

STREITGEGENSTAND DER VOLLSTRECKUNGSGEGENKLAGE. EINE PROZESSUALE STUDIE AUFGRUND DES § 767 ZPO

BOHUMIL DVOŘÁK

OBSAH

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK	9
A. EINLEITUNG	11
A.I. Problemstellung	11
A.II. Der Gegenstand der Untersuchung	11
A.III. Zielsetzung und Aufbau der Arbeit	12
B. DER STREIT UM DIE RECHTSNATUR DER VOLLSTRECKUNGSGEGENKLAGE	13
B.I. Einleitung	13
B.II. Materiellrechtliche Theorien	14
B.II.1 Kohlers Theorie der Leistungsklage	14
B.II.2 Blomeyers Theorie der Beseitigungs- und Unterlassungsklage	15
B.III. Öffentlichrechtliche Theorien	17
B.III.1 Langheinekens Theorie der publizistischen negativen Feststellungsklage	17
B.III.2 Steins Theorie der prozessualen Gestaltungsklage	19
B.IV. Heutiger Meinungsstand	21
B.IV.1 Einleitung	21
B.IV.2 Vollstreckungsgegenklage als eine „prozessuale Gestaltungsklage“	22
B.IV.3 Vollstreckungsgegenklage als eine „unvollkommene prozessuale Gestaltungsklage“	23
B.V. Folgerungen	24
C. STREITGEGENSTAND UND ZULÄSSIGE EINWENDUNGEN	24
C.I. Grundsätzliches zum Streitgegenstand	24
C.I.1 Der materiellrechtliche Streitgegenstandsbegriff	25
C.I.2 Der prozessuale Streitgegenstandsbegriff	27
C.I.3 Streitgegenstand einer Gestaltungsklage	30
C.II. Die die Vollstreckungsgegenklage begründenden Einwendungen	31
C.II.1 Anwendungsbereich der Vollstreckungsgegenklage	31
C.II.2 Materielle Einwendungen im Sinne des § 767 I ZPO	33
C.II.3 Prozessuale Einwendungen	34

C.III. Die Präklusionsnorm des § 767 II ZPO	36
C.III.1 Die grundsätzliche Bedeutung des § 767 II ZPO	36
C.III.2 Geltungsbereich des § 767 II ZPO	37
C.III.3 Der entscheidende Zeitpunkt des § 767 II ZPO	38
C.IV. Die Norm des § 767 III ZPO	40
C.IV.1 § 767 III ZPO als eine außerprozessuale Präklusionsnorm?	40
C.IV.2 Zur Problematik der Konzentrationswirkung des 767 III ZPO	43
C.IV.3 Nachschieben und Auswechseln von Einwendungen	45
C.V. Zwischenergebnis	48
D. URTEIL UND URTEILSWIRKUNGEN	49
D.I. Grundsätzliches zu Urteilswirkungen	49
D.II. Stattgebendes Urteil	50
D.II.1 Rechtskraftwirkungen des stattgebenden Urteils	51
D.II.2 Verhältnis zur Zwischenfeststellungsklage	52
D.II.3 Vollstreckbarkeit des stattgebenden Urteils	53
D.III. Abweisendes Urteil	55
D.III.1 Zur Rechtsnatur des die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils	55
D.III.2 Rechtskraftwirkungen des abweisenden Urteils	55
D.III.3 Anhang – Rechtskraftwirkung bei Aufrechnung und bei Schadensersatz- und Bereicherungsansprüchen	57
E. ZUSAMMENFASSENDES ENDERGEBNIS	59
F. LITERATURVERZEICHNIS	60
G. SHRNUŤÍ	63

