

Online Assessorkurs Zivilprozessrecht 2025-I - Lösungen / Teil 1 -

A. Klageerhebung und Zustellungsrecht

Lösung Fall 1:

Nach § 253 II Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift einen bestimmten Antrag enthalten. Hinreichend bestimmt ist ein Klageantrag grundsätzlich, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko des Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt.¹

Zulässig ist aber ein unbezifferter Antrag auf Schmerzensgeld, mit dem die Festsetzung eines angemessenen Betrages in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.²

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

Ob die Angabe einer ungefähren Größenordnung des Betrags auch eine Zulässigkeitsvoraussetzung ist, wird innerhalb des BGH nicht ganz einheitlich beantwortet.³

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.⁴
3. Wird eine Mindestangabe gemacht, darf das Gericht dann durchaus deutlich über den angegebenen Schätzbetrag hinausgehen, ohne dass damit § 308 ZPO verletzt wäre.⁵

Hinweis: Ein Antrag, den Beklagten hinsichtlich der Verzinsung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs „nach Maßgabe der Kostenquote des

Tenors des Urteils“ (also der Hauptsacheentscheidung) zu verurteilen, ist nach BGH nicht hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 II Nr. 2 ZPO und damit unzulässig, weil der Kläger mit der vermeidbar ungenauen Formulierung „nach Maßgabe der Kostenquote des Tenors des Urteils“ das Risiko eines Unterliegens auf den Beklagten abgewälzt hat.⁶

Lösung Fall 2:

Die Klageerhebung erfolgte hier nicht durch eine Person, die dem Nutzungszwang des § 130d ZPO unterliegt, so dass keine Pflicht zum elektronischen Verfahren gemäß § 130a ZPO besteht. Daher ist v.a. zu prüfen, ob die Klageschrift gemäß § 253 ZPO die Anforderungen von § 130 Nr. 6 ZPO erfüllt.

§ 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.⁷

Nach BGH ist ein bestimmender Schriftsatz wirksam in *schriftlicher* Form eingereicht, sobald dem Gericht **ein Ausdruck** der als Anhang einer elektronischen Nachricht übermittelten Datei (hier: PDF-Datei) vorliegt **und** die Datei durch Einscannen eines unmittelbar (!) unterzeichneten Schreibens hergestellt wurde. Dann ist auch dem Unterschriftserfordernis des § 130 Nr. 6 ZPO genügt.⁸

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

Die strengen Anforderungen bezüglich der Unterschrift entsprechen der früheren Rechtsprechung zum Telefax und Computerfax: Nach Ansicht des BGH 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.⁹ Nach (fragwürdiger) Ansicht des BGH sei – anders als bei einer eigenhändigen Unterschrift – bei einer eingescannten Unterschrift nicht gewährleistet, dass der Rechtsanwalt die Verantwortung für den Schriftsatz übernimmt und es sich nicht lediglich um einen von ihm/ihr nicht geprüften Entwurf handelt.

¹ Vgl. BGH NJW 2023, 2716 [RN 19 m.w.N.].

² Vgl. ThP § 253, RN 12.

³ Vgl. etwa BGH NJW 2002, 3769 (m.w.N.).

⁴ Vgl. BGH NJW 1999, 1339. Bestätigt und weitergeführt von BGH NJW 2002, 3769;

⁵ Vgl. BGH NJW 1996, 2425; ThP § 253, RN 12.

⁶ Vgl. BGH NJW 2023, 2716 [RN 18]; a.A. etwa Enders, JurBüro 2015, 225; Lüttringhaus, NJW 2014, 3745, 3748.

⁷ Vgl. BGH NJW 2005, 2086; ThP § 130, RN 5 und RN 6.

⁸ Vgl. BGH NJW 2008, 2649 (für eine Berufungsbegründung); NJW 2015, 1527 [RN 12] (für eine Beschwerde nach FamFG).

⁹ Vgl. BGH NJW 2006, 3784; NJW 2015, 1527 [RN 13 ff]).

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

Damit werden auch nicht die Voraussetzungen des § 130a ZPO für die Einreichung elektronischer Dokumente ausgehöhlt. Denn das Gericht ist *nicht verpflichtet*, solche E-Mails entgegenzunehmen. Eine im Original unterzeichnete Schriftsatz, der 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.¹⁰

Ergebnis: Da diese Voraussetzungen hier beide erfüllt sind, ist die Klageerhebung formell korrekt.

Anmerkung: Es bestehen also mehrere Unterschiede dieser Lösung 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. Und 3. sind die Anforderungen an Unterschrift / Signatur bei § 130a ZPO anders (s.u.).

Lösung Fall 2 / Abwandlung:

Der Schriftsatz kann auch als elektronisches Dokument bei Gericht eingereicht werden, wobei dann nach § 130a III S. 1 ZPO das elektronische Dokument mit einer qualifizierten Signatur der verantwortenden Person versehen *oder* von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht worden sein muss.

1. Vorliegend ist der Schriftsatz **nicht qualifiziert signiert** i.S.v. § 130a III S. 1 Alt. 1 ZPO.

Hinweis: Zu den hohen Anforderungen an die qualifizierte Signatur siehe etwa die Zusammenstellung bei Grüneberg/Ellenberger § 126a, RN 3 ff.

Zu prüfen sind daher die beiden kumulativen Voraussetzungen von § 130a III S. 1 Alt. 2 ZPO.

