

---

**Lösung: Alles schief gegangen**

## **Lösungsvorschlag**

### **A. Gutachten**

Fraglich ist, ob die vom Mandanten erhobene Klage zulässig und begründet ist.

#### **I. Prozessstation**

##### **1. Rechtsschutzinteresse**

Der Klage des Mandanten könnte das Rechtsschutzinteresse fehlen, was insbesondere der Fall ist, wenn der Kläger bereits für den Anspruch einen vollstreckbaren Titel besitzt. Der Prozessvergleich stellt grundsätzlich einen Titel nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO dar.

Allerdings ist der Prozessvergleich unter Verletzung zwingender Formvorschriften zustande gekommen, denn nach § 162 Abs. 1 S. 1 ZPO ist ein Prozessvergleich gemäß § 160 Abs. 1 Nr. 1 ZPO den Beteiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. Ist der Inhalt des Protokolls wie vorliegend nur vorübergehend auf einem Tonträger aufgezeichnet worden, so genügt es, wenn die Aufzeichnungen abgespielt werden gemäß § 162 Abs. 1 S. 2 ZPO. Im Protokoll muss nach § 162 Abs. 1 S. 3 ZPO vermerkt werden, dass dies geschehen und die Genehmigung erteilt ist.

Der am 10.04.2010 protokollierte Vergleich ist den Parteien allerdings nicht nochmals vorgespielt worden. Für diese Feststellung reicht allein schon der Umstand, dass diese Handlung nicht im Protokoll vermerkt ist, denn als Beweis für die Einhaltung der Förmlichkeiten ist allein das Protokoll maßgeblich, § 165 S. 1 ZPO.

Die Tatsache, dass die Parteien dem Gericht einen bereits abgeschlossenen Vergleich übergeben haben, führt ebenfalls nicht zu einer ordnungsgemäßen Protokollierung, weil entgegen § 160 Abs. 5 ZPO das übergebene Schriftstück nicht

---

dem Protokoll als Anlage beigelegt wurde. Laut Protokoll wurde der schriftliche Vergleich wieder zurückgegeben, was nach § 165 S. 1 ZPO bewiesen ist.

Verstöße gegen Formvorschriften führen zwingend zur Nichtigkeit des Protokolls, so dass der Prozessvergleich formnichtig ist; das Rechtsschutzinteresse für die Klage besteht daher.

Allerdings muss im Falle der Nichtigkeit eines Vergleiches der ursprüngliche Rechtsstreit vor dem Prozessgericht weitergeführt werden. Der Anspruch auf die Gartenplanungs- und Rodungsleistungen war im Prozess über die Sitzgruppe jedoch gar nicht streitgegenständlich, sondern wurde auf Anraten des Gerichts lediglich mitprotokolliert. Die Fortsetzung des Verfahrens betrifft nur die ursprünglich rechtshängigen Streitgegenstände, nicht aber die prozessfremden Gegenstände, die in den Vergleich mit einbezogen worden sind, so dass neu geklagt werden muss.

## **2. Zuständiges Gericht**

Das Amtsgericht Kiel ist zuständig für die erhobene Klage, was nach §§ 23, 71 GVG und § 12 ZPO unproblematisch der Fall ist. Selbst wenn der ursprüngliche Rechtsstreit fortgesetzt werden müsste, wäre auch die Zuständigkeit des Amtsgerichts Kiel begründet, dann allerdings nach § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO.

Somit ist das Amtsgericht Kiel für die neu erhobene Klage zuständig.

## **II. Klägerstation**

Zu prüfen ist, ob der Mandant in seiner Klage einen Anspruch auf Zahlung von 1.800,00 € gegen den Beklagten schlüssig vorgetragen hat.

### **1. Anspruch entstanden**

Der Mandant könnte einen Anspruch auf Zahlung von 1.800,00 € aus § 779 BGB aus dem mit dem Beklagten geschlossenen Vergleich haben; in diesem Falle käme es auf den ursprünglichen Vertrag über die Gartenplanungs- und Rodungsleistungen nicht maßgeblich an. Zwar stellt der materiell-rechtliche Vergleich nach § 779 BGB

---

keine Novation des Rechtsgrundes dar, er schafft jedoch für den ursprünglichen Rechtsgrund eine neue Rechtsgrundlage.

Die Parteien haben sich außerprozessual über ein gegenseitiges Nachgeben im Sinne des § 779 BGB auf einen Betrag von 1.800,00 € geeinigt, denn ursprünglich hat der Mandant 2.045,00 € geltend gemacht und der Beklagte wollte gar nicht zahlen.