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BGB	německý občanský zákoník z 18. 8. 1896
BGH	německý Spolkový soudní dvůr
BGHZ	Sbírka rozhodnutí německého Spolkového soudního dvora v civilních věcech
BRAGO	německé spolkové nařízení o advokátních poplatcích z 26. 7. 1956
BVerfG	německý Spolkový ústavní soud
CPO	německý civilní řád soudní z 30. 1. 1877 (ve znění platném do 31. 12. 1899)
EMRK	Evropská úmluva na ochranu lidských práv a základních svobod
EO	rakouský exekuční řád z 27. 5. 1896
EuGVO	nařízení Rady (ES) č. 44/2001 z 22. 12. 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech
EuGVÜ	Úmluva z 27. 9. 1968 o soudní příslušnosti a o výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech
f.	následující
ff.	a další
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
HausrVO	nařízení o úpravě bydlení manželů po rozvodu z 21. 10. 1944
h.M.	převládající názor
InsO	německý insolvenční řád z 5. 10. 1994
i.V.m.	ve spojení s
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
link. Sp.	levý sloupec
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.N.	s důkazem
m.w.N.	s dalšími důkazy
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
OSŘ	zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád
Rn.	marginální číslo

RPflgG	německý zákon o vyšších soudních úřednících z 5. 11. 1969
S.	strana
s.	viz
s.o.	viz výše
sog.	takzvaný
s.u.	viz níže
u.	pod
u.a.	a další
v.a.	především
Warneyer	soukromá sbírka rozhodnutí německého Spolkového soudního dvora v civilních věcech
WEG	německý zákon o vlastnictví bytů (Wohnungseigentumsgesetz) z 15. 3. 1951
WM	Wertpapiermitteilungen für Wirtschafts- und Bankrecht
VS	výkon rozhodnutí (Vollstreckungs-)
ZPO	německý civilní řád soudní z 30. 1. 1877
ZS	civilní senát
ZVG	německý zákon o nucených dražbách z 24. 3. 1897
ZVS	nucený výkon rozhodnutí (Zwangsvollstreckungs-)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A. EINLEITUNG

A.I. PROBLEMSTELLUNG

Die Problematik des Streitgegenstandes der Vollstreckungsgegenklage ist trotz einer mehr als hundertjährigen Diskussion¹ nicht abschließend geklärt worden. In der Literatur² sowie in der Rechtsprechung³ herrscht keine Einigkeit darüber, nach welchen Kriterien der Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage zu beurteilen ist. Dies hängt mit zwei Problemfeldern zusammen. Zum einen ist der Begriff des Streitgegenstandes „an sich“ zu einem der größten Probleme der Zivilprozesslehre geworden⁴. Die ausufernde Literatur zu diesem Thema in den letzten fünfzig Jahren bietet einen klaren Beweis dafür⁵. Zum anderen wird der Umfang und das Wesen der „Einwendungen, die den festgestellten Anspruch selbst betreffen“ (§ 767 I ZPO) in Frage gestellt⁶. Dass ohne Beurteilung der Problematik der geltend gemachten Einwendungen die Frage des Streitgegenstandes der Vollstreckungsabwehrklage⁷ nicht zu beantworten ist, liegt auf der Hand.

Die Schwierigkeiten der Streitgegenstandslehre ergeben sich vor allem daraus, dass die Literatur unermüdlich immer wieder versucht hatte, einen geschlossenen, für alle Fälle einheitlichen Begriff des Streitgegenstandes zu bilden⁸. Dies lässt an eine seit langem überholte Periode der Entwicklung der Rechtswissenschaft – und zwar an die Begriffsjurisprudenz – erinnern⁹. Die Tatsache, dass die juristischen Begriffe nicht wie in der Naturwissenschaft analytisch, sondern bloß synthetisch herausgebildet werden, bedeutet jedoch vor allem, dass ihre Definitionen von keiner eindeutigen, unabänderlichen Natur sind¹⁰. In unterschiedlichen Problemsituationen können daher die juristischen Begriffe unterschiedliche Bedeutungen haben. Dies gilt nicht nur für Paradebeispiele wie „gute Sitten“, sondern auch für den Streitgegenstandsbegriff, denn auch ihm liegen unterschiedliche Bewertungen zugrunde. Dies wird in vorliegender Arbeit berücksichtigt.

