

Repetitorium zum Zivilprozessrecht
in Fällen und Lösungen, Fragen und Antworten sowie
Übersichten
2014

Aktualisierte Fassung – Teil 3

- von Dr. Hartmut Rensen, Richter am Oberlandesgericht Köln –

Fall 30 - Feststellungsklage: a) Der Mieter Geduldig sucht den Rechtsanwalt Dr. Kundig auf und berichtet von schwerwiegenden Mängeln - Feuchtigkeit, Schimmel usw. Er mindere zwar teilweise die Miete und halte den Restbetrag gestützt auf ein Zurückbehaltungsrecht zurück, wolle aber darüber hinaus für die Zukunft bestimmte Mängel beseitigt sehen. Was wird Dr. Kundig ihm raten?

b) Was ist, wenn der Mieter Geduldig wegen der Mängelbeseitigung im Wege einer Klage vorgeht, der Vermieter aber während des laufenden Zivilprozesses das Mietverhältnis fristlos kündigt?

Lösung 30: a) Hinsichtlich des Anspruchs auf Mängelbeseitigung wird Dr. Kundig zu einer Leistungsklage raten. Man könnte bezüglich des Beseitigungsanspruchs auch auf die Voraussetzungen einer Ersatzvornahme gemäß § 536a Abs. 2 BGB hinwirken und nach derselben den Ersatz der Aufwendungen klageweise verlangen.

b) Hier bedarf es außerdem einer auf Feststellung des Fortbestandes des Mietverhältnisses gerichteten Zwischenfeststellungsklage im Sinne des § 256 Abs. 2 ZPO.

Fall 31 - Feststellungs- und Leistungsklage: Der Vorsichtig hat mit seinem Pkw einen Unfall erlitten. Der Schaden beträgt 15.000,- EUR. Zwischen Vorsichtig und dem Unfallgegner ist die Haftung sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach streitig. Vorsichtig fragt Rechtsanwalt Hilfreich, ob man nicht zunächst auf Feststellung der Haftung des Unfallgegners klage solle. Was wird Hilfreich antworten?

Lösung 31: Er wird antworten, dass eine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO immer dann unzulässig ist, wenn eine Leistungsklage möglich ist. Dann mangelt es am Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage, weil es eine bessere Rechtsschutzmöglichkeit gibt. Anderes gilt nur dann, wenn man bereits nach der Entscheidung über die Feststellungsklage eine Beilegung der Streitigkeit erwarten kann. Das wird z.B. dann bejaht, wenn eine Haftung eines Hoheitsträgers nur dem Grunde nach streitig ist. Auch hinsichtlich eines Versicherers könnte man dies erwägen. Hier kommt jedoch nur eine Leistungsklage in Betracht, weil sowohl Haftungsgrund als auch Haftungsbetrag streitig sind. Nur das Gericht kann sich für ein Vorgehen mit Grund- und Schlussurteil entscheiden.

Fall 32 - Widerklage: Als dem Nachtragend eine auf Zahlung eines Kaufpreises in Höhe von 150.000,- EUR gerichtete Klage zugestellt wird, sucht er umgehend seinen Rechtsanwalt Dr. Kundig auf und erklärt diesem, zwar schulde er tatsächlich den begehrten Kaufpreis, er habe aber auch Ansprüche gegen den Kläger. So habe dieser falsche Tatsachenbehauptungen aufgestellt. Deren Widerruf verlange er, der Beklagte. Könne man dies nicht auch zum Gegenstand des Rechtsstreits machen. Was wird Dr. Kundig darauf antworten?

Lösung 32: Er wird erwidern, dass eine Aufrechnung hier mangels Gleichartigkeit der Forderungen ausscheide. Auch könne man die Forderungen nicht als Grund für ein Zurückbehaltungsrecht heranziehen. Denn hier fehle es ebenso am Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne des § 320 Abs. 1 S. 1 BGB wie an der nach § 273 Abs. 1 BGB erforderlichen Konnexität. Dementsprechend könne man allenfalls an einer Widerklage denken. Dem stehe jedoch § 33 ZPO insofern entgegen, als kein rechtlicher Zusammenhang der Forderungen zu erkennen sei (vgl. BGHZ 40, 187; BGH, NJW 1975, S. 1228; str.: Gegenauffassung sieht in § 33 ZPO nur die Regelung eines besonderen Gerichtsstandes).

Fall 33 - Drittwiderklage: Der Vorsichtig erleidet mit dem Pkw seiner Frau einen Unfall. Seine Frau nimmt den Unfallgegner und den Haftpflichtversicherer des gegnerischen Fahrzeugs im Wege einer Schadenersatzklage in Anspruch. Der Beklagte zu 1 erheben Widerklage wegen des Schadens an dem gegnerischen Fahrzeug nicht nur gegen die Frau des Vorsichtig, sondern ebenfalls gegen den Haftpflichtversicherer ihres Pkw und gegen den Vorsichtig als Fahrer. Ist das zulässig?

Lösung 33: Hier handelt es sich um eine wegen eines in rechtlichem und tatsächlichem Zusammenhang stehenden Anspruchs (§ 33 ZPO) erhobene Klage gegen mehrere bisher nicht am Rechtsstreit beteiligte Widerbeklagte, die aber gemeinsam mit der Klägerin als Streitgenossen auftreten. Diese sog. streitgenössische Drittwiderklage ist unter den Voraussetzungen einer als Klageänderung behandelten Parteierweiterung (Zustimmung der Drittwiderbeklagten oder Sachdienlichkeit) zulässig und in Verkehrsunfallsachen sehr verbreitet.

Unter diesen Voraussetzungen wird sogar eine isolierte Drittwiderklage, d.h. eine Widerklage nur gegen einen bisher nicht am Rechtsstreit beteiligten Widerbeklagten, zugelassen (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 33 Rn. 21, 23 f. m.w.N.), nicht hingegen die von einem Dritten, d.h. nicht von einem Beklagten, erhobene Drittwiderklage.

Fall 34 - Prozessaufrechnung: a) Anlässlich der mündlichen Verhandlung erklärt der für den Beklagten Schlau als Prozessbevollmächtigter tätige Rechtsanwalt Dr. Kundig namens seines Mandanten die Hilfsaufrechnung mit einer Vergütungsforderung. Wenige Tage später erhebt Dr. Kundig namens seines Mandanten Klage wegen des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs. Der für dieses Verfahren zuständige Richter fragt sich, ob das zulässig ist. Zu welchem Ergebnis wird er gelangen?

b) Der für den ersten Prozess zuständige Richter fragt sich, ob er nicht von einer Beweisaufnahme zum Bestehen der Hauptforderung absehen kann, weil die Gegenforderung ohnehin besteht und die Hilfsaufrechnung deshalb jedenfalls durchgreift. Vielleicht könne er auch offenlassen, ob die rechtshindernden Einwendungen gegen die Hauptforderung durchgreifen. Wie ist die Rechtslage insofern?

c) Wie ist in dem zweiten Prozess zu entscheiden, wenn das für das erste Verfahren zuständige Gericht die Klage aufgrund der Hilfsaufrechnung abweist?

Lösung 34: a) Da die (Hilfs-) Aufrechnung die Rechtshängigkeit der Gegenforderung nicht zu begründen vermag, steht der Zulässigkeit der diesbezüglichen Klage nicht der Einwand entgegenstehender Rechtshängigkeit entgegen, § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO.

b) Da die Aufrechnung hier innerprozessual durch das Bestehen der Hauptforderung im Übrigen bedingt ist, muss hinsichtlich der streitigen Umstände das Bestehen der Hauptforderung betreffend Beweis erhoben werden. Insofern ist die Disposition des Beklagten über seine Gegenforderung maßgebend. Das Bestehen der Hauptforderung darf schon deshalb nicht offen gelassen werden, weil der Umfang der materiellen Rechtskraft hinsichtlich der Haupt- und der Gegenforderung (§ 322 Abs. 2 ZPO) hiervon abhängt.

c) Hier sind Haupt- und Gegenforderung in der Höhe der geltend gemachten Hauptforderung durch Aufrechnung erloschen. Insofern ist das für den zweiten Zivilprozess zuständige Gericht wegen der materiellen Rechtskraft nach § 322 Abs. 2 ZPO gebunden. Dementsprechend muss es die zulässige Klage als unbegründet abweisen. Dem könnte der Inhaber der Gegenforderung durch eine Erledigungserklärung unter Hinweis auf das nachträgliche Erlöschen der Gegenforderung wegen der im ersten Prozess erklärten Hilfsaufrechnung zuvorkommen.

