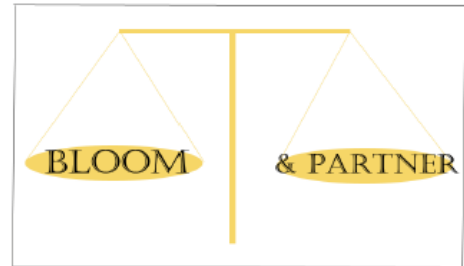


An das
Landgericht Hannover
Volgersweg 65
30175 Hannover



Bloom & Partner

Blumiger Platz 2a
30157 Hannover

info@bloom.net

Tel: 0511/456 11 22 - 1

Fax: 0511/456 11 22 - 2

Hannover, 10. August 2017

Betreff: Ausführliche Stellungnahme zur Klage vom 02.05.2017

In dem Rechtsstreit

Deister GmbH ./ Greenperia AG

zum Az.: 98 O 381/17

ergänze ich Namens und in Vollmacht der Klägerin meine Ausführungen der Klage vom 02.05.2017.

Die Klägerin nimmt auf Hinweis des Gerichts Abstand vom Urkundsprozess und macht ihren Anspruch nunmehr im ordentlichen Verfahren geltend. Die in der Klageschrift gestellten Anträge werden auch im ordentlichen Verfahren gestellt.

A. Streitgegenständliches Geschehen

- 1 Die Deister GmbH (AG Hannover HRB 653281) ist auf die Errichtung von Windkraftanlagen spezialisiert. Ihr Geschäftsführer ist, und war auch im Jahr 2012, Herr Heinz Wend.

Die Flaute GmbH (AG Hannover HRB 2139692), die Windparks betreibt, wurde von der Greenperia AG als Tochtergesellschaft übernommen.

Beweis: Mail von Jürgen Gohr an Max Wind, Blatt 12 der Fallakte

- 2 Im Jahr 2012 war Herr Jürgen Gohr ihr Geschäftsführer, seit dem 03. November 2016 ist Herr Benjamin Konrad an seine Stelle getreten. Die Greenperia AG wird durch den Vorstand Dr. Ling, Grube, Woll vertreten.

Im Frühling 2012 gab es zwischen den beiden damaligen Geschäftsführern erste Verhandlungen über die Errichtung von acht Windkraftanlagen durch die Deister GmbH auf einem Grundstück der Flaute GmbH.

Beweis:

1. Schreiben von Jürgen Gohr an Heinz Wend vom 01.04.2012, Blatt 10 der Fallakte
2. Schreiben von Jürgen Gohr an Heinz Wend vom 10.04.2012, Blatt 13 der Fallakte

- 3 Kurz darauf, am 13.04.2012, wurde dann ein schriftlicher Vertrag über die Errichtung von acht Windkraftanlagen geschlossen. Dieser Vertrag wurde vorher von der Sozietät CTG North, die von der Flaute GmbH beauftragt worden war, ausgearbeitet. Der Kaufpreis für die acht Anlagen wurde auf insgesamt sechs Millionen Euro festgesetzt.

Beweis:

1. Errichtungsvertrag vom 13.04.2012, Blatt 24 der Fallakte
2. Schreiben von Jürgen Gohr an Heinz Wend vom 01.04.2012, Blatt 10 der Fallakte

- 4 Intern ging die Flaute GmbH dabei davon aus, dass die Windkraftanlagen nur vier Millionen Euro wert seien.

- Beweis:**
1. Mail von Max Wind an Jürgen Gohr, Blatt 11 der Fallakte
 2. Mail von Jürgen Gohr an Max Wind, Blatt 12 der Fallakte

- 5 Die Klägerin wurde von diesem Umstand nicht unterrichtet. Sie verkaufte aus ihrer Sicht auch zu einem marktüblichen Preis.

Vertragsgemäßer Baubeginn für die acht Anlagen sollte der 11.05.2012 sein. Bei dem Vertragsschluss zwischen den Kaufvertragsparteien war auch ein Prokurist der Beklagten, Herr Filip Mazetti, anwesend. Dieser unterschrieb nach dem Vertragsschluss über die Lieferung der Windkraftanlagen einen Bürgschaftsvertrag für die im Kaufvertrag festgeschriebene Kaufsumme, nachdem ihm alle gestellten Fragen beantwortet wurden. Als Höchstbetrag für die Bürgschaft wurde in § 2 des Bürgschaftsvertrages sechs Millionen Euro festgelegt.

- Beweis:** Bürgschaftsvertrag vom 13.04.2012, Blatt 21 und 22 der Fallakte

- 6 Daraufhin begann die Deister GmbH am 11.05.2012 vertragsgemäß mit der Errichtung der Windkraftanlagen. Vier Windkraftanlagen wurden mit vorgefertigten Segmenten aus Spannbeton mit geringem Aufwand vor Ort aufgebaut. Die anderen vier Anlagen benötigten Ort-Beton und wurden separat vor Ort gebaut. Zudem wurden zwei fehlende Fundamente durch die Deister GmbH neu errichtet. Der Bau dauerte insgesamt etwa drei Wochen. Nach der Fertigstellung der Anlagen wurden diese durch die Flaute GmbH in Betrieb genommen.

- Beweis:**
1. Errichtungsvertrag vom 13.04.2012, Blatt 24 der Fallakte
 2. Aktennotiz der Deister GmbH vom 11.06.2012, Blatt 3 der Fallakte
 3. Parteivernehmung, hilfsweise -anhörung des Heinz Wend, zu laden über die Klägerin.

- 7 Am 01.06.2012 fand eine umfangreiche Besichtigung der fast vollständig fertiggestellten Anlagen statt, an der Herr Gohr mitsamt seinem Sohn und Herr Wend mit seinem Sohn, sowie der Ingenieur der Deister GmbH, Herr Umann, teilnahmen. Zu diesem Zeitpunkt brauchte es nur noch kleinere Arbeiten, die Windkraftanlagen standen bereits auf den Fundamenten.

Beweis: Aktennotiz der Deister GmbH vom 11.06.2012, Blatt 3 der Fallakte

- 8 Am 13.06.2012 wurden die Anlagen dann mit Herrn Wend, Herrn Gohr und Herrn Umann nochmal begangen. Zu diesem Zeitpunkt waren sie bereits fertiggestellt.

Beweis: Aktennotiz der Deister GmbH vom 11.06.2012, Blatt 3 der Fallakte

- 9 Etwaige Mängelrügen oder andere Beschwerden gab es seitens der Flaute GmbH bis heute nicht.

Am 25.09.2012 zahlte die Flaute GmbH vorbehaltlos fünf Millionen Euro an die Deister GmbH zur Begleichung ihrer Schuld aus dem Kaufvertrag.

Beweis: Schreiben von Jürgen Gohr an Heinz Wend vom 25.09.2012, Blatt 15 der Fallakte

- 10 Der ausstehende Betrag von einer Million Euro wurde auch im Nachhinein nicht mehr durch die Flaute GmbH bezahlt. Am 03.09.2015 wurde dann gerichtlich festgestellt, dass der Betrag weiterhin geschuldet wird.

Beweis: Urteil vom 03.09.2015 LG Hannover Az: 99 0 500/12, Blatt 23 der Fallakte

- 11 Die Flaute GmbH wurde dabei in dem Prozess vor dem LG Hannover von der CTG North in Person von Dr. Graufreud vertreten.

Beweis: Urteil vom 03.09.2015 LG Hannover Az. 99 0 500/12, Blatt 23 der Fallakte

- 12 Jegliche Versuche, die festgestellte Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung bei der Hauptschuldnerin einzutreiben, schlugen jedoch daraufhin fehl. Aus diesem Grund wird nunmehr die Bürgin der gesicherten Kaufpreisforderung in Höhe der ausstehenden Forderung in Anspruch genommen.

Beweis: Schreiben von RA Ernst an Greenperia AG, Blatt 29 der Fallakte

- 13 Am 25.04.2017 erging eine schriftliche Zahlungsaufforderung an die Greenperia AG, in der für die Zahlung eine großzügige zweiwöchige Frist gewährt wurde. Sogleich, zwei Tage später, wurde eine Zahlung der Forderung durch die Bürgin jedoch ausdrücklich abgelehnt.

Beweis: 1. Schreiben von RA Ernst an Greenperia AG, Blatt 29 der Fallakte
2. Schreiben von RA Dr. Graufreud an RA Ernst, Blatt 28 der Fallakte

- 14 Daher erfolgte am 02.05.2017 die Erhebung der Klage im Urkundsprozess. Daraufhin erwiderte die Beklagte am 12.06.2017, dass sie den Vertrag anfechte. Hilfsweise werde ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Dabei erfuhr die Klägerin zum ersten Mal, dass Rost auf den Windkraftanlagen aufgetreten ist und dies an einer fehlenden Beschichtung der Windkraftanlagen liegt.

B. Rechtliche Würdigung

- 15 Die Klage ist zulässig und begründet. Der Anspruch aus dem Bürgschaftsvertrag vom 13.04.2012 gem. § 765 Abs. 1 BGB in Höhe von einer Million Euro besteht. Der Vertrag ist wirksam und der Beklagten stehen keine Zurückbehaltungsrechte zu.

I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

- 16 Ein wirksamer Bürgschaftsvertrag liegt vor. Insbesondere wurde dieser nicht durch die Erklärung der Beklagten vom 12.06.2017 wirksam angefochten und ist damit nicht nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig. Weder ist die seitens der Beklagten getätigte Erklärung überhaupt eine verständliche und damit wirksame Willenserklärung, noch steht der Beklagten überhaupt ein Anfechtungsrecht zu.

