

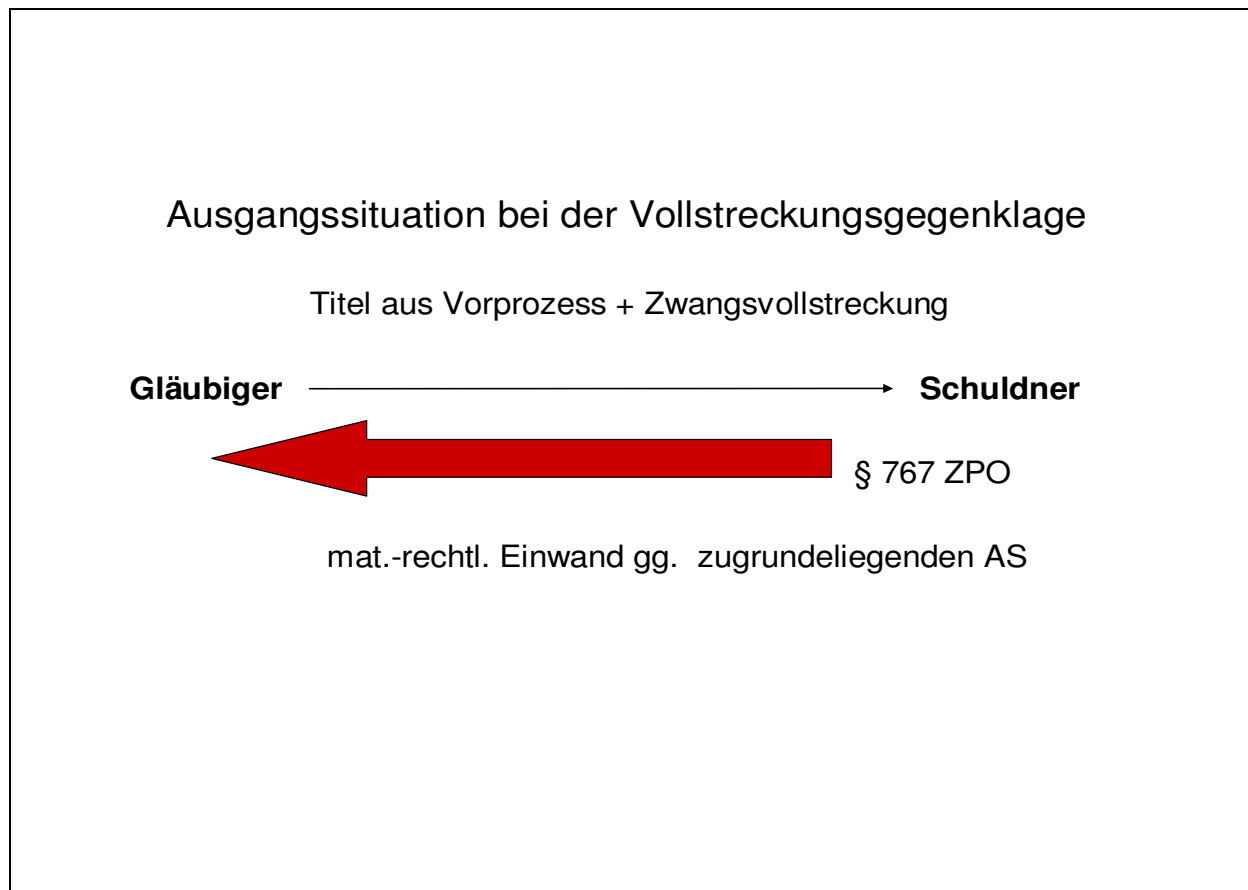
Das Examenwissen zur Vollstreckungsgegenklage, § 767 ZPO

Die Examensanalyse der letzten Jahre hat gezeigt, dass die Klage nach § 767 ZPO ohne Zweifel das absolute Lieblingskind der Landesjustizprüfungsämter ist. Dies gilt für die Klausurendurchgänge aller Bundesländer. Dieser Beitrag fasst die wichtigsten Klausuraspekte der Vollstreckungsgegenklage zusammen.

A. Allgemeines zur Vollstreckungsgegenklage

Die Vollstreckungsgegenklage ist eine prozessuale Gestaltungsklage, die nicht den Titel selbst, sondern nur dessen Vollstreckbarkeit beseitigt. Sie greift, wenn dem Unterlegenen eines Prozesses, gegen den nun aus dem Titel vollstreckt wird, gegen den titulierten Anspruch **materiell-rechtliche Einwendungen** zustehen, die nach Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden sind. Die anfechtbaren Titel sind in § 767 ZPO und § 794 ZPO aufgelistet.

In dem Prozess nach § 767 ZPO stehen sich also i.d.R. die Parteien des Ausgangsprozesses gegenüber. Nur diesmal ist der Unterlegene des Ausgangsverfahrens derjenige, der aktiv wird und in einem neuen Rechtsstreit als Kläger auftritt.



B. Das Wichtigste zur Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage

Auch wenn in der Klausur hier keine größeren Probleme versteckt sind, sollten Sie bei der Prüfung der Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage **immer** etwas zur Statthaftigkeit, zur Zuständigkeit des Gerichts und zum Rechtsschutzbedürfnis schreiben. Nur so zeigen Sie dem Korrektor, dass Sie die Vollstreckungsgegenklage im Griff haben (anders sieht das offensichtlich *Lackmann* bei Rn. 495, was jedoch durch unsere Examensanalyse nicht gedeckt wird). Dies gilt natürlich erst recht, wenn einer dieser Prüfungspunkte problematisch ist, und/oder wenn die Parteien gesondert darauf eingehen.