Frage 30: Bedarf es hinsichtlich der werkvertraglichen Vergütungsansprüche und gleichartiger Gegenansprüche wegen Gewährleistung aus demselben Vertrag der Aufrechnung?

Antwort 30: Während der Bundesgerichtshof früher davon ausging, dass solche Ansprüche sind nicht auf-, sondern abzurechnen seien (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 28. Auflage, § 3 Rn. 16 Stichwort: „Aufrechnung“), hat er diese Auffassung zwischenzeitlich aufgegeben und geht nun von einer Aufrechnung im Rahmen einer Gesamtabrechnung aus (vgl. BGH, NZI 2005, S. 674).

V. Teilklage, unbezifferte Anträge

Fall 35 – nicht abgegrenzte Teilklage: Richter am Amtsgericht Dr. Müßig hat sich für den frühen Nachmittag auf dem Golfplatz verabredet, als ihm eine Verfahrensakte mit einer Klage von Rechtsanwalt Hilfreich vorgelegt wird. Hilfreich macht für seinen Mandanten Schadenersatz geltend. Der Beklagte habe auf seinem Grundstück eine Baugrube ausheben lassen, dabei aber die Seite zum benachbarten Grundstück des Klägers nicht hinreichend abgestützt. Deshalb sei das Haus des Klägers beschädigt worden. Es sei zu erheblichen Rissen in den Außenwänden gekommen, deren Beseitigung ca. 15.000,- EUR kosten werde. Ferner sei die unmittelbar an der Grundstücksgrenze stehende Garage des Klägers eingestürzt. Deren Wiedererrichtung werde 5.000,- EUR kosten. Bei dem Einsturz der Garage sei das Kfz beschädigt worden. Insofern liege ein wirtschaftlicher Totalschaden vor. Die Wiederbeschaffung werde 25.000,- EUR kosten. Auch seien zwei Fahrräder und eine Vielzahl von Gartengeräten beschädigt worden. Hier sei ein Schaden in Höhe von weiteren 5.000,- EUR eingetreten. Schließlich müsse das Grundstück an der Grundstücksgrenze ordnungsgemäß aufgeschüttet und befestigt werden. Die erforderlichen Erdarbeiten kosteten 10.000,- EUR. Zwecks Kostenersparnis werde im Einverständnis mit dem Beklagten zunächst nur eine Teilklage über 5.000,- EUR erhoben. Dr. Müßig sieht seinen Nachmittag auf dem Golfplatz dahinschwinden und ärgert sich, dass er die Arbeit tun soll, die nach der Schadenshöhe an sich das Landgericht tun müsste. Er hat allerdings Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit des Vorgehens des Klägers. Zu recht?

Lösung 35: Zwar sind Teilklagen zweifellos zulässig, so dass allein die Bewirkung der Zuständigkeit des Amtsgerichts durch die gewählte Höhe der Schadenersatzklage keinen Bedenken begegnet – Pech für Dr. Müßig.

Allerdings müssen – wie bei anderen Klagen – die Anforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO beachtet werden, und § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist hier insofern von besonderer Bedeutung, als er der Erhebung einer nicht abgegrenzten Teilklage entgegensteht. Eine solche liegt vor, wenn mehrere selbständige (prozessuale) Ansprüche geltend gemacht werden, aber nicht angegeben wird, welcher Betrag der Antragssumme auf welchen der Ansprüche entfällt. Hier bedarf es im Hinblick auf die materielle Rechtskraft der Klarstellung seitens des Klägers. Allerdings ist dies dann nicht erforderlich, wenn es sich nicht um selbständige Ansprüche handelt, sondern lediglich um Rechnungsposten eines einheitlichen Anspruchs.

Hier geht es nicht nur um Rechnungsposten, wie z.B. die einzelnen Positionen der Reparaturkosten des Fahrzeugs, sondern um selbständige Ansprüche, weil der Kläger hier die Beschädigung verschiedener Sache geltend macht. Insofern unterscheidet sich der zur Begründung der Klage vorgetragene Sachverhalt jeweils teilweise. Dementsprechend sind die Bedenken des Dr. Müßig insofern begründet, als der Kläger nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hätte angeben müssen, welcher Teilbetrag der insgesamt verlangten 5.000,- EUR auf welche Schadensbetrag entfallen soll. In diesem Zusammenhang hätte er z.B. von jedem einzelnen Schadensbetrag einen prozentual bestimmten Teilbetrag verlangen können. Auch hätte er jeweils zwischen Haupt- und Hilfsvorbringen wählen können.

Dr. Müßig darf die Klage allerdings nach mündlicher Verhandlung nicht ohne weiteres abweisen, sondern muss gemäß § 139 Abs. 3 ZPO zunächst auf seine Bedenken hinweisen und Gelegenheit gewähren, das betreffende Vorbringen zu ergänzen.

Fall 36 – Klage auf Zahlung von Schmerzensgeld: Rechtsanwalt Dr. Kundig arbeitet an einer Klageschrift wegen der Schmerzensgeldforderung einer Mandantin. Als er den Klageantrag abfassen will, fragt er sich, wie er angesichts der ganz erheblichen Unsicherheiten bei der Schmerzensgeldbemessung nach den gebräuchlichen Schmerzensgeldtabellen eine Teilabweisung und damit eine Teilverurteilung in die Kosten des Verfahrens sicher vermeiden soll. Was ist ihm zu raten?

Lösung 36: An sich reichte die Bestimmung des § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, um den Risiken der Schmerzensgeldbemessung und der Schadensschätzung nach § 287 ZPO zu begegnen.

Unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, NJW-RR 1994, S. 1272) ist allerdings dazu zu raten, auf eine Bezifferung zu verzichten und die Schmerzensgeldbemessung bereits im Klageantrag dem Ermessen des Gerichts zu überlassen. Geboten ist schon wegen der fraglichen Zuständigkeit jedoch eine Angabe der Größenordnung (vgl. BGH, NJW 1982, S. 340 f.). Das bedeutet allerdings nicht, dass wegen des Grundsatzes „iudex ne eat ultra petita partium“ (§ 308 Abs.1 ZPO), dass das Gericht an die Größenordnung gebunden ist. Vielmehr kann das Gericht die angegebene Größenordnung nach oben unbegrenzt überschreiten (vgl. BGH, NJW 1996, S. 2425). Im Hinblick auf die Möglichkeit eines Rechtsmittels und die dafür erforderliche Beschwer bedarf es jedoch einer Teilabweisung der Klage, wenn das Gericht nach unten von der Größenordnung abweichen will. Noch klarer ist dies, wenn der Kläger einen Mindestbetrag anstelle einer Größenordnung angibt. Für die Kosten greift bei der Größenordnung § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO insofern ein, als bei Abweichungen von bis zu 25% nach unten keine Pflicht zu Kostentragung entsteht (vgl. etwa OLG Köln, VersR 1995, S. 358 f.). Hier wirkt sich die Angabe eines Mindestbetrages als nachteilig. Allerdings besteht der Spielraum nur dann, wenn es um Abweichungen aufgrund des richterlichen Ermessens bei der Schmerzensgeldbemessung oder Schadensschätzung geht, nicht hingegen, wenn die Teilabweisung auf eine Abweichung von den Behauptungen des Klägers geht. Erbringt er etwa den ihm obliegenden Beweis für eine dauerhafte gesundheitliche Einschränkung nicht und muss das Gericht bei der Schmerzensgeldbemessung von einer folgenlosen Heilung ausgehen, führt die Teilabweisung der Schmerzensgeldklage auch dann zu einer Kostenquote nach § 92 Abs. 1 ZPO, wenn das Unterliegen des Klägers gleichwohl nicht mehr als 25% ausmacht.

Frage 31: Was ist zu tun, wenn man einen auf Zahlung gerichteten Anspruch hat, der aber der Höhe nach noch nicht beziffert werden kann, sondern dessen Höhe von einer Auskunft des Gegners abhängt – z.B. Klage eines Pflichtteilsberechtigten?