1. Unwirksamkeit der Anfechtungserklärung

- 17 Zunächst fehlt es schon an einer notwendigen Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB. Die Erklärung der Beklagten vom 12.06.2017 ist nichtig. Bei einer Anfechtungserklärung handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (Erman/*Arnold* § 143 Rn. 1). Es muss unzweideutig erkennbar werden, dass ein Rechtsgeschäft rückwirkend beseitigt werden soll (Palandt/*Ellenberger* § 143 Rn. 3). Erforderlich für eine wirksame Anfechtungserklärung ist, dass die Anfechtungserklärung die Tatsachen und die Willensmängel erkennen lässt, auf die sie gestützt wird (BeckOK BGB/*Wendtland* § 143 Rn. 3; Staudinger/*Roth* § 143 Rn. 11). Diese Begründungspflicht ist insbesondere für den Erklärungsempfänger wichtig. Ohne Kenntnis von dem in Rede stehenden Anfechtungsgrund ist es ihm nicht möglich zu prüfen, ob die Anfechtungsfrist eingehalten wurde oder wie er sich verteidigen könnte (Müko BGB/*Busche*, § 143, Rn. 8). Daher muss eine jede Anfechtungserklärung den Anfechtungsgrund, auf den sie gestützt wird, erkennen lassen.
- 18 Daran fehlt es der Anfechtungserklärung durch die anwaltlich vertretene Beklagte. Für die Klägerin ist in keiner Weise ersichtlich, auf welchen Umstand die Beklagte die Anfechtung stützen möchte. Der als Beweis angeführte Verweis auf die sechs Seiten Schriftverkehr innerhalb der Flaute GmbH und zwischen

der Deister GmbH und Flaute GmbH lässt nicht erkennen, auf welchen genauen Grund und Umstand sich die Anfechtungserklärung stützen soll. Ist nicht klar auf welchen Grund eine Anfechtung gestützt werden soll, so muss er ausdrücklich genannt werden (Palandt/*Ellenberger* § 143 Rn. 3; jurisPK/*Illmer* § 143 Rn. 8). Es ist nicht Aufgabe der Erklärungsempfängerin, einen etwaigen Willen der Erklärenden zu erraten.

- 19 Für einen objektiven Erklärungsempfänger ist der Anfechtungsgrund nicht erkennbar. Schon aus diesem Grund liegt keine wirksame Anfechtungserklärung vor. Damit ist das Vorbringen der Beklagten unschlüssig, da sich ihr Vortrag nicht zu einem vermeintlichen Anfechtungsgrund verhält. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Sachvortrag nur dann schlüssig, wenn die darlegungs- und beweisbelastete Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen (BGH Urt. v. 13. August 1997 – VIII ZR 246/96, juris Rn. 8). Formelartige Verweise auf einen längeren Schriftverkehr sind dabei nicht ausreichend. Es wird damit nicht substantiiert dargelegt, auf welchen Anfechtungsgrund sich die Beklagte stützen möchte. Dies ist für die Klägerin insoweit wichtig, als dass sie bei einer Anfechtung aufgrund eines Irrtums aus § 119 BGB einen Schadensersatzanspruch gem. § 122 Abs. 1 BGB hätte.
- 20 Zudem ist die Erklärung widersprüchlich und damit auch aus diesem Grund nichtig (vgl. zu der Rechtsfolge einer widersprüchlichen Willenserklärung: jurisPK/*Reichold* § 133 Rn. 9). Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind nach § 133 BGB so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (BGH NJW 1992, 1446 f.). Es ist darauf abzustellen, wie ein objektiver und vernünftiger Dritter die vom Erklärenden gewählten Ausdrucksformen verstehen konnte und musste (BGH NJW 2006, 286 f.). Lässt sich jedoch der Sinngehalt einer Erklärung auch durch Auslegung nicht ermitteln, ist die Erklärung wegen Unverständlichkeit oder Perplexität nichtig (BGHZ 20, 110; HK-BGB/*Dörner* § 133 Rn. 14; Staudinger/*Singer* § 133 Rn. 23). Eine empfangsbedürftige Willenserklärung kann aus Verkehrsschutzgründen nur wirksam sein, wenn sie vom Rechtsverkehr auch

verstanden werden kann und keine Zweifel an ihrem Inhalt bleiben. Zweifel an dem Inhalt der Erklärung gehen dabei zulasten des Erklärenden.

In dem Begründungsversuch der Beklagten wird davon gesprochen, dass nach einer unterlassenen Anfechtung der Flaute GmbH nun die Anfechtung durch die Greenperia AG erklärt wird.

Beweis: Klageerwiderung vom 12.06.2017, Blatt 8 und 9 der Fallakte

- 21 Gleichzeitig wird davon gesprochen, den Bürgschaftsvertrag anfechten zu wollen, von dem die Flaute GmbH jedoch nicht Vertragspartei ist und daher auch nicht anfechtungsberechtigt ist. Anfechtungsberechtigt ist immer nur derjenige, der die betreffende Willenserklärung abgegeben hat (jurisPK/*Illmer* § 143 Rn. 10; Palandt/*Ellenberger* § 143 Rn. 4). Ein Anfechtungsrecht ist auch nicht übertragbar (Soergel/*Hefenmehl* § 143 Rn. 6; Erman/*Arnold* § 143 Rn. 7; MüKo BGB/*Busche* § 143 Rn. 7). Denkbar wäre eine Anfechtung durch einen anderen als den Erklärenden nur im Rahmen einer Vertretung. Dazu hat die Beklagte jedoch bisher weder vorgetragen, noch ist eine solche in irgendeiner Form ersichtlich.
- 22 Wollte die Beklagte mit ihrer Erklärung den Kaufvertrag zwischen der Hauptschuldnerin und der Klägerin vom 13.04.2012 anfechten, so wäre sie diesbezüglich aus dem gleichen Grund nicht anfechtungsberechtigt. Daher bleibt für einen objektiven Dritten offen, ob durch die Erklärung nun der Bürgschaftsvertrag angefochten werden sollte, oder der Kaufvertrag zwischen der Flaute GmbH und der Deister GmbH. Möglich bleibt auch das Auslegungsergebnis, dass sich die Beklagte darauf berufen möchte, dass die Hauptschuldnerin den Vertrag mit der Klägerin anfechten könne und sie daher die Einrede der Anfechtbarkeit gem. § 770 Abs. 1 BGB geltend macht.
- 23 Die Auslegung der Erklärung gem. § 133 BGB führt daher zu drei unterschiedlichen Auslegungsergebnissen. Drei unterschiedliche Erklärungsempfänger könnten die Erklärung somit allesamt verschieden verstehen. Eine solche Unsicherheit ist im Rechtsverkehr nicht hinzunehmen. Der Erklärungsempfänger kann sich durch eine widersprüchliche Erklärung nicht darauf einstellen, was nun gelten soll.

Nach alledem kann die Erklärung nur als perplexer Erklärung aufgefasst werden, welche nichtig ist.

Der Bürgschaftsvertrag ist daher nicht wirksam angefochten.

2. Kein Anfechtungsrecht aus § 123 Abs. 1, 2 BGB

- 24 Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass generell kein Anfechtungsrecht für die Beklagte besteht. Dies wurde von der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. Palandt/*Ellenberger* § 143 Rn. 30; BGH NJW 1957, 988) weder ausreichend vorgetragen (siehe oben Rn. 18), noch ist ein Anfechtungsgrund ersichtlich.
- 25 Die Klägerin hat die Beklagte nicht arglistig getäuscht. Unter einer Täuschung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB versteht man die vorsätzliche Erregung, Bestärkung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums, sei es durch das Vorspiegeln falscher oder das Verschweigen wahrer Tatsachen, um den Willensentschluss des Getäuschten zu beeinflussen (BGH NJW 1957, 988; Palandt/*Ellenberger* § 123 Rn. 2). Die Klägerin hat jedoch keineswegs gegenüber der Beklagten falsche Tatsachen geäußert. Bei der Unterzeichnung des Bürgschaftsvertrages wurden dem Prokuristen der Beklagten alle Fragen zutreffend beantwortet.
- 26 Eine Täuschung kommt auch nicht durch Unterlassen in Betracht. Dafür müsste die Klägerin eine Aufklärungspflicht verletzt haben, die sie nicht hatte. Das Verschweigen von Tatsachen stellt nur dann eine Täuschungshandlung dar, wenn eine entsprechende Offenbarungspflicht besteht (BGH NJW-RR 2005, 1082). Entscheidend ist, ob der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung im Einzelfall redlicherweise eine Aufklärung über den verschwiegenen Umstand erwarten durfte (BGH NJW 2001, 64). Eine solche Offenbarungspflicht setzt zudem ein erkennbares Informationsgefälle zwischen den Vertragsparteien voraus (OLG Brandenburg NJW-RR 1996, 724, 726). Grundsätzlich gibt es keine allgemeine Offenbarungspflicht hinsichtlich solcher Umstände, die für den Entschluss des anderen Teils von Bedeutung sein können (BGH NJW 1989, 763, 764). Es liegt grundsätzlich in der Verantwortungs- und Risikosphäre jeder Partei, sich selbst über die für die eigene Wil-

lensentscheidung maßgeblichen Tatsachen zu informieren (Müko BGB/*Armbrüster* § 123 Rn. 31).

- 27 Der Gläubiger einer Forderung ist daher nicht verpflichtet, den in Betracht kommenden Bürgen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Hauptschuldners aufzuklären (Staudinger/*Singer/Finckenstein* § 123 Rn. 28; BGH NJW 1988, 3205, 3206) Dies gilt sogar bei hoffnungsloser Vermögenslage des Schuldners (Müko BGB/*Armbrüster* § 123 Rn. 59). Es ist gerade der Sinn des Bürgschaftsvertrages, dass der Bürge das aus der Vermögenslage des Hauptschuldners resultierende Risiko übernimmt. Nachforschungen über die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners obliegen daher dem Bürgen, nicht jedoch dem Gläubiger. Von diesem Grundsatz ist im vorliegenden Fall auch keine Ausnahme zu machen. Insbesondere konnte die Klägerin damit rechnen, dass auch der Muttergesellschaft der Umstand bekannt war, dass es der Flaute GmbH im Jahr 2012 finanziell nicht gut ging.
- 28 Tochtergesellschaften sind wirtschaftlich und üblicherweise auch rechtlich abhängig von ihrem Mutterkonzern. Es wäre lebensfremd anzunehmen, wenn die Muttergesellschaft die Bilanzen ihrer Tochtergesellschaft nicht kennt oder keine Auskunftsrechte gem. § 51a Abs. 1 GmbHG hat. Branchenbekanntes Wissen braucht daher nicht offenbart werden. Schon deshalb bestand keinerlei Anlass über die Vermögensverhältnisse der Flaute GmbH zu sprechen. Aus diesem Grund kann auch erst Recht nicht von einem arglistigen, also vorsätzlichen (BeckOK BGB/*Wendtland* § 123 Rn. 17), Verhalten der Klägerin gesprochen werden. Der Geschäftsführer der Klägerin ging zum Zeitpunkt des Vertragschlusses mit der Beklagten davon aus, dass jeder in der Windkraftbranche von der finanziellen Situation der Hauptschuldnerin wisse.

