

**Lösungsskizze**

## A. Kurze Darstellung des Mandantenbegehrens

## B. Zulässigkeit des Einspruchs

Statthafter Rechtsbehelf gegen das VU ist der Einspruch gemäß § 338 S. 1 ZPO, da es sich vorliegend um ein echtes Versäumnisurteil handelt, das auf Grund der Säumnis der Klägerin ergangen ist.

Fraglich ist, ob die Einspruchsfrist eingehalten werden kann; entscheidend ist nach § 339 ZPO die Zustellung an die Klägerin. Mangels Empfangsbereitschaft ist die erste Zustellung per EB nicht wirksam und kann auch nicht geheilt werden. Die Zustellung am 21.11.2014 per PZU war hingegen wirksam. Diese musste nach § 172 Abs. 1 ZPO trotz Widerruf an den Anwalt erfolgen, da nach § 87 Abs. 1 ZPO der Widerruf erst mit der Anzeige eines neuen Anwaltes wirksam wird.

## C. Zulässigkeit der Klage

I. Die sachliche Zuständigkeit des LG ergibt sich aus §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG; der Streitwert ergibt sich aus der Summe der Zahlungsklage und dem Wert der Feststellungsklage; bei negativer Feststellungsklage Höhe des Anspruches, dessen sich der Gegner berührt hat, hier € 4000,-. § 23 Nr. 2 b GVG greift nicht ein, da unabhängig von der tatsächlichen Nutzung ein Gewerbemietvertrag vorliegt.

II. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 29a I ZPO.

III. Hinsichtlich der negativen Feststellungsklage liegt ein Feststellungsinteresse vor (ausführen), das auch nicht durch die Widerklage entfallen ist, da die Widerklage nach § 269 I ZPO bis zum Beginn der mündlichen Hauptverhandlung einseitig zurückgenommen werden kann.

## D. Begründetheit der Zahlungsklage

## I. Untermietvertrag § 535 II BGB

Ansprüche aus dem Untermietvertrag auf Zahlung des Mietzinses sind entstanden in Höhe von € 32.000 €. Der Anspruch ist auch fällig.

## II. Der Anspruch dürfte nicht untergegangen sein

Der Anspruch könnte nach § 364 BGB dadurch erloschen sein, dass der Kläger die Abtretung des Kaufpreisanspruches an Erfüllung statt angenommen hat.

## 1. Wirksame Abtretungsvereinbarung

a) Zustandekommen des Geschäftskaufvertrages (+)

b) Bedingungseintritt (+)

Kaufpreiszahlung keine Bedingung, Bedingung des § 4 (+), d. Kl. hat auch eine wirksame WE abgegeben, die Erklärung der Hoffmann Event ist Kl zugegangen, der hat diese durch Unterschrift angenommen; ein etwaiger Widerruf wäre nach § 130 zu spät. Eine Aushändigung der Vertragsurkunde war auch nicht Voraussetzung des Vertragsschlusses, Kl.

selbst ist von Wirksamkeit ausgegangen, da er den Untermietvertrag nur an sich nahm, weil der Kaufpreis nicht gezahlt wurde; auch eine Anfechtung oder Kündigung lag nicht vor (ausführen)

2. Abtretung an Erfüllung Statt § 364 I BGB – nach § 364 II BGB in entsprechender Anwendung ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass die Forderung sogleich erlöschen sollte; keine Anhaltspunkte, dass Kl. bereit war, das Bonitätsrisiko zu tragen, zumal § 5 eine spätere Verrechnung vorsah, die bei § 364 I BGB keinen Sinn machen würde

### III. Stundung

Durch eine Leistung Erfüllungshalber, wie hier vereinbart, ist der Gläubiger zunächst gehalten, aus dem erfüllungshalber Erlangten Befriedigung zu suchen. Hier stand der Zahlungsanspruch alleine der Kl. zu, Bekl. konnte keine Zahlung verlangen, Kl. hat den Erwerber ausgesucht. Danach liegt ein pactum de non petendo vor, wenn keine Befriedigung erfolgt ist, kein ernsthafter Befriedigungsversuch vorlag und dieser nicht ausnahmsweise entbehrlich ist. Kaufpreis wurde nicht gezahlt, es gab keinen Versuch, Geld von der Hoffmann Event UG zu bekommen, nicht mal eine Zahlungsaufforderung. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Versuch bloße Förmerei ist, denn unabhängig von der Kapitalausstattung betreibt die UG das Restaurant.

### IV. Ergebnis

Der Zahlungsanspruch ist derzeit unbegründet.

## E. Widerklage

### I. Zulässigkeit

Die Widerklage ist zulässig, das LG ist sachl. und örtlich zuständig, auch wenn Klageantrag geringer ist. Klage ist rechtshängig, es besteht Parteiidentität, Antrag geht über Feststellungsantrag hinaus, auch der rechtliche Zusammenhang zur Klage besteht.

### II. Begründetheit

Mögliche AGL wäre § 812 I 1, 1. Alt. BGB

1. Die Kl hat die vollen Mietzinsen für die genannten Zeiträume erlangt.
2. Fraglich ist, ob diese Zahlung (teilweise) ohne rechtlichen Grund erfolgte. Dies ist der Fall, wenn die Miete nach § 536 I 2 BGB gemindert war.
  - a) Ausschluss der Minderung nach § 6 Nr. 3 Vertrag ? Klausel ist nicht nach § 536 IV BGB unwirksam, dürfte aber nach § 307 I, II Nr. 1 BGB unwirksam sein:
    - aa) AGB (+)
    - bb) Abweichung von Rechtsvorschriften (+)
    - cc) Inhaltskontrolle: Nach BGH (XII ZR 62/06) sei auch bei Geschäftsraummieta ein Ausschluss der Minderung unangemessen (wirksam ist aber ein Ausschluss des Einbehaltes), hier war ausführlich zu argumentieren, aA vertretbar
  - b) Vorliegen eines Mietmangels: Nachteilige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vertraglich vereinbarten; auch Umweltmängel können Mietmangel darstellen; diese waren hier nicht unerheblich und werden sich wohl vom Bekl. auch beweisen lassen; es dürfte auch an einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung fehlen, alleine die Vorhersehbarkeit von Baulärm dürfte nicht die Annahme rechtfertigen, der Mieter habe solche Beeinträchtigungen vertraglich akzeptiert (ausführen, Gegenansicht vertretbar)

c) Ausschluss der Minderung nach § 536b BGB: Vor allem bei Gewerbemietverträgen kann Kenntnis vom Mangel bereits dann angenommen werden, wenn die Beeinträchtigung zwar erst später eintritt, der Mieter aber mit dem Eintritt rechnen musste; eine arglistige Täuschung des Kl. dürfte nicht vorliegen (beides ist auszuführen, aA vertretbar)

3. Im Ergebnis dürfte die Minderung ausgeschlossen sein; wer § 536b verneint, sollte noch auf § 536c II 2 Nr. 1 BGB eingehen, wobei die Kl. darlegen und beweisen müsste, dass die verspätete Anzeige eine Abhilfe verspätet hat.

#### F. Zweckmäßigkeit

Hinsichtlich des Zahlungsantrages wird dieser voraussichtlich als derzeit nicht durchsetzbar angesehen werden; da dies aber insbesondere im Hinblick auf die materielle Rechtskraft etwas anderes ist als eine Klagabweisung durch Versäumnisurteil, sollte hier trotzdem Einspruch eingelegt werden, ggf. könnten die Einwendungen des Beklagten beseitigt, die Hoffmann UG zumindest gemahnt werden; eine Klagrücknahme bietet sich nicht an, da die Kl. den Prozess fortführen will.

Die Feststellungsklage ist für erledigt zu erklären, wenn im Einspruchstermin streitig zur Widerklage verhandelt wird, um Rechtskraft zu vermeiden, sollte insoweit Einspruch eingelegt werden.

Das Vorgehen gegen die Widerklage ist erfolgreich, so dass auch insoweit Einspruch einzulegen ist.

Es sollte zugleich ein Antrag nach §§ 707, 719 auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragt werden. Dies wird nach § 719 I 2 ZPO nur gegen Sicherheitsleistung möglich sein. Ein Verschulden des Anwaltes ist nicht mehr zuzurechnen, allerdings wurde bereits vor Beendigung des Mandats die Kl. nicht vom Termin informiert

#### G. Praktischer Teil – Schriftsatz

Es ist vollumfänglich Einspruch einzulegen und bereits jetzt ein Antrag nach §§ 707, 719 gegen Sicherheitsleistung zu stellen.

Darüber hinaus wird in der Verhandlung beantragt werden, das Versäumnisurteil des LG Hamburg vom 28.10.2014 aufzuheben und den Beklagten gemäß den Anträgen aus der Klage vom 11. August 2014 zu verurteilen sowie die Widerklage vom 26.09.2014 abzuweisen.

Laß  
VRiLG