A.II. DER GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG

Ausgangspunkt der Diskussion über den Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage ist ihre Rechtsnatur. Auch in neuerer Zeit gibt es Beispiele dafür, dass diese grundsätzliche Problematik der Klage nicht einheitlich beurteilt wird¹¹.

¹ Vgl. zuerst *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 1 ff., insb. 14 f.; vgl. auch weiter u. B.II.1.

² S. den darstellenden Teil bei *Janke*, Gegenstand, S. 1 ff.

³ S. z.B. unterschiedliche Ansichten in BGHZ 45, 231 ff. und BGH IX. ZS, Urteil v. 19. 6. 1984 – IX ZR 89/83 = FamRZ 1984, S. 878 ff.

⁴ S. *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), Einl. Rn. 267, S. 155.

⁵ Vgl. z.B. die Literaturübersicht bei *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), aaO., Rn. 263, S. 152.

⁶ Vgl. *Gilles*, ZZZ 83 (1970), S. 61 ff., insb. S. 91 ff.

⁷ Zweite übliche Bezeichnung für die Klage aus § 767 ZPO, die von *Reichel*, AcP 133 (1931), S. 19 f. kam; hier wird dennoch der ältere (s. dazu B.II.1.) Ausdruck „Vollstreckungsgegenklage“ oder der kürzere „Abwehrklage“ verwendet.

⁸ Vgl. *Gottwald*, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, S. 85.

⁹ Vgl. *Ekelöf*, ZZZ 85 (1972), S. 145 ff.

¹⁰ Vgl. *Weinberger/Weinberger*, Logik, Semantik, Hermeneutik, S. 183 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 439 ff.

¹¹ Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 II. 2, S. 612 ff.

Obwohl die h.M. auf der Konzeption der prozessualen Gestaltungsklage beruht¹², sind erneut Versuche unternommen worden, die Rechtsnatur der Klage entweder in einer Unterlassungs- bzw. Beseitigungsklage¹³ oder in einer „unvollkommenen“ Gestaltungsklage¹⁴ zu erblicken. Bei der Beurteilung der Rechtsnatur der Klage ist vornehmlich auf den Zusammenhang des § 767 ZPO mit §§ 775, 776 ZPO, sowie auf die Abgrenzung des Anwendungsbereichs zwischen den einzelnen Klagearten abzustellen.

Ein weiteres mit dem Streitgegenstandsbegriff der Vollstreckungsgegenklage zusammenhängendes Problem ist die Natur der mit ihr geltend gemachten Einwendungen. Die neuere Rechtsprechung des BGH geht davon aus, dass die Abwehrklage auch gegen nicht vollstreckungsfähige Titel zulässig ist¹⁵. Damit wird der Normgehalt des § 767 I ZPO weit ausgedehnt, was die Frage aufwirft, ob die Rechtsfortbildung in diesem Falle gerechtfertigt ist. Für die richtige Betrachtung des Streitgegenstandes der Abwehrklage ist weiter die innere Systematik des § 767 ZPO von Belang. Das Verhältnis der Absätze 2 und 3 muss grundsätzlich erforscht werden, um daraus die Folgerungen für die Klageänderung, die Rechtshängigkeit sowie die Klagehäufung zu ziehen. Es handelt sich dabei vornehmlich um die Fragen, ob § 767 III ZPO eine innerprozessuale oder außerprozessuale Präklusionsvorschrift darstellt und ob § 767 III ZPO subjektiv oder objektiv ausgestaltet ist.

Die Urteilswirkungen eines auf die Vollstreckungsgegenklage ergehenden Urteils sind gleichfalls zu untersuchen. Der Begriff des Streitgegenstands ist nämlich für die Problematik des Rechtskraftumfangs von Bedeutung. Dabei muss grundsätzlich zwischen dem stattgebenden und dem abweisenden Urteil unterschieden werden. Bei dem der Abwehrklage stattgebenden Urteil ist es fraglich, ob überhaupt Rechtskraftwirkungen entfaltet werden¹⁶. Die Rechtskrafterstreckung bei dem die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteil wirft die Frage auf, ob auch über die geltend gemachten Einwendungen rechtskräftig entschieden wird¹⁷. Schließlich ist noch die mögliche Präjudizwirkung eines solchen Urteils zu prüfen¹⁸.