Beweis: 1. Parteivernehmung Herr Heinz Wend, Geschäftsführer der Klägerin
2. Blatt 2 der Fallakte

- 29 Zudem war eine Besserung der Vermögenslage der Flaute GmbH durch die neuen Windkraftanlagen wahrscheinlich. Geplant war zudem eine Expansion in den Süden, an der auch die Klägerin beteiligt sein sollte.

Beweis: Schreiben von Herrn Wend an RA Ernst, Blatt 2 der Fallakte

- 30 Letztlich konnte die Flaute GmbH auch den Großteil der Forderung, insgesamt 5 Millionen Euro, selbst begleichen.

3. Kein Anfechtungsrecht über § 123 Abs. 2 BGB

- 31 Der Beklagten steht auch kein Anfechtungsrecht über § 123 Abs. 2 BGB zu. Die Flaute GmbH ist für den Bürgschaftsvertrag nicht als Dritte anzusehen. Zudem hat die Flaute GmbH die Beklagte nicht getäuscht. Von einer etwaigen Täuschung hatte die Deister GmbH zudem keine positive Kenntnis und keine fahrlässige Unkenntnis. Aus dem Schriftverkehr zwischen der Klägerin und der Flaute GmbH (Fallblatt 10-15) ergibt sich, dass die Hauptschuldnerin die Windkraftanlagen für zu teuer hielt. Soweit die Beklagte der Ansicht ist, dass sie dies über § 123 Abs. 2 BGB zur Anfechtung berechtigt, ist dem zu widersprechen.

a) Flaute GmbH als "Dritte"

- 32 Die Flaute GmbH ist nicht als „Dritte“ i.S.d. § 123 Abs. 2 BGB anzusehen. Dritter ist nicht automatisch jede Person außer dem Erklärenden und dem Erklärungsgegner (Soergel/*Hefermehl* § 123 Rn. 32). Dritte sind am Geschäft Unbeteiligte, deren Verhalten sich der Erklärungsempfänger nicht zurechnen lassen muss (BeckOK BGB/*Wendtland* § 123 Rn. 21). Dritter ist demnach nicht derjenige, der im Lager des Erklärungsempfängers steht (Müko BGB/*Armbrüster* § 123 Rn. 64). Andersherum kann auch eine Person im Lager des Erklärenden nicht als Dritter angesehen werden (vgl. BGH NJW 2001, 358 f.). Die Flaute GmbH ist eine Tochtergesellschaft der Greenperia AG (vgl. oben Rn. 1). Aufgrund dieser wirtschaftlichen und rechtlichen Verbundenheit ist die Flaute GmbH dem Lager der Greenperia AG zuzurechnen. Denn es ist gängige Übung unter den beiden Gesellschaften, dass die Muttergesellschaft Bürgschaften für die Tochtergesellschaft eingeht.

Beweis: Schreiben von Jürgen Gohr an Max Wind, Blatt 12 der Fallakte

Die jeweiligen Verträge werden dabei augenscheinlich vorher durch die gleiche Anwaltskanzlei von den gleichen Anwälten ausgearbeitet (vgl. oben Rn. 3). Der Klägerin standen die Beklagte und die Hauptschuldnerin somit gemeinsam gegenüber. Die internen Unstimmigkeiten in dem Konzern betreffen nicht das Rechtsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten. Ob darüber hinaus sogar eine Wissenszurechnung zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaft stattfindet, bedarf hier daher aus diesem Grund an sich keiner näheren Erörterung (vgl. dazu UHL/Paefgen § 35 Rn. 211).

33 Sieht man dies anders, so stand die Flaute GmbH bei dem Vertragsschluss vom 13.04.2012 jedenfalls nicht im Lager der Klägerin, sondern ist als "Dritte" iSd. § 123 Abs. 2 BGB anzusehen.

34 Der Schuldner einer zu sichernden Forderung steht regelmäßig nicht im "Lager" des Gläubigers dieser Forderung (Staudinger/Singer/Finckenstein § 123 Rn. 61). Der Schuldner nimmt mit der Besorgung eines Sicherungsgebers (z.B. eines Bürgen) nur seine eigenen Interessen und nicht die des Gläubigers wahr (BGH NJW 1962, 1907, 1908; BGH NJW-RR 1992, 1005, 1006; MüKo BGB/Armbrüster § 123 Rn. 68). Dabei ist unerheblich, ob der Schuldner ein wirtschaftliches Interesse an der Bürgschaft hatte (Staudinger/Singer/Finckenstein § 123 Rn. 61). Um den Vertragsschluss herbeizuführen, hat die Flaute GmbH die Beklagten dazu veranlasst, sich für die Schuld zu verbürgen. Es lag im Interesse der Flaute GmbH, dass sich die Beklagte verbürgt, da das Geschäft mit der Klägerin ansonsten nicht zustande gekommen wäre. Somit ist die Flaute GmbH für den Bürgschaftsvertrag allenfalls als "Dritte" anzusehen (vgl. dazu auch MüKo BGB/Habersack § 768 Rn. 40 f.; sowie Staudinger/Horn § 765 Rn. 171) und nicht dem Lager der Klägerin zuzurechnen.

Eine etwaige Täuschung gegenüber der Beklagten müsste sich die Klägerin somit gem. § 123 Abs. 2 BGB nur bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Täuschung zurechnen lassen.

b) Keine Täuschung durch die Flaute GmbH

- 35 Die Flaute GmbH hat ihre Muttergesellschaft nicht getäuscht. Weder über den Umstand, dass die Windkraftanlagen angeblich weniger wert seien, als sie gekostet haben, noch über ihre eigenen Vermögensverhältnisse. Zwar ging die Flaute GmbH intern davon aus, dass sie nur vier Millionen Euro für die Windkraftanlagen bezahlen sollte, gleichwohl war der Kaufpreis in Höhe von sechs Millionen Euro der marktübliche Preis für acht Windkraftanlagen der Klägerin. Die Klägerin verkaufte im Jahr zuvor eine vergleichbare Anlage zu einem vergleichbaren Preis.

Beweis: Schreiben von Herrn Wend an RA Ernst, Blatt 2 der Fallakte

Der Ansicht der Flaute GmbH, dass die Anlage zu teuer war, ist somit zu widersprechen.

- 36 Auch täuschte die Flaute GmbH die Beklagte nicht über ihre Vermögensverhältnisse. Zwar ging es der Flaute GmbH zur Zeit des Vertragsschlusses finanziell nicht gut, gleichwohl muss dieser Umstand nicht ohne weiteres der Bürgin offenbart werden. Durch die Lieferung der Windkraftanlagen konnte die Flaute GmbH zudem damit rechnen, dass sich ihre Vermögensverhältnisse bessern. Über 80% der Forderung konnte die Flaute GmbH auch selbst bezahlen.

Beweis: Schreiben von Jürgen Gohr an Heinz Wend vom 25.09.2012, Blatt 15 der Fallakte

- 37 Zudem ist davon auszugehen, dass die Beklagte sowieso Kenntnis von der Vermögenslage ihrer Tochtergesellschaft hatte. Die Beklagte ist insoweit beweisbelastet.

In diesem Verhalten kann somit keine Täuschung der Flaute GmbH gegenüber der Beklagten gesehen werden. Über weitere interne Kommunikation zwischen den beiden Gesellschaften hatte die Klägerin weder damals noch heute Kenntnis.

c) Keine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis einer etwaigen Täuschung

- 38 Sollte das Gericht dies anders bewerten und eine Täuschung im Verhältnis der Hauptschuldnerin zur Bürgin sehen, so musste die Klägerin diese jedenfalls weder kennen, noch hatte sie davon positive Kenntnis. Im Jahr 2012 wusste jeder in der Windkraftbranche, dass es der Flaute GmbH finanziell nicht gut ging. Die Klägerin ging intern somit natürlich davon aus, dass dies auch der Beklagten bewusst war, insbesondere weil es sich bei der Beklagten um den Mutterkonzern der Hauptschuldnerin handelt. Regelmäßig können Dritte davon ausgehen, dass die Muttergesellschaft Kenntnis von der Vermögenslage ihrer Tochtergesellschaft hat. Die Beklagte hat bislang auch nichts Gegenteiliges vorgetragen. Es wäre sehr lebensfremd, als Muttergesellschaft zu behaupten, man kenne die finanzielle Situation der eigenen Tochtergesellschaft nicht. Beweisbelastet ist dafür jedenfalls die Beklagte (vgl. Palandt/*Ellenberger* § 123 Rn. 30).
- 39 Zudem musste die Klägerin auch nicht den Umstand kennen, dass die Flaute GmbH in den Windkraftanlagen nur einen Wert von vier Millionen Euro gesehen hat. Zwar schrieb der damalige Geschäftsführer der Flaute GmbH dem Geschäftsführer der Klägerin vor dem Treffen zur Unterzeichnung des Bürgschaftsvertrages, dass dort nicht weiter über den Preis gesprochen werden solle. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Klägerin eine etwaige Täuschung der Flaute GmbH kennen musste. Es gab keinen Anlass für die Klägerin auf diese Erklärung hin weitere Nachforschungen anzustrengen. Die Klägerin konnte zu diesem Zeitpunkt nicht wissen, dass die Flaute GmbH die Windkraftanlagen für zu teuer hielt und zudem schon mit der möglichen Inanspruchnahme der Bürgin rechnete. Die Klägerin veranschlagte einen marktüblichen Preis und lies die Muttergesellschaft der Hauptschuldnerin wie üblich eine Bürgschaft für die Kaufpreisforderung unterschreiben. Die internen Besprechungen der Flaute GmbH und ihre Sorgen bezüglich des Preises und ihrer finanziellen Situation wurden der Klägerin erst durch die Klageerwiderung vom 12.06.2017 bekannt. Während der Preisverhandlungen zwischen der Klägerin und der Flaute GmbH wurde nicht davon gesprochen, dass die Windkraftanlagen nach ihrer Ansicht weniger wert seien. Für die Klägerin bestand somit kein Anlass, diese Möglichkeit in Betracht zu ziehen. Der Appell von Herrn Wend in dem Schreiben vom

10.04.2012, nicht über den Preis zu sprechen, konnte somit nur so verstanden werden, dass angesichts der Millionenforderung nicht immer wieder die Höhe dieser Summe betont werden sollte, damit es sich die Beklagte nicht noch anders überlegt und sich nicht aus einem Bürgschaftsvertrag verpflichten lassen möchte.

