



CTG North
Rechtsanwalt Dr. Thorsten Graufreud
Savigny-Allee 16
30169 Hannover

Landgericht Hannover
Zivilkammer
Volgersweg 65
30175 Hannover

CTG North GmbH

info@ctg-north.de
Tel: 0511/222 444 78 - 0
Fax: 0511/222 444 78 - 1

Savigny-Allee 16
30169 Hannover

Eine Gesellschaft des CTG-Netzwerks

Hannover, 14.09.2017

Klageerwiderung

In Sachen

Deister GmbH ./ Greenperia AG

wegen Forderung

Az: 98 O 381/17

ergänzt der Unterzeichner seine Ausführungen der Klageerwiderung vom 12.06.2017.

STREITGEGENSTÄNDLICHES GESCHEHEN

- 1 Wie in der Klageschrift zutreffend dargelegt, schlossen die Klägerin und die Hauptschuldnerin am 13.04.2012 einen Errichtungsvertrag über den Bau von acht WKA zur Errichtung eines Windparks zum Festpreis von EUR 6.000.000,-. Die Klägerin stellt zutreffend dar, dass sie einen vergleichbaren Preis bereits im Jahre 2011 für eine WKA verlangt hatte. Dabei verschweigt sie jedoch, dass dieser Preis aufgrund von Modifikationen zur Anpassung an die geologischen Verhältnisse zustande gekommen war. Der von der

Klägerin angesprochene Preis bezieht sich daher mitnichten auf eine vergleichbare WKA.

- Beweise:**
1. Errichtungsvertrag v. 13.04.2012, Blatt 24 der Fallakte
 2. E-Mail Korrespondenz zwischen Herrn Wend und Herrn RA Ernst v. 06.07.2017, Blatt 2 der Fallakte

- 2 Korrekt wurde von der Klägerin dargestellt, dass daraufhin am 13.04.2012 zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Bürgschaftsvertrag zur Sicherung der Forderung aus dem Errichtungsvertrag bis zu einer Höhe von EUR 6.000.000,- geschlossen wurde. Dieser enthält eine Verjährungsfrist von fünf Jahren. Als Unterzeichner auf Seite der Beklagten trat der Prokurist Herr Filip Mazetti auf. Klägerin und Hauptschuldnerin konnten seine Fragen beantworten. Die Klägerin verschweigt jedoch, dass sie bereits zuvor mit der Hauptschuldnerin besprochen hatte, die Frage nach dem Zustandekommen des Festpreises von EUR 6.000.000,- absichtlich nicht zu thematisieren.

- Beweise:**
1. Bürgschaftsvertrag v. 13.04.2012, Blatt 21 der Fallakte
 2. Schreiben der Hauptschuldnerin v. 10.04.2012, Blatt 13 der Fallakte

- 3 Entgegen der Darstellung der Klägerin kam es am 01.06.2017 nicht zur Abnahme der WKA, sondern zu einem familiären Treffen zwischen den Geschäftsführern der Klägerin und der Haputschuldnerin auf dem Gelände des neuen Windparks. Beide waren in Begleitung ihrer Söhne. Die WKA waren zum fraglichen Zeitpunkt fast fertiggestellt. Auf diesem Treffen zeigte sich der Geschäftsführer der Hauptschuldnerin zufrieden mit der Anlage, was er seinem Sohn gegenüber mit der Aussage „*Siehst du Rigobert, das sieht hier schon richtig gut aus, oder?*“ zum Ausdruck brachte. Die Klägerin verschweigt darüber hinaus, dass es am 11.06.2012 zu einer weiteren Begehung der nun fertiggestellten WKA kam. Hieran waren nur noch die beiden Geschäftsführer der Klägerin und der Hauptschuldnerin beteiligt.

- Beweis:** Aktennotiz der Klägerin v. 11.06.2012, Blatt 3 der Fallakte

- 4 Die Beklagte ersuchte mit Schreiben vom 04.06.2012 eine Bestätigung des familiären und freizeithlichen Charakters des Treffens. Eine solche Bestätigung wurde nicht erteilt. Es war dem Geschäftsführer der Klägerin nicht möglich, das Treffen, sowie das Bestätigungsersuchen der Hauptschuldnerin korrekt einordnen.

Beweise: 1. Schreiben der Hauptschuldnerin v. 04.06.2012, Blatt 4 der Fallakte
2. Aktennotiz der Klägerin v. 11.06.2012, Blatt 3 der Fallakte

- 5 Auf die Rechnung der Klägerin vom 20.09.2012 überwies die Hauptschuldnerin am 25.09.2012 EUR 5.000.000,- auf das Konto der Klägerin. Das Landgericht Hannover verurteilte die Hauptschuldnerin mit Urteil vom 03.09.2015 zur Zahlung der ausstehenden EUR 1.000.000,- nebst Zinsen. Mehrere Versuche, das Urteil zu vollstrecken blieben erfolglos. Die Klägerin entschloss sich, die Beklagte als Bürgin aus dem Bürgschaftsvertrag in Anspruch zu nehmen.

Beweise: 1. Schreiben der Hauptschuldnerin v. 25.09.2012, Blatt 15 der Fallakte
2. Urteil des LG Hannover v. 03.09.2015, Az. 99 O 500/12, Blatt 23 der Fallakte
3. Schreiben der Klägerin v. 28.02.2017, Blatt 30 der Fallakte
4. Schreiben von Herrn Dr. Bloom v. 27.02.2017, Blatt 31 der Fallakte

- 6 Dieser Entscheidung folgte am 25.04.2017 eine Zahlungsaufforderung, die vonseiten der Beklagten am 27.04.2017 zurückgewiesen wurde. Daraufhin erhob die Klägerin am 02.05.2017 Klage vor dem Landgericht Hannover auf Zahlung von EUR 1.000.000,- nebst Zinsen.

Beweis: 1. Zahlungsaufforderung der Klägerin v. 25.04.2017, Blatt 29 der Fallakte
2. Zurückweisung der Zahlungsaufforderung durch Unterzeichner v. 27.04.2017, Blatt 28 der Fallakte
3. Klageerhebung zum LG Hannover vom 02.05.2017, Blatt 20 der Fallakte

- 7 In der Klageerwiderung macht die Beklagte durch den Unterzeichner eine Anfechtung des Bürgschaftsvertrages, sowie ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mangelhaftigkeit der WKA geltend. Dies unterstützt außerdem das technische Gutachten, das die Beklagte bezüglich der Mangelhaftigkeit in Auftrag gab.

Beweis: Sachverständigengutachten vom 06.06.2017, Blatt 16 der Fallakte

RECHTLICHE WÜRDIGUNG

Zulässigkeit

- 8 Der Klägervertreter, RA Rainer Ernst, ist als Prozessbevollmächtigter zurückzuweisen. Zwar ist nicht zu bestreiten, dass § 156 II BRAO nicht direkt anwendbar ist. Jedoch ist eine analoge Anwendung des § 156 II BRAO grundsätzlich möglich (sogleich unter **I.**) und in der vorliegenden Fallkonstellation auch geboten (**II.**). Des Weiteren wird darauf hingewiesen, dass eine womöglich beabsichtigte Übernahme des Mandats durch Herrn Dr. Bloom nicht möglich ist (**III.**).

I. Möglichkeit einer analogen Anwendung von § 156 II BRAO

- 9 Zunächst ist zu bemerken, dass die von der Klägerseite dargelegten Ausführungen fehlerhaft belegt sind. Keine der gemachten Quellenangaben enthält die passende Information. Eine entsprechende Anwendung von § 156 II BRAO wird in den angeblichen Fundstellen noch nicht einmal erwähnt. Aus diesem Grund ist nicht nachvollziehbar, auf welcher Grundlage die aufgestellte Behauptung und die dazugehörige Argumentation stehen. Es drängt sich die Vermutung auf, dass die Angabe der Fundstellen völlig willkürlich stattgefunden hat. Leider lässt die Klägerseite an dieser Stelle jegliche Sachlichkeit und Professionalität vermissen.
- 10 Jedenfalls ist, entgegen der von der Klägerseite vorgetragene Sichtweise, eine sinnngemäße Anwendung von § 156 II BRAO möglich (AG Memmingen, RPfleger 2006, 667 (668));

VG Weimar, ThürVBl 1997, 140). Liegt der begründete Verdacht vor, dass einer der mandatierten und am Prozess beteiligten Rechtsanwälte ihre Berufspflichten verletzt haben, muss das Gericht von Amts wegen in entsprechender Anwendung des § 156 II BRAO prüfen, ob die Voraussetzungen eines Berufs- oder Vertretungsverbotes vorliegen (LG München I, BRAK-Mitt. 2010, 40). Den Gerichten ist die Verpflichtung auferlegt, dafür Sorge zu tragen, dass der Prozess nach geltendem Recht verläuft. Aufgrund dieses Gebots der Rechtstreue hat ein Gericht auch bei entsprechendem Anlass zu prüfen, ob ein Prozessbevollmächtigter am Verfahren teilnehmen darf, und ihn gegebenenfalls zurückzuweisen, um einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten (Feuerich/Weyland/Träger, § 45 Rn. 43).

- 11 Durch die Möglichkeit einer analogen Anwendung von § 156 II BRAO wird auch dem Mandantenschutz adäquat Rechnung getragen. Es handelt sich um einen unhaltbaren Zustand, sollten die Voraussetzungen eines Berufs- oder Vertretungsverbots evident vorliegen, das Gericht jedoch nicht in der Lage sein, den betreffenden Prozessbevollmächtigten zurückweisen zu können. Dieser könnte weitere prozessrechtlich wirksame Handlungen zum Nachteil der Beteiligten vornehmen, bevor das Anwaltsgericht ein entsprechendes Verbot ausgesprochen hat. Dem Schutz der Mandanten muss im Vergleich zur gerichtlichen Zuständigkeit der Vorrang eingeräumt werden. Die erhebliche Benachteiligung eines Mandanten, im Extremfall der Entzug seiner Existenzgrundlage, stellt einen schwerwiegenderen Eingriff dar, als es die vorläufige Feststellung eines Berufs- oder Vertretungsverbotes ist. Der von der Klägerseite vorgebrachte Einwand, eine Analogie würde die Zuständigkeit der Rechtsanwaltskammer in unzulässiger Weise umgehen, kann mit dem Hinweis auf die Möglichkeit eines nachträglichen Erlasses eines Berufs- oder Vertretungsverbots oder einer nachträglichen Feststellung der Unbegründetheit der Zurückweisung durch das Anwaltsgericht ausgeräumt werden.
- 12 Zudem steht einer Analogie der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht entgegen. Richtigerweise besteht hinsichtlich der Prozesshandlungen, die vor einer möglichen Prüfung eines Berufs- oder Vertretungsverbots vorgenommen wurden, ein berechtigtes Interesse der

Parteien an deren Wirksamkeit. Dieses Interesse nach Rechtsbeständigkeit kann allerdings ab dem Zeitpunkt nicht mehr gelten, ab dem sich ein Verstoß gegen die Berufspflichten aufdrängt. Da die Wirksamkeit der Prozessvollmacht aufgrund des Abstraktionsprinzips von der Nichtigkeit des zugrunde liegenden Anwaltsvertrags unberührt bleibt, hat das Gericht die Pflicht der Prüfung und Zurückweisung, um die rechtliche Ordnung zu wahren und um zu verhindern, dass der betreffende Prozessbevollmächtigte Schaden anrichten kann.