A.III. ZIELSETZUNG UND AUFBAU DER ARBEIT

Es soll mit dieser Arbeit versucht werden, die Hauptprobleme des Streitgegenstandes der Vollstreckungsgegenklage darzustellen und ihre Lösung im Hinblick auf Ergebnisse der bisherigen Diskussion vorzuschlagen. Der Verfasser ist sich jedoch der Tatsache bewusst, dass in diesem Umfang die vollständige Erörterung aller Fragen nicht möglich ist. Es werden daher Kernpunkte gewählt, die auch im Aufbau der Arbeit ihren Ausdruck finden.

Nach der Einleitung (Teil A.) wird auf die Problematik der Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage eingegangen (Teil B.). Dabei werden auch ältere (materielle sowie prozessrechtliche) Theorien der Abwehrklage dargestellt. Hintergrund ist, schon am

¹² Vgl. B.IV.1. und *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 3, S. 1970, m.w.N.

¹³ S. *Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 481 ff. (dazu u. B.II.2.).

¹⁴ S. u. B.IV.3.

¹⁵ BGHZ 118, 229 ff.; BGHZ 124, 164 ff.

¹⁶ Vgl. *Schlosser*, Gestaltungsklagen, S. 406 ff.

¹⁷ Vgl. BGH IX. ZS, Urteil v. 19. 6. 1984 – IX ZR 89/83 = FamRZ 1984, S. 878 ff.

¹⁸ Vgl. BGH II. ZS, Urteil v. 30. 5. 1960 – II ZR 207/58 = ZZZP 74 (1961), S. 187 ff.

Anfang der Arbeit zu zeigen, dass es sich im Falle der Vollstreckungsgegenklage um die Fragen handelt, die mit der gesamten Konzeption des Verhältnisses zwischen dem materiellen und dem Prozessrecht zusammenhängen.

Im Teil C. der Arbeit werden zuerst einzelne Streitgegenstandslehren dargestellt (C.I.). Dabei wird auch Grundsätzliches zum Gegenstand einer Gestaltungsklage gesagt (C.I.3.). Die wichtige Frage der Natur der mit der Klage geltend gemachten Einwendungen, die auch das Problem ihres Anwendungsbereichs betrifft, wird anschließend beantwortet (C.II.). Auf die innere Systematik des § 767 ZPO wird unter C.III. bezüglich Abs. 2 und weiter unter C.IV. hinsichtlich Abs. 3 eingegangen. Dabei erworbene Ergebnisse werden dann auf den Fall des Nachschiebens und Auswechselns von Einwendungen angewendet (C.IV.3.).

Das über die Vollstreckungsgegenklage ergehende Urteil und seine Wirkungen vor allem in Hinsicht auf die materielle Rechtskraft werden im Teil D. erörtert. Dabei wird zwischen dem stattgebenden (D.II.) und abweisenden Urteil (D.III.) unterschieden. In diesem Zusammenhang wird auch die Problematik der Rechtskraftwirkung bei Aufrechnung sowie die Frage der Präjudizwirkung untersucht (D.III.3.).

Zum Schluss werden die in der Arbeit gewonnenen Ergebnisse zusammenfassend dargestellt (Teil E.).