4. Kein Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 1, 2 BGB

- 40 Die Beklagte hat auch kein Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 BGB. Ein etwaiger Irrtum über die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners eröffnet für den Bürgen nicht die Möglichkeit einer Anfechtung (Müko BGB/*Armbrüster* § 119 Rn. 128). Es ist gerade Sinn und Zweck des Bürgschaftsvertrages, dass der Bürge das Risiko der Vermögenslosigkeit des Hauptschuldners übernimmt (Müko BGB/*Habersack* § 765 Rn. 37). Finanzielle Schwierigkeiten des Hauptschuldners sind das Geschäftsrisiko der Bürgin.
- 41 Auch ist bislang nicht ersichtlich, dass die Bürgin einem Erklärungs- oder Inhaltsirrtum unterlag. Eine etwaiges Anfechtungsrecht wäre mittlerweile auch verfristet.

Der Bürgschaftsvertrag vom 13.04.2017 ist somit von Anfang an als wirksam anzusehen und nicht angefochten worden.

II. Bestehen der Hauptschuld

- 42 Die Hauptschuld im Verhältnis zwischen der Flaute GmbH und der Deister GmbH besteht. Zuletzt wurde sie am 03.09.2015 durch das LG Hannover rechtskräftig festgestellt.

III. Keine Einwendungen der Beklagten

- 43 Zudem stehen der Beklagten keine Einwendungen zu. Durch das Fehlen einer Rechtzeitigen Rüge seitens der Hauptschuldnerin, hat diese ihre Mängelrechte verloren (Baumbach/*Hopt/Hopt* § 377 Rn. 45). Die Kaufsache gilt als genehmigt. Zudem wären etwaige Mängelrechte der Hauptschuldnerin verjährt. Die

Beklagte kann sich daher aus diesen beiden Gründen nicht nach § 768 Abs. 1 BGB auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Ob die fehlenden Rostbeschichtungen der Windkraftanlagen jeweils Mängel darstellen, bedarf daher keiner Erörterung.

1. Keine Einwendungen über § 768 Abs. 1 BGB

- 44 Der Beklagten stehen entgegen ihrer Behauptung in der Klageerwiderng vom 12.06.2017 keine Einwendungen gegen die Forderung der Klägerin über § 768 Abs. 1 BGB zu. Insbesondere kann sich die Beklagte nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Zwar darf die Beklagte als Bürgin nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB auch Einreden der Hauptschuldnerin aus deren Rechtsverhältnis zum Gläubiger geltend machen, jedoch nur in dem Umfang, in welchem die Einreden der Hauptschuldnerin tatsächlich noch zustehen (Palandt/*Sprau* § 768 BGB Rn. 6). Verliert der Hauptschuldner die Einrede, so verliert sie auch der Bürge (BGH Urt. vom 14.Juni 2016 XI ZR 242/15, juris Rn. 16)

a) Kein Zurückbehaltungsrecht der Hauptschuldnerin

- 45 Der Flaute GmbH steht kein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 Abs. 1 BGB zu. Etwaige Mängelrechte der Flaute GmbH aus den §§ 434 ff. BGB sind verjährt und zudem gem. § 377 Abs. 1, 3 HGB untergegangen.

Es kann somit dahinstehen, ob die Windkraftanlagen überhaupt mangelhaft sind.

Verliert die Hauptschuldnerin ihre Mängelrechte gem. § 377 HGB, so kann sich auch die Bürgin nicht mehr gem. § 768 Abs. 1 BGB auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen (Müko HGB/*Grunewald* § 377 Rn. 106; Oetker/*Koch* § 377 Rn. 140; BeckOK HGB/*Schwartz* § 377 Rn. 66).

aa) Verjährung der Mängelrechte der Hauptschuldnerin

- 46 Die Beklagte kann sich als Bürgin nicht mehr auf ein Zurückbehaltungsrecht der Hauptschuldnerin gem. § 768 Abs. 1 BGB berufen, weil die Mängelrechte der Hauptschuldnerin verjährt sind. Ob der Vertrag als Kauf- oder Werkvertrag ein-

zuordnen ist, kann an dieser noch Stelle noch dahinstehen. Die Mangelhaftigkeit der Windkraftanlagen unterstellt, folgt die Verjährung der Mängelrechte im Kaufrecht aus § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Danach verjähren Ansprüche bei einem Bauwerk in fünf Jahren. Verjährungsbeginn ist gem. § 438 Abs. 2 BGB die Ablieferung. Die Ablieferung fand spätestens am 11.06.2012 statt, ab diesem Zeitpunkt lief daher die fünfjährige Verjährungsfrist. Die Mängelrechte verjähren damit bereits im Juni 2017.

- 47 Kein anderes Ergebnis folgt aus einer Einordnung des Errichtungsvertrages als Werkvertrag. Auch § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB sieht eine fünfjährige Verjährungsfrist für etwaige Mängelansprüche vor. Verjährungsbeginn ist gem. § 634a Abs. 2 die Abnahme des Werks. Diese erfolgte spätestens am 11.06.2012.

bb) Ausschluss der Mängelrechte

- 48 Etwaige Mängelrechte sind jedenfalls gem. § 377 Abs. 1, 3 HGB ausgeschlossen. Der Hauptschuldnerin steht damit kein Nacherfüllungsrecht gem. § 439 Abs. 1 BGB zu.

(1) Anwendbarkeit von § 377 HGB

- 49 § 377 HGB ist auf den vorliegenden Vertrag zwischen der Klägerin und der Hauptschuldnerin anwendbar, weil es sich um einen beiderseitigen Handelskauf handelt. Handelsgeschäfte sind gem. § 343 Abs. 1 HGB alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. Käuferin und Verkäuferin sind vorliegend beide als GmbHs gem. § 13 Abs. 3 GmbHG iVm. § 6 Abs. 1 HGB Formkaufleute.

Zudem handelt es sich bei dem am 13.04.2012 geschlossenen Vertrag um einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB.

- 50 Pflicht der Klägerin war zwar nicht nur die Lieferung der Kaufsache, sondern auch dessen Montage, dies ändert aber nichts an dem Ergebnis, dass Kaufvertragsrecht auf den Vertrag vom 13.04.2012 Anwendung findet. Es handelt sich bei dem Vertrag um einen Lieferungsvertrag mit Montageverpflichtung. Der Ver-

trag ist entweder als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung oder als Werklieferungsvertrag zu qualifizieren. Jedenfalls findet Kaufrecht Anwendung.

- 51 Ob ein Kauf, Werk oder Werklieferungsvertrag vorliegt, entscheidet sich danach, auf welcher Leistung bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt (BGH, Urteil vom 03. März 2004 - VIII ZR 76/03 juris Rn. 10; BeckOGK BGB/*Molt* § 651 Rn. 21). Kaufrecht ist solange anwendbar, wie die Montageleistung nur eine untergeordnete Bedeutung einnimmt (Rudolph BauR 2012, 557, 566). Dabei ist auf die Art des zu liefernden Gegenstandes, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie auf die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses abzustellen. Werkvertragsrecht kommt insbesondere dann in Betracht, wenn über die Eigentumsübertragung ein weiterer, wesentlicher Erfolg geschuldet wird, der dem Vertrag das Gepräge gibt. (LG Hannover, Urteil vom 22.01.2010, 2 O 302/07, juris Rn. 57; BeckOK BGB/*Faust* § 433 Rn. 15). Vier der zu bauenden Windkraftanlagen wurden mit geringem Aufwand vor Ort aufgebaut. Sie wurden fertig angeliefert und mussten nur noch zusammengesetzt werden. Die anderen vier Anlagen wurden zwar vor Ort gebaut, dies verlagert den Schwerpunkt des Vertrages jedoch nicht hin zum Werkvertragsrecht. Die Tatsache, dass aus den gelieferten beweglichen Sachen eine unbewegliche Sache entsteht, begründet keinen Werkvertrag (BGH NJW 2009, 2877, 2878). Der Aufbau aller Anlagen nahm nur etwa drei Wochen in Anspruch, was im Verhältnis zum Kaufpreis von sechs Millionen Euro eine kurze Zeit ist. Daraus lässt sich schließen, dass die Material- und Beschaffungskosten der Klägerin deutlich höher waren als die Kosten für die Aufstellung der Windkraftanlagen. Außerdem stellte der Aufbau der Anlagen kein besonderes Ereignis für die Klägerin dar. Ein solcher Aufbau war für sie „business as usual“. Es gab keine besonderen Anpassungspflichten, die vor Ort vorgenommen werden mussten. Für einen Kaufvertrag spricht auch, dass vor dem Aufbau schon ein Festpreis für alle Anlagen gemeinsam vereinbart wurde.
- 52 Die Vertragspartner verhandelten gerade nicht über die einzelnen Anlagen gesondert, weil der Wert jeder einzelnen Anlage in etwa gleich ist, unabhängig von dem Aufwand für die Aufstellung.