II. Gebotenheit einer analogen Anwendung von § 156 II BRAO

- 13 § 156 II BRAO ist insbesondere im vorliegenden Fall analog anzuwenden. Indem der Klägervertreter gegen die Berufspflicht in § 43a IV BRAO i.V.m. § 3 I BORA verstoßen hat, liegen die Voraussetzungen für ein Vertretungsverbot vor (sogleich unter **1.**). Des Weiteren lässt sich ein Vertretungsverbot darauf zurückführen, dass sich ein Verbot aus § 3 I BORA, das für den Unterzeichner gilt, gem. § 3 II BORA auf den Klägervertreter erstreckt (**2.**). Als erschwerender Umstand tritt hinzu, dass sich der Klägervertreter wegen Parteiverrat gem. § 356 I StGB strafbar gemacht hat (**3.**).

1. Verstoß gegen § 43a IV BRAO i.V.m. § 3 I BORA

- 14 Der Klägervertreter verstößt gegen § 43 IV BRAO i.V.m. § 3 I BORA. Konkret hat er sich mit derselben Rechtssache vorbefasst (sogleich unter **a.**) und vertritt widerstreitende Interessen im laufenden Verfahren (**b.**).

a. Identität der Rechtssache

- 15 Vom Merkmal der Identität der Rechtssache sind grundsätzlich alle vorangegangenen Tätigkeiten des Rechtsanwaltes erfasst, die in Vorbefassung mit derselben Rechtssache vorgenommen wurden (Feuerich/Weyland/Träger, § 43a BRAO Rn. 56). Somit ist es gleichgültig, ob die Vorbefassung in Form einer anwaltlichen Beratung oder in sonstiger Weise stattgefunden hat. Unstreitig ist, dass die CTG North in der vorliegenden Sache auf

Muster des K-M-S zurückgegriffen hat (E-Mail auf Blatt 28 der Fallakte). Dadurch kam die Angelegenheit in Kontakt mit dem Klägervertreter, der als Mitarbeiter der CTG Bavaria das digitale System betreut hat (NJW-aktuell 04/2012, S. 14 auf Blatt 17 der Fallakte). Wenn die Klägerseite fälschlicherweise behauptet, die Tätigkeit des Klägervertreters beschränkte sich auf die Digitalisierung und Katalogisierung der Dokumente, will sie verschleiern, dass es Teil der mit dem System verbundenen Arbeit war, die eingepflegten Dokumente aus der Mandantenbetreuung auszuwerten und nützliche Informationen herauszufiltern (NJW-aktuell 04/2012, S. 14 auf Blatt 17 der Fallakte). Insoweit beschäftigten sich die zuständigen Mitarbeiter der CTG Bavaria nicht nur formal, sondern auch inhaltlich mit den Dokumenten. Demzufolge hat auch eine inhaltliche Analyse der Dokumente der vorliegenden Rechtssache stattgefunden.

- 16 Dabei ist es unerheblich, von welchem der zuständigen Rechtsanwälte die Auswertung vorgenommen wurde. Entscheidend ist, dass der Klägervertreter mit der Leitung der Abteilung betraut und demnach für die Arbeit der übrigen Rechtsanwälte verantwortlich war. Sollte der Klägervertreter die Analyse nicht selbst vorgenommen haben, ist das Wissen des betreffenden Rechtsanwalts dem Klägervertreter zuzurechnen. Jedoch ist es ohnehin sehr unwahrscheinlich, dass der Leiter der Abteilung, der für die Organisation der Auswertungen und die Aufgabenverteilung zuständig ist, nicht zumindest oberflächlich mit dem Inhalt der entsprechenden Dokumente in Berührung gekommen ist. Eine Vorbefassung mit derselben Rechtssache ist somit in jeder denkbaren Konstellation gegeben.

b. Vertreten widerstreitender Interessen

- 17 Der Klägervertreter vertritt im laufenden Verfahren widerstreitende Interessen. Die Intention der Klägerseite im Prozess steht im Gegensatz zu dem der Beklagtenseite (sogleich unter *aa.*). Zudem hat der Klägervertreter die Beklagtenseite in deren Interesse in derselben Rechtssache schon einmal unterstützt (*bb.*). Eine weitergehende verfassungskonforme Auslegung der § 43a IV BRAO, § 3 BORA ist prinzipiell nicht notwendig (*cc.*). Zudem führt sie nicht zu einem abweichenden Ergebnis (*dd.*).

aa. Interessengegensatz

- 18 Unstreitig ist, dass die Kläger- und Beklagenseite entgegengesetzte Positionen einnehmen. Während die Klägerin an der Zahlung der Beklagten durch Inanspruchnahme aus dem Bürgschaftsvertrag interessiert ist, intendiert die Beklagte die Abwendung einer Zahlung. Hierin ist ein Interessengegensatz zwischen den beiden Parteien zu erkennen.

bb. Vertretung

- 19 Hinsichtlich des Merkmals der Vertretung behauptet die Klägerseite, der Klägervertreter wäre vor seinem Kanzleiwechsel nur für das K-M-S des CTG-Verbundes tätig gewesen. Nach Aussage des Unterzeichners stand der Klägervertreter jedoch auch stets für fachlichen Rat zur Verfügung (E-Mail auf Blatt 28 der Fallakte). Es wäre naiv zu behaupten, dass sich die fachliche Beratung auf den Umgang mit dem K-M-S beschränkt hat. Wäre es nur darum gegangen, stellt sich die Frage, warum die Betreuung des Systems nicht von einem IT-Spezialisten übernommen wurde, sondern von einem hoch qualifizierten Rechtsanwalt. Stattdessen ist davon auszugehen, dass der Klägervertreter im Zuge der analytischen Aufbereitung der in das System eingepflegten Dokumente punktuell inhaltliche Ratschläge gegeben hat. So ist es auch zu einem fachlichen Austausch zwischen dem Klägervertreter und dem Unterzeichner gekommen, der mit der Nutzung der Mustervorlagen des K-M-S in Zusammenhang stand. In der Folge liegt entgegen des von Klägerseite vorgetragenen Standpunktes eine konkrete Interessenkollision vor.
- 20 Doch auch für den Fall, dass keine direkte fachlich-inhaltliche Beratung stattgefunden hat, ist ein Vertreten widerstreitender Interessen festzustellen. Der Klägervertreter ist auch auf digitaler Ebene mit dem Inhalt der Rechtssache in Kontakt gekommen oder muss sich das Wissen seiner untergeordneten Kollegen zurechnen lassen (siehe Rn. 16). In diesem Zusammenhang ist die technische Hilfestellung durch den Klägervertreter für das Vertreten widerstreitender Interessen ausreichend. Unter „Vertreten“ ist nicht nur die anwaltliche Vertretung nach außen zu verstehen, sondern jede berufliche oder tatsächliche Tätigkeit

bezüglich derselben Rechtssache (Feuerich/Weyland/*Träger*, § 43a BRAO Rn. 66). Folglich ist schon die Tätigkeit des Klägervertreters, die digitalen Mustervorlagen für die Rechtssache zur Verfügung zu stellen, als „Vertreten“ einzustufen.

- 21 Ferner muss allein die Möglichkeit, einen entgegengesetzten Standpunkt inhaltlich zu fördern, für einen Verstoß gegen § 43a IV BRAO genügen. Ein Rechtsanwalt, der tatsächlich eine rechtliche Beratung der Gegenseite vorgenommen hat, steht in gleicher Weise im gegnerischen Lager wie ein Rechtsanwalt, dem eine anwaltliche Befassung mit der Rechtssache nur theoretisch möglich war. Insbesondere ist die Gefahr einer Benachteiligung des Mandanten identisch, da beide Rechtsanwälte inhaltliche Kenntnis der Rechtssache haben und dies zum Vorteil des gegnerischen Mandanten nutzen können. Insofern ist es für den vorliegenden Interessengegensatz nicht von Bedeutung, ob der Klägervertreter den Unterzeichner tatsächlich inhaltlich beraten hat.

cc. Keine Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung

- 22 Die Klägerseite führt aus, dass in Anbetracht von Art. 12 I GG eine verfassungskonforme Auslegung der § 43a IV BRAO, § 3 BORA angezeigt ist. Dem ist zu widersprechen. Einem solchen einschränkenden Korrektiv hinsichtlich der Rechtsfolgen von § 43a IV BRAO, § 3 BORA bedarf es weder allgemein noch im vorliegenden Fall.
- 23 Ein Verstoß gegen § 43a IV BRAO, § 3 BORA soll nach restriktiver Auslegung nur dann vorliegen, wenn den Rechtsanwalt ein Verschulden trifft und das Verhalten des Rechtsanwaltes tatsächlich für einen der Mandanten nachteilig ist. Wie das BVerfG richtig erkennt, ist ein tatsächlicher Interessennachteil gerade nicht erforderlich, da der Norm eine objektive und keine subjektive Schutzfunktion zugrunde liegt (BVerfG NJW 2001, 3180 (3181)). Der Notwendigkeit eines subjektiven Elements steht bereits der Wortlaut der Norm entgegen. Hätte der Gesetzgeber ein Verschuldenselement intendiert, hätte er Begriffe wie „vorsätzlich“ oder „fahrlässig“ in die Regelung aufgenommen. Zudem kommt der Norm der Zweck zu, das Vertrauensverhältnis zum Mandanten sowie die Geradlinigkeit der

anwaltlichen Berufsausübung sicherzustellen (BT-Drucks. 12/4993, S. 27). Diesem Telos widerspricht es, wenn die Erfüllung des Tatbestandes der Norm davon abhängig gemacht wird, ob der Rechtsanwalt den Interessengegensatz kannte oder kennen musste.

- 24 Auch liegen keine besonderen Umstände vor, die im vorliegenden Fall eine restriktive Auslegung von § 43a IV BRAO, § 3 BORA rechtfertigen könnten. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit die vorliegende Konstellation – wie auf Klägerseite behauptet – zu einer unzulässigen Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit führen soll. Die Aussage der Klägerseite, ohne restriktive Auslegung drohe jedem Anwalt, der in einem großen Kanzleiverbund mit entsprechendem Netzwerk tätig ist, bei einem Sozietätswechsel ein Vertretungsverbot gegenüber dem vollständigen Mandantenportfolio des Verbundes, ist schlicht falsch. Dies gilt nur für diejenigen Anwälte, die mit der Betreuung des Datensystems betraut waren, und dies ist auch verhältnismäßig. Ein Rechtsanwalt, der einer Betreuung eines derartigen Datensystems und der Analyse von Mandatendokumenten zustimmt, muss damit rechnen, dass er im Falle eines zukünftigen Kanzleiwechsels gegenüber denjenigen Mandanten, die in derselben laufenden Rechtssache durch den Kanzleiverbund betreut werden oder waren, einem Vertretungsverbot ausgesetzt sein kann. Dem hätte man vorliegend durch eine klare Trennung der Zuständigkeiten im Kanzleiverbund präventiv entgegenwirken können. Hätte jede Gesellschaft einen eigenen zuständigen Mitarbeiter für die kanzleieigene Dokumentenanalyse statt der zentralen Analyse für den gesamten Kanzleiverbund, wäre die Zahl möglicher Vertretungsverbote für den betreffenden Rechtsanwalt um ein Vielfaches geringer. Mithin liegt es in der Eigenverantwortung der Kanzleiverbände und der einzelnen Rechtsanwälte, ein solches System zu gestalten und einzusetzen.

dd. Anwendung einer verfassungskonformen Auslegung

- 25 Selbst wenn eine verfassungskonforme Auslegung der § 43a IV BRAO, § 3 BORA erforderlich sein sollte, wären die zusätzlichen Voraussetzungen für ein Vertretungsverbot ohnehin erfüllt. Es ist davon auszugehen, dass der Klägervertreter die Umstände, die einen

Interessenkonflikt begründen, kannte oder zumindest hätte kennen müssen. Aufgrund seines fachlichen Know-Hows, das dem Unterzeichner auch von der Beklagtenseite bescheinigt wird, musste er schon zu seiner Zeit bei der CTG Bavaria damit rechnen, dass die Arbeit am K-M-S im Falle eines späteren Kanzleiwechsels zur Vertretung gegenläufiger Interessen führen kann. Jedenfalls liegt es insbesondere für einen Juristen nicht fern, vor der Einführung eines solchen Systems etwaige berufsrechtliche Probleme zu erwägen und gegebenenfalls zu überprüfen.