Antwort 31: Die Zivilprozessordnung sieht für diese Fälle in § 254 ZPO die Möglichkeit der Stufenklage (Auskunft, eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit der Auskunft, bezifferter Leistungsantrag) vor.

VI. Anwaltliche Vertretung, Prozesskostenhilfe

Fall 37 - Anwaltsnot: Der Hansel sucht für einen Rechtsstreit mit seinem Nachbarn um die Beseitigung einer Baumreihe an der Grundstücksgrenze (Kosten: 10.000,- EUR) nach einem Rechtsanwalt. Alle Rechtsanwälte, die er aufsucht, lehnen seine Vertretung unter Hinweis auf ca. 200 vorausgegangenen Streitigkeiten zwischen den Nachbarn und die Überlastung ihrer Kanzleien mit wichtigeren Angelegenheiten ab. Der Hansel fragt sich, wie er zu einem für die Einreichung einer Klage bei dem Landgericht erforderlichen Rechtsanwalt kommen soll. Was ist ihm zu raten?

Lösung 37: Er sollte bei dem betreffenden Landgericht einen auf § 78b Abs. 1 ZPO gestützten Antrag auf Beiordnung eines Notanwalts stellen.

Frage 32: Was kann eine Partei zur Durchsetzung ihrer Rechte unternehmen, wenn sie mittellos ist und deshalb zwar einen Rechtsanwalt gefunden hat, diesen aber nicht zahlen kann?

Antwort 32: Vor- und außergerichtlich kann sie Beratungshilfe nach dem Beratungshilfegesetz beantragen. Hinsichtlich eines Gerichtsverfahren kann nach den §§ 114 ff. ZPO die Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter Beiordnung eines Rechtsanwalts beantragt werden.

Fall 38 – Beiderseitige Prozesskostenhilfe: Jean B. und Hans K. streiten um die Zahlung eines Kaufpreises in Höhe von 15.000,- EUR für eine Lieferung Saatgut. Hans K. behauptet, er habe den Kaufpreis am 2. Februar 2009 in bar gezahlt und benennt hierfür seinen Sohn Johannes K. als Zeugen. Der Jean B. bestreitet die Zahlung. Da beide vermögenslos und derzeit ohne Einkommen sind, beantragen beide die Bewilligung von Prozesskostenhilfe. Kann beiden zugleich Prozesskostenhilfe gewährt werden?

Lösung 38: Zwar hängt die Bewilligung von Prozesskostenhilfe u.a. von den Erfolgsaussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung ab. Es ist aber keineswegs so, dass die Bejahung der Erfolgsaussichten für den Kläger zwingend die Verneinung derjenigen für den Beklagten zur Folge hat. Vielmehr bestehen für beide hinreichende Erfolgsaussichten, wenn die Sache nicht ohne Beweiserhebung entscheidungsreif ist und das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht sicher antizipiert werden kann, wenn die Entscheidung von schwierigen, d.h. weder höchstrichterlich geklärten noch unmittelbar aus dem Gesetz beantwortbaren Rechtsfrage abhängt oder wenn der Erfolg von der nicht hinreichend sicher prognostizierbaren Ausübung eines richterlichen Ermessens abhängt.

Hier bedarf es einer Beweiserhebung durch Vernehmung des vom Beklagten benannten Zeugen zur Frage der Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB. Also scheitert die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht an den Erfolgsaussichten im Sinne des § 114 ZPO.

Fall 39 - Bedingte Klageerhebung: Der Mandant Arm des Rechtsanwalts Dr. Kunig ist mittellos, will aber eine Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung erheben lassen. Dr. Kundig hält die Erfolgsaussichten im Hinblick auf eine mögliche Entreicherung des Beklagten für höchst unsicher. Er sieht sich nicht in der Lage, die Umstände, die der Beklagte zur Begründung seiner Entreicherung vortragen wird, und die dem Beklagten zur Verfügung stehenden Beweismittel zu prognostizieren. Dementsprechend sieht er sich gehalten, die durch eine Klageerhebung entstehenden Kosten und das Risiko einer Versagung beantragter Prozesskostenhilfe zu vermeiden. Wie kann Dr. Kundig namens seines Mandanten vorgehen?

Lösung 39: Dr. Kundig sollte zunächst von der Erhebung einer Klage absehen und einen Prozesskostenhilfeantrag verbunden mit dem Entwurf der beabsichtigten Klage einreichen. Eine Bedingung im strengen Sinne kommt hinsichtlich der Klage nicht in Betracht, weil die Klage als Prozesshandlung bedingungsfeindlich ist. Zulässig ist lediglich die Klage bereits einzureichen und mit der Erklärung zu verbinden, dass die Klageerhebung von der Bewilligung der beantragten Prozesskostenhilfe abhängig gemacht werde. Das wird das Gericht ebenso behandeln wie die eingangs vorgeschlagene Vorgehensweise.

VII. Anhängigkeit und Rechtshängigkeit, Zustellung und Heilung, Beweiskraft von Urkunden

Frage 33: Wann ist eine Sache anhängig, wann tritt Rechtshängigkeit ein? Warum ist dies von Bedeutung?

Antwort 33: Nach § 261 Abs. 1 ZPO tritt Rechtshängigkeit mit Erhebung der Klage ein, d.h. indessen nicht bereits mit Einreichung, sondern gemäß § 253 Abs. 1 ZPO erst mit der Zustellung der Klageschrift. Mit Einreichung der Klage ist die Sache lediglich anhängig. Mit der Rechtshängigkeit treten z.B. deren Folgen gemäß § 261 Abs. 3 ZPO (Nr. 1: Einwand entgegenstehender Rechtshängigkeit; Nr. 2: perpetuatio fori) ein.

Frage 34: Was bedeutet „Zustellung“? Welche Zustellungsverfahren kennt die Zivilprozessordnung? Wie und durch wen können Zustellungen bewirkt werden?

Antwort 34: „Zustellung“ ist die Bewirkung des Zugangs in der gesetzlich vorgesehenen Form, § 166 Abs. 1 ZPO. Die Zivilprozessordnung kennt die Zustellung von Amts wegen gemäß §§ 166 bis 190 ZPO und die Zustellung auf Betreiben der Parteien nach den §§ 191 ff. ZPO. Eine Zustellung kann durch Übergabe an den Adressaten (§ 177 ZPO) oder durch eine Ersatzzustellung an bestimmte andere Personen (§ 178 ZPO) erfolgen. Außerdem bestehen die Möglichkeiten des Einwurfs (§ 180 ZPO) und der Niederlegung (§ 181 ZPO). Bei Annahmeverweigerung gilt § 179 ZPO. Diese Bestimmung sieht u.a. eine Zustellungsfiktion vor. Nach § 182 ZPO muss der Zusteller grundsätzlich eine Zustellungsurkunde anfertigen. Daneben besteht die Möglichkeit der Aushändigung an der Amtsstelle, § 173 ZPO. Dann bedarf es eines Zustellungsvermerks. Ferner sieht die Zivilprozessordnung bei Behörden, Anwälten und bestimmten anderen Zustellungsadressaten eine Zustellung gegen Empfangsbekanntnis vor, § 174 ZPO. Eine weitere Vereinfachung ermöglicht § 175 ZPO über die Zustellung durch Einschreiben mit Rückschein. Ist hiernach eine Zustellung gleichwohl nicht möglich, kann ein Schriftstück unter bestimmten Voraussetzungen nach §§ 185 ff. ZPO öffentlich zugestellt werden.

§ 176 ZPO sieht vor, dass die Post, Justizbeamte und Gerichtsvollzieher mit Zustellungen beauftragt werden können. An die Stelle der Deutschen Post AG treten oftmals von der Justiz beauftragte Zustelldienste.