- 53 Zudem wurden lediglich zwei Fundamente grundlegend neu errichtet. Die vorhandenen sechs Fundamente wurden nur mit Bauteilen aufgerüstet. Diese untergeordnete Planungs- und Bauleistung sprechen nicht für Bauleistungen seitens der Klägerin. Gerade durch die serienmäßig standardisierten Komponenten einer Windkraftanlage liegt eine Anwendung des Kaufrechts näher als eine Anwendung des Werkrechts (Günther, NZBau 2010, 465, 466). Für die Annahme von Werkrecht müsste die Lieferleistung weniger als 50% der Gesamtleistung betragen (OLG des Landes Sachsen-Anhalt 25.06.2009 I U 14/06, juris Rn. 66).
- 54 Unerheblich für die rechtliche Einordnung des Vertrages ist, dass es sich bei den Windkraftanlagen möglicherweise um ein Bauwerk handelt. Dies kann allenfalls ein Indiz für einen Werkvertrag sein (OLG Schleswig Urteil vom 7. September 2007 4 U 156/06, juris Rn. 20; Rudolph, BauR 2012 557, 561 f.). Gleichwohl ist dieses kleine Indiz vorliegend aus den vorstehenden Gründen entkräftet. Es steht insbesondere nicht der Anwendung von Kaufvertragsrecht entgegen, dass eine unbewegliche Sache entstanden ist (BGH NJW 2009, 2877, 2878). Maßgeblich ist, ob die Sachen im Zeitpunkt der Lieferung beweglich sind (Rudolph, Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht gemäß § 651 BGB, S. 82 ff.).
- 55 Nach alledem war Schwerpunkt des Vertrages der Verkauf der Windkraftanlagen und nicht der Aufbau vor Ort. Somit liegt der Schwerpunkt des Vertrages im Kauf- und nicht im Werkrecht. Damit findet Kaufvertragsrecht, ggf. über § 651 Abs. 1 BGB, Anwendung.
- 56 Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man, wenn den Vertrag vom 13.04.2012 nach der Kombinationslehre (vgl. dazu Müko BGB/Emmerich § 311 Rn. 29) beurteilt. Danach sind die einzelnen Leistungen des Vertrages gesondert voneinander zu beurteilen und nach den jeweils maßgeblichen Vorschriften zu bewerten.
- 57 Bei dem zwischen der Flaute GmbH und der Deister GmbH geschlossenen Errichtungsvertrag handelt es sich danach um einen typengemischten Vertrag mit kaufrechtlichen und werkvertragsrechtlichen Elementen. Nach der Kombinationslehre sind bei typengemischten Verträgen die verschiedenen Vertragsele-

mente gesondert zu betrachten und die jeweils einschlägigen Normen zu diesen Vertragsteilen gesondert anzuwenden.

Im vorliegenden Vertrag über die Errichtung von Windkraftanlagen ist ein Vertragsbestandteil eher dem Werkvertragsrecht zuzuordnen, wenn der entsprechende Teil überwiegend durch die Montageleistung oder die planerische Leistung bestimmt wird. Steht hingegen die mangelfreie Übereignung der Sache im Vordergrund, so ist nach der Kombinationslehre Kaufrecht anzuwenden.

Die Rostschäden sind infolge einer unzureichenden Kunststoffbeschichtung („ferrugoEX2“) aufgetreten. Die Beschichtung der Anlagen erfolgte („mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ - Gutachten: Bl. 16) schon bei der Herstellung und nicht erst bei der Errichtung der Anlagen. Somit kann die mögliche Mangelursache nicht im Zusammenhang mit der Montageleistung oder einer planerischen Leistung stehen. Bezüglich der vorgefertigten und zu verbauenden Teile der Anlagen stand ausschließlich die mangelfreie Übereignung im Vordergrund, sodass auch nach der Kombinationslehre Kaufrecht anzuwenden ist.

- 58 Im Übrigen traten die in Rede stehenden Rostschäden an allen errichteten Windkraftanlagen auf, folglich auch an den vieren, die wegen des geringen Montageaufwands ohnehin ausschließlich nach Kaufrecht zu behandeln sind. Würde man zu dem Ergebnis kommen, dass bezüglich der anderen vier Windkraftanlagen das werkvertragliche Mängelrecht zur Anwendung käme, so hätte dies zur Folge, dass in einem einheitlichen Vertrag wegen des gleichen Mangels zwei verschiedene Mängelrechte gelten würden und zwar willkürlich davon abhängig, ob die betreffenden Elemente der Anlage auf einem mit hohem oder geringem Aufwand zu errichtenden Fundament steht. Da die Beschaffenheit des Fundamentes keinen Einfluss auf die Rostbildung an der Anlage hat, kann dies von den Parteien nicht gewollt sein.

Daher ist auch nach der Kombinationslehre Kaufrecht anzuwenden.

(2) Keine ordnungsgemäße Untersuchung der Kaufsache

- 59 Somit war die Hauptschuldnerin auch dazu verpflichtet, die Kaufsache nach Ablieferung auf etwaige Mängel zu untersuchen und diese der Klägerin unverzüglich anzuzeigen, vgl. § 377 Abs. 1, 2 HGB. Maßgeblicher Zeitpunkt für die

Untersuchung einer Anlage ist ihre Inbetriebnahme (OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 460). Ab diesem Zeitpunkt hat eine Mängelrüge unverzüglich zu erfolgen, mithin ohne schuldhaftes Zögern, vgl. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB. Angesichts der Größe der Windkraftanlagen ist für die Untersuchung ein angemessener Zeitrahmen zu gewähren. Dieser ist jedoch mit einem technischen Gutachten, welches erst fünf Jahre nach Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt erstellt wurde, mit Sicherheit weit überschritten (vgl. OLG Koblenz NJW-RR 2015, 376). Eine Rüge ist der Klägerin bis heute nicht zugegangen.

Auch hat keine ordnungsgemäße Untersuchung stattgefunden. Die Beklagte hat bisher nichts Gegenteiliges Vorgetragen. Die Beweislast für eine ordnungsgemäße und unverzügliche Untersuchung trägt der Käufer (OLG Köln NJW-RR 1995, 29; OLG Karlsruhe NZG 2009, 396). Auch trägt der Käufer die Beweislast dafür, dass ein Mangel bei einer Untersuchung nicht erkennbar war (Baumbach/Hopt/Hopt § 377 HGB Rn. 55).

- 60 Für den Umfang der Untersuchung einer Kaufsache nach deren Ablieferung kommt es auf Handelsbräuche gem. § 346 HGB und auf die Umstände des Einzelfalls an (Baumbach/Hopt/Hopt § 377 Rn. 25). Entscheidend ist, was nach den konkreten Umständen angemessen erschien. Die Zumutbarkeit für den Käufer beurteilt sich dabei vor allem an dem für eine Überprüfung erforderlichen Kosten- und Zeitaufwand. Wird der Kaufpreis von sechs Millionen Euro und die Tatsache, dass es sich bei Windkraftanlagen um solche mit bestimmten Zulassungsstandards handelt, berücksichtigt, war eine umfangreiche Untersuchung vorzunehmen. Bei einer so teuren Anlage kann von der Käuferin erwartet werden, dass eine ausgiebige Untersuchung unter Hinzuziehung eines Sachverständigen stattfindet. Ein solcher Sachverständiger hätte die fehlende Rostbeschichtung zuverlässig erkannt. Soweit es für die Klägerin ersichtlich ist, hat die Hauptschuldnerin die Kaufsache jedoch gar nicht untersucht. Eine behauptete Untersuchung wird mit Nichtwissen bestritten. Auch wurde bislang nicht dazu vorgetragen, dass der Mangel nicht erkennbar sei und somit bei einer pflichtgemäßen Untersuchung nicht hätte erkannt werden müssen. Es handelt sich mithin um einen offenen Mangel, der unverzüglich nach Ablieferung der Sache offenbart werden muss.

- 61 Selbst wenn man von einem verdeckten Mangel ausginge, hat die Hauptschuldnerin ihre Mängelrechte jedenfalls dadurch verloren, dass sie auch nach Erkennen des scheinbaren Mangels diese Mangelhaftigkeit nicht gerügt hat. Zeigt sich später ein bei der ursprünglichen Untersuchung der Kaufsache nicht erkennbarer Mangel, so hat der Käufer diesen Mangel unverzüglich nach Entdeckung desselbigen der Verkäuferin anzuzeigen, vgl. § 377 Abs. 3 HGB. Der behaupteten Rostschäden wurden spätestens am 04.06.2017 durch die Mechaniker der Hauptschuldnerin erkannt, welche ihre Beobachtungen sofort weitergaben. Danach wurde durch das Sachverständigengutachten die fehlende Rostbeschichtung als Ursache ("mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit") für den Rost ausgemacht. Trotzdem unterließ es die Flaute GmbH bis heute der Klägerin einen Mangel anzuzeigen. Die Klägerin erfuhr erst durch die Beklagte in ihrer Klageerwiderung vom 12.06.2017 von etwaigen Rostschäden an den Windrädern der Flaute GmbH. Das stellt keine ordnungsgemäße Rüge dar.
- 62 Eine Rüge im Sinne des § 377 HGB muss grundsätzlich durch den Käufer erfolgen und kann nur im Rahmen einer Vertretung durch einen Dritten geschehen (Baumbach/Hopt/Hopt § 377 Rn. 33). Der Klägerin wurde weder eine Vollmacht vorgelegt, noch wurde sonst irgendwie ersichtlich, dass die Beklagte eine Erklärung für die Hauptschuldnerin abgeben wollte. Für die Verkäuferin muss ersichtlich sein, wer die Rüge erhoben hat (Oetker/Koch § 377 Rn. 77). Der Klägerin wurde weder eine Vollmacht vorgelegt, noch wurde sonst irgendwie ersichtlich, dass die Beklagte eine Erklärung für die Hauptschuldnerin abgeben wollte. War die Beklagte gleichwohl für eine solche Rüge berechtigt, so wird diese gem. § 174 BGB analog hiermit durch die Klägerin zurückgewiesen (vgl. zur analogen Anwendung des § 174 BGB: BeckOK HGB/Schwartz § 377 Rn. 44; sowie BGH NJW 2001, 289, 291). Die Beklagte trägt für eine wirksame Stellvertretung die Beweislast (BeckOK BGB/Schäfer § 174 Rn. 15). Einen solchen Beweis ist sie bislang schuldig geblieben. Auch ist die Beklagte nicht dadurch rügeberechtigt, dass sie ein Interesse daran hat, dass ein etwaiger Mangel rechtzeitig gerügt wird. Im Grundsatz gilt, dass nicht jeder, der ein Interesse daran hat, dass dem Käufer Mängelrechte erhalten bleiben, zugleich das Recht hat, mit einer Rüge auf das Vertragsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer einzuwirken (Müko HGB/Grunewald § 377 Rn. 69; Oetker/Koch § 377

Rn. 77). Dies geht mit dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse einher (vgl. zu dem Begriff: *Jauernig/Mansel* § 241 Rn. 4). Nach diesem Grundsatz sollen Dritte nicht auf das Schuldverhältnis von zwei anderen Personen einwirken können. Daher kann die Beklagte nicht ohne Vertretungsmacht einen Mangel an den Windkraftanlagen der Hauptschuldnerin rügen. Eine solche „aufgedrängte“ Rüge ist unwirksam.