- 26 Weiterhin liegt auch ein tatsächlicher Interessennachteil auf der Beklagtenseite vor. Die von der Klägerseite aufgeführten Punkte sind dabei irrelevant. Von entscheidender Bedeutung ist vielmehr die Tatsache, dass der Klägervertreter durch den fachlichen Austausch mit dem Unterzeichner die Gesamtsituation der Beklagten sowie der Hauptschuldnerin als Tochtergesellschaft kennt. Diese Informationen sind zur Einschätzung der gegnerischen Partei nützlich und können im Verlauf des Prozesses zu erheblichen Vorteilen seitens der Klägerin führen.

2. Infizierung gem. § 3 II BORA

- 27 Sollte das Gericht dennoch zu der Überzeugung gelangen, dass den Klägervertreter selbst kein Vertretungsverbot trifft, so erstreckt sich das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gem. § 3 II S. 1 BORA auf ihn, da er mit dem Unterzeichner als betroffenen Rechtsanwalt in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbunden war.
- 28 Der Klägervertreter und der Unterzeichner waren durch das CTG Netzwerk in derselben Berufsausübungsgemeinschaft verbunden. Darunter werden alle anwaltlichen Zusammenschlüsse, gleich welcher Organisations- oder Rechtsform, verstanden (BeckOK BORA/Römermann/Praß, § 3, Rn. 29). Berufsausübungsgemeinschaften umfassen außerdem überörtliche Sozietäten sowohl auf nationaler als auch internationaler Grundlage (*Hartung*, NJW 2006, 2721 (2724)). Dass es sich bei dem CTG Netzwerk um europaweit verschiedene,

rechtlich selbstständige Gesellschaften handelt (NJW-aktuell 04/2012, S.14 auf Blatt 17 der Fallakte), ist somit nicht maßgeblich für die Anwendbarkeit der Norm.

- 29 Vielmehr ist die Außenwirkung entscheidend. Die CTG North gibt in ihrem Briefkopf an, eine Gesellschaft des CTG Netzwerks zu sein (Briefköpfe auf den Blättern 4, 8, 18 und 28 der Fallakte). Das lässt den gesamten Verbund als eine Sozietät erscheinen, obwohl es im Innenverhältnis an einer Sozietät fehlt. Es handelt sich somit um eine Scheinsozietät, die ebenfalls unter den Begriff der Berufsausübungsgemeinschaften fallen (Hartung/Schrämmer/Hartung, § 3 BORA Rn. 126). Neben dem Briefkopf erstarkt der CTG Verbund in seiner Außendarstellung auch durch die Kooperation im Knowledge-Management-System zu einer Scheinsozietät. Unter einer Kooperation werden jegliche, gesetzlich nicht geregelte Formen der Zusammenarbeit verstanden, die auf Dauer angelegt und organisatorisch verfestigt sind. Das K-M-S ist eine zentrale Wissensverwaltung, auf die das gesamte europäische Netzwerk von CTG Zugriff hat (NJW-aktuell 04/2012, S.14 auf Blatt 17 der Fallakte). Das neue System ist aufgrund der guten, internen Resonanz schnell gewachsen. Die Abteilung ist in München angesiedelt, vereint allerdings durch den europaweiten Zugriff alle Gesellschaften des CTG Netzwerks und stellt eine Kooperation innerhalb des Netzwerks und insofern auch im speziellen zwischen der CTG North und der CTG Bavaria dar.
- 30 Darüber hinaus unterstreicht die besonders persönliche Kommunikation zwischen dem Unterzeichner und dem Klägervertreter das Vorliegen einer Berufsausübungsgemeinschaft (E-Mail auf Blatt 28 der Fallakte). Nicht nur die freundschaftliche Beziehung, sondern auch die Zusammenarbeit über die einzelnen Gesellschaften hinaus wird darin deutlich. Dabei ist außerdem die räumliche Trennung der beiden Gesellschaften zu beachten. Während die CTG Bavaria ihren Sitz in München hat, befindet sich die CTG North in Hannover. Die Arbeit an und mit dem K-M-S muss mithin, entgegen den Ausführungen des Klägers, über das Einpflegen von Daten in ein Netzwerk hinausgehen, um sowohl die Zusammenarbeit als auch die Bekanntschaft zwischen Klägervertreter und Unterzeichner zu begründen.

31 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Klägerseite hervorgebrachten Einwilligung ihres Mandanten bezüglich der weiteren Bearbeitung des Mandats. Das Verbot kann gem. § 3 II S. 2 BORA nur dann aufgehoben werden, wenn sich die betroffenen Mandanten, also beide Parteien, einverstanden erklären. Eine entsprechende Erklärung des Beklagten liegt nicht vor.

3. Strafbarkeit nach § 356 StGB

32 Des Weiteren hat der Klägervertreter den Tatbestand des § 356 I StGB erfüllt und sich somit wegen Parteiverrats strafbar gemacht hat. Er hat zuvor der Beklagten gedient und dient aktuell der Klägerin in derselben Rechtssache (sogleich unter **a.**). Das Tätigwerden für beide Parteien ist pflichtwidrig (**b.**) und erfolgte vorsätzlich (**c.**).

a. Dienen beider Parteien in derselben Rechtssache

33 In den obigen Ausführungen wurde ein Tätigwerden in derselben Rechtssache bereits festgestellt (siehe Rn. 15f.). Zudem wurde dargelegt, dass der Klägervertreter die beiden Parteien vertritt (siehe Rn. 19ff.). Statt von einem „Vertreten“ spricht § 356 StGB von einem „Dienen“ durch Rat oder Beistand. § 356 StGB und § 43a IV BRAO sprechen trotz der divergierenden Begrifflichkeit von derselben Sache (BeckOK BORA/Römermann/Praß, § 43a BRAO Rn. 174; MAH Strafverteidigung/Kleine-Cosack, § 43a Rn. 148). Der Begriff des Dienens umfasst daher jeden sachlichen Dienst durch Rat und Tat, der auf eine Unterstützung der Parteiinteressen abzielt (Fischer, § 356 Rn. 10; Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 356 Rn. 14). Der Klägervertreter hat der Beklagten gedient, indem er sich mit dem Unterzeichner in der Sache fachlich ausgetauscht hat. Ein Dienen auf Seiten der Klägerin besteht durch die Mandatierung für den laufenden Prozess.

b. Pflichtwidrigkeit

- 34 Das Tätigwerden muss für beide Parteien pflichtwidrig sein. Pflichtwidrigkeit ist gegeben, wenn der Anwalt entgegen § 43a IV BRAO widerstreitende Interessen vertritt (Lackner/Kühl/Heger, § 356 Rn. 7). Demnach dient er pflichtwidrig, wenn er einer Partei Beistand leistet, nachdem er einer anderen Partei in derselben Sache bereits Beistand in entgegengesetzter Richtung geleistet hat (BGHSt 5, 284; Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 356 Rn. 16). Ein vorliegender Interessensgegensatz wurde bereits dargelegt (siehe Rn. 18).

c. Subjektiver Tatbestand

- 35 Der Klägervertreter handelte hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich. Für ein vorsätzliches Handeln ist die Kenntnis der Tatumsstände erforderlich, aus denen sich das pflichtwidrige Dienen beider Parteien in derselben Rechtssache ergibt (*Fischer*, § 356, Rn. 14). Es ist, wie bereits erwähnt, anzunehmen, dass der Klägervertreter sich der möglichen berufsrechtlichen Problematik in Form eines potentiellen Interessengegensatzes nach einem Sozietätswechsel bewusst war (siehe Rn. 24). Zumindest ist nicht ersichtlich, dass er einem Irrtum hinsichtlich derselben Rechtsache oder der Pflichtwidrigkeit unterlag. Vielmehr wurde der CTG-Verbund im Zuge eines Interviews auf die etwaige Problematik direkt angesprochen (NJW-aktuell 04/2012, S. 14 auf Blatt 17 der Fallakte). Spätestens zu diesem Zeitpunkt musste sich der Klägervertreter den Umständen bewusst sein, sodass auch der subjektive Tatbestand erfüllt ist.

4. Zusammenfassung

- 36 Das Gericht ist generell befugt, in analoger Anwendung des § 156 II BRAO den Klägervertreter zurückzuweisen, obwohl ein Berufs- oder Vertretungsverbot noch nicht ergangen ist. Eine Zurückweisung ist im vorliegenden Fall geboten, da die Voraussetzungen eines Berufs- oder Vertretungsverbotes durch Verstoß gegen § 43a IV BRAO, § 3 I BORA beim Klägervertreter selbst vorliegen. Die umfangreichen Ausführungen der Klägerseite zu

§ 45 I Nr. 4 Alt. 1 BRAO sind hingegen überflüssig, da ein Verstoß gegen § 45 BRAO evident nicht vorliegt. Außerdem erstreckt sich das Verbot widerstreitender Interessen seitens des Unterzeichners auch auf den Klägervertreter, da er mit dem Unterzeichner in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft war. Schließlich hat sich der Klägervertreter wegen Parteiverrats gem. § 356 I StGB strafbar gemacht. Aus den genannten Erwägungen kann nur der Schluss des Gerichts resultieren, den Klägervertreter zurückzuweisen. Denn das Gericht hat die Pflicht der Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens und wird es nicht zulassen wollen, dass ein Straftäter weiter am Prozess teilnimmt.

III. Infizierung der Sozietät

- 37 Auch eine Übernahme der Vertretung durch Dr. Bloom ist nicht möglich, da sich das Vertretungsverbot gem. § 3 III BORA durch den Sozietätswechsel des Klägervertreters auf ihn erstreckt hat.
- 38 Das Verbot kann sich zwar grundsätzlich nur auf die neue Sozietät erstrecken, wenn der wechselnde Anwalt selbst in die Mandatsbearbeitung eingeschaltet war (Henssler/Prütting/Henssler, § 3 BRAO Rn. 32), allerdings wurde der Klägervertreter bereits in die Mandatsbearbeitung einbezogen. Dieser verbotswidrigen Einschaltung zufolge erstreckt sich die Infizierung auf die aufnehmende Sozietät insgesamt und kann durch ein nachträgliches Ausscheiden des Sozietätswechslers in keinem Fall geheilt werden.