2. **Detailvoraussetzungen bei einfacher Signatur i.S.v. § 130a III S. 1 Alt. 2 ZPO:**

Eine einfache elektronische Signatur besteht aus Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verbunden werden und die der Unterzeichner zum Unterzeichnen verwendet.¹¹

Die einfache Signatur meint die einfache Wiedergabe des Namens am Ende des Textes. Dies kann z.B. eine eingescannte Unterschrift sein, es reicht aber auch der maschinenschriftliche Namenszug unter dem Schriftsatz.¹² Die Bezeichnung „Rechtsanwalt“ allein genügt aber nicht.¹³

Für die maschinenschriftliche Unterzeichnung ist weder vorgeschrieben, dass (auch) ein Vorname zu verwenden ist, noch dass die Bezeichnung „Rechtsanwalt“ wiedergegeben wird.¹⁴

Die Signatur soll sicherstellen, dass die von dem sicheren Übermittlungsweg ausgewiesene Person mit der Person identisch ist, welche mit der wiedergegebenen Unterschrift die inhaltliche Verantwortung für das elektronische Dokument übernimmt. Fehlt es an dieser Identität, ist das Dokument nicht ordnungsgemäß eingereicht. Dies folgt bereits daraus, dass der sichere Übermittlungsweg bei einer Signatur durch die verantwortende Person *gleichrangig* neben der qualifizierten elektronischen Signatur steht. Die qualifizierte elektronische Signatur tritt ihrerseits an die Stelle der eigenhändigen Unterschrift i.S.d. § 130 Nr. 6 ZPO.

Neben den sonstigen Funktionen der Unterschrift soll sie auch gewährleisten, dass das elektronische Dokument nicht spurenlos manipuliert werden kann (Perpetuierungs- oder Integritätsfunktion). Diese Funktionen sollen auch bei einer einfachen Signatur und einem sicheren Übermittlungsweg garantiert werden. Zum Ausdruck kommt dieser Aspekt in den sonstigen bundeseinheitlichen Übermittlungswegen nach § 130a IV S. 1 Nr. 6 ZPO. Sie sind nur dann als sichere Übermittlungswege anzusehen, wenn die Authentizität und Integrität der Daten gewährleistet sind.

3. **Prüfung im konkreten Fall:** Diese Anforderungen sind vorliegend nicht eingehalten, denn es mangelt dem Schriftsatz an der erforderlichen einfachen Signatur i.S.v. § 130a III S. 1 Alt. 2 ZPO.

¹⁰ Vgl. BGH NJW 2019, 2096 [RN 12 ff].

¹¹ Vgl. Art. 3 Nr. 10 der EU-Verordnung Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG.

¹² Vgl. BGH, Beschluss vom 30. November 2023, Az. III ZB 4/23 = NJW-RR 2024, 331 [RN 10].

¹³ Vgl. ThP § 130a, RN 3a [seit 44. Aufl.]; BGH NJW 2022, 3512 [RN 10 f.] = Life & Law 2022, 808; BAGE 172, 186 = NZA 2020, 1501 = NJW 2020, 3476 [RN 12].

¹⁴ Vgl. BAGE 172, 186 = NZA 2020, 1501 [RN 12].

Der Schriftsatz ist über das beA der Prozessbevollmächtigten übermittelt worden. Bei diesem Übermittlungsweg handelt es sich nach der Legaldefinition des § 130a IV Nr. 2 ZPO um einen „sicheren“ i.S.d. Abs. III der Regelung.¹⁵

Der Schriftsatz weist aber keine einfache Signatur auf. An deren Ende ist das Wort „Rechtsanwältin“ aufgeführt, jedoch nicht der Name der Prozessbevollmächtigten. Allein mit der Bezeichnung „Rechtsanwältin“ lässt sich der Schriftsatz aber keiner bestimmten Person zuordnen, die Verantwortung für seinen Inhalt übernommen hat.¹⁶

Und: „Eine eindeutige Zuordnung wird auch nicht dadurch hergestellt, dass im Briefkopf der Kanzlei nur eine einzige Rechtsanwältin neben anderen männlichen Rechtsanwälten aufgeführt ist. Denn dies schließt nicht aus, dass eine im Briefkopf nicht aufgeführte Rechtsanwältin die Verantwortung für den Schriftsatz übernommen hat.“¹⁷

Ergebnis: Die Klageschrift wahrt nicht die nach § 130a I, III S. 1 ZPO erforderliche Form.

Anhang / Weitere Rechtsprechung zur Klageerhebung:

1. Ersatzeinreichung bei Unmöglichkeit der elektronischen Einreichung eines Schriftsatzes:

Die zwingende Einreichung von Erklärungen in der elektronischen Form gemäß § 130d S. 1 ZPO ist eine Zulässigkeitsfrage, die von Amts wegen zu prüfen ist. Ein Formverstoß führt zur Unwirksamkeit der Prozessklärung.¹⁸

§ 130d S. 2 ZPO stellt auf die vorübergehende technische Unmöglichkeit im Zeitpunkt *der beabsichtigten Übermittlung* des Dokuments ab. Der Prozessbevollmächtigte, der aus technischen Gründen gehindert ist, einen fristwahren Schriftsatz elektronisch einzureichen, ist, nachdem er die zulässige Ersatzeinreichung veranlasst hat, nicht mehr gehalten, sich vor Fristablauf weiter um eine elektronische Übermittlung zu bemühen.¹⁹

2. Notwendige Personenidentität bei einfacher Signatur:

Nach h.M. ist ein elektronisches Dokument, das aus einem beA versandt wird und mit einer einfachen Signatur versehen ist, nur dann auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht, wenn die das Dokument signierende und damit verantwortende Person mit der des tatsächlichen Versenders *übereinstimmt*.²⁰

Eine einschränkende Auslegung dahin, dass ein sicherer Übermittlungsweg nach § 130a IV Nr. 2 ZPO nur gegeben ist, wenn die verantwortende Person den Schriftsatz selbst versendet, ist infolge Systematik sowie Sinn und Zweck der Vorschrift geboten.

Der sichere Übermittlungsweg steht bei einer Signatur durch die verantwortende Person gleichrangig neben der qeS. Die qualifizierte elektronische Signatur tritt ihrerseits an die Stelle der eigenhändigen Unterschrift i.S.d. § 130 Nr. 6 ZPO. Neben den sonstigen Funktionen der Unterschrift soll sie auch gewährleisten, dass das elektronische Dokument nicht spurenlos manipuliert werden kann (Perpetuierungs- oder Integritätsfunktion). Diese Funktionen sollen auch bei einer einfachen Signatur und einem sicheren Übermittlungsweg garantiert werden.