- 63 Somit bleibt ein möglicher Mangel an den Windkraftanlagen durch die Käuferin bis heute ungerügt. Daher hat die Flaute GmbH ihre Mängelrechte spätestens durch die fehlende Rüge verloren. Eine nunmehr erfolgende Rüge wäre eindeutig zu spät. Da kein Nacherfüllungsanspruch der Käuferin gegeben ist, kann sich auch die Beklagte nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 768 Abs. 1 BGB berufen.

2. Keine Einrede der Anfechtbarkeit gem. § 770 Abs. 1 BGB

- 64 Der Beklagten steht auch keine Einrede der Anfechtbarkeit gem. § 770 Abs. 1 BGB zu. Solange die Hauptschuldnerin anfechten kann, kann die Bürgin die Erfüllung des Bürgschaftsvertrages verweigern (*Palandt/Sprau* § 770 Rn. 1). Dieses Anfechtungsrecht der Hauptschuldnerin muss noch bestehen, insbesondere dürfen keine Fristen verstrichen sein und das Geschäft darf nicht bestätigt sein (*Palandt/Sprau* § 770 Rn. 2; *jurisPK/Prütting* § 770 Rn. 2).

a) Kein Anfechtungsrecht der Hauptschuldnerin

- 65 Der Hauptschuldnerin steht kein Anfechtungsrecht wegen der möglichen Mangelhaftigkeit der Windkraftanlagen zu. Zwar kann ein Mangel einer Kaufsache grundsätzlich einen Irrtum des Käufers über eine verkehrswesentliche Eigenschaft begründen (vgl. *Palandt/Ellenberger* § 119 Rn. 27), gleichwohl wird ein solches Anfechtungsrecht durch die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften der §§ 434 ff. BGB ausgeschlossen (*Palandt/Ellenberger* § 119 Rn. 28). Auch ergibt sich kein Anfechtungsrecht aus dem Umstand, dass der ehemalige Geschäftsführer der Flaute GmbH, Herr Wend, die Windkraftanlagen für überteuert hielt. Der Wert einer Sache ist keine Eigenschaft eben dieser (BGHZ 16, 54/57, st. Rspr.).

Ein mögliches Anfechtungsrecht der Flaute GmbH wäre heute jedenfalls gem. § 121 Abs. 1 BGB verfristet.

b) Fehlende Erklärung

- 66 Zudem müsste die Beklagte die Einrede aus § 770 Abs. 1 BGB erhoben haben. An einer solchen Erklärung fehlt es derzeit. Die Erklärung des Prozessbevollmächtigten der Beklagten in der Klageerwiderung hat darauf keinen Einfluss (siehe oben Rn. 23).

3. Keine Verjährung der Bürgschaftsforderung

- 67 Vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass die Einrede der Verjährung nicht durchgreift. Der Bürgschaftsvertrag beinhaltet, entgegen der Bestimmungen der §§ 195, 199 BGB, eine Veränderung der Länge der Verjährung auf 5 Jahre. Eine solche Vereinbarung ist, sogar in AGB, wirksam. Verjährungsbeginn für einen Anspruch aus einer Bürgschaft ist grundsätzlich das Ende des Jahres, in dem auch die Hauptforderung der Gläubigerin fällig wird, vgl. § 199 Abs. 1 BGB. Die Forderung der Klägerin gegen die Flaute GmbH entstand im Jahr 2012, Verjährungsbeginn für die Bürgschaftsforderung war somit der 31.12.2012. Die Fünfjahresfrist läuft daher bis zum 31.12.2017. Durch die ordnungsgemäße Klageerhebung vom 02.05.2017 wurde die Verjährung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt.

Der Anspruch der Klägerin ist damit nicht verjährt.

IV. Keine Zurückweisung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin

- 68 Der klägerische Prozessbevollmächtigte ist schließlich nicht nach § 156 Abs. 2 BRAO i.V.m. § 43a Abs. 4 BRAO, § 3 BORA zurückzuweisen. Die Voraussetzungen der Norm liegen zulasten des Unterzeichnenden nicht vor. Nach § 43a Abs. 4 BRAO darf ein Rechtsanwalt keine widerstreitenden Interessen vertreten. Dieses Verbot wird durch § 3 BORA konkretisiert (vgl. Kleine-Cosack § 3 BORA Rn. 1). So darf ein Rechtsanwalt nach § 3 Abs. 1 Satz 1 BORA nicht tätig werden, wenn er eine andere Partei in derselben Rechtssache

im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise im Sinne der §§ 45, 46 BRAO beruflich befasst war.

- 69 Der Klägervertreter, Rainer Ernst, hat die Beklagte bislang als Rechtsanwalt weder beraten noch vertreten. Unter den Begriff der Vertretung fällt nur jede berufliche – forensische wie auch eine außergerichtliche – Vertretung und Beratung und/oder eine Interessenwahrung (Kleine-Cosack, § 43a BRAO Rn. 148). Zwar hat er vor seiner Tätigkeit bei Bloom & Partner bei der CTG Bavaria als Rechtsanwalt gearbeitet, mit der jetzigen Beklagten ist er dabei jedoch nicht in Berührung gekommen.

Die Beratung der Beklagten hat zum damaligen Zeitpunkt ausschließlich die CTG North übernommen, wozu sie lediglich auf Mustertexte zurückgegriffen hat, welche der Klägervertreter zuvor mitentwickelt hat. Diese Musterentwicklung stellt keine Tätigkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 BORA dar, da sie losgelöst vom Einzelfall ganz allgemein und ohne Einblicke in die internen Vorgänge der Beklagten erfolgte. Dies ist vergleichbar mit der Erstellung eines Formularhandbuchs. Rainer Ernst war nie mit der Mandatsarbeit beschäftigt, sondern nur mit der Erstellung von Mustertexten für alle 16 CTG Sozietäten.

- 70 Es kann somit nicht sein, dass der Unterzeichnende keine Mandate mehr gegen CTG Sozietäten vertreten darf, weil diese alle die Formulare verwenden. Dies gebietet auch eine verfassungskonforme Auslegung der § 43a Abs. 4 BRAO und § 3 Abs. 1 BORA mit Blick auf Art. 12 GG. Somit ist allenfalls die CTG North nach § 3 Abs. 1 BORA darin gehindert, nunmehr die Klägerin zu vertreten.

Beweis: 1. Zeugnis des Unterzeichners, zu laden über Bloom & Partner, Blumiger Platz 2a, 30157 Hannover
2. Schreiben von RA Ernst an Heinz Wend, Blatt 5 der Fallakte

- 71 Dieses Tätigkeitsverbot erstreckt sich allerdings nicht gem. § 3 Abs. 2 Satz 2 BORA auf den Klägervertreter. Danach gilt das Verbot des § 3 Abs. 1 BORA zwar auch für alle mit dem fraglichen Rechtsanwalt in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft, gleich welcher Rechts- oder Organisationsform, verbundenen Rechtsanwälte. Zwischen der CTG North und dem Kläger-

vertreter lag jedoch keine Verbundenheit im vorerwähnten Sinne vor. Der Bevollmächtigte Ernst war ausschließlich Mitarbeiter der CTG Bavaria, welche nicht nur räumlich, sondern auch rechtlich von der CTG North getrennt ist.

Beweis: 1. Schreiben von RA Ernst an Heinz Wend, Blatt 5 der Fallakte
2. NJW-aktuell 04/2012 S. 14, Blatt 17 der Fallakte

72 Die Ausdehnung des Tätigkeitsverbotes erstreckt sich nicht auf Kooperationen zwischen verschiedenen Sozietäten, sondern nur auf Berufsausübungsgemeinschaften (Kleine-Cosack § 3 BORA Rn. 16 und vor § 59 BRAO Rn. 11; Hartung § 3 BORA Rn. 100 m.W.N.). Eine solche Berufsausübungsgemeinschaft liegt zwischen der CTG Bavaria und der CTG North jedoch gerade nicht vor. Es sind zwei unterschiedliche Gesellschaften, die rechtlich nicht miteinander verbunden sind.

Somit liegt auf Seiten des Klägersvertreter keine Interessenkollision vor.

V. Zurückweisung des Prozessbevollmächtigten der Beklagten

73 Ergänzend wird die Zurückweisung des Prozessbevollmächtigten der Gegenseite angeregt:

74 Die Beklagte wird durch die CTG North, insbesondere durch den Rechtsanwalt Dr. Graufreud, vertreten. Die CTG North vertritt jedoch nicht nur die Beklagte als Bürgin, sondern auch die Flaute GmbH als Schuldnerin der zu sichernden Forderung. Auch die Flaute GmbH wird intern durch den Rechtsanwalt Dr. Graufreud betreut.

Beweis: Schreiben der CTG North vom 04.06.2012, Blatt 4 der Fallakte

75 Die rechtliche Vertretung der Schuldnerin auf der einen Seite, und der Bürgin auf der anderen Seite verstößt gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gem. § 43a Abs. 4 BRAO, § 3 BORA.