Fall 40 – Zustellungsmängel und Heilung: a) Rechtsanwalt Dr. Kundig hat namens seines Mandanten Wohlhabend eine gegen den Weniger gerichtete Klage auf Zahlung von 10.000,- EUR eingereicht. Aufgrund einer vorprozessualen Mitteilung des Weniger hat er dabei den Rechtsanwalt Hilfreich als Prozessbevollmächtigten des Beklagten angegeben. Der zuständige Einzelrichter Schlau hat neben der Zustellung der Klage das schriftliche Vorverfahren angeordnet. Als ihm die Akte nach fruchtlosem Ablauf der für die Anzeige der Verteidigungsbereitschaft vorgesehenen Frist vorgelegt wird, überlegt Schlau, ob er antragsgemäß ein Versäumnisurteil erlassen soll. Zunächst stellt er dabei fest, dass die Klage zwar zulässig und schlüssig ist, dass die Klage aber nicht dem Hilfreich, sondern dem Beklagten persönlich zugestellt worden ist. Darf das Versäumnisurteil erlassen werden?

b) Der Schlau hat neben der Zustellung der Klageschrift nicht das schriftliche Vorverfahren angeordnet, sondern frühen ersten Termin bestimmt. Bei Aufruf der Sache erscheint jedoch für den Beklagten niemand. Schlau fragt sich, ob er auf den Antrag des Prozessbevollmächtigten des Klägers hin Versäumnisurteil erlassen kann. Die Klage ist zwar zulässig und schlüssig, sie ist aber lediglich dem Beklagten persönlich zugestellt worden. Indessen findet sich in der Akte ein Schriftsatz des Rechtsanwalts Hilfreich, der sich für den Beklagten bestellt, aus dem sich ergibt, dass Hilfreich die Klageschrift von seinem Mandanten erhalten hat. Darf hier das Versäumnisurteil erlassen werden?

Lösung 40: a) Ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten im schriftlichen Vorverfahren darf nicht erlassen werden, wenn keine Säumnis des Beklagten vorliegt. Das wiederum ist nicht der Fall, wenn ihm die Klage nicht ordnungsgemäß zugestellt worden ist. Hier wäre die Klage nach § 172 Abs. 1 ZPO dem Prozessbevollmächtigten Hilfreich des Beklagten zuzustellen gewesen – eine vorprozessuale Mitteilung über die Vollmacht an den Gegner reicht insofern aus. Dementsprechend fehlt es an der Versäumung der Frist des § 276 Abs. 1 S. 1 HS. 1, § 331 Abs. 3 S. 1 HS. 1 ZPO.

b) Hier ist es zwar ebenfalls zu einer Zustellung nicht an den Prozessbevollmächtigten und damit zu einem Verstoß gegen § 172 ZPO gekommen. Jedoch könnte § 189 ZPO eingreifen und zu einer Heilung führen, weil feststeht, dass dem richtigen Zustellungsadressaten Hilfreich die Klageschrift zugegangen ist. Nach seinem Wortlaut fordert § 189 ZPO jedoch einen (fehlgeschlagenen) Versuch der Zustellung an den richtigen Adressaten. Hier hat das Gericht indessen eine Zustellung nicht an den nach § 172 ZPO richtigen Adressaten unternommen. Dass dieser das zuzustellende Schriftstück auf anderem Wege, d.h. bei Gelegenheit zur Kenntnis erhält reicht demgegenüber nicht aus. Ein Versäumnisurteil kommt also mangels Zustellung auch unter Berücksichtigung des § 189 ZPO nicht in Betracht.

Fall 42 – Hemmung der Verjährung bei Zustellung „demnächst“: Der Untätig hat gegen den Sammler Dr. Viel eine Kaufpreisforderung in Höhe von 31.000,- EUR, deren Verjährung mit Ablauf des 31. Dezember eintreten wird. Deshalb sucht er Mitte Dezember Rechtsanwalt Dr. Kundig auf, der zu einer umgehenden Klageerhebung rät. Die Klage des Untätig geht am 29. Dezember bei Gericht ein, wird aber nach Vorschusszahlung noch am selben Tag erst am 2. Januar zugestellt. Wie ist die Rechtslage hinsichtlich der Verjährung?

Lösung 42: Nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird der Lauf der Verjährungsfrist durch die Erhebung der Leistungsklage gehemmt. Die Klage ist allerdings nach § 253 Abs. 1 ZPO erst mit der Zustellung erhoben worden, also zu spät, nämlich erst nach Ablauf der Verjährungsfrist. Hier ist indessen § 167 ZPO zu berücksichtigen. Maßgebend ist dementsprechend bereits der Eingang der Klage bei Gericht, wenn die Zustellung „demnächst“ erfolgt. „Demnächst“ ist eine Zustellung erfolgt, wenn die Klageschrift entweder innerhalb von zwei Wochen nach der Klageerhebung erfolgt ist oder eine darüber hinausgehende Verzögerung nicht vom Kläger zu verantworten ist. Hier ist bereits die zweiwöchige Frist eingehalten worden.

Fall 43 – Beweiskraft einer Zustellungsurkunde: a) Der Weniger erhält Kenntnis von einem gegen ihn ergangenen Versäumnisurteil zu Gunsten des Wohlhabend. Er beauftragt Rechtsanwalt Hilfreich. Dieser nimmt zunächst Akteneinsicht und entdeckt in der Akte eine Zustellungsurkunde, nach der das Versäumnisurteil dem Weniger vor sechs Wochen durch Einlegen (§ 180 ZPO) an dessen früherem Wohnsitz zugestellt worden ist. Hilfreich fragt sich, ob er namens des Weniger noch Einspruch erheben kann oder ob die Einspruchsfrist bereits abgelaufen ist und er deshalb Wiedereinsetzung beantragen muss. Der Weniger übergibt ihm eine Bestätigung der Stadt Osnabrück, nach der er zum Zeitpunkt der angeblichen Zustellung bereits umgezogen gewesen ist. Wie ist die diesbezügliche Rechtslage?

b) Wie sieht es aus, wenn die Zustellungsurkunde Angaben über eine Zustellung durch Übergabe nach § 177 ZPO enthält und der Mandant erklärt, ihm sei zwar ein Schriftstück übergeben worden, aber nicht ein Versäumnisurteil, sondern lediglich ein Belehrungsschreiben?

Lösung 43: a) Nach 182 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit § 418 Abs. 1 ZPO begründet die ordnungsgemäß errichtete Zustellungsurkunde zwar den vollen Beweis der Zustellung. Allerdings wird lediglich die Zustellungshandlung selbst beurkundet, nicht hingegen werden Umstände beurkundet, deren Prüfung der Zusteller nicht unternimmt. Deshalb erstreckt sich die Beweiskraft der Zustellungsurkunde als öffentliche Urkunde nicht auf die Frage des tatsächlichen Wohnsitzes des Empfängers (vgl. BVerfG, NJW 1992, S. 224 <225>; BGH, NJW 1992, S. 1963; NJW-RR 1994, S. 564). Dementsprechend müsste das Bestreiten der Zustellung am richtigen Ort unter Vorlage der Meldebescheinigung hier ausreichen.

b) Hier greift die Beweiskraft gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit § 418 Abs. 1 ZPO ein. Dementsprechend muss der Hilfreich namens des Weniger den Nachweis erbringen, dass Weniger das Versäumnisurteil bei der beurkundeten Zustellung nicht erhalten hat. Er muss Umstände darlegen und beweisen, die die Richtigkeit der Zustellungsurkunde ausschließen. Nur dann wird das Gericht den Ablauf der Einspruchsfrist nach § 339 Abs. 1 ZPO verneinen. Da ihm das kaum gelingen wird, sollte der Hilfreich Wiedereinsetzung (§§ 233 ff. ZPO) beantragen und dazu hinreichend vortragen.

Frage 35: Welche Beweiskraft kommt einer Privaturkunde zu? Was ist hinsichtlich privater Vertragsurkunden zusätzlich zu beachten?

Antwort 35: Während öffentliche Urkunden den vollen Beweis der beurkundeten Umstände erbringen, beweisen Privaturkunden nur die Abgabe der beurkundeten Erklärungen, nicht hingegen deren Richtigkeit. Insofern bleibt es bei dem Grundsatz freier Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO.

Einer Vertragsurkunde kommt darüber hinaus die Vermutung ihrer Richtigkeit und Vollständigkeit zu. Dementsprechend muss derjenige, der ihre Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit behauptet, diese auch beweisen.

Frage 36: Wer muss die Echtheit einer Privaturkunde darlegen und beweisen?