B. DER STREIT UM DIE RECHTSNATUR DER VOLLSTRECKUNGSGEGENKLAGE

B.I. EINLEITUNG

Die Diskussion¹⁹ über die „Rechtsnatur“ der Vollstreckungsgegenklage begleitet die Entwicklung des modernen Zivilprozesses schon seit langer Zeit. Ältere Theorien, die noch auf *Savignys*, bzw. *Windscheids* Lehre über die *actio* des römischen Rechts beruhten, leiteten die Befugnis zur Einlegung dieser Klage direkt aus dem materiellen Recht ab²⁰. Autoren, die solche Ansichten vertreten haben, erblickten die Natur der Vollstreckungsgegenklage grundsätzlich entweder in einer *condictio*, die noch mit einer Feststellungsklage verbunden sein konnte, oder in einer *negatorischen Klage*, durch die der Vollstreckungsschuldner seine materiellrechtlichen *Beseitigungs-* bzw. *Unterlassungsansprüche* geltend zu machen imstande war. In dieser Arbeit wird auf solche Anschauungen von *Kohler* und *A. Blomeyer* eingegangen.

In der weiteren Etappe der Entwicklung des Zivilprozesses, die mit *Wachs* Lehre über den *Rechtsschutzanspruch*²¹ verbunden zu sein scheint, haben die damaligen Prozessualisten vor allem darauf Nachdruck gelegt, die Vollstreckungsgegenklage als eine gegen die von dem Staat betriebene Zwangsvollstreckung gerichtete Klage, darzustellen. Hier werden wir uns näher mit den *öffentlichrechtlichen Theorien* von *Langheinken* und *Stein* auseinandersetzen.

¹⁹ K. Schmidt; Vollstreckungsgegenklage, S. 492, bezeichnet sie m.w.N. als „ausufernd“.

²⁰ Vgl. Simshäuser, Entwicklung, S. 46 ff.

²¹ Wach, Handbuch, S. 19 ff.

Zum Schluss dieses Teils wird noch der heutige Meinungsstand dargestellt werden, wobei die heute herrschende Lehre über die Vollstreckungsgegenklage als einer *prozessualen Gestaltungsklage* überprüft wird. Dabei wird auf Probleme eingegangen, die für die Rechtsnatur der Klage von entscheidender Bedeutung sind (Stichwörter: Unvollkommenheit der Gestaltungsklage, Verhältnis zu §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO).

B.II. MATERIELLRECHTLICHE THEORIEN

B.II.1 *Kohlers Theorie der Leistungsklage*

Soweit ersichtlich, war *Kohler* der erste²², der den Begriff „Vollstreckungsgegenklage“ für die Klage aus dem damaligen § 686 CPO gebraucht hat. Nach seiner Ansicht ist „der Ausgangspunkt“ der Vollstreckungsklage ein „civilistischer“; mit der Klage werde geltend gemacht, dass das Vermögen des „Exequendus“ in einer dem materiellen Recht widersprechenden Weise angegriffen worden sei, und deswegen der vollstreckungsrechtliche Angriff nicht gerechtfertigt sein könne²³. Die Vollstreckungsgegenklage unterscheide sich von der normalen Feststellungsklage dadurch, dass „sie einen präsenten Anspruch zur Geltung bringen will, während es sich bei der Feststellungsklage um einen bloß künftigen (also momentan noch nicht bestehenden) Anspruch oder um ein Rechtsverhältnis handelt, aus welchem künftig Ansprüche entstehen können“²⁴. Um welchen „präsenten Anspruch“ es sich handeln soll, sagt aber *Kohler* nicht eindeutig.

Schon in seiner ersten Arbeit über die Vollstreckungsgegenklage²⁵ führt *Kohler* an, dass eigentlich zwei Betrachtungsweisen des Anspruchs der Klage möglich sind. Zum einen als „ein Anspruch“, den der VSSchuldner²⁶ zur Wahrung seiner individuellen Integrität gegen den „executiven Angriff“ geltend mache²⁷, also ein Anspruch, der im allgemeinen „Persönlichkeitsrecht“²⁸ seine Stütze hat. Daneben kann man *Kohler* zufolge die Vollstreckungsgegenklage als eine *condictio* annehmen, mit der die „Causallosigkeit“²⁹ der ZVS³⁰ eingewandt wird. Obwohl zwei materielle Ansprüche den möglichen Gegenstand der Klage bilden können, bleibe – so *Kohler* – das Ergebnis immer gleich. Denn wenn „das Urtheil lediglich dahin lautet, daß die Vollstreckungsmaßnahmen aufgehoben werden, so involviert nichtsdestoweniger das Urtheil zugleich eine Entscheidung der vollen Frage über die causa des Vollstreckungstitels, und damit eine Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der civilistischen Verbindlichkeit“³¹. Daraus folgt eine wichtige praktische Konsequenz: wenn zu gleicher Zeit eine Feststellungsklage,