Dies ergibt einen Zurückweisungsgrund gem. § 156 II BRAO. Danach „soll“ das Gericht den Prozessbevollmächtigten zurückweisen. Die Vorschrift gilt in jedem

Fall für ein Auftreten in einer mündlichen Verhandlung (Kleine-Cosack § 156 BRAO Rn. 3).

1. Begründung

a) Dieselbe Rechtssache

- 76 Bei der anderweitigen rechtlichen Vertretung der Flaute GmbH, handelt es sich um eine *berufliche* Vorbefassung mit derselben Rechtssache. Gemäß § 3 Abs. 1, S. 1 BORA muss sich die Vertretung auf dieselbe Rechtssache beziehen, also denselben Lebenssachverhalt als Grundlage haben (Feurich/Weyland/Träger, § 43a BRAO, Rn. 60). Der Begriff derselben Rechtssache wird dabei grenzenlos weit interpretiert (Kleine-Cosack § 43a BRAO Rn. 141). Überschneidet sich der Lebenssachverhalt, mit dem der Anwalt befasst war, oder existiert eine auch nur teilweise Einheit der daraus resultierenden materiellen Rechtsverhältnisse mit dem neuen Verfahrens- oder Vertretungsgegenstand, so muss dies zwingend eine Ablehnung des Mandats zur Folge haben (Henssler/Prütting/Henssler, § 43a BRAO, Rn. 199). Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Streitstoff in einem einheitlichen Verfahren verhandelt wird, es ist lediglich der zugrundeliegende historische Vorgang entscheidend (Henssler/Prütting/Henssler, § 43a BRAO, Rn. 200). Eine solche Sachverhaltsidentität liegt hier im Hinblick auf den Errichtungs- sowie den Bürgschaftsvertrag vor. Die Identität folgt bereits aus dem Gegenstand der Beratung. Denn die Beratung war im Hinblick auf die Flaute GmbH unter anderem auf deren Zahlungspflichten aus dem Errichtungsvertrag vom 13.04.2012 gerichtet. Aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft betrifft auch die Beratung der Beklagten mittelbar Zahlungspflichten aus ebendiesem Errichtungsvertrag. Zudem wurden der Errichtungs- und Bürgschaftsvertrag beide am 13.04.2012 in unmittelbarem Zusammenhang geschlossen.
- 77 Rechtsanwalt Dr. Graufreud hat die Flaute GmbH bereits in Zusammenhang mit der Feststellung der gesicherten Forderung der Klägerin vor dem LG Hannover, Az. 99 O 500/12, vertreten.

Beweis: Rubrum des Urteils des LG Hannover vom 03.09.2015, Blatt 23 der Fallakte

- 78 Das hier streitgegenständliche Verfahren hat die Inanspruchnahme aus der Sicherung eben jener Forderung zum Gegenstand.
Sachverhaltsidentität liegt damit eindeutig vor.

b) Widerstreitende Interessen

- 79 Durch die Vertretung sowohl der Schuldnerin der Hauptforderung, als auch der Beklagten als Bürgin, fehlt dem Rechtsanwalt Dr. Graufreud die nötige Unabhängigkeit bezüglich des streitigen Verfahrens. Dies betrifft einerseits die Unabhängigkeit gegenüber dem Mandanten, und andererseits die innere Unabhängigkeit des Rechtsanwalts (vgl. Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, Anwaltliches Berufsrecht, § 43a BRAO, Rn. 97). Derjenige Rechtsanwalt, der zugleich zwei Herren (mit kollidierenden Interessen) dient, ist als Organ der Rechtspflege schon aufgrund seiner potentiellen Erpressbarkeit gefährdet (Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, Anwaltliches Berufsrecht, § 43a BRAO, Rn. 97). Durch das interessengegensätzliche Verhalten des Rechtsanwalts ist es nicht erheblich, ob das Verhalten tatsächlich für den Mandanten schädlich ist (BVerfG NJW 2001, 3180, 3181; Kleine-Cosack § 43a BRAO Rn. 158). Es muss zu keinem Nachteil der Partei kommen, ein solcher braucht nicht einmal zu befürchten sein, da das Verbot eine rein objektive Schutzfunktion hat (BVerfG NJW 2001, 3180, 3181; vgl. dazu auch Schönke/Schröder/Heine/Weißer § 356 Rn. 1).
Die Kollision der Interessen ergibt sich vorliegend daraus, dass die durch den Beklagtenvertreter erklärte Anfechtung eine behauptete Täuschung der Hauptschuldnerin beinhalten (siehe oben Rn. 31). Die Interessen der Flaute GmbH und der Beklagten sind damit inkongruent.
- 80 Ein Anwalt kann nicht gleichzeitig einen möglichen Anfechtungsberechtigten beraten und zugleich den vermeintliche Täuschenden. Zudem ergeben sich widerstreitend Interessen dadurch, dass die Bürgschaft untrennbar mit der Hauptschuld verzahnt ist (Grundsatz der Akzessorietät, vgl. Palandt/Sprau Einf. vor § 765 Rn. 1 und § 765 Rn. 28 f.).

- 81 Je nachdem, ob die Anfechtung der Beklagten durchgreift und der Bürgschaftsvertrag damit als nichtig anzusehen ist, fällt dies entweder zu Lasten der Beklagten als Mandantin des Rechtsanwalts Dr. Graufreud, oder mittelbar zu Lasten der Flaute GmbH, welche ebenfalls Mandantin des RA Dr. Graufreuds ist. Denn im Hinblick auf die Rückgriffsmöglichkeit des Bürgen nach § 774 BGB gegenüber dem Hauptschuldner ist eine Kollision der Interessen des Bürgen einerseits und denen des Hauptschuldners andererseits gegeben. Besteht der geltend gemachte Bürgschaftsanspruch der Klägerin und zahlt die Beklagte den geschuldeten Betrag, so kann sie gem. § 774 Abs. 1 BGB die Forderung bei der Hauptschuldnerin geltend machen.
- 82 Ersichtlich werden die widerstreitenden Interessen auch dadurch, dass der Prozessbevollmächtigte der Beklagten selbst durcheinanderkommt, für wen er gerade agiert. Nur so ist der Hintergrund der unter keinen Umständen verständlichen (vgl. schon oben Rn. 17 ff.) Erklärung des Beklagtenvertreters aus der Klageerwiderung vom 12.06.2017 zu erklären. Durch die Sachverhaltsidentität und die unterschiedlichen Interessen der Mandanten des Beklagtenvertreters ist es ersichtlich schwierig, den Überblick über die einzelnen Rechtsverhältnisse zu behalten, und eine zuverlässige und unabhängige Beratung zu gewährleisten. Gerade die Sicherung der Unabhängigkeit und Einseitigkeit der anwaltlichen Beratung ist der Normzweck der § 3 Abs. 1 BORA und 43a Abs. IV BRAO (BeckOK BORA/Römermann/Praß § 3 BORA Rn. 7; BVerfG NJW 2003, 2520, 2521). Unter den derzeitigen Voraussetzungen kann der Beklagtenvertreter keine seriöse Beratung der Bürgin und Hauptschuldnerin vornehmen.

Widerstreitende Interessen des Prozessbevollmächtigten der Beklagten sind somit gegeben.

c) Vertreten in derselben Rechtssache

- 83 Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten „vertritt“ auch widerstreitende Interessen. Eine „Vertretung“ setzt dabei nicht die Vertretung nach außen voraus, sondern sie umfasst auch das Dienen durch Rat und Beistand (Feurich/Weyland/Träger, § 43a BRAO, Rn. 66; Kleine-Cosack § 43a BRAO Rn. 147). Unter *dienen* versteht man dabei jede berufliche Tätigkeit des Rechtsan-

walts, durch die das Interesse durch Rat und Beistand gefördert werden soll (BRAK-Mitt. 1985, 114 (114); Feurich/Weyland/Träger, § 43a BRAO, Rn. 66).

84 Ein Rechtsanwalt dient bereits dann pflichtwidrig beiden Parteien, wenn er zwar im Rahmen beider Mandate denselben Rechtsstandpunkt zu dem ihm anvertrauten Sachverhalt vertritt, dies aber nunmehr den Interessen des ersten Mandanten zuwiderläuft (BGH NJW 1987, 335 (335); Feurich/Weyland/Träger, § 43a BRAO, Rn. 66).

85 Der Beklagtenvertreter Rechtsanwalt Dr. Graufreud ist bereits seit längerer Zeit, zumindest seit dem Jahr 2012, ebenfalls für die Flaute GmbH als Rechtsbeistand tätig.

Beweis: Schreiben der CTG North vom 04.06.2012, Blatt 4 der Fallakte

86 Das Dienen der Partei ist eine direkte Tatbestandsvoraussetzung. Das lediglich auf einem Sozietätsverhältnis beruhende Anvertrautsein der Rechtssache kann diese Voraussetzung nicht erfüllen (Vgl. Feurich/Weyland/Träger, § 43a BRAO, Rn. 66). Der Rechtsanwalt Dr. Graufreud war innerhalb des CTG-Verbundes selbst und persönlich für die Belange der Flaute GmbH zuständig, hat mithin auch ihren Interessen gedient.

Beweis: 1. Schreiben der CTG North vom 04.06.2012, Blatt 4 der Fallakte
2. Rubrum des Urteils des LG Hannover vom 03.09.2015, Blatt 23 der Fallakte

2. Ergebnis und Rechtsfolge

87 Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten unterliegt damit im Ergebnis einem Interessenkonflikt im Sinne der § 43a Abs. 4 BRAO, § 3 Abs. 1 BORA. Entsprechend dem Verbot des Vertretens widerstreitender Interessen gemäß § 43a Abs. 4 BRAO ist es dem RA Dr. Graufreud deshalb verboten, die rechtlichen Interessen der Beklagten in dieser Sache zu vertreten und als Prozessbe-

vollmächtiger für die Beklagte aufzutreten. Ein Vertretungsverbot im Sinne des § 156 Abs. 2 BRAO ist somit zulasten des Beklagtenvertreterers gegeben.

Beglaubigte und einfache Abschrift anbei.



Rainer Ernst
Rechtsanwalt

Anlagen:

- Anlage I: Inhaltsverzeichnis
- Anlage II: Rechtsprechungsverzeichnis
- Anlage III: Literaturverzeichnis

gem. § 9 III der Regeln des 5. Hans Soldan Moot zur Anwaltlichen Berufspraxis 2016
Abweichend von § 131 I ZPO wird gem. § 9 IV der Regeln des 5. Hand Soldan Moot
zur Anwaltlichen Berufspraxis 2017 auf die Beifügung der Urkunden verzichtet, auf die
im Schriftsatz Bezug genommen wird.

Anlage 1 – Inhaltsverzeichnis

A. Streitgegenständliches Geschehen.....	2
B. Rechtliche Würdigung.....	6
I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag.....	6
1. Unwirksamkeit der Anfechtungserklärung.....	6
2. Kein Anfechtungsrecht aus § 123 Abs. 1, 2 BGB.....	9
3. Kein Anfechtungsrecht über § 123 Abs. 2 BGB.....	11
a) Flaute GmbH als “Dritte”.....	11
b) Keine Täuschung durch die Flaute GmbH.....	13
c) Keine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis einer etwaigen Täuschung.....	14
4. Kein Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 1, 2 BGB.....	15
II. Bestehen der Hauptschuld.....	15
III. Keine Einwendungen der Beklagten.....	15
1. Keine Einwendungen über § 768 Abs. 1 BGB.....	16
a) Kein Zurückbehaltungsrecht der Hauptschuldnerin.....	16
aa) Verjährung der Mängelrechte der Hauptschuldnerin.....	16
bb) Ausschluss der Mängelrechte.....	17
(1) Anwendbarkeit von § 377 HGB.....	17
(2) Keine ordnungsgemäße Untersuchung der Kaufsache.....	20
2. Keine Einrede der Anfechtbarkeit gem. § 770 Abs. 1 BGB.....	23
a) Kein Anfechtungsrecht der Hauptschuldnerin.....	23
b) Fehlende Erklärung.....	24

3. Keine Verjährung der Bürgschaftsforderung.....	24
IV. Keine Zurückweisung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin.....	24
V. Zurückweisung des Prozessbevollmächtigten der Beklagten.....	25
1. Begründung.....	27
a) Dieselbe Rechtssache.....	27
b) Widerstreitende Interessen.....	28
c) Vertreten in derselben Rechtssache.....	29
2. Ergebnis und Rechtsfolge.....	30

Anlage 2 – Literatur und Rechtsquellenverzeichnis

<i>Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert (Hrsg.)</i>	Beck'scher Online-Kommentar BGB, 42. Edition (Stand 01.02.2017), München 2017 (zit.: BeckOK BGB/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Baumbach, Adolf/ Hopt, Klaus (Hrsg.)</i>	Handelsgesetzbuch, 37. Auflage München 2016 (zit.: Baumbach/Hopt/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Beckmann, Roland Michael (Hrsg.)/ Junker, Markus (Hrsg.)/ Rüßmann, Helmut (Hrsg.)</i>	juris Praxis Kommentar BGB, Band 2, 7. Auflage, 2014 (zit.: jurisPK/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Eser, Albin (Gesamtredaktion)</i>	Schönke/Schröder Kommentar zum StGB, 29. Auflage München 2014 (zit.: Schönke/Schröder/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Feuerich, Wilhelm E. / Weyland, Dag et. al. (Hrsg.)</i>	Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar, 9. Aufl., München 2016 (zit.: Feuerich/Weyland/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Gaier, Reinhard/Wolf, Christian/Göcken, Stephan</i>	Anwaltliches Berufsrecht, 2. Auflage 2014 (zit.: Gaier/Wolf/Göcken/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Günther, Thomas</i>	Ausschluss von Mängelrechten – Schärfere Rügepflichten bei Solar- und Windenergieanlagen?, NZBau 2010, 465-469
<i>Grunewald, Barbara (Bandredakteurin)</i>	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 5, 3. Auflage München 2013 (zit.: Müko HGB/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Gsell, Beate / Krüger, Wolfgang / Lorenz, Stephan / Mayer, Jörg (GesamtHrsg.)</i>	beck-online. Großkommentar BGB, München 2015 (zit.: BeckOGK BGB/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Hartung, Wolfgang/Scharmer, Hartmut</i>	Berufs- und Fachanwaltsordnung, 6. Auflage München 2016 (zit.: Hartung/Scharmer/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland (Hrsg.)</i>	Handelsgesetzbuch (zit.: BeckOK HGB/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Henssler, Martin / Prütting, Hanns (Hrsg.)</i>	Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar, 4. Aufl., München 2014 (zit.: Henssler/Prütting/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Jauernig, Othmar/ Stürner, Rolf/ Berger, Christian</i>	Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage, München 2014 (zit.: Jauernig/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Kleine-Cosack, Michael (Hrsg.)</i>	Bundesrechtsanwaltsordnung mit Berufs- und Fachanwaltsordnung. Kommentar, 7. Aufl., München 2015
<i>Oetker, Hartmut (Hrsg.)</i>	Handelsgesetzbuch, 5. Auflage München 2017 (zit.: Oetker/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Palandt, Otto (Begr.)</i>	Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Aufl., München 2015 (zit.: Palandt/ <i>Bearbeiter</i>)

<i>Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.)</i>	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Allgemeiner Teil §§ 1-240, 7. Aufl., München 2015 (zit.: Müko BGB/Bearbeiter)
<i>Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.)</i>	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 7. Aufl., München 2016 (zit.: Müko BGB/Bearbeiter)
<i>Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.)</i>	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705-853, 6. Aufl., München 2013 (zit.: Müko BGB/Bearbeiter)
<i>Schulze, Reiner et. al. (Hrsg.)</i>	Nomos Handkommentar BGB, 8. Aufl., Baden-Baden 2014 (zit.: HK-BGB/Bearbeiter)
<i>Soergel, Hans-Theodor (Begr.)</i>	Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2 Allgemeiner Teil, 13. Auflage 1999 (zit.: Soergel/Bearbeiter)
<i>Römermann, Volker (Hrsg.)</i>	Beck'scher Online-Kommentar BORA, 12. Edition, Stand: 01.06.2016, München 2016 (zit.: BeckOK BORA/Bearbeiter)
<i>Rudolph, Jochen</i>	Der Lieferungsvertrag mit Montageverpflichtung – ein „Klassiker“ in (teilweise) neuem Licht, BauR 2012 557-571
<i>Rudolph, Jochen</i>	Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht gemäß § 651 BGB, Baden-Baden 2009
<i>Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Löbke, Marc (Hrsg.)</i>	GmbHG Großkommentar Band 2, 2. Auflage Tübingen 2014 (zit.: UHL/Bearbeiter)
<i>von Staudinger, Julius (Begr.)</i>	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 1- Allgemeiner Teil §§ 90-124; 130-133 Neubearbeitung 2017 (zit.: Staudinger/Bearbeiter)
<i>von Staudinger, Julius (Begr.)</i>	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 2- Recht der Schuldverhältnisse §§ 765 – 778 Neubearbeitung 2012 (zit.: Staudinger/Bearbeiter)

Anlage 3 – Rechtsprechungsverzeichnis

BGH, Urteil vom 23. Februar 1956 – II ZR 207/54, BGHZ 20, 109-112

BGH, Urteil vom 13. Mai 1957 – II ZR 56/56, BGH NJW 1957, 988-989

BGH, Urteil vom 20. Juni 1962 – V ZR 209/60, BGH NJW 1962, 1907-1908

BGH, Urteil vom 17. Oktober 1986 – 1 StR 519/86, BGH NJW 1987, 335-336

BGH, Urteil vom 22. Oktober 1987 – IX ZR 267/86, BGH NJW 1988, 3205-3207

BGH, Urteil vom 13. Juli 1988 – VIII ZR 224/87, BGH NJW 1989, 763-764

BGH, Urteil vom 12. März 1992 – IX ZR 141/91, BGH NJW 1992, 1446-1448

BGH, Urteil vom 09. April 1992 – IX ZR 145/91, BGH NJW-RR 1992, 1005-1007

BGH, Urteil vom 13. August 1997 – VIII ZR 246/96, BGH NJW-RR 1998, 712-713

BGH, Urteil vom 17. Oktober 2000 – X ZR 97/99, BGH NJW 2001, 289-291

BGH, Urteil vom 20. Oktober 2000 – V ZR 285/99, BGH NJW 2001, 64-65

BGH, Urteil vom 14. November 2000 – XI ZR 336/99, BGH NJW 2001, 358-359

BGH Urteil vom 03. März 2004 - VIII ZR 76/03

BGH, Urteil vom 22. Februar 2005 – X ZR 123/03, BGH NJW-RR 2005, 1082-1085

BGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 – III ZR 37/05, BGH NJW 2006, 286-288

BGH, Urteil vom 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, BGH NJW 2009, 2877-2880

BGH Urteil vom 14. Juni 2016 - XI ZR 242/15

BGHZ 16, 54/57

BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 24. Mai 2001 – 2 BvR 1373/00, BVerfG NJW 2001, 3180-3181

BVerfG, Beschluss vom 03. Juli 2003 – 1 BvR 238/01, BVerfG NJW 2003, 2520-2523

OLG Köln, Urteil vom 06. Mai 1994 – 19 U 241/93, OLG Köln NJW-RR 1995, 28-29

Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 07. Dezember 1995 – 5 U 58/95, OLG Brandenburg NJW-RR 1996, 724-727

OLG Schleswig, Urteil vom 7. September 2007 - 4 U 156/06

OLG Karlsruhe, Urteil vom 05. November 2008 – 7 U 15/08, OLG Karlsruhe NZG 2009, 395-398

OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 25.06.2009 - I U 14/06

LG Hannover, Urteil vom 22.01 2010 - 2 0 302/07

OLG Düsseldorf, Urteil vom 06. November 2012 – I-21 U 75/11, OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 460-462

OLG Koblenz, Beschluss vom 15. Oktober 2014 – 2 U 22/14, OLG Koblenz NJW-RR 2015, 376-378