Antwort 36: Zunächst muss sich der Gegner des Vorlegenden hierüber nach § 138 ZPO erklären. Ihn trifft insofern die Darlegungslast, § 439 ZPO. Dann allerdings trifft die Beweislast für die Echtheit den Vorlegenden, § 440 Abs. 1 ZPO. Hierbei kommt ihm u.U. die Echtheit der Unterschrift oder einer notariellen Beglaubigung zugute, § 440 Abs. 2 ZPO.

VIII. Verfahren vor den Güte- und Schlichtungsstellen, Mahnverfahren, Säumnisverfahren, Urkundsprozess

Fall 44 - Nachholung einer Schlichtung: Dem Richter am Amtsgericht Pinneberg Dr. Aktentod wird eine Klage auf Zahlung von 435,- EUR vorgelegt. Bei der Durchsicht der Akte findet Dr. Aktentod keine Bescheinigung über einen erfolglosen Einigungsversuch. Auf telefonische Nachfrage erfährt er, dass ein solches Verfahren bisher nicht stattgefunden hat. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers beantragt, das Verfahren zunächst ruhen zu lassen und nach der Durchführung eines Schlichtungsverfahrens fortzusetzen. Wie wird Dr. Aktentod entscheiden?

Lösung 44: Die Durchführung des Schlichtungsverfahrens ist hier nach § 15a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EGZPO in Verbindung mit § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LSchliG SH zwingenden Voraussetzungen der Zulässigkeit der Klage. Der Kläger hätte hier nach § 1 Abs. 1 S. 2 LSchliG SH bereits mit der Klage ein entsprechender Nachweis überreicht werden müssen. Mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck des Schlichtungsverfahrens als Prozessvoraussetzung kann dies nicht nachgeholt werden (BGH, MDR 2005, S. 285). Dementsprechend kommt auch eine Anordnung des Ruhens des Verfahrens analog § 251 ZPO nicht in Betracht.

Stets ist zu prüfen, ob das betreffende Landesrecht eine eingreifende Bestimmung enthält. Z.B. haben viele Länder ihre Güte- und Schlichtungsstellengesetze dahingehend geändert, dass die § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LSchliG SH entsprechenden allgemeinen Bestimmungen wieder aufgehoben worden sind und das Verfahren nunmehr vor allem für Nachbarschaftssachen vorgesehen ist.

Frage 37: Welcher Rechtsbehelf ist gegen einen Mahnbescheid statthaft? Gibt es eine Widerspruchsfrist?

Antwort 37: Gegen einen Mahnbescheid kann der Antragsgegner nach § 694 Abs. 1 ZPO Widerspruch erheben, und zwar nicht an eine bestimmte Frist im strengen Sinn gebunden, sondern solange der Vollstreckungsbescheid nicht verfügt worden ist. Der Vollstreckungsbescheid darf allerdings nur auf erneuten Antrag des Gläubigers verfügt werden, und dieser ist erst nach Ablauf der zweiwöchigen Frist des § 692 Abs. 1 Nr. 3 ZPO zulässig, § 699 Abs. 1 S. 2 HS. 1 ZPO.

Frage 38: Ist der Mahnbescheid Vollstreckungstitel?

Antwort 38: Nein, nach § 704 Abs. 1 Nr. 4 ZPO findet die Zwangsvollstreckung erst aus dem Vollstreckungsbescheid statt. Dieser steht auch insofern einem Versäumnisurteil gleich (vgl. im Übrigen: § 700 Abs. 1 ZPO).

Frage 39: Wie geht das Verfahren nach einem Widerspruch gegen einen Mahnbescheid weiter?

Antwort 39: Gemäß § 696 ZPO wird die Sache zur Durchführung des streitigen Verfahrens an das im Mahnbescheid bezeichnete oder ein übereinstimmend genanntes anderes Gericht ab. Dort wird der Antragsteller/Kläger zur Begründung seines Anspruchs aufgefordert. Danach ist wie nach Eingang einer Klage zu verfahren, § 697 ZPO, d.h. mit einer Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens oder eines frühen ersten Termins.

Frage 40: Wie ist zu verfahren, wenn nach einem Widerspruch gegen den Mahnbescheid keine Anspruchsbegründung eingeht?

Antwort 40: Geht die Anspruchsbegründung nicht rechtzeitig ein, wird Termin nur auf Antrag des Gegners bestimmt, § 697 ZPO. Das wirkt sich nicht zu Lasten des Beklagten aus, weil allein der Kläger einen Vorschuss gezahlt hat und noch kein Vollstreckungstitel erlassen worden ist, der ihm ein Vorgehen im Rahmen der Zwangsvollstreckung gestattet.

Frage 41: Wie gelangt der Gläubiger zu einem Vollstreckungstitel, wenn der Schuldner gegen den Mahnbescheid nicht Widerspruch erhebt?

Antwort 41: Er muss gemäß § 699 ZPO nach Ablauf der Widerspruchsfrist den Erlass eines Vollstreckungsbescheides beantragen.

Frage 42: Welcher Rechtsbehelf ist gegen den Vollstreckungsbescheid statthaft, welcher gegen ein Versäumnisurteil?

Antwort 42: In beiden Fällen ist der Einspruch statthaft. Für das Versäumnisurteil folgt das aus § 338 ZPO, für den Vollstreckungsbescheid verweist § 700 Abs. 1 ZPO hierauf.

Fall 45 - Doppelt Verspäteter Widerspruch: Bei dem Mahngericht ist nach Erlass und Absendung des Vollstreckungsbescheides ein noch gegen den Mahnbescheid gerichteter Widerspruch des Schuldners eingegangen. Nach der Abgabe des Verfahrens an das im Antrag auf Erlass des Mahnbescheides bezeichnete Prozessgericht und Eingang der Anspruchsbegründung des Gläubigers stellt der zuständige Richter fest, dass der Widerspruch drei Wochen nach Zustellung des Vollstreckungsbescheides beim Mahngericht eingegangen ist. Wie wird er entscheiden?

Lösung 45: Da hier ein wirksamer Vollstreckungsbescheid vorliegt, ist unabhängig von dessen Rechtmäßigkeit zunächst nur fraglich, ob hier ein zulässiger Einspruch vorliegt. Soweit der Schuldner hier nicht Einspruch erhoben hat, sondern lediglich einen Widerspruch, steht das dem Vorliegen eines zulässigen Einspruchs wegen 694 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht entgegen. Der Widerspruch muss hier als Einspruch behandelt werden. Jedoch ist der als Einspruch zu behandelnde Widerspruch erst drei Wochen nach der Zustellung des Vollstreckungsbescheides beim Mahngericht eingegangen und damit nach Ablauf der in § 339 Abs. 1 ZPO vorgesehenen Rechtsbehelfsfrist. Dementsprechend ist er nach § 341 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 ZPO durch Urteil im schriftlichen Verfahren als unzulässig zu verwerfen

Fall 46 - Form des Widerspruchs und Form des Einspruchs: Bei dem Mahngericht ist nach Erlass und Absendung des Vollstreckungsbescheides ein noch gegen den Mahnbescheid gerichteter Widerspruch des Schuldners eingegangen. Nach der Abgabe des Verfahrens an das im Antrag auf Erlass des Mahnbescheides bezeichnete Prozessgericht und Eingang der Anspruchsbegründung des Gläubigers stellt der zuständige Richter fest, dass der Widerspruch zwar drei Tage nach der Zustellung des Vollstreckungsbescheides beim Mahngericht eingegangen, aber nicht unterzeichnet worden ist. Wie wird er entscheiden?

Lösung 46: Zwar setzt die Wirksamkeit eines Widerspruchs nicht die Unterzeichnung des entsprechenden Formulars voraus. Das soll jedoch nach Auffassung des Bundesgerichtshofs für den Einspruch nicht gelten. Hier bedarf es einer Unterzeichnung (vgl. BGH, NJW 1987, S. 2588 - sehr str.). Folgt man der Auffassung des Bundesgerichtshofs, so kommt zwar grundsätzlich eine Umdeutung des verspäteten Widerspruchs in Betracht. Hier liegen jedoch die Voraussetzungen eines zulässigen Einspruchs nicht vor, so dass der Einspruch durch Urteil im schriftlichen Verfahren als unzulässig zu verwerfen ist, § 341 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 ZPO.