²² Zum ersten mal war es im Aufsatz „Ueber executorische Urkunden“, *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 1 ff., so selbst *Kohler*, ZJP 29 (1901), S. 14, Fn. 23.

²³ *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 14 f.

²⁴ *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 14.

²⁵ *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 1 ff.

²⁶ S. Abkürzungsverzeichnis.

²⁷ *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 15.

²⁸ Unter dem Begriff „Persönlichkeitsrecht“ (Verbindlichkeiten „*ad personam*“) ist bei *Kohler* nach römischem Vorbild ungefähr heutiges Schuldrecht zu verstehen.

²⁹ *Kohler*, ZJP 29 (1901), S. 15 und auch *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 17.

³⁰ S. Abkürzungsverzeichnis.

³¹ *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 17.

die das Bestehen der Schuld betrifft, und eine Vollstreckungsgegenklage rechtshängig wären, sollte der Zulässigkeit der späteren Klage die negative Prozessvoraussetzung der *Litispending*, ggf. *res judicata* entgegenstehen³².

Diese Vielfältigkeit der Auffassung *Kohlers* führte (und führt) immer wieder zu Problemen bei der Auseinandersetzung mit ihr in der Literatur. Einerseits beschwert sich *Kohler* selbst darüber, dass seine „Karakteristik“ als verfehlt angesehen wurde³³, andererseits begnügen sich andere Autoren mit der Behauptung, dass *Kohlers* Konzeption entweder eine *condictio* oder eine Unterlassungsklage (d.h. Leistungsklage³⁴) oder dagegen eine Feststellungsklage³⁵ beinhaltet. Richtig, meiner Meinung nach, ist die Ansicht, die *Kohlers* Ausführungen im Sinne einer *Leistungsklage* versteht. Dies geht schon daraus hervor, dass nach *Kohler* mit der Vollstreckungsgegenklage immer ein „präsenster Anspruch“ geltend gemacht wird. Eine Feststellungsklage kann sich, nach seiner Meinung, dagegen nur auf einen künftigen Anspruch richten (s. oben m.N.). Dabei wird allerdings nicht ausgeschlossen, dass die Vollstreckungsklage als eine „Anspruchsklage“ auch eine Feststellung enthält³⁶. Das hat vielleicht *Kainz*³⁷ irregeführt.

Interessant – und es entspricht auch damaligen Vorstellungen über den klägerischen Rechtsschutz – ist bei *Kohlers* Konstruktion vor allem, dass sie die Rechtsnatur der Klage nicht aus dem in der Klage enthaltenen Antrag ableitet, sondern gerade aus der einschlägigen materiellen Norm. Obwohl der Klageantrag also immer auf – so *Kohler* – Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen lautet, wird damit entweder ein *Anspruch aus condictio sine causa* oder ein *Unterlassungsanspruch* aus dem „Persönlichkeitsrecht“ geltend gemacht. Solchen Ausführungen ist aber nicht zuzustimmen, denn, lägen der Vollstreckungsgegenklage solche materiellen Ansprüche des VSSchuldners zugrunde, müsste das zum Ausdruck im Urteilstenor kommen. Das ist hier aber nicht der Fall.