Bei einem beA nach § 31a BRAO ist die Identität des Absenders technisch abgesichert. Die Bundesrechtsanwaltskammer richtet für jedes im Gesamtverzeichnis eingetragene Mitglied einer Rechtsanwaltskammer ein beA empfangsbereit ein. Neueintragungen nehmen die Rechtsanwaltskammern nach § 31 I S. 5 BRAO nur vor, nachdem ein Identifizierungsverfahren durchgeführt worden ist.

Nach § 23 III S. 5 RAVPV kann das Recht, nicht-qualifiziert elektronisch signierte Dokumente auf einem sicheren Übermittlungsweg zu versenden, nicht auf andere Personen übertragen werden. Die Versendung durch andere Personen ist jedoch technisch möglich.

Wird das beA durch eine andere Person als den Postfachinhaber – z.B. das Sekretariat eines Rechtsanwalts – verwendet, liegt kein sicherer Übermittlungsweg vor, so dass die qeS unverzichtbar ist.

Überlässt der Inhaber des beA die Versendung eines nicht qualifiziert signierten Dokuments anderen Personen, so wäre nicht sichergestellt, dass es sich bei dem übermittelten Dokument nicht nur um einen

¹⁵ Vgl. BAGE 172, 186 [RN 15]; ThP § 130a, RN 4; Musielak/Voit/Stadler § 130a, RN 8.

¹⁶ Vgl. ThP § 130a, RN 3a [seit 44. Aufl.]; BGH NJW 2022, 3512 [RN 12] = Life & Law 2022, 808; BAGE 172, 186 = NZA 2020, 1501 [RN 17].

¹⁷ Vgl. BGH NJW 2022, 3512 [RN 12] = Life & Law 2022, 808; BAGE 172, 186 = NZA 2020, 1501 [RN 17].

¹⁸ Vgl. BGH NJW 2023, 456 [RN 6]; NJW 2023, 2484 [RN 6]; ThP § 130d, RN 1.

¹⁹ Vgl. BGH NJW 2023, 2484 [RN 10].

²⁰ Vgl. etwa BGH NJW 2022, 2416 [RN 8 ff]; OLG Oldenburg NJW 2021, 786 [RN 12 ff]; BAG NZA 2020, 965 [RN 10 ff] = NJW 2020, 2351; ThP § 130a, RN 3a; Musielak/Voit/Stadler § 130a, RN 6.

unautorisierten Entwurf handelt, sondern dass es mit Wissen und Wollen des Verantwortenden dem Gericht zugeleitet worden ist. Das Erfordernis der persönlichen Übermittlung durch die verantwortende Person ist somit kein Selbstzweck, sondern soll wie bei der handschriftlichen Unterzeichnung die Identifizierung des Urhebers einer Verfahrenshandlung ermöglichen und dessen unbedingten Willen zum Ausdruck bringen, die volle Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes zu übernehmen und diesen bei Gericht einzureichen.²¹

3. Keine notwendige Personenidentität bei qualifizierter Signatur:

Signiert ein Mitglied einer mandatierten Anwaltssozietät einen Schriftsatz, den ein anderes Mitglied der Anwaltssozietät verfasst und einfach elektronisch signiert hat, in qualifizierter elektronischer Form und reicht diesen Schriftsatz über sein besonderes elektronisches Anwaltspostfach bei Gericht ein, ist dies wirksam. Eines klarstellenden Zusatzes („für“) bei der einfachen Signatur des Schriftsatzverfassers bedarf es nicht.²²

Grund des Unterschieds zur einfachen Signatur:

Die qualifizierte elektronische Signatur entspricht der Unterschrift des Rechtsanwalts. Der Rechtsanwalt, der das zuvor von einem anderen verfasste elektronische Dokument, das auch mit dessen Namen und Berufsbezeichnung abschließt, qualifiziert elektronisch signiert, bringt wie mit seiner eigenhändigen Unterschrift ohne weitere Voraussetzungen im Zweifel seinen unbedingten Willen zum Ausdruck, mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur auch eine entsprechende Verantwortung für einen bestimmten Schriftsatz zu übernehmen und dessen Inhalt zu verantworten und den Mandanten als weiterer Hauptbevollmächtigter oder zumindest als Unterbevollmächtigter in Wahrnehmung des Mandats zu vertreten. Auch insoweit bedarf es daher keines klarstellenden Zusatzes eines Vertretungsverhältnisses, insbesondere nicht der Verwendung des Worts „für“.

4. Voraussetzungen des Eingangs eines elektronischen Dokuments bei Gericht:

- a. Ein über das beA eingereichtes elektronisches Dokument ist i.S.v. § 130a V S. 1 ZPO wirksam bei Gericht eingegangen, wenn es auf dem für dieses eingerichteten Empfänger-Intermediär im Netzwerk für das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) gespeichert worden ist.

Ob es von dort aus rechtzeitig an andere Rechner innerhalb des Gerichtsnetzes weitergeleitet oder von solchen Rechnern abgeholt werden konnte, ist demgegenüber unerheblich.²³

- b. Wiedereinsetzung gemäß § 233 ZPO: anwaltlichen Sorgfaltspflichten bei Übermittlung per beA:

Die nötige Überprüfung der ordnungsgemäßen Übermittlung erfordert die Kontrolle, ob die Bestätigung des Eingangs des elektronischen Dokuments bei Gericht nach § 130a V S. 2 ZPO erteilt wurde. Die Eingangsbestätigung soll dem Absender unmittelbar und ohne weiteres Eingreifen eines Justizbediensteten Gewissheit darüber verschaffen, ob die Übermittlung an das Gericht erfolgreich war oder ob weitere Bemühungen zur erfolgreichen Übermittlung des elektronischen Dokuments erforderlich sind.

