

Lösung Klausur Nr. 1703

Heide Heissler
Rechtsanwältin
Bismarckstraße 12
(...) Erlangen

20. Februar 2026

An das
Amtsgericht Erlangen
(...) Erlangen

Az.: 3 C 777/25

In dem Rechtsstreit¹

1. der „CK Anlageberatung GmbH“, Heinestraße 44, (...) Erlangen, vertreten durch Alleingeschäftsführer Casper Kötz, Schillerstraße 33, (...) Erlangen
- Klägerin und Widerbeklagte -²

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Falk Fischer, Schillerstraße 11, (...) Erlangen

2. Casper Kötz, Schillerstraße 44, (...) Erlangen
- Drittwiderbeklagter -
gegen

Burghardt Beister, Bismarckstraße 37, (...) Erlangen
- Beklagter und Widerkläger -

zeige ich unter Vollmachtsvorlage an, dass ich den Beklagten vertrete.

Hiermit widerrufe ich den am 17. Februar 2026 geschlossenen Prozessvergleich

und werde beantragen, die Klage abzuweisen.

Gleichzeitig erhebe ich Widerklage und Drittwiderklage mit folgenden Anträgen:

1. Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte werden gesamtschuldnerisch verurteilt, an den Beklagten 2.000 € nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszins hieraus seit 6. November 2025 zu bezahlen.
2. Der Drittwiderbeklagte wird weiterhin verurteilt, als Gesamtschuldner neben der Klägerin weitere 2.000 € nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszins aus weiteren 2.000 € seit 7. Mai 2025 zu bezahlen.

¹ Bei einer Drittwiderklage reicht ein bloßes Kurzrubrum grds. nicht aus (vgl. dazu Assessor-Basics Anwaltsklausur, § 2, RN 45, 50).

Hinweis: Der *insgesamt* höhere Betrag der Drittwiderklage im Vergleich zur Widerklage erklärt sich daraus, dass es um die Schaffung eines Titels auch für den Mietzins von Mai 2025 geht: Der Vollstreckungsbescheid richtet sich nur gegen die Klägerin, ließe also keinen Zugriff auf das Privatvermögen zu. Bezüglich der Zinsen ist auf den unterschiedlichen Verzugsbeginn wegen unterschiedlicher Fälligkeitstermine unter Ausklammerung von Wochenende und Feiertagen (vgl. §§ 286 II Nr. 1, 556b I, 579 II, 187 I BGB; s.u.) zu achten: zu nennen ist also der vierte Werktag des Monats.

A. Hinsichtlich des **Tatsachenvortrags** zur Klage ist dem bisherigen Vorbringen der Parteien in der Klageschrift und Klageerwiderung derzeit nichts mehr hinzuzufügen.

Der Widerklage liegt zugrunde, dass die Klägerin die Miete für den Monat November 2025 erneut nicht bezahlt hat.³

Der Drittwiderklage liegen überdies folgende Tatsachen zugrunde:

Am 7. August 2018 einigten sich der Beklagte und der Drittwiderbeklagte über den Mietvertrag hinaus auch dahingehend, dass letzterer für die Forderungen aus dem Mietvertrag vom 7. August 2018 im Wege des Schuldbeitritts die gesamtschuldnerische Mithaftung für die Mietverbindlichkeiten der Klägerin aus dem am 7. August 2018 zwischen der Klägerin und dem Beklagten geschlossenen Mietvertrag haften. Diese gesamtschuldnerische Haftung bezieht sich nach dieser Abrede ohne betragsmäßige Obergrenze auf sämtliche Verbindlichkeiten, die sich aus diesem Mietvertrag für den Vermieter gegen die Mieterin ergeben.

Beweis: Schuldbeitrittsvertrag vom 7. August 2018 (Anlage B₁)

Während sich die Widerklage allein auf die Miete für den Monat November 2025 stützt, erfasst die Drittwiderklage den Mai 2025 und den November 2025.

B. Zu den **Rechtsfragen des Falles** ist Folgendes auszuführen:

I. Zur **Unbegründetheit der Klage:**

1. Die erhobene Vollstreckungsabwehrklage gemäß §§ 767 I, 794 I Nr. 4, 795 S. 1 ZPO ist bereits deswe-

² Im Rubrum werden die Parteien – wie auch im späteren Urteil – noch mit ihrer Doppelrolle bezeichnet, im weiteren Text nur noch mit der ursprünglichen Parteierolle.

³ Da die Beweislast für die Einwendung der Erfüllung beim Schuldner läge, ist hier kein Beweisangebot abzugeben.

gen unbegründet, weil es sich bei der von der Klägerin geltend gemachten Aufrechnung selbst dann, wenn die aufgerechnete Forderung bestünde, um eine „alte Tatsache“ handeln würde. Daher steht bereits die auf der Rechtskraft des Vollstreckungsbescheids beruhende **Präklusion gemäß § 796 II ZPO** einer Überprüfung der behaupteten Forderung im Rahmen dieses Klageantrags entgegen.

Dabei kommt es hier nicht einmal auf die Streitfrage an, ob auf den Zeitpunkt der *tatsächlichen* Ausübung der Aufrechnungserklärung abzustellen ist oder – wie es der BGH vertritt⁴ – auf den Zeitpunkt der erstmaligen *Möglichkeit* der Ausübung.

Im vorliegenden Fall ist nämlich selbst die Aufrechnungserklärung eine „alte“ Tatsache: Die Formulierung „und nicht mehr durch Einspruch geltend gemacht werden können“ in der hier einschlägigen Sonderregel des § 796 II ZPO besagt, dass der Antragsgegner des Vollstreckungsbescheids seine Einwendungen gegen den Anspruch *vorrangig* mit dem Einspruch gemäß §§ 700 I, 338 ZPO geltend machen muss, auch wenn die Einwendung erst *nach* Zustellung des Vollstreckungsbescheids, aber vor Ablauf der Einspruchsfrist entstanden ist. Präkludiert sind demnach alle Einwendungen, die *vor Ablauf der Einspruchsfrist* der §§ 339 I, 700 I ZPO entstehen.⁵

Da diese hier zwei Wochen nach der Zustellung vom 6. August 2025 ablief, also am 20. August 2025, unterliegt auch die Aufrechnungserklärung vom 9. August 2025 der Präklusion.

2. Überdies bestand auch **kein gemäß §§ 387 ff BGB aufrechenbarer Zahlungsanspruch** des Klägers: Der geltend gemachte Zahlungsanspruch wegen der Aus- und Einbaukosten des Parketts war nämlich ohnehin nicht gegeben.

Hemmer-Klausur-Tipp: Arbeiten Sie „mit doppeltem Boden“, wenn der Fall es ermöglicht! Ein solches anwaltliches Arbeiten mit Mehrfachbegründungen wird auch im Assessorexamen regelmäßig so verlangt. Grund: Nicht Sie als Anwalt treffen die Entscheidung, sondern das Gericht. Es besteht immer die Möglichkeit, dass das Gericht eine Tatsachen- oder Rechtsfrage anders behandelt als Sie dies erwarten. Das kann sogar dann passieren, wenn Sie den BGH „im Rücken“ haben!

Im vorliegenden Fall kommt hinzu: Der Kläger hat noch die Möglichkeit, seinen angeblichen Anspruch

im Wege der Klageänderung als Zahlungsklage geltend zu machen oder über Aufrechnung gegenüber der Forderung für *November 2025* zu erklären.

- a. Ein **Aufwendungsersatzanspruch** gemäß § 439 III BGB ist vorliegend nicht gegeben.

Anmerkung: Es handelt sich um einen vom Vertretenmüssen unabhängigen Anspruch. Zum Problem des Vertretenmüssens siehe unten.

Dieser Aufwendungsersatzanspruch ist im vorliegenden Fall ausgeschlossen, da der konkrete Mangel bereits vor Durchführung der Maßnahmen i.S.d. § 439 III BGB „offenbar wurde“.

- (1) Angesichts der in der Klageerwidderung vorgetragene Umstände muss davon ausgegangen werden, dass der gemäß § 166 I BGB maßgebliche Geschäftsführer der Käuferin im Moment *des Einbaus* des mangelhaften Parketts ab dem 20. Februar 2025 Kenntnis von den ihm auf mehreren Wegen und mit Dringlichkeitsvermerk zugesandten Informationen erlangt und – aus welchen Gründen auch immer – nur versäumt hatte, die notwendigen Konsequenzen zu ziehen.

Anmerkung: Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Käuferin bereits im Moment *der Übergabe*, also einen Fall von § 442 I S. 1 BGB behauptet hier nicht einmal der Verkäufer. Beachten Sie: § 442 BGB gilt bei Verbrauchsgüterkaufverträgen i.S.d. § 474 BGB (hier nicht gegeben) gemäß § 475 III S. 2 BGB nicht mehr.

- (2) Selbst wenn der Geschäftsführer der Käuferin die ihm auf mehreren Wegen zugegangenen Informationen – wie er unglaublich behauptet – tatsächlich nicht zur Kenntnis genommen haben sollte, wäre der Anspruch vorliegend ausgeschlossen.

Anmerkung: Hier geht es wieder um einen „Plan B“. Was ist, wenn das Gericht im Rahmen einer rechtlichen Streitfrage nicht die uns günstige These vertreten sollte, wenn der angebotene Beweis nicht funktioniert, wenn das Gericht unseren Tatsachenbehauptungen nicht folgen sollte? Im vorliegenden Fall drängten sich die Beweisfragen bzgl. der angeblich nicht geöffneten Post im Sachverhalt regelrecht auf.

Für das „Offenbarwerden“ des Mangels i.S.d. § 439 III BGB bzw. dem Art. 14 III WKRL (RL

⁴ Vgl. etwa BGH NJW 1994, 2269 zur Aufrechnung bzw. BGH NJW 2004, 1252 zur Anfechtung und BGH NJW 2020, 2876 [RN 15 ff] = Life & Law 2020, 657 zum Verbraucherwiderruf.

⁵ Siehe dazu etwa BGH NJW 2020, 2876 [RN 11] = Life & Law 2020, 657; BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011, Az. IX ZR 56/11 [RN 11]; Musielak/Voit/Lackmann § 796, RN 3; angedeutet bei ThP § 796, RN 2.

2019/771/EU), kommt es nach zutreffender h.M. nicht auf das tatsächliche Erkennen des Mangels im Sinne positiver Kenntnis an.⁶

Für das „Offenbarwerden“ des Mangels genügt es richtigerweise bereits, wenn der Käufer grob fahrlässig seine Augen vor dem Mangel verschließt. Wenn nur positive Kenntnis des Käufers den Anspruch ausschließen sollte, so hätte es nahegelegen, genau dies auch so zu formulieren, was in anderen Vorschriften (z.B. § 442 I S. 1 BGB) auch so geschehen ist.⁷

Naheliegend ist sogar folgende Auslegung: Erforderlich für das „Offenbarwerden“ ist, dass der Mangel sich körperlich an der Sachsubstanz des Kaufgegenstands manifestiert und zum relevanten Zeitpunkt – bei § 439 III BGB also bei Einbau – *objektiv erkennbar* ist. Dabei ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines Durchschnittskunden abzustellen.⁸

Überdies ist es im Rahmen des § 439 III BGB möglich, eine treuwidrige Berufung auf die fehlende objektive Erkennbarkeit als rechtsmissbräuchlich zu verweigern ist (§ 242 BGB). Dies ist u.a. der Fall, wenn der Verkäufer vor Einbau auf einen *möglichen* Mangel hingewiesen und eine eigene Prüfung angeboten hat, der Käufer aber dennoch einbaut.⁹

Für den hier gegebenen Fall, dass dem Käufer der Hinweis auf einen *tatsächlichen* Mangel zugegangen ist, muss dies nach der Wertung des § 130 I BGB erst recht gelten. Wenn – wie vorliegend – die konkrete und präzise Information bereits den Machtbereich des Käufers erreicht hat, kann ein verschuldensunabhängiger Anspruch, bei dem nicht einmal der Einwand des Mitverschuldens gemäß § 254 I BGB möglich wäre, nicht in Betracht kommen.

Die Kenntnisnahme vom Inhalt des am 18. Februar 2025 eingeworfenen Schreibens hätte den Einbau des mangelhaften Parketts noch verhindert, weil der Einbau – wie durch Zeugnis des beauftragten Handwerkers Winckel nachweisbar sein wird – erst am 24. Februar 2025 begonnen wurde.

⁶ So aber offenbar Grüneberg/Weidenkaff § 439, RN 12 a.E. sowie die Begründung des RegE (BT-Drs. 19/27424, 26), die wegen der angestrebten europäischen Vollharmonisierung aber nur eine begrenzte Bedeutung hat. Beim (hier nicht gegebenen) Verbrauchsgüterkauf wird das wegen der angestrebten Vollharmonisierung irgendwann also der EuGH entscheiden müssen (vgl. MüKo/Maultsch § 439, RN 38). Und dann wird dessen Auslegung mit hoher Wahrscheinlichkeit „mittelbar“ auch für unseren Fall gelten, weil der BGH bei Vorschriften, die auch außerhalb von Verbrauchsgüterkäufen wortlautgleich formuliert sind, üblicherweise keine „gespaltene Lösung“ wählt.

⁷ Vgl. Faust in BeckOK/BGB § 439, RN 121 (unter Berufung auf die vom EuGH in einem früheren Urteil [vgl. NJW 2011, 2269, RN 56, RN 62, RN 76] verwendete

Anmerkung: Natürlich kann von Klausurbearbeiter*innen nicht die Darstellung des (kompletten) Meinungsstandes zu dieser Streitfrage erwartet werden. Und es ist noch unklar, wo sich dieser Wortlaut hin entwickeln wird. Deswegen war es die Aufgabe der Klausurbearbeiter*innen, sich – ggf. ausgelöst durch den Hinweis „str.“ in der (sehr oberflächlichen) Grüneberg-Kommentierung – sich am Gesetzeswortlaut „festzubeißen“ und mit aller Argumentationskraft auf eine mandantengünstige Lösung hinzuwirken. Eine Ablehnung des Offenbarwerdens durch die künftige Rechtsprechung in einem Sachverhalt wie dem der vorliegenden Klausur würde uns aber sehr überraschen.

- (3) Zur Darlegungs- und Beweislast in dieser Frage ist auf Folgendes hinzuweisen:

Es spricht schon einiges dafür, dass die vom Gesetz geforderte chronologische Abfolge von anfänglicher Durchführung der Maßnahmen und späterem Offenbarwerden zum anspruchsbegründenden Tatbestand des § 439 BGB gehört.¹⁰ Bei dieser Sichtweise hat *die Käuferin* die Darlegungs- und Beweislast für die diesbezüglichen Details.

Wollte man dies anders sehen und dem Verkäufer die Beweislast auferlegen, weil es sich bei dem Offenbarwerden um eine für ihn günstige *Ausnahme* von der Haftung handele, gilt im vorliegenden Fall Folgendes: Es ist zu erwarten, dass die oben vorgetragenen Fakten hinsichtlich *des Zugangs* der diversen Informationen über den Produktionsfehler, v.a. des Briefes des Beklagten, tatsächlich bewiesen werden können, soweit sie überhaupt bestritten werden. Wenn aber diese Vorgänge unstreitig oder bewiesen sind, darf die Klägerin die tatsächliche Kenntnis des insoweit maßgeblichen Geschäftsführers (§ 166 I BGB) nach den Regeln der abgestuften Darlegungs- und Beweislast nicht einfach pauschal mit der Behauptung, dieser habe das eingeworfene Schreiben bzw. die E-Mail nicht rechtzeitig zur Kenntnis

Formulierung „gutgläubig“); Lorenz NJW 2021, 2065 [RN 14]; Rechlitz NJW 2022, 1337 [RN 28 ff]; Erman/Grünwald § 439, RN 12; wohl auch MüKo/Maultsch § 439, RN 38.

⁸ So Hoffmann NJW 2021, 2839 [RN 21 ff, v.a. RN 27] unter Darstellung der Rechtsprechung (auch des EuGH) zum ähnlichen Begriff in § 477 BGB. Diese Variante ist noch „verkäuferfreundlicher“ als der Begriff der groben Fahrlässigkeit.

⁹ So Hoffmann NJW 2021, 2839 [RN 27]. § 242 BGB soll weiter eingreifen, wenn der objektive Maßstab dazu führt, dass eine (subjektiv) positive Kenntnis unschädlich wäre, weil diese etwa auf Expertenwissen des Käufers beruht (Hoffmann a.a.O.).

¹⁰ Vgl. Faust in BeckOK/BGB § 439, RN 126.

genommen, bestreiten. Es handelt sich um Vorgänge, die innerhalb des alleinigen Einflussbereichs der Käuferin stattfanden und über die der Beklagte zwangsläufig keinerlei Kenntnis haben kann.¹¹

- b. Auch ein Anspruch auf **Schadensersatz gemäß §§ 280 I, III, 281 I, 437 Nr. 3 BGB** wegen Nichtvornahme von Ausbau und Neuverlegung (Schadensersatz statt der Nacherfüllung) ist nicht gegeben.

Ein solcher Anspruch setzt zumindest voraus, dass der Beklagte als Verkäufer überhaupt zu diesen Handlungen *verpflichtet* war. Dies war aber nicht der Fall: Dies ergibt sich nicht nur im vorliegenden Einzelfall wegen der Einwendung der einschlägigen Offenbarung im Rahmen des § 439 III BGB (s.o.). Vielmehr gewährt § 439 III BGB dem Käufer generell gar keinen Anspruch auf *Durchführung* der Maßnahmen, sondern nur einen Geldanspruch.¹² Daher liegt keine derartige Pflichtverletzung vor.

Hinweis: Hätte eine solche Pflicht bestanden, hätte man den Anspruch nicht am Vertretenmüssen (§§ 280 I S. 2, 276 I BGB) scheitern lassen können: Beim Schadensersatz *statt* der Leistung ist für das Vertretenmüssen unstreitig zumindest *nicht nur* auf die Pflichtverletzung der Lieferung einer mangelhaften Sache abzustellen, sondern vor allem auf diejenige Pflichtverletzung, die letztlich entscheidend für die *Anspruchsentstehung* war, also die Nicht-Nacherfüllung.

- c. Ein Anspruch der Klägerin auf **Schadensersatz statt der Leistung** gemäß §§ 280 I, III, 281, 437 Nr. 3 BGB wegen Verletzung der *ursprünglichen* Pflicht zur vertragsgemäßen Erfüllung (§ 433 I S. 2 BGB) ist schon begrifflich gar nicht einschlägig.

Einschlägig sind die Regeln des Schadensersatzes *neben* der Leistung, weil es um einen Schaden geht, der auch bei vollständiger Nacherfüllung fortbestehen würde. Diese Abgrenzung hängt letztlich davon ab, welche Leistungen vom Anspruch auf Nacherfüllung erfasst sind.

Grundsätzlich erfordert die Ersatzlieferung eine vollständige Wiederholung der Leistungen, zu denen der Verkäufer nach § 433 I BGB verpflichtet ist; der Verkäufer schuldet nochmals die Übergabe des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums an einer

mangelfreien Sache – nicht weniger, aber auch nicht mehr.¹³

Auch § 439 III BGB ändert hieran nichts, weil hiernach zwar ein Anspruch auf Kostenerstattung in Betracht kommt, niemals aber ein Anspruch auf *Durchführung* der Entfernung des mangelhaften Parketts und Neuverlegung durch den Verkäufer besteht.

Wenn ein Verkäufer *genau das* erbringt, was er *als Nacherfüllung* schuldet, würde dies folglich trotzdem nichts daran ändern, dass dem Käufer ein Schaden in Form der hier zu prüfenden weitergehenden Kosten von Ausbau und Einbau entstehen.

Anmerkung: Ein zusätzlicher Zahlungsanspruch – hier aus § 439 III BGB – würde wie üblich nichts daran ändern, dass *vor dessen Erfüllung* trotzdem ein Schaden existiert.

Es spricht alles dafür, dass der Zahlungsanspruch des § 439 III BGB die *eigentliche* Nacherfüllung (durch Neulieferung) nur *ergänzt*. Versteht man ihn so, so führt die übliche Abgrenzungsformel zu einem Schadensersatz *neben* der Leistung. Dann könnten im Falle des Vertretenmüssens gemäß §§ 280 I S. 2, 276 I BGB mit § 439 III BGB und § 280 I BGB zwei Ansprüche gleichzeitig bestehen, die aber natürlich beide gleichzeitig durch Zahlung gemäß § 362 I BGB erlöschen: Insoweit wie im Werkvertragsrecht, wo § 637 I BGB neben dem Anspruch aus §§ 280 I, III, 281, 634 BGB steht (dort *statt* der Leistung, weil dort die Durchführung selbst Teil der geschuldeten Nacherfüllung ist).

- d. Weiterhin besteht auch kein Anspruch auf **Schadensersatz neben der Leistung** aus §§ 280 I, 437 Nr. 3 BGB wegen Verletzung der *ursprünglichen* Pflicht zur vertragsgemäßen Erfüllung (§ 433 I S. 2 BGB).

Der Beklagte hat die in der Lieferung einer mangelhaften Sache (§ 434 I BGB) liegende objektive Verletzung der Pflicht aus § 434 I S. 2 BGB nämlich nicht zu vertreten (§§ 280 I S. 2, 276 I BGB).¹⁴

Ein Eigenverschulden i.S.d. § 276 I BGB liegt nicht vor, weil für den Beklagten als Händler der Mangel der vom Hersteller verpackt gelieferten Parkettstäbe nicht erkennbar war.

¹¹ Dieser Hinweis enthält eine Art „doppelten Boden“ für den Fall, dass sich das Gericht bei der Auslegung des Begriffs „offenbar wurde“ nicht der hier vertretenen Interpretation anschließen sollte und stattdessen positive Kenntnis des Geschäftsführers fordern sollte.

¹² Vgl. Grüneberg/Weidenkaff § 439, RN 12; Nietsch/Osmannovic NJW 2018, 1 [2 f.].

¹³ Vgl. BGH NJW 2014, 2183 = Life & Law 2014, 485 [RN 21 ff]; NJW 2013, 220 = Life & Law 2013, 1; NJW 2008, 2837 = Life & Law 2008, 574.

¹⁴ Hierfür hat der Verkäufer gemäß § 280 I S. 2 BGB die Darlegungs- und Beweislast, muss also einen Entlastungsbeweis erbringen. Darauf ist bezüglich des dazugehörigen Tatsachenvortrags zu achten.

Ein etwaiges Verschulden des Herstellers muss sich der Verkäufer nicht gemäß § 278 BGB zurechnen lassen, weil der Hersteller nach gefestigter Rechtsprechung nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers ist. Da der Verkäufer nämlich nicht die Herstellung schuldet, sondern nur die Übereignung und Besitzverschaffung, wird der Hersteller nicht im Pflichtenkreis des Verkäufers tätig.¹⁵

Eine Verletzung der Pflicht zur *Nacherfüllung* ist beim Schadensersatz *neben* der Leistung i.S.d. § 280 I S. 1 BGB aber irrelevant, weil diese Pflichtverletzung – anders als in den Fällen des § 280 II und III BGB – *nicht kausal* für diese Art von Schaden sein kann. Überdies liegt eine solche Pflichtverletzung – wie oben ausgeführt – im Fall ohnehin nicht vor.

Exkurs: Wenn § 439 III BGB wegen eines vorherigen „Offenbarwerden“ des Mangels entfällt, ein Schadensersatzanspruch aber – anders als hier – dem Grunde nach besteht, ist das Verhalten des Käufers (nur) bei einem solchen evtl. über Mitverschulden gemäß § 254 I BGB zu prüfen.¹⁶ Im Rahmen des verschuldensunabhängigen Anspruchs aus § 439 III BGB ist dies nicht zulässig, weil dessen Vorgaben eine Art „Sperrwirkung“ gegenüber § 254 BGB haben.¹⁷

- e. Der Klägerin stand schließlich auch kein aufrechenbarer **Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 284, 437 Nr. 3 BGB** zu.

Da der Aufwendungsersatz nach § 284 BGB nur *an Stelle* des Schadensersatzes statt der Leistung gefordert werden kann, müssen die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 280 I, III, 281 BGB vorliegen. Daran fehlt es hier aber, wie oben ausgeführt.

- II. Die **Zulässigkeit der Widerklage** ist gegeben.

Der gemäß § 33 I ZPO erforderliche Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage – nach der Rechtsprechung auch eine besondere Prozessvoraussetzung der Widerklage – ist gegeben. Beide resultieren aus demselben Mietvertrag, da dieser auch im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage die Grundlage für den angegriffenen Vollstreckungstitel darstellt.

Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts folgt aus §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG, da der Streitwert der Widerklage von 2.000 €, die nicht mit der Klage addiert werden darf (vgl. § 5 Hs. 2 ZPO), nicht über 10.000 € liegt. Auch eine Addition mit der Drittwiderklage erfolgt nicht, da in Höhe dieser 2.000 € wirtschaftliche Identität vorliegt. § 23 Nr. 2a GVG greift für diesen Fall *gewerblicher* Miete oder Pacht nicht ein, sondern hierfür ist gemäß § 23 Nr. 1 GVG der Streitwert entscheidend.¹⁸

Die ausschließliche örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 29a I ZPO, der für alle Mietverträge über Räume, also auch für Gewerberäume gilt.

Hemmer-Klausur-Tipp: Achten Sie wegen §§ 33 II, 40 II ZPO v.a. in Mietrechtsklausuren (§ 29a ZPO), in Sachenrechtsklausuren (§ 24 ZPO) und in Verbraucherschutzklausuren (§ 29c I S. 2 ZPO mit Ausnahme in § 29c III ZPO) auf die dann häufige Nichtanwendbarkeit des Gerichtsstands des § 33 I ZPO!

- III. Die **Begründetheit der Leistungs-Widerklage** ist gegeben, da der Beklagte für den November 2025 inzwischen einen weiteren fälligen Anspruch auf Zahlung der Miete i.H.v. 2.000 € aus § 535 II BGB hat, den die Klägerin ohne ersichtlichen Grund nicht erfüllt hat.

Sollte die Klägerin infolge der oben dargelegten Präklusion der Aufrechnung gegenüber der titulierten Mietforderung für Mai 2025 nun die Aufrechnung gegenüber dieser Forderung für November 2025 erklären wollen¹⁹, so wäre auch diese mangels Gegenforderung (dazu s.o.) nicht erfolgreich.

Exkurs: Auf einen „Verbrauch“ (§ 389 BGB) der Forderung der Klägerin infolge der Aufrechnungserklärung kann der Beklagte sich aber nicht erfolgreich berufen. Anerkannt ist, dass eine Aufrechnungserklärung, die prozessual *nicht* durchgedrungen ist, also *sachlich* im Urteil gar nicht behandelt wird, die materiellrechtlichen Wirkungen nicht entfaltet; dies gilt auch ohne einen dahin gehenden ausdrücklichen Vorbehalt.²⁰

Eine Begründung: Der materiell-rechtliche Teil der Aufrechnungserklärung müsse als (stillschweigend)

¹⁵ Vgl. BGH NJW 2020, 3312 [RN 18]; NJW 2015, 2244 [RN 13]; NJW 2014, 2183 [RN 31] = Life & Law 2014, 485; NJW 2009, 1660 [RN 11]; NJW 2008, 2837 [RN 29]; Grüneberg/Grüneberg § 278, RN 13.

¹⁶ Vgl. BeckOK/Faust § 439, RN 125.

¹⁷ Vgl. MüKo/Maultsch § 439, RN 38; BeckOK/Faust § 439, RN 125.

¹⁸ Vgl. ThP GVG § 23, RN 12. Der Streitwert richtet sich oft nach § 8 ZPO.

¹⁹ Das wäre aus Sicht des Gegners die *zwangsläufige* Reaktion, wenn ihm nun der Wortlaut des § 796 II ZPO vor Augen geführt wurde, er aber materiell-rechtlich weiterhin an seine Forderung als solche glauben sollte.

²⁰ Vgl. BGH NJW 1994, 2769; Grüneberg/Grüneberg § 388, RN 2.

durch die prozessuale Zulassung des Einwandes *auf-schiebend bedingt* (§ 158 I BGB) angesehen werden. Andere Argumentation: Der materiellrechtliche Teil der Aufrechnungserklärung verliere gemäß § 139 BGB durch die Nichtzulassung des prozessualen Einwandes seine Wirkung.

Der Zinsanspruch folgt aus § 288 I i.V.m. § 187 I BGB analog, wobei der Verzug auch ohne Mahnung automatisch eintrat, weil der Mietvertrag im Einklang mit §§ 556b I, 579 II BGB die Vereinbarung eines festen Zahlungstermins gemäß § 286 II Nr. 1 BGB enthielt.²¹

Hinweis: § 288 II BGB ist dagegen nicht einschlägig, obwohl Mietzins eine Entgeltforderung i.d.S. ist. Vermietung ist aber i.d.R. nur private Vermögensverwaltung und deswegen kein unternehmerisches Tätigwerden.²²

IV. Die Drittwiderklage ist zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts folgt angesichts des Streitwerts der Drittwiderklage von 4.000 € erneut aus §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG.

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich wiederum aus § 29a I ZPO. Letztgenannte Regelung gilt nämlich richtigerweise auch für gesamtschuldnerisch mithaftende Personen, weil der Anspruch sich aus dem Mietvertrag ergibt (§§ 535 II, 421 BGB).²³ Wollte man dies anders sehen, wäre im vorliegenden Fall aber zumindest auch über den Wohnsitz des Drittwiderbeklagten gemäß die §§ 12, 13 ZPO eine örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gegeben.

Hinweis: Da es sich nicht um eine Widerklage im eigentlichen Sinne handelt, gilt § 33 ZPO für die Drittwiderklage grds. nicht.²⁴

Allerdings ist § 33 I ZPO auf *isolierte* Drittwiderklagen gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung analog anzuwenden.²⁵ Ohne eine solche Analogie würde die mit der Anerkennung der Drittwiderklage angestrebte Verfahrenskonzentration oft nicht erreicht. Da der Wortlaut des § 36 I Nr. 3 ZPO nicht passt, weil es an einer gegen *mehrere Streitgenossen* gerichteten Widerklage fehlt, ist eine planwidrige Regelungslücke gegeben.²⁶

Umstritten ist, ob dies zumindest in bestimmten Fällen auf eine streitgenössische Drittwiderklage übertragbar ist. Das ist u.a. wegen der Existenz von § 36 Nr. 3 ZPO (⇒ Regelungslücke für die Analogie?) problematisch.

Auch die übrigen Voraussetzungen der sog. streitgenössischen Drittwiderklage als Sonderfall einer Parteierweiterung sind hier gegeben.

Sie wird hier vom Beklagten *zusätzlich* zu einer „echten“ Widerklage erhoben, sodass die strengen Voraussetzungen einer isolierten Drittwiderklage nicht einschlägig sind. Da der Erfolg der Drittwiderklage vom Erfolg der Widerklage abhängt, besteht auch kein Zweifel, dass die nach der vom BGH vertretenen sog. „Klageänderungstheorie“ notwendige Sachdienlichkeit der Parteierweiterung i.S.d. § 263 ZPO gegeben ist. Aufgrund der gemeinsamen Haftung als Gesamtschuldner sind schließlich auch die Voraussetzungen der Streitgenossenschaft gemäß § 59 Alt. 1 ZPO gegeben.²⁷

Soweit es um die Miete für den Mai 2025 geht, steht auch die Rechtskraft des Vollstreckungsbescheides (§ 322 ff ZPO) dieser Forderung nicht entgegen. Die Rechtskraft erstreckt sich nicht von der jetzigen Klägerin als Mieterin auf den Gesamtschuldner, weil hierfür keine entsprechende Regelung vorgesehen ist (vgl. §§ 325 bis 327 ZPO).

V. Die Drittwiderklage ist begründet, da ein Anspruch des Beklagten gegen den Drittwiderbeklagten aus §§ 535 II, 421 BGB besteht.

Die Abrede zwischen dem Geschäftsführer der Mieterin und dem Beklagten stellt einen Schuldbeitritt dar, keine Bürgschaft. Die Formulierungen lassen insoweit kaum eine andere Auslegung zu. Einerseits ist die ausdrückliche Bezeichnung ein gewichtiges Indiz, andererseits ist das eigene wirtschaftliche Interesse des Gesellschafters am Mietvertrag ein weiteres Argument für die Begründung einer nicht-akzessorischen Haftung.

Als solche ist sie wirksam. Insbesondere ist die Voraussetzung des § 309 Nr. 11 BGB gewahrt, weil eine gesonderte Erklärung vorliegt, die hier sogar auf einer gesonderten und unterschriebenen Urkunde niedergelegt wurde. Daher ist insoweit unerheblich, ob im konkreten Fall überhaupt die Anwendungsvoraus-

²¹ Vgl. Grüneberg/Weidenkaff § 556b, RN 6. Im Übrigen siehe den Hinweiskasten auf Seite 1 dieser Lösung.

²² Vgl. Grüneberg/Ellenberger § 14, RN 2.

²³ Vgl. Zöller/Schultzky § 29a, RN 11; anders soll dies beim *selbständig* haftenden Bürgen sein (BGHZ 157, 220 = NJW 2004, 1239; ThP § 29a, RN 4a).

²⁴ Vgl. ThP § 33, RN 13; BGH NJW 1991, 2838; NJW 1993, 2120; NJW-RR 2008, 1516.

²⁵ Vgl. BGH NJW 2011, 460 = Life & Law 2011, 88 (anders etwa noch in BGHZ 147, 220); ThP § 33, RN 13.

²⁶ Vgl. BGH NJW 2000, 1871; NJW 1993, 2120.

²⁷ Vgl. etwa ThP §§ 59, 60, RN 2.

setzungen gemäß § 305 I bzw. § 310 III Nr. 1 BGB vorliegen.

Da normale Mietverträge nicht in den Anwendungsbereich der §§ 491 ff bzw. §§ 506 ff BGB fallen, sie insbesondere keinen Zahlungsaufschub beinhalten, ist unabhängig von der Frage nach der Verbrauchereigenschaft des Schuldbeitretenden der Anwendungsbereich dieser Regelungen nicht gegeben und daher u.a. § 492 BGB nicht anwendbar. Da auch § 766 BGB nicht analog auf den Schuldbeitritt anwendbar ist, ist im Ergebnis gar keine gesetzliche Formvorschrift zu beachten.

Hinweise: Die §§ 491 ff BGB können auf einen Schuldbeitritt zu einem Darlehensvertrag angewandt werden, wenn der *Beitretende* Verbraucher ist. Dies gilt auch dann, wenn der *Darlehensnehmer* das Darlehen zu gewerblichen Zwecken aufgenommen hat.²⁸ Auch auf einen Schuldbeitritt zu einem (ggf. gewerblichen) Finanzierungsleasingvertrag können die §§ 491 ff BGB über § 506 II BGB angewandt werden, wenn der Beitretende selbst Verbraucher ist.²⁹

Ein Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH ist *allein* aufgrund dieser Eigenschaft noch nicht Unternehmer i.S.d. § 14 BGB bzw. Kaufmann gemäß § 1 I, II HGB. Die Inhaberschaft an GmbH-Anteilen ist kein Gewerbe, sondern private Vermögensbildung. Als Geschäftsführer aber betreibt er nicht selbst das Gewerbe.³⁰

Eine (ggf. teilweise) Unwirksamkeit des Schuldbeitritts infolge Überschreitung einer Höhenbegrenzung kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil die Begrenzung des § 551 BGB in § 578 I, II BGB nicht genannt ist und deswegen ausschließlich bei der Wohnraummiete gilt.

Der Zinsanspruch folgt wiederum aus § 288 I i.V.m. § 187 I BGB analog.

Heide Heißler

Rechtsanwältin

Exkurs: Da § 551 BGB *alle Arten* von Sicherheiten erfasst, die die Sicherung der Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis bezwecken, kann z.B. auch eine Bürgschaftserklärung eine Sicherheitsleistung des Mieters darstellen.³¹

Teil 2: Hilfgutachten zum Schriftsatz

I. Zur Zulässigkeit der Klage:

1. Die Vollstreckungsabwehrklage i.S.d. § 767 I ZPO ist statthaft, weil die Klägerin mit der Aufrechnung materiellrechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch selbst erhebt und diese Klage gemäß §§ 794 I Nr. 4, 795 S. 1 ZPO auch bei Vollstreckungsbescheiden möglich ist.

Hemmer-Klausur-Tipp: Prüfen Sie in Anwaltsklausuren, in denen Sie selbst einen Antrag nach § 767 ZPO (direkt oder analog) stellen, auch immer einen Antrag auf Titelherausgabe analog § 371 BGB. Damit würden Sie den künftigen Schutz ihres Mandanten vor dem anzugreifenden Titel verbessern.³²

Prüfen Sie – v.a. bei Vollstreckungsbescheiden – auch immer die Bestimmtheit des Titels! Mit einer auf § 767 ZPO analog gestützten Gestaltungsklage, die nun – in Abgrenzung zum Begriff Vollstreckungsabwehrklage – den Namen Titelgegenklage führt³³, kann erfolgreich die Nichtvollstreckbarkeit des nicht *materiell* rechtskraftfähigen Titels geltend gemacht werden. Dies kommt z.B. in Betracht im Fall der Unbestimmtheit des titulierten Anspruchs: eine Situation, die bei Vollstreckungsbescheiden immer wieder vorkommt.³⁴

2. Die *ausschließliche* Zuständigkeit ergibt sich gemäß §§ 796 III, 802 ZPO³⁵ daraus, dass das angerufene Gericht für eine (fiktive) spiegelbildliche Klage gegen die Klägerin *auf Erlangung* eines solchen Zahlungstitels zuständig wäre. Hierfür folgt die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts wiederum aus § 23 Nr. 1 GVG und die ausschließliche örtliche Zuständigkeit aus § 29a I ZPO.

II. Zur Begründetheit der Klage / Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 439 III BGB:

1. Das Vorliegen eines Sachmangels i.S.d. § 434 I, III S. 1 Nr. 2 BGB wegen Abweichung von der gewöhnlichen Beschaffenheit war unstreitig.

Eine Präklusion nach § 377 II oder III HGB kam schon mangels Vorliegens eines *beiderseitigen* Handelsgeschäfts i.S.d. § 344 HGB nicht in Betracht,

²⁸ Vgl. BGH NJW 2022, 190 = Life & Law 2022, 101; Grüneberg/Weidenkaff § 491, RN 10.

²⁹ Vgl. BGHZ 133, 71 = NJW 1996, 2156.

³⁰ Vgl. BGHZ 121, 224 [228]; Grüneberg/Ellenberger § 13, RN 3. Zur Klarstellung: Die GmbH (oder eine KG) *selbst* ist natürlich Kaufmann (vgl. § 6 HGB, § 13 III GmbHG).

³¹ Vgl. Grüneberg/Weidenkaff § 551, RN 3.

³² Vgl. etwa ThP § 767, RN 6.

³³ Vgl. dazu BGH NJW 2015, 1181; BGHZ 124, 164 = NJW 1994, 460; ThP § 767, RN 8a.

³⁴ Vgl. ThP § 690, RN 9.

³⁵ Sonderregel gegenüber § 767 I ZPO.

weil der Mandant / Verkäufer keine Kaufmannseigenschaft i.S.d. §§ 1 ff HGB besitzt.

Hinweis: Ist der Anspruch aus § 439 III BGB begründet, so hat der Verkäufer bezüglich der Aufwendungen einen **Regressanspruch gemäß § 445a BGB** gegen seinen Lieferanten. Der Letztverkäufer und die Zwischenhändler sollen die Aufwendungen, die ihnen bei der Erfüllung ihrer Nacherfüllungspflichten entstehen, über Regressvorschriften in der Lieferkette möglichst bis zum Verursacher des Mangels weiterreichen können.

Hemmer-Klausur-Tipp: Bezüglich dieser Regressmöglichkeit sollte v.a. bei Streit um das Vorliegen von Mängeln in der Assessorklausur eine Streitverkündung gemäß § 72 ZPO geprüft werden, um die Wirkung gemäß §§ 68, 74 III ZPO herbeizuführen! Vorliegend war der Mangel nicht umstritten und v.a. war diese Prüfung nach Bearbeitungsvermerk ausgeklammert.

3. Prüfung des **Leistungsverweigerungsrechts gemäß § 439 IV BGB** wegen unverhältnismäßiger Kosten.³⁶

- a. Eine relative Unverhältnismäßigkeit kommt im Fall schon deswegen nicht in Betracht, weil eine andere Behebung des Mangels als durch Austausch der Parkettstäbe offenkundig nicht möglich war.
- b. Eine absolute Unverhältnismäßigkeit läge vor, wenn die Kosten der *einzig* möglichen Nacherfüllungsalternative und der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand außer Verhältnis stehen.

Im Rahmen der hierbei vorzunehmenden Abwägung kommt es auch darauf an, ob der Mangel der eingebauten Sache deren *Verwendungsfähigkeit* beeinträchtigt oder lediglich *ästhetischer* Natur ist.³⁷

Vorliegend räumt selbst der Verkäufer ein, dass es sich nicht nur um Schönheitsfehler handelte, sondern um eine schwerwiegende Funktionsstörung, da man über kurz oder lang in dem Raum kaum mehr hätte sicher laufen können. Da der Wert der Parkettstäbe in mangelfreiem Zustand überdies mit 3.000 € doppelt so hoch war wie die für den Austausch getätigten Aufwendungen von 1.500 €, bestehen wenig Chancen, sich erfolgversprechend auf eine absolute Unverhältnismäßigkeit zu berufen.³⁸

Teil 3: Zusatzfragen zur Rechtskraft

Zu prüfen ist, ob die bisher von der Klägerin bzw. die hier in der Widerklage gestellten Anträge zu einer rechtskraftfähigen Entscheidung (§ 322 ZPO) hinsichtlich des Nichtbestehens der angeblichen Forderung der Klägerin führen würde, sodass die Gefahr etwaiger Folgeprozesse über diese ausgeschlossen werden könnte.

1. **Rechtskraft infolge der Vollstreckungsabwehrklage:**

Fraglich ist, ob bereits die von der Klägerin erhobene Vollstreckungsabwehrklage zu einer i.S.d. § 322 ZPO rechtskraftfähigen („negativen“) Entscheidung über die Kostenersatzforderung führen könnte, ob also infolge der *Abweisung der Vollstreckungsabwehrklage* künftig das Nichtbestehen der betreffenden angeblichen Forderung der Klägerin rechtskräftig feststehen würde.

Da sich die Rechtskraft grds. nur auf den ausgesprochenen Rechtsfolgenausspruch bezieht, nicht aber auf einzelne Teile der Entscheidungsgründe bzw. Einwendungen und Einreden, ist entscheidend, ob sich hier aus § 322 II ZPO – der gesetzlichen Ausnahme von der eben dargestellten Regel – etwas anderes ergibt.

- a. Ihrem Wortlaut nach gilt die Vorschrift des § 322 II ZPO nur für die Aufrechnung *des Beklagten*. Sie findet aber auch auf *bestimmte* Fälle der Prozessaufrechnung *des Klägers* entsprechende Anwendung. Anknüpfungspunkt für die analoge Anwendung ist die Tatsache, dass nach dem Grundgedanken der Vorschrift *der Schuldner* der streitbefangenen Forderung mit einer Gegenforderung aufrechnen können soll. Dieser Schuldner ist im Standardfall des § 322 II ZPO (Leistungsklage) der Beklagte. Es besteht aber kein Grund, die Parteien anders zu behandeln, wenn – wie etwa bei negativer Feststellungsklage bzw. der hier gegebenen Vollstreckungsabwehrklage – ausnahmsweise der Schuldner der streitbefangenen Forderung *der Kläger* im Rechtsstreit ist. Insoweit liegt erkennbar ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers vor, das wegen völlig identischer Interessenlage gegenüber dem ausdrücklich geregelten Fall im Wege der Analogie zu beheben ist.³⁹
- b. Aber: Die Regel, dass eine Rechtskraftwirkung in der Sache selbst immer auch eine Sachentscheidung voraussetzt, gilt – selbstverständlich – auch bei § 322 II

³⁶ § 275 II BGB hat neben § 439 IV BGB zumindest keine eigenständige Bedeutung, da der Maßstab des § 439 IV BGB weniger streng ist als der des § 275 II BGB.

³⁷ Vgl. auch Grüneberg/Weidenkaff § 439, RN 16a.

³⁸ Zu den Rechtsfolgen der erfolgreichen Einredeerhebung vgl. Grüneberg/Weidenkaff § 439, RN 19; Hoffmann NJW 2021, 2839 [RN 15].

³⁹ Vgl. BGH NJW 2015, 955 [RN 48 ff]; ThP § 322, RN 44.

ZPO. Sollte das hier angerufene Gericht also tatsächlich in rechtlich zutreffender Weise (s.o.) die Präklusionsregelung gemäß § 796 II ZPO anwenden, würde es mangels Sachentscheidung über die Forderung selbst nicht zu einer rechtskräftigen Feststellung über diese kommen.⁴⁰

Hinweis: Beachten Sie den Unterschied zu einem anderen („so ähnlichen“) Fall mit umgekehrtem Ergebnis: Entscheidet das Gericht über die zur Aufrechnung gestellte Forderung, nimmt dabei aber eine Zurückweisung *einzelner* Tatsachenbehauptungen oder Beweisangebote vor (§ 296 I ZPO oder § 531 II ZPO), so liegt eine solche Sachentscheidung durchaus vor, sodass die Rechtskraftwirkung i.S.d. § 322 II ZPO eintritt!⁴¹

2. Rechtskraft infolge der Entscheidung über die Widerklage:

- a. Eine gemäß § 322 II ZPO (in direkter Anwendung) rechtskräftige Entscheidung hinsichtlich des Nichtbestehens der angeblichen Forderung der Klägerin würde aber eintreten, wenn die Klägerin nun gegen die neue Leistungswiderklage auf Mietzins für November 2025 erneut (ggf. hilfsweise) die Aufrechnung erklären würde und das Gericht das Zustandekommen dieser Forderung des Klägers und Widerbeklagten verneint.

Anmerkung: Vorsicht mit den Formulierungen: Da unsere Leistungsklage *als Widerklage* erhoben wird, auf die auch alle ZPO-Regeln (spiegelbildlich) anwendbar sind, müssen die Begriffe „Kläger“ und „Beklagter“ nun jeweils *auf die Widerklage* bezogen werden. Deswegen ging es hier um eine unmittelbare Anwendung von § 322 II ZPO auf die (Klägerin als) *Widerbeklagte*.

Hinsichtlich der Widerklage ist derzeit keine Präklusion vorstellbar. Entscheidend ist daher, ob die Klägerin tatsächlich so vorgehen wird, ob sie also z.B. rechtzeitig ihre Chancenlosigkeit infolge des Eingreifens der Präklusion bei § 796 II ZPO (s.o.) versteht und die Konsequenzen daraus zieht (möglich, aber nicht sicher). Dann würde es im Rahmen der Leistungswiderklage zu einer Sachentscheidung über die angebliche Forderung der Klägerin kommen.

- b. Umfang dieser Rechtskraftwirkung: Die Höhe der angeblichen Aufrechnungsforderung der Klägerin beläuft sich auf 1.500 €, die Widerklageforderung auf Miete beläuft sich auf 2.000 €. Daher würde sich die Rechtskraft trotz der Beschränkung in § 322 II

ZPO („bis zur Höhe der Klage“) auf die *gesamte* angebliche Forderung der Klägerin (und Widerbeklagten) erstrecken.

3. Problemfall ohne rechtskräftige Entscheidung:

Sollte das Gericht die Präklusion gemäß § 796 II ZPO bei der Klage bejahen *und* die Klägerin nicht die Aufrechnung gegen die Leistungswiderklage erklären, würde aber keine rechtskräftige Entscheidung über den angeblichen Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Kosten für die Entfernung des defekten Parketts sowie die Neuverlegung ergehen.

Für diesen Fall sollte eine zusätzliche negative Feststellungsklage gemäß § 256 I ZPO hinsichtlich des Nichtbestehens der angeblichen Forderung der Klägerin erhoben werden. Unter den Begriff des Rechtsverhältnisses i.S.d. § 256 I ZPO sind auch einzelne Folgen solcher Rechtsbeziehungen zu subsumieren, also – wie hier – auch ein einzelner Anspruch.⁴² Diese würde infolge des im Tenor selbst enthaltenen Rechtsfolgenausspruchs gemäß § 322 I ZPO Rechtskraft entfalten. Eine auf diese Forderung gestützte spätere Klage wäre dann bereits unzulässig.

Hinweis: Nach den „Regieanweisungen“ am Ende des Sachverhalts sollte dieser Antrag ausdrücklich noch nicht gestellt, sondern nur geprüft werden.

Falls die jetzige Klägerin – etwa infolge eines verspäteten „Erkenntnisgewinns“ – dann später doch noch die Aufrechnung gegen die Widerklage erklären sollte, würde das Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 I ZPO für diese negative Feststellungsklage mit Beginn der mündlichen Verhandlung (vgl. § 269 I ZPO) nachträglich entfallen, weil sonst – anders als bei einer Zwischenfeststellungsklage i.S.d. § 256 II ZPO – zweimal rechtskräftig hierüber entschieden werden würde und dabei die einen Vollstreckungstitel schaffende Leistungsklage Vorrang hätte.⁴³

In diesem Fall sollte die negative Feststellungsklage mit Beginn der mündlichen Verhandlung für erledigt erklärt werden.

⁴⁰ Vgl. ThP § 322, RN 48b.

⁴¹ Vgl. etwa ThP § 322, RN 48.

⁴² Vgl. ThP § 256, RN 7.

⁴³ Vgl. ThP § 256, RN 19