B.II.2 *Blomeyers* Theorie der Beseitigungs- und Unterlassungsklage

Arwed Blomeyer, der sich mit dem Thema der Vollstreckungsgegenklage vor 45 Jahren befasst hat, spricht von zwei Ebenen, die man im Zwangsvollstreckungsverfahren unterscheiden müsse. Er weist darauf hin, dass die „staatliche Vollstreckung“ immer dann *rechtmäßig* sei, „wenn ihre ‚formellen‘ Voraussetzungen vorliegen, nämlich Vollstreckungstitel (§§ 704 I, 794 ZPO), Vollstreckungsklausel (§§ 724, 725 ZPO) und Zustellung (§ 750 ZPO)“³⁸. Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, dann sind die Vollstreckungsorgane gegenüber dem VS Gläubiger gegenüber der ZVS verpflichtet³⁹. Daraus folgt, dass der VS Gläubiger gegenüber dem Staat einen Anspruch auf Durchführung der Vollstreckung (sog. Vollstreckungsanspruch⁴⁰) hat.

³² *Kohler*, AcP 72 (1888), S. 18.

³³ *Kohler*, ZZP 29 (1901), S. 14.

³⁴ So *Janke*, Gegenstand, S. 11.

³⁵ So *Kainz*, Funktion und Einordnung, S. 29 f.

³⁶ *Kohler*, ZZP 29 (1901), S. 14.

³⁷ *Kainz* bezeichnet die *Kohlers* Auffassung als eine der „Kondiktion und Feststellungsklage“, vgl. *Kainz*, Funktion und Einordnung, S. 29.

³⁸ *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 483.

³⁹ *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), S. 484.

⁴⁰ Diesen Begriff benutzen z.B. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 6 I, S. 69 ff., *Musielak*, Grundkurs, S. 353.

Im Verhältnis der Parteien ist aber der VS Gläubiger, so *Blomeyer*, nur dann zum Betreiben der ZVS berechtigt, wenn er gegen den VSSchuldner einen materiellen Anspruch hat. Ohne diesen Anspruch führt der VS Gläubiger die ZVS *rechtswidrig*, sein Verhalten „(führt) einen Eingriff in das Vermögen des Schuldners herbei“⁴¹. Dieses rechtswidrige Handeln begeht der VS Gläubiger „in mittelbarer Täterschaft durch das Vollstreckungsorgan als ein *rechtmäßig* (und nicht nur schuldlos) *handelndes Werkzeug*“⁴².

Demzufolge hält es *Blomeyer* für konsequent, dass sich die „Abwehrtätigkeit des Schuldners“ nicht gegen den rechtmäßig handelnden Staat (seine Vollstreckungsorgane), sondern gegen den VS Gläubiger selbst wendet. Die Abwehr des VSSchuldners gegen rechtswidrige Eingriffe des VS Gläubigers muss „durch Klagen geschehen, welche für rechtswidrige Eingriffe ohnehin gegeben sind“⁴³. Dementsprechend hat die Vollstreckungsgegenklage „Ziel und Inhalt“, die den negatorischen und quasinegatorischen Beseitigungs- und Unterlassungsklagen entsprechen. Der Unterschied zwischen der Unterlassungsklage und der Beseitigungsklage besteht darin, dass wenn der Eingriff des VS Gläubigers nur „droht“, ist die Unterlassung einschlägig, indem im Falle der Durchführung des Eingriffs, wird dessen Beseitigung verlangt. In beiden Fällen hätten die Klagen einen materiellen Anspruch als Streitgegenstand; welche konkrete materielle Norm(en) aber der VSSchuldner hier geltend macht, sagt *Blomeyer* nicht. Er spricht einerseits von der „Unterlassungs- und Beseitigungspflicht des Gläubigers ... auf Grund privatrechtlicher Schutznormen“⁴⁴, bzw. von Kondiktionsansprüchen⁴⁵. Andererseits erinnert er jedoch daran, dass das Urteil *auch* darüber entscheide, ob der materielle Anspruch des Vorprozesses „untergegangen oder seine Fälligkeit aufgeschoben ist“⁴⁶. Hat dann das Verfahren sogar mehrere Streitgegenstände? Seiner Ansicht nach müssten die Beseitigungs- und Unterlassungsklage, wenn die ZVS schon begonnen hat, jeweils kombiniert werden, denn „der Kläger begehrt nicht nur, dass die getroffenen Maßnahmen beseitigt werden, sondern auch, dass eine Wiederholung unterbleibt“⁴⁷.