Fraglich ist jedoch, ob die fehlerhafte Beurkundung des Prozessvergleichs und dessen Nichtigkeit auch zur Nichtigkeit des materiellen Vergleichs führt.

Ein Prozessvergleich hat eine Doppelnatur; einerseits stellt er eine den Rechtsstreit unmittelbar beendende Prozesshandlung dar, deren Wirksamkeit sich nach den Grundsätzen des Verfahrensrechts bestimmt, andererseits ein privates Rechtsgeschäft, für das die Regeln des materiellen Rechts gelten. Die Unwirksamkeit eines Prozessvergleichs aus prozessrechtlichen Gründen führt nach § 139 BGB analog nicht ohne weiteres zur Ungültigkeit der materiell-rechtlichen Vereinbarung. Der Prozessvergleich kann vielmehr im Wege der Auslegung/Umdeutung gemäß § 140 BGB als formfreier außergerichtlicher Vergleich im Sinne des § 779 BGB aufrechterhalten werden, wenn das dem hypothetischen Parteiwillen entspricht.

Im Regelfall führt die Formnichtigkeit eines Prozessvergleichs gleichzeitig zur Nichtigkeit des materiell-rechtlichen Vergleichs, da beide Handlungen gleichzeitig erfolgen im Rahmen der gerichtlichen Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO und damit untrennbar miteinander verbunden sind aufgrund der aktuellen Situation, innerhalb einer begrenzten Zeit eine einvernehmliche Lösung zur Prozessbeendigung zu finden.

Die Ermittlung dieses Willens führt jedoch im vorliegenden untypischen Fall dazu, dass die materiell-rechtliche Abrede auch im Fall der prozessualen Formnichtigkeit Bestand hat. Die Parteien hatten die gütliche Vereinbarung bereits infolge außergerichtlicher Verhandlungen endgültig getroffen, ohne ursprünglich eine gerichtliche Protokollierung der Vereinbarung in Betracht gezogen zu haben. Ihnen

---

kam es daher weniger auf die Form der Vereinbarung und die damit verbundene Titulierung nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an, sondern vielmehr darauf, eine verbindliche materiell-rechtliche Regelung zu treffen zur Vermeidung eines weiteren Rechtsstreits. Den Entschluss, diese Regelung durch einen Prozessvergleich in dem Verfahren vor dem Amtsgericht Kiel zu fixieren, fassten die Parteien erst auf das Anraten des Gerichts. Der Anspruch des Mandanten ergibt sich daher aus § 779 BGB.

## **2. Anspruch erloschen, undurchsetzbar**

Gründe für ein Erlöschen oder ein Undurchsetzbarkeit sind vom Kläger nicht vorgetragen worden. Der Kläger hat damit den Anspruch auf Zahlung der 1.800,00 € schlüssig vorgetragen.

## **III. Beklagtenstation**

Das gesamte tatsächliche Vorbringen der Parteien ist unstrittig, so dass mangels streitigen Tatsachenvortrages des Beklagten keine Erheblichkeit gegeben ist.

## **IV. Hilfsaufrechnungsstation**

Der Anspruch des Mandanten könnte durch die im Prozess erklärte Hilfsaufrechnung des Beklagten gemäß § 389 BGB erloschen sein.

### **1. Eintritt der innerprozessualen Bedingung**

Die "vorsorglich" erklärte Aufrechnung steht nach dem Beklagtenvortrag unter der Bedingung, dass die Klage vom Gericht als zulässig und begründet angesehen wird. Diese reine innerprozessuale Bedingung ist im Hinblick auf die grundsätzlich gegebene Bedingungsfeindlichkeit von Prozesshandlungen unschädlich, weil sie allein auf der Einschätzung des Gerichts aufbaut. Die Bedingung ist eingetreten, weil die Klage aufgrund der vorstehenden Ausführungen tatsächlich zulässig und begründet ist.

### **2. Gleichartiger Gegenanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 Abs. 1 BGB**

---

Der Beklagte müsste einen gleichartigen, also ebenfalls auf Zahlung gerichteten Anspruch gegen den Kläger haben.

Nach dem unbestrittenen Vortrag des Beklagten kommt ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 Abs. 1 BGB in Betracht, weil der Mandant die für den Beklagten gefertigten Holzwichtel an einen Dritten veräußert hat.

#### **a. Schuldverhältnis**

Die Parteien haben einen Werklieferungsvertrag nach §§ 651, 433 BGB geschlossen angesichts der Vereinbarung über die Lieferung neu herzustellender beweglicher Sachen.

Dieses Schuldverhältnis könnte jedoch über einen Aufhebungsvertrag nach §§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 1 BGB wieder erloschen sein. Dazu müssten sich die Parteien im Rahmen ihrer Verhandlungen über die "Freigabe" und den "Verzicht" über eine Vertragsauflösung geeinigt haben. Der Aufhebungsvertrag folgt den Grundsätzen über den Vertragsschluss nach §§ 145 ff BGB. Grundsätzlich waren sich die Parteien einig über eine Vertragsaufhebung, allerdings wurden mit jeder Annahmeerklärung Bedingungen gestellt im Hinblick auf eine Weiterveräußerung bzw. einem Verzicht auf Schadens- und Aufwendungsersatzansprüche. Die jeweiligen Erklärungen der Parteien stellen damit nach § 150 Abs. 2 BGB jeweils neue Angebote dar, verbunden mit einem neuen Antrag. Letztlich haben die Parteien keine Einigung gefunden, so dass auch kein Aufhebungsvertrag geschlossen worden ist.

#### **b. Pflichtverletzung**

Der Mandant müsste eine Pflicht aus dem Werklieferungsvertrag verletzt haben. Aus dem Vertrag hat der Mandant gemäß §§ 651, 433 Abs. 1 BGB die Verpflichtung, die vereinbarte Ware zu übergeben und zu übereignen. Durch die Veräußerung an

---

einen Dritten könnte er diese Pflicht verletzt haben, indem ihm die Übereignung nach § 275 Abs. 1 BGB subjektiv unmöglich geworden ist.

Diese Pflicht könnte jedoch durch einen Rücktritt des Mandanten nach § 323 Abs. 1 BGB erloschen sein. Der Rücktritt vom Vertrag führt grundsätzlich dazu, dass ein Rückgewährschuldverhältnis mit spiegelbildlich umgekehrten Leistungspflichten entsteht. Wenn jedoch – wie vorliegend – noch keine Leistungen ausgetauscht worden sind, so führt ein Rücktritt zum Erlöschen der Hauptleistungspflichten. Der Gesetzgeber hat diese Rechtsfolge offenkundig als selbstverständlich angesehen, dass er sie an keiner Stelle geregelt hat.

Fraglich ist, ob der Mandant wirksam einen Rücktritt vom Vertrag erklärt hat.

#### **aa. Gegenseitiger Vertrag**

Der Werklieferungsvertrag stellt einen gegenseitigen Vertrag dar.

#### **bb. Verletzung einer fälligen leistungsbezogenen Pflicht.**

Nach § 323 Abs. 1 BGB müsste der Beklagte eine leistungsbezogene Pflicht verletzt haben.

In Betracht kommt zunächst die Zahlungspflicht des Beklagten nach §§ 651, 433 Abs. 2 BGB. Der Beklagte wurde vom Kläger am 17.02.2010 zur Zahlung aufgefordert, eine solche erfolgte letztlich nicht.

Daneben bestand die Pflicht des Beklagten, die Sache gemäß §§ 651, 433 Abs. 2 BGB abzunehmen. Grundsätzlich stellt die Übernahme des Vertragsgegenstandes nur eine Obliegenheit dar, im Kauf- und Werkvertragsrecht ist die Abnahme indes als Pflicht normiert. Zwar stellt die Abnahme wohl keine Hauptleistungspflicht sondern eine leistungsbezogene Pflicht dar, obwohl die Formulierung des § 433 Abs. 2 BGB anders verstanden werden kann; für § 323 Abs. 1 BGB reicht indes eine leistungsbezogene Pflicht aus.

Seiner Abnahmepflicht, die nach §§ 322, 320 BGB Zug um Zug gegen Zahlung zu erfolgen hat, ist der Beklagte ebenfalls nicht nachgekommen.

Fällig waren die Pflichten nach § 271 BGB vereinbarungsgemäß ab Mitte Februar.

---

### **cc. Leistungsaufforderung mit angemessener erfolgloser Fristsetzung**

Der Mandant hat den Beklagten mit Schreiben vom 10.03.2010 zur Zahlung binnen zwei Wochen aufgefordert, ohne dass eine solche erfolgt ist. Eine Frist von zwei Wochen ist regelmäßig als angemessen anzusehen, so dass diese Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind.

### **dd. Rücktrittserklärung**

Der Mandant hat am 28.03.2010 den Rücktritt erklärt im Sinne des § 349 BGB und somit sein Gestaltungsrecht ausgeübt. Die Formulierung des Klägers, die "Abwicklung des Vertrags nicht mehr zu wollen", stellt nach verständiger Auslegung nach § 133 BGB eine Rücktrittserklärung dar, weil daraus eindeutig der Wille zu entnehmen ist, nicht mehr an der Vertragserfüllung interessiert zu sein. Das Wort "Rücktritt" braucht nicht wörtlich verwendet zu werden.

### **ee. Ergebnis**

Der Anspruch des Beklagten auf Übergabe und Übereignung der Wichtel ist durch den wirksamen Rücktritt des Klägers erloschen, so dass auch kein Schadensersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Übereignung in Betracht kommt.

### **3. Gegenanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB**

Ein Anspruch aus § 281 BGB scheidet schon an der Unmöglichkeit der Übereignung der hergestellten Wichtel; insofern stellt § 283 eine speziellere Regelung dar.

---

#### **4. Gegenanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB**

Ein Anspruch auf den "einfachen" Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB scheidet aus, da ein solcher Anspruch ausgeschlossen ist, wenn es sich um einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung handelt. § 280 BGB verweist in den Absätzen 2 und 3 auf weitere Ansprüche. Diese Verweisung ist so zu verstehen, dass neben den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB weitere besondere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Daraus folgt wiederum, dass unter Schäden, die im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen sind, nur solche zu verstehen sind, die nicht lediglich unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2, 286 BGB (Verzögerungsschäden) oder der §§ 280 Abs. 3, 281 ff BGB (Schadensersatz statt der Leistung) verlangt werden können. Anderenfalls würden die gesetzlich vorgesehenen weiteren Voraussetzungen umgangen werden.

Der Beklagte verlangt entgangenen Gewinn wegen Unmöglichkeit der Hauptleistungspflicht, der Übereignung der Wichtel. Der entgangene Gewinn wegen Unmöglichkeit stellt unstreitig einen Schadensersatz statt der Leistung dar. Die Hilfsaufrechnung führt damit nicht zu einem Erlöschen der Klageforderung.

Die Klage ist damit in voller Höhe begründet.

#### **B. Zweckmäßigkeitüberlegungen**

##### **I. Einspruchseinlegung**

Gegen ein "echtes" Versäumnisurteil im Sinne des § 330 ZPO ist der Einspruch gemäß § 338 ZPO der einzige statthafte Rechtsbehelf, wie sich aus §§ 514 Abs. 1 und 767 Abs. 2 a.E. ZPO ergibt.

Das Urteil des Amtsgerichts Kiel vom 22.07.2010 stellt ein solches "echtes" Versäumnisurteil dar und kein "unechtes", das zwar gegen die nicht erschienene klägerische Partei, aber ohne Rücksicht auf ihre Säumnis ergeht, sondern aufgrund einer Unzulässigkeit oder Unschlüssigkeit der Klage.



---

Die Bezeichnung allein als "Versäumnisurteil" reicht nicht aus, um sicher von einem echten Versäumnisurteil ausgehen zu dürfen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass das Urteil nach § 313 b Abs. 1 ZPO keinen Tatbestand und keine Entscheidungsgründe hat und offenbar einen Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung und Abwendungsbefugnis nach § 708 Nr. 2 ZPO hat. Außerdem hat der Richter ausweislich des Sitzungsprotokolls die Klage für zulässig und schlüssig gehalten und gerade auf die Säumnis des Klägers abgestellt. Dass der Kläger fehlerhaft zum Termin am 22.08.2010 und nicht zum 22.07.2010 geladen wurde und somit gemäß § 335 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ein Versäumnisurteil mangels Säumnis nicht hätte ergehen dürfen, ist für die Statthaftigkeit ohne Belang. Denn auch ein gesetzeswidrig ergangenes erstes Versäumnisurteil kann nur mit dem Einspruch beseitigt werden.

## **II. Einspruchsfrist**

Fraglich ist, ob der Einspruch noch fristgerecht eingelegt werden kann. Die Einspruchsfrist beträgt nach § 339 Abs. 1 ZPO zwei Wochen; sie ist eine Notfrist im Sinne des § 224 Abs. 1 ZPO und beginnt mit der wirksamen Zustellung des Versäumnisurteils.

### **1. Wirksame Zustellung des Versäumnisurteils**

Das Versäumnisurteil vom 22.07.2010 müsste dem Mandanten wirksam durch Einlegen in den Briefkasten gemäß § 180 ZPO zugestellt worden sein. Dies ist bewiesen durch die in den Gerichtsakten befindliche Postzustellungsurkunde vom 24.07.2010, die nach §§ 418 Abs. 1, 182 Abs. 1 S. 2 ZPO als öffentliche Urkunde den vollen Beweis für die in ihr bezeugten Tatsachen erbringt, unabhängig davon, ob eine Privatperson oder ein Hoheitsträger die Zustellung vollzieht. Die Wirksamkeit der Ersatzzustellung nach § 180 ZPO setzt zudem voraus, dass zuvor die Zustellung an den Zustellungsadressaten vergeblich in seiner Wohnung und ersatzweise nach §§ 178, 180 ZPO versucht wurde. Auch dieser Umstand ist in der Postzustellungsurkunde enthalten und damit bewiesen. Eine Ersatzzustellung wäre nichtig, wenn eine persönliche Zustellung an den Adressaten möglich gewesen

---

wäre. Eine wirksame Zustellung des Versäumnisurteils ist demnach am Samstag, den 24.07.2010 erfolgt.

## **2. Ablauf der Einspruchsfrist**

Der Zustellungstag zählt nach §§ 222 Abs. 1 ZPO, 187 Abs. 1 BGB als Ereignistag bei der Fristberechnung nicht mit. Der Fristablauf liegt nach § 222 Abs. 2 ZPO am Montag, den 09.08.2010, da der eigentliche Fristablauf am Samstag, den 07.08.2010 auf den nächsten Werktag verschoben wird. Als der Mandant am 11.08.2010 in der Kanzlei erscheint, ist die Frist daher schon verstrichen.

## **3. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**

Angesichts der Versäumung der Einspruchsfrist kommt ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß §§ 233 ff ZPO in Betracht, der bei positiver gerichtlicher Entscheidung dazu führen würde, dass die versäumte und nachgeholte Prozesshandlung als rechtszeitig fingiert wird.

Der Mandant müsste ohne sein Verschulden verhindert gewesen sein, die für den Einspruch laufende Notfrist des § 339 Abs. 1 ZPO einzuhalten, da dieser das Versäumnisurteil nach eigenen Angaben nicht erhalten hat. Zwar erbringt die Postzustellungsurkunde vollen Beweis dafür, dass das Schriftstück in den Briefkasten eingelegt worden ist, sie beweist jedoch nicht, dass der Mandant das Schriftstück auch tatsächlich erhalten hat. Der Mandant müsste durch die regelmäßige Kontrolle der eingehenden Post die üblichen, für den Zugang von Postsendungen erforderlichen Vorkehrungen getroffen haben. Das Unterlassen weitergehender Maßnahmen dürfte dem Mandanten nicht vorzuwerfen sein, da Umstände, die zu einer erhöhten Sorgfalt Anlass gegeben hätten, nicht ersichtlich waren. Insbesondere musste der Mandant aufgrund der fehlerhaften Ladung zum 22.08.2010 nicht mit der Zustellung einer gerichtlichen Entscheidung rechnen; zudem ist es nach Auskunft der Polizei in der Wohngegend des Mandanten erstmalig zu Postdiebstählen gekommen; so dass der Mandant auch diesbezüglich keine Vorkehrungen treffen musste.

---

Vor diesem Hintergrund erscheint es ausreichend, dass der Mandant seine zuverlässige Nachbarin mit dem Leeren des Briefkastens beauftragt hat. Ein Verschulden des Mandanten hinsichtlich des Abhandenkommens des Versäumnisurteils ist daher nicht ersichtlich. Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist gemäß § 237 ZPO beim Amtsgericht Kiel einzureichen und zwar binnen zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses gemäß § 234 Abs. 1 und 2 ZPO. Der Mandant hat das Hindernis, die Unkenntnis vom Versäumnisurteil, am 10.08.2010 beseitigt, indem er das Versäumnisurteil vom Amtsgericht in Kopie ausgehändigt bekommen hat. Die Antragsfrist läuft damit am 24.08.2010 um 24.00 Uhr ab. Nach § 236 Abs. 2 S. 2 ZPO ist in dieser Frist auch die versäumte Prozesshandlung, also die Einspruchseinlegung nachzuholen. Diese Frist ist vom Anwalt zu notieren.

#### **4. Inhalt des Wiedereinsetzungsschriftsatzes**

Der Wiedereinsetzungsantrag muss die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten, die zudem nach §§ 236 Abs. 2 S. 1, 294 ZPO glaubhaft zu machen sind. Die Glaubhaftmachung kann gemäß § 294 Abs. 1 ZPO durch Versicherungen an Eides Statt erfolgen, die ggf. bei dem Mandanten und seiner Ehefrau sowie der Nachbarin Frau Gertrude Hinrichs angefordert werden müssen. Zudem kann, wenn das Gericht Zweifel hat, eine dienstliche Auskunft über die Postdiebstähle in der Nacht vom 24. auf den 25.08.2020 von der Polizeidirektion Kiel eingeholt werden.

Nach §§ 236 Abs. 1, 340 ZPO richtet sich die Form des Antrages nach den des Einspruchs. Daher bietet es sich an, bereits in dem Wiedereinsetzungsschriftsatz die versäumte Prozesshandlung, den Einspruch, nachzuholen.

#### **5. Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung**

Da das Versäumnisurteil mangels ordnungsgemäßer Ladung zum Termin am 22.07.2010 nicht in gesetzlicher Weise ergangen ist und der Beklagte die Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil gegenüber dem Mandanten bereits angedroht hat, bietet sich außerdem ein Antrag auf einstweilige Einstellung der

---

Zwangsvollstreckung gemäß §§ 707, 719 Abs. 1 ZPO an, und zwar ausnahmsweise ohne Sicherheitsleistung nach § 719 Abs. 1 S. 2 ZPO.

## **6. Kosten der Säumnis**

Das Gericht ist außerdem darauf hinzuweisen, dass nach § 344 ZPO die Säumniskosten nicht dem Mandanten auferlegt werden dürfen, weil das Versäumnisurteil nicht in gesetzlicher Weise ergangen ist. Zwar hat das Gericht die Kostenentscheidung gemäß § 308 Abs. 2 ZPO auch ohne Antrag von Amts wegen zu treffen, allerdings sind Kostenentscheidung gemäß § 99 ZPO nicht gesondert anfechtbar, so dass bereits im Vorfeld der Entscheidung einer Fehlentscheidung des Gerichts vorgebeugt werden sollte.

## **7. Rechtsanwaltskosten/Gerichtsgebühren**

Der Mandant ist auf die Kostenfolge zu seinen Lasten nach § 238 Abs. 4 ZPO bezüglich des Wiedereinsetzungsantrages hinzuweisen, auch wenn der Antrag Erfolg hat.

Da der Mandant nach seinen Angaben die drei Gerichtsgebühren als Vorschuss bereits bezahlt hat, was auch eine Voraussetzung für die Zustellung der Klage an den Beklagten darstellt. Daher ist mit weiteren Gerichtskosten nicht zu rechnen.

Durch das Tätigwerden als Rechtsanwalt im Klageverfahren fällt eine 1,3 Verfahrensgebühr nach dem Gebührentatbestand 3100 im Vergütungsverzeichnis zum RVG an. Diese kann nach § 9 RVG als Vorschuss verlangt werden, da sehr wahrscheinlich eine mündliche Verhandlung stattfinden wird, die eine 1,2 Terminsgebühr nach dem Gebührentatbestand 3104 auslöst.

Der Streitwert der Klage beziffert sich auf 1.800,00 €, dieser wird sich verdoppeln auf 3.600,00 € gemäß §§ 45 Abs. 3 GKG, 322 Abs. 2 ZPO, da eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Hilfsaufrechnung des Beklagten ergehen wird. Eine Gebühr des Rechtsanwaltes beziffert sich gemäß der Gebührentabelle in der Anlage 2 des RVG damit auf 245,00 €.

---

## **8. Zinsen**

Der Mandant hat die Zahlungsklage erhoben, ohne Zinsen geltend zu machen, was nach § 308 Abs. 1 S. 2 ZPO dazu führen würde, dass ihm gar keine Zinsen zugesprochen werden. Gemäß § 264 Nr. 2 ZPO ist eine Erweiterung der Klage um die Rechtshängigkeitszinsen nach §§ 291, 288 Abs. 1 BGB unproblematisch möglich. Entsprechend ist zu verfahren, damit der Kläger Zinsen in Höhe von 5 % - Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit tituliert bekommt.

---

## C. Praktischer Teil

- Entwurf eines Schriftsatzes ans Gericht -

**Karl Karlsen**  
Rechtsanwalt

An das  
Amtsgericht Kiel  
24103 Kiel

**In dem Rechtsstreit**  
**Az. 5 C 840/10**  
**GaLaBau ./. Sörensen**

zeige ich an, dass ich nunmehr den Kläger vertrete.

Namens und im Auftrag des Klägers lege ich gegen das am 22.07.2010 ergangene und dem Kläger am 24.07.2010 zugestellte Versäumnisurteil

### **Einspruch**

ein und beantrage

**das Versäumnisurteil vom 22.07.2010 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 1.800,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % - Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.**

Wegen der Versäumung der Einspruchsfrist wird beantragt, dem Kläger

### **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**

zu gewähren.

Gleichzeitig beantrage ich,

**die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil einstweilen ohne Sicherheitsleistung einzustellen.**

Außerdem wird darauf hingewiesen, dass dem Kläger gemäß § 344 ZPO nicht die Kosten seiner Säumnis auferlegt werden dürfen.

---

### **Begründung:**

Dem Kläger ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Zwar ist die Einspruchsfrist grundsätzlich am 09.08.2010 um 24.00 Uhr abgelaufen. Der Kläger hat aber die Versäumung der Frist nicht zu vertreten.

Der Kläger war ohne sein Verschulden verhindert, rechtzeitig Einspruch gegen das Versäumnisurteil einzulegen, weil er trotz der Zustellung des Urteils am 24.07.2010 durch Einlegen in den Briefkasten dieses nicht erhalten hat. Der Kläger befand sich mit seiner Ehefrau am 24.07.2010 im Urlaub und hatte seine Nachbarin, die Zeugin Gertrude Hinrichs, mit der regelmäßig Leerung des Briefkastens beauftragt. Sie hat dort das eingeworfene Versäumnisurteil nicht vorgefunden. Der Kläger hat den Briefkastenschlitz nach seiner Rückkehr aus dem Urlaub aufgebogen vorgefunden. In der Nacht vom 24. auf den 25.07.2010 hat es in der Fördestraße, dem Wohnsitz des Klägers zahlreiche Diebstähle, auch Postdiebstähle und Vandalismus gegeben, was auch bei der Polizeidirektion Kiel aktenkundig ist.

**Glaubhaftmachung:** eidesstattliche Versicherungen des Klägers und der Frau Gertrude Hinrichs

Falls das Gericht weitere Glaubhaftmachung für erforderlich hält, so wird um einen entsprechenden Hinweis gebeten; sodann wird eine dienstliche Auskunft der Polizeidirektion Kiel eingeholt und vorgelegt werden. Ferner kommt eine weitere Glaubhaftmachung durch die Ehefrau des Klägers in Betracht.

Aufgrund der dargelegten Tatsachen liegt der Verdacht nahe, dass das Versäumnisurteil in der Nacht vom 24. auf den 25.07.2010 aus dem Briefkasten des Klägers gestohlen wurde. Der Kläger musste auch nicht damit rechnen, dass ihm ein Urteil zugestellt wird, weil er fälschlich nicht zum Termin am 22.07.2010, sondern am 22.08.2010 geladen worden ist. Das Gericht wird gebeten, diesen offenkundigen Schreibfehler bei der Ladung des Klägers aus dem dortigen Akteninhalt zu entnehmen. Der Kläger hat erst am 10.08.2010 zufällig vom Beklagten von dem klageabweisenden Urteil erfahren, woraufhin er sich noch am selben Tage eine Kopie des Urteils von der Geschäftsstelle des Amtsgerichts Kiel beschafft hat.

---

**Glaubhaftmachung:** eidesstattliche Versicherung des Klägers

Der Kläger war daher an der rechtzeitigen Einspruchseinlegung ohne Verschulden verhindert im Sinne des § 233 ZPO.

Der Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung nach §§ 707, 719 Abs. 1 S. 2 ZPO ist dem Umstand geschuldet, dass der Kläger nicht ordnungsgemäß zum Termin am 22.07.2010 geladen war und daher nach § 335 Abs. 1 Nr. 2 ZPO eine Säumnisentscheidung nicht hätte ergehen dürfen. Aus demselben Grunde wird auf die nicht einschlägige Kostenfolge des § 344 ZPO hingewiesen.

In der Sache ist die Klage des Klägers zulässig und begründet. Insoweit wird zunächst auf die Klageschrift des Klägers vom 01.06.2010 verwiesen. Ergänzend ist noch Folgendes vorzutragen:

Die Klage ist zulässig. Der zwischen den Parteien geschlossene Vergleich vor dem Amtsgericht Kiel im Verfahren 5 C 599/10 ist formnichtig aufgrund einer Verletzung zwingender Formvorschriften. Nach § 162 Abs. 1 S. 2 ZPO ist ein Prozessvergleich nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 ZPO, der nach § 160 a ZPO vorläufig aufgezeichnet wird, den Parteien vor Genehmigung vorzuspielen. Diese Vorschriften sind nicht beachtet worden, was sich aus dem fehlenden Vermerk im Protokoll ergibt, was gemäß § 165 ZPO den vollen Beweis für die Nichtbeachtung der Form erbringt. Die Tatsache, dass dem Gericht von den Parteien ein vorformulierter Vergleich übergeben wurde, führt nicht zu einer wirksamen Protokollierung, weil entgegen § 160 Abs. 5 ZPO das übergebene Schriftstück nicht dem Protokoll als Anlage beigefügt wurde, sondern den Parteien zurückgegeben wurde, was ebenfalls im Protokoll vermerkt ist.

Die Unwirksamkeit des Prozessvergleichs bewirkt auch nicht, dass der Anspruch des Klägers bezüglich der Gartenplanungs- und Rodungskosten vor dem Amtsgericht Kiel im Verfahren 5 C 599/10 zu verfolgen wäre, weil dieser Anspruch in diesem Prozess gar nicht streitgegenständlich war.



---

Die Klage ist auch begründet. Dieser ergibt sich trotz der Nichtigkeit des Prozessvergleiches aus § 779 BGB. Da der Vergleich von den Parteien außerprozessual geschlossen wurde, ist nach § 139 BGB analog davon auszugehen, dass er auch ohne eine gerichtliche Protokollierung bindend sein sollte. Wie sich zudem aus dem Sitzungsprotokoll zu Aktenzeichen 5 C 599/10 ergibt, ist die Protokollierung nur auf das Anraten des Gerichts erfolgt. Der materiell-rechtliche Vergleich ist somit wirksam und stellt die Anspruchsgrundlage des Klägers gegen den Beklagten auf Zahlung der vereinbarten 1.800,00 € dar.

Der Anspruch ist entgegen der Ansicht des Beklagtenvertreters auch nicht durch die hilfsweise erklärte Aufrechnung mit der angeblichen Schadensersatzforderung erloschen. Dem Beklagten steht kein aufrechenbarer Gegenanspruch zu.

Ein Schadensersatzanspruch des Beklagten nach §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB wegen der Nichtlieferung der 100 geschnitzten Holzwichtel scheidet bereits an einer erforderlichen Pflichtverletzung des Klägers. Der Kläger war berechtigt die Wichtel an einen anderen Interessenten zu verkaufen, weil er zuvor wirksam vom Werklieferungsvertrag mit dem Beklagten gemäß §§ 323 Abs. 1, 349 BGB zurückgetreten ist.

Insofern macht sich der Kläger den Sachvortrag des Beklagten zu Eigen. Danach ist die Fälligkeit der Kaufpreiszahlung von 3.000,00 € vereinbarungsgemäß Mitte Februar 2010 eingetreten, wobei der Beklagte aufgrund von Zahlungsschwierigkeiten nicht in der Lage war zu zahlen. Im Weiteren hat der Kläger per Schreiben vom 10.03.2010 Zahlung des gesamten Kaufpreises binnen zwei Wochen verlangt und mit Schreiben vom 28.03.2010 erklärt, die Abwicklung des Vertrags nicht mehr zu wollen. Damit sind eindeutig die Voraussetzungen der §§ 323 Abs. 1, 349 BGB erfüllt, insbesondere weil der Kläger damit deutlich gemacht hat, nicht mehr am ursprünglichen Vertrag festhalten zu wollen.

Andere Anspruchsgrundlagen kommen nicht in Betracht, weil der entgangene Gewinn nur als Schadensersatz statt der Leistung einzuordnen ist.

Höchst vorsorglich wird zudem die Schadenshöhe bestritten.

---

Die Klageerweiterung um die Verzugszinsen ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

Nach alledem ist der Beklagte antragsgemäß zu verurteilen.

Karlsen, Rechtsanwalt