

# Fälle & Falllösungen in Stichworten

## Fall 1:

Sie sind niedergelassener Rechtsanwalt. Heute erscheint in Ihrer Praxis die Ihnen aus einer Ehesache gut bekannte Mandantin F und berichtet:

„Herr Rechtsanwalt mir ist etwas Blödes passiert. Wie Sie wissen wohne ich ja nach meiner Scheidung wieder bei meiner Mutter. Diese hat während meiner urlaubsbedingten Abwesenheit eine an mich gerichtete Zustellung eines gerichtlichen Schriftstücks am 04.10.2015 entgegengenommen. Nach meiner Urlaubsrückkehr hat sie zunächst vergessen, es mir auszuhändigen. Gestern, am 24. Oktober hat sie es mir gegeben. Dabei habe ich festgestellt, dass es sich um einen Vollstreckungsbescheid bezüglich einer Forderung handelt, die mein früherer Ehemann völlig unberechtigt gegen mich geltend macht. Können Sie mir wieder helfen?“

**Lösung:** Rechtsanwalt R kann zugunsten der F mit Erfolg gegen den Vollstreckungsbescheid nur vorgehen, wenn die Forderung unbegründet ist und ein rechtliches Instrument zur Verfügung steht, um dies vor Gericht geltend zu machen. Aus Gründen der Effektivität des Arbeitseinsatzes wird er zunächst nicht nach dem der Forderung zugrundeliegenden Sachverhalt fragen, sondern zunächst überlegen, ob und gegebenenfalls was er für die F gegen den Vollstreckungsbescheid machen kann. Nach § 700 Abs. 1 steht der Vollstreckungsbescheid einem Versäumnisurteil gleich. Dies bedeutet, dass als statthafter Rechtsbehelf gegen einen Vollstreckungsbescheid nur der Einspruch in Betracht kommt (§§ 700, **338ff**). Wird nicht rechtzeitig Einspruch eingelegt, ist das Verfahren beendet und der Vollstreckungsbescheid rechtskräftig. Der Einspruch erfolgt nach § 340 Abs. 2. Es besteht kein Anwaltszwang. Er bewirkt den Übergang in das streitige Verfahren bei dem nach den allgemeinen Grundsätzen zuständigen Gericht bzw. bei dem im Mahnbescheid als Streitgericht bezeichneten Gericht.

Der Einspruch ist nur zulässig, wenn er innerhalb von zwei Wochen seit Zustellung des Vollstreckungsbescheides erfolgt (§339). Ist der Einspruch nicht fristgemäß, ist er als unzulässig zu verwerfen (§ 341).

Zur Fristberechnung vgl. §§ 187, 188 BGB.

Wird rechtzeitig Einspruch eingelegt und ist der Beklagte dann in einem Termin säumig, besteht die Besonderheit, dass nunmehr wegen des vorangegangenen Mahnverfahrens kein erstes Versäumnisurteil mehr ergehen kann, sondern es ergeht, sofern die Klage im übrigen zulässig und schlüssig ist und der Vollstreckungsbescheid verfahrensfehlerfrei ergangen war, ein so genanntes 2. Versäumnisurteil, durch welchen der Einspruch als unzulässig verworfen wird.

Im vorliegenden Fall ist die 2-Wochenfrist ersichtlich abgelaufen. Die F war aber ohne ihr Verschulden an der rechtzeitigen fristwahrenden Einspruchseinlegung gehindert, weil sie von der Zustellung nichts wusste. Sie kann daher einen Antrag auf Wiedereinsetzung nach §§ 233 ff in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist anbringen. Insoweit gilt erneut eine Frist von zwei Wochen,

die mit dem Zeitpunkt der Beseitigung des Hindernisses beginnt. Mit der Antragstellung sind die der Wiedereinsetzung begründeten Tatsachen glaubhaft zu machen.

§§ ohne Gesetzangabe= ZPO

**Fall 2:**

Der Kläger erhebt Klage auf Zahlung von 10.000,- €. Nach Verhandlung hält das Gericht den Anspruch in Höhe von 5.000,- € für begründet. Es verurteilt sodann den Beklagten nicht wie beantragt zur Zahlung unter Abweisung der Klage im übrigen, sondern erlässt ein Zwischenfeststellungsurteil mit dem Inhalt: Es wird festgestellt, dass dem Kläger eine Forderung in Höhe von 5.000,- € zusteht. Zu Recht?

**Lösung:** BGH MDR 2005, 645 – Zwischenfeststellungsurteil nur auf Antrag:

*Ein solcher Ausspruch ist unzulässig, weil er gegen den Verfügungsgrundsatz verstößt. Aus § 308*

**Abs. 1** folgt, dass das Gericht nicht zusprechen darf, was nicht zur Entscheidung gestellt ist. Das heißt liegt kein entsprechender Antrag auf Erlass eines Zwischenfeststellungsurteils vor, so darf das Gericht ein solches Urteil auch nicht erlassen.

**Fall 3:**

Der Kläger hat einem schriftlichen Vorschlag des Gerichts zu einer gütlichen Einigung zugestimmt. Zwei Tage später stimmt auch der Beklagte zu und beantragt einen Beschluss nach § 278 Abs. 6. Noch bevor ein entsprechender Gerichtsbeschluss ergeht, teilt der Beklagte mit Faxschreiben mit, er sei nicht mehr vergleichsbereit. Was wird das Gericht tun?

**Lösung:** OLG Hamm MDR 2011, 507 – Rechtsstreit ist durch Vergleich beendet wegen § 278 Abs. 6 Satz 1.

**Fall 4:**

Der beweispflichtige Kläger hatte im ersten Rechtszug Zeugen, der Beklagte gegenbeweislich weitere Zeugen benannt. Die Klage wird nach Vernehmung der Zeugen des Klägers abgewiesen. In der Berufung bezieht sich der Kläger nunmehr auf die vom Beklagten erstinstanzlich benannten Zeugen. Wird das Gericht die Zeugen vernehmen?

**Lösung:** Hier geht es um das Problem vollständigen Vortrags in zweiter Instanz. Nach §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 kann in zweiter Instanz nur unter bestimmten Voraussetzungen der Vortrag mit neuen Tatsachen und Angriffsmitteln ergänzt werden. Der Beweisantritt in zweiter Instanz (Zeugen des Beklagten) ist neu. Wenn die Zeugen des Beklagten in erster Instanz verfahrensfehlerfrei nicht vernommen worden sind, kann der neue Beweisantritt nicht berücksichtigt werden (OLG Hamm, MDR 2003, 892).

**Fall 5:**

Der 6jährige Stefan K. klagt vertreten durch seine Eltern gegen das Baustoffhandelsunternehmen A auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. Der Sachvortrag des Klägers lautet:

„Der Fahrer X des Baustoffhandelsunternehmens A hat zum Anwesen der Eltern des Klägers Natursteine Beim Abladen der Steine mit dem auf dem LKW aufmontierten Kran erfasste der Kranausleger den hinter dem LKW spielenden Kläger und verletzte ihn schwer. Obwohl die Sichtmöglichkeit des Fahrers beschränkt war, hat er sich beim Abladen nicht einweisen lassen bzw. eines Helfers bedient.

Beweis: Zeuge Silke M., Max F., Fritz K..“

Die *Beklagte* beantragt die Klageabweisung und erwidert: „Der Fahrer hat sich, bevor er den Kran bediente und erneut bevor er begann, die Steine herab zu heben, soweit er sehen konnte, vergewissert, dass beim Abladen keine Gefahr für Personen oder Sachen bestand. Das Kind ist aus einem für den LKW-Fahrer nicht einsehbaren Bereich von hinten aus einer Einfahrt plötzlich in den Schwenkbereich des Kranauslegers gelaufen, sodass der Fahrer nicht mehr reagieren konnte. Bei diesem handelt es sich um einen seit zehn Jahren bei der Beklagten beschäftigten Mitarbeiter, der in dieser Zeit immer zuverlässig gearbeitet hat und dem zu keiner Zeit ein Sorgfaltsverstoß unterlaufen ist.“ Weitere Erklärungen geben die Parteien nicht ab. Was wird das Gericht machen?

**Lösung:** *Zu prüfen ist, ob das Gericht die benannten Zeugen vernehmen wird. Dies hängt davon ab, ob der Sachverhalt, der in das Wissen der Zeugen gestellt wird, beweiserheblich ist. Unstreitig ist, dass der Kläger durch den Kran der Beklagten schwer verletzt worden ist. Unstreitig ist auch, dass der Fahrer sich bei der Beklagten immer zuverlässig und sorgfältig verhalten hat. Streitig ist dagegen die Ursache der Schadensentstehung: Hat der Fahrer nicht aufgepasst oder ist der Kläger plötzlich und unvorhersehbar in den Schwenkbereich des Krans hineingelaufen?*

*Hier ist eine für den Zivilprozess typische Schnittstelle zwischen Verfahrensrecht einerseits und materiellen Recht andererseits. Für das weitere prozessuale Vorgehen ist es wichtig, auf der Grundlage des materiellen Rechts die mögliche Anspruchsgrundlage zu bestimmen. In Betracht kommt (neben hier nach der Aufgabe nicht zu prüfenden straßenverkehrsrechtlichen Ansprüchen) nur eine deliktische Anspruchsgrundlage und zwar aus § 823 Abs. 1 i. V. m. § 831 BGB. Es geht jeweils um die Haftung der beklagten Partei für das Verhalten eines Dritten. Für Dritte wird aber im Rahmen einer deliktischen Anspruchsgrundlage („Verrichtungsgehilfe“) nur mit der Möglichkeit eines Entlastungsbeweises gehaftet. Sind die Tatsachen, die die entlastenden Umstände begründen, unstreitig (§ 138 Abs.3 Satz 1), so hat der Richter davon auszugehen. Das bedeutet vorliegend: Es kommt nicht auf die streitigen Tatsachen an. Eine Beweiserhebung durch Vernehmung der benannten Zeugen zum Unfallhergang unterbleibt. Der Richter muss die Klage ohne weiteres abweisen.*

*An dieser Stelle ist es wichtig, auf den Unterschied zwischen (wirklich) unstreitig und (formal, weil nicht bestritten) unstreitig einzugehen. Man könnte fragen: Muss denn der Richter den Kläger nicht darauf hinweisen, dass er vielleicht etwas, das unstreitig ist, bestreiten muss?*

*Das ist eine schwierige Frage. Denn der Richter muss neutral sein und sollte sich nicht dem Vorwurf befangener Parteilichkeit aussetzen. Der Richter darf natürlich keine Partei, damit sie vielleicht den Prozess gewinnt, veranlassen, etwas zu bestreiten, das tatsächlich unstreitig ist. Er kann daher allenfalls fragen, ob die zur Entlastung der Beklagten vorgetragenen Umstände tatsächlich unstreitig*

sind. Die Lösung muss für jeden Einzelfall gefunden werden. Grundsätzlich verlangt § 139 Abs. 1, dass der Richter das „Sach- und Streitverhältnis“ nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite erörtert. In diesem Zusammenhang kommt dem Abs. 2 besondere Bedeutung zu:

*„Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, ..., seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. ...“*

*In der Regel spricht ein fehlender Vortrag zu einem entscheidungserheblichen Punkt für ein Übersehen oder Nichterkennen des Problems, so dass ein Hinweis erfolgen muss. Hat die andere Partei den Gesichtspunkt angesprochen, so bedarf es eines richterlichen Hinweises nur, wenn die Partei auf Grund eines erkennbaren Missverständnisses oder erkennbaren Rechtsirrtums nicht darauf eingeht. Vorliegend würde man als Richter im Rahmen der Erörterung der materiellen Rechtslage auf die Problematik des Entlastungsbeweises eingehen und dabei deutlich machen, dass die insoweit von der Beklagten vorgetragene(n) Tatsachen unstrittig sind. Kommt jetzt erstmals ein Bestreiten, stellt sich die weitere Frage, ob dieses Bestreiten noch rechtzeitig ist. Die Zurückweisung wegen verspäteten Vortrags regelt in erster Linie § 296. Hier ist zwischen den Regelungen in Abs. 1 und Abs. 2 zu unterscheiden. Vorliegend kommt wohl nur § 296 Abs. 2 in Betracht. Es stellt sich die Frage, ob der Kläger mit dem späten Bestreiten seine allgemeine Prozessförderpflicht im Sinne des § 282 verletzt hat. Das dürfte, um die Hinweispflicht in § 139 Abs. 2 nicht leer laufen zu lassen, eher zu verneinen sein.*

#### **Fall 6:**

Das Land Hessen nimmt die Beklagte auf Schadensersatz in Höhe von 6.000 € wegen Nichterfüllung eines im Rahmen einer Versteigerung zustande gekommenen Kaufvertrages in Anspruch. Die Beklagte hatte die Zahlung des Kaufpreises von 40.000 € abgelehnt, weil sie arglistig über Mängel des Grundstücks getäuscht worden sei. Bei einem Ersatzverkauf hat das Land nur 34.000 € erzielen können. Bei der Versteigerung, bei der die Beklagte Höchstbietende war, hatte sie sich durch die Auktionarin vertreten lassen, der sie 17 Tage vor dem Versteigerungstermin einen Auftrag zum Bieten mit einer entsprechenden privatschriftlichen Vollmacht erteilt hatte. Der Kaufvertrag selbst wurde am Tage der Versteigerung notariell beurkundet.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme über die behaupteten Mängel die Klage abgewiesen. Die Klage sei unabhängig von der Anfechtung der Beklagten wegen arglistiger Täuschung nicht wirksam zustande gekommen. Der Vertrag sei nämlich nicht in der Form des § 311 b BGB abgeschlossen worden, weil auch die Vollmacht der notariellen Form bedurft habe. Hat eine Berufung Aussicht auf Erfolg?

**Lösung:** Es handelt sich um eine unzulässige Überraschungsentscheidung. Von Verfassungs wegen haben die Parteien ein Recht auf ein faires Verfahren. Dieses gehört nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den wesentlichen Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips. Dieses allgemeine Prozessgrundrecht verbietet es jedem Gericht, Überraschungsentscheidungen zu fällen.

*Das bedeutet: Es ist unzulässig, die Parteien im Urteil mit Rechtsauffassungen, Wertungen oder tatsächlichen Würdigungen zu konfrontieren, ohne ihnen vorher in der dafür vorgesehen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zu geben, sich zu äußern und Stellung zu nehmen. Die Parteien haben also ein Recht auf ein vorhersehbares Verfahren. Es geht dabei um das rechtsstaatliche Erfordernis der Messbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns. Wenn das Gericht bei einer Partei das Vertrauen weckt, ausreichend vorgetragen zu haben, später aber Zweifel an einer genügenden Substantiierung gewinnt, so ist das Gericht verpflichtet, auf eine vollständige Erklärung der Partei hinzuwirken. Das ist Zweck der richterlichen Hinweispflicht in § 139. Wird die Klage trotzdem ohne richterlichen Hinweis und Gelegenheit zur Stellungnahme abgewiesen, so handelt es sich um eine verfahrensfehlerhafte Überraschungsentscheidung. Das gilt sowohl dann, wenn eine Partei sich zu einer tatsächlichen Frage nicht klar und vollständig erklärt hat, aber auch dann, wenn es um einen rechtlichen Aspekt geht, zu dem der Partei Gelegenheit zur Stellungnahme hätte gegeben werden müssen.*

#### **Fall 7:**

Die Klägerin stattete ein Bauvorhaben der Beklagten mit einem Behinderten-Treppenschrägaufzug aus. Sie verlangt Zahlung noch ausstehenden Restwerklöhns. Die Beklagte trug vor, der Fahrstuhl könne bis heute nicht benutzt werden, weil er nicht funktioniere. Bislang habe nur ein Probetrieb ermöglicht werden können. Das Landgericht erhob Beweis über die Behauptung der Klägerin, dass der "Aufzug bis heute benutzt wird" und gab dann der Klage statt. Soweit sich die Beklagte darauf berufe, der Aufzug sei nicht betriebsfähig, sei der Vortrag unsubstantiiert und nicht zu berücksichtigen.

**Lösung:** OLG Saarbrücken MDR 2003, 1372

*Im Beispielsfall hat das Gericht durch die Beweiserhebung über die Behauptung der Klägerin, dass der „Aufzug bis heute benutzt wird“ zu erkennen gegeben, dass es die Rechtsverteidigung der Beklagten, der Aufzug sei nicht betriebsfähig, für erheblich gehalten hat. Hätte das Gericht diesen Vortrag schon zu Beginn als nicht ausreichend angesehen, wäre die gesamte Rechtsverteidigung unerheblich gewesen. Der Klage hätte – nach entsprechendem Hinweis an die Beklagte – ohne weitere Beweiserhebung stattgegeben werden müssen. Hier hat sich die Auffassung des Richters nach durchgeführter Beweisaufnahme offenkundig geändert. Also hätte er die Beklagte auf seine geänderte Sichtweise hinweisen und Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag geben müssen.*

#### **Fall 8:**

Der Modellbauer M verkauft ein gebrauchtes Modellflugzeug Twin-Star für 250 Euro an den Marburger Schüler Philip S. Er vereinbart mit diesem schriftlich, dass bei Streitigkeiten das Amtsgericht in Stuttgart, dem Wohnsitz des M, zuständig sein soll. Dort erhebt M Klage auf Zahlung des Kaufpreises, den S wegen angeblicher Mängel nicht bezahlt hat.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung wendet S ein, das Gericht sei sachlich und örtlich unzuständig.

**Lösung:** Die echten Prozessvoraussetzungen sind gegeben; zu prüfen sind die Sachurteilsvoraussetzungen. Zivilrechtsweg und sachliche Zuständigkeit sind gegeben. Fraglich ist die örtliche Zuständigkeit.

Grundsätzlich müsste S nach §§ 12,13 in Marburg verklagt werden, wenn nicht ein ausschließlicher Gerichtsstand existierte, d.h. einer, der im Gesetz ausdrücklich als solcher gekennzeichnet ist (z.B. §§ 24, 29 a). Hier: (-) Daher Zuständigkeit nur möglich bei wirksamer Gerichtsstandsvereinbarung iSv §§ 38 ff. HIER⊕-). Es findet also hier keine Verweisung von Amts wegen statt. Anders ist die Situation bei Prüfung der echten Prozessvoraussetzungen.

#### **Fall 9:**

A, ein Liebhaber alter Autos, möchte sich von seinem Oldtimer Marke Hanko/ Plymouth, Baujahr 1934, trennen. Er übergibt das Fahrzeug einstweilen seinem Freund und Hobbybastler F und sagt ihm, wenn er einen würdigen Käufer finde, könne er ihm das Fahrzeug verkaufen, er erhalte dann einen Anteil als Provision. Das Fahrzeug sei 15.000 € wert. F stellt den Oldtimer in der Scheune des Bauern B in Marburg ab, die er von B gemietet hat und in der er auch eine Hobby-Werkstatt betreibt. Nach einem Jahr zieht F in eine andere Stadt und löst auch unter Beendigung des Mietvertrages die Hobbywerkstatt auf. B erlaubt ihm aber, den Oldtimer des A und zwei weitere eigene Oldtimer, die sich schwer zugänglich hinter landwirtschaftlichen Geräten befinden, vorerst in der Scheune zu belassen. Ein Jahr danach benötigt B auch diesen Platz in der Scheune für seinen neuen Mähdrescher. B kann F, der inzwischen erneut umgezogen und keine Adresse hinterlassen hat, obwohl er sich intensiv bemüht, nicht ausfindig machen. Nach einem weiteren Jahr verkauft B deshalb alle Oldtimer an einen Händler H. Für den Oldtimer des A erhält er 10.000 €. Kurz danach haben die Nachforschungen des A Erfolg; er bringt in Erfahrung, dass F in Frankfurt wohnt und der Sachverhalt wird aufgeklärt. H ist zu einer Herausgabe des PKW nur gegen Zahlung von 25.000 € bereit.

Vor welchem Gericht muss A Klage erheben? Gäbe es eine Möglichkeit, zugleich F und B in einem Rechtsstreit zu verklagen?

**Lösung:** Es kommen mehrere Gerichtsstände in Betracht (vgl. Cuyper, MDR 2009, 657 ff). F wohnt in Frankfurt am Main, B in Marburg. Nach § 13 wird der allgemeine Gerichtsstand einer Person durch ihren Wohnsitz bestimmt. Maßgebend ist der Wohnsitz im Zeitpunkt der Klageerhebung. Bezüglich des B kommt darüber hinaus der Gerichtsstand des § 32 ZPO in Betracht. Unter § 32 fallen unter anderem die Tatbestände der deliktischen Haftung nach § 823 BGB. Ort der unerlaubten Handlung ist Marburg.

Davon ausgehend ist zu bestimmen welche Gerichte zuständig sein könnten:

Nach § 71 GVG sind die Landgerichte in erster Instanz sachlich zuständig bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind. Die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist in § 23 bis § 23 c GVG geregelt.

Davon ausgehend besteht vorliegend eine Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht. Also wäre grundsätzlich gegen F Klage vor dem Landgericht Frankfurt am Main und Klage gegen B vor dem Landgericht Marburg zu erheben.

F und B sind Streitgenossen. Ob es sich um notwendige Streitgenossen im Sinne von § 62 oder um einfache Streitgenossen im Sinne von §§ 59, 60 handelt, ist unerheblich. A könnte nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 das im Rechtszug höhere Gericht anrufen, wenn er F und B, die bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstand verklagen will, denn für den Rechtsstreit ist ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet.

### Fall 10:

Der Kläger klagt, vertreten durch einen Rechtsanwalt, gegen die Beklagte auf Schadensersatz wegen eines Verkehrsunfalls. In der letzten mündlichen Verhandlung wird bekannt, dass über das Vermögen des Klägers nach der Klageerhebung das Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet war; inzwischen ist das Insolvenzverfahren aufgehoben. Das Gericht meint, die Klage sei nicht zulässig erhoben. Trifft das zu?

**Lösung:** Die wirksame Erhebung einer Klage setzt als Prozesshandlung allein die Einreichung einer Klageschrift durch eine partei- und prozessfähige Person – im Anwaltsprozess durch deren postulationsfähigen Bevollmächtigten – sowie die Zustellung an den Beklagten voraus. Durch die Insolvenzeröffnung verliert der Schuldner nicht seine Partei- oder Prozessfähigkeit; lediglich die Prozessführungsbefugnis, also das Recht, über das behauptete eigene Recht einen Prozess im eigenen Namen zu führen, geht auf den Insolvenzverwalter über. Die Prozessführungsbefugnis ist zwar Sachurteilsvoraussetzung, aber keine Prozesshandlungsvoraussetzung. Die Klage ist daher wirksam erhoben und der Kläger Partei des Rechtsstreits geworden. Allerdings war die Klage zwischenzeitlich unzulässig geworden, weil es an einer Sachurteilsvoraussetzung gefehlt hat. Das Fehlen dieser Sachurteilsvoraussetzung ist durch Aufhebung des Inso-Verfahrens mit Wirkung ex nunc behoben worden. Damit hat der Kläger seine Prozessführungsbefugnis wieder erlangt. Für die Zulässigkeit der Klage ist es ausreichend, wenn die Prozessführungsbefugnis am Schluss der letzten mündlichen Verhandlung gegeben ist.

### Fall 11:

Die in Zahlungsschwierigkeiten befindliche HMS-Bauträger H-GmbH tritt der Baustoffhändlerin B, damit diese sie weiter mit Baustoffen beliefert, zur Sicherung der gegenwärtigen und zukünftigen Kaufpreisforderungen, ihre Forderung auf Bezahlung des Kaufpreises von 100.000 € gegen den Erwerber X der bereits fertig gestellten Wohneinheit ab und teilt dies dem X mit. Als X bei Fälligkeit nicht zahlt, befindet sich die insolvente H-GmbH bereits in Liquidation. Gleichwohl ermächtigt B die H-GmbH, die abgetretene Forderung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegen X geltend zu machen. H-GmbH erhebt durch ihren Rechtsanwalt beim zuständigen Landgericht Klage gegen X auf Zahlung an B. An diesem Fall soll (nur) die Zulässigkeit einer Klage untersucht werden.

Lösung:

1. Echte Prozessvoraussetzungen (+)
2. Sachurteilsvoraussetzungen
- 2.1 gerichtsbezogene Voraussetzungen (+)
- 2.2 parteibezogene Voraussetzungen

(a) Partei-/Prozessfähigkeit

Die H-GmbH ist nach § 13 Abs. 1 GmbHG als juristische Person rechtsfähig und damit auch parteifähig. Als juristische Person kann die GmbH nicht selbst handeln. Sie ist daher an sich prozessunfähig. Eine prozessunfähige Partei wird im Prozess durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten. Die gesetzliche Vertretung ersetzt die fehlende Prozessfähigkeit. Da die GmbH nach § 35 Abs. 1 GmbHG von ihrem Geschäftsführer gesetzlich vertreten wird, ist die H-GmbH auch prozessfähig. Durch den Eintritt ins Stadium der Liquidation verliert sie weder ihre Partei- noch ihre Prozessfähigkeit, § 69 GmbHG.