Obwohl *Blomeyer* einerseits anführt, dass die herkömmliche Fassung des Klageantrags, bzw. des Urteilenors bei der Vollstreckungsgegenklage (Erklärung der ZVS aus dem Titel für „unzulässig“) infolge seiner Auffassung „nicht unbedingt zu ändern“⁴⁸ sei, meint er an anderer Stelle, die Verurteilung des VS Gläubigers zur Beseitigung „könnte dahin lauten, daß der Beklagte den Vollstreckungsantrag zurückzunehmen oder daß er die gepfändete Sache freizugeben hat“⁴⁹. Dazu sei noch erwähnt, dass nach *Blomeyers* Meinung ein solches Urteil mit Erlangung der Rechtskraft die Wirkung des § 894 ZPO haben solle. Abgesehen davon, dass die Urteile, die zu einer Handlung bzw. Unterlassung verurteilen, nach §§ 887 ZP zu vollstrecken sind, weist *Gaul*⁵⁰ mit Recht darauf

⁴¹ A. Blomeyer, AcP 165 (1965), S. 484.

⁴² A. Blomeyer, AcP 165 (1965), S. 485.

⁴³ A. Blomeyer, AcP 165 (1965), S. 486.

⁴⁴ A. Blomeyer, AcP 165 (1965), S. 488.

⁴⁵ In A. Blomeyer, AcP 165 (1965), S. 487, Fn. 32 weist Verfasser auf Arbeiten von *Oetker* und *Kohler*, die Kondiktionsanspruch des Schuldners als Gegenstand der Klage angesehen haben.

⁴⁶ A. Blomeyer, AcP 165 (1965), S. 498.

⁴⁷ A. Blomeyer, AcP 165 (1965), S. 487.

⁴⁸ A. Blomeyer, AcP 165 (1965), S. 491.

⁴⁹ A. Blomeyer, AcP 165 (1965), S. 488.

⁵⁰ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 II 2, S. 613 f.

hin, dass die Annahme eines derart „vollstreckungsbedürftigen Leistungsurteils“ mit §§ 775, 776 ZPO unvereinbar sei.

Zum Schluss muss man sagen, dass *Blomeyers* Auffassung nicht mehr dem heutigen Stand der Prozessdoktrin entspricht. Hat *Blomeyer* einerseits die Vollstreckungsgegenklage ganz eindeutig als eine *materielle Leistungsklage* (Beseitigungs- und Unterlassungsklage) bezeichnet, dann müsste er gleichfalls schlüssig anführen, *welcher privatrechtliche Anspruch* dieser Klage zugrunde liegt. Die verwandte Problematik des Streitgegenstandes – die ernsthafte praktische Konsequenzen besitzt – wird dabei noch dadurch verdunkelt, dass nach *Blomeyer* – aus meiner Sicht falsch – neben dem nicht näher spezifizierten Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch (vielleicht aus § 1004 BGB?) zugleich „der Fortbestand des Anspruchs des Gläubigers“ als „Streits- und Entscheidungsgegenstand“⁵¹ anzusehen ist. Auch wenn wir den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch des § 1004 BGB als den einzigen Streitgegenstand dieser Klage unterstellen würden, könnten wir dann nicht erklären, was für einen Anspruch im Falle einer unzulässigen *Geldforderungspfändung* der VSSchuldner geltend macht. Um der Vollständigkeit willen muss jedoch erwähnt werden, dass *Blomeyer* in seinem Lehrbuch des Vollstreckungsverfahrens seine Auffassung teilweise geändert und sich *Bettermanns* Standpunkt angeschlossen hat⁵². Da heißt es, dass die Vollstreckungsgegenklage „mit ebensoviel Recht als prozessuale Gestaltungsklage wie als materielle Unterlassungs- und Beseitigungsklage begriffen und bