



- 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 38.000 € (Kaufpreis abzüglich gefahrter Kilometer) zu verurteilen.

Nach einer wenig ergiebigen Inaugenschein-
nahme durch den Einzelrichter, 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. § 263 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

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

Der Anspruch könnte sich dabei aus §§ 346 I, 323 I, II Nr. 1, 433 I, 434 I₂ 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, JambHb 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 Geruchsbelastigung 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 I₂ 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 I₂ 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 I₂ Nr. 2

BGB auf den objektiven Erwartungshorizont⁺
eines Durchschnittskäufers.

~~Damit kommt es darauf an, ~~ob~~ vor die Beweis-~~
Da eine unerhäßliche Gesundheitsbelastung hin-
noch 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 in zeitlicher
Hinsicht (Vorliegen des Grundmangels bei Ge-
fahrübergang) auf, während hier schon das Vor-
liegen der Mangelerscheinung^{selbst} im Gehalt der Ge-

rechtsbeschäftigung schuldig ist.

Zu berücksichtigen ist insofern die Regelung in § 363 BGB. Danach haftet 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 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, Klaus
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 empfohlene Maßnahme nicht wirksam

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 ~~Wahr~~ 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~~ ^{gemäß nach} 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 unwillig und monierte dem Geschw. erneut
~~und~~ ^{und} 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 Erfüllung angenommen hat, trägt die
Beklagte die Beweislast, dass der PKW
keinen unerträglichen Geruch aufweise.

Freilich ist der Kläger körker 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.

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

Schon dies ^{lässt} befürchten, dass der Sachverständige ⁽¹³⁾
nicht unvoreingenommen an das Gutachten
herausgegangen ist, sondern ^{bezüglich} im Sinne von
§ 406 I, i. V. m. § 42 I Fall 2 ZPO die Besorgnis
der Befangenheit, weil aus objektiver Sicht kein
vernünftiger Betrachtung des 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 „verschwendet“ 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 vormalige
Prozesskosten des Beklagten Klagen den Ge-
richte wahrgenommen habe. Schließlich
behauptet er in unerschlicher Ausdrucksweise
die Klagenbehaftung sei „an den Haaren
herausgezogen“ worden.

Unabhängig von diesen die Besorgung der Be-⁽¹⁴⁾
sonderheit des Sachverständigen bezüglichen
Umständen, ~~ist~~ ^{wird} das Gutachten allerdings auch
in sachlicher Hinsicht Unzulänglichkeiten
auf, die es als unbrauchbar erscheinen lassen.
So hat der Sachverständige es ~~unterlassen~~
unterlassen, auch den Kofferraum zu durch-
suchen, weil es dort diesen nicht ankommen
dürfte. Dabei ist die Gewissheitsleistung dort
mit den Sachverständigen aus dem Protokoll vom 22.3.1966 ~~wäre~~ ^{wäre} ~~um~~
um stärksten, und vor allem wäre es dem Sach-
verständigen auch bei Zugrundelegung
von Unachtsamkeit im Kofferraum
ohne weiteres möglich gewesen diesen 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- Ruchschäume 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 vorma-
lige Prozessbevollmächtigte und Sie, Frau Dr. Rechts-
anwältin, die starke Glaubhaftmachung
wahrzunehmen und auch der Einzelrichter
 trotz seiner abklingenden Erhaltung einen
Glaubhaftmachung in der Sitzung vom 22.3.2016 zu Proto-
koll feststellte, durchaus für eine dem
Kläger günstige und der Beklagten ungüns-
tige 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 Übergangs

(§446 S.1 BtB) vor, wie sich ungeachtet ⁽¹⁶⁾
des §477 BtB bereits daraus ergibt, dass
der Kläger ihn schon bei der Übergabe rügte
und ~~noch~~ ^{und} ~~weder~~ ^{von} den Behörden vorgebracht
noch sonst ersichtlich wäre, dass der vom Klä-
ger von Anfang an bis heute behauptete
Gewaltschädigung ursprünglich nicht vorhanden
gewesen wäre und sich erst nachträglich
gebildet hätte.

cc) Die eigentlich gem. §437 Nr.2, §323 I BtB
erforderliche Fristsetzung war vorliegend gem.
§323 II Nr. 1 BtB entbehrlich, weil der
~~Kläger~~ Geschäftsführer der Behörden mit seiner
Reaktion am 15.12.2015, bei der er erklärte
„allenfalls“ die Vorkleidung des Kofferraums
umzuwickeln, gezeugt hat, dass er es ^{erlaubt}
und endgültig vereinigt, die von ihm im
Übrigen mehrmals und auch am 15.12.2015
bestimmene Gewaltschädigung insgesamt zu besei-
tigen und so den geringsten Mangel im Wege
der Nachbesserung abzuheben

dd) Schließlicht ist eine Geschuldeten-
bigung, auch wenn sie sich nur auf
den Kofferboden bezieht auch nicht uner-
heblich gem. §323 II₂ 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 ^{Wertenatz für die} Nutzungen gem.
§346 I, II₁ 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 II₁ Nr. 3
BtB nicht etwa erhöhten Wertenatz für
die Erdingbrunnmaschine der Neuwagen,
mit der ein erhöhter Wertverfall (Zulassung)
einbezahlt.

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

(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, muss 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 19.5.2016) bei Gericht
einzureichen (sub b.).

d) Schließlich müssen Sie sich auch im
Hinblick auf § 87 I ZPO bei Gericht legiti-
mieren, 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 §§ 675 I, 612

II, § 14 S. 1; Vm. KVG folgt, nach

(21)

§ 628 ~~II~~ I, BGB.

Bei Kündigung gem. ~~§ 628 I~~ § 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 €^{*1} 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-
kräftigkeit

*2
Der Finanzgericht folgt
dem § 291, 288 I Abs. 1, § 263D,
261 ZPO.

Die Umstellung des Antrags
stellt sich als gem. § 264
Nr. 2 ZPO ohne weiteres
zuerhörige 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
der Befangenheit 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