Hat der Rechtsanwalt eine Eingangsbestätigung nach § 130a V S. 2 ZPO erhalten, besteht Sicherheit darüber, dass der Sendevorgang erfolgreich war. Bleibt sie dagegen aus, muss dies den Rechtsanwalt zur Überprüfung und gegebenenfalls erneuten Übermittlung veranlassen.²⁴

Hinweis: Wenn eine Eingangsbestätigung nach § 130a V S. 2 ZPO an den Absender übermittelt wird, zeigt das Übermittlungsprotokolls des Absenders unter dem Abschnitt „Zusammenfassung Prüfprotokoll“, Unterpunkt „Meldungstext“ die Meldung „request executed“ und unter dem Unterpunkt „Übermittlungsstatus“ die Meldung „erfolgreich“ an.²⁵ Andernfalls stehen dort die Meldung „die Nachricht konnte nicht an den Intermediär des Empfängers übermittelt werden“ und unter dem Unterpunkt „Übermittlungsstatus“ die Meldung „fehlerhaft“.

Lösung Fall 3:

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

²¹ Vgl. BGH NJW 2022, 2416 [RN 10].

²² Vgl. BGH NJW 2024, 1660 [RN 11 ff].

²³ Vgl. BGH NJW 2021, 2201 [RN 18].

²⁴ Vgl. BGH NJW 2021, 2201 [RN 22 f]; BAGE 167, 221 = NJW 2019, 2793 [RN 23].

²⁵ Vgl. BGH NJW 2021, 2201 [RN 33].

erst mit dem *Eigentumserwerb* ein und hat dann keine Rückwirkung.²⁶

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. (Abgetretener) Anspruch gemäß §§ 280 I BGB, 398 S. 2 BGB:

1. Vom Bestehen eines Anspruchs ist laut Sachverhalt auch auszugehen, wobei § 280 I BGB einschlägig 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 S. 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.²⁷

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 S. 1 BGB, weil es sich um einen Anspruch wegen „Veränderungen“ der Mietsache i.d.S. handelt.²⁸
- b. Gemäß § 548 I S. 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 BGB²⁹ 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.³⁰

aa. Grundregeln der Prüfung der Identität des Streitgegenstands:

Gegenstand des Rechtsstreits ist der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgebehauptung aufgefasste eigenständige *prozessuale* Anspruch. 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).³¹

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.³²

- bb. Danach ist hier durch die Erhebung der Klage keine Hemmung der Verjährung eingetreten. Die tatsächlich gegebene Forderung aus *abgetretenem* Recht stellt nämlich im Verhältnis zur ursprünglichen Klage einen *anderen* Streitgegenstand dar.³³

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

²⁶ Vgl. Grüneberg/Weidenkaff § 566, RN 17 (m.w.N.).

²⁷ Vgl. BGH NJW 2018, 1746 [RN 23 ff] = Life & Law 2018, 442.

²⁸ Vgl. Grüneberg/Weidenkaff § 546, RN 15, § 548, RN 6.

²⁹ 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 handlungsbereit wäre (vgl. Grüneberg/Ellenberger § 203, RN 2).

³⁰ Vgl. BGH NJW 2005, 2004; Grüneberg/Ellenberger § 204, RN 13.

³¹ Vgl. BGH NJW 2007, 2560; ThP Einl. II, RN 11 ff.

³² Vgl. etwa BGHZ 117, 1 [5 f.]; BGH NJW 1999, 3126; NJW 2007, 2560; ThP Einl. II, RN 30.

³³ Vgl. BGH NJW 2005, 2004; NJW 2007, 2560; NJW 2008, 2922 [letzterer zur Reichweite der Rechtskraft]; ThP Einl. II, RN 32; Grüneberg/Ellenberger § 204, RN 13; ThP Einl. II, RN 32; Musielak/Voit/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.

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.³⁴

Begründung: Die Überweisung zur Einziehung bewirkt zwar keinen Forderungsübergang³⁵ und steht deshalb einer Forderungsabtretung nicht gleich. Sie verschafft dem Vollstreckungsgläubiger aber ein *eigenes Einziehungsrecht* und ermächtigt ihn, die Forderung in *eigenem* Namen einzuziehen.³⁶ Es geht im letztgenannten Fall also nur um zwei verschiedene Wege, mit denen jeweils *dasselbe* abgeleitet 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.³⁷

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.³⁸ 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!

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.³⁹

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

Der Beklagte als Zustellungsadressat wurde in der Wohnung nicht angetroffen⁴⁰, denn als „Wohnung“ i.d.S. sind natürlich auch die Räume eines Einfamilienhauses⁴¹ erfasst, wenn nur dort sowohl der Zustellungsadressat als auch der Zustellungsempfänger, an den übergeben wird⁴², 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 insbeson-

³⁴ So BGH NJW 2007, 2560.

³⁵ Vgl. etwa BGHZ 114, 138 [141]; ThP § 836, RN 2 ff.

³⁶ Vgl. BGH WM 1981, 1338; NJW 2007, 2560.

³⁷ 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.

³⁸ Zum Ganzen siehe ThP Einl. III, RN 16; Grüneberg/Ellenberger § 133, RN 4, 6a.

³⁹ Vgl. etwa ThP § 177, RN 2

⁴⁰ Darunter fällt auch der Fall, dass der Zustellungsadressat anwesend, aber an der Entgegennahme gehindert ist; so etwa im Falle der Erkrankung (Zöller/Schultzky § 178, RN 2; Musielak/Voit/Witschier § 178, RN 2).

⁴¹ Vgl. Zöller/Schultzky § 178, RN 12.

⁴² Vgl. zu diesen Begriffen ThP Vorbem. § 166, RN 4 ff.

dere 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.⁴³

Die Frage, ob die mit dem Zustellungsadressaten zusammenwohnende 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. 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.⁴⁴

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

Da die *tatsächliche Kenntnisnahme* des Zustellungsadressaten im Falle der wirksamen Ersatzzustellung grds. nicht erforderlich ist⁴⁵, 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 Verschulden des Betroffenen ankommt (vgl. etwa § 719 I S. 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 nach § 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 nicht notwendig, *mehrerer* Versuche der Zustellung nach § 177 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.⁴⁶

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 vorlag.

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.⁴⁷ 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.⁴⁸

Lösung der 2. Abwandlung:

Nach Ansicht des BGH ist der gemeinsame Briefschlitz in der Haustür eines Mehrparteienhauses

⁴³ Vgl. Zöller/Schultzky § 178, RN 12; BGH NJW 2001, 1946; andeutungsweise auch ThP § 178, RN 13.

⁴⁴ Vgl. Zöller/Schultzky § 178, RN 14; ThP § 178, RN 10 geht darauf nicht ein.

⁴⁵ Vgl. ThP § 178, RN 22.

⁴⁶ Vgl. Zöller/Schultzky § 180, RN 2.

⁴⁷ Vgl. BGH NJW 2007, 2186; BVerwG NJW 2007, 3222.

⁴⁸ Vgl. auch ThP § 180, RN 6.

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 der Beschriftung – eine eindeutige Zuordnung zum Adressaten möglich ist.⁴⁹

Die Bereitstellung einer Vorrichtung zum Postempfang liegt 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.

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 *allein* zur Wohnung oder zu den Geschäftsräumen des Empfängers gehört.

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.

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 entgegenbringt. 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.⁵⁰

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

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 aufwies⁵¹ und auch nichts für eine andere Einrichtung, etwa einen Briefschlitz, erkennbar ist.

Es liegt auch keine Verweigerung der Entgegennahme vor, bei der das Vorgehen nach § 179 ZPO Vorrang gehabt hätte.⁵²

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 S. 2 ZPO).⁵³

Die nötige Mitteilung über die Niederlegung, die gemäß § 181 I S. 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 S. 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.⁵⁴

Auch bei der Zustellung durch Einschreiben mit Rückschein gemäß § 175 ZPO liegt mit bloßer

⁴⁹ Vgl. BGH NJW 2011, 2440 [2442].

⁵⁰ Vgl. BGH NJW 2011, 2440 [2443].

⁵¹ Vgl. dazu ThP § 180, RN 4; Zöller/Schultzky § 180, RN 3.

⁵² Vgl. ThP § 180, RN 3; Musielak/Voit/Witschier § 180, RN 2.

⁵³ Vgl. BGH NJW 2001, 832; ThP § 181, RN 4.

⁵⁴ Vgl. etwa Grüneberg § 130, RN 7 (m.w.N.).

Niederlegung des Benachrichtigungszettels noch keine wirksame Zustellung vor.⁵⁵

Lösung der 4. Abwandlung:

1. Fraglich ist erneut, ob die Voraussetzungen der **Er-satzzustellung 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 Ausdruck gefunden haben muss.⁵⁶ 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.⁵⁷

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.⁵⁸

b. Der bloße, dem Empfänger zurechenbare **Rechtsschein**, dieser unterhalte unter der jeweiligen Anschrift eine Wohnung oder Geschäftsräume, genügt nicht für eine ordnungsgemäße Zustellung.⁵⁹

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.

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.⁶⁰ 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 möglicher-

⁵⁵ Vgl. Zöller/Schultzky § 175, RN 3; etwa unklar ThP § 175, RN 5, 6.

⁵⁶ Vgl. BGH NJW 2011, 2440 [2441]; NJW-RR 2010, 489; ThP § 180, RN 3a, 3b.

⁵⁷ Vgl. BGH NJW 2011, 2440 [2441]; NJW-RR 2010, 489.

⁵⁸ Vgl. ThP § 178, RN 7.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Vgl. BGH NJW 2011, 2440 [2441] m.w.N.

weise bevorstehenden Verfahren in Kauf genommen hat oder sich ihm solche Auswirkungen zumindest aufdrängen mussten.⁶¹

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.⁶²

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.

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 „*dennächst*“ 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.⁶³

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.

Zu den Verzögerungen im Geschäftsablauf des Gerichts, die dem Kläger nicht zuzurechnen sind, gehören auch Versäumnisse, die bei der Ausführung der

Zustellung von dem Zustellorgan verursacht worden sind. Denn die von der Geschäftsstelle des Gerichts veranlasste Beauftragung des Zustellorgans mit der Ausführung der Zustellung (§ 168 I S. 2 ZPO) gehört zum Geschäftsbetrieb des Gerichts, das die Klage von Amts wegen zuzustellen hat (§ 253 I, § 271 I, § 166 II ZPO).⁶⁴

Prüfung hier: Ohne dass es auf die zeitliche Komponente ankommt (dazu siehe die Abwandlung), war die Zustellung hier in jedem Fall „*dennächst*“. 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.⁶⁵

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 „*dennächst*“ ausgegangen werden kann.

Ergebnis: Die Klage ist begründet.

⁶¹ Vgl. BGH NJW 2019, 2942 [RN 12].

⁶² Vgl. ThP § 189, RN 8, 9.

⁶³ Vgl. ThP § 167, RN 10; BGHZ 168, 306 [RN 20 f.].

⁶⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2024, Az. VII ZR 240/23 [RN 32].

⁶⁵ Vgl. ThP § 167, RN 10; BGH NJW 1993, 2320; NJW 2022, 2196 [RN 18].

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.⁶⁶ 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 liegt vor, 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 ausstehenden Vorschussanforderung nachfragen und so auf eine Beschleunigung der Zustellung hinwirken.⁶⁷
 - b. Damit ist der vorliegende Fall nach BGH⁶⁸ aber nicht vergleichbar.

Im Fall der fehlenden Anforderung des Gebührenvorschusses 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 jetzt noch durch eine Kontrolle des gerichtlichen Vorgehens auf eine größtmögliche Beschleunigung hinzuwirken, fehlt die rechtliche Grundlage.

⁶⁶ Vgl. BGHZ 69, 361 [363 f.]; NJW 1993, 2811.

⁶⁷ Vgl. BGHZ 69, 361 [363 f.].

⁶⁸ Vgl. BGHZ 168, 306 [RN 20 f.] = NJW 2006, 3206 = Life & Law 2006, 753; NJW 2022, 2196 [RN 21].

⁶⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2024, Az. VII ZR 240/23 [RN 28]; NJW 2023, 2945 [RN 6].

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.

Dabei wird der auf Verzögerungen im Geschäftsablauf von Gericht oder Post zurückzuführende Zeitraum auch dann nicht angerechnet, wenn der fehlerhaften Sachbehandlung des Gerichts eine der Partei zuzurechnende Verzögerung vorausgegangen ist.⁶⁹

Beispiel: Die Klage weist als Zustelladresse die *frühere* Anschrift der Beklagten aus. Der Zusteller wirft legt sie an dieser Anschrift in den Briefkasten eines Dritten ein. Korrekterweise hätte das Zustellorgan die Klage mit einem Vermerk über den Grund der Unzustellbarkeit unverzüglich an das Gericht zurückleiten müssen, was dann viel schneller zur Ermittlung der richtigen Adresse geführt hätte.⁷⁰

Bei der Bemessung einer Verzögerung ist also nur auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung der Klage als *Folge der Nachlässigkeit* des Klägers verzögert.⁷¹

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.⁷²

⁷⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2024, Az. VII ZR 240/23 [RN 32].

⁷¹ Vgl. BGH NJW 2015, 2666 [RN 6] = Life & Law 2015, 735; NJW 2015, 3101 [RN 19]; NJW 2023, 2945 [RN 6]; ThP § 167, RN 13.

⁷² Vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2019, Az. II ZR 281/18 [RN 10]; ZIP 2017, 281 [RN 25].

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.⁷³

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).⁷⁴

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

Da der Kläger den Kostenvorschuss am 11. April bezahlte, beträgt die ihm *zurechnende* Verzögerung der Zustellung der Klage nicht mehr als 14 Tage.⁷⁵

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 „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.⁷⁶

II. Auswirkungen des Verstoßes gegen § 180 S. 3 ZPO bei der Ersatzzustellung:

Wird bei einer Zustellung durch Niederlegung nach § 180 ZPO das Datum der Zustellung nicht auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks vermerkt, liegt ein Verstoß gegen § 180 S. 3 ZPO vor. Umstritten ist, welche Auswirkungen dies hat.

Nach einer Ansicht ist die Zustellung mit dem Zeitpunkt *der Einlegung* in den Briefkasten wirksam.⁷⁷ Nach Ansicht des BGH handelt es sich bei § 180 S. 3 ZPO um eine zwingende Zustellungsvorschrift, so dass bei einem Verstoß hiergegen das Schriftstück gemäß § 189 ZPO erst im Zeitpunkt des tatsächlichen Zugangs als zugestellt gilt.⁷⁸ Begründung:

- a. Ersatzzustellung erfordert ein gleichwertiges Surrogat für die körperliche Übergabe:

Eine Zustellung findet in ihrer Grundform durch körperliche Übergabe statt. Das Schriftstück kann der Person, der zugestellt werden soll, an jedem Ort übergeben werden, an dem sie angetroffen wird (§ 177 ZPO).

Bei der Ersatzzustellung nach § 178 ZPO erfolgt ebenfalls die Übergabe an eine Person, wenn es sich dabei auch nicht um die Person handelt, der zugestellt werden soll. Diese Art der Ersatzzustellung erfordert, dass die Person, der zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung, in dem Geschäftsraum oder in einer Gemeinschaftseinrichtung, in der sie wohnt, nicht angetroffen wird.

§ 180 ZPO geht noch weiter und ersetzt den Vorgang der körperlichen Übergabe, indem er - wenn die Zustellung nach § 178 I Nr. 1 oder Nr. 2 ZPO nicht ausführbar ist - die Einlegung in einen zu der Wohnung oder dem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung genügen lässt. Dementsprechend bestimmt § 180 S. 2 ZPO, dass mit der Einlegung das Schriftstück als zugestellt gilt.

⁷³ Vgl. BGH WM 2020, 276 [RN 10] = Life & Law 2020, 172.

⁷⁴ Vgl. BGH WM 2020, 276 [RN 11] = Life & Law 2020, 172.

⁷⁵ Vgl. BGH WM 2020, 276 [RN 12].

⁷⁶ Zum Ganzen vgl. BGH, Beschluss vom 12. März 2020, Az. I ZB 64/19 = MDR 2020, 750.

⁷⁷ Vgl. etwa ThP [43. Aufl.] § 180, RN 6; Zöller/Schultzky, ZPO, 34. Aufl., § 180, RN 9; OVG Schleswig, NJW 2020, 633 [RN 5].

⁷⁸ Vgl. BGH NJW 2022, 3081 [RN 18 ff]; Urteil vom 15. März 2023, Az. VIII ZR 99/22 [RN 14 ff] = NJW-RR 2023, 766; ThP [korrekt seit 44. Aufl.] § 180, RN 6.

Im Gegensatz zu §§ 177, 178 ZPO enthält § 180 S. 3 ZPO die Regelung, dass der Zusteller das Datum der Zustellung auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks vermerken muss. Dies erklärt sich daraus, dass bei einer Übergabe des Schriftstücks von Person zu Person dem Empfänger klar ist, wann er das Schriftstück erhalten hat. Wird das Schriftstück hingegen in den Briefkasten eingelegt und wird dieser zum Beispiel wegen Urlaubs oder Krankheit nicht täglich kontrolliert, kann der Zeitpunkt des Eingangs nicht mehr sicher bestimmt werden. Durch die Vorschrift des § 180 S. 3 ZPO wird dieser Nachteil, der durch den Wegfall der körperlichen Übergabe entsteht, ausgeglichen.

Damit stellt nicht nur die Einlegung in den Briefkasten, sondern auch der Vermerk des Datums auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks ein Surrogat für die körperliche Übergabe dar und ist somit als notwendiger Teil der Bekanntgabe anzusehen.

- b. Dies ergibt sich auch aus dem Zusammenspiel der Regelungen in § 180 ZPO und § 182 ZPO. Gemäß § 182 I S. 1 ZPO ist zum Nachweis der Zustellung nach den §§ 171, 177 bis 181 eine Urkunde auf dem hierfür vorgesehenen Formular anzufertigen. Diese Beurkundung dient nur zum Nachweis der Zustellung und ist selbst kein notwendiger (konstitutiver) Bestandteil der Zustellung.⁷⁹

Dadurch, dass die Pflicht, das Datum der Zustellung auf dem Umschlag des zuzustellenden Schriftstücks zu vermerken, ausdrücklich in § 180 S. 3 ZPO enthalten ist, welcher die Art und Weise der Ersatzzustellung regelt, wird deutlich, dass es sich dabei um einen Bestandteil der Ersatzzustellung und nicht nur um einen Vorgang der Beurkundung handeln soll.

Dass dieser Bestandteil als *wesentlich* angesehen wird, ergibt sich wiederum daraus, dass § 182 II Nr. 6 ZPO gerade als Nachweis dafür, dass diese Pflicht erfüllt worden ist, die Bemerkung verlangt, dass der Tag der Zustellung auf dem Umschlag vermerkt worden ist.

III. Ende der Zustellungspflicht nach § 172 ZPO:

1. In einem anhängigen Verfahren hat die Zustellung nach der Grundregel des § 172 I S. 1 ZPO *ausschließlich* an den für den (jeweiligen) Rechtszug bestellten Prozessbevollmächtigten zu erfolgen. Zustellungen an die Partei selbst unter Verstoß gegen die

vorgenannte Bestimmung sind unwirksam und setzen Fristen nicht in Lauf.⁸⁰

2. § 87 I Alt. 1 ZPO gilt im Rahmen des § 172 ZPO auch dann, wenn es nur noch um die Zustellung eines den Rechtszug abschließenden Urteils geht. Die Notwendigkeit einer Zustellung an den Prozessbevollmächtigten endet daher im Parteiprozess mit der Anzeige des Erlöschens der Prozessvollmacht dem Gericht gegenüber.⁸¹

Die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht i.S.v. § 87 I Alt. 1 ZPO bedarf zwar keiner besonderen Form. Sie muss aber, da das Prozessrecht klare Verhältnisse verlangt, eindeutig sein.

3. Aus dem Wegfall der Vorgabe des § 172 ZPO ergibt sich jedoch nicht, dass ab diesem Zeitpunkt Zustellungen ausschließlich an die Partei persönlich vorgenommen werden dürften und eine an den empfangsbereiten und gemäß § 87 II ZPO vertretungsberechtigten Anwalt vorgenommene Zustellung aus diesem Grund unwirksam wäre.⁸²

IV. Wirksamkeitszeitpunkt der Zustellung beim anwaltlichen Empfangsbekanntnis via beA:

1. **Wichtig v.a. für Fristberechnungen:** Für den Nachweis *des Zeitpunkts* der Zustellung eines elektronischen Dokuments durch elektronisches Empfangsbekanntnis kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Rückübermittlung des elektronischen Empfangsbekanntnisses an das Gericht an, sondern auf das im Empfangsbekanntnis vom Empfänger eingetragene Zustellungsdatum.⁸³

Für die Rücksendung des elektronischen Empfangsbekanntnisses in Form eines strukturierten Datensatzes per beA (vgl. § 173 III S. 2 ZPO) ist es erforderlich, dass aufseiten des die Zustellung empfangenden Rechtsanwalts die Nachricht geöffnet sowie mit einer entsprechenden Eingabe ein Empfangsbekanntnis erstellt, das Datum des Erhalts des Dokuments eingegeben und das so generierte Empfangsbekanntnis versendet wird.⁸⁴

Die Abgabe des elektronischen Empfangsbekanntnisses setzt mithin die *Willensentscheidung* des Empfängers voraus, das elektronische Dokument an dem einzutragenden Zustellungsdatum als zugestellt entgegenzunehmen; darin liegt die erforderliche Mitwirkung des Rechtsanwalts, ohne dessen aktives Zutun ein elektronisches Empfangsbekanntnis nicht

⁷⁹ Vgl. BT-Drucks. 14/4554, S. 15; BGH NJW 2018, 2802 Rn. 5.

⁸⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 8. November 2022, Az. VIII ZB 21/22 [RN 15] = NJW-RR 2023, 701; ThP § 172, RN 4.

⁸¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 8. November 2022, Az. VIII ZB 21/22 [RN 16] = NJW-RR 2023, 701; BGHZ 31, 32, 35; NJW-RR 2020, 1191, RN 9; ThP § 172, RN 12.

⁸² Vgl. BGH, Beschluss vom 8. November 2022, Az. VIII ZB 21/22 [RN 17] = NJW-RR 2023, 701.

⁸³ Vgl. BGH NJW 2024, 1120 [RN 9].

⁸⁴ Vgl. ThP § 173, RN 11.

ausgelöst wird. Auf der Grundlage dieses Willensakts wird das elektronische Empfangsbekanntnis automatisiert aus der verwendeten Software heraus erzeugt und dem Gericht übermittelt; mit dieser Übermittlung wird die empfangsbereite Entgegennahme der Nachricht dokumentiert.

2. **Beweiskraft:** Das von einem Rechtsanwalt elektronisch abgegebene Empfangsbekanntnis erbringt gegenüber dem Gericht den vollen Beweis nicht nur für die Entgegennahme des Dokuments als zugestellt, sondern auch für den angegebenen Zeitpunkt der Entgegennahme und damit der Zustellung.⁸⁵

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.⁸⁶ 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 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.⁸⁷

2. Höhe der anfallenden Gebühren:

⁸⁵ Vgl. BGH NJW 2024, 1120 [RN 10]; ThP § 173, RN 11.

⁸⁶ In bestimmten Fällen reduziert sich die Terminsgebühr auf 0,5. Lesen Sie hierzu Nr. 3105 VV-RVG.

⁸⁷ 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]).

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 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.⁸⁸

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 Gebührentabelle 390 €.

- b. Geht man vom 1,3fachen Regelsatz aus (dazu s.o.), sind außerprozessual als Geschäftsgebühr 507 € 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 507 €.

Die 1,2fache Terminsgebühr gemäß Nr. 3104 VV-RVG beträgt ohne Umsatzsteuer 468 €.

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 Kostenauspruch:

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 S. 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 Kostenfestsetzungsbeschlusses 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 Prozesskosten⁸⁹, 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

⁸⁸ 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.).

⁸⁹ Vgl. etwa BGH NJW 2007, 3289; NJW 2007, 3500; OLG Frankfurt NJW 2005, 759; Zöller/Herget § 104, RN 21.

Wege der Klagehäufung (§ 260 ZPO) als eigenen Posten mit einklagen, um so einen Titel für eine eventuelle Zwangsvollstreckung zu erhalten.

Zur sachlichen Zuständigkeit:⁹⁰ 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.⁹¹
 - 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!⁹²

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.⁹³

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.⁹⁴ § 823 I BGB ist nicht einschlägig, weil in keines der dort 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 weiterverfolgt 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 S. 1 BGB pflichtwidrig. Aber: Im Sinne von § 280 I S. 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

⁹⁰ Hierzu siehe etwa BGH NJW 2013, 2123 [RN 5 f.].

⁹¹ Vgl. etwa Grüneberg/Grüneberg § 249, RN 56 f..

⁹² Vgl. etwa BGH NJW 2009, 580 [582].

⁹³ Vgl. hierzu etwa Grüneberg/Retzlaff § 683, RN 6; BGH NJW 2012, 3781 (letzterer ohne Begründung).

⁹⁴ Vgl. BGH NJW 2007, 1458 = Life & Law 2007, 354.

erst, wenn sie diese Rechtsposition auch nicht als plausibel ansehen durfte.⁹⁵

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 S. 1 RVG darstellt, weil diese Forderung vom Bestehen der Hauptforderung abhängig ist. Sie wirkt also nicht streitwerterhöhend.⁹⁶

3. Anspruchsumfang des Schadensersatzes (Exkurs):

Beauftragt der Geschädigte einen Rechtsanwalt mit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, 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.⁹⁷

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 objektiv berechtigt ist, hängt nicht nur davon ab, ob die den Anspruch einschließlich 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.⁹⁸ 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 allein dies logisch. Dabei wäre es leicht möglich gewesen, das wertende Kriterium der Zurechenbarkeit ähnlich zu lösen wie bei einer gegenüber dem Gutachten überraschenden Verteuerung der Reparatur: Das Prognoserisiko bzw. Werkstatttrisiko trägt auch der Schädiger!⁹⁹

Frage 4: Verzinsung eines materiell-rechtlichen Erstattungsanspruchs für verauslagte Gerichtskosten-vorschüsse?

Ob eine Partei von ihr verauslagte Gerichtskosten-vorschüsse ohne Darlegung eines konkreten (Verzugs-)Schadens bereits vor dem von § 104 I S. 2 ZPO erfassten Zeitraum im Rahmen eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs verzinst verlangen kann, ist umstritten.¹⁰⁰

1. **Grundregel:** Die Konkurrenz zwischen dem materiell-rechtlichen und dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch auf verfahrensrechtlicher Ebene ist dahingehend zu lösen, dass *die Durchsetzung* eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs eingeschränkt ist, soweit die geltend gemachten Kosten mit denjenigen Kosten *identisch* sind, die im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden können oder geltend gemacht worden sind.¹⁰¹

Der Klage auf Erstattung der reinen Prozesskosten fehlt in diesem Fall das Rechtsschutzinteresse, weil die Geltendmachung des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs im Kostenfestsetzungsverfahren

⁹⁵ Vgl. BGH NJW 2009, 1262.

⁹⁶ 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 allein die 600 €-Grenze nicht überschritt und erst in Addition mit der eingeklagten Geschäftsgebühr über diese Grenze gekommen wäre!

⁹⁷ Vgl. BGH NJW 2018, 935 [RN 7 ff]; NJW 2017, 3588 [RN 7 ff].

⁹⁸ Vgl. hierzu Junglas NJW 2018, 936 [937].

⁹⁹ Vgl. etwa Grüneberg/Grüneberg § 249, RN 13 m.w.N.

¹⁰⁰ Vgl. die Nachweise bei BGH NJW 2023, 2716 [RN 27].

¹⁰¹ Vgl. BGH NJW 2023, 2716 [RN 37]; NJW 2021, 468 [RN 22]; NJW 2018, 402 [RN 18].

regelmäßig weniger aufwendig ist. Insofern wird dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch im Grundsatz der Vorrang eingeräumt, sofern der Prozess geführt wird oder geführt worden ist.

2. **Folge nach BGH:** Ein Verzug mit einem materiellrechtlichen Anspruch auf Erstattung der verauslagten *Gerichtskosten*, also ein Anspruch gemäß *Verzugsschaden* gemäß §§ 280 I, II, 286 BGB, liegt nicht vor, weil dieser Anspruch auf Erstattung der Gerichtskosten während eines *laufenden* Prozesses und im Nachgang hierzu infolge des Vorrangs des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs (§ 91 ZPO) mangels Durchsetzbarkeit nicht erfolgreich geltend gemacht werden kann.¹⁰²

Im Rahmen des Verzugs ist im Grundsatz allgemein anerkannt, dass die Forderung des Gläubigers nicht nur fällig, sondern auch durchsetzbar sein muss.¹⁰³

Hieran fehle es jedoch im vorliegenden Fall. Ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch des Klägers für von diesem verauslagte Gerichtskostenvorschüsse ist im laufenden Zivilprozess und im Nachgang hierzu nicht durchsetzbar, weil diese Kosten mit denjenigen identisch sind, die im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden können oder geltend gemacht worden sind, der prozessuale Kostenerstattungsanspruch damit vorrangig ist.

Ergebnis: Ein solcher materiellrechtlicher Zinsanspruch besteht mangels Verzuges also nicht. Stattdessen muss später § 104 I S. 2 ZPO angewandt werden, der aber gilt

¹⁰² Vgl. BGH NJW 2023, 2716 [RN 46 ff].

¹⁰³ Vgl. etwa Grüneberg/Grüneberg § 286, RN 9.