

## Assessorkurs Frankfurt Kurs Zivilverfahrensrecht - Lösungen / Teil 1 -

### A. Klageerhebung und Zustellungsrecht

#### Lösung Fall 1:

##### I. (Eigener) Anspruch aus § 280 I BGB:

Ein Schadensersatzanspruch entstand hier nur zugunsten des Alteigentümers V, da dieser der eigentliche Vertragspartner des Mietvertrags war.

Grund: Bei Veräußerung vermieteter Immobilien erfolgt gemäß § 566 I (ggf. i.V.m. § 578 I BGB) eine *gesetzliche Vertragsübernahme*, durch die der Neueigentümer in die Rechte und Pflichten gegenüber dem Mieter eintritt. Die Wirkung dieser Regelung tritt aber nach dem klaren Gesetzeswortlaut („während der Dauer seines Eigentums“) noch nicht mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags, sondern erst mit dem *Eigentumserwerb* ein und hat dann keine Rückwirkung.<sup>1</sup>

Dieser Eigentumserwerb erfolgte im vorliegenden Fall gemäß §§ 873 I, 925 BGB mit der Grundbucheintragung vom 15. September, also erst *nach* der Entstehung des möglichen Schadensersatzanspruchs, die *spätestens* bei Rückgabe am 30. April erfolgt war. Der Kläger hatte also zu keinem Zeitpunkt einen *eigenen* Schadensersatzanspruch erlangt.

##### II. Bestehen eines Anspruchs aus §§ 280 I BGB, 398 S. 2 BGB:

In Betracht kommen daher Schadensersatzansprüche, die zugunsten des Altvermieters entstanden und von diesem abgetreten wurden (§ 398 S. 2 BGB).

1. Vom Bestehen eines solchen Anspruchs ist laut Sachverhalt auch auszugehen, wobei § 280 I BGB anzunehmen ist:

Bei Rückgabe einer *beschädigten* Mietsache ist nicht auf die (*leistungsbezogene*) Rückgabepflicht des § 546 I BGB selbst abzustellen, sondern auf die Pflicht zum ordnungsgemäßen Umgang mit der Mietsache (dazu etwa §§ 538, 541 BGB): Der Vorwurf liegt in der „*Verschlechterung* der Mietsache“ (vgl. § 548 I 1 BGB), also einer Pflichtverletzung, die bereits *früher* stattfand. Da dies eine *nichtleistungsbezogene* Schutzpflicht i.S.d. § 241 II BGB ist,

kommt Schadensersatz *statt der Leistung* i.S.d. § 280 III BGB nicht in Betracht.<sup>2</sup>

2. Fraglich ist, ob eine Einrede (§ 214 I BGB) der Verjährung seitens des Mieters die Durchsetzbarkeit des Anspruchs verhindern würde.
  - a. Einschlägig ist vorliegend die Sechs-Monatsfrist des § 548 I 1 BGB, weil es sich um einen Anspruch wegen „Veränderungen“ der Mietsache i.d.S. handelt.<sup>3</sup>
  - b. Gemäß § 548 I 2 BGB beginnt die Frist mit Rückgabe der Mietsache, die am 30. April erfolgte, zu laufen. Gemäß §§ 187 I, 188 II BGB endete die Frist daher grds. mit Ablauf des 30. Oktober.
  - c. Entscheidend ist damit, ob vor diesem Zeitpunkt eine Hemmung des Fristablaufs eingetreten ist. Da nichts für Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB<sup>4</sup> oder andere Fälle des § 204 I BGB ersichtlich ist, kommt vorliegend nur eine Hemmung gemäß § 204 I Nr. 1 BGB (evtl. i.V.m. § 167 ZPO) durch Klageerhebung in Betracht.

Zu prüfen ist, ob auf die Klageschrift vom 26. September abgestellt werden kann, deren Zustellung am 30. September in jedem Fall „demnächst“ war (vgl. §§ 253 I, 261 I, 262, 167 ZPO).

Das Problem besteht darin, dass der Kläger seine Klage zunächst auf Ansprüche aus *eigenem* Recht gestützt hatte, während ihm in Wirklichkeit Ansprüche aus *abgetretenem* Recht zustanden (s.o.).

Die Erhebung der Klage nach § 204 I Nr. 1 BGB hemmt die Verjährung nur für Ansprüche in der Gestalt und in dem Umfang, wie sie mit der Klage geltend gemacht werden, also nur für den streitgegenständlichen prozessualen Anspruch.<sup>5</sup>

##### aa. Grundregeln der Prüfung der Identität des Streitgegenstands:

Nach ständiger Rechtsprechung wird mit der Klage *nicht* ein bestimmter *materiellrechtlicher* Anspruch geltend gemacht. Gegenstand des Rechtsstreits ist vielmehr der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgebehauptung aufgefasste *eigenständige prozessuale* Anspruch.

<sup>1</sup> Vgl. Pal./Weidenkaff § 566, RN 17 (m.w.N.).

<sup>2</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 1746 [RN 23 ff] = Life & Law 2018, 442.

<sup>3</sup> Vgl. Pal./Weidenkaff § 546, RN 15, § 548, RN 6.

<sup>4</sup> Die bloße Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger reicht dafür trotz der grds. weiten Auslegung dieses Begriffs nicht, wenn nichts erkennbar ist, dass der Schuldner verhandlungsbereit wäre (vgl. Pal./Ellenberger § 203, RN 2).

<sup>5</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 2004; Pal./Ellenberger § 204, RN 13.

Dieser wird bestimmt durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, *und* den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (sog. zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff).<sup>6</sup>

Zum *Klagegrund* sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden, den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtungsweise zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht zu unterbreiten hat.<sup>7</sup>

- bb. Danach ist hier durch die Erhebung der Klage keine Hemmung der Verjährung des Schadensersatzanspruchs eingetreten. Die tatsächlich gegebene Forderung aus *abgetretenem* Recht stellt nämlich im Verhältnis zur ursprünglichen Klage einen *anderen* Streitgegenstand dar.<sup>8</sup>

In dem Übergang von einem Anspruch aus eigenem Recht zu einem solchen aus abgetretenem Recht liegt wegen der Änderung des dazu vorgetragenen *Lebenssachverhalts* auch bei unveränderten Anträgen ein Wechsel des Streitgegenstandes im Sinne einer Klageänderung nach § 263 ZPO.

Diese begründet die Rechtshängigkeit des neuen Anspruchs erst in dem Moment, in dem *dieser* Antrag durch seine Zustellung in den Prozess eingeführt worden ist.

**Hinweis:** Dagegen ändert sich der Streitgegenstand nicht dadurch, dass der Kläger denselben Anspruch gegen die Beklagte zunächst auf einen (möglicherweise ins Leere gegangenen) Pfändungs- und Überweisungsbeschluss und später auf eine bereits vor der Pfändung erfolgte Abtretung derselben Forderung gestützt hat.<sup>9</sup>

Begründung: Die Überweisung *zur Einziehung* bewirkt zwar keinen Forderungsübergang<sup>10</sup> und steht deshalb einer Forderungsabtretung nicht gleich. Sie verschafft dem Vollstreckungsgläubiger aber ein *ei-*

*genes Einziehungsrecht* und ermächtigt ihn, die Forderung in *eigenem* Namen einzuziehen.<sup>11</sup> Es geht im letztgenannten Fall also nur um zwei verschiedene Wege, mit denen jeweils *dasselbe* abgeleitete erworbene und ursprünglich *fremde* Recht geltend gemacht wird. Bei einer solchen Änderung des Grundes des Rechtserwerbs von einem Dritten wird der Lebenssachverhalt „im Kern“ also nicht verändert. Dagegen liegt im Übergang von einem Anspruch aus *eigenem* Recht zu einem solchen aus *abgetretenem* Recht eine entscheidende Änderung des Lebenssachverhalts i.S.d. Streitgegenstandslehre.

- b. Es ist auch nicht möglich, im Wege der Auslegung davon auszugehen, dass die Klage von Anfang an zumindest *hilfsweise* auf eine abgetretene Forderung gestützt sein sollte.<sup>12</sup>

Für eine prozessuale Auslegung gelten nämlich dieselben Grundsätze wie im BGB: Analog §§ 133, 157 BGB ist die Sicht des verständigen Empfängers im Moment *des Zugangs dieser Erklärung* entscheidend, hier also der Klageschrift.<sup>13</sup> Zu *diesem* Zeitpunkt waren für das Gericht bzw. den Prozessgegner aber überhaupt keine Anhaltspunkte erkennbar, dass sich der Kläger u.U. auch auf eine abgetretene Forderung stützen wolle.

- c. Wenn nun, am 15. Dezember (siehe Sachverhalt), die Klage entsprechend umgestellt werden würde, würde dies eine Anhängigkeit (§ 167 ZPO) bzw. Rechtshängigkeit *nach* dem mit Ablauf des 30. Oktober eingetretenen Verjährungsfristablauf handeln.

**Ergebnis:** Die Klage hat nur Aussicht auf Erfolg, wenn sie im beschriebenen Sinne umgestellt wird *und* der Beklagte die Einrede der Verjährung nicht erhebt.

**Anmerkung:** Taktisch wäre daher fraglich, ob eine *sofortige* Kapitulation in Form der Klagerücknahme (samt Antrag bei der Anwaltschaftspflicht!) erfolgen sollte. Einerseits könnte diese in manchen Fällen den Anfall der Termingebühr gemäß Nr. 3104 VV-RVG verhindern. Andererseits besteht in der Praxis die nicht unrealistische Chance, dass der gegnerische Anwalt genauso fehlerhaft agiert wie der Klägeranwalt vor Einschaltung seines Referendars und den Eintritt der Verjährung daher gar nicht bemerkt!

<sup>6</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 2560; ThP Einl. II, RN 11 ff.

<sup>7</sup> Vgl. etwa BGHZ 117, 1 [5 f.]; BGH NJW 1999, 3126; NJW 2007, 2560; ThP Einl. II, RN 30.

<sup>8</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 2004; NJW 2007, 2560; NJW 2008, 2922 [letzterer zur Reichweite der Rechtskraft]; ThP Einl. II, RN 32; Pal./Ellenberger § 204, RN 13; ThP Einl. II, RN 32; Musielak/Foerste § 263, RN 3; Zöller/Greger § 263, RN 7; anders BGH NJW 1999, 2110 für den *Sonderfall* einer stillen Sicherungszession, bei der der Zedent aufgrund der ihm eingeräumten Einziehungsermächtigung grundsätzlich die an den Sicherungszessionar abgetretene Forderung geltend macht, auch wenn er Zahlung an sich verlangt.

<sup>9</sup> So BGH NJW 2007, 2560 [2561].

<sup>10</sup> Vgl. etwa BGHZ 114, 138 [141]; ThP § 836, RN 2 ff.

<sup>11</sup> Vgl. BGH WM 1981, 1338; NJW 2007, 2560.

<sup>12</sup> In diesem Fall hätte es sich um eine sog. *verdeckte* Eventual-Klagehäufung gehandelt: Davon spricht man in solchen Fällen, in denen zwei Streitgegenstände vorliegen, ohne dass man dies dem Klageantrag selbst ansehen kann.

<sup>13</sup> Zum Ganzen siehe ThP Einl. III, RN 16; Pal./Ellenberger § 133, RN 4, 6a.

## Lösung Fall 2:

Zulässig ist ein unbezifferter Antrag auf Schmerzensgeld, mit dem die Festsetzung eines angemessenen Betrages in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.<sup>14</sup>

1. Für die Zulässigkeit bedarf es aber genügender *tatsächlicher* Angaben.

Keine Zulässigkeitsvoraussetzung ist – anders als früher – die Angabe einer ungefähren Größenordnung des Betrags.

2. Letzteres ist allerdings im eigenen Interesse des Klägers geboten: Wegen der nur dann möglichen Beschwer für eine etwaige Berufung sollte eine ungefähre Größenordnung angegeben werden, wobei das Gericht an diese Betragsgrößen nicht gebunden ist, d.h. § 308 ZPO nicht verletzt wird.<sup>15</sup>
3. Wird eine Mindestangabe gemacht, darf der Richter dann durchaus deutlich über den angegebenen Schätzbetrag hinausgehen, ohne dass damit § 308 ZPO verletzt wäre.<sup>16</sup>

## Lösung Fall 3 / Frage 1:

Fraglich ist, ob die Klageschrift gemäß § 253 ZPO die Anforderungen von § 130 Nr. 6 ZPO erfüllt.<sup>17</sup>

§ 130 ZPO ist zwar ausdrücklich nur eine *Sollvorschrift* für *vorbereitende* Schriftsätze. Für *bestimmende* Schriftsätze, die – wie die Klageschrift – eine Prozesshandlung nicht nur ankündigen, sondern vollziehen, handelt es sich beim Unterschriftserfordernis nicht nur um ein Soll, sondern um eine zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung.<sup>18</sup>

Normalerweise versteht man unter „Schriftlichkeit“ die eigenhändige Unterschrift durch die Partei bzw. in Anwaltprozessen durch den Rechtsanwalt. Die strengen Anforderungen der gesetzlichen Schrift-

form des § 126 I BGB sind im Prozess jedoch nicht zu wahren.<sup>19</sup> Daher reicht ein Telefax grds. aus.<sup>20</sup>

Bei einem sog. Computerfax wird dagegen die Unterschrift des Absenders eingescannt und mittels eines Textverarbeitungsprogramms unter den Text gesetzt, so dass der Schriftzug unter dem Text zu sehen ist. Dieser rein digitale Text wird anschließend mittels eines sog. Computerfax direkt an das Empfangsgerät gesendet und dort ausgedruckt.<sup>21</sup>

Nach langem Streit hat der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes (GemSOGB) im Sinne der grds. Anerkennung des Computerfaxes entschieden.<sup>22</sup> Argumente:

**Sinn und Zweck des Formgebotes** auch bei Computerfax erfüllt.

Dieses bezweckt *neben* der erkennbaren **Abschlussfunktion** vor allem die Übernahme der Gewähr für den Inhalt des Schreibens als rechtsverbindliche und prozessual erhebliche Erklärung (**Garantiefunktion**). Es muss feststehen, dass es sich bei der Erklärung nicht nur um einen unverbindlichen Entwurf handelt, sondern dass es mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Gericht zugeleitet worden ist.

Die Verbürgung dieses Willens setzt aber im prozessualen Verkehr nicht zwingend voraus, dass dem Schriftsatz eine gerade eigenhändige Originalunterschrift folgt. Der erkennbare Wille zu einer prozessual bedeutsamen Erklärung kann sich vielmehr auch anhand einer automatisierten Unterschrift ergeben.

Ferner lässt sich auch die Urheberschaft des Schriftstücks anhand der eingelesenen Unterschrift zuverlässig feststellen (Identitätsfunktion). Das Computerfax bietet dabei kein nennenswert höheres Fälschungsrisiko als andere anerkannte Varianten der Übermittlung.

**Ergebnis:** Die Klageerhebung ist formell korrekt.

<sup>14</sup> Vgl. ThP § 253, RN 12.

<sup>15</sup> Vgl. BGH NJW 1999, 1339. Bestätigt und weitergeführt von BGH NJW 2002, 3769: Stellt der Geschädigte in erster Instanz unter Angabe einer Größenordnung eine die Berufung rechtfertigende Beschwer, ist die Angabe einer höheren Größenordnung in der Berufungsinstanz nicht als Änderung des Streitgegenstandes anzusehen, an die selbständige verjährungsrechtliche Folgen geknüpft werden können.

<sup>16</sup> BGH NJW 1996, 2425; vgl. ThP § 253, RN 12.

<sup>17</sup> § 253 ZPO regelt die Form der Klageerhebung, enthält aber nicht das Erfordernis der Unterschrift. Nach einhelliger Meinung folgt dieses Erfordernis aber allgemein aus der Überlegung, dass sämtliche bestimmenden Schriftsätze unterschrieben werden müssen (ThP § 130, RN 1).

<sup>18</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 2086; ThP § 130, RN 5 und RN 6.

<sup>19</sup> Diese Unterscheidung ist enorm wichtig. Für die Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen materiellrechtlichen Erklärung ist bei gesetzlicher Schriftform der Zugang einer eigenhändigen Unterschrift nötig (vgl. Pal. § 126, RN 11). Siehe aber auch § 126a BGB (elektronische Signatur). Die gewillkürte Schriftform des § 127 BGB hingegen umfasst auch die Übermittlung durch Telefax (Pal. § 127, RN 2).

<sup>20</sup> BGH NJW 1983, 1498; Nachweise bei ThP § 129, RN 12, RN 13.

<sup>21</sup> Die Besonderheit bei dieser Vorgehensweise ist dabei, dass ein unterschriebenes Originalschriftstück gar nicht existiert. Lediglich beim Empfänger wird erstmals ein Schriftstück ausgedruckt. Nicht zu verwechseln ist diese Methode mit der sog. digitalen Signatur. Hierbei wird keine eingescannte Unterschrift benutzt, sondern ein digitaler Code verwendet.

<sup>22</sup> GemSOGB NJW 2000, 2340; vgl. ThP § 129, RN 13.

### Lösung Fall 3 / Frage 2:

Nach BGH spricht angesichts des eindeutigen Gesetzestextes des nachher geänderten § 130 Nr. 6 2. Hs. ZPO („die Wiedergabe der Unterschrift in der Kopie“) sehr viel dafür, dass die vom GemSOGB für den Fall eines Computer-Faxes für zulässig gehaltene Ersetzung der Unterschrift durch den Hinweis, dass der benannte Urheber wegen der gewählten Übertragungsform nicht unterzeichnen könne, nicht mehr als zulässig angesehen werden kann.<sup>23</sup>

Dafür spreche neben dieser Entstehungsgeschichte auch, dass die Unterschrift beim Computer-Fax ohne nennenswerte Schwierigkeiten eingescannt werden kann, so dass kein überzeugender Grund bestehe, darauf entgegen dem Gesetzeswortlaut zu verzichten.

Die Wiedergabe des Vor- und Nachnamens des Prozessbevollmächtigten mit der darunter gesetzten Bezeichnung „Rechtsanwalt“ am Ende des Computer-Faxes genügt als solche jedenfalls nicht den Anforderungen des § 130 Nr. 6 2. Hs. ZPO.<sup>24</sup>

Diese Bestimmung fordert nach ihrem eindeutigen Wortlaut die Wiedergabe der Unterschrift in der Kopie, also des *handschriftlichen* Namenszuges. Dem entspricht eine maschinen- oder computerschriftliche „Unterzeichnung“ nicht.

**Ergebnis:** Hier liegt keine ordnungsgemäße Klageschrift vor.

### Lösung Fall 3 / Frage 3:

1. Nach Ansicht eines BGH-Senats genügt eine eingescannte Unterschrift in einem bestimmenden Schriftsatz dann nicht den Formerfordernissen des § 130 Nr. 6 ZPO, wenn der Schriftsatz mit Hilfe eines normalen Faxgerätes und nicht unmittelbar aus dem Computer versandt wurde.<sup>25</sup>
1. **Gesetzeswortlaut:** Die Neufassung des § 130 Nr. 6 ZPO verlange *nicht stets* lediglich die Wiedergabe der Unterschrift in Kopie. Zwar fordert Halbsatz 2 dieser Vorschrift für den durch einen Telefax-Dienst übermittelten bestimmenden Schriftsatz nur „die Wiedergabe der Unterschrift in Kopie“. Der weit gefasste Wortlaut erkläre sich aber „ohne weiteres“ daraus, dass der Gesetzgeber in Anlehnung an die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gewisse Ausnahmen vom Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift zulassen wollte.

<sup>23</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 2086 [2087].

<sup>24</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 2086 [2087]; ThP § 129, RN 13.

<sup>25</sup> Vgl. BGH NJW 2006, 3784; NJW 2015, 1527 [RN 13 ff]).