Begründetheit

I. Anfechtung

- 39 Der Bürgschaftsvertrag wurde wirksam angefochten. Es fehlt nicht an einer wirksamen Anfechtungserklärung (sogleich unter 1.). Weiterhin liegt ein Anfechtungsgrund vor (2.).

1. Wirksame Anfechtungserklärung

- 40 Die von der Beklagten am 12.06.2017 erklärte Anfechtung des Bürgschaftsvertrages ist wirksam. Entgegen den Ausführungen der Klägerin muss die Anfechtungserklärung den Anfechtungsgrund nicht explizit enthalten; es ist ausreichend, wenn er erkennbar ist. Hierzu verweisen wir besonders auf die von der Klägerin angezeigte Quelle, die dies ausdrücklich belegt (OLG Celle Urteil v. 19.09.2008 – Az. 8 U 11/08, Rn. 135 f.).
- 41 Der Anfechtungsgrund war, entgegen der Auffassung der Klägerin, aus der Anfechtungserklärung vom 12.06.2017 und der beigefügten Anlagen klar erkennbar und somit nicht explizit hervorzuheben. Die Begründung ist aus den, der Anfechtung beigefügten Anlagen klar ersichtlich wird aber im Folgenden (sogleich unter 3.) noch einmal explizit erläutert.

2. Hilfsweise: Anfechtungserklärung

- 42 Sollte das Gericht anderer Auffassung sein und von einer nicht wirksam erklärten Anfechtung ausgehen, wird hiermit Namens und in Vollmacht unserer Mandantin fristwährend die Anfechtung des Bürgschaftsvertrages vom 13.04.2012 wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB. Die ausdrückliche und ausführliche Anfechtungsbegründung findet sich folgend.

3. Anfechtungsbegründung

- 43 Die schon aus der Anfechtungserklärung vom 12.06.2017, besonders im Zusammenhang mit den beigefügten Anlagen (Blätter 10-15 der Fallakte) erkennbaren Anfechtungsgründe, sind nachfolgend expliziert aufgeführt.

a. Anfechtung gemäß § 119 II BGB

- 44 Wie die Klägerin richtig erkennt liegt kein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften gemäß § 119 II BGB vor. Eine Anfechtung aus diesem Grund scheidet somit aus.

b. Anfechtung gemäß § 123 BGB

- 45 Was klageseitig jedoch fälschlicherweise abgelehnt wird, ist eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB. Hierbei stellt die Klägerin lediglich auf die vorliegenden internen Unstimmigkeiten (Blätter 11 und 12 der Fallakte) ab, missachtet dabei jedoch völlig den Schriftverkehr aus Blättern 13-15 der Fallakte, welcher ein täuschendes und kollusives Verhalten der Klägerin nahelegt und somit den Grund sowohl der Anfechtung vom 12.06.2017 als auch der hier hilfsweise erklärten Anfechtung klar erkennen lässt. Folgend wird die Anfechtungsbegründung im Einzelnen dargelegt. Zunächst wird auf die Täuschung der Klägerin selbst eingegangen, welche klägerseitig verkannt wird. (sogleich unter *aa.*). Anschließend erfolgt die Würdigung der Ausführungen der Klägerin zur Täuschung der Hauptschuldnerin (*bb.*).

aa. Arglistige Täuschung durch die Klägerin

- 46 Klageseitig wird die Täuschung durch die Klägerin übersehen oder sogar bewusst ignoriert. Die Klägerin hat die Beklagte über für die Willensbildung offensichtlich besonders wichtige Umstände nicht aufgeklärt. Namentlich liegen diese Umstände in der zwischen Klägerin und Hauptschuldnerin getroffenen Nebenabrede vor, die die Vergütung aus dem Errichtungsvertrag auf EUR 6.000.000,- anhebt. Aus dem Errichtungsvertrag wird lediglich ersichtlich, dass eine Vergütung von EUR 6.000.000,- für die Errichtung der 8 WKA vereinbart wurde (vgl. Blatt 24 der Fallakte).
- 47 Diese liegt jedoch EUR 2.000.000,- über dem Marktwert der von der Klägerin errichteten WKAs (Blätter 11 und 12 der Fallakte). Dies wird von der Klägerin auch nicht bestritten.

- 48 Dieser zusätzliche Gewinn sollte in die Entwicklung eines Prototyps, der für den gewinnbringenden Einsatz in Süddeutschland geeignet ist, fließen. Diese Nebenabrede der Klägerin und Hauptschuldnerin ergibt sich eindeutig nicht aus dem schriftlichen Vertrag vom 13.04.2012. Jedoch ergibt sich die Absprache der Vertragsparteien des Errichtungsvertrages zum einen aus dem Schriftverkehr zwischen Herrn Gohr und Herrn Wend (Blätter 13 und 14 der Fallakte). Zum anderen aus den Äußerungen des Herrn Wend, man hätte im Hinblick auf die zusätzliche Vergütung und deren Zweck ein Development and Sales Agreement schließen sollen. Hieraus ergibt sich in aller Klarheit, dass beide Vertragspartner des Errichtungsvertrages sich darüber bewusst waren, dass ein(e) Teil(summe) des für die WKA gedachten „Festpreises“ für den Prototyp bestimmt war (Blätter 2, 13 und 14 der Fallakte).
- 49 Weiterhin bestand eine Aufklärungspflicht der Klägerin (sogleich unter *aaa.*). Diese missachtete sie vorsätzlich zu ihren Gunsten, was zu einem Irrtum der Beklagten führte (*bbb.*).

aaa. Aufklärungspflicht der Klägerin

- 50 Grundsätzlich ist jeder am Wirtschaftsleben Teilnehmende für sein rechtsgeschäftliches Handeln selbst verantwortlich. Dieses Prinzip der Privatautonomie begründet auch die Verantwortung die für eigene Willensentscheidungen wichtigen und notwendigen Informationen auf eigene Kosten und eigenes Risiko selbst zu beschaffen (BGH, NJW 1989, 763 (764)). Jedoch bestehen im Rahmen von Vertragsverhandlungen, ebenso beim Bürgschaftsvertrag, allgemeine vorvertragliche Sorgfaltspflichten. Im Normalfall ist hiervon das Risiko der Bürgschaft auszunehmen. Nicht auszuklammern sind allerdings Umstände, die dem Bürgschaftsgläubiger im Gegensatz zum Bürgen bekannt sind und für dessen Willensbildung von entscheidender Bedeutung sind (RGZ 111, 233 (234)).
- 51 Die bereits oben hervorgehobene „Zukunftsinvestition“ stellt unbestreitbar einen solchen Umstand dar. Die Beklagte hatte zu keiner Zeit Informationen über eine solche Absprache

im Zusammenhang mit dem Errichtungs- und somit auch dem Bürgschaftsvertrag. Der Klägerin kann besagtes Wissen eindeutig nachgewiesen werden (vgl. Blätter 2, 13 und 14 der Fallakte sowie Rn. 32).

- 52 Unumgänglich ist weiter die Tatsache, dass ein solches Wissen starken Einfluss auf die Willensentscheidung der Beklagten bezüglich des Bürgschaftsvertrages gehabt hätte. Denn bedingt durch die einseitig verpflichtende Natur der Bürgschaft ist für die Bürgin vordergründig die Höhe der zu erfüllenden Verbindlichkeit von Interesse. Hinzu kommt das Interesse der Bürgin am Geschäft, zu dessen Sicherung sie sich verbürgt. Dies gilt besonders, weil der wirtschaftliche Wert der vom Hauptschuldner eingegangenen Verpflichtung maßgebend für die Höhe der Bürgschaftssumme ist. Die genannten Interessenspunkte bilden die Grundlage, auf der die Willensentscheidung der Bürgin beruht. Diese werden durch das vorenthaltene Wissen in beachtlicher Weise tangiert (sogleich unter *bbb.*). Daher besteht in diesem Fall eine Aufklärungspflicht der Klägerin gegenüber der Beklagten, welche verletzt wurde.

bbb. Täuschungsbedingte Kausalität

- 53 Die Verletzung der Aufklärungspflicht führt unweigerlich zu dem Irrtum der Beklagten, sie bürge für lediglich 8 WKA über eine Summe von EUR 6.000.000,- und nicht für eine zusätzliche Investition in die Entwicklung eines Prototyps. Ein solcher, von der Klägerin verursachter, Irrtum hätte auch nicht durch den Prokuristen der Beklagten, Herrn Mazetti, ausgeräumt werden können. Hier stand eindeutig die Klägerin in der Pflicht.
- 54 Wären der Beklagten genannte Informationen vor Abschluss des Bürgschaftsvertrages bekannt gewesen, so hätte diese den Vertrag niemals geschlossen. Die Beklagte war und ist ausschließlich an einer Bürgschaft für die WKA interessiert, nicht aber an undurchsichtigen Absprachen, die das Bürgschaftsrisiko dadurch erhöhen, dass sie keinen fundierten wirtschaftlichen Wert darstellen. Die wertmindernde Unzuverlässigkeit solcher Absprachen zeigt sich besonders im Hinblick auf die abgebrochene Geschäftsbeziehung zwischen dem

Konzern der Beklagten und der Klägerin zu verweisen (Blätter 30f. der Fallakte). Unter diesen Umständen wäre eine Bürgschaft der Beklagten nicht zustande gekommen. Diese Tatsache stellt eine täuschungsbedingte Kausalität außer Frage. Es liegt somit eine arglistige Täuschung der Klägerin vor, welche die Beklagte zu einer Willenserklärung brachte, die sie bei pflichtgemäßer Aufklärung nicht getroffen hätte.

ccc. Frist

- 55 Die Anfechtung wurde fristwährend erklärt. Gemäß § 124 BGB beginnt die Anfechtungsfrist im Falle einer arglistigen Täuschung mit Bekanntwerden der Täuschung und beträgt ein Jahr. Ein Bekanntwerden der Täuschung kann frühestens zum Zeitpunkt der Einsetzung des neuen Geschäftsführers der Hauptschuldnerin unterstellt werden. Dies geschah am 03.11.2016. Ein früher Zeitpunkt ist aufgrund des pflichtverletzenden Verhaltens des ehemaligen Geschäftsführers, Herrn Gohr, nicht annehmbar. Eine fristwährende Anfechtung ist somit bis zum 03.11.2017 möglich. Diese Frist wurde nachweislich gewahrt.
- 56 Die Ausführungen der Klägerin, es läge ein besonders langes Zögern vor, weisen wir mit dem Hinweis zurück, dass erst nach Klageerhebung am 02.05.2017 eine Sichtung der Unterlagen seitens der neuen Geschäftsführung der Hauptschuldnerin stattfand. Die am 12.06.2017 erfolgte Anfechtung lässt daher für keinerlei Mutmaßungen über ein Zögern zu. Die Anfechtung der Beklagten ist daher eindeutig begründet und wirksam.

bb. Hilfsweise: Täuschung der Hauptschuldnerin mit Wissen der Klägerin

- 57 Sollte das Gericht anderer Auffassung sein, wird Hilfsweise als Anfechtungsgrund die Täuschung der Hauptschuldnerin, die der Klägerin gemäß § 123 II zuzurechnen ist, geltend gemacht. Zunächst zur Aufklärungspflicht der Hauptschuldnerin unter *aaa.*, folgend die täuschungsbedingte Kausalität unter *bbb.* und das Kennen beziehungsweise Kennenmüssen der Klägerin unter *ccc.*

aaa. Aufklärungspflicht der Hauptschuldnerin

- 58 Eine Aufklärungspflicht der Hauptschuldnerin verkennt die Klägerin fälschlicherweise mit der Begründung, die oben bezeichnete Absprache sei ein normales Vertragsrisiko, dass die Beklagte trage. Eine solche Aussage lässt die Frage aufkommen, ob der Gegenseite die Grundsätze des wirtschaftlichen Rechtsverkehrs bekannt sind, da sie eine Täuschung im Rechtsverkehr verharmlost und als allgemein akzeptabel deklariert. Sie ist daher nicht tragbar und wird nachfolgend widerlegt.
- 59 Die Hauptschuldnerin unterliegt als Tochterunternehmen und Teil des Konzerns der Beklagten einer Aufklärungspflicht gegenüber dieser. Dies ergibt sich besonders aus der engen Beziehung, die zwischen Mutter- und Tochterunternehmen besteht. Hierbei ist auf die wirtschaftliche Nähe der beiden Unternehmen abzustellen, welche sich aus der wirtschaftlichen Verantwortung ableitet, die das beherrschende Unternehmen für das untergeordnete Unternehmen trägt. Weiter bestimmt die Beklagte die Geschäftspolitik der Tochter sodass eine umfassende Informationsweitergabe nötig ist.
- 60 Daneben tritt die konkrete wirtschaftliche Situation der Hauptschuldnerin. Diese ist wirtschaftlich angeschlagen. Es steht daher im Interesse der Beklagten zu wissen, welche finanziellen Entscheidungen seitens der Hauptschuldnerin getroffen werden. Dies gilt umso mehr, da die Beklagte mit ihrem Vermögen für die Hauptschuldnerin eintritt. Über eine zukunftsorientierte Investition der Tochter ist das Mutterunternehmen in bezeichneter Situation unbedingt aufzuklären. Diesen Gegebenheiten Rechnung tragend, ist eine Aufklärungspflicht der Hauptschuldnerin unabdingbar. Diese klärte die Bürgin zu keiner Zeit über den Sachverhalt auf. Ein derartiges Versäumnis der Hauptschuldnerin kann, entgegen der Ausführungen der Klägerin, nicht dem Prokuristen der Beklagten angelastet werden. Dem ist noch Hinzuzufügen, dass aufgrund benannter Nähe der Beklagten zur Hauptschuldnerin besonderes Vertrauen in die Ehrlichkeit dieser gesetzt werden darf. Eine Täuschung durch Unterlassen liegt seitens der Hauptschuldnerin vor.

bbb. Täuschungsbedingte Kausalität

- 61 Die unterlassene Aufklärung ließ die irrende Beklagte eine Willenserklärung abgeben, welche sie mit Kenntnis genannter Umstände nicht getätigt hätte. Hierbei ist auf die Ausführungen zur Täuschung der Klägerin zu verweisen (siehe Rn. 23). Die täuschungsbedingte Kausalität liegt mithin vor.

ccc. Kennen und Kennenmüssen der Klägerin

- 62 Die bereits zur Täuschung der Klägerin erläuterten Tatsachen indizieren eine Kenntnis der Klägerin, ein Kennenmüssen liegt unstreitig vor. Den Ausführungen der Klägerin, die Hauptschuldnerin trete als Dritte im Sinne des § 123 II BGB auf, schließt sich die Beklagte gerne an. Eine Kenntnis der Klägerin ist jedoch nachweisbar, die Täuschung der Hauptschuldnerin ist dieser daher zurechenbar.
- 63 In ihrem Schriftsatz vom 10.08.2017 führt die Klägerin an, sie habe eine, mit der für die Hauptschuldnerin errichtete, vergleichbare Anlage im Jahre 2011 zu einem ähnlichen Preis gefertigt. Hiermit rechtfertigt die Klägerin Unwissenheit bezüglich einer Täuschung der Hauptschuldnerin über die Zusammensetzung oder Höhe der Vergütung aus dem Errichtungsvertrag. Klageseitig wird jedoch verschwiegen, dass bei erwähntem Vergleichsauftrag aufgrund geologischer Verhältnisse Modifikationen an der Anlage vorgenommen werden mussten (Blatt 2 der Fallakte). Eine Modifikation von Anlagen erhöht den Arbeitsaufwand und unter Umständen ebenfalls die Materialkosten. Hierdurch ist eine Preissteigerung in nicht unerheblicher Weise zu erwarten. Daher sind die genannten Angebote gerade nicht vergleichbar und die Argumentation der Klägerin hinfällig.
- 64 Weiter erklärt die Klägerin, eine Diskussion über den Preis und seine Zusammensetzung habe lediglich bei der Hauptschuldnerin intern stattgefunden und man habe klageseitig keine Kenntnis hiervon erhalten können. Auch dieser Aussage muss widersprochen werden. Neben der internen Kommunikation bestand auch zwischen den beiden Geschäftsführern

der Hauptschuldnerin und der Klägerin ein Schriftverkehr, der sich eindeutig auf den Preis der Anlagen bezieht und viel mehr noch eine Täuschung der Hauptschuldnerin nahelegt (Blatt 13 der Fallakte). Auf dieses Schreiben der Hauptschuldnerin antwortete die Klägerin sie sei erfreut, dass trotz der Bedenken bezüglich des Preises und einer möglichen Kenntnis der Beklagten, „alles geklappt hat“. Kenntnis, mindestens aber Kennenmüssen ist nach dieser Sachlage nicht mehr zu bestreiten (Blatt 14 der Fallakte)

- 65 Dem ist noch die nachträgliche Erklärung des Geschäftsführers der Klägerin hinzuzufügen, die die mit der Hauptschuldnerin abgesprochene Zusammensetzung der Vergütung aus dem Errichtungsvertrag deutlich macht und ausdrücklich einen „guten Gewinn“ anspricht, mit welchem der Prototyp für Süddeutschland entwickelt werden sollte. Ebenfalls lag Kenntnis der Geschäftspolitik der Beklagten vor (Blatt 2 der Fallakte). Eine Kenntnis lässt sich in diesem Fall nahezu nicht widerlegen, ein Kennenmüssen der Klägerin liegt unstreitig vor. Die Täuschung der Hauptschuldnerin ist der Klägerin somit gemäß § 123 II zuzurechnen. Unter Verweis auf die bereits getroffenen Ausführungen zur Frist (siehe Rn. 25) , ist diese als gewahrt anzusehen. Die Anfechtung ist daher wirksam und begründet.

II. Hilfsweise: Anspruch der Beklagten auf Vertragsaufhebung aus Culpa in contrahendo, §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB

- 66 Sollte das Gericht nicht von einer arglistigen, also vorsätzlichen Täuschung ausgehen, so steht der Beklagten gegen die Klägerin ein Anspruch auf Vertragsaufhebung aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht im Rahmen von Vertragsverhandlungen zu. Dieser Anspruch kann neben einer Anfechtung ohne weiteres bestehen (vgl. BGH NJW 2013, 1591). Die Klägerin verletzte hierbei zumindest fahrlässig eine ihr auferlegte Aufklärungspflicht

1. Vertragsverhandlungen als Schuldverhältnis, § 311 II Nr. 1 BGB

- 67 Die Klägerin und die Beklagte stand bereits während der Verhandlung im Vorfeld des Abschlusses des Bürgschaftsvertrags in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis gem.

§ 311 II Nr. 1 BGB. Dieses bestand spätestens ab der Anwesenheit des Prokuristen, Herrn Mazetti, in den Geschäftsräumen der Klägerin.

2. Pflichtverletzung durch Verletzung einer Aufklärungspflicht

- 68 Die Klägerin verletzte eine ihr obliegende Aufklärungspflicht, indem sie es unterließ, den Prokuristen der Beklagten über die genaue Preisbildung, insbesondere den Zweck der zusätzlichen EUR 2.000.000,- als Zahlung zur Entwicklung eines neuen Prototypen der WKA für Süddeutschland (Blatt 2 der Fallakte) zu informieren.
- 69 Eine Aufklärungspflicht ist, wie die Klägerin darlegt, grundsätzlich nicht bei jedem Vertragsschluss anzunehmen, vielmehr müsse sich jeder Vertragsteil alle notwendigen Informationen auf eigene Kosten und eigenes Risiko beschaffen (BGH NJW 1989, 763). Dies kann jedoch nicht in jedem Falle gelten. Vielmehr ist eine Aufklärungspflicht anzunehmen, wenn eine Aufklärung nach der Verkehrsauffassung erwartet werden durfte, insbesondere dann, wenn sie von wesentlicher Bedeutung für den Vertragsschluss sind (BGH NJW 2006, 3139 (3141)).

III. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

- 70 Der Anspruch auf Zahlung i.H.v. EUR 1.000.000,- aus dem Bürgschaftsvertrag (§ 765 BGB) ist nicht durchsetzbar. Die Beklagte macht ein Zurückbehaltungsrecht der Hauptschuldnerin geltend (sogleich unter 1.).

1. Zurückbehaltungsrecht

- 71 Die Beklagte macht ein Zurückbehaltungsrecht im Wege des § 768 I 1 BGB geltend, welches einem Mängelgewährleistungsrecht der Hauptschuldnerin entspringt. Die Anlagen weisen deutliche Rostablagerungen auf. Ein Sachverständigengutachten hat ergeben, dass die Ablagerungen auf einen zu dünnen beziehungsweise gar nicht aufgetragenen Rostschutz zurückzuführen sei (Blatt 16 der Fallakte). Es handelt sich bei einem mangelhaften

Rostschutz um eine vom Vertrag vorausgesetzte Eigenschaft i.S.d. § 633 II 2 Nr. 1 BGB. Da eine Abnutzung oder Veränderung des Rostschutzes aus technischer Sicht nicht bekannt ist (Blatt 16 der Fallakte), muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit von dem Vorliegen dieses Mangels bereits bei Gefahrübergang nach § 644 I 1 BGB, also bei Abnahme, ausgegangen werden. Es wird darauf hingewiesen, dass auch die Klägerin das Vorliegen eines Mangels i.S.d § 633 I, II BGB nicht bestreitet. Dem steht nicht der teilweise Ausschluss der Gewährleistungsrechte nach § 377 HGB entgegen (sogleich unter **b.** und **c.**). Das Zurückbehaltungsrecht ist auch nicht der Einrede der Verjährung nach § 214 I BGB ausgesetzt (**d.**).

a. Anzuwendendes Recht: Werkvertragsrecht

- 72 Bei dem abgeschlossenen, der Bürgschaft zugrundeliegenden Errichtungsvertrag handelt es sich um einen einheitlichen Werkvertrag. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist bei einem Vertrag, der aus mehreren Vertragstypen kombiniert ist nicht jeder einzelne Teil nach seinen eigenen Regeln zu behandeln. Es ist in diesem Fall sachgerecht, den Vertrag nach seinem Schwerpunkt zu behandeln. Maßgeblich für die Lösung ist das Interesse der Parteien (BeckOGK BGB/*Herresthal*, § 311 Rn. 89). Aus dem Errichtungsvertrag ergibt sich ein Festpreis von EUR 6.000.000,-. Dieser spricht dafür, die beiden verschiedenen Arten der Errichtung nicht voneinander zu trennen, da auch die Gegenleistung für beide Errichtungsformen einheitlich erbracht wird. Es findet keinerlei Aufteilung der Kosten statt. Auch ist auf die Einheitlichkeit des Windparks abzustellen. So heißt es im Errichtungsvertrag, die Hauptschuldnerin benötige „für einen neuen Windpark“ acht WKA. Dies zeigt bereits, dass der gesamte Vertrag nicht vor dem Hintergrund der einzelnen WKA gesehen werden muss, sondern vor dem Hintergrund der Errichtung eines Windparks. Dies war auch den Vertragsparteien bewusst, sodass sie es in der Präambel des Vertrages zum Ausdruck brachten. Der Windpark dient folglich als Bindeglied für alle WKA, die daher auch unter gleichen rechtlichen Gesichtspunkten bewertet werden sollen.

- 73 Der einheitliche Vertrag ist sodann nach Werkvertragsrecht zu behandeln, was auch die Klägerin eingesteht (Rn. 64 der Klageschrift). Das Werkvertragsrecht kennzeichnet sich durch die Herbeiführung eines Erfolgs, insbesondere der individuellen Herstellung eines Werkes (MüKo BGB/*Busche*, § 631 Rn. 7). Bereits der Titel des Vertrages, „Errichtungsvertrag“ lässt darauf schließen, dass es den Parteien darauf ankam, die spezielle Errichtung der Windräder vor Ort zur zentralen Komponente des Vertrages zu machen. Eine sinnvolle Nutzung ist nur möglich, wenn der Windpark als wirtschaftliche Einheit, und nicht jede WKA einzeln, genutzt werden kann. Es ist also Werkvertragsrecht, §§ 631 ff. BGB, anzuwenden.
- 74 Selbst wenn man die Vertragsteile, wie die Klägerin, einzeln beurteilen möchte, so ist auch die Lieferung und Montage der vier vorgefertigten WKA mit Spannbetonsegmenten für sich genommen als Werkvertrag einzustufen. Bei der Abgrenzung von Werkvertrag und Kaufvertrag mit Montageleistung ist auf den Schwerpunkt des der beiden Leistungen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung abzustellen (BGH NJW-RR 2004, 850). Je mehr die individuellen Bedürfnisse des Kunden im Vordergrund stehen, desto eher ist von einem Werkvertrag auszugehen. Der Errichtungsvertrag spricht nur von einer Errichtung mit „geringem Aufwand“ (Blatt 24 der Fallakte). Es ist jedoch zu beachten, dass die Komposition eines Windparks trotzdem eine erhebliche Leistung darstellt, die der Lieferung der WKA bei weitem überwiegt. So muss die Position der WKA zueinander genauestens bestimmt werden, auch die Windrichtungen vor Ort müssen in die Überlegungen mit einbezogen werden. Es kommt daher nicht darauf an, ob die WKA mit vorgefertigten Spannbetonsegmenten geliefert werden, oder erst vor Ort betoniert werden. Entscheidend abzustellen ist auf die Einheit des Windparks und dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Die individuellen Bedürfnisse der Klägerin lagen folglich eindeutig auf der Montage der WKA, selbst wenn diese mit vorgefertigtem Spannbeton geliefert wurden. Auch im Bezug auf die vier WKA mit Spannbetonsegmenten ist daher das Werkvertragsrecht, §§ 631 ff. BGB anwendbar.

b. Keine Anwendbarkeit des § 377 HGB

75 Der Ausschluss der Gewährleistungsrechte der Hauptschuldnerin nach § 377 HGB scheidet aus. Dieser ist nur auf Handelskaufverträge anzuwenden. Zwar soll die Kaufmannseigenschaft beider Parteien nicht bestritten werden, jedoch ist, wie oben (siehe Rn. 72ff.) aufgeführt, nur Werkvertragsrecht anwendbar. Auf dieses ist § 377 HGB bereits dem Wortlaut nach nicht anwendbar. Für einen Ausschluss der Gewährleistungsrechte nach dem HGB ist daher kein Raum.

c. Hilfsweise: Keine Verletzung der Rügeobliegenheit nach § 377 HGB

76 Selbst wenn man zu einer partiellen Anwendbarkeit des Kaufrechts, §§ 433 ff. BGB, käme, und § 377 HGB anwendbar wäre, hätte die Hauptschuldnerin die daraus folgende Rügeobliegenheit nicht verletzt. Zunächst liegt kein offener Mangel i.S.d. § 377 HGB vor. (sogleich unter *aa.*). Weiter ist aus dem Bestehen eines verdeckten Mangels keine fortlaufende Untersuchungspflicht abzuleiten (*bb.*). Selbst, wenn eine solche bestünde, hätte die Hauptschuldnerin diese Untersuchungspflicht nicht verletzt (*cc.*). Die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte wären damit auch unter Anwendung des § 377 HGB nicht ausgeschlossen.

aa. Kein offener Mangel i.S.d. § 377 I HGB

77 Es liegt kein offener Mangel i.S.d. § 377 I HGB vor. Ein offener Mangel ist ein solcher, der ganz ohne oder mit ordnungsgemäßer Untersuchung erkennbar ist (MüKo HGB/*Grunewald*, § 377 Rn. 59). Selbst bei ordnungsgemäßer Untersuchung wäre jedoch nicht aufgefallen, dass die Rostschutzbeschichtung auf den WKA zu dünn aufgetragen wurde. Der Umfang einer Untersuchung hängt von den Gepflogenheiten der Branche ab, § 346 HGB. Eine Kontrolle der Lackschichten lässt die Dicke von Rostschutzschichten auch bei genauer Inaugenscheinnahme nicht erkennen. Es kann in der Branche nicht erwartet werden, alle neuen WKA auf ihre genauen Beschichtungsverhältnisse zu überprüfen.

bb. Keine fortlaufende Untersuchungspflicht bei verdecktem Mangel, § 377 III HGB

- 78 Vielmehr handelt es sich um einen verdeckten Mangel i.S.d. § 377 III HGB. Dieser muss unverzüglich nach Entdeckung geltend gemacht werden. Die Gegenseite führt aus, dass der Mangel durch frühere Entdeckung der Rostablagerungen weitaus früher hätte geltend gemacht werden müssen. Dabei beruft sie sich auf eine angeblich bestehende fortlaufende Untersuchungspflicht des Käufers. Dem ist zu widersprechen. Grundsätzlich trifft den Käufer keine Untersuchungspflicht bei Vorliegen eines verdeckten Mangels (Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth § 377 Rn. 9). Hierfür spricht, dass die Untersuchungspflichten des Käufers nicht überspannt werden dürfen (BGH NJW 2016, 2645 (2646)). Denn letzten Endes ist ein etwaiger Sachmangel immer noch ein Fehler des Verkäufers. Das Risiko des Ausschlusses der Gewährleistungsrechte darf daher nicht komplett auf den Käufer übertragen werden. Vielmehr § 377 HGB betrifft die klassische Eingangskontrolle der Ware durch den Kaufmann.
- 79 Der Versuch der Klägerin, eine fortlaufende Untersuchungspflicht aus einem Hinweisbeschluss des OLG Koblenz abzuleiten (OLG Koblenz, NJW-RR 2015, 376) erweist sich als vollkommen untauglich. Richtig ist, dass das OLG Koblenz eine solche Pflicht in dem vorliegenden Falle annahm, doch wäre eine intensivere Auseinandersetzung mit dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt, sofern überhaupt erfolgt, angebracht gewesen.
- 80 In dem Fall ging es um die Rostbildung an und in Konservendosen, die ein Unternehmen mit Suppe befüllte. Es mag schon die Vergleichbarkeit von Konservendosen und WKA bezweifelt werden. Eine Untersuchung derartiger Dosen stellt sich wesentlich einfacher dar, als eine fortlaufende Kontrolle von WKA. Vielmehr ging das OLG Koblenz aber von einer fortlaufenden Untersuchungspflicht aus, weil sich bereits an der Außenseite der Konservendosen Rost gebildet hatte, den die damalige Klägerin auch bemerkt hatte (OLG Koblenz, NJW-RR 2015, 376 (Rn. 17)). Bei der streitgegenständlichen Frage nach der Nichtgeltendmachung einer Rostbildung innerhalb der Konservendosen nahm es an, dass

der Rost auf der Außenseite Anhaltspunkt genug gewesen sei, um sich fortlaufend von einer Rostfreiheit innerhalb der Konserven zu überzeugen. Das OLG Koblenz zog die fortlaufende Untersuchungspflicht aus einem bereits bestehenden Verdacht und liegt damit ganz auf der Linie des BGH. Auch dieser fordert im Falle eines Verdachts auf einen bestehenden Mangel, genauere Untersuchungen anzustellen (BGH, BGHReport 2003, 285).

- 81 Ein solcher Verdacht bestand bei den WKA, die die Klägerin der Hauptschuldnerin geliefert hatte, gerade nicht. Es ist daher falsch, eine fortlaufende Untersuchungspflicht der Hauptschuldnerin anzunehmen. Insbesondere stellt das Verhalten der Klägerin eine Farce dar, da sie bereits von anderen Kunden auf Probleme bei der Rostschutzbeschichtung hingewiesen wurde (Blatt 2 der Fallakte), es jedoch unterließ, die Hauptschuldnerin auf potentielle Gefahren aufmerksam zu machen. Wenn sich die Klägerin nun darauf beruft, der Mangel sei früher erkennbar gewesen, so hätte sie hierzu auch einen Teil beitragen können.

cc. Hilfsweise: Keine Verletzung einer fortlaufenden Untersuchungspflicht

- 82 Selbst wenn eine fortlaufende Untersuchungspflicht angenommen werden sollte, so bedeutet dies nicht, dass die unzureichende Rostschutzbeschichtung früher hätte auffallen können. Ein Vergleich mit anderen Kunden, die sich früher gemeldet haben, ist abwegig. Es ist allgemein bekannt, dass Rostbildung von den jeweiligen Witterungsverhältnissen vor Ort, speziell von Regen- und Schneefall, abhängig ist. Wenn diese Witterungsverhältnisse am Standort des Windparks der Hauptschuldnerin deutlich besser waren, als in Windparks der anderen Kunden, dann erklärt dies ein deutlich späteres Auftreten des Rosts und damit einhergehend ein späteres Auffallen der unzureichenden Rostschutzbeschichtung. Der Klägerin ist auch zuzutrauen, dass sie bei WKA andere Kunden eine noch dünnere Rostschutzbeschichtung aufgetragen hat, als es bei den WKA der Hauptschuldnerin der Fall ist. Demzufolge ist es nicht abwegig, dass es dort zu einer noch schnelleren Rostbildung gekommen ist. Auch das BGB geht bei Bauwerken von erschwerten Bedingungen bei dem Auffinden von Mängeln aus (MüKo BGB/*Busche*, § 634a Rn. 17). Es sieht für die Verjährung von Mängelgewährleistungsrechten bei Bauwerken in § 634a I Nr. 2 BGB eine längere

Verjährungsfrist von fünf Jahren vor. Die Argumentation, dass der geltend gemachte Sachmangel in Form der mangelhaften Rostschutzbeschichtung schneller hätte geltend gemacht werden können, steht somit in Widerspruch zum Grundgedanken des § 634a BGB.

- 83 Dass das beauftragte Gutachten des Sachverständigen in nur zwei Tagen angefertigt werden konnte, bedeutet ebenfalls nicht, dass eine Rüge des Mangels hätte früher erhoben werden können. Wenn Rostablagerungen an den WKA vorgefunden werden, so liegt es nahe, dass die Rostschutzbeschichtung nicht ordnungsgemäß aufgetragen wurde. Der Sachverständige konnte also sehr zielgerichtet nach dem Mangel suchen. Dies bedeutet hingegen nicht, dass es zu jedem Zeitpunkt derart leicht gewesen wäre, den Mangel zu entdecken. Insbesondere bestand keine Pflicht, fortlaufend Kontrollen durch einen Sachverständigen vornehmen zu lassen (siehe bereits Rn. 78ff.).

dd. Unverzügliche Rüge des Mangels nach § 377 III HGB

- 84 Zuletzt ist auch von einer unverzüglichen Rüge des Mangels nach § 377 III HGB auszugehen. Unverzüglich ist eine Rüge, wenn sie ohne schuldhaftes Zögern erhoben wird. Am 04.06.2017 hatten Mechaniker der Hauptschuldnerin Rostablagerungen an den WKA entdeckt. Sie beauftragten sofort ein Sachverständigengutachten zur Klärung der Ursache, welches am 06.06.2017 vorlag. Gerügt wurde der Mangel schließlich am 12.06.2017. Diese Dauer von sechs Tagen ist der Prozesssituation geschuldet. Die Beklagte und der Unterzeichner wollten den Umstand der Mangelhaftigkeit der WKA zum Zweck der Übersichtlichkeit direkt in die Klageerwiderung einbauen, er ist schließlich maßgeblicher Grund für das von der Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht. Die Rüge wurde daher ohne schuldhaftes Zögern erhoben.
- 85 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass, selbst wenn man von einer Anwendbarkeit des § 377 HGB ausgeht, mangels Verdachts weder eine fortlaufende Untersuchungspflicht der Hauptschuldnerin bestand, noch der Mangel hätte früher entdeckt und gerügt werden können. Die Gewährleistungsrechte der Hauptschuldnerin sind für die vier WKA mit

vorgefertigten Spannbetonsegmenten nicht ausgeschlossen. Die Beklagte kann sich daher weiterhin auf sie berufen.

d. Keine Verjährung des Zurückbehaltungsrechts

- 86 Das Zurückbehaltungsrecht ist nicht der Einrede der Verjährung nach § 214 I, 634a I Nr. 2 BGB ausgesetzt. Gem. § 634a II BGB beginnt die Verjährung mit der Abnahme. Weder fand eine ausdrückliche noch eine konkludente Abnahme (*aa.*) am 01.06.2012 statt. Entgegen der Ansicht der Klägerin endet die Verjährungsfrist somit nicht am 02.06.2017 (*bb.*).

aa. Keine konkludente Abnahme am 01.06.2012

- 87 Eine ausdrückliche Abnahme hat am 01.06.2012, entsprechend der Ansicht der Klägerin, nicht stattgefunden. Jedoch hat, entgegen der Ansicht der Klägerin auch am 01.06.2012 keine konkludente stattgefunden. Es handelte sich bei diesem Treffen um eine rein familiäre Begehung der Anlage. Wenn die Klägerin davon spricht, dass „*diese Einschätzung im groben Widerspruch zu den objektiven Tatsachen*“ stehe (Rn. 69 der Klageschrift), so ist dem im Hinblick auf die Anwesenheit von Familienmitgliedern (sogleich unter *aaa.*), die Übersendung der Betriebsführungsunterlagen (*bbb.*), dem Schreiben der Beklagten vom 04.06.2012 (*ccc.*), der Aktennotiz (*ddd.*) und einem Vergleich zur zweiten Besichtigung (*fff.*) zu widersprechen.

aaa. Anwesenheit von Familienmitgliedern

- 88 Für die Einstufung der Begehung der Anlage als familiäres Treffen spricht, dass sowohl Herr Gohr, als auch Herr Wend mit ihren Söhnen zu dem Treffen erschienen sind. Insbesondere übersieht die Klägerin, dass das Treffen auch vor dem Hintergrund der sehr guten geschäftlichen Beziehungen zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und der Beklagten gesehen werden muss. Es ist aufgrund der guten geschäftlichen und auch privaten Beziehung von Herrn Gohr und Herrn Wend absolut nicht ungewöhnlich, sich die Baustelle anzusehen.

Wenn beide Geschäftspartner ihre Söhne mitbringen, untermauert dies den Eindruck, dass es sich um ein lediglich informelles Treffen mit freizeitleichem Charakter handelte.

bbb. Übersendung der Betriebsführungsunterlagen

- 89 Sofern die Klägerin geltend macht, dass die Übersendung der Betriebsunterlagen eindeutig für eine Abnahme am 01.06.2012 spricht, ist auch in diesem Punkt zu widersprechen. Eine Übergabe der Betriebsunterlagen ist auf elektronischem Wege erfolgt. Es muss jedoch auch hier wieder darauf abgestellt werden, dass Herr Umann das Verhalten von Herrn Gohr so verstehen musste, dass das Werk als genehmigt anzusehen ist. Nimmt man die Aussage des Ingenieurs Herrn Uhmman jedoch hinzu, er übergebe die Unterlagen, da diese „*eh nur digital vorhanden sind*“ (Blatt 3 der Fallakte), so ist das Verhalten des Ingenieurs in diesem Moment nicht dahingehend zu verstehen, dass bereits eine Abnahme der WKA stattfinden sollte. Von Herrn Gohr musste diese Aussage so verstanden werden, dass Herr Umann nur den günstigen Zeitpunkt nutzte, ihm die Betriebsunterlagen zu verschaffen. Herr Umann signalisiert mit seiner Aussage, dass er der Übergabe der Betriebsunterlagen gerade keine große Bedeutung beimaß. Vielmehr wollte er die Vorzüge des elektronischen Versandes umgehend nutzen, um Herrn Gohr einen besseren Einblick in den Arbeitsprozess der WKA zu ermöglichen. Wenn Herr Umann selbst der Übergabe der Betriebsunterlagen keine große Bedeutung beimaß, so kann er in der Annahme der Unterlagen von Herrn Gohr keine konkludente Billigung der gesamten WKA erkannt haben. Eine konkludente Annahme lässt sich hieraus folglich nicht schließen.

ccc. Schreiben der Beklagten vom 04.06.2012

- 90 Die Klägerin bringt weiterhin vor, dass das Schreiben des Unterzeichners vom 04.06.2012 eine Abnahme der WKA am 01.06.2012 untermauere. Auch dieses Argument geht fehl. Der Unterzeichner ersuchte lediglich die Bestätigung eines realen Geschehens. Dass die Klägerin nun versucht, darzulegen, dass es einer Bestätigung eines familiären Treffens nur bedarf, wenn ein solches nicht vorlag, zeugt lediglich von mangelnder praktischer Erfahrung beim

Unterzeichner der Klageschrift. Beim Ersuchen um eine Bestätigung handelt es sich um einen völlig normalen Vorgang, der in der Branche üblich ist. Er diene dazu, den familiären Charakter des Treffens im Sinne der Rechtssicherheit festzuhalten. Dass eine Bestätigung vonseiten der Klägerin ausblieb, kann sich die Beklagte nicht erklären. Es ist jedoch äußerst bedauerlich, dass die Gegenseite versucht, anwaltlich völlig normale Praktiken zu eigenen Zwecken zu missbrauchen.

ddd. Aktennotiz

- 91 Unklar ist auch, warum sich aus der Länge der Aktennotiz und dem Zeitpunkt ihrer Erstellung eine Abnahme am 01.06.2012 ergeben soll. Richtig ist, dass in der Aktennotiz eine besonders ausführliche Beschreibung des Geschehens vom 01.06.2012 von Herrn Wend vorzufinden ist. Jedoch spricht dies nicht für eine Abnahme am 01.06.2012. Herr Wend konnte, wie aus dem Schreiben vom 06.07.2017 hervorgeht, unsere Bitte um Bestätigung des familiären Charakters des Treffens „*rechtlich nicht richtig einordnen*“ (Blatt 2 der Fallakte). Wenn eine rechtliche Einordnung nicht möglich war, so stellt sich die Frage, wie dann aus der Länge einer Aktennotiz eines juristischen Laien darauf geschlossen werden kann, wann eine rechtlich erhebliche Abnahme nach § 640 BGB stattgefunden haben soll. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Herr Wend dem Treffen aufgrund unserer Anfrage eine irgendwie geartete erhöhte Wichtigkeit beimaß, woraufhin er die besonders ausführliche Aktennotiz erstellte. Dies belegt auch das Schreiben des Herrn Wend vom 06.07.2017, in dem er unsere Anfrage als Grund für die verfasste Aktennotiz benennt (Blatt 2 der Fallakte). Dass daraufhin in der Aktennotiz das besagte Treffen vom 01.06.2012 eine besondere Rolle spielte, ist nur verständlich.
- 92 Der Zeitpunkt der Erstellung der Aktennotiz am 11.06.2012, unmittelbar nach der zweiten Begehung der Anlage, spricht ebenfalls in keiner Weise für eine Abnahme am 01.06.2012. Zwar ist es richtig, dass Herr Wend die Aktennotiz zeitnah verfasste. Die Klägerin übersieht jedoch, dass Herr Wend die Aktennotiz nach der zweiten Begehung mit Herrn Gohr verfasst hat. Dies weist darauf hin, dass Herr Wend vor dem zweiten Treffen die Angelegenheit

keineswegs als abgeschlossen angesehen hat, sonst hätte der Verfassung einer Aktennotiz bereits vor dem zweiten Treffen nichts im Wege gestanden. Der Zeitpunkt der Erstellung der Aktennotiz ist dahingehend zu verstehen, dass eine Abnahme nicht bereits am 01.06.2012 stattfand. Herr Wend sah die Angelegenheit erst am 11.06.2012 als abgeschlossen an, was gegen eine Abnahme am 01.06.2012 spricht.

eee. Nichtvollendung

- 93 Die Klägerin macht zutreffend geltend, die Nichtvollendung stehe der Abnahme des Werkes nicht entgegen, solange nur noch kleinere Restarbeiten offen seien. Zum Zeitpunkt der Begehung am 01.06.2012 waren nur noch kleinere Restarbeiten zu erledigen. Wenn jedoch anschließend eine zweite Begehung im vollständig fertigen Zustand vereinbart und durchgeführt wird, so spricht dies dafür, dass den Vertragsparteien die Fertigstellung der WKA ein wichtiges Anliegen war. Die Nichtvollendung des Werkes spricht zwar nicht gegen eine Abnahme am 01.06.2012, sie belegt sie aber auch in keiner Weise.

fff. Vergleich zur zweiten Besichtigung

- 94 Auch aus einem Vergleich zur zweiten Besichtigung möchte die Klägerin den Schluss ziehen, eine Abnahme müsse am 01.06.2012 stattgefunden haben. Hierbei führt sie an, dass bei dem ersten Treffen mit den beiden Söhnen zwei Zeugen anwesend gewesen seien. Dies vermag in zweierlei Hinsicht nicht zu überzeugen. Zeugen sind für eine Abnahme weder konstitutiv, noch notwendig. Das Gegenteil ist der Fall. Eine Billigung der WKA als vertragsgemäß erfordert Ruhe und Konzentration. Der wesentlich kleinere Kreis bei der Begehung am 11.06.2012 kommt diesen Anforderungen deutlich näher.
- 95 Auch aus der Frage von Herrn Gohr an seinen Sohn, das sehe „*schon richtig gut aus, oder?*“ lässt sich keine konkludente Annahme am 01.06.2012 ableiten. Zunächst handelt es sich bei dieser Aussage um eine rein familieninterne Aussage, die nicht an Herrn Wend oder Herrn Uhmman gerichtet war. Weiter beschreibt diese Aussage treffend den guten Zustand der

Anlage am 01.06.2012 (vgl. Bild auf Blatt 3 der Fallakte) und drückt die Euphorie von Herrn Gohr über den Baufortschritt aus. Dies spricht jedoch noch nicht für eine Billigung des Zustandes der WKA. Vielmehr unterstreicht auch diese Aussage den familiären Charakter des Treffens. Auch zeigt die Formulierung als Frage, dass Herr Gohr primär die Meinung seines Sohnes zu dem Zustand der WKA einholen wollte. In einer Frage an den eigenen Sohn ist noch keine konkludente Billigung des Werkes zu sehen.

ggg. Zusammenfassung

- 96 Zusammenfassend ist zu erkennen, dass die von der Klägerin vorgebrachten Argumente für eine Abnahme am 01.06.2012 nicht stichhaltig sind. Insbesondere die anwesenden Familienmitglieder zu angeblichen Zeugen der Abnahme zu deklarieren, erscheint äußerst fragwürdig. Auch die Übersendung der Betriebsführungsunterlagen am 01.06.12 konnte von dem Übersendenden Herrn Umann und allen Beteiligten nicht so verstanden werden, dass eine konkludente Annahme erfolgt sei. Dies ergibt sich insbesondere aus den Aussagen von Herr Umann unmittelbar vor der Übergabe. Richtigerweise muss die Begehung als für § 640 BGB nicht maßgebliches familiäres Treffen eingestuft werden, waren doch auf beiden Seiten jeweils der Sohn als Familienmitglied beteiligt.

bb. Abnahme frühestens am 11.06.2012 und Ablauf der Verjährungsfrist

- 97 Eine Abnahme kommt somit frühestens am 11.06.2012 in Betracht. Dementsprechend hat gem. § 187 I BGB die Verjährungsfrist frühestens am 12.06.2012 zu laufen begonnen. Der Mängelgewährleistungsanspruch der Hauptschuldnerin, den die Beklagte über § 768 I BGB geltend macht, ist daher gem. § 188 I BGB frühestens am 12.06.2017 um 24:00 Uhr, verjährt. Die Beklagte hat das Zurückbehaltungsrecht am 12.06.2017, und somit vor Ablauf der Verjährungsfrist geltend gemacht.

Dr. Graufreud

Dr. Thorsten Graufreud, Rechtsanwalt

ANLAGE 1 – INHALTSVERZEICHNIS

STREITGEGENSTÄNDLICHES GESCHEHEN	1
RECHTLICHE WÜRDIGUNG	4
Zulässigkeit	4
I. Möglichkeit einer analogen Anwendung von § 156 II BRAO.....	4
II. Gebotenheit einer analogen Anwendung von § 156 II BRAO.....	6
1. Verstoß gegen § 43a IV BRAO i.V.m. § 3 I BORA	6
a. Identität der Rechtssache.....	6
b. Vertreten widerstreitender Interessen.....	7
aa. Interessengegensatz.....	8
bb. Vertretung.....	8
cc. Keine Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung.....	9
dd. Anwendung einer verfassungskonformen Auslegung	10
2. Infizierung gem. § 3 II BORA	11
3. Strafbarkeit nach § 356 StGB.....	13
a. Dienen beider Parteien in derselben Rechtssache.....	13
b. Pflichtwidrigkeit	14
c. Subjektiver Tatbestand.....	14
4. Zusammenfassung	14
III. Infizierung der Sozietät	15
Begründetheit	15
I. Anfechtung	15
1. Wirksame Anfechtungserklärung	16
2. Hilfsweise: Anfechtungserklärung.....	16
3. Anfechtungsbegründung	16
a. Anfechtung gemäß § 119 II BGB.....	17
b. Anfechtung gemäß § 123 BGB	17
aa. Arglistige Täuschung durch die Klägerin	17
aaa. Aufklärungspflicht der Klägerin	18
bbb. Täuschungsbedingte Kausalität	19

ccc. Frist.....	20
bb. Hilfsweise: Täuschung der Hauptschuldnerin mit Wissen der Klägerin.....	20
aaa. Aufklärungspflicht der Hauptschuldnerin	21
bbb. Täuschungsbedingte Kausalität	22
ccc. Kennen und Kennenmüssen der Klägerin.....	22
II. Hilfsweise: Anspruch der Beklagten auf Vertragsaufhebung aus Culpa in contrahendo, §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB.....	23
1. Vertragsverhandlungen als Schuldverhältnis, § 311 II Nr. 1 BGB.....	23
2. Pflichtverletzung durch Verletzung einer Aufklärungspflicht	24
III. Durchsetzbarkeit des Anspruchs	24
1. Zurückbehaltungsrecht	24
a. Anzuwendendes Recht: Werkvertragsrecht.....	25
b. Keine Anwendbarkeit des § 377 HGB.....	27
c. Hilfsweise: Keine Verletzung der Rügeobliegenheit nach § 377 HGB.....	27
aa. Kein offener Mangel i.S.d. § 377 I HGB	27
bb. Keine fortlaufende Untersuchungspflicht bei verdecktem Mangel, § 377 III HGB.....	28
cc. Hilfsweise: Keine Verletzung einer fortlaufenden Untersuchungspflicht.....	29
dd. Unverzögliche Rüge des Mangels nach § 377 III HGB	30
d. Keine Verjährung des Zurückbehaltungsrechts	31
aa. Keine konkludente Abnahme am 01.06.2012.....	31
aaa. Anwesenheit von Familienmitgliedern.....	31
bbb. Übersendung der Betriebsführungsunterlagen.....	32
ccc. Schreiben der Beklagten vom 04.06.2012	32
ddd. Aktennotiz	33
eee. Nichtvollendung.....	34
fff. Vergleich zur zweiten Besichtigung	34
ggg. Zusammenfassung.....	35
bb. Abnahme frühestens am 11.06.2012 und Ablauf der Verjährungsfrist	35

ANLAGE 2 – LITERATUR- UND RECHTSQUELLENVERZEICHNIS

- BT-Drucksache 12/4993 vom 09.05.1993 Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte
- Feuerich, Wilhelm/Weyland, Dag Bundesrechtsanwaltsordnung
8. Auflage, München: Vahlen 2012
(zitiert: Feuerich/Weyland/Bearbeiter)
- Fischer, Thomas Strafgesetzbuch
64. Auflage, München: C.H. Beck 2017
(zitiert: Fischer)
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz,
Stephan/Mayer, Jörg (Hrsg.) beck-online.Grosskommentar
München: C.H. Beck (Stand 01.08.2017)
(zitiert: BeckOGK BGB/Bearbeiter)
- Hartung, Wolfgang Ist die Vertretung widerstreitender Interessen künftig erlaubt? Ein Beitrag zur Neufassung des § 3 BORA
NJW 2006, 2721-2727
- Hartung, Wolfgang/Scharmer, Hartmut (Hrsg.) Berufs- und Fachanwaltsordnung
6. Auflage, München: C.H. Beck 2016
(zitiert: Hartung/Scharmer/Bearbeiter)
- Henssler, Martin/Prütting, Hanns Bundesrechtsanwaltsordnung
4. Auflage, München: C.H. Beck 2014
(zitiert: Henssler/Prütting/Bearbeiter)

- Koller, Ingo/Kindler, Peter/Roth, Wulf-
Henning/Morck, Winfried
Handelsgesetzbuch
8. Auflage, München: C.H. Beck 2015
(zitiert: Koller/Kindler/Roth/Morck/*Bearbeiter*)
- Kühl, Kristian/Heger, Martin
Strafgesetzbuch
28. Auflage, München: C.H. Beck 2014
(zitiert: Lackner/Kühl/*Bearbeiter*)
- Römermann, Volker (Hrsg.)
Beck'scher Online-Kommentar BORA
16. Edition, München: C.H. Beck
(Stand: 01.06.2016)
(zitiert: BeckOK BORA/*Bearbeiter*)
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker,
Hartmut/u.a. (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
(zitiert: MüKo BGB/*Bearbeiter*)

Band 4: §§ 611-704
6. Auflage, München: C.H. Beck 2017
- Schmid Karsten (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
(zitiert: MüKo HGB/*Bearbeiter*)

Band 5: §§ 343-406
3. Auflage, München: C.H. Beck 2013
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Begr.)
Strafgesetzbuch
29. Auflage, München: C.H. Beck 2014
(zitiert: Schönke/Schröder/*Bearbeiter*)

Widmaier, Gunter (Begr.)/Müller,
Eckart/Schlothauer, Reinhold (Hrsg.)

Münchener Anwalts Handbuch
Strafverteidigung
2. Auflage, München: C.H. Beck 2014
(zitiert: MAH Strafverteidigung/*Bearbeiter*)

ANLAGE 3 – ENTSCHEIDUNGSREGISTER

Bundesverfassungsgericht

Beschluss vom 25.05.2001 2 BvR 1373/00 NJW 2001, 3180

Bundesgerichtshof

Urteil vom 24.02.2016 VIII ZR 38/15 NJW 2016, 2645
Urteil vom 07.02.2013 IX ZR 138/11 NJW 2013, 1591
Urteil vom 19.05.2006 V ZR 264/05 NJW 2006, 3139
Urteil vom 03.03.2004 VIII ZR 76/03 NJW-RR 2004, 850
Urteil vom 17.09.2002 X ZR 248/00 BGHReport 2003, 285
Urteil vom 13.07.1988 VIII ZR 224/87 NJW 1989 763
Urteil vom 02.02.1954 5 StR 590/53 NJW 1954, 482

Reichsgericht

Urteil vom 07.07.1925 II 494/24 RGZ 111, 233

Oberlandesgerichte

OLG Celle

Urteil vom 19.09.2008 8 U 11/08 VersR 2008, 1532

OLG Koblenz

Hinweisbeschluss vom 15.10.2014 2 U 22/14 NJW-RR 2015, 376

Landgerichte

LG München I

Urteil vom 09.10.2009 33 O 4273/09 BRAK-Mitt. 2010, 40

Amtsgerichte

AG Memmingen

Beschluss vom 11.05.2006 3 IN 135/04 RPfleger 2006, 667

Verwaltungsgerichte

VG Weimar

Beschluss vom 20.01.1997

8 K 8912/95.We

ThürVBl 1997, 140