Beachte:

Bitte behalten Sie unbedingt im Hinterkopf, dass auch für die Klagen aus dem Bereich der Zwangsvollstreckung für Ihre Examensklausur im Falle einer Urteils Klausur der allgemeine, klausurtaktische Grundsatz gilt „**Die Klage ist immer zulässig**“. Bei Problemen mit der Statthaftigkeit, der Zuständigkeit und dem Rechtsschutzbedürfnis sollten Sie also immer beachten, dass Sie irgendwie zur Zulässigkeit der erhobenen Klage kommen können (und müssen), um zur Begründetheit zu gelangen (vgl. *Kaiser*, Zivilgerichtsklausur, Rn. 303 ff.).

1.) Statthaftigkeit

Die Statthaftigkeit ist dann zu bejahen, wenn der Kläger materiell-rechtliche Einwendungen erhebt, die den durch den Titel i.S.v. §§ 767, 794 ZPO festgestellten Anspruch selbst betreffen.

In einigen Klausuren ist bereits unklar, welchen Rechtsbehelf der Kläger überhaupt eingelegt hat, weil der **Antrag auslegungsbedürftig** ist. In derartigen Klausuren geht der Antrag des Klägers nämlich z.B. auf „*Freigabe des vollstreckten Gegenstandes*“, auf „*Einwilligung in die Beendigung der Zwangsvollstreckung*“, auf „*Herausgabe des vollstreckten Gegenstandes*“ oder auf „*Unterlassen der Zwangsvollstreckung*“. Dieser Antrag ist dann nach §§ 133, 157 BGB analog in einen Antrag nach § 767 ZPO auszulegen oder umzudeuten, wenn sich der Kläger gegen die Vollstreckung wendet. Dies ergibt sich daraus, dass derartige materiell-rechtliche Ansprüche solange gesperrt sind, wie eine Klage nach § 767 ZPO möglich ist (MüKo/Schmidt § 767 Rn. 21 m.w.N.).

Sie sollten auch stets kurz eine **Abgrenzung der Klage nach § 767 ZPO zu den anderen Rechtsbehelfen der Zwangsvollstreckung** vornehmen (v.a. §§ 766, 771, 805 ZPO), die der Kläger nicht geltend macht. Dies gilt auch, wenn die Abgrenzung unproblematisch ist und der Kläger eindeutig eine Klage nach § 767 ZPO eingelegt hat (dann natürlich in der gebotenen Knappheit). Beachten Sie, dass sich die verschiedenen Rechtsbehelfe der Zwangsvollstreckung natürlich nicht gegenseitig ausschließen. Die Möglichkeit der Einlegung eines bestimmten Rechtsbehelfs führt nie dazu, dass ein anderer Rechtsbehelf nicht auch eingelegt werden kann. Wenn bei einer Vollstreckung z.B. sowohl formelle Fehler gemacht wurden als auch materielle Einwendungen gegen den Anspruch bestehen, kann der Schuldner natürlich sowohl Erinnerung als auch Vollstreckungsgegenklage erheben.

In der Examensklausur wird es aber grds. nur auf einen Rechtsbehelf hinauslaufen, den Sie dann in der Statthaftigkeit herauszuarbeiten haben.

Bei der Abgrenzung gelten die allgemeinen Grundsätze der **§§ 133, 157 BGB entsprechend**. Dies bedeutet, dass Sie den Antrag und das Begehren des Klägers umfassend würdigen müssen. Wenn ein Rechtsbehelf erfolgreich ist, ein anderer dagegen nicht, so ist der Antrag dahingehend auszulegen, dass grds. der erfolgreiche Rechtsbehelf vom Kläger gewollt ist (sog. Meistbegünstigungsprinzip). Sind mehrere Rechtsbehelfe erfolgreich, so ist derjenige gewollt, der dem Kläger den größten Schutz bietet. Wenn Sie auch mit dem Ansatz der Meistbegünstigung nicht mehr weiter kommen, so sollten Sie klausurtaktisch vorgehen. Hier sollten Sie sich für den Rechtsbehelf entscheiden, bei dem die meisten Probleme zu diskutieren sind, wo also ganz offensichtlich der Schwerpunkt der Klausur liegt. In der Statthaftigkeit legen Sie dann dar, dass der Kläger mit § 767 ZPO durchdringt, da sein „*Rechtsschutzziel*“ nur mit diesem Rechtsbehelf zu erreichen ist.

Klausurtyp:

Ganz besonders beliebt in Klausuren ist die Vollstreckung aus Zug-um-Zug-Urteilen und aus Prozessvergleichen mit Zahlungsabreden. Hier kommt es auf die saubere Abgrenzung von § 766 zu § 767 ZPO und von § 768 ZPO zu § 767 ZPO an. Viele Kandidaten haben von diesen „Klausurklassikern“ noch nie etwas gehört. Die Examensklausuren fallen entsprechend schlecht aus, wie Sie sich vorstellen können. Im Folgenden nun das Wichtigste in Kürze:

Besonders problematisch wird die Abgrenzung zu § 766 ZPO bei Einwänden gegen die Vollstreckung aus Zug-um-Zug-Titeln. Klausurrelevant ist der Einwand des Schuldners, der Vollstreckungsgläubiger habe bei einer **Zug-um-Zug-Verurteilung** seine Leistung nicht oder jedenfalls nicht mangelfrei erbracht. Der Einwand der Mangelhaftigkeit kann i.d.R. über § 767 ZPO geltend gemacht werden (Zöller/Stöber § 756 Rn. 16; Thomas/Putzo/Putzo § 756 Rn. 8). Gleiches gilt für den Einwand, der Schuldner sei von der Hauptleistung befreit, weil die dem Gläubiger obliegende Gegenleistung unmöglich geworden ist. Wenn der Schuldner rügt, dass die Gegenleistung gar nicht erbracht wurde, so wird allerdings die Vollstreckungserinnerung als statthaft angesehen (KG NJW-RR 1989, 638 m.w.N.; Argument: Dann liegt ein Verstoß gegen §§ 756, 765 ZPO vor). Die Mangelhaftigkeit der Gegenleistung ist nur dann mit § 766 ZPO geltend zu machen, wenn der Gerichtsvollzieher i.R.v. § 756 ZPO ausnahmsweise auch die Ordnungsgemäßheit der Gegenleistung prüfen musste. Dies hängt u.a. davon ab, welche Art von Gegenleistung vorliegt (vgl. dazu BGH WM 2005, 1954; KG NJW-RR 1989, 638; bei beweglichen Sachen: grds. nein, bei Nachbesserung: grds. ja).

Zur schwierigen Abgrenzung von § 767 ZPO zu § 768 ZPO kommt es, wenn die Parteien bei einer **Zahlungsabrede in einem Prozessvergleich** um die rechtzeitige Erfüllung durch den Schuldner streiten: Die Klage nach § 768 ZPO ist schon ihrem Wortlaut nur dann statthaft, wenn für die vorliegende Art der Zahlungsabrede eine qualifizierte Klausel erteilt werden muss. Dagegen ist § 767 ZPO der statthafte Rechtsbehelf, wenn grds. eine einfache Klausel erteilt werden muss (vgl. Zöller/Stöber § 726 Rn. 14 m.w.N.). Die Frage, welche Art von Klausel zu dem Prozessvergleich bzw. der Zahlungsabrede erteilt werden muss, richtet sich wiederum danach, was für eine Zahlungsabrede vorliegt. Handelt es sich z.B. um eine Verfallklausel oder Wegfallklausel, so ist eine einfache Klausel zu erteilen, für den Erfüllungseinwand greift also § 767 ZPO (BGH DNotZ 1965, 544; BGH DB 1964, 1850; MüKo/Schmidt § 768 Rn. 2; Zöller/Stöber § 726 Rn. 14 – anders aber bei § 768 Rn. 1, was jedoch ein Versehen sein dürfte; a.A. BayObLG DNotZ 1976, 366 f.). Handelt es sich z.B. um eine Erlass- bzw. Wiederauflebungs-klausel, so ist eine qualifizierte Klausel zu erteilen, für den Erfüllungseinwand greift dann § 768 ZPO (Lippross, S. 31).

Die Abgrenzung der Rechtsbehelfe wird umso relevanter, wenn der Kläger die Vollstreckung mit mehreren verschiedenen Einwänden (materiell-rechtlicher Einwand, Rüge der fehlerhaften Klauselerteilung, Rüge eines Verfahrensverstößes etc.) angreift. Wenn Sie also die verschiedenen Rechtsbehelfe voneinander abgrenzen und sich für § 767 ZPO entschieden haben, so stellen Sie ebenfalls kurz dar, dass der Kläger mit den **rechtsbehelfsfremden Einwänden** im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage nicht gehört werden kann (Aussortieren rechtsbehelfsfremder Einwände).

In einigen Klausuren wird auch eine Abgrenzung zur Feststellungsklage nach **§ 256 I ZPO** erforderlich sein, wenn der Kläger z.B. nur einen Feststellungsantrag stellt. In der Regel wird es dem Kläger aber nicht um diese Feststellung gehen, da Feststellungsurteile per se nicht vollstreckbar sind und auch eine Einstellung der Vollstreckung nach § 775 Nr. 1 ZPO ausscheidet (vgl. auch Stein/Jonas/Münzberg § 767 Rn. 13 m.w.N.). Ein entsprechender Antrag dürfte dann als Antrag nach § 767 ZPO gemäß §§ 133, 157 BGB analog auszulegen sein. Eine Verbindung der Klage nach § 767 ZPO in objektiver Klagenhäufung (§ 260 ZPO) mit einer Klage gemäß § 256 II ZPO gegen den Vollstreckungsgläubiger (z.B. mit dem Inhalt: „Feststellung, dass der titulierte Anspruch wegen... erloschen ist.“) kommt aber vor allem dann in Betracht, wenn der Zwangsvollstreckende das Bestehen der materiell-rechtlichen Einwendung des Klägers leugnet. Dann handelt es sich um eine Zwischenfeststellungsklage nach **§ 256 II ZPO** (Lackmann, Rn. 489, 550 ff.; Lippross, S. 239). Die von § 256 II ZPO geforderte Vorgeiflichkeit für die Vollstreckungsgegenklage besteht, da das Bestehen des titulierten Anspruches gerade über den Erfolg der Vollstreckungsgegenklage entscheidet. Diese fehlt auch nicht im Hinblick auf die Rechtskraft der Vollstreckungsgegenklage. Denn die Rechtskraft eines obsiegenden Urteils nach § 767 ZPO (und daher auch der Streitgegenstand) erfasst nach herrschender Rechtsprechung nicht auch den Grund, warum die Zwangsvollstreckung unzulässig ist, also nicht auch das Bestehen der materiell-rechtlichen Einwendung oder das Bestehen/Nichtbestehen des titulierten Anspruches des Zwangsvollstreckenden (BGH NJW 1992, 1899 f.; BGH WM 1989, 1514 f.).

Wenn die Einwendungen des Klägers präkludiert sind, wird er häufig über **§ 826 BGB** unter dem Gesichtspunkt der schuldhaft fehlerhaften Vollstreckung bzw. Urteilsmissbrauchs das Unterlassen der Zwangsvollstreckung und die Herausgabe des Titels verlangen. Die Klage nach § 826 BGB ist eine ganz normale Leistungsklage, die in diesen Fällen jedoch auf Unterlassen der Zwangsvollstreckung geht (vgl. zu § 826 BGB Kaiser, Materielles Zivilrecht, Rn. 57; Schuschke/Walker/Schuschke Anh. § 767 Rn. 2 ff.). Beide Klagen können im Verhältnis von Haupt- u. Hilfsantrag miteinander verbunden werden (BGH NJW 2005, 2991 ff.; BGH NJW 2002, 2940). Voraussetzung ist natürlich, dass für beide Klagen dasselbe Gericht zuständig ist. Sonst scheidet eine Verbindung schon an § 260 ZPO.

Klausurtyp:

Eine schwierige Abwandlung der „normalen“ Vollstreckungsgegenklage ist die Klage gegen die Vollstreckung aus notariellen Urkunden, insbesondere aus notariellen Unterwerfungserklärungen. Materiell-rechtliche Einwendungen gegen die sachlich-rechtliche Verpflichtung/den zugrunde liegenden Anspruch (z.B. der Bestand des zugrunde liegenden Kauf- oder Werkvertrages) sind mit der Klage nach § 767 ZPO geltend zu machen und haben aufgrund der rechtlichen Unabhängigkeit der prozessualen Unterwerfungserklärung keinen Einfluss auf dessen Wirksamkeit (vgl. z.B. OLG Hamburg NJW-RR 1986, 403). Greift der Kläger die Wirksamkeit des Titels selbst an, so waren nach früherer Rechtsprechung stets nur §§ 732, 766 ZPO einschlägig (BGHZ 15, 190 ff.; 22, 54 ff.; BGH WM 1987, 1232). Nunmehr wird zunehmend danach entschieden, ob der Einwand materiell-rechtlicher oder formeller Natur ist. Wenn der Titel aus materiell-rechtlichen Gründen unwirksam ist (z.B. Verstoß gegen § 134 BGB i.V.m. RBerG oder MaBV), so hat der Kläger nach neuer Rechtsprechung zusätzlich die Möglichkeit, die Unwirksamkeit mit der sog. prozessualen Gestaltungsklage sui generis **analog § 767 I ZPO** geltend zu machen (BGH NJW 2006, 695 f.; BGH NJW-RR 2005, 1418 ff.; BGH NJW-RR 2004, 1718 f. m.w.N.).

2.) Zuständigkeit

Die Zuständigkeit ist bei § 767 ZPO eine ausschließliche, vgl. §§ 802, 767 ZPO. Zuständig ist das Gericht, das den Titel geschaffen hat, also das sog. Prozessgericht. Geht der Kläger gegen einen Vollstreckungsbescheid vor, stellt § 796 III ZPO eine Sonderregelung dar. Zuständig ist dann das Gericht, welches für das Verfahren zuständig gewesen wäre. Bei notariellen Urkunden gilt § 797 V ZPO, d.h. der gewöhnliche Gerichtsstand des Schuldners. Für die sachliche Zuständigkeit gilt § 23 GVG, maßgeblich ist der Wert des zu vollstreckenden Anspruches (Zöller/Herget § 767 Rn. 10). Bei einem Prozessvergleich ist nach st. Rechtsprechung das Gericht zuständig, vor dem der Vergleich geschlossen wurde (Zöller/Herget § 767 Rn. 10).

3.) Rechtsschutzbedürfnis/Rechtsschutzinteresse

Das Rechtsschutzinteresse besteht nur dann, wenn die Zwangsvollstreckung droht, beginnt oder noch andauert. Nach h.M. droht die Zwangsvollstreckung aber schon ab Erlass des Titels (Zöller/Herget § 767 Rn. 8). Dies ergibt sich daraus, dass auch schon ab diesem Zeitpunkt der unterlegende Schuldner und jetzige Kläger die Vollstreckung zu befürchten hat. Die **Beendigung** tritt ein, wenn die Zwangsvollstreckung abgeschlossen ist, und zwar grds. erst mit vollständiger Auskehr des Erlöses oder bei der Forderungspfändung mit Pfändung durch den zur Einziehung Berechtigten und Zahlung des Drittschuldners. Solange der Gläubiger noch den Titel in den Händen hält bzw. der Titel nicht an den Schuldner ausgehändigt wurde (vgl. Zöller/Herget § 767 Rn. 8), besteht aber noch ein Rechtsschutzbedürfnis für die Vollstreckungsgegenklage, da dann noch immer eine Vollstreckungsgefahr gegeben ist.

Das Rechtsschutzinteresse besteht auch dann, wenn der Kläger Zahlungen auf seine Schuld an den Vollstreckungsgläubiger durch **Quittungen** nachweisen kann (sog. präsent beweisbare Erfüllung). Trotz der Möglichkeit der Einstellung nach § 775 Nr. 4, 5 ZPO fehlt nach h.M. das Rechtsschutzbedürfnis für § 767 ZPO nicht, da die Vorlage der Quittungen nur zu einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 Nr. 4, 5 ZPO führen kann (OLG Hamm Rpfleger 1973, 324).

Wenn eine **Berufung eingelegt** und der materiell-rechtliche Einwand i.S.v. § 767 ZPO im Berufungsverfahren geltend gemacht werden kann, fehlt nach h.M. das Rechtsschutzbedürfnis für eine Vollstreckungsgegenklage (BAG NJW 1986, 214 f.; MüKo/Schmidt § 767 Rn. 14; Zöller/Herget § 767 Rn. 4). Diese Situation wird daher in einer Zivilgerichtsklausur nicht vorkommen, da sonst die Klage bereits unzulässig wäre. Ähnliches gilt für den Einspruch gegen ein **Versäumnisurteil**. Ist gegen ein Versäumnisurteil zu dem Zeitpunkt, in dem sich die Notwendigkeit zur Klage nach § 767 ZPO ergibt, noch Einspruch zulässig, dann kann nur er eingelegt werden (Zöller/Herget § 767 Rn. 18). Für eine Klage nach § 767 ZPO besteht nur dann ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn ein Einspruch nicht mehr möglich ist (MüKo/Schmidt § 767 Rn. 15). Gleiches dürfte bei einem möglichen Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid gelten.

Wenn der Kläger wegen materiell-rechtlicher Einwände gegen die Vollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss vorgeht (z.B. Stundung, Aufrechnung), so lassen die

Landesjustizprüfungsämter den Beklagten in vielen Klausuren stereotyp vortragen, dass wegen der Möglichkeit der sofortigen Beschwerde nach **§ 104 III 1 ZPO** das Rechtsschutzbedürfnis für § 767 ZPO fehlt. Dies ist (natürlich) nicht der Fall, da bei einer sofortigen Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluss keine materiellen Einwände geprüft werden (Zöller/*Herget* § 767 Rn. 6; *Lackmann*, Rn. 503).

Auch bei der **Klage gegen einen Prozessvergleich** ist das Rechtsschutzbedürfnis problematisch. Hier ist danach zu differenzieren, in welche Richtung der Kläger den Prozessvergleich angreift. Denn der Kläger hat für eine Klage nach § 767 ZPO nach der Rechtsprechung nur dann ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn es um die Auslegung des Prozessvergleiches oder die nachträgliche Unwirksamkeit des Vergleiches bzw. dessen nachträglicher Wegfall geht (z.B. Erfüllung, Aufhebung, Rücktritt, Wegfall der Geschäftsgrundlage), vgl. BGH NJW 1971, 467. Bei anfänglicher Unwirksamkeit des Vergleiches (z.B. Anfechtung, Widerruf innerhalb der Widerrufsfrist, formelle Unwirksamkeit des Vergleiches) ist das alte Verfahren fortzusetzen, gegen eine eventuelle Vollstreckung ist ein Antrag analog § 707 ZPO der statthafte Rechtsbehelf (*Lackmann*, Rn. 535). Nach der Rechtsprechung kann aber aus Gründen der Prozessökonomie im Rahmen von § 767 ZPO auch die anfängliche Unwirksamkeit geprüft werden, wenn der Kläger zugleich (auch wenn er dies nur hilfsweise macht) auch die nachträgliche Unwirksamkeit bzw. den nachträglichen Wegfall der Verpflichtung geltend macht (BGH NJW 1967, 2014; *Kaiser*, Materielles Zivilrecht, Rn. 92).

4.) Sonstiges

Möglich ist, dass der Kläger zugleich **Herausgabe des vollstreckbaren Titels** verlangt. Dies ist nach h.M. über § 260 ZPO als Fall der objektiven Klagenhäufung zulässig (*Brox/Walker*, Rn. 1327 m.w.N.). Wenn aus dem Titel überhaupt nicht mehr vollstreckt werden kann (d.h. nicht bei teilweiser Klageabweisung oder einer Verurteilung Zug-um-Zug), ergibt sich die Begründetheit dieses Antrages nach h.M. aus § 371 BGB analog, nach einer Mindermeinung aus § 757 I ZPO analog (*Thomas/Putzo/Putzo* § 767 Rn. 6). Nach h.M. ist das Gericht der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 I ZPO analog auch für diesen Antrag zuständig. Die Klage auf Titelherausgabe wird nach wohl h.M. aber nur bei gleichzeitig erhobener oder vorangegangener erfolgreicher Vollstreckungsgegenklage als zulässig angesehen (BGH NJW 1994, 3225 f.; *MüKo/Schmidt* § 767 Rn. 20). Nach BGH NJW 1994, 1161 ff. ist ausnahmsweise eine singuläre Klage auf Titelherausgabe zulässig, wenn der Vollstreckungsgläubiger die Herausgabe des Titels verweigert, obwohl das Erlöschen der titulierten Forderung und die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung unstrittig sind.

Es kann in der Klausur auch zu einer objektiven Klagenhäufung mit **materiell-rechtlichen Ansprüchen** kommen, die der Kläger **gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger** geltend macht. Handelt es sich um Ansprüche, die sich aus der angeblich zu Unrecht erfolgten Zwangsvollstreckung ergeben, so sind derartige Ansprüche (z.B. aus §§ 280, 241 II, 812, 823, 826 BGB) für denjenigen, der die Klage nach § 767 ZPO erheben könnte, gegen denjenigen, gegen den die Klage nach § 767 ZPO erhoben werden könnte, bis zur vollständigen Beendigung der Zwangsvollstreckung durch § 767 ZPO gesperrt, da sonst die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen von § 767 ZPO umgangen würden (*Musielak/Lackmann* § 767 Rn. 15; *Schuschke/Walker/Schuschke* § 767 Rn. 10). Sonstige Ansprüche

(z.B. aus anderen Rechtsverhältnissen) sind dagegen nicht gesperrt. Eine Verbindung ist dann nach Maßgabe von § 260 ZPO möglich.

Klausurtyp:

Wenn während des laufenden Prozesses die Vollstreckung durch Versteigerung und Erlösauskehr beendet wird, wird der Kläger (weil die Klage nach § 767 ZPO unzulässig geworden ist) i.d.R. seinen Antrag auf Zahlung des Erlöses umstellen. Dies ist unproblematisch möglich, da dann eine nach § 264 Nr. 3 ZPO stets zulässige Klageänderung vorliegt (BGHZ 99, 292 ff.; 83, 278 ff.; BGH NJW 2005, 2926 f.; OLG Frankfurt FamRZ 1981, 978:

Es kann auch vorkommen, dass der Beklagte gegen die Zulässigkeit der Klage die entgegenstehende Rechtskraft des Urteils aus dem Vorprozess vorträgt, **§ 322 I ZPO**. Auch hier kann es sich in der Urteilklausur klausurtaktisch natürlich nur um ein Scheingefecht handeln, da sonst die Klage bereits unzulässig wäre. Und so ist es auch: Es liegen nämlich zwei Streitgegenstände (vgl. dazu Zöller/*Vollkommer* Einleitung Rn. 60 ff.) vor (z.B. Zahlung im Vorprozess, bei § 767 ZPO Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung), so dass die Rechtskraft nicht entgegensteht.

Klausurtyp:

In einigen Klausuren wird die Klage nach § 767 ZPO vom Kläger in gewillkürter Prozessstandschaft geltend gemacht. Dies ist nach Maßgabe der allgemeinen Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft möglich (vgl. *Kaiser*, Zivilgerichtsklausur, Rn. 353 ff.), insoweit bestehen keine Besonderheiten. Gleiches gilt natürlich für § 771 ZPO.

C. Das Wichtigste zur Begründetheit der Vollstreckungsgegenklage

Die Vollstreckungsgegenklage ist begründet, wenn die Sachbefugnis vorliegt, dem Kläger eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den Titel zusteht und diese nicht nach § 767 II ZPO präkludiert ist (Zöller/*Herget* § 767 Rn. 11).

1.) Sachbefugnis

Die Sachbefugnis besteht dann, wenn der Kläger der Vollstreckungsschuldner und der Beklagte der Vollstreckungsgläubiger ist. Als Vollstreckungsgläubiger gilt derjenige, welcher im Titel als solcher steht oder für den dieser umgeschrieben wurde. Auch schon vor Umschreibung ist bei einer Abtretung des titulierten Anspruches der Forderungszessionar (d.h. der neue Anspruchsinhaber) bereits sachbefugt (d.h. der richtige Beklagte für eine Klage nach § 767 ZPO), wenn er die Vollstreckung androht und die materiellen Voraussetzungen einer Klauselerteilung für ihn vorliegen (BGH NJW 1993, 1396 ff.; MüKo/*Schmidt* § 767 Rn. 45). Im Falle der Abtretung ist auch der alte Forderungsinhaber bzw. Titelgläubiger sachbefugt, wenn der Titel noch nicht auf den Forderungszessionar unbeschrieben ist und der Titelgläubiger trotzdem die Vollstreckung androht (Zöller/*Stöber* § 767 Rn. 9). Vollstreckungsschuldner ist derjenige, gegen den sich die Zwangsvollstreckung richtet, der also in dem für vollstreckbar erklärten Titel oder in der gegen den Rechtsnachfolger erteilten Vollstreckungsklausel aufgeführt ist.

2.) Bestehen einer materiell-rechtlichen Einwendung

Möglich materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch sind z.B. Erfüllung, Erlass, Aufrechnung, Anfechtung, Wegfall der Geschäftsgrundlage oder das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts. Im Prinzip können hier alle Ihnen aus dem Zivilrecht bekannten rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Einwendungen vorkommen.

Beachte:

In einigen Klausuren rügt der Beklagte, dass der Kläger während des Rechtsstreites seine **Einwendungen wechselt oder nachbessert**. Diese Rüge geht fehl. Dem Kläger bleibt es unbenommen, auch während des Rechtsstreites noch weitere materiell-rechtliche Einwände nachzuschließen oder Einwände auszutauschen, z.B. in weiteren Schriftsätzen. Insbesondere steht hier nicht § 767 III ZPO entgegen, da § 767 III ZPO direkt nur für die sog. wiederholte Vollstreckungsgegenklage gilt (vgl. Nachweise bei MüKo/Schmidt § 767 Rn. 84 ff.). In dem Nachschießen liegt nach h.M. eine Klageänderung, die an §§ 263 ff. ZPO zu messen ist. Nach einer anderen Auffassung ist das Nachschießen von Gründen ohne die Voraussetzungen der §§ 263 ff. ZPO nach Maßgabe von §§ 282, 296 ZPO immer möglich, da schon keine Streitgegenstandsänderung und daher auch keine Klageänderung vorliegt.

Die **Aufrechnung** ist sicherlich die **häufigste Einwand in Klausuren**. Wichtig ist, dass Sie in der Klausur dann alle Wirksamkeitsvoraussetzungen der Aufrechnung prüfen: Es darf kein gesetzliches (§§ 390 ff. BGB) oder vertragliches Aufrechnungsverbot bestehen, der Kläger muss eine unbedingte und bestimmte Aufrechnungserklärung abgegeben haben und es muss eine gegenseitige und gleichartige, wirksame, fällige und erfüllbare Forderungen des Klägers gegen den Beklagten bestehen (sog. Aufrechnungsforderung/Gegenforderung). Materiell-rechtlich kann der Gegenanspruch aus allen möglichen Teilrechtsgebieten des Zivilrechts kommen, insoweit ist der Phantasie der Landesjustizprüfungsämter also kein Grenzen gesetzt. Zulässig ist auch, dass sich der Kläger zum Zwecke der Aufrechnung eine Forderung eines Dritten gegen den Vollstreckungsgläubiger abtreten lässt und damit i.S.d. § 767 I ZPO die Aufrechnung erklärt (MüKo/BGB/Schlüter § 387 Rn. 7

In einigen Klausuren wurde bei der Prüfung der Gegenforderung des Klägers relevant, ob die Rechtskraft eines Urteils nach **§ 322 I ZPO** dem Anspruch dergestalt entgegensteht, dass der Anspruch unbegründet ist. Dann waren i.d.R. Fragen der materiellen Rechtskraft zu untersuchen, deren Lösung sich in aller Regel aus der in der Klausur zur Verfügung stehenden Kommentierung des Thomas/Putzo bei § 322 ZPO gut entnehmen ließ.

3.) Fehlende Präklusion der Einwendung, § 767 II ZPO

Schließlich wird die Frage der Präklusion nach § 767 II ZPO zu untersuchen sein. Nach dieser Vorschrift sind solche Einwendungen ausgeschlossen, wenn die Tatsachen, auf denen sie beruhen, schon **zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung** gegeben waren. Maßgeblicher Zeitpunkt dafür ist die letzte mündliche Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz oder der entsprechende Zeitpunkt nach §§ 128 II, 251a ZPO (*Lackmann*, Rn. 515).

Problematisch ist, wie § 767 II Hs. 2 ZPO bei **Versäumnisurteilen** zu lesen ist. Eine Mindermeinung legt § 767 II ZPO so aus, dass die Einwendung auch schon vor Ablauf der Einspruchsfrist entstehen konnte (stets aber nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung), jedoch mit dem Einspruch nicht

mehr geltend gemacht wurde (OLG Hamm NJW-RR 2000, 659 f.; Stein/Jonas/Münzberg § 767 Rn. 40 m.w.N.). Aufgrund des Konzentrationszwecks der Präklusion ist diese Auffassung aber abzulehnen (BGH NJW 1982, 1812 f.; Zöller/Herget § 767 Rn. 14 m.w.N.; Lackmann, Rn. 521; Lippross, S. 245). Danach kann die Vollstreckungsgegenklage nur auf solche Einwendungen gestützt werden, die nach Ablauf der Einspruchsfrist entstanden sind. Ein ähnliches Problem ergibt sich in der Klausur bei **Vollstreckungsbescheiden** (vgl. dazu BGH NJW 1987, 3256; Lippross, S. 245)

Für die Präklusion ist nach der Rechtsprechung und h.M. (BGH NJW 2005, 2926 f.; BGH NJW 2003, 3134 f.; BGHZ 42, 37 ff.; Lippross, S. 244 f. m.w.N.) allein die objektive Möglichkeit der Geltendmachung der Einwendung maßgeblich, auf die Kenntnis des Klägers oder den Zeitpunkt der Geltendmachung kommt es nicht an. Wichtig wird dieser Aspekt v.a. bei **Gestaltungsrechten** wie der Anfechtung, dem Rücktritt, dem Widerruf oder bei einer Aufrechnung.

Klausurtyp:

Lesen Sie dazu auch die sehr examensrelevante Entscheidung des BGH in **NJW-RR 2006, 229 ff.** zur Präklusion im Falle des Kündigungseinwandes.

Da die Aufrechnung in fast jeder zweiten Klausur aus dem Bereich der Vollstreckungsgegenklage eine Rolle spielt, wird dann auch stets das oben geschilderte Problem relevant. Sie sollten dann kurz in Ihrer Klausur die Problematik ansprechen, ob es für die Ausschlusswirkung i.S.d. § 767 II ZPO auf die Aufrechnungserklärung oder auf die Aufrechnungslage ankommt.

Beachte:

Bei **Aufrechnungen im Prozess durch den Beklagten** hat der BGH gerade anders entschieden. Bei der Frage des Erledigungszeitpunktes ist nur auf die Aufrechnungserklärung abzustellen, so BGH NJW 2003, 3134 ff. (vgl. Kaiser, Zivilgerichtsklausur, Rn. 430 ff.).

Auch bei der Präklusion müssen Sie auf etwaige **Sonderregelungen** achten. So gilt der § 767 II ZPO nach § 797 IV ZPO nicht für Klagen gegen notarielle Urkunden, analog ebenso nicht bei Prozessvergleichen (BGH NJW 1983, 228 f. m.w.N.; Zöller/Herget § 767 Rn. 20; Lesen Sie unbedingt BGH NJW 1993, 1396 f. zur Frage, wann zumindest § 242 BGB der Aufrechnung wegen des Fehlens eines Vorbehaltes im zu vollstreckenden Prozessvergleich entgegensteht.).

Für die Vollstreckung aus **Kostenfestsetzungsbeschlüssen (KFB)** nach § 794 I Nr. 2 ZPO gilt die Präklusion ebenfalls nicht, da auch im Kostenfestsetzungsverfahren selbst materiell-rechtliche Einwände nicht geprüft werden (Zöller/Herget § 767 Rn. 20; § 104 Rn. 21 m.w.N.). Hier sind also stets etwaige materiell-rechtliche Gegenrechte gegen die Kostenforderung (z.B. Stundung, Vergleich, Verwirkung, Aufrechnung mit eigener Forderung) vollumfänglich zu prüfen (Thomas/Putzo/Hübtege § 104 Rn. 12).

Beachte:

Man kann es nicht oft genug wiederholen, weil dies von vielen Examenskandidaten – obwohl derartige Hinweise jedem besseren Lehrbuch oder Skript zu entnehmen sind – immer wieder falsch gemacht wird und die Landesjustizprüfungsämter derartige Klausuren in letzter Zeit vermehrt gestellt haben: Bei notariellen Urkunden, Prozessvergleichen und beim KFB gibt es keine Präklusion!

D. Hinweise zum Abfassen des Urteils

Auf eine Klage nach § 767 ZPO müssen Sie ein „ganz normales Urteil“ („*In dem Rechtsstreit*“, gerade nicht „*In der Zwangsvollstreckungssache*“) entwerfen (vgl. dazu *Lippross*, S. 248; *Pukall*, S. 172). Die Parteibezeichnung im Rubrum ist die übliche. Der Tenor hängt vom Erfolg der Klage und von der Einwendung des Klägers ab. Die Kostenentscheidung bezüglich der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten bemisst sich wie üblich nach §§ 91 ff. ZPO. Achten Sie hier aber darauf, dass bei der Hilfsaufrechnung durch den Kläger ggf. § 45 III GKG anwendbar ist, wenn über die Hilfsaufrechnungsforderung des Klägers entschieden wurde (*Thomas/Putzo/Putzo* § 767 Rn. 32; *Lackmann*, Rn. 533). Auch die Entscheidung über die **vorläufige Vollstreckbarkeit** läuft wie üblich über §§ 708 ff. ZPO, jedoch mit einer Besonderheit: Gewinnt der Kläger, so wird im Rahmen der vorläufigen Vollstreckbarkeit neben der Höhe der Prozesskosten auch der Wert der Hauptsache (d.h. der Wert des titulierten Anspruchs des Vollstreckungsgläubigers, soweit sich der Kläger gegen ihn wendet) mit in die Sicherheitsleistung des Klägers nach §§ 708 Nr. 11, 709 ZPO bzw. Abwendungsbefugnis des Beklagten nach §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO einberechnet. Der § 709 S. 2 ZPO ist nicht anzuwenden, da es sich nicht um eine Geldforderung handelt (*Lackmann*, Rn. 532).

Merke:

Wenn der Kläger verliert, lautet der Hauptsachetenor:

„Die Klage wird abgewiesen.“

Wenn der Kläger gewinnt, lautet der Hauptsachetenor:

„Die Zwangsvollstreckung aus dem... [Titel, so genau wie möglich bezeichnet] wird für unzulässig erklärt.“

Wenn der Kläger teilweise gewinnt, lautet der Hauptsachetenor:

„Die Zwangsvollstreckung aus dem... [Titel, so genau wie möglich bezeichnet] wird wegen eines Betrages von..... für unzulässig erklärt. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“ (Im Übrigen nur abweisen, wenn der Kläger den beschränkten Antrag nicht schon von Anfang an gestellt hat!)

Wenn der Kläger bei einer Gestaltungsklage sui generis gewinnt, lautet der Hauptsachetenor:

„Die Zwangsvollstreckung aus dem... [Titel, so genau wie möglich bezeichnet] wird wegen Unwirksamkeit des Titels für unzulässig erklärt.“

Denken Sie im Tatbestand an den bei Vollstreckungsgegenklagen üblichen (erklärenden) Einleitungssatz, der kurz und knapp etwa so lauten kann: „*Der Kläger erhebt Vollstreckungsgegenklage*“ oder „*Die Parteien streiten um die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung aus [Titel] des [Gericht, welches den Titel geschaffen hat] im Rahmen einer vom Kläger erhobenen Vollstreckungsgegenklage.*“ Mehr ist grundsätzlich an dieser Stelle nicht erforderlich. Bei der Aufrechnung sollten auch noch zu erkennen sein, wann die Aufrechnung erstmals hätte geltend gemacht werden können. Vergessen Sie bitte auch nicht die Mitteilung in der Prozessgeschichte des Tatbestandes, wann die letzte mündliche Verhandlung (oder bei Versäumnisurteilen und Vollstreckungsbescheiden die Zustellung) stattgefunden hat. Diese Information ist wichtig im Hinblick auf die Frage der Präklusion.

Weitere Ausführungen zur Klage nach § 767 ZPO und zu den anderen Rechtsbehelfen des Zwangsvollstreckungsrechts, die immer wieder in Examensklausuren auftauchen, finden Sie in dem Skript zum Kaiserseminar „Die zivilrechtliche Zwangsvollstreckungsklausur im Assessorexamen“, welches im Spätherbst 2007 im Luchterhandverlag unter dem Titel „Die Assessoriklausur im Zwangsvollstreckungsrecht“ erscheinen wird.