Fall 47 - Zweites Versäumnisurteil nach Vollstreckungsbescheid: Die Schuldnerin Weniger erhebt gegen den seitens des Gläubigers Schlau erwirkten Vollstreckungsbescheid rechtzeitig und formgerecht Einspruch. Aus der Anspruchsbegründung des Schlau ergibt sich, dass die Klageforderung insofern nicht schlüssig dargetan ist, als die Weniger von Schlau aus einer nach § 138 Abs. 1 BGB wegen struktureller Unterlegenheit und finanzieller Überforderung der Weniger sittenwidrigen Bürgschaft für eine gegen ihren Ehegatten gerichteten Hauptforderung in Anspruch genommen wird. Gleichwohl erscheint die Weniger in dem auf ihren Einspruch hin anberaumten Verhandlungstermin nicht. Kann ein zweites Versäumnisurteil ergehen?

Lösung 47: Zwar erfolgt im Rahmen des für den Erlass eines zweiten Versäumnisurteils maßgebenden § 345 ZPO grundsätzlich keine erneute Schlüssigkeitsprüfung (str.). Da beim Vollstreckungsbescheid jedoch - anders als sonst - noch keine Schlüssigkeitsprüfung erfolgt ist, muss § 345 ZPO dahingehend teleologisch reduziert werden, dass vor dem Erlass eines zweiten Versäumnisurteils ausnahmsweise dann eine Schlüssigkeitsprüfung stattfindet, wenn ein Vollstreckungsbescheid vorausgegangen ist (vgl. BGH, NJW 1999, S. 2599). Hier kann also kein zweites Versäumnisurteil ergehen.

Fall 48 - Unechtes Versäumnisurteil gegen den Kläger: Der Beklagte ist zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen. Bei der Prüfung der Klage stellt das Gericht fest, dass die Klage zwar bezüglich der Hauptforderung in vollem Umfang schlüssig ist, nicht hingegen hinsichtlich der auf Zinszahlung gerichteten Nebenforderung. Insofern besteht nach dem klägerischen Vortrag zwar ein Anspruch auf Zahlung von Prozesszinsen, jedoch lediglich in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz und nicht in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz sowie nicht seit dem Tag der Zustellung des Mahnbescheides, sondern seit dem darauf folgenden Tag. Wie ist zu entscheiden?

Lösung 48: Hier kann ohne vorherigen Hinweis – vgl. Ausnahme für Nebenforderungen iSd. § 4 ZPO bei § 139 Abs. 2 ZPO – stattgebendes Teil-Versäumnisurteil wegen der Hauptforderung und eines Teils der Nebenforderung ergehen und die Klage im Übrigen durch (unechtes Versäumnis-)Urteil abgewiesen werden.

Anm.: Es ist umstritten gewesen, ob im schriftlichen Vorverfahren lediglich das Teil-Versäumnisurteil auf der Grundlage des § 331 Abs. 3 ZPO ergehen darf oder die Norm auch zu einem unechten Versäumnisurteil im Übrigen ermächtigt. Nach § 331 Abs. 3 S. 3 ZPO n.F. ist ein unechtes Versäumnisurteil nur hinsichtlich einer Nebenforderung und nach einem Hinweis auf die diesbezügliche Unschlüssigkeit (anders als nach § 139 Abs. 2 ZPO, der keine Hinweise auf Zweifel wegen Nebenforderung verlangt!) zulässig. Im schriftlichen Vorverfahren müsste also zunächst ein Hinweis erteilt werden. Danach könnte ein Teil-Versäumnis- und Schlussurteil erlassen werden.

Fall 49 – Urkundsprozess: Der Bauunternehmer Hastig sucht Rechtsanwalt Dr. Kundig auf und beauftragt ihn mit der gerichtlichen Feststellung und Durchsetzung einer Werklohnforderung in Höhe von 280.000,- EUR. Er legt Dr. Kundig den Bauvertrag vor, aus dem sich die Vergütungsforderung dem Grunde und der Höhe nach ergibt. Zwar habe eine förmliche Abnahme nicht stattgefunden, der Besteller sei jedoch mit seiner Familie in das fertiggestellte Haus eingezogen und habe zu keinem Zeitpunkt Werkmängel geltend gemacht. Außerdem erklärt der Hastig Dr. Kundig, der Besteller werde sich auf angebliche Zahlungen berufen. Solche Zahlungen habe es aber nicht gegeben. Dementsprechend könne der Besteller auch keine diesbezüglichen Quittungen vorlegen. Dr. Kundig überlegt, wie er hier möglichst zügig zu einem Titel kommen kann. Zu welchem Ergebnis wird er gelangen?

Lösung 49: Hier bietet sich eine Klage im Urkundsprozess an. Zwar kann der Hastig nicht sämtlich anspruchsbegründenden Umstände durch Urkunden belegen. Denn die Fälligkeit der Werklohnforderung hängt von der Abnahme ab, und diese ergibt sich nicht aus der Vertragsurkunde. Für die Zulässigkeit einer Klage im Urkundsprozess bedarf es aber nur einer einzigen Urkunde zum Anspruchsgrund. Im Rahmen der Begründetheit müssen ferner nur die beweisbedürftigen Tatsachen durch Urkunden belegt werden, nicht hingegen unstrittige Umstände. Dementsprechend reicht hier die Urkunde nicht nur für die Zulässigkeit des Urkundsprozesses aus, sondern auch für die Begründetheit der Klage, wenn 1. die konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme ohne Beanstandungen unstrittig bleibt und 2. die Zahlungen seitens des Bestellers nicht durch Urkunden bewiesen werden können. Deshalb sollte Dr. Kundig namens seines Mandanten Klage erheben und nach § 593 Abs. 1 ZPO erklären, dass im Urkundsprozess geklagt werde. Ferner sollte er nach § 593 Abs. 2 ZPO eine Abschrift der Vertragsurkunde beifügen. Sollte der Besteller wider Erwarten die Abnahme bestreiten oder Urkunden zur Erfüllung vorlegen, könnte Dr. Kundig vom Urkundsprozess Abstand nehmen, § 596 ZPO.

Frage 43: Geht der Beklagte im Urkundsprozess seiner nicht urkundlich beweisbaren Rechte verlustig?

Antwort 43: Nein. Zwar führt die Erhebung einer Einwendung, die nicht mit Urkunden belegt werden kann, zur Zurückweisung derselben gemäß § 598 ZPO. Soweit der Beklagte jedoch dem Anspruch widersprochen hat, werden ihm seine Rechte für das Nachverfahren (§ 600 ZPO) vorbehalten und es ergeht nur ein Vorbehaltsurteil, § 599 ZPO. Verloren gehen nur Einwendungen, über die das Gericht bereits im Urkundenverfahren ohne Rücksicht auf die Beschränkungen der Beweismittel in der Sache entschieden hat.

IX. Darlegungs- und Beweislast, Beweiserhebung, selbständiges Beweisverfahren, Prozessleitung, Ausschluss und Ablehnung, Präklusion

Frage 44: Angenommen, dass der Kläger gegen den Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB – *condictio indebiti* – vorgeht. Wer trägt im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „ohne Rechtsgrund“ die Darlegungslast, wer die Beweislast?

Antwort 44: Grundsätzlich trägt der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für alle anspruchsbegründenden Tatsachen. Da das Tatbestandsmerkmal „ohne Rechtsgrund“ tatbestandsbegründend ist, würde das bedeuten, dass den Kläger als Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für die entsprechenden Umstände träge. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich um ein negatives Tatbestandsmerkmal – „ohne Rechtsgrund“ im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist eine Leistung erbracht worden, wenn der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist, weil die Forderung, deren Erfüllung der Leistende bezweckt hat, nicht bestand – und um negative Tatsachen handelt. Hier gilt für die Darlegungslast in Abweichung von der Grundregel, dass der Anspruchsteller sich auf die allgemeine Behauptung beschränken darf, einen Rechtsgrund habe es nicht gegeben. Der Anspruchsgegner muss sodann konkrete Umstände darlegen, aus denen sich ein Rechtsgrund für die Leistung ergeben könnte. Die Beweislast, dass diese Umstände nicht vorgelegen haben und die Behauptungen des Anspruchsgegners nicht zutreffen, trifft wiederum den Anspruchsteller – insofern bleibt es bei der Grundregel.

Frage 45: Welche Beweismittel gibt es? Betrifft die freie Beweiswürdigung nur erhobene Beweismittel?

Antwort 45: Die Parteien können Beweis anbieten durch Einholung eines Sachverständigengutachtens (§§ 402 ff. ZPO), durch Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO), durch Einnahme richterlichen Augenscheins (§§ 371 ff. ZPO), durch Vorlage von Urkunden (§§ 415 ff. ZPO) und durch Vernehmung von Zeugen (§§ 383 ff. ZPO). Gegenstand der freien Beweiswürdigung sind nach § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO nicht nur die erhobenen Beweise, sondern ebenso der gesamte übrige Inhalt der mündlichen Verhandlung, d.h. insbesondere der schriftsätzliche oder mündliche Vortrag der Parteien.

Frage 46: Welche Möglichkeiten hat eine Partei, die Einwendungen gegen das Ergebnis eines eingeholten schriftlichen Sachverständigengutachtens hat?

Antwort 46: Sie kann die Einwendungen schriftsätzlich vortragen und dies mit verschiedenen Anträgen verbinden. So kann sie Einholung eines schriftlichen Ergänzungsgutachtens (§ 412 Abs. 1 ZPO: neue Begutachtung durch denselben Sachverständigen), eines schriftlichen Gutachtens eines anderen Sachverständigen (§ 412 Abs. 1 ZPO) oder die mündliche Erläuterung des Gutachtens durch den bisher bestellten Sachverständigen (§ 411 Abs. 3 ZPO) beantragen.

Frage 47: Was kann eine Partei tun, die Anhaltspunkte für eine Voreingenommenheit des Sachverständigen hat?

Antwort 47: Sie kann ihn nach § 406 ZPO ablehnen. Insofern gelten die gleichen Regeln wie für Richter.

Fall 50 – Vernehmung der eigenen Person als Partei: Die Klägerin, eine GmbH, behauptet, zwischen ihr und dem beklagten Ahnungslos sei ein Kaufvertrag über einen Pkw zustande gekommen. Sie nimmt Ahnungslos auf Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des betreffenden Pkw in Anspruch und benennt ihren Mitarbeiter Loyal als Zeugen für das Gespräch über den Vertragsschluss. Der Ahnungslos ist verzweifelt, weil er für das Vier-Augen-Gespräch keinen Zeugen präsentieren kann und fragt seinen Rechtsanwalt Hilfreich um Rat. Hilfreich überlegt, ob Ahnungslos den Gegenbeweis antreten kann, indem er die Vernehmung des Ahnungslos als Partei anbietet. Wie ist die diesbezügliche Rechtslage?

Lösung 50: Die Vernehmung der beweispflichtigen Person als Partei hängt gemäß § 447 ZPO davon ab, ob der Gegner zustimmt. Hier ist der Ahnungslos zwar zunächst nicht beweispflichtig, weil der Vertragsschluss eine anspruchsbegründende Tatsache ist. Ist der Hauptbeweis seitens der insofern beweispflichtigen Klägerin aber nach der Vernehmung des Loyal als Zeuge erbracht, ist der Ahnungslos hinsichtlich des Gegenbeweises beweispflichtig. Er muss zwar nicht das Gegenteil beweisen – dieses ist vielmehr nicht erheblich –, er muss aber den Hauptbeweis erschüttern. Die gegnerische Zustimmung wird er dazu nicht erhalten.

Dementsprechend kommt nur noch die Anregung eine Parteivernehmung von Amts wegen nach § 448 ZPO in Betracht. Das setzt aber voraus, dass bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Behauptungen des Ahnungslos besteht und das Ergebnis der mündlichen Verhandlung nur nicht ausreicht, also einen sog. Anfangsbeweis. Dieser wird hier eventuell nicht gegeben sein.

Im Falle eines Vier-Augen-Gesprächs gebietet aber nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte die prozessuale Waffengleichheit gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. EGMR, NJW 1995, S. 1413) eine Vernehmung der strukturell benachteiligten natürlichen Person. Der Bundesgerichtshof versteht dies zutreffend dahingehend, dass es dazu einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO nicht bedarf, sondern eine Anhörung nach § 141 ZPO ausreicht (vgl. BGH, NJW 1999, S. 363 <364>).

Somit ist dem Hilfreich zu raten, dem Gericht gegenbeweislich eine Vernehmung des Ahnungslos als Partei nach § 448 ZPO oder seine Anhörung als Partei nach § 141 ZPO anzubieten.

Anm.: Zweifelhaft ist nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, ob der Gesichtspunkt der prozessualen Waffengleichheit oder derjenige des rechtlichen Gehörs eine Anhörung bzw. Vernehmung auch der hauptbeweispflichtigen Partei gebietet.

Fall 51 – Selbständiges Beweisverfahren: Der Bauherr Dringlich sucht seinen Rechtsanwalt Dr. Kundig auf und berichtet diesem, dass das neue Familienheim schwere Baumängel aufweise, die einem Einzug entgegenstünden. Da das bisher bewohnte Haus aber bereits veräußert sei und gegen Ende des Jahres geräumt übergeben werden müsse, müsse der Umzug in wenigen Monaten geschehen. Zuvor müsse das neue Familienheim von den gravierenden Mängeln befreit werden. Der Dringlich befürchtet, dass er aufgrund der notwendigen Arbeiten an dem Haus Beweismittel für einen eventuell später anstehenden und langwierigen Bauprozess vernichtet. Was wird Dr. Kundig ihm raten?

Lösung 51: Dr. Kundig wird zur schleunigen Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens nach den §§ 485 ff. ZPO raten. In diesem Rahmen können die Beweise durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens gesichert werden, dass später als Beweismittel in das Hauptsacheverfahren eingeführt werden wird.

Fall 52 – Unzulässige Fragen: Rechtsanwalt Dr. Kundig nimmt an einer Sitzung teil, während der der gerichtlich bestellte Sachverständige sein schriftliches Gutachten mündlich erläutert. Er bemerkt, dass einzelne Mitglieder der Kammer Fragen stellen, die den Bereich des Beweisthemas nach dem vorangegangenen Beweisbeschluss verlassen. Was könnte er tun? Ist ein solches Vorgehen sinnvoll?

Lösung 52: Dr. Kundig könnte die betreffenden Fragen jeweils vor ihrer Beantwortung nach § 140 ZPO als unzulässig wegen Überschreitung des Beweisthemas beanstanden. Dann müsste jeweils die Kammer über die Zulassung der Frage entscheiden. Ein solches Vorgehen mag gelegentlich sinnvoll sein. Der Beanstandende geht aber auch das Risiko ein, dass die Kammer den Beweisbeschluss durch einen ad hoc gefällten Beschluss erweitert. Vorzugswürdig ist daher zunächst eine formlose Rüge des Prozessbevollmächtigten, der die Kammer veranlassen könnte, die Grenzen des Beweisthemas fortan zu beachten.

Fall 53 – Ausschluss und Ablehnung: a) Richter am Landgericht Dr. Rensen wird eine Verfahrensakte vorgelegt, bei der seine Ehefrau den Kläger als Prozessbevollmächtigte vertritt. Was wird er tun?

b) Der Richter hat Rechtsanwalt Dr. Kundig während einer mündlichen Erläuterung des eingeholten schriftlichen Sachverständigengutachtens als „unfähigen Flegel“ bezeichnet. Rechtsanwalt Dr. Kundig lehnt den Richter wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Der diktiert jedoch: „Beschlossen und verkündet: Der Prozess soll zunächst fortgesetzt werden.“ Dr. Kundig ist überrascht und fragt sich, ob es für dieses Vorgehen eine Rechtsgrundlage gibt. Zu welchem Ergebnis wird er kommen?

c) Dr. Kundig lehnt den Richter nach dessen unbedachter Äußerung nicht umgehend ab, sondern entscheidet sich, die Frage eines Ablehnungsgesuchs nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in Ruhe zu erwägen. Was muss er dabei beachten?

Lösung 53: a) Hier liegt kein Ausschlussgrund nach § 41 ZPO vor; denn die Ehefrau des Richters ist nicht selbst als Partei beteiligt, sondern lediglich als Prozessbevollmächtigte einer Seite. Der Richter wird aber nach § 48 ZPO von einem Verhältnis (zu seiner Ehefrau!) Anzeige machen, welches seine Ablehnung nach § 42 Abs. 2 ZPO rechtfertigen könnte. Dann muss das Prozessgericht ohne Mitwirkung von Dr. Rensen entscheiden.

b) Das Vorgehen des Gerichts beruht auf § 47 Abs. 2 S. 1 ZPO. Danach darf eine Verhandlung zunächst fortgesetzt werden. Zwar ist die mündliche Erläuterung nach § 411 Abs. 3 ZPO nicht Teil der Verhandlung, sondern der Beweisaufnahme. Dieser geht aber Verhandlung voraus und ihr folgt auch wieder eine Fortsetzung der Verhandlung, und zwar im selben Termin. Zudem ist Verhandlung hier nicht im strengen Sinne zu verstehen. Dementsprechend konnte das Verfahren hier bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung fortgesetzt werden.

c) Der Mandant des Dr. Kundig verliert sein Ablehnungsrecht, wenn sich sein Prozessbevollmächtigter ungeachtet des Befangenheitsgrundes auf eine mündliche Verhandlung einlässt, § 43 ZPO. Da sich an die Beweisaufnahme nach § 370 Abs. 1 ZPO die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung anschließt, läuft Dr. Kundig Gefahr, das Ablehnungsrecht aufzugeben, wenn er nicht sogleich einen entsprechenden Antrag stellt. Er sollte also umgehend ein ordnungsgemäßes Befangenheitsgesuch anbringen und sich dessen Rücknahme vorbehalten.

Fall 54 – Präklusion: a) Dr. Kundig vertritt den Beklagten. Zwei Tage vor der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht erhält er einen 800seitigen Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten des Klägers. Er überlegt, wie er sich dazu verhalten soll. Fest steht, dass er eine Erwiderung hierauf nicht bis zur mündlichen Verhandlung fertigstellen kann. Was ist ihm zu raten?

b) Als dem Richter Schlau nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung die Gerichtsakte vorgelegt wird, bemerkt er, dass der Prozessbevollmächtigte des Beklagten in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz für seinen Mandanten eine Widerklage erhoben hat und insofern Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung begehrt. Schlau fragt sich, ob er dieses Vorgehen zulassen muss oder die Widerklage hier doch präkludieren kann. Wie ist die diesbezügliche Rechtslage?

c) Als dem Richter Schlau die Gerichtsakte zur Abfassung des Urteils zum Verkündungstermin vorgelegt wird, entdeckt er einen nicht nachgelassenen Schriftsatz des Klägers. Darin ergänzt dieser seinen Vortrag um einen bisher fehlenden Beweisantrag und beantragt die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Schlau gelangt zu dem Schluss, dass er dem Antrag des Klägers entsprechend Beweis erheben müsste, wenn er das neue Vorbringen des Klägers nicht präkludieren könnte. Im Hinblick darauf überprüft er den Sach- und Streitstand nochmals und findet heraus, dass weder er noch der Beklagte auf den Umstand des mangelnden Beweisantrags des Klägers hingewiesen hatten. Kann der neue Beweisantrag des Schlau präkludiert werden oder muss die mündliche Verhandlung wiedereröffnet werden?

d) Vor der mündlichen Verhandlung hat das Gericht auf das Fehlen eines Beweisangebots zur Frage der Schadenshöhe hingewiesen. Als Dr. Kundig während der mündlichen Verhandlung den Vortrag des Klägers um das bisher fehlende Beweisangebot zu ergänzen sucht, rügt der Beklagte Verspätung. Dr. Kundig fragt sich, wie er den drohenden Folgen einer Präklusion nach § 296 ZPO entgehen kann. Was ist ihm zu raten?

e) Zusatzfrage: Was besagt der absolute, was der relative Verzögerungsbegriff?

Lösung 54: a) Er sollte während der mündlichen Verhandlung unter Hinweis auf die Nichteinhaltung der Frist zur Einreichung von Schriftsätzen vor der mündlichen Verhandlung (§ 132 Abs. 1 S. 1 ZPO) seitens der Gegenseite den tatsächlichen Inhalt des Schriftsatzes zunächst vorsorglich pauschal bestreiten, ferner die Gewährung eines ausreichenden Schriftsatznachlasses gestützt auf § 283 S. 1 ZPO beantragen und schließlich die Verspätung rügen. Der hier erforderliche Schriftsatznachlass verlängerte für ihn einseitig die mündliche Verhandlung, so dass sein Erwidierungsschriftsatz noch rechtzeitig vor dem hinausgeschobenen Schluss der mündlichen Verhandlung einging und nicht nach § 296a ZPO präkludiert werden könnte. Der Verspätungsrüge gibt dem Gegner Anlass zur Frage des Verschuldens vorzutragen und erübrigt einen entsprechenden gerichtlichen Hinweis.

Allerdings ist zu beachten, dass hier mangels gesetzter Frist § 296 Abs. 1 ZPO keine Anwendung findet und eine Anwendung allenfalls des § 296 Abs. 2 ZPO in Betracht kommt. Insofern scheidet aber § 282 Abs. 1 ZPO als Grundlage der Prozessförderungspflicht, die verletzt sein könnte aus, wenn es sich nämlich um den ersten Verhandlungstermin handelt, weil das Vorbringen dann in der mündlichen Verhandlung trotz Verstreichens der Vorbereitungsfrist noch zum frühest möglichen Zeit angebracht worden wäre. In Betracht kommt nur § 282 Abs. 2 ZPO, und hier geht es um die Erforderlichkeit von Erkundigungen bei Dritten. Um eine Präklusion des verspäteten Vorbringens des Gegners zu erwirken, sollte Dr. Kundig auch hierzu vortragen.

b) Zwar scheidet eine Präklusion nach § 296a ZPO hier aus, weil eine Widerklage kein Angriffs- und Verteidigungsmittel im Sinne § 282 Abs. 1 ZPO ist, sondern ein selbständiger (Gegen-) Angriff. Gleichwohl sind neue Sachanträge nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung unzulässig. Das wird aus den § 256 Abs. 2, § 261 Abs. 2, § 297 ZPO geschlossen. Dementsprechend kann Schlau die Widerklage hier als unzulässig erhoben abweisen (vgl. BGH, NJW 2000, S. 2512 <2513>; NJW-RR 1992, S. 1085).

c) Hier hat das Gericht die ihm obliegende Hinweispflicht nach § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO verletzt. Wegen dieser Mitursächlichkeit des Gerichts für die Verspätung darf § 296a ZPO nicht angewendet werden und muss die mündliche Verhandlung nach § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wiedereröffnet werden.

d) Hier ist eine „Flucht in die Säumnis“ möglich. Dabei tritt die betroffene Partei nicht auf und nimmt dadurch ein Versäumnisurteil in Kauf. Der Einspruch hiergegen versetzt das Verfahren in die Lage vor dem Versäumnisurteil zurück. Allerdings verspricht ein solches Vorgehen keinen Erfolg, wenn ein Urteil nach Lage der Akten (§ 251a ZPO) möglich ist oder ein zweites Versäumnisurteil (§ 345 ZPO) die Folge der Säumnis wäre.

e) Nach dem absoluten Verzögerungsbegriff (Rspr. und h.M.) kommt es für § 296 Abs. 1 und 2 ZPO nur darauf an, ob es bei Zulassung des verspäteten Angriffs- oder Verteidigungsmittels weiterer Maßnahmen bedürfte und sich die Entscheidung des Rechtsstreits dadurch zeitlich verzögerte. Unerheblich ist dagegen, ob der Rechtsstreit bei rechtzeitigem Vorbringen des betreffenden Angriffs- oder Verteidigungsmittels ebenso wenig in einem Termin hätte entschieden werden können. Aufgrund der Rspr. des BVerfG ist allerdings ausnahmsweise doch diese relative Verzögerung maßgebend, soweit der betreffende Termin von vornherein nicht als vollwertiger Termin zur Erledigung gedacht war, sondern als bloßer Durchlauftermin.