchs der vormaligen Prozessbevollmächtigten;
- in Bezug auf das erste Begehren zu erkennen, dass die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung in einem noch laufenden erstinstanzlichen Prozess nach einer für den Mandanten bisher ungünstigen Beweisaufnahme zu beurteilen sind und nunmehr versucht werden muss, das bisherige Beweisergebnis „zu drehen“; hier war eine vertiefte Würdigung der bisherigen Beweisergebnisse und eine Einschätzung, wen die Beweislast trifft, erforderlich, was erfahrungsgemäß besondere Schwierigkeiten aufweist.
- zu diesem Zweck die eher unbekanntenen Normen in Bezug auf den Sachverständigenbeweis auszuwerten und im konkreten Fall die sinnvollste Gestaltungsmöglichkeit zu wählen;
- in Bezug auf das zweite Begehren zu erkennen, dass hier lediglich eine Prüfung der materiellen Rechtslage gefordert war und dann die praktisch wichtigen, allerdings im ersten Examen eher selten auftauchenden Vorschriften zur Kündigung des Dienstvertrags und zum Entfall des Vergütungsanspruchs aufzufinden und zu subsumieren.

Die Klausur war, wenn die einzelnen Problempunkte intensiv diskutiert wurden, überdurchschnittlich lang; wie häufig in der Anwaltsklausur war daher bei erkennbar unproblematischen Fragen möglichst kurz und zielgerichtet zu prüfen. Die materiellrechtlichen Probleme im ersten Teil sind dagegen äußerst überschaubar, da lediglich die Sachmangelvorschriften angewendet werden mussten.

## Beurteilung:

Mandantenbegehren: sehr ausführlich; inhaltlich aber zutreffend.

Der einleitende Obersatz ist gut. Die Zulässigkeit der Klage wird zu Recht knapp bejaht. Im Rahmen der Begründetheit wird die richtige Anspruchsgrundlage gefunden. Das Kernproblem des Sachmangels wird gesehen und zunächst einmal anhand der richtigen Norm diskutiert. Allerdings bleibt etwas unklar, ob lediglich eine toxische (giftige) Geruchsbeeinträchtigung ein Sachmangel darstellen würde oder auch eine sonstige Geruchsbeeinträchtigung, die zwar keine Gesundheitsschäden auslöst, gleichwohl aber unangenehm und für einen durchschnittlichen Autofahrer nicht hinnehmbar ist. Das sollten Sie unterscheiden, weil die toxische Seite im Zweifel schwieriger zu beurteilen ist als die bloße Geruchsbeeinträchtigung. Die Frage der Beweislast wird bezüglich § 477 richtig dargestellt. Gut ist auch der Hinweis auf § 363 BGB. Die Subsumtion ist sehr ausführlich und gut vertretbar; die hier aufgewendete Zeit fehlt allerdings zum Teil bei der später geprüften Anwaltsvergütung.

Die Beweisprognose auf dieser Grundlage setzt richtig an dem eingeholten Sachbeschädigungsgutachten an. Die Frage der Befangenheit des Sachverständigen wird gesehen und die im Sachverhalt angelegten Anhaltspunkte für eine Befangenheit richtig herausgearbeitet. Die sonstigen Mängel des Gutachtens werden gleichfalls richtig dargestellt. Nicht so richtig glücklich ist allerdings die Aufspaltung der Prüfung, ob der Gutachter dann auch befangen abgelehnt werden kann; dies wäre an dieser Stelle für die Beweisprognose von erheblicher Bedeutung. Das Vorliegen bei Gefahrübergang und die Fristsetzung werden richtig dargestellt. Die Frage der Erheblichkeit des Sachmangels gerät etwas knapp. Der Hinweis auf den Wertersatzes ist richtig. Die Rückübereignung des Pkw wird zu Recht dargestellt. Erfreulich ist auch der Hinweis auf die Zinsen.

Zweckmäßigkeit: sehr knapp wird dargestellt, dass die Beklagte den Zug um Zug-Vorbehalt geltend gemacht hat; dies hätte noch kurz begründet werden können. Die Ablehnung des Sachverständigen wird jetzt noch mal kurz angesprochen, allerdings die hier angelegte Fristenproblematik nur sehr knapp behandelt. Leider setzen Sie sich nicht noch damit auseinander, ob es sinnvoll wäre, hier auch einen Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs zu stellen.

Anwaltsvergütung: die hier folgende Prüfung sieht zwar die richtigen Normen, ist allerdings viel zu knapp. An dieser Stelle macht sich bemerkbar, dass sie vorne an einigen Stellen extrem ausführlich geprüft haben, obwohl letztlich eine etwas knappe und zielgerichtetere Prüfung gleichfalls möglich gewesen wäre. Wenn ein solcher Gesichtspunkt von Ihnen gar nicht mehr richtig behandelt werden kann, ist dies immer ein Zeichen verkehrter Schwerpunktsetzung. Es handelt sich um eine Frage, die der Mandant ausdrücklich aufgeworfen hatte. Ihre Hinweise auf die Schlechterfüllung sind zwar soweit richtig, schöpfen aber das Problem nicht aus und kommen auch nicht zu einem tragfähigen Ergebnis.

Praktischer Teil: formal in Ordnung und auch gut formuliert; insbesondere werden die neuen Anträge gut dargestellt. Gut ist, dass Sie den Sachverständigen ablehnen. Im Schriftsatz holen Sie jetzt noch nach, weshalb es dennoch möglich war, den Anspruch umzustellen.

Insgesamt eine Bearbeitung, die vertiefte Kenntnisse und auch gute Argumentationsfähigkeit beweist, allerdings dabei teilweise zu ausführlich gerät, weshalb der zweite wichtige Teil, der dem Mandanten auch ausdrücklich am Herzen lag, nicht mehr bearbeitet werden kann. Insoweit handelt es sich um eine teils unglückliche Schwerpunktsetzung. Gleichwohl wegen der guten Ausführungen zum ersten Problem einschließlich auch der kenntnisreichen prozessualen Ausführungen eine überdurchschnittliche Leistung:

12 Punkte - Vollbefriedigend