(b) Prozessführungsbefugnis

Problematisch ist die Prozessführungsbefugnis der GmbH. Vorliegend klagt sie ein Recht des B ein. Da eine gesetzliche Prozessstandschaft nicht in Betracht kommt, kann sich ihre Prozessführungsbefugnis nur unter den Voraussetzungen einer gewillkürten Prozessstandschaft ergeben. Dies verlangt zunächst, dass derjenige, der die Verfügungsmacht über das Recht hat, den Kläger zur Prozessführung ermächtigt hat. Die Ermächtigung ist einseitig

*Rechtsgeschäft. Eine Ermächtigung durch B liegt vor. Weiter muss das vom Kläger zu verfolgende Recht übertragbar sein. Das ist hier unproblematisch, weil es sich nicht um einen höchstpersönlichen Anspruch handelt. Nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung (BGH Z 96, 151, 154) und Literatur bedarf es darüber hinaus eines eigenen rechtsschutzwürdigen Interesses daran, das fremde Recht im eigenen Namen geltend zu machen. Nur auf diese Weise können rechtsmissbräuchliche Konsequenzen hinsichtlich der Zeugenstellung, der Prozesskostentragungspflicht, der Prozesskostenhilfe, der Vollstreckbarkeit und der Rechtskraft vermieden werden. Insbesondere ist den Beklagten nicht zuzumuten, mit jedem beliebigen Dritten, den der Berechtigte sich aussucht, prozessieren zu müssen. Ein eigenes rechtliches Interesse des Klägers wird in Literatur und Rechtsprechung unter anderem für den Sicherungsgeber, also den Sicherungsabtretenden im Rahmen einer Sicherungszession angenommen, wenn dieser die zur Sicherheit abgetretene Forderung für den Sicherungsnehmer geltend macht.*

*So liegt der Fall hier. Ein eigenes rechtliches Interesse der H-GmbH als Sicherungsgeberin an der Prozessführung ist danach zu bejahen. Jedoch entfällt die Schutzwürdigkeit des Interesses der Prozessstandschaft dann, wenn die gewillkürte Prozessstandschaft missbräuchliche Ziele verfolgen und eine unzumutbare Beeinträchtigung berechtigter Belange des Beklagten nach sich zieht. Hier könnte die Problematik dadurch begründet sein, dass im Falle einer Klageabweisung der Kostenerstattungsanspruch der beklagten Partei möglicherweise nicht realisiert werden kann. Allerdings hat niemand Anspruch darauf, nur von einem zahlungskräftigen Kläger verklagt zu werden. Dem Risiko, von einem Kläger in Anspruch genommen zu werden, der nicht solvent ist, ist grundsätzlich jeder Beklagte ausgesetzt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist aber ein Rechtsmissbrauch dann anzunehmen, wenn eine überschuldete vermögenslose GmbH, die schon vor Prozessbeginn keine Aussicht auf Geschäftsführung mehr besitzt, mit Ermächtigung des neuen Gläubigers die abgetretene Forderung nach Offenlegung der Abtretung im eigenen Namen verfolgt und dem Beklagten somit von vorneherein jede Chance nimmt, den Kostenerstattungsanspruch nach Klageabweisung zu realisieren. Eine solche GmbH besitzt kein entgegenstehendes gleichwertiges Interesse daran, den Prozess zu gewinnen und somit auch mittelbar ihre Verbindlichkeiten zu verringern, weil sie keine Aussicht auf Geschäftsführung hat. Dies bedeutet für den vorliegenden Fall: Ab dem Zeitpunkt der Einleitung des Insolvenzverfahrens, die zur Folge hat, dass die GmbH ins Liquidationsstadium eingetreten ist, ist die GmbH nur noch auf Abwicklung gerichtet, sodass keine Aussicht auf Geschäftsführung besteht. Damit entfällt ein rechtsschutz-würdiges Interesse der GmbH an der Einklagung des Rechts des B im eigenen Namen. Die gewillkürte Prozessstandschaft ist unzulässig. Es fehlt an der Prozessführungsbefugnis der H-GmbH. Die Klage ist als unzulässig abzuweisen.*

#### **Fall 12:**

Die Beklagte wurde durch Versäumnisurteil zur Zahlung von 100.000 € an die Klägerin verurteilt. Die vom Gericht veranlasste Zustellung an den Prozessbevollmächtigten der Beklagten schlug am 12.07.2011 fehl; an diesem Tag konnte indes dem Kläger das Urteil zugestellt werden, der den Gerichtsvollzieher mit der Zustellung des Urteils beauftragte. Diese erfolgte am 21.07.2011. Am 05.08.2011 erfolgte die Zustellung von Amts wegen an den Beklagten. Der Einspruch der Beklagten gegen das Versäumnisurteil ging am 18.08.2011 bei Gericht ein. Das Landgericht hat den Einspruch gegen das Versäumnisurteil als unzulässig verworfen; er sei verspätet, denn die Beklagte müsse sich so behandeln lassen, als sei ihr das Urteil bereits am 21.07. zugestellt worden, da die in diesem Zeitpunkt unwirksam erfolgte Zustellung im Parteibetrieb durch die spätere amtswegige Zustellung vom 05.08.2011 gem. § 189 geheilt worden sei. Kann die Beklagte dagegen mit Erfolg vorgehen?

*Lösung (BGH MDR 2010,885): Maßgeblich für die Zustellungswirkung ist die Amtszustellung. Diese kann nicht gem. § 189 dadurch ersetzt werden, dass das Dokument im Parteibetrieb zugestellt wird und dem Adressaten tatsächlich zugeht. Zwar ist die Norm weit auszulegen; das darf aber nicht dazu führen, dass ein vollständiges Außerachtlassen der vorgeschriebenen förmlichen Zustellung als*

unschädlich angesehen wird, wenn nur das Dokument dem Empfänger irgendwie zugeht. Schon aus dem Wortlaut ergebe sich, dass eine förmliche Zustellung wenigstens angestrebt worden sein müsse.

#### **Fall 13:**

In einem dem Klageverfahren vorausgegangenem Mahnverfahren war der Beklagte als Antragsgegner falsch bezeichnet worden als „Micele Jakonov“; sein tatsächlicher Name lautete „Michele Iacono“. Der Mahnbescheid war dennoch an der Wohnanschrift Uhlandstraße 29, 10719 Berlin zugestellt worden. Auf Widerspruch war die Sache an das zuständige Landgericht abgegeben worden. Das Landgericht hatte daraufhin das Passivrubrum des Klageverfahrens auf der Seite des Beklagten bezogen auf seinen Namen berichtigt. Dagegen richtete sich die Beschwerde des Beklagten, der der Auffassung ist, die Berichtigung sei unzulässig. Hat er Recht?

*Lösung: Die Beschwerde ist unbegründet. Ungenaue oder unrichtige Parteibezeichnungen sind unschädlich und können jederzeit vom Gericht berichtigt werden, wenn die Identität der Partei trotz der Berichtigung gewahrt bleibt. Vorliegend war trotz unrichtiger äußerer Parteibezeichnung (falscher Name) der Beklagte von Anfang an als die Partei anzusehen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen sein sollte. Er wäre nur dann die „falsche“ Partei, wenn die Klage irrtümlich gegen einen Dritten gerichtet worden wäre, indem die klagende Partei den „falschen“ Beklagten zwar formal richtig verklagt, ihn jedoch mangels Passivlegitimation nicht verklagen wollte. Diese Fallgestaltung liegt ebenso wenig vor wie die der Fall einer Klage, die sich gegen den richtigen Beklagten richtet, jedoch versehentlich oder irrtümlich einem Dritten zugestellt worden ist. Hier ist die Klage dagegen an den zugestellten, gegen den sie sich auch richten sollte; die Klägerin wollte ausweislich der Klagebegründung dem Beklagten als dem Inhaber des Lokals in der Uhlandstraße 29 in Berlin verklagen. Damit war die Berichtigung der Parteibezeichnung von Amts wegen nach § 319 ZPO offenkundig angezeigt.*

#### **Fall 14:**

K, Käufer einer zu Vermietungszwecken gekauften Wohnung, erhebt im Jahr 2011 vor dem zuständigen Landgericht gegen V Klage auf Zahlung von 40.000 €. Er begehrt eine Minderung des Kaufpreises in Höhe von 30.000 €, weil das Kaufobjekt wegen der fehlenden Vermietbarkeit der Kellerräume mangelhaft sei. Daneben begehrt er wegen eines insoweit bereits eingetretenen Mietausfalls Schadensersatz in Höhe von 10.000 €; insoweit ist die Klage unschlüssig. Als im frühen ersten Termin vom 10.05.2011 für die V trotz ordnungsgemäßer Ladung niemand erscheint, verurteilt das Landgericht V durch Versäumnisurteil antragsgemäß zur Zahlung von 40.000 €. Das Urteil wird am 24.05.2011 zugestellt. Am 06.06.2011 geht bei Gericht ein Einspruch des prozessbevollmächtigten Rechtsanwalts der V ein. Darin wendet V ein: Die fehlende Vermietbarkeit begründe keinen Mangel, da die Räume von K jedenfalls als Sauna und Hobbyraum benutzt werden könnten. Im Übrigen sei im Vertrag „jegliche Gewährleistung für sichtbare und unsichtbare Mängel ausgeschlossen“ worden. In der daraufhin anberaumten mündlichen Verhandlung erscheint für V erneut niemand. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hält aus diesem Grund den Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 10.05.2011 für unzulässig. Wie wird das Landgericht entscheiden?

*Lösung: Prozessrechtliche Prüfung: Das Landgericht könnte den Einspruch nach § 341 Abs. 1 Satz 2 oder nach § 345 als unzulässig verwerfen.*

1. § 341

- a) Statthaftigkeit: § 338 Satz 1
- b) Form: § 340 Abs. 1 und 2
- c) Frist: § 339 Abs. 1
- d) Nichtvorliegen von Verzicht oder Rücknahme: § 346

*ERGEBNIS: Der Einspruch der V war zulässig, also keine Verwerfung nach § 341 ZPO.*

2. § 345

§ 345 behandelt die Folgen des zulässigen Einspruchs bei einer erneuten Säumnis. Aus dem Normtext ergibt sich nicht, dass bei erneuter Säumnis des Einspruchsführers sein Einspruch zwingend zu verwerfen wäre. Das Problem wird in Rspr. und Lit. streitig behandelt. Während ein erheblicher Teil der Lit. von der Notwendigkeit einer (erneuten) Schlüssigkeitsprüfung als Voraussetzung für eine Verwerfung ausgeht, vertritt ein anderer Teil der Lit. und die überwiegende Rspr. die Auffassung, dass ein Einspruch bei erneuter Säumnis ohne weiteres zu verwerfen ist. Zur Begründung: Bei einem VB, der nach § 700 Abs. 1 ZPO einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleichsteht, darf der Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid bei erneuter Säumnis im Termin zur Verhandlung über den Einspruch anders als der Einspruch gegen ein Versäumnisurteil nur dann gemäß § 345 ZPO verworfen werden, wenn die in § 331 Abs. 1, Abs. 2 1. Halbsatz ZPO für eine Entscheidung durch Versäumnisurteil bestimmten Voraussetzungen vorlagen (§ 700 Abs. 6 ZPO). Die Prüfung der Schlüssigkeit der Klage und der Zulässigkeit des Erlasses des Vollstreckungsbescheids sind in dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin trotz Säumnis des Beklagten nachzuholen. Das findet seinen Grund darin, daß eine richterliche Prüfung der vollstreckbaren Entscheidung bis dahin nicht stattgefunden hat (MüKo-ZPO/Prütting, § 345 Rdn. 15; Löwe, ZZP 83 (1970), 266 ff; BT-Drucks. 7/2729 S. 103). Sofern diese Prüfung zu dem Ergebnis führt, daß die Voraussetzungen für den Erlaß eines Vollstreckungsbescheids nicht vorlagen, ist der Vollstreckungsbescheid trotz Säumnis des Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung aufzuheben, § 700 Abs. 6 Halbs. 2 ZPO.

Der Gleichlauf von Prüfungsumfang und -pflicht des Einspruchsrichters einerseits und Berufungsfähigkeit andererseits führt in diesem Fall dazu, dass die Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil, durch das der Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid verworfen wird, trotz der in § 514 Abs. 2 ZPO bestimmten Beschränkung auch darauf gestützt werden kann, dass die Voraussetzungen für den Erlass eines Vollstreckungsbescheids nicht vorgelegen haben (BGHZ 73, 87, 89 ff; 112, 367, 371 ff). Ist dagegen aufgrund mündlicher Verhandlung durch Versäumnisurteil gegen den Beklagten erkannt, sind die Zulässigkeit der Klage, ihre Schlüssigkeit und die Voraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils in dem versäumten Termin richterlich geprüft. Eine erneute Prüfung sieht § 345 ZPO im Rahmen der Entscheidung über den Einspruch nicht vor. Die in § 700 Abs. 6 ZPO getroffene Regelung würde ansonsten die Anordnung einer Prüfung bedeuten, die im Gesetz nicht vorgesehen ist.

#### **Fall 15:**

X vertreibt Staubsauger im Direktmarketing. Sie verkauft im Winter 2008 ihre Kaufpreisansprüche u.a. aus einem Vertrag mit dem Hausmann M an die Factoring-Firma A. M verweigert wegen angeblicher Mängel gegenüber der A die Kaufpreiszahlung. Welches Problem stellt sich für A bei einer Klagabweisung bezogen auf X? Was sollte deshalb aus anwaltlicher Sicht der A geraten werden, damit sie im Falle einer Abweisung der Klage für einen Prozess gegen X bessere Chancen hat?

*Lösung:* A klagt aus § 433 II BGB gegen M. Wenn M gewinnt, weil Mangel, möchte A von X Schadensersatz. Dann müsste sie in dem Prozess gegen X den Mangel beweisen, wenn X einen solchen bestreitet. Die A muss der X daher in dem Rechtsstreit gegen M den Streit verkünden, §§ 72 ff ZPO. Falls die A den Prozess gegen M verliert, weil der Mangel festgestellt wird, steht damit das Nichtbestehen der Kaufpreisforderung fest. Diese Feststellung des Mangels ist der die Klagabweisung tragende Grund. Dieser Umstand ist zugleich aber Grundlage für Ersatzansprüche der A gegen die X. Die VS des § 72 liegen vor. Durch eine Streitverkündung in der Form des § 73 treten nach § 74 die Interventionswirkungen insbesondere des § 68 ein; dies gilt nach § 74 Abs. 3 unabhängig davon, ob der X nach Streitverkündung einer der Parteien beitrifft. Deshalb wird X im Folgeprozess nicht mehr mit dem Einwand gehört, der Rechtsstreit A gegen M sei falsch entschieden, die Forderung gegen M bestehe doch, sie habe daher ihre vertragliche Verpflichtung aus dem Factoring-Vertrag gegenüber A erfüllt.

## Fall 16:

PD Dr. habil. Steffen Kailitz ist am Hannah-Arendt-Institut für Totalitarismusforschung e.V. tätig. Er war im Rahmen der mündlichen Verhandlung des NPD-Verbotsverfahrens vor dem BVerfG war er als „sachkundiger Dritter“ gem. § 27a BVerfGG angehört worden. Daran anknüpfend stellte er in einem Gastbeitrag auf ZEIT- online seine Forschungsergebnisse zur NPD vor. U.a. führte er aus: Unmissverständlich plant sie rassistisch motivierte Staatsverbrechen. Sie will acht bis elf Millionen Menschen aus Deutschland vertreiben, darunter mehrere Millionen deutscher Staatsbürger mit Migrationshintergrund. Gegen diese Äußerung hat die NPD bei dem Landgericht Dresden um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Kailitz soll diese Äußerung unterlassen.

*Lösung: I. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer eV (Prozessstation)*

*1.) Echte ProzessVS (+)*

*2.) Von den SachurteilsVS sind zu behandeln:*

*a.) Antrag: Muss den zu sichernden Anspruch und das richtige Sicherungsmittel bezeichnen, hier (+)*

*b.) Zuständigkeit des LG §§ 937 Abs. 1, 943 Abs. 1, 802 ZPO (als Gericht der Hauptsache)*

*aa) sachliche Zuständigkeit, §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG, 3 ff.: maßgeblich für die Bewertung des Zuständigkeitsstreitwertes der eV ist der Zuständigkeitsstreitwert der Hauptsache (vgl. § 937 Abs. 1 ZPO), hier: höher als 5000,00 €*

*bb) örtliche Zuständigkeit: Zeitschrift erscheint bundesweit, also § 32 oder 12, 13 ZPO*

*c.) Form §§ 936, 920 III ZPO*

*3.) Behaupten eines Verfügungsanspruchs*

*(nur diese Behauptung ist für die Zulässigkeit = Statthaftigkeit erforderlich) hier (+)*

*4.) Bestehen eines Verfügungsgrundes, §§ 935, 940 ZPO*

*Streitig, ob Verfügungsgrund zur Zulässigkeit oder Begründetheit gehört !!! Nach zutr. Auffassung in Begrh. prüfen*

*5.) Rechtsschutzinteresse (im übrigen) (+)*

*II. Begründetheit des Antrags auf Erlass einer eV setzt wie der Arrest einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund voraus (§§ 936, 916, 917 ZPO).*

*In dem Antrag (bzw. terminologisch richtig: „Gesuch“) auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sind der Verfügungsanspruch und der Verfügungsgrund glaubhaft zu machen, §§ 936, 920 Abs. 2, 294 ZPO. D.h. praktisch, dass die jeweiligen einen materiellen Anspruch und in der Regel auch die besondere Eilbedürftigkeit begründenden Umstände darzulegen und durch Urkunden oder durch eidesstattliche Versicherungen (§ 294 ZPO) zu belegen sind.*

*1. Ein Verfügungsanspruch kann in jedem Recht bestehen, das der Gl in einem Hauptsacheprozess geltend machen könnte. HIER: Anspruch könnte sich ergeben aus a) § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog. Schutzfähig alle deliktisch geschützte Rechtsgüter. Ehre ? Ansehen, Integrität einer Partei. b) HIER: §§ 823 II BGB, 186, 187 StGB. Üble Nachrede bzw. Verleumdung knüpft an falsche Tatsachenbehauptungen an. Keine Meinungsäußerung. SUBSUMTION*

*2. Prozessual: Ein Verfügungsgrund iSv § 935 ist gegeben, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Eine solche Veränderung des bestehenden Zustandes ist anders als beim Arrest nicht schon dann gegeben, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Schuldners verschlechtern. „Sicherungsverfügung“.*

*Bei der „Regelungsverfügung“, die sich nicht klar von der Sicherungsverfügung abgrenzen lässt, geht es nach § 940 ZPO um die Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis mit dem Zweck der Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechtsfriedens. Als Rechtsverhältnis, aus dem sich ein solcher Verfügungsanspruch ergeben kann, kommen vor allem Dauerschuldverhältnisse in Betracht. Verfügungsgrund iSv § 940 ist also die Notwendigkeit der Abwendung wesentlicher Nachteile, der Verhütung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen (§ 940 2. Halbsatz ZPO), es geht also immer um eine dringliche Regelung.*

Schließlich kennt die ZPO im engen Umfang auch im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes eine „Leistungsverfügung“, deren Zweck darin besteht, den Gläubiger zu befriedigen. Spezialgesetzlich ist ein Verfügungsgrund für die Räumungsverfügung nach § 940 a ZPO im Gesetz geschaffen. In den sonstigen Fällen von Leistungsverfügung sind an dem Verfügungsgrund besonders strenge Anforderungen zu stellen; solche Situationen können angenommen werden, wenn eine schnelle Regelung zur Verhinderung einer Existenzgefährdung oder Abwendung einer erheblichen Notlage des Antragstellers erforderlich ist (Beispiel: notwendiger Unterhalt, Herausgabe von Arbeitspapieren oder Arbeitsgerät, Vermeidung eines unverhältnismäßigen Vermögensschadens).

Bei den hier in Rede stehenden Unterlassungsansprüchen könnte eine auf § 940 ZPO gestützte Leistungsverfügung in Betracht kommen.

### 3. Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts:

Ist der Antrag unzulässig, unschlüssig oder sind die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht glaubhaft gemacht, weist das Gericht den Antrag durch Beschluss zurück, ohne den Antragsgegner anzuhören, § 937 Abs. 2. Der Beschluss wird dem Antragsgegner auch nicht mitgeteilt, § 936 i.V.m. § 922 Abs. 3 ZPO.

Liegen die Voraussetzungen für den Erlass der einstweiligen Verfügung vor, ordnet das Gericht die mündliche Verhandlung an (e contrario § 937 Abs. 2). Nur dann, wenn die Sache in besonderem Maße eilbedürftig ist, also über das Maß des ohnehin im eintw. RS gegebene Eilbedürftigkeit hinaus, erlässt das Gericht die begehrte einstweilige Verfügung ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners durch Beschluss, § 937 Abs. 2 ZPO.

### 4. Die Reaktionsmöglichkeiten der Beteiligten

Weist das Gericht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung zurück, steht dem dadurch beschwerten Antragsteller (unter den Voraussetzungen des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) gegen den Beschluss die sofortige Beschwerde zu, § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

Erlässt das Gericht die einstweilige Verfügung im Beschlusswege ohne mündliche Verhandlung, kann der Antragsgegner gegen die einstweilige Verfügung gem. §§ 936, 924 Abs. 1 ZPO Widerspruch einlegen. Auf den Widerspruch ist gem. §§ 936, 924 Abs. 2 Satz 2 ZPO Termin zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen, dem Antragsgegner wird damit nachträglich rechtliches Gehör gewährt. Auf die mündliche Verhandlung ist dann wiederum – sofern keine Einigung zustande kommt – durch Urteil zu entscheiden, §§ 936, 925 ZPO. Der Antragsgegner kann die einstweilige Verfügung jedoch auch hinnehmen und gem. §§ 936, 926 ZPO beantragen, dass das Gericht dem Antragsteller eine Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage setzt, §§ 936, 926 ZPO. Das ist beispielsweise dann sinnvoll, wenn der Antragsgegner ohnehin eine endgültige Klärung in einem Hauptsacheprozess anstrebt. Wird innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist keine Klage erhoben, ist die einstweilige Verfügung auf Antrag aufzuheben, §§ 936, 926 Abs. 2 ZPO. Entscheidet das Gericht – entweder aufgrund eines von Beginn an anberaumten Termins oder nach einem Widerspruch – durch Urteil, gelten die allgemeinen Vorschriften; gegen das Urteil ist unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 511 ZPO die Berufung statthaft.

### Fall 17:

Der a-GmbH steht aus einem Vertrag zur schlüsselfertigen Errichtung eines Einfamilienwohnhauses mit den Eheleuten E ein Werklohn von 350.000 Euro zu. Die Eheleute verweigern wegen angeblicher Mängel Abnahme und Bezahlung. Die a-GmbH möchte, dass eine mögliche Werklohnforderung gegen E aus dem Werkvertrag möglichst schnell, notfalls auch gegen den Willen der E gesichert wird. Welche Möglichkeiten stünden zur Verfügung?

Lösung: Die Bestellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 650 f Abs. 1 BGB scheidet nach Abs. 6 Nr. 2 aus, weil E natürliche Personen sind und die Bauarbeiten zur Herstellung eines EFH erfolgt sind. Auch die Durchsetzung eines Arrestes nach §§ 916 ff ZPO iVm § 631 BGB ist der a-GmbH nicht möglich. Zwar ist es grundsätzlich möglich, einen Arrest auch wegen eines betagten oder bedingten Anspruchs zu erwirken. Jedoch dient der Arrest dem Schutz vor unlauterem Verhalten des Schuldners, also zur Sicherung der Zwangsvollstreckung. § 917 ZPO stellt klar, dass der dingliche

*Arrest nur verhängt werden kann, wenn zu besorgen ist, dass ohne den Arrest die Vollstreckung eines Urteils erschwert oder vereitelt werden könnte. Allein eine Verweigerung der Zahlung unter Berufung auf Mängel der Werkleistung kann den Arrest nicht rechtfertigen. Selbst bewusst vertragswidriges Verhalten des Schuldners stellt keinen Arrestgrund dar. Für den persönlichen Arrest gelten noch strengere Voraussetzungen.*

*In Betracht kommt dagegen die Eintragung einer Vormerkung für eine Sicherungshypothek des Bauunternehmers im Wege der einstweiligen Verfügung nach §§ 650e, 883, 885 Abs. 1 S.2 BGB; 916 ff, 935, 940, 941 ZPO. Jede eVfg setzt das Bestehen von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund voraus. Der Vanspruch ergibt sich hier aus § 650e BGB. Der Vgrund ergibt sich hier aus der in der Natur der Sache liegenden Eilbedürftigkeit; es ist nach § 885 Abs. 2 S. 2 BGB nicht erforderlich, eine Gefährdung des Anspruchs glaubhaft zu machen.*

#### **Fall 18:**

Sinologiestudent S hat die Semesterferien verlängert und weitere 4 Monate in Tibet verbracht. Während dieser Zeit hat er die Miete für seine Wohnung nicht gezahlt. In Marburg zurückgekehrt findet er seine Wohnung verschlossen vor. Die Vermieterin erklärt ihm, sie habe nach dem dritten Monat das Mietverhältnis fristlos gekündigt; seine Sachen seien in den Keller geräumt, die könne er mitnehmen, in die Wohnung komme er nicht mehr. S ist empört. Zu Recht? Kann er etwas unternehmen?

*Lösung: Problematisch ist der Verfügungsanspruch, Hier: Besitzschutzanspruch und Anspruch aus § 280 BGB, da nachvertragliche Pflicht, sich zur Durchsetzung des Räumungsanspruch der vorgesehenen gesetzl. Instrumente des Vollstreckungsrechts zu bedienen.*

#### **Fall 19:**

Mieter M hat gegen seinen Vermieter, der ihm den Strom abgestellt hatte, einen Titel erstritten mit folgendem Inhalt: „V wird verurteilt, die Wohnung des M in ... die Strom- und Gasversorgung ... unverzüglich wiederherzustellen und den M von Kostenforderungen der Stadtwerke für die Zeit von ... bis ... in Höhe von 1000 Euro freizustellen. Darüber hinaus ist V verpflichtet, M von zukünftigen Kostenforderungen wegen der Energieversorgung freizustellen.“ Ist der Titel vollstreckbar?

*Lösung: Vollstreckt werden können nur Leistungsurteile. Feststellungsurteile haben keinen vollstreckbaren Inhalt, weil sie nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses oder die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde feststellen.*

#### **Fall 20:**

Der Beklagte wird verurteilt, „es zu unterlassen, seinen PKW gegenüber der Grundstücksausfahrt des Klägers, Marbacherweg 34, 35041 MR abzustellen“. Aus den Urteilsgründen ergibt sich, dass der Kläger nicht behindert werden darf, vorwärts und rückwärts ohne notwendiges Rangieren aus seiner Garagenausfahrt auf die Straße aufzufahren. Ist der Titel ausreichend bestimmt?

*Lösung: Inhalt des Titels kann nur durch Auslegung mit Hilfe der Urteilsgründe ermittelt werden.*

#### **Fall 21:**

Im Wege der einstweiligen Verfügung war der Schuldnerin aufgegeben worden, „das Ladenlokal im 1. Obergeschoss des Herkules Centers in der Bahnhofstraße 19, 35576 Wetzlar, Ladenlokal Nr. 100-118 – während der üblichen Ladenöffnungszeiten ... bis zum Ablauf des 31.12.2005 geöffnet zu halten und zu betreiben.“ Nach Vertrag schuldet das den Markt betreibende Unternehmen ein Vollsortiment; der Vermieter will jetzt aus dem Titel gegen das Unternehmen vorgehen, weil eine Backwaren- und eine Obst/Gemüseabteilung fehlen. Zu Recht ?

*Lösung: Der Titel ist eindeutig und nicht auslegungsfähig. Also hat Vorgehen gegen Unternehmen keine Aussicht auf Erfolg.*

**Fall 22:**

Titel auf Herausgabe eines Sparkassenbuchs. An wen wendet sich der Gläubiger wegen der Vollstreckung?

*Lösung: Herausgabevollstreckung fällt in die Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers.*

**Fall 23:**

Zahlung von 2.000,- €. Nach dem Wissen des Gläubigers verfügt der Schuldner über ein Sparkassenbuch über 10.000,- €. Kann G gegen das Sparkassenbuch vollstrecken? Wie erfolgt die Vollstreckung?

*Lösung: Hier geht es um Forderungspfändung. Der Gläubiger muss den Anspruch des Schuldners auf Zahlung in Höhe des Guthabens gegen die Bank pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Da der Gläubiger gegenüber der Bank das Sparkassenbuch als Legitimationspapier benötigt, ist der Schuldner nach § 836 Abs. 3 S. 1 ZPO insoweit zur Herausgabe verpflichtet. Verweigert er die Herausgabe, so ist der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss Titel für eine Herausgabevollstreckung. Hat ein Dritter die herauszugebende Sache in Gewahrsam und ist zur Herausgabe nicht bereit (ansonsten § 809 ZPO) kann die Herausgabevollstreckung nach § 886 ZPO nicht durch Zwang des Gerichtsvollziehers durchgesetzt werden. Vielmehr muss der Gläubiger jetzt den Herausgabeanspruch des Schuldners gegen den Dritten nach § 886 ZPO i. V. m. §§ 829ff ZPO pfänden und sich zur Einziehung nach § 835 ZPO überweisen lassen. Verweigert der Dritte auch nach Zustellung des PfüB die Herausgabe, so muss der Gläubiger gegen den Dritten auf Herausgabe klagen und einen obsiegenden Titel nach § 883 ZPO gegen den Dritten vollstrecken.*

**Fall 24:**

Der Gerichtsvollzieher hat bei dem Abtransport einer gepfändeten Statur Schäden verursacht; die Wiederherstellungskosten betragen 5.000 €. Diesen Schaden möchte S von G, GV oder dem Staat ersetzt verlangen. Wen muss er verklagen? Wo?

*Lösung: Kein Schadensersatzanspruch gegen den Gläubiger; Anspruch gegen das Land, dessen Beamter der GV ist, nach Art. 34 GG iVm § 839; zuständig: § 7111 GVG ohne Rücksicht auf Streitwert LG; örtlich: § 18 oder § 32 ZPO*

**Fall 25:**

Der Händler K ist zur Lieferung eines ganz bestimmten Kettenbaggers an den Gläubiger G in Marburg verurteilt worden. G überlegt, wer für die Vollstreckung zuständig ist.

*Lösung: Herausgabe, Vorlegung, Hinterlegung, Versendung ist Leistung, die nach § 883 vollstreckt wird (siehe B/W, VollstrR, Rn. 1047, 1068). =GV am Ort der vorzunehmenden Handlung*

Abwandlung: Der Titel lautet auf Herausgabe einer bestimmten Montagehalle und Aufbau an einem bestimmten Ort.

*Lösung: Hier ist Schwerpunkt die Handlungspflicht, also § 887.*

**Fall 26:**

Die Witwe W schuldet Auskunft über die Kontobewegungen auf dem früheren gemeinschaftlichen Ehekonto in den drei Jahren vor dem Tod ihres Ehemannes. Sie erfüllt diese Verpflichtung unter Hinweis darauf nicht, die Bank verlange von ihr Erstattung der Kopiekosten für die Kontoauszüge.

*Lösung: Der Antrag auf Festsetzung eines Zwangsgeldes setzt voraus, dass die Vornahme der unvertretbaren Handlung noch möglich ist. Bei der notwendigen Mitwirkung eines Dritten liegt Unmöglichkeit der unvertretbaren Handlung vor, wenn der Schuldner alles ihm zumutbare getan hat, um den Dritten zur Mitwirkung zu bewegen, gegebenenfalls ist auch eine gerichtliche Inanspruchnahme des Dritten auf Mitwirkung nötig. Bei juristischen Personen ist das Zwangsmittel gegen deren Organe festzusetzen. Die Beitreibung des Zwangsgeldes erfolgt im Parteibetrieb auf Antrag des Gläubigers und nicht von Amts wegen. Entsprechendes gilt für die Zwangshaft. Das Zwangsgeld wird jedoch im Ergebnis nicht dem Gläubiger, sondern der Staatskasse zugeführt.*

**Fall 27:**

G hat gegen S einen Titel erstritten, wonach dieser es zu unterlassen hat, seine Apotheke unter der Bezeichnung Universitätsapothek zu betreiben. Kann G die Entfernung eines entsprechenden im Schaufenster hängenden Schildes erzwingen?

*Lösung: Dulden bedeutet die Verpflichtung des Schuldners, die Vornahme einer Handlung nicht zu behindern. Unterlassen ist grundsätzlich ein Untätigbleiben, das einen bestimmten Geschehensablauf nicht beeinflusst. Der Schuldner kann allerdings zugleich eine Handlung vornehmen müssen, wenn der Eingriff schon vor dem Titelerlass in Gang gesetzt wurde, das heißt zunächst eine aktive Handlung zur Beseitigung einer Störung erforderlich ist.*

**Fall 28:**

Der Taxiunternehmer T kauft bei dem Autohaus M zu beruflichen Zwecken einen gebrauchten Mercedes C-Klasse für 20.000 € und finanziert den Kauf durch ein Darlehen über 15.000 € bei der Y-Bank. Zur Sicherheit wird der Y der PKW übereignet; das Darlehen soll in monatlichen Raten zurückgezahlt werden. T unterwirft sich gegenüber Y in einer notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen, sollte er mit einer Monatsrate in Rückstand kommen. Vereinbarungsgemäß soll der Y jederzeit eine vollstreckbare Urkunde ausgestellt werden können. T zahlt eine Monatsrate nicht; auf Verlangen der Y erteilt ihr der Notar eine vollstreckbare Ausfertigung. Der Gerichtsvollzieher pfändet nach Aushändigung einer Ausfertigung der Urkunde den PKW im Betrieb des T. T ist empört. Ist die Pfändung rechtmäßig?

*Lösung: Möglicherweise kann sich T mittels der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO zur Wehr setzen.*

*1. Zulässigkeit der Erinnerung:*

- o Statthaft bei Einwänden gegen die Art und Weise der Vollstreckung*
- o Erinnerungsbefugnis (Beschwer)*
- o RSB*

*2. Begründetheit der Vollstreckungserinnerung: Im Zeitpunkt der Entscheidung über Erinnerung muss feststehen, dass die angefochtene Vollstreckungsmaßnahme (=akt) wenigstens in einem Punkt gegen formelles Vollstreckungsrecht verstößt, weil eine allg. Verfahrensvoraussetzung oder eine allg. Vollstreckungsvoraussetzung oder eine besondere Voraussetzung für die konkrete Vollstreckung fehlt oder ein Vollstreckungshindernis vorliegt.*

*HIER: Antrag §§ 753, 754 ok.*

*Zuständigkeit des GV, §§ 753, 808 Abs. 1*

*Titel: § 794 Abs. 1 Nr. 5*

*Klausel durch zust. Notar, § 797 Abs. 2 S. 1*

*Zustellung, § 750 Abs. 1 S. 1*

*Ordnungsgem. Durchführung:*

*-- Gewahrsam des Schuldners, § 808 Abs. 1*

*-- keine Pfändungsverbote*

*Hier Verbot nach § 811 Nr. 5? Bedenken hinsichtlich Anwendbarkeit, weil Y als Si-egtr auch Titel auf Herausgabe hätte erwirken können. In diesem Fall hätte ihm § 811 nicht entgegengehalten werden*

können. Also könnte sich Berufung auf Schutzvorschrift als unzulässige Rechtsausübung darstellen. hM: Berufung auf § 811 zulässig. Schutzzweck ist dem Schuldner die Gebrauchsmöglichkeit zu erhalten; Unterschied zwischen Herausgabe- und Forderungsvollstreckung darf nicht verwischt werden. Wenn Y die Berufung auf § 811 vermeiden will, muss er sich Herausgabebetitel verschaffen. Pfändung war rechtmäßig.

#### **Fall 29:**

Am 02.12.2003 verkauft A an B durch notariellen Kaufvertrag ein bestimmtes Grundstück. Am 30.05.2005 verkauft B notariell beurkundet dieses Grundstück auf Vermittlung der Maklerin M an die Eheleute E weiter, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen war. Der Vertrag B/E enthält folgende Regelungen: -- Kaufpreis 250.000,- € zahlbar bis 16.08.2005 nicht jedoch vor Ablauf dreier Tage nach schriftlicher Bestätigung des Notars über den Antrag auf Eintragung der B ins Grundbuch. -- Sowohl E wie auch B verpflichten sich, an die Maklerin M jeweils 3 % des Kaufpreises zuzüglich Mehrwertsteuer zu zahlen. Hinsichtlich dieses Provisionsanspruchs unterwerfen sich E und B der sofortigen Zwangsvollstreckung. Am 01.12.2005 macht M gegenüber E unter Bezugnahme auf diese vertragliche Regelung einen Provisionsanspruch geltend. E sind empört, weil sie von B bislang kein Eigentum am Grundstück übertragen bekommen haben; B ist dazu nicht mehr in der Lage, weil sie ihrerseits den Kaufpreis für A nicht aufbringen konnte und den Kaufvertrag mit A privatschriftlich einverständlich aufgehoben hat. E bitten um Beratung, ob sie sich gegen die drohende Vollstreckung zur Wehr setzen sollen.

*Lösung: In Betracht kommt eine Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797, 767 Abs. 1 ZPO. § 767 ZPO betrifft zwar nur durch Urteil titulierte Ansprüche. Indes kann die Vollstreckungsabwehrklage auch gegen andere Titel nach §§ 767 Abs. 1, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 ZPO statthaft erhoben werden. Die Klage ist bei dem gemäß § 797 Abs. 5, 2. Alternative ZPO örtlich (allgemeiner Gerichtsstand des Schuldners, § 13 ZPO) und im Hinblick auf den Streitwert von 100.000 € nach §§ 23, 23a, 23b, 71 GVG sachlich zuständigen Landgericht Gießen zu erheben. Der Gerichtsstand ist nach § 802 ZPO ein ausschließlicher. Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung ist zunächst die Statthaftigkeit der Klage zu erörtern. Die Kläger erheben gegen die Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde eine materielle Einwendung, nämlich die dass ein titulierter Zahlungsanspruch nicht entstanden ist. Unter dem Aspekt des Rechtsschutzbedürfnisses sind zwei Aspekte von Bedeutung: ein titulierter Zahlungsanspruch ist in der notariellen Urkunde begründet worden, obwohl die Gläubigerin an der Errichtung der Urkunde nicht selbst beteiligt war; ein Titel kann auch zu Gunsten eines Dritten geschaffen werden. Zum anderen ist das Rechtsschutz Interesse nicht dadurch weggefallen, dass der Kaufvertrag wieder aufgehoben worden ist. Der Titel ist durch die in der Unterwerfungserklärung enthaltene prozessuale Willenserklärung entstanden; für diese gelten prozessrechtliche Regeln, d.h. solche Erklärungen sind nicht mehr frei widerruflich, wenn sie das Verfahren bereits gestaltet oder für den Gegner bzw. einen Dritten eine Rechtsposition geschaffen haben. Die Aufhebung des Kaufvertrages ist daher für die Titelentstehung ohne Bedeutung. Also ist eine entsprechende Klage zulässig. In der Begründetheitsprüfung gilt es zu erkennen, dass § 767 Abs. 2 ZPO wegen § 797 Abs. 4 ZPO keine Anwendung findet. Die Klage wäre begründet, wenn der Gläubigerin aus dem notariellen Kaufvertrag kein begründeter Provisionsanspruch zugestanden hätte. Hier ergibt sich der Anspruch entweder aus § 652 Abs. 1 S. 1 BGB oder man versteht den Vertrag als einen solchen zu Gunsten der M im Sinne von § 328 BGB. Materiell zu prüfen sind: § 311a BGB, Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung, Wegfall des Provisionsanspruchs durch Vertragsaufhebung. Problem: Provisionsanspruch entfällt auch im Falle einer einverständlichen Vertragsaufhebung nur dann, wenn Vertrag innerhalb der Anfechtungsfrist der §§ 121, 134 BGB aus Gründen rückgängig gemacht wird, die zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Irrtums berechtigen würden. Das dürfte nicht der Fall sein.*

**Fall 30:**

B und ein Bevollmächtigter der V haben den Kaufvertrag in notarieller Form am 31.12.2009 vor dem Notar N geschlossen worden. Der Vertrag enthält in § 3 folgende Regelung: „Der Kaufpreis in Höhe von 100.000 € ist am 01.03.2010 fällig. Der Käufer unterwirft sich wegen dieser Kaufpreisforderung der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein ganzes Vermögen.“ Obwohl B den Vertrag in der Folgezeit wegen arglistiger Täuschung angefochten hat, kündigt die V im Juli 2010 an, den Kaufpreis zwangsweise beizutreiben. Wie kann sich B zur Wehr setzen?

*Lösung: B kann sich mit dem Instrument der Vollstreckungsabwehrklage zur Wehr setzen, wenn diese zulässig ist. Dann müsste gegen den B ein Titel bestehen, aus dem die V die Vollstreckung betreiben könnte. In der notariellen Urkunde, in der der Kaufpreis für die Wohnungen bezeichnet ist, findet sich insoweit durch die Unterwerfungserklärung ein titulierter Zahlungsanspruch, aus dem nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. Wenn sich der Schuldner gegen eine Vollstreckung mit materiell-rechtlichen Einwendungen zur Wehr setzen will, die den materiellen Anspruch selbst betreffen, steht ihm grds. die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO zur Verfügung. Vorliegend kann der B materiell-rechtlich den Einwand der Nichtigkeit des Vertrages infolge Anfechtung erheben; dies hätte zur Folge, dass ein Kaufpreisanspruch nicht besteht. § 767 ZPO betrifft zwar nur durch Urteil titulierte Ansprüche. Indes kann die Vollstreckungsabwehrklage auch gegen andere Titel nach §§ 767 Abs. 1, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 ZPO statthaft erhoben werden. Die Klage ist bei dem gemäß § 797 Abs. 5, 2. Alternative ZPO örtlich (allgemeiner Gerichtsstand des Schuldners, § 13 ZPO) und im Hinblick auf den Streitwert von 100.000 € nach §§ 23, 23a, 23b, 71 GVG sachlich zuständigen Landgericht Gießen zu erheben. Der Gerichtsstand ist nach § 802 ZPO ein ausschließlicher.*

**Fall 32:**

B ist Eigentümer eines baureifen Grundstücks in Marburg. Nachdem er bereits auf der Grundlage der Pläne eines ihm bekannten Architekten den Bauantrag für ein Einfamilienhaus gestellt hatte, gerät er in finanzielle Schwierigkeiten, die ihm eine Ausführung des Bauvorhabens unmöglich machen. Er findet vor Ort den Interessenten A, der bereit ist, nicht nur das Baugrundstück, sondern auch sämtliche schon erstellten Baupläne zu kaufen. Bei der Beurkundung des Kaufvertrages legt der Notar N den urkundsbeteiligten A und B den Bauantrag und die begleitenden Unterlagen zur Durchsicht vor. Dabei handelt es sich unter anderem um die Baubeschreibung, eine Nutz- und Wohnflächenberechnung sowie eine Aufstellung aller einzuholenden Genehmigungen sowie der durch Anträge des B schon in Gang gesetzten Genehmigungsverfahren. Der sodann beurkundete Kaufvertrag enthält u.a. folgende Regelungen:

§ 1 Gegenstand des Vertrages

(1) ...

(2) ...

(3) Gegenstand dieses Vertrages sind auch der Bauantrag (Anlage 2) sowie die diesem Vertrag beigefügten Unterlagen (Anlage 3) und Pläne (Anlage 4-6). Die Parteien verzichten insoweit ausdrücklich darauf, dass diese Dokumente verlesen werden....

§ 7 Kaufpreis

Der Kaufpreis beträgt 380.000 €. Mit Abschluss des Kaufvertrages ist ein erster Teilbetrag in Höhe von 200.000 € zur Zahlung fällig. Die Auszahlung des Betrages erfolgt an die die X-Bank zur Ablösung der in Abteilung III in gleicher Höhe eingetragenen Grundschuld. Der Restbetrag ist zur Zahlung fällig, sobald der Notar die Mitteilung über die Löschung der Belastung in Abteilung III des Grundbuchs übermittelt.

## § 8 Vollstreckung

Der Käufer unterwirft sich wegen der fälligen Zahlungen der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen.

## § 9 Auflassungsvormerkung

Zur Sicherung des Übereignungsanspruchs veranlasst der Notar auf Kosten des Käufers die Eintragung einer Auflassungsvormerkung.

A zahlt den Betrag von 200.000 € an die X-Bank, wodurch ein von dieser dem B gewährtes verzinsliches Darlehen getilgt wird; darüber hinaus wendet A 500 € für die Eintragung der Vormerkung auf. Nach einigen Wochen teilt der Notar N den Parteien des Kaufvertrages mit, dass die Löschung des Grundpfandrechts der X-Bank erfolgt und damit der Restkaufpreis fällig sei. In diesem Zeitpunkt ist jedoch auch A nicht mehr zur fristgerechten Zahlung des Restkaufpreises in der Lage. B kündigt an, wegen der Restforderung die Zwangsvollstreckung zu betreiben. A wendet sich an den Rechtsanwalt R und bittet um Beratung wegen der Rechtslage. Da A angesichts seiner Vermögenslage keine Möglichkeit sieht, den Kaufvertrag zu vollziehen, möchte er an sich vom Vertrag loskommen. Vor allem möchte er sich gegen die angekündigte Vollstreckung des Restkaufpreises zur Wehr setzen.

Da R in dem Beratungsgespräch wegen der Regelung in § 1 Abs. 3 des Kaufvertrages Zweifel an der Wirksamkeit des Kaufvertrages formuliert, bittet A auch um Beratung, ob ihm im Falle der Unwirksamkeit und einer Rückabwicklung des Vertrages ein Anspruch auf Erstattung der aufgewandten Kosten für die Eintragung der Auflassungsvormerkung und eines Zinsverlustes in Höhe eines Betrages von 10.000 €, der im Hinblick auf die gezahlten 200.000 € bei banküblicher Verzinsung ansonsten hätte erzielt werden können, zusteht.

**Bearbeitungshinweis:** Soweit Rechtsanwalt R den A wegen möglicher rechtlicher Schritte gegen die angedrohte Vollstreckung berät, ist auch auf die Zulässigkeit ggf. in Betracht kommender Rechtsbehelfe einzugehen.

Zusatzfrage:

Unter welchen Voraussetzungen könnten A und/oder B einen Anspruch gegen den Notar N geltend machen?

## KORREKTURHINWEISE

Die Aufgabenstellung enthält einen hohen Schwierigkeitsgrad. Sie verlangt vollstreckungsrechtliche Grundkenntnisse, die ebenso wie Kenntnisse von den Beurkundungsvorschriften nicht als Standardwissen vorausgesetzt werden können, auch wenn sie sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben. Andererseits dürfte die Struktur der Bearbeitung eher einfach sein: Es ist zunächst nach vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen gefragt, wobei nur die Vollstreckungsabwehrklage in Betracht kommt; hier ist neben der Zulässigkeitsprüfung im Wesentlichen der materiell-rechtliche Einwand der Unwirksamkeit des Kaufvertrages zu erörtern. Anschließend sind die materiell-rechtlichen Ansprüche zwischen A und B auf der Grundlage weniger Anspruchsnormen zu untersuchen, wobei die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit des Vertrages im Vordergrund stehen, ohne dass es dabei auf die Kenntnis eines abstrakten Meinungsstreits ankommt.

Die vollstreckungsrechtliche Bearbeitung einerseits und die materielle Prüfung andererseits sollten mit 40% zu 60 % gewichtet werden.

Auch von durchschnittlichen Bearbeitungen sollten die Grundzüge der Vollstreckungsabwehrklage beherrscht werden; bessere Bearbeitungen werden die sich aufdrängende Notwendigkeit einstweiligen Rechtsschutzes erkennen.

Bei der materiellen Prüfung geht es im Wesentlichen um bereicherungsrechtliche Prüfungen; hier sollte von besseren Bearbeitungen im Verhältnis A gegen B die Problematik der Zinsbereicherung des B gesehen werden. Bei den Ansprüchen des B gegen A wird die Notwendigkeit einer Analogiebildung nicht in jeder Bearbeitung erkannt werden. Dagegen werden auch weniger qualifizierte Bearbeiter/innen die Notwendigkeit einer Rückabwicklung Zug-um-Zug sehen müssen. Bei der Frage nach dem (teilweisen) Wegfall der Bereicherung kommt es auf die Argumentation, nicht das Ergebnis an.

Die Ergänzungsfrage bildet keinen Schwerpunkt; sie bietet auch bei einer kurzen, aber zutreffenden Beantwortung die Chance auf Zusatzpunkte.

### **Skizze zur Lösung:**

#### **A. VOLLSTRECKUNGSSCHUTZ**

Nach der Aufgabenstellung muss sich die Bearbeitung zunächst auf das Rechtsschutzbegehren des A hinsichtlich der angedrohten Vollstreckung seitens B beziehen. Es ist insoweit nach den vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen gefragt. Es liegt wegen des Sachverhalts auf der Hand, dass nur der materiell-rechtliche Einwand einer Nichtigkeit des Vollstreckungstitels in Betracht kommt. Da materiell-rechtliche Einwendungen gegen einen titulierten Anspruch nur im Wege der Vollstreckungsabwehrklage vom Vollstreckungsschuldner geltend gemacht werden können, ist die Zulässigkeit und die Begründetheit einer solchen Klage und diesbezüglich auch die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes zu erörtern.

##### **1. Zulässigkeit der Vollstreckungsabwehrklage**

###### **1.1 Statthaftigkeit**

Die Vollstreckungsklage nach § 767 Abs. 1 ZPO dient dazu, aufgrund einer nachträglich entstandenen materiellen-rechtlichen Einwendung die Vollstreckbarkeit des Titels zu beseitigen. Daraus folgt, dass die Klage nur gegen vollstreckungsfähige Titel möglich ist. Nach dem Wortlaut von § 767 Abs. 1 ZPO kann sich eine solche Klage zwar nur gegen ein Urteil richten. Über § 795 ZPO finden jedoch auf die in § 794 ZPO erwähnten weiteren Schuldtitel die Vorschriften der Paragraphen §§ 724-793 ZPO grundsätzlich entsprechende Anwendung.

Vorliegend handelt es sich um einen Titel im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Der Kaufpreisanspruch ergibt sich aus einer notariellen Urkunde, durch die auf der Grundlage der (prozessrechtlichen) Unterwerfungserklärung des A der Zahlungsanspruch des B tituliert worden ist. Insoweit ist eine Vollstreckungsabwehrklage statthaft, wenn der Vollstreckungsschuldner gegen den titulierten Anspruch eine materiell-rechtliche Einwendung geltend macht, die den titulierten Anspruch zu Fall bringen kann. Der Einwand der Nichtigkeit des Kaufvertrages wegen eines Beurkundungsfehlers begründet daher die Statthaftigkeit der Vollstreckungsabwehrklage, ohne dass es im Rahmen der Zulässigkeit auf die Feststellung der tatsächlichen Nichtigkeit ankommt.

###### **1.2 Rechtsschutzbedürfnis**

Das Rechtsschutzbedürfnis für eine solche Klage wird bereits mit der Entstehung des Vollstreckungstitels begründet; es entfällt erst dann, wenn keine Vollstreckung mehr droht, also wenn der Titel dem Schuldner ausgehändigt worden ist oder dem Gläubiger jedenfalls keine Vollstreckungsmöglichkeit mehr bietet. Das Rechtsschutzbedürfnis kann darüber hinaus fehlen, wenn das Rechtsschutzziel auf einfacherem und kostengünstigerem Wege erreicht werden kann.

Vorliegend ist das Rechtsschutzbedürfnis mit der Titulierung des Kaufpreisanspruchs in der notariellen Urkunde entstanden. B hat auch ausdrücklich die Vollstreckung angedroht. Ein anderer Weg steht dem A nicht zur Verfügung.

### 1.3 Zuständigkeit

Die Vollstreckungsabwehrklage ist nach § 767 Abs. 1 ZPO bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erheben. Da es ein solches bei vollstreckbaren notariellen Urkunden nicht gibt, hilft § 767 ZPO für die Bestimmung des zuständigen Gerichts nicht. Hier gelten §§ 795, 797 Abs. 5, 2. Alternative ZPO; örtlich zuständig ist danach das Gericht, bei dem der Schuldner A im Inland seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Der allgemeine Gerichtsstand bestimmt sich nach §§ 12, 13 ZPO. Damit steht die örtliche Zuständigkeit fest, die nach § 802 ZPO eine ausschließliche ist. Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach Paragraph §§ 23, 23 b, 71 GVG. Angesichts der Höhe der offenen Kaufpreisforderung ist das Landgericht sachlich zuständig; auch diese Zuständigkeit ist nach § 802 ZPO ausschließlich.

Die Klage ist also bei dem Landgericht zu erheben, in dessen Bezirk A seinen Wohnsitz hat, also beim LG Marburg. Der A muss sich im Hinblick auf die Notwendigkeit der Postulationsfähigkeit durch einen zugelassenen Rechtsanwalt (§ 78 Abs. 1 ZPO) vertreten lassen.

### 2. Begründetheit der Vollstreckungsabwehrklage

Die Vollstreckungsabwehrklage ist begründet, wenn dem A eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den titulierten Anspruch zusteht, die diesen als Ganzes zum Erlöschen bringt oder nicht mehr durchsetzbar macht.

Nach § 767 Abs. 2 ZPO kommen insoweit nur rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einwendungen in Betracht, die nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind. § 797 Abs. 4 ZPO stellt indes klar, dass auf die Geltendmachung von Einwendungen gegen in notariellen Urkunden titulierte Ansprüche die beschränkende Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO nicht anzuwenden ist.

#### 2.1 Einwand der Nichtigkeit des Vertrages

Zu prüfen ist der Einwand einer Nichtigkeit des Vertrages. In Betracht kommt eine Nichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB wegen Fehlens des gesetzlich vorgeschriebenen Formerfordernisses.

Nach § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Eine solche Beurkundung hat vorliegend zwar stattgefunden; jedoch bestehen Zweifel an der Vollständigkeit der Beurkundung. Das Beurkundungserfordernis umfasst alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt (st. Rspr. BGHZ 63, 359, 361; 69, 266, 268; 74, 346, 348; Urt. v. 16. September 1988, V ZR 77/87, NJW-RR 1989, 198, 199; Urt. v. 14. März 2003, V ZR 278/01, NJW-RR 2003, 1136) bzw. die als zum Vertrag im inneren Zusammenhang stehend angesehen werden (BGH NJW 1998, 2354; MüKo-BGB/K/K § 311 BGB Rn. 50). In § 1 Abs. 3 S. 1 des Kaufvertrages haben A und B auch den Bauantrag sowie die diesem beigefügten Unterlagen und Pläne zum Vertragsgegenstand erhoben. Diese Bezugnahme Klausel zeigt, dass es sich bei diesen Unterlagen um maßgebliche Teile des Kaufvertrages und nicht lediglich um eine erläuternde Begleiterklärung handeln sollte. Aus den Plänen und Unterlagen ergibt sich der konkrete Inhalt und Umfang der von B beizubringenden Baugenehmigungen. Die Leistungspflicht des B bestimmt sich daher nicht nur durch den Vertragstext, sondern auch durch die mittelbaren vertraglichen Festlegungen in den Anlagen. Die Parteien haben hier im Wege einer "echten" Verweisung bewusst einen konstitutiven Teil der Vereinbarung aus der Urkunde heraus verlagert (BGH NJW 1998, 2354). Folglich waren auch der Bauantrag bzw. die Vertragsanlagen beurkundungsbedürftig und in die bei der Beurkundung aufzunehmende Niederschrift gemäß Paragraph §§ 8, 9 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG aufzunehmen. Diese Niederschrift musste den Beteiligten A und B nach § 13 Abs. 1 S. 1 1. Halbsatz BeurkG in Gegenwart des Notars von diesem grundsätzlich vorgelesen, sodann von den urkundsbeteiligten Parteien genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden. Eine Ausnahme besteht nach § 13 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz BeurkG nur für Kartenzeichnungen und Abbildungen, welche den Beteiligten nur zur Durchsicht vorgelegt werden müssen. Sind in diesen Textteile in Schriftform enthalten, so ist die Vorlage zur Durchsicht dann nicht ausreichend, wenn der Text über die bloße Erläuterung der Karte hinaus eine zusätzliche Erklärung im Rahmen des beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts beinhaltet; in

diesem Fall muss auch dieser Teil verlesen werden. Ein solcher Textteil sind die Baubeschreibung und die Nutz- und Wohnflächenberechnung, weil ihnen ein eigenständiger Aussagegehalt zuteilwird.  
*Anm.:* Es bedarf insoweit nicht zwingend eines Eingehens auf die Vorschriften des BeurkG.

#### 2.2 Wirksamer Verzicht?

Fraglich ist, ob A und B diese Verpflichtung des Notars zur Beurkundung durch die Vereinbarungen in § 1 Abs. 3 S. 2 wirksam ausgeschlossen haben. Die Parteien haben nämlich dort ausdrücklich auf die Verlesung der Dokumente verzichtet. Unter Berücksichtigung der Funktion des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB, die Parteien auf die Bedeutung des Geschäfts hinzuweisen und vor dem Eingehen übereilter Verpflichtungen oder zu unüberlegten Bedingungen zu schützen - also unter Berücksichtigung der Warnfunktion-, ergibt sich die überragende Bedeutung des Beurkundungserfordernisses. Sie kann nicht im Wege der Parteivereinbarung aufgehoben werden. Folglich konnten die Parteien der Vereinbarung sich dem Formzwang nicht entziehen. Die fehlende Verlesung der in Bezug genommenen Unterlagen stellt daher einen Formmangel nach §§ 311 b, 128 BGB dar. Daher ist der Kaufvertrag nach § 125 S. 1 BGB nichtig.

Ist aber der Kaufvertrag nichtig, steht dem B die titulierte Kaufpreisforderung nicht zu.

ZWISCHENERGEBNIS: Auf die Vollstreckungsabwehrklage des A hat das angerufene Landgericht Marburg die Zwangsvollstreckung des B aus der notariellen Urkunde des N für unzulässig zu erklären.

### B. EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ

Angesichts der angedrohten Vollstreckung besteht ein dringendes Bedürfnis des A, vor dem drohenden Vollstreckungszugriff vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache geschützt zu werden. Die Vollstreckungsabwehrklage ist daher bei pflichtgemäßer anwaltlicher Beratung mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach §§ 795, 767, 769 ZPO zu verbinden. Der Antrag müsste dahin lauten, dass bis zum Erlass des Urteils über die von A in seiner Vollstreckungsabwehrklage bezeichnete Einwendung die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werde.

### C. MATERIELLE RECHTSLAGE

Nach der Aufgabenstellung muss sich die Bearbeitung in einem zweiten Teil entsprechend dem formulierten Interesse des A mit der materiellen Rechtslage befassen. Insoweit sind die wechselseitigen Ansprüche des A gegen B und umgekehrt zu untersuchen.

#### I. Ansprüche des A gegen B

1. Es kommt zunächst ein Anspruch des A gegen B auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht (condictio indebiti).

(a) Dazu müsste B „etwas“ erlangt haben.

Dieses „Etwas“ kann jede Verbesserung der Vermögenssituation sein, wobei der Begriff Vermögen großzügig zu begreifen und nicht nur als Vermögenswert zu verstehen ist. Erlangt ist etwas dann, wenn es sich aufgrund des Bereicherungsvorgangs im Vermögen des Bereicherten manifestiert und dadurch eine Verbesserung von dessen Vermögenslage eingetreten ist.

A hat auf Veranlassung des B 200.000 € an die X-Bank gezahlt. B hat also in Gestalt der Befreiung von einer Verbindlichkeit etwas erlangt, zudem sind die Zinszahlungen auf das Darlehen entfallen.

(b) B müsste das Erlangte durch Leistung, also durch bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens erlangt haben. A's Zahlung hatte den Zweck, damit die teilweise Tilgung seiner vermeintlichen- kaufvertraglichen Verpflichtung herbeizuführen. Eine Leistung liegt also vor.

(c) Rechtsgrund?

Schließlich müsste die Leistung ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Ob man dazu allein auf das Bestehen des Rechtsverhältnisses, auf das sich die Leistung bezieht, abstellt (sog. objektive Rechtsgrundtheorie) oder als Rechtsgrund den mit der Leistung von den Parteien verfolgten Zweck

ansieht (sog. subjektive Rechtsgrundtheorie), kann dahinstehen. Da der Kaufvertrag nach § 125 S. 1 BGB nichtig ist, fehlt nach beiden Theorien der rechtliche Grund.

Als Rechtsfolge ist B zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Da die Befreiung des B von einer Verbindlichkeit nicht herausgabefähig ist, schuldet B Wertersatz im Sinne des § 818 Abs. 2 BGB in Höhe von 200.000 €.

## 2. Anspruch auf Erstattung des Zinsverlustes

Hier gilt hinsichtlich des Anspruchsgrundes vorstehende Lösung entsprechend.

Nach § 818 Abs. 1 BGB erstreckt sich die Verpflichtung zur Herausgabe auch auf Nutzungen. Dabei sind allerdings nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen herauszugeben. Gemäß § 100 BGB sind Nutzungen die Früchte einer Sache oder eines Rechts (§ 99 BGB) sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt. Die Nutzungen von Geld bestehen typischerweise in den erlangten Zinsen. B hat die erhaltene Anzahlung jedoch zur Tilgung des ihm gewährten Darlehens der X-Bank verwendet. Fraglich ist daher, ob sich die bereicherungsrechtliche Herausgabeverpflichtung auch auf eine Ersparnis (hier: weiterer Darlehenszinsen) erstreckt. Dagegen spricht der Wortlaut des § 100 BGB, der von dem "Gebrauch" der Sache oder des Rechts spricht. Eine Zinsersparnis, die aufgrund einer Schuldentilgung entsteht, wird streng genommen jedoch nicht durch den Gebrauch, sondern durch den Verbrauch des Geldes erzielt. Allerdings lässt es sich kaum rechtfertigen, denjenigen Bereicherungsschuldner, der mit Hilfe des erlangten Geldes eine Verbindlichkeit tilgt, besser zu behandeln als denjenigen, der das Geld anlegt, zumal die ersparten Passivzinsen typischerweise höher liegen als die erwirtschafteten Aktivzinsen. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise führt demnach zu einem Herausgabeanspruch auch bezüglich ersparter Darlehenszinsen. Die am reinen Wortlaut orientierte Unterscheidung zwischen Gebrauch und Verbrauch ist bereits deshalb angreifbar, weil Geld letztlich nur durch Ausgeben gebraucht werden kann. Außerdem kann diese Differenzierung die wirtschaftlichen Aspekte nicht angemessen berücksichtigen, zumal der Konditionsschuldner durch die Darlehenstilgung auch die Befreiung von den ansonsten weiterlaufenden Zinsverbindlichkeiten erlangt. Daher sind ersparte Zinsaufwendungen den tatsächlich gezogenen Kreditzinsen gleichzustellen. B hat somit auch die ersparten Zinsen in Höhe von 10.000 € an A herauszugeben.

## 3. Anspruch hinsichtlich der Kosten der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch

3.1 Ein diesbezüglicher Schadensersatzanspruch könnte sich ergeben aus § 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 2 BGB (c. i. c.).

Dazu müsste zunächst ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien vorliegen. Ein solches kann nach § 311 Abs. 2 BGB bereits in einem vorvertraglichen Stadium gegeben sein, etwa durch die Anbahnung eines Vertrages oder konkreter durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen. Insoweit müsste jedoch B eine Pflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB verletzt haben. Hier kommt allein die Herbeiführung der Unwirksamkeit des Kaufvertrages in Betracht. Die Beachtung der gesetzlichen Beurkundungsform und die bei Nichtbeachtung daraus folgende Nichtigkeit des Vertrages gehören jedoch zum Risikobereich beider Vertragsteile (BGH NJW 1992, 1037, 1039). Hier haben die Parteien aufgrund falscher Beratung durch den Notar übereinstimmend auf die Verlesung verzichtet. Also haben beide gemeinschaftlich die Nichtigkeit des Kaufvertrages herbeigeführt. Es fehlt an einer Pflichtverletzung des B.

3.2 Als bereicherungsrechtliche Anspruchsgrundlage kämen lediglich §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 987 ff BGB in Betracht. Allerdings liegen weder die Voraussetzungen des §§ 818 Abs. 4 BGB (Rechtshängigkeit) noch des § 819 Abs. 1 BGB (Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit des Empfangs) vor. Somit kommt es nicht zur Haftungsverschärfung des B.

**ZWISCHENERGEBNIS:** Dem A steht ein Anspruch gegen B auf Rückzahlung von 200.000 € und auf 10.000 € Zinsverlust aus § 812 Abs. 1 S.1 1. Alternative, 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zu. Dagegen besteht kein Anspruch hinsichtlich der Eintragungskosten.

## II. Ansprüche des B gegen A

1. Dem B könnte gegen A ein Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung analog § 894 BGB zustehen.

Voraussetzung hierfür ist, dass der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechts an dem Grundstück mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht, der B durch die Eintragung beeinträchtigt ist und ein Recht des A durch die Berichtigung betroffen wäre.

(a) § 894 BGB findet nicht unmittelbar Anwendung, da die Vormerkung kein dingliches Recht ist. Sie stellt aber ein besonders geartetes Sicherungsmittel dar, welches dem durch sie geschützten schuldrechtlichen Anspruch – hier auf Übertragung des Eigentums – in beträchtlichem Umfang dingliche Wirkungen im Sinne einer dinglichen Gebundenheit des Grundstücks verleiht (BGHZ 60, 46, 49). Sie bewirkt die relative Unwirksamkeit von später eingetragenen Grundstücksrechten (§ 883 Abs. 2 BGB) und wirkt rangwährend (§ 883 Abs. 3 BGB). Somit ist die Interessenlage bei einer zu Unrecht eingetragenen Vormerkung mit derjenigen eines zu Unrecht eingetragenen Rechts i.S. von § 894 BGB vergleichbar. Folglich kann die Vormerkung den in § 894 BGB genannten Rechten gleichgestellt und die Norm analog angewandt werden.

(b) Der Inhalt des Grundbuchs steht mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang, wenn A keinen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks hat. Besteht nämlich der zu sichernde Anspruch nicht, entsteht auch die Vormerkung wegen der ihr eigentümlichen Akzessorietät nicht (BGH NJW 2000, 805ff). Da A wegen der Nichtigkeit des Kaufvertrages keinen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks gegen B hat, ist die Vormerkung zu Unrecht ins Grundbuch eingetragen worden. Das Grundbuch ist unrichtig. Durch diese Eintragung wird die Eigentümerstellung des B beeinträchtigt. B kann daher von A die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung analog § 894 BGB verlangen.

2. Daneben könnte ihm ein Anspruch gegen A auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung auch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB zustehen.

Das wäre dann der Fall, wenn A die Auflassungsvormerkung durch Leistung des B ohne rechtlichen Grund erlangt hätte.

A hat durch die Eintragung der Vormerkung eine Rechtsposition und damit ein „etwas“ im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 1 BGB erlangt. Dies erfolgte auf Grund der im Vertrag begründeten Leistungspflicht des B; A ist also durch bewusste und zweckgerichtete Vermehrung seines Vermögens, also durch Leistung des B bereichert. Wegen der Formnichtigkeit des Kaufvertrages fehlte hierfür der rechtliche Grund. A ist damit zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Die Vormerkung kann durch Zustimmung zur Löschung herausgegeben werden, so dass A (auch) gem. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB zur Zustimmung zur Grundbuchberichtigung verpflichtet ist (sog. schuldrechtlicher Berichtigungsanspruch).

## III. Durchsetzbarkeit

A und B steht jeweils ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB zu, weil sie wechselseitig aus demselben rechtlichen Verhältnis fällige Ansprüche haben. Um die Konnexität zu bejahen, genügt es, dass den Ansprüchen ein zusammenhängendes einheitliches Lebensverhältnis zu Grunde liegt (BGH NJW 1991, 2645 f.). Im Zuge der Erfüllung des Kaufvertrages hat einerseits A eine Anzahlung in Höhe von 200.000 € getätigt und für ihn wurde eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen, bezogen auf die dem B ein Löschungsanspruch zusteht. Konnexität der Rückabwicklungsansprüche ist also gegeben.

B kann von A die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung analog § 894 BGB nur Zug um Zug (§§ 273 Abs. 1, 274 Abs. 1 BGB) gegen Rückzahlung der Anzahlung in Höhe von 200.000 € sowie Ersatz des Zinsverlustes in Höhe von 10.000 € verlangen.

Für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gilt entsprechendes. Da die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge in den §§ 812 ff BGB keine eigenständige Regelung erfahren hat, geht die so genannte Zweikondiktionentheorie davon aus, dass jeder Vertragspartner einen eigenen selbstständigen Anspruch auf Rückgewähr des jeweils Geleisteten hat. Die beiden Ansprüche können durch das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB verknüpft werden.

Im Gegensatz dazu will die so genannte Saldotheorie beide Konditionen in ihrem rechtlichen Schicksal und nicht bloß in der Geltendmachung miteinander verbinden. Danach soll eine Saldierung der wechselseitig geschuldeten Leistungen stattfinden, wenn diese gleichartig sind. Bei ungleichartigen Leistungen soll der Bereicherungsgläubiger die Rückgewähr Zug um Zug anbieten müssen. Vorliegend stehen sich ein Grundbuchberichtigungsanspruch und ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegenüber. Damit handelt sich um ungleichartige Leistungen, womit auch die Saldotheorie zu einer Rückabwicklung Zug um Zug gelangt.

B kann somit von A auch die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung nach § 812 BGB nur Zug um Zug gegen Rückzahlung von 200.000 € sowie Ersatz der Kreditzinsen verlangen.

IV. Teilweiser Wegfall der Bereicherung?

Es bleibt noch zu prüfen, ob sich A gegenüber dem schuldrechtlichen Grundbuchberichtigungsanspruch des B darauf berufen kann, dass ihm Kosten in Höhe von 500 € für die Eintragung der Vormerkung entstanden sind.

In Betracht kommt der Entreichungseinwand des § 818 Abs. 3 BGB. Danach ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ausgeschlossen, wenn der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Es bedarf keiner eigenen Anspruchsgrundlage. Die Herausgabe des Erlangten bzw. die Leistung von Wertersatz kann schlicht verweigert werden, soweit dem Bereicherungsschuldner nicht die ihm entstandenen Vermögensnachteile ausgeglichen werden. Ist der Bereicherungsanspruch wie vorliegend nicht auf Geldzahlung gerichtet, kann der Bereicherungsgläubiger die Herausgabe des Erlangten, also die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung, nur Zug um Zug gegen Zahlung derjenigen Beträge verlangen, die zum Wegfall der Bereicherung im Sinne von § 818 Abs. 3 BGB geführt haben. Fraglich ist allerdings, ob die Voraussetzungen für den Entreichungseinwand gegeben sind. Der Wortlaut des § 818 Abs. 3 BGB scheint dem Bereicherungsschuldner die Möglichkeit zu geben, einen umfassenden Einwand zu erheben, da die Rückforderung ausgeschlossen ist, soweit keine Bereicherung mehr vorliegt. Daraus wurde von der früheren Rechtsprechung als oberster Grundsatz des Bereicherungsrechts entwickelt, dass die Herausgabepflicht des Schuldners nicht zu einer Vermögensminderung über den Betrag seiner wirklichen, noch vorhandenen Bereicherung hinausführen dürfe (BGH NJW 1971, 609 f). Der Bereicherungsschuldner konnte somit alle Nachteile bereicherungsmindernd geltend machen, die in einem ursächlichen Zusammenhang mit dem rechtsgrundlosen Erwerb standen. Da die Kosten für die Eintragung der Vormerkung ohne die Bewilligung einer solchen gar nicht erst angefallen wären, könnte sie A nach § 818 Abs. 3 danach dem schuldrechtlichen Grundbuchberichtigungsanspruch des B entgegenhalten.

Allerdings ist diese Sichtweise inzwischen überholt. Nach der neueren Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass es immer einer Einzelfallentscheidung bedarf, inwieweit das Entreichungsrisiko nach den Vorschriften des fehlgeschlagenen Geschäfts oder nach dem Willen der Vertragsschließenden jeweils der einen oder anderen Partei zugewiesen sein soll (BGH NJW 1992, 1037). Letztlich geht es um Billigkeitsgesichtspunkte (BGHZ 146, 298, 307). Danach könnten die Kosten für die zu Gunsten des A eingetragene Auflassungsvormerkung als seinem eigenen Interesse zugehörig angesehen werden, da sie ausschließlich zur Sicherung seines vermeintlichen Auflassungsanspruchs aufgewendet wurden. Demnach könnte sich A nicht auf Entreichung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen. Im Ergebnis würden der dingliche Grundbuchberichtigungsanspruch analog § 894 BGB und der schuldrechtliche Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt BGB damit zum gleichen Ergebnis führen.

In der Literatur werden unterschiedliche Ansätze vertreten. Zum einen wird § 818 Abs. 3 BGB als Vertrauensschutznorm begriffen, so dass abzugsfähig nur diejenigen Vermögensposten wären, die gerade darauf beruhen, dass der Bereicherungsschuldner im Vertrauen auf die Beständigkeit seines Erwerbs Dispositionen getroffen hat. Vorliegend wären dem A damit die Grundbuchkosten zu ersetzen. Nach anderer Auffassung sollen die Kosten für die Eintragung der Vormerkung nicht abzugsfähig sein. Zur Begründung wird angeführt, dass eine aufgrund der Akzessorietät nicht

bestehende Vormerkung analog § 894 BGB zu beseitigen sei. Da einem solchen Anspruch jedoch die Grundbuchkosten nicht entgegengehalten werden können, dürften sie auch im Rahmen des schuldrechtlichen Berichtigungsanspruchs nicht berücksichtigt werden.

#### GESAMTERGEBNIS:

B kann von A die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung sowohl analog § 894 BGB als auch nach § 812 BGB verlangen. Beide Ansprüche können nur Zug um Zug gegen Rückzahlung von 200.000 € sowie Ersatz entgangener Kreditzinsen in Höhe von 10.000 € geltend gemacht werden. Ersatz für die Kosten der Vormerkung kann A von B unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt verlangen.

#### D. ERGÄNZUNGSFRAGE

A und /oder B kann gegen N ein Schadensersatzanspruch auf der Grundlage von § 19 Abs. 1 BNotO zu stehen. Das setzt voraus, dass der Notar vorsätzlich oder fahrlässig eine ihm gegenüber den urkundsbeteiligten Parteien obliegende Amtspflicht verletzt hat. Eine zentrale Amtspflicht eines Notars besteht darin, hinsichtlich beurkundungsbedürftiger Geschäfte die Beurkundungsvorschriften zu beachten, um auf diese Weise im Interesse der Parteien eine wirksame vertragliche Verpflichtung zu begründen. Vorliegend hat der Notar diese Pflicht verletzt. Sofern den Parteien deshalb ein Schaden erwächst, den sie anderweitig nicht ersetzt verlangen können, haftet der Notar auf Schadensersatz.

#### Fall 33:

Der Beklagte betreibt aus einem mit Urteil titulierten Zahlungsanspruch die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner R. Er hat durch den GV bei R einen bestimmten PKW sowie einen bestimmten PC nebst Drucker gepfändet. Der Kläger behauptet, er sei Eigentümer der Gegenstände. Den PKW habe er von R für 40.000,- € am Vortag der Pfändung gekauft. Das Fahrzeug sei zwar noch auf dem Grundstück des R verblieben, der Kläger habe das Fahrzeug jedoch jederzeit wegfahren können. Der gepfändete PC nebst Drucker sei dem Kläger von R bereits vor 6 Monaten sicherungsübereignet zur Sicherung einer Handwerkerrechnung über 4.000,- €. Da der Schuldner den PC jedoch für die Buchführung noch benötigt habe, sei vereinbart worden, den PC zunächst noch in den Geschäftsräumen des R zu belassen. Am 31.07.2004 habe der Kläger von der Pfändung erfahren. Mit Schreiben vom 05.08. habe er den Prozessbevollmächtigten des Beklagten vergeblich zur Freigabe der Gegenstände aufgefordert. Wird die Klage Erfolg haben?

*Lösung: Statthafte Drittwiderspruchsklage gem. § 771 Abs. 1 ZPO; Zuständigkeit ist nach §§ 771,802 ZPO ausschließliche; Zuständigkeit des Landgerichts nach §§ 23 Nr. 1,71 Abs. 1 GVG, 6 ZPO; Rechtsschutzbedürfnis vorhanden, da Zwangsvollstreckung bereits begonnen und noch nicht beendet. Drittwiderspruchsklage ist begründet, wenn dem Kläger ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht. Zu prüfen zunächst Eigentumsverhältnisse am Fahrzeug; hier Problem: Übergabemodalitäten. Hinsichtlich Computer und Drucker Problem: begründet Sicherungseigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht i.S. von § 771 ZPO?*