2. **Gesetzeszweck:** Die unterschiedliche rechtliche Behandlung von Computerfax und normalem Faxgerät sei auch sachlich berechtigt.

Anders als bei einer eigenhändigen Unterschrift sei bei einer eingescannten Unterschrift nicht gewährleistet, dass der Rechtsanwalt die Verantwortung für die Rechtsmittelbegründungsschrift übernimmt und es sich nicht lediglich um einen vom Rechtsanwalt nicht geprüften Entwurf handelt.

Dass sich die Authentizität der Unterschrift in aller Regel nur zuverlässig feststellen lässt, wenn der Schriftsatz mit der eigenhändigen Unterschrift beim Gericht *im Original* eingeht, stehe einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung einer per normalem Fax übermittelten eigenhändig unterzeichneten Rechtsmittelschrift und einer solchen mit lediglich eingescannter Unterschrift schon deshalb nicht entgegen, weil es nicht die Aufgabe des Unterschriftserfordernisses ist, Fälschungen zu verhindern.

### Lösung Fall 3 / Frage 4:

Nach BGH ist ein bestimmender Schriftsatz wirksam in *schriftlicher* Form eingereicht, sobald dem Gericht *ein Ausdruck* der als Anhang einer elektronischen Nachricht übermittelten Bilddatei (hier: PDF-Datei) vorliegt. Ist die Datei durch Einscannen eines vom Prozessbevollmächtigten unterzeichneten Schriftsatzes hergestellt, ist auch dem Unterschriftserfordernis des § 130 Nr. 6 ZPO genügt.<sup>26</sup>

**Hinweis:** Es geht hier also nicht um § 130a ZPO!

*Der Ausdruck* verkörpert das Vorbringen in einem Schriftstück und schließt auch mit der Unterschrift des Prozessbevollmächtigten ab. Dass die Unterschrift nur in der Kopie wiedergegeben ist, ist entsprechend § 130 Nr. 6 Alt. 2 ZPO unschädlich, weil der im Original unterzeichnete Schriftsatz elektronisch als PDF-Datei übermittelt **und** von der Geschäftsstelle des Gerichts entgegengenommen worden ist.

Zwar lässt das Gesetz die Wiedergabe der Unterschrift nur für den Fall der Übermittlung durch einen *Telefaxdienst* ausdrücklich zu. Nimmt das Gericht indessen einen auf andere Weise elektronisch übermittelten Schriftsatz entgegen, behinderte es den Zugang zu Gericht in unzumutbarer Weise, würde die Wiedergabe der Unterschrift in der Kopie in diesem Fall nicht für genügend erachtet.

<sup>26</sup> Vgl. BGH NJW 2008, 2649 (für eine Berufungsbegründung); NJW 2015, 1527 [RN 12] (für eine Beschwerde nach FamFG).

Damit werden auch nicht die Voraussetzungen des § 130a ZPO für die Einreichung elektronischer Dokumente ausgehöhlt. Denn solange dies nicht durch Rechtsverordnung zugelassen wird, ist das Gericht *nicht verpflichtet*, elektronische Dokumente entgegenzunehmen.

Eine im Original unterzeichnete Beschwerdebeurteilungsschrift, die eingescannt und im Anhang einer elektronischen Nachricht als PDF-Datei übermittelt wird, ist auch erst dann in schriftlicher Form bei Gericht eingereicht, sobald bei dem Gericht, dessen Beschluss angefochten wird, *ein Ausdruck* der den vollständigen Schriftsatz enthaltenden PDF-Datei vorliegt. Eine einzuhaltende Frist ist also nicht bereits durch den vollständigen Empfang der gesendeten Signale gewahrt, wenn die Voraussetzungen für ein elektronisches Dokument nach § 130a ZPO nicht erfüllt sind.<sup>27</sup>

**Anmerkung:** Es bestehen also v.a. zwei Unterschiede zu § 130a ZPO: 1. die mangelnde Verpflichtung der Justiz, so zu verfahren und 2. die Tatsache, dass es im vorliegenden Fall des § 130 ZPO zur Erfüllung der Form auf *den Ausdruck* ankommt, wohingegen bei § 130a ZPO bereits das elektronische Dokument selbst die Form erfüllt.

#### Lösung Fall 4:

Fraglich ist, ob die Rechtshängigkeit gemäß §§ 253 I, 261 I, II ZPO durch eine wirksame Zustellung der Klageschrift eintrat.

Gemäß § 177 ZPO erfolgt die Zustellung grds. durch Übergabe des Schriftstücks an den Zustellungsadressaten. Da dies vorliegend nicht erfolgt ist, ist zu prüfen, ob eine wirksame Ersatzzustellung vorliegt.

**Hinweis:** Der Ort der Übergabe ist bei § 177 ZPO – anders als bei der Ersatzzustellung (s.u.) – grds. unerheblich.<sup>28</sup>

Die Zustellung erfolgte hier als Ersatzzustellung gemäß § 178 I Nr. 1 ZPO:

Der Beklagte als Zustellungsadressat wurde in der Wohnung nicht angetroffen<sup>29</sup>, denn als „Wohnung“ i.d.S. sind natürlich auch die Räume eines Einfamilienhauses<sup>30</sup> erfasst, wenn nur dort sowohl der Zu-

stellungsadressat als auch der Zustellungsempfänger, an den übergeben wird<sup>31</sup>, ihren Lebensmittelpunkt haben.

Gemäß § 178 I Nr. 1 ZPO eine Ersatzzustellung konnte daher an einen erwachsenen „Familienangehörigen“ oder ständigen Mitbewohner in der Wohnung übergeben werden.

Ständiger Mitbewohner ist, wer mit dem Adressaten in einer *gemeinsamen* Wohnung, nicht aber in einer anderen Wohnung im gleichen Haus oder einem Raum in Untermiete, tatsächlich lebt und insbesondere schläft, somit einen räumlichen Mittelpunkt seines Lebens hat. Dies umfasst auch die Mitbewohner einer Wohngemeinschaft, wenn die gemeinsame Nutzung der Wohnung von einiger Dauer ist.<sup>32</sup>

Die Frage, ob die mit dem Zustellungsadressaten zusammen wohnende nichteheliche Lebensgefährtin des Beklagten zu dessen „Familienangehörigen“ zu rechnen ist oder einen „erwachsenen ständigen Mitbewohner“ i.d.S. darstellt, kann dabei offen bleiben, da das Gesetz insoweit keinen Unterschied mehr vorsieht.

Fraglich ist, ob eine Übergabe „in der Wohnung“ stattfand, wie es das Gesetz fordert. Dieser Begriff ist aber weit auszulegen, es genügt ein naher räumlicher Zusammenhang, durch den das gesetzlich unterstellte Vertrauensverhältnis begründet wird, wenn der Zustellungsempfänger – wie hier – gerade aus der Wohnung kam und nun wenig außerhalb der Wohnungstüre auf der Treppe oder im Flur steht.<sup>33</sup>

Eine Interessenkollision i.S.d. des Ersatzzustellungsverbotes gemäß § 178 II ZPO ist vorliegend nicht ersichtlich.

Da die *tatsächliche Kenntnisnahme* des Zustellungsadressaten im Falle der wirksamen Ersatzzustellung grds. nicht erforderlich ist<sup>34</sup>, ist die Zustellung hier von Anfang an, also mit Übergabe an die Lebensgefährtin, wirksam erfolgt.

**Hinweis:** Anders ist dies bei Zustellungsfehlern im Falle des § 189 ZPO (dazu s.u.). Die Unkenntnis von der Zustellung trotz deren Wirksamkeit ist, wenn dadurch Fristen verpasst wurden (etwa § 339 ZPO oder § 517 ZPO), ein typischer Hebel für einen Wiedereinsetzungsantrag gemäß §§ 233 ff ZPO, kann aber auch in vielfachem anderem Zusammenhang von Bedeutung sein, wenn es auf das Ver-

<sup>27</sup> Vgl. BGH NJW 2019, 2096 [RN 12 ff].

<sup>28</sup> Vgl. etwa ThP § 177, RN 2

<sup>29</sup> Darunter fällt auch der Fall, dass der Zustellungsadressat anwesend, aber an der Entgegennahme gehindert ist; so etwa im Falle der Erkrankung (Zöller/Stöber § 178, RN 2; Musielak/Wolst § 178, RN 2).

<sup>30</sup> Vgl. Zöller/Stöber § 178, RN 12.

<sup>31</sup> Vgl. zu diesen Begriffen ThP Vorbem. § 166, RN 4 ff.

<sup>32</sup> Vgl. Zöller/Stöber § 178, RN 12; BGH NJW 2001, 1946; andeutungsweise auch ThP § 178, RN 13.

<sup>33</sup> Vgl. Zöller/Stöber § 178, RN 14; ThP § 178, RN 10 geht darauf nicht ein.

<sup>34</sup> Vgl. ThP § 178, RN 22.

schulden des Betroffenen ankommt (vgl. etwa § 719 I 2 2. Alt. ZPO).

Da mithin die Zustellung wirksam ist, kommt es auf eine Heilung nach § 189 ZPO nicht an.

**Ergebnis:** Die Rechtshängigkeit ist gegeben.

## Lösung der 1. Abwandlung:

Fraglich ist hier, ob eine wirksame Ersatzzustellung nach § 180 ZPO vorliegt.

1. **Subsidiarität des § 180 ZPO:** Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Zustellung durch Einlegen in den Briefkasten nach § 180 ZPO ist, dass zuvor ordnungsgemäß die bereits nach dem Wortlaut von § 180 ZPO ausdrücklich vorrangige Ersatzzustellung nach § 178 I Nr. 1 oder Nr. 2 ZPO in ordnungsgemäßer Weise versucht worden war und nicht ausführbar war.

Hier war die Zustellung in den Büroräumen an den Beklagten selbst (§ 177 ZPO) oder an die Auszubildende, die eine in den Geschäftsräumen beschäftigte Person i.S.d. § 178 I Nr. 2 ZPO ist, vorübergehend unausführbar, weil beim Versuch der Zustellung dort niemand angetroffen wurde.

Die notwendige Unausführbarkeit muss nicht dauerhaft sein; insbesondere ist es auch nicht notwendig, *mehrere* Versuche der Zustellung nach § 177 ZPO oder § 178 ZPO durchzuführen. Es besteht auch keine Pflicht der Zustellperson, die Wohnung des Zustellungsadressaten zu ermitteln, wenn in der Klageschrift eine zutreffende Geschäftsadresse angegeben wurde.<sup>35</sup>

Fraglich ist aber, ob die Unausführbarkeit hier abzulehnen ist, weil aufgrund des Zustellungsversuchs um 19.50 Uhr gar kein rechtmäßiger Versuch der Zustellung gemäß § 178 I Nr. 2 ZPO vorläge.

Eine Ersatzzustellung nach § 180 ZPO kann aber auch dann durchgeführt werden, wenn die Ersatzzustellung nach § 178 I Nr. 2 ZPO daran scheitert, dass das Geschäft nicht mehr geöffnet hat.<sup>36</sup> Weder der Gesetzeswortlaut noch der Gesetzeszweck machen insoweit zeitliche Beschränkungen, sondern sprechen dagegen: Diese Regelung soll eine *einfach* zu handhabende Zustellungsmöglichkeit schaffen, um möglichst wenig Ersatzzustellungen durch Niederlegung (§ 181 ZPO) zu benötigen.

2. **Durchführung:** Gemäß § 180 ZPO ist das hier erfolgte ausreichend dokumentierte Einlegen in den

Briefkasten grds. ausreichend, da mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon ausgegangen werden kann, dass dieser für die Entgegennahme von Schriftstücken bestimmt war und die übliche Sicherheit aufwies.

3. **Rechtsfolge:** Nach der Fiktion des § 180 S. 2 ZPO gilt die Klage mit Einlegung in den Briefkasten als zugestellt. Unerheblich ist, ob und wann der Adressat von ihr Kenntnis erhält.<sup>37</sup>

## Lösung der 2. Abwandlung:

Nach Ansicht des BGH ist der gemeinsame Briefschlitz in der Haustür eines Mehrparteienhauses jedenfalls dann eine „ähnliche Vorrichtung“ i.S.d. § 180 S. 1 ZPO, wenn – wie hier – in dem betreffenden Gebäude lediglich drei Parteien wohnen bzw. Geschäftsräume unterhalten, der Zustellungsadressat gewöhnlich seine Post durch diesen Einwurf erhält und – etwa auf Grund einer entsprechenden Beschriftung – eine eindeutige Zuordnung zum Adressaten möglich ist.<sup>38</sup>

- a. **Gesetzeszweck des § 180 S. 1 ZPO:**

Durch die Anforderungen des § 180 S. 1 ZPO an die Empfangseinrichtungen, in die das zuzustellende Schriftstück eingelegt werden darf, soll insbesondere zur Wahrung des rechtlichen Gehörs gewährleistet werden, dass der Adressat mit hinreichender Sicherheit in die Lage versetzt wird, den Inhalt der Sendung auch tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen.

Die Bereitstellung einer Vorrichtung zum Postempfang liegt aber in der Sphäre und Eigenverantwortung des Adressaten. Entscheidet er sich für eine Variante, die einzelne Risiken nicht ausschließt, muss er sich hieran festhalten lassen, solange die Vorrichtung insgesamt in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist.

- b. **Gemeinschaftsbriefkasten wäre ausreichend:**

Die Nutzung einer gemeinschaftlichen Postempfangseinrichtung gewährleistet unter den dargestellten Voraussetzungen auch in der allgemein üblichen Art noch eine sichere Aufbewahrung, da regelmäßig davon ausgegangen werden kann, dass ein überschaubarer Personenkreis, dem ein Hausnachbar vertraut, auch tatsächlich mit für diesen bestimmten Sendungen gewissenhaft verfährt.

Auch der Wortlaut des § 180 S. 1 ZPO fordert nicht, dass der Briefkasten oder die ähnliche Vorrichtung

<sup>35</sup> Vgl. Zöller/Stöber § 180, RN 2.

<sup>36</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 2186; BVerwG NJW 2007, 3222.

<sup>37</sup> Vgl. auch ThP § 180, RN 6.

<sup>38</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 2440 [2442].

allein zur Wohnung oder zu den Geschäftsräumen des Empfängers gehört.

c. **„Gemeinschaftsbriefschlitz“:**

Auch ein bloßer Briefschlitz in einem Mehrparteienhaus genügt, sofern die dargelegten engen Voraussetzungen erfüllt sind. Dieser stellt dann eine „ähnliche Vorrichtung“ i.S.d. § 180 S. 1 ZPO dar.

Befindet sich ein solcher Briefeinwurf in einem Mehrparteienhaus, bestehen keine *andersartigen* Risiken; sämtliche Risiken sind lediglich in *quantitativer* Hinsicht höher.

Nutzt der Zustellungsadressat einen gemeinschaftlichen Briefeinwurf ungeachtet der potenziell erhöhten Gefahren, bringt er damit ebenfalls zum Ausdruck, dass er seinen Mitnutzern und deren Kontaktpersonen, denen sie Zutritt zum Haus gewähren, hinreichendes Vertrauen entgegen bringt. Solange es sich um ein Gebäude mit wenigen Parteien handelt, bleibt auch dies noch im Rahmen einer sicheren Aufbewahrung i.S.d. § 180 S. 1 ZPO.

**Hinweis:** Dies trifft jedoch nicht mehr zu, wenn – anders als hier – in den im Hause befindlichen Geschäftsräumen ein reger Publikumsverkehr herrscht.<sup>39</sup>

**Ergebnis:** Nach der Fiktion des § 180 S. 2 ZPO gilt die Klage mit Einwurf in den Gemeinschaftsbriefschlitz als zugestellt.

Es liegt auch keine Verweigerung der Entgegennahme vor, bei der das Vorgehen nach § 179 ZPO Vorrang gehabt hätte.<sup>41</sup>

2. **Durchführung:** Die Niederlegung erfolgt, wenn – wie hier – die Post mit der Zustellung beauftragt worden war (vgl. §§ 168 I, 176 I ZPO) bei einer am Zustellort liegenden Postagentur als Niederlegungsstelle (§ 181 I 2 ZPO).<sup>42</sup>

Die nötige Mitteilung über die Niederlegung, die gemäß § 181 I 3 ZPO auf einem dafür vorgesehenen Vordruck erfolgen muss (vgl. § 190 ZPO), ist grds. in den Briefkasten oder eine ähnliche Vorrichtung einzuwerfen. Da dies vorliegend aber aus den oben genannten Gründen nicht möglich war, war es ausnahmsweise auch einmal zulässig, die Mitteilung an die Tür zu heften.

3. **Rechtsfolge:** Gemäß § 181 I 4 ZPO gilt die Zustellung mit Vollendung der beiden Maßnahmen Niederlegung und Mitteilung darüber als erfolgt; sie ist also schon vor der Abholung bei der Post wirksam.

**Hinweis:** Dies ist ein Riesenunterschied zum Zugang von Willenserklärungen gemäß § 130 I BGB, wo es nötig ist, dass das Schriftstück *selbst* (also nicht nur der Benachrichtigungszettel!) in den Machtbereich des Empfängers gelangt, i.d.R. mit Abholung des Einschreibens bei der Post.<sup>43</sup>

Auch bei der Zustellung durch Einschreiben mit Rückschein gemäß § 175 ZPO liegt mit bloßer Niederlegung des Benachrichtigungszettels noch keine wirksame Zustellung vor.<sup>44</sup>

### Lösung der 3. Abwandlung:

Zu prüfen ist, ob eine ordnungsgemäße Zustellung durch Niederlegung gemäß § 181 ZPO vorliegt.

1. Diese Art der Ersatzzustellung ist **doppelt subsidiär**, weil sie nur zulässig ist, wenn weder § 178 I ZPO noch § 180 ZPO durchführbar waren.

Hier war die Zustellung in der Wohnung an den Beklagten selbst (§ 177 ZPO) oder eine andere nach § 178 I Nr. 1 ZPO legitimierte Person zumindest vorübergehend unausführbar, weil beim Versuch der Zustellung dort niemand angetroffen wurde.

Die Zustellung nach § 180 ZPO war hier nicht durchführbar, weil der überfüllte und nicht korrekt verschlossene Briefkasten keine ausreichende Sicherheit vor dem Zugriff Dritter aufwies<sup>40</sup> und auch nichts für eine andere Einrichtung, etwa einen Briefschlitz, erkennbar ist.

<sup>39</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 2440 [2443].

<sup>40</sup> Vgl. dazu ThP § 180, RN 4; Zöller/Stöber § 180, RN 3; Musielak/Wolst § 180, RN 2.

### Lösung der 4. Abwandlung:

1. Fraglich ist erneut, ob die Voraussetzungen der **Ersatzzustellung gemäß § 180 S. 1 ZPO** vorliegen.

- a. Wohnung i.d.S. ist nur der Raum, in dem der Zustellungsadressat für eine gewisse Dauer lebt und seinen Lebensmittelpunkt hat. Die bloße behördliche Meldung würde dafür grds. nicht genügen.

Hat der Adressat die Nutzung der Räume aufgegeben, ist eine Zustellung an ihn dort nicht mehr möglich.

Die Aufgabe setzt einen entsprechenden Willensentschluss voraus, der nach außen erkennbaren Aus-

<sup>41</sup> Vgl. dazu ThP § 180, RN 3; Musielak/Wolst § 180, RN 2. Vgl. BGH NJW 2001, 832; ThP § 181, RN 4.

<sup>42</sup> Vgl. etwa Pal. § 130, RN 7 (m.w.N.).

<sup>43</sup> Vgl. Zöller/Stöber § 175, RN 3; etwa unklar ThP § 175, RN 5, 6.

druck gefunden haben muss.<sup>45</sup> Der Aufgabewille muss, wenn auch nicht gerade für den Absender oder die mit der Zustellung betraute Person, so doch jedenfalls für einen mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter erkennbar sein. Dies setzt aber nicht voraus, dass ihr Inhaber alle Merkmale beseitigt, die den Anschein erwecken könnten, er nutze die Räume weiterhin. Insbesondere genügt allein die Existenz eines Namensschilds nicht.<sup>46</sup>

Vorliegend liegt eine solche für die mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter erkennbare Aufgabe der Geschäftsräume vor. Dies ergibt schon daraus, dass die Ehefrau und die Wohnungsnachbarn darüber informiert waren.

Die Beweiskraft der Zustellungsurkunde (§ 418 ZPO) geht nicht dahin, dass unter der dort angegebenen Adresse tatsächlich die Wohnung des Zustellungsadressaten liegt.<sup>47</sup>

- b. Der bloße, dem Empfänger zurechenbare **Rechtsschein**, dieser unterhalte unter der jeweiligen Anschrift eine Wohnung oder Geschäftsräume, genügt nicht für eine ordnungsgemäße Zustellung.<sup>48</sup>

**Hinweis:** Diese Problematik hat inzwischen – wie von uns vorhergesagt – in den Assessorexamina richtig „eingeschlagen“. Meist wurde es – ebenfalls vorhersehbar – im Rahmen des § 339 ZPO geprüft.

Dies ergibt sich aus dem unmissverständlichen Wortlaut der §§ 178–181 ZPO, nach dem nur in der Wohnung bzw. den Geschäftsräumen oder durch Einwurf in die hierzu gehörenden Postempfangsvorrichtungen zugestellt werden kann, nicht aber dort, wo lediglich der Anschein einer Wohnung oder eines Geschäftsraums besteht.

Eine andere Auslegung dieser Bestimmungen scheidet aus. Die Zustellung dient unter anderem dazu, dem Adressaten zur Wahrung des Grundrechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) Gelegenheit zu verschaffen, das Dokument zur Kenntnis zu nehmen und seine Rechtsverfolgung oder -verteidigung hierauf einzurichten. Im Interesse der Rechtssicherheit haben die Zustellungsvorschriften notwendigerweise formalen Charakter. Dieser verbietet es, über den Wortlaut hinaus eine Zustellung an dem Ort zuzulassen, an dem lediglich der (zurechenbare) Rechtsschein einer Wohnung oder eines Geschäftsraums des Empfängers besteht.

Daher war die Zustellung hier fehlerhaft.

2. Es kann eine **unzulässige Rechtsausübung** darstellen, wenn der Zustellungsadressat eine fehlerhafte Ersatzzustellung geltend macht, obwohl er einen Irrtum über seinen tatsächlichen Lebensmittelpunkt *bewusst und zielgerichtet* herbeigeführt hat.<sup>49</sup> Dann wird dem Empfänger im Lichte des gesamten Recht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter engen Voraussetzungen versagt, sich auf die Unwirksamkeit einer Zustellung zu berufen.

Eine solche Fallgestaltung liegt hier nicht vor. Der Beklagte hatte es ohne dolose Absicht lediglich versäumt, sein Namensschild rechtzeitig zu entfernen.

**Hinweis:** Die Hervorrufung des Anscheins einer Wohnung reicht nicht schon dann für Rechtsmissbrauch aus, wenn sie dem Zustellungsadressaten bewusst ist. Vielmehr erfordern es die Sicherstellung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und die Beachtung der gesetzlichen Schranken für eine wirksame Ersatzzustellung grundsätzlich, dass der Zustellungsadressat bei dem *Gericht* oder einem *Verfahrensbeteiligten* bewusst *einen Irrtum* über seinen tatsächlichen Lebensmittelpunkt als Voraussetzung für eine Zustellung an dem betreffenden Ort hervorruft.

Fehlt es an einem solchen *Verfahrensbezug* des bewusst hervorgerufenen Anscheins einer Wohnung, darf es dem Zustellungsadressaten regelmäßig nur dann versagt werden, sich auf die Unwirksamkeit der Ersatzzustellung zu berufen, wenn er diesen Anschein zumindest insofern zielgerichtet herbeigeführt hat, als er Auswirkungen seines Handelns auf eine Zustellung in einem anhängigen oder möglicherweise bevorstehenden Verfahren in Kauf genommen hat oder sich ihm solche Auswirkungen zumindest aufdrängen mussten.<sup>50</sup>

3. **Heilung des Zustellungsfehlers gemäß § 189 ZPO:**

Allerdings liegt eine Heilung des Fehlers gemäß § 189 ZPO in dem Moment vor, in dem der Beklagte als Zustellungsadressat das Schriftstück in die Hände bekam und nun vom Inhalt Kenntnis nehmen konnte. Ob er dann tatsächlich (gleich) vom Inhalt Kenntnis genommen hat, ist unerheblich.<sup>51</sup>

**Rechtsfolge:** Eine Heilung hat nach dem klaren Wortlaut von § 189 ZPO *keine Rückwirkung*, sondern gilt erst mit tatsächlicher Besitzergreifung vom zuzustellenden Schriftstück. Im Fall ist also erst ab *diesem* Zeitpunkt Rechtshängigkeit eingetreten.

<sup>45</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 2440 [2441]; NJW-RR 2010, 489; ThP § 180, RN 3a, 3b.

<sup>46</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 2440 [2441]; NJW-RR 2010, 489.

<sup>47</sup> Vgl. ThP § 178, RN 7.

<sup>48</sup> Vgl. BGH NJW 2019, 2942 [RN 9]; BGHZ 190, 199 = NJW 2011, 2440 [RN 13]; NJW-RR 2010, 489; NJW-RR 2008, 1565; ThP § 178, RN 7.

<sup>49</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 2440 [2441] m.w.N.

<sup>50</sup> Vgl. BGH NJW 2019, 2942 [RN 12].

<sup>51</sup> Vgl. ThP § 189, RN 8, 9.

## Lösung Fall 5:

Zu prüfen ist, ob dem Anspruch aus § 433 II BGB die Einrede der Verjährung gemäß § 214 I i.V.m. § 195, 199 BGB entgegengehalten werden kann. Dies würde zur Undurchsetzbarkeit der Forderung und damit zur Unbegründetheit der Klage führen.

Da die Verjährungsfrist mit Ablauf des 31. Dezember endete, ist entscheidend, ob es vorher zu einer Hemmung gemäß § 204 I Nr. 1 BGB kam.

Gemäß § 262 ZPO kommt es dafür grds. auf die Rechtshängigkeit an, gemäß §§ 253 I, 261 I ZPO also auf deren Zustellung. Diese erfolgte hier am 22. Januar und damit *nach* Ablauf der Verjährungsfrist.

Etwas anderes könnte sich hier aus § 167 ZPO ergeben. Hiernach kommt es (nur) dann auf den Eingang bei Gericht an, wenn die Zustellung „demnächst“ erfolgt ist. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn gleichzeitig zwei Umstände zusammentreffen: Es muss sich um eine verhältnismäßig lange Verzögerung der Zustellung handeln, und die Verzögerung muss aus der Sphäre des Klägers stammen.<sup>52</sup>

Da die Zustellung von Amts wegen geschieht, sollen die Parteien vor Nachteilen durch Verzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebes bewahrt werden, weil diese Verzögerungen von ihnen nicht beeinflusst werden können.<sup>53</sup>

Ohne dass es auf die zeitliche Komponente ankommt (dazu siehe die Abwandlung), war die Zustellung hier in jedem Fall „demnächst“. Es ist nämlich nichts dafür ersichtlich, dass die Verzögerung mit dem Verhalten des Klägers zu tun hat, sondern diese kommt allein aus der Sphäre des Gerichts.

Maßgeblicher Hemmungszeitpunkt ist daher der 29. Dezember. Zu diesem Zeitpunkt lief die Verjährungsfrist noch (s.o.). Daher wurde die Verjährungsfrist rechtzeitig gehemmt.

**Ergebnis:** Die Klage ist begründet.

## Lösung der 1. Abwandlung:

Das Problem besteht hier darin, dass zum einen eine Verzögerung vorliegt, die aus der Sphäre des Klägers resultiert, und dass zum anderen ca. sieben Wochen zwischen Klageeingang und Zustellung liegen.

Auf letzteres kommt es aber gar nicht an. Vielmehr ist nach h.M. für die Beurteilung der Verzögerung auf den Zeitraum zwischen *Fristablauf* und Zustellung (also nicht zwischen *Antragseingang* und Zustellung!) abzustellen.<sup>54</sup>

Andernfalls würde nämlich derjenige, der relativ frühzeitig tätig wird, dabei aber Fehler begeht, schlechter stehen als derjenige, der seine verjährungshemmende Maßnahme erst unmittelbar vor Fristablauf einleitet und dann aber fehlerfrei agiert. – Ein klarer Wertungswiderspruch!

Da die zu wahrende Verjährungsfrist vorliegend am 31. Dezember ablief, beträgt die maßgebliche Zeitspanne bis zur Zustellung am 8. Januar nur etwas mehr als eine Woche. Dies ist in jedem Fall eine kurze Verzögerung, so dass von einer Zustellung „demnächst“ ausgegangen werden kann.

**Ergebnis:** Die Klage ist begründet.

## Lösung der 2. Abwandlung:

Wie gezeigt, darf bei der Prüfung des „demnächst“ i.S.d. § 167 ZPO nicht auf eine rein zeitliche Betrachtungsweise abgestellt werden.

Bei Verzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebes gibt es auch keine absolute zeitliche Grenze, nach deren Überschreitung eine Zustellung nicht mehr als „demnächst“ anzusehen ist. Dies gilt auch dann, wenn es zu mehrmonatigen Verzögerungen kommt. Einer Partei sind nur solche Verzögerungen zuzurechnen, die sie oder ihr Prozessbevollmächtigter bei sachgerechter Prozessführung hätten vermeiden können.

1. Nach der Rechtsprechung ist der Kläger nicht gehalten, *von sich aus* den Vorschuss zu berechnen und mit der Klage einzuzahlen.<sup>55</sup> Nach der Aufforderung hat er dies laut Sachverhalt aber unverzüglich getan.
2. Folglich könnte hier der Vorwurf nur damit begründet werden, dass der Kläger sich später nicht nach dem Fortgang bzw. dem Grund für die Verzögerung erkundigt hat.
  - a. Ein Verstoß gegen die Erfordernisse einer sachgerechten Prozessführung wird von der Rechtsprechung angenommen, wenn nach Einreichung der Klage trotz vollständiger und ordnungsgemäßer Angabe aller maßgeblichen Verfahrensdaten die *Anforderung* des Gerichtskostenvorschusses ausbleibt und der Kläger oder sein Prozessbevollmächtigter nicht nach angemessener Frist wegen der ausstehen-

<sup>52</sup> Vgl. ThP § 167, RN 10; BGH NJW 2006, 3206 (m.w.N.).

<sup>53</sup> Vgl. BGHZ 103, 20 [28 f.]; 145, 358 [362]; BGH NJW 2003, 2830.

<sup>54</sup> Vgl. ThP § 167, RN 10; BGH NJW 1993, 2320.

<sup>55</sup> Vgl. BGHZ 69, 361 [363 f.]; NJW 1993, 2811.

den Vorschussanforderung nachfragen und so auf eine Beschleunigung der Zustellung hinwirken.<sup>56</sup>

- b. Damit ist der vorliegende Fall nach BGH<sup>57</sup> aber nicht vergleichbar.

Im Fall der fehlenden Anforderung des Gebührens-vorschusses hat der Kläger zu dem Zeitpunkt, in dem die Verzögerung eintritt, nämlich noch nicht alles getan, was das Verfahrensrecht von ihm zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Zustellung fordert. Wenn – wie hier – Zustellungsverzögerungen aber erst eintreten, *nachdem* der Kläger *alle* für von ihm geforderten Mitwirkungshandlungen erbracht hat, liegt die weitere Verantwortung für den ordnungsgemäßen Gang des Zustellungsverfahrens *ausschließlich* in den Händen des Gerichts. Für eine Verpflichtung oder Obliegenheit des Klägers, auch noch in diesem Stadium des Verfahrens durch eine Kontrolle des gerichtlichen Vorgehens auf eine größtmögliche Beschleunigung hinzuwirken, fehlt die rechtliche Grundlage.

**Ergebnis:** Es liegt eine rechtzeitige Hemmung gemäß § 204 I Nr. 1 BGB vor.

### Lösung der 3. Abwandlung:

Die Klageschrift ist am 15. Februar und damit vor Ablauf der maßgeblichen Frist eingereicht worden. Da die Zustellung nach Fristablauf erfolgt, ist entscheidend, ob die Klage demnächst i.S.v. § 167 ZPO zugestellt wurde.

1. Eine Zustellung ist nicht mehr „demnächst“ erfolgt, wenn die Partei, der die Fristwahrung obliegt, oder ihr Prozessbevollmächtigter durch nachlässiges – auch leicht fahrlässiges – Verhalten zu einer nicht bloß geringfügigen Zustellungsverzögerung beigetragen hat.

Bei der Bemessung einer Verzögerung ist auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung der Klage als *Folge der Nachlässigkeit* des Klägers verzögert.<sup>58</sup>

Dem Zustellungsveranlasser *zuzurechnende* Verzögerungen von bis zu 14 Tagen gelten regelmäßig als geringfügig und sind deshalb hinzunehmen.

2. Der Kläger hat die Zustellung nur geringfügig verzögert. Die ihm zuzurechnenden Verzögerungen belaufen sich auf nicht mehr als 14 Tage.

Der Kläger durfte zunächst die nach richterlicher Festsetzung des vorläufigen Streitwerts erstellte Gerichtskostenrechnung vom 14. März abwarten; er musste also nicht unaufgefordert handeln.<sup>59</sup>

Nachdem die Kostenrechnung am 16. März bei dem Prozessbevollmächtigten des Klägers einging, musste dieser sie prüfen und an den Kläger weiterleiten. Der *dafür* erforderliche Zeitraum ist im Allgemeinen mit drei Werktagen zu veranschlagen unter Ausklammerung des Eingangstages und von Wochenendtagen. Er führt nicht zu einer der Partei zuzurechnenden Verzögerung, sondern zählt zum normalen Ablauf.<sup>60</sup>

Die Prüfungs- und Weiterleitungsfrist begann mithin am 17. März und endete mit Ablauf des 21. März.

Dem Kläger war *darüber hinaus* eine ausreichende Frist zur Bereitstellung und Einzahlung des Kostenvorschusses zuzubilligen.

Auch von einer auf die Wahrung ihrer prozessualen Obliegenheit bedachten Partei kann insbesondere nicht verlangt werden, an Wochenend- und Feiertagen für die Einzahlung des Kostenvorschusses zu sorgen. Der Partei ist deshalb zur Bewirkung der Einzahlung in der Regel eine Erledigungsfrist von einer Woche zuzugestehen (zusätzlich zur Frist für die Prüfung).<sup>61</sup>

Die Frist zur Bereitstellung und Einzahlung des Kostenvorschusses durch den Kläger begann hier nach am 21. März und lief frühestens am 28. März ab.

Da der Kläger den Kostenvorschuss am 11. April bezahlte, beträgt die ihm *zuzurechnende* Verzögerung der Zustellung der Klage nicht mehr als 14 Tage.<sup>62</sup>

**Anmerkung:** Entscheidend ist also, dass man die Maximaldauer, die noch ohne Verschuldensvorwurf zu akzeptieren ist, von der Gesamtdauer abzieht. So kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass ein Zeitabstand von fast zwei Monaten (15. Februar bis 11. April) noch unter der 14-Tages-Grenze lag.

**Ergebnis:** Da die Klageschrift vor Fristablauf eingereicht und zwar nach Fristablauf, aber doch

<sup>56</sup> Vgl. BGHZ 69, 361 [363 f.].

<sup>57</sup> Vgl. BGH NJW 2006, 3206 = Life & Law 2006, 753.

<sup>58</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 1227 = Life & Law 2011, 395; NJW 2015, 2666 [RN 6] = Life & Law 2015, 735; NJW 2015, 3101 [RN 19]; ThP § 167, RN 13.

<sup>59</sup> Vgl. etwa BGH, Urteil vom 10. Dezember 2019, Az. II ZR 281/18 [RN 10] = WM 2020, 276 = Life & Law 2020, 172; ZIP 2017, 281 [RN 25].

<sup>60</sup> Vgl. BGH WM 2020, 276 [RN 10] = Life & Law 2020, 172.

<sup>61</sup> Vgl. BGH WM 2020, 276 [RN 11] = Life & Law 2020, 172.

<sup>62</sup> Vgl. BGH WM 2020, 276 [RN 12].

„demnächst“ i.S.v. § 167 ZPO zugestellt wurde, ist die Klage nicht verfristet.

### Anhang / Rechtsprechung zum Zustellungsrecht:

#### I. Voraussetzungen der Heilung nach § 189 ZPO:

Für den tatsächlichen Zugang als Voraussetzung der Heilung eines Zustellungsmangels gemäß § 189 ZPO ist nicht der Zugang des zuzustellenden Originals erforderlich. Die erfolgreiche Übermittlung einer (elektronischen) Kopie in Form beispielsweise eines Telefaxes, einer Fotokopie oder eines Scans ist ausreichend.

Die bloße mündliche Überlieferung oder eine handschriftliche oder maschinenschriftliche Abschrift des zuzustellenden Originals führen dagegen wegen der Fehleranfälligkeit einer solchen Übermittlung nicht zur Heilung des Zustellungsmangels.<sup>63</sup>

#### II. Heilung nach § 189 ZPO bei Falschbezeichnung (und Auslegung bzgl.) der Partei:

Die Heilung nach § 189 ZPO setzt voraus, dass das Gericht eine förmliche Zustellung des Dokuments vornehmen wollte. Dieser Zustellungswille muss sich zudem auf einen *bestimmten* Adressaten beziehen.

Eine Heilung nach § 189 Alt. 2 ZPO kommt deshalb aus Gründen der Rechtssicherheit und der Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) nicht in Betracht, wenn sich für den Empfänger einer Klageschrift erst aufgrund einer Auslegung des Inhalts ergibt, dass er und nicht die im Rubrum der Klageschrift (fälschlicherweise) genannte Person, der die Klageschrift durch das Gericht zugestellt worden ist, Beklagter sein soll.<sup>64</sup>

## Lösung Fall 6:

### Frage 1: Gebührenanfall

Für die Vergütung der beruflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts gilt als „taxmäßige“ Vergütung i.S.d. § 612 II BGB das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG).

#### 1. Anzahl der anfallenden Gebühren:

- a. Für die außergerichtliche Vertretung erhält der Rechtsanwalt nach Nr. 2300 VV-RVG eine sog.

„Geschäftsgebühr“ in Höhe von 0,5 bis 2,5 der vollen Gebühr des § 13 I RVG.

Nach der Anmerkung zu Nr. 2300 VV-RVG wird die Geschäftsgebühr in allen Fällen, in denen die anwaltliche Tätigkeit weder umfangreich noch schwierig war, auf einen Gebührensatz von 1,3 begrenzt (sog. Regelgebühr).

- b. Infolge der Prozessführung entstehen regelmäßig die Verfahrensgebühr i.H.v. 1,3 der vollen Gebühr (Nr. 3100 VV-RVG) und die Terminsgebühr i.H.v. 1,2 der vollen Gebühr (Nr. 3104 VV-RVG).

Der Rechtsanwalt erhält eine 1,3 Verfahrensgebühr gemäß Nr. 3100 VV-RVG für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information (Vorbemerkung 3 Absatz 2 zu Nr. 3100 VV-RVG) in einem *gerichtlichen* Verfahren.

Kommt es zu einer mündlichen Verhandlung, so erhält der Anwalt gemäß Nr. 3104 VV-RVG auch noch eine 1,2 Terminsgebühr.<sup>65</sup> Nach der Anmerkung Absatz 1, Nr. 1 zu Nr. 3104 VV-RVG entsteht die Terminsgebühr in bestimmten Fällen zudem auch ohne mündliche Verhandlung.

- c. Gebührenverrechnung: Gemäß Anlage 1 Teil 3, Vorbemerkung 3 IV VV-RVG ist die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 zur Hälfte, höchstens mit einem Gebührensatz von 0,75, auf die wegen desselben Gegenstandes angefallene Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens (Nr. 3100 VV-RVG) anzurechnen.

#### aa. 1. Problem: Vorliegen „desselben Gegenstandes“?

Die vorgerichtliche anwaltliche Tätigkeit im Zusammenhang mit einer *Kündigungserklärung* und die anschließende *Räumungsklage* betreffen nach Ansicht des BGH auch *denselben* Gegenstand; er vertritt eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“:

Das Begehren eines Vermieters, der einen Rechtsanwalt wegen aufgelaufener Mietrückstände mit der außergerichtlichen Wahrnehmung seiner Interessen, insbesondere der Beratung über eine Kündigung und mit deren Ausspruch beauftragt, ist bei lebensnaher Betrachtung darauf gerichtet, dass der Mieter die Wohnung räumt und sie dem Vermieter zurückgibt. Überdies betrifft die vom Anwalt zu entfaltende Tätigkeit in beiden Fällen dieselben rechtlichen und tatsächlichen Punkte, so dass ein enger inhaltlicher Zusammenhang besteht.

**Weitere Folge** dieser BGH-Lösung: Auch der Gegenstandswert für die außergerichtliche Tätigkeit ist

<sup>63</sup> Zum Ganzen vgl. BGH, Beschluss vom 12. März 2020, Az. I ZB 64/19 = MDR 2020, 750.

<sup>64</sup> Vgl. BGH NJW 2017, 2472 [RN 34 ff].

<sup>65</sup> In bestimmten Fällen reduziert sich die Terminsgebühr auf 0,5. Lesen Sie hierzu Nr. 3105 VV-RVG.

viel geringer, weil nun nicht § 25 KostO, sondern §§ 23 RVG, 41 II GKG anwendbar ist (dazu s.u.).

**bb. 2. Problem: Durchführung dieser Anrechnung / richtiges „Kürzungsobjekt“:**

Umstritten war, ob die Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr angerechnet wird oder umgekehrt die Verfahrensgebühr auf die Geschäftsgebühr. Nach BGH blieb eine bereits entstandene Geschäftsgebühr unangetastet; es sollte sich durch eine hälftige Anrechnung die später nach Nr. 3100 VV-RVG angefallene Verfahrensgebühr reduzieren.

Dieser Rechtsprechung wurde durch § 15a RVG wieder der Boden entzogen. In Folge dieser Vorschrift kann nun im gerichtlichen Kostenfestsetzungsverfahren wieder die volle Verfahrensgebühr verlangt werden; dann wird die Geschäftsgebühr durch Anrechnung reduziert. Das in § 15a RVG geregelte Wahlrecht kann aber auch so ausgeübt werden, dass die Geschäftsgebühr in voller Höhe verlangt wird und die Verfahrensgebühr durch Anrechnung reduziert wird.<sup>66</sup>

**2. Höhe der anfallenden Gebühren:**

Die gesetzliche Gebühr wird, sofern keine Vereinbarung der Vergütung gemäß § 4 RVG getroffen wird, nach dem Wert berechnet, den der Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit hat (sog. Gegenstandswert), vgl. § 2 I RVG.

**Hinweis:** § 49b V BRAO (Schönfelder Ergänzungsband Nr. 98) verpflichtet den Rechtsanwalt, vor Übernahme des Auftrags darauf hinzuweisen, wenn sich seine nach dem RVG zu errechnenden Gebühren nach dem Gegenstandswert richten.

- a. Der Gegenstandswert der *gerichtlichen* Tätigkeit im Zusammenhang mit der Kündigung richtet sich nach §§ 23 RVG, 41 II GKG.

Da die außergerichtliche Tätigkeit Kündigungserklärung wie gezeigt *denselben* Gegenstand wie die Räumungsklage betrifft, richtet sich der Gegenstandswert für die außergerichtliche Tätigkeit im Zusammenhang mit der Kündigung nicht nach §§ 13 RVG, 25 KostO, sondern ebenfalls nach §§ 23 RVG, 41 II GKG.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> In nicht wenigen Fällen gibt es aber taktisch gute Gründe, doch gerade die Geschäftsgebühr in voller Höhe einzuklagen (siehe dazu genauer Müller-Rabe NJW 2009, 2913 [2915]).

<sup>67</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 2050 [2051]. Die zu einem verhältnismäßig niedrigen Gegenstandswert führende Regelung des § 41 GKG beruht auf sozialen Erwägungen des Gesetzgebers; insbesondere Wohnraummietstreitigkeiten sollen für die Beteiligten „bezahlbar“ bleiben (BGH a.a.O.).

Konsequenz: Bei der Berechnung der Anwaltsgebühren ist daher bezüglich aller Gebühren nur der *einjährige* Bezug der Nettomiete (12 x die Nettomiete) zugrunde zu legen und nicht der *dreijährige* Bezug der Nettomiete (36 x die Nettomiete)! Bei der vorliegenden Nettomiete von 500 € geht es also jeweils um einen Gegenstandswert von 6.000 €.

Bei diesem beträgt der 1,0fache Satz nach der Gebührenabelle 354 €.

- b. Geht man vom 1,3fachen Regelsatz aus (dazu s.o.), sind außerprozessual als Geschäftsgebühr 460,20 € angefallen. Zu dieser sind noch die Gebühr gemäß Nr. 7002 VV-RVG für Post- und Telekommunikationsleistungen (20 €) sowie die Mehrwertsteuer hinzuzurechnen.

Die 1,3fache Verfahrensgebühr gemäß Nr. 3100 VV-RVG beträgt ohne Umsatzsteuer ebenfalls 460,20 €.

Die 1,2fache Terminsgebühr gemäß Nr. 3104 VV-RVG beträgt ohne Umsatzsteuer 424,80 €.

**Hinweis:** Wenn die Problematik der Geschäftsgebühr in einer **Verkehrsunfallklausur** auftaucht, müssen Sie meist noch auf *unterschiedliche* Gegenstandswerte achten. Grund: Oft erkennt die gegnerische Versicherung einen Teil der Haftung ihres Versicherungsnehmers an, so dass der Streit vor Gericht sich nur auf den Rest bezieht. Die Geschäftsgebühr ist dann aber – anders als die Verfahrensgebühr (Nr. 3100 VV-RVG) und die Terminsgebühr (Nr. 3104 VV-RVG) aus dem Betrag der *ursprünglichen* Forderung, also *ohne* Berücksichtigung der erst *nach* ihrem Anfall erfolgten Teilzahlung, zu errechnen!

**Frage 2: Durchsetzung der Gebühren gegenüber dem Gegner aus dem Kostenausspruch:**

**1. Erstattung der Verfahrens- und Terminsgebühr:**

Gewinnt der Kläger den Prozess, so wird der Beklagte auch dazu verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Gemäß § 308 II ZPO entscheidet hierüber das Gericht auch ohne Antrag. Hierzu gehören gemäß § 91 II 1 ZPO die gesetzlichen Gebühren des Rechtsanwalts, und zwar in jedem Falle die Verfahrensgebühr (Nr. 3100 VV-RVG) und die Terminsgebühr (Nr. 3104 VV-RVG).

Ist der Schuldner trotz des entsprechenden Urteils nicht bereit zu zahlen, so muss der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreiben. Der Anspruch auf Erstattung der Prozesskosten kann dabei gemäß § 103 ZPO nur aufgrund eines Kostenfestsetzungs-

beschlusses geltend gemacht werden, der insoweit auch Vollstreckungstitel ist, § 794 I Nr. 2 ZPO.

## 2. Erstattung der Geschäftsgebühr:

Ein Anspruch auf Erstattung der Geschäftsgebühr ist - unabhängig davon, ob es später zu einem Prozess kommt oder nicht - eine Frage des materiellen Rechts.

Die Geschäftsgebühr zählt *nicht* zu den im Kostenfestsetzungsverfahren erstattungsfähigen Prozesskosten<sup>68</sup>, denn sie entsteht für eine Tätigkeit, die zunächst primär der Prozessvermeidung dient. Daher fehlt die erforderliche Prozessbezogenheit.

### Frage 3: Andere Art der Durchsetzung der Gebühren gegenüber dem Gegner:

1. Die Geschäftsgebühr kann also als „Kosten der Rechtsverfolgung“ nur im Wege des Schadensersatzes geltend gemacht werden, *wenn* dem Mandanten gegen den Gegner ein entsprechender Schadensersatzanspruch zusteht.

Dann muss der Kläger diese Gebühr als kausalen Schadensersatzanspruch exakt beziffern und im Wege der Klagehäufung (§ 260 ZPO) als eigenen Posten mit einklagen, um so einen Titel für eine eventuelle Zwangsvollstreckung zu erhalten.

Zur sachlichen Zuständigkeit:<sup>69</sup> Wird der materiellrechtliche Kostenerstattungsanspruch *neben* der Hauptforderung, aus der er sich herleitet, geltend gemacht, ist er von dem Bestehen der Hauptforderung abhängig und stellt deshalb eine Nebenforderung im Sinne von § 4 I ZPO dar. Er wirkt daher nicht streitwerterhöhend.

Wenn und soweit der geltend gemachte Hauptanspruch nicht (mehr) Gegenstand des Rechtsstreits ist (z.B. weil eine auf die Hauptforderung oder einen Teil der Hauptforderung beschränkte Erledigung erklärt worden ist), sind geltend gemachte vorprozessuale Anwaltskosten aber als streitwerterhöhender Hauptanspruch zu berücksichtigen. Dann hat diese Forderung sich von der sie bedingenden Forderung „emanzipiert“, denn ohne Hauptforderung gibt es keine Nebenforderung.

2. Bezüglich des materiellrechtlichen Anspruchs sind v.a. zwei Konstellationen zu unterscheiden:
  - a. Hat der Rechtsanwalt für seinen Mandanten einen Anspruch auf Schadensersatz geltend gemacht (etwa beim Verkehrsunfall), so handelt es sich bei

den Anwaltskosten um einen kausalen *Folgeschaden* (sog. Rechtsverfolgungskosten), wenn die Einschaltung des Rechtsanwaltes erforderlich war.<sup>70</sup>

## b. Andere Ansprüche (v.a. Primäransprüche):

Kosten, die durch die Geltendmachung eines nicht auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs entstehen, können nur unter den Voraussetzungen des Verzuges mit der Hauptforderung als Verzugschaden gemäß §§ 280 I, II, 286 BGB geltend gemacht werden. Ein solcher Fall liegt hier vor, weil es zunächst um Mietansprüche aus § 535 II BGB ging.

Dabei ist zu beachten, dass der Schuldner *vor* Beauftragung des Rechtsanwalts bzw. vor Entstehung der Geschäftsgebühr im Verzug gewesen sein muss. Setzt der Rechtsanwalt den Schuldner mit seinem Schreiben erst in Verzug, so fehlt es an der Kausalität des Verzugs für diesen Schaden; dann bleibt der Mandant auf diesen Kosten des ersten Schreibens ggf. sitzen!<sup>71</sup>

Im vorliegenden Fall ergab sich der Verzug aus der Nichtleistung der Miete, weil für diese ein fester Termin vereinbart ist, so dass § 286 II Nr. 1 BGB greift und eine Mahnung entbehrlich war.

Auf dieser Pflichtverletzung beruhte die Einschaltung der Rechtsanwältin zur außergerichtlichen Wahrnehmung der Interessen der Klägerin, insbesondere zwecks Erklärung der - gemäß § 543 I, II Nr. 3a BGB berechtigten - fristlosen Kündigung.

**Anmerkung:** Teilweise kommt auch ein Anspruch aus G.o.A. gemäß §§ 670, 683, 677 BGB in Betracht. Nach gefestigter Rechtsprechung liegt eine *berechtigte* Abmahnung bzw. Aufforderung zur Unterlassungserklärung dann im Interesse des Abgemahnten, wenn dieser dadurch eine ernsthaft drohende gerichtliche Auseinandersetzung, die dann wesentlich höhere Kosten verursachen würde, vermeiden kann. Es entspricht seinem Interesse, die Kosten möglichst gering zu halten.<sup>72</sup>

Äußerst kritisch ist die Behandlung der Geschäftsgebühr auf der Seite des (angeblichen) *Schuldners*. Wird ein Rechtsanwalt eingeschaltet, um sich gegen eine zu Unrecht erfolgte Inanspruchnahme *zu verteidigen*, so steht dem zu Unrecht in Anspruch genommenen Auftraggeber ein Anspruch auf Schadensersatz meist nur unter dem Gesichtspunkt des Betruges (§ 823 II BGB, § 263 StGB) bzw. der sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) zu.<sup>73</sup> § 823 I BGB ist nicht einschlägig, weil in keines der dort

<sup>70</sup> Vgl. etwa Pal./Grüneberg § 249, RN 56 f..

<sup>71</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2009, 580 [582].

<sup>72</sup> Vgl. hierzu etwa Pal./Sprau § 683, RN 6; BGH NJW 2012, 3781 (letzterer ohne Begründung).

<sup>73</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 1458 = Life & Law 2007, 354.

<sup>68</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2007, 3289; NJW 2007, 3500; OLG Frankfurt NJW 2005, 759; Zöller/Hergert § 104, RN 21.

<sup>69</sup> Hierzu siehe etwa BGH NJW 2013, 2123 [RN 5 f.].

genannten Rechtsgüter eingegriffen wird und der Betroffene einen reinen Vermögensschaden erlitten hat.

Ein Kostenerstattungsanspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB bzw. §§ 280 I, 241 II, 311 BGB (*culpa in contrahendo*) setzt voraus, dass der vermeintliche Anspruch im Rahmen einer (vor-)vertraglichen Beziehung der Parteien geltend gemacht wurde. Allein durch die Geltendmachung eines Anspruchs, der tatsächlich nicht besteht oder jedenfalls nicht weiter verfolgt wird, entsteht eine solche Sonderverbindung nicht. Einen generellen Kostenerstattungsanspruch gegen denjenigen, der sich unberechtigt eines Rechts berührt, kennt die deutsche Rechtsordnung nicht. Mit unberechtigten Ansprüchen konfrontiert zu werden, gehört zum allgemeinen Lebensrisiko, soweit nicht die Voraussetzungen einer speziellen Haftungsnorm vorliegen.

Bestehen zwischen den Parteien bereits vertragliche Beziehungen gilt Folgendes: Eine Vertragspartei, die von der anderen Vertragspartei etwas verlangt, das nach dem Vertrag nicht geschuldet ist, oder ein Gestaltungsrecht ausübt, das nicht besteht, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 II BGB und handelt i.S.v. § 280 I 1 BGB pflichtwidrig. Aber: Im Sinne von § 280 I 2 BGB zu vertreten hat die Vertragspartei diese Pflichtwidrigkeit aber nicht schon dann, wenn sie nicht erkennt, dass ihre Rechtsposition in der Sache nicht berechtigt ist, sondern erst, wenn sie diese Rechtsposition auch nicht als plausibel ansehen durfte.<sup>74</sup>

Ein zu Unrecht Inanspruchgenommener fährt insoweit also grds. besser, wenn er sofort von der Möglichkeit einer negativen Feststellungsklage Gebrauch macht statt sich außerprozessual zu verteidigen!

**Ergebnis:** Die Geschäftsgebühr muss neben dem Räumungsanspruch (§ 546 I BGB) zuzüglich Nebengebühren und Umsatzsteuer beziffert eingeklagt werden. Eine solche Klage wäre vorliegend aber auch erfolgversprechend.

Es besteht ein Wahlrecht (§ 15a RVG), ob die Geschäftsgebühr in voller Höhe eingeklagt wird und eine Kürzung der Verfahrensgebühr hingenommen wird oder ob umgekehrt eine gekürzte Geschäftsgebühr eingeklagt wird.

Zu beachten ist dabei noch, dass auch ein solcher materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch bezüglich der Geschäftsgebühr eine *Nebenforderung* i.S.d. §§ 4 ZPO, 43 I GKG, 23 I 1 RVG darstellt, weil diese Forderung vom Bestehen der Hauptforde-

rung abhängig ist. Sie wirkt also nicht streitwerterhöhend.<sup>75</sup>

### 3. Exkurs zum Anspruchsumfang des Schadenersatzes:

Beauftragt der Geschädigte einen Rechtsanwalt mit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen, so ist der Umfang des Ersatzverlangens nur für die Abrechnung zwischen dem Geschädigten und *seinem Anwalt* maßgebend (Innenverhältnis).

Kostenerstattung aufgrund des materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs kann der Geschädigte vom *Schädiger* dagegen grds. nur insoweit verlangen, als seine Forderung diesem gegenüber auch *objektiv berechtigt* ist.<sup>76</sup>

Nicht maßgeblich ist also, welche Kosten ein einsichtiger Geschädigter für vertretbar gehalten hat bzw. halten konnte. Denn Kosten, die dadurch entstehen, dass dieser einen Anwalt zur Durchsetzung eines i.E. unbegründeten Anspruchs beauftragt, können dem Schädiger nicht mehr als Folge seines Verhaltens *zugerechnet* werden.

Nach BGH hat es auf den für den Anspruch auf Erstattung von Anwaltskosten maßgeblichen Gegenstandswert keinen werterhöhenden Einfluss, dass der Geschädigte im Zeitpunkt der *Beauftragung des Rechtsanwalts* noch davon ausgegangen ist, seine Hauptforderung sei zu einem höheren als dem später festgestellten oder unstrittig gewordenen Betrag begründet.

Grund: Ob die Hauptforderung in der geltend gemachten Höhe letztlich objektiv berechtigt ist, hängt nicht nur davon ab, ob die den Anspruch einschließliche der Anspruchshöhe begründenden Voraussetzungen erfüllt sind, sondern auch davon, ob und inwieweit der Anspruchsgegner mit Einwendungen oder Einreden gegen den Anspruchsgrund oder die Anspruchshöhe Erfolg hat.

**Anmerkung:** Die Lösung des BGH ist umstritten und auch sehr angreifbar.<sup>77</sup> Nach der Differenzhypothese liegt nämlich tatsächlich auch insoweit ein kausaler Schaden vor, wenn der einsichtige Geschädigte diese Reparaturkosten bei Beauftragung des Anwalts für vertretbar gehalten hat. Der BGH verneint die Zurechenbarkeit und tut so, als wäre alleine dies logisch. Dabei wäre es leicht möglich gewe-

<sup>74</sup> Vgl. BGH NJW 2009, 1262.

<sup>75</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 3289. In diesem Fall ging es um die Anwendung von § 4 ZPO im Rahmen des § 511 II Nr. 1 ZPO: Die Berufung war dann unzulässig, weil die Hauptforderung alleine die 600 €-Grenze nicht überschritt und erst in Addition mit der eingeklagten Geschäftsgebühr über diese Grenze gekommen wäre!

<sup>76</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 935 [RN 7 ff]; NJW 2017, 3588 [RN 7 ff].

<sup>77</sup> Vgl. hierzu Junglas NJW 2018, 936 [937].

sen, das wertende Kriterium der Zurechenbarkeit  
ähnlich zu lösen wie bei einer gegenüber dem Gut-  
achten überraschenden Verteuerung der Reparatur:  
Das Prognoserisiko bzw. Werkstattisiko trägt auch  
der Schädiger!<sup>78</sup>

---

---

<sup>78</sup> Vgl. etwa Pal./Grüneberg § 249, RN 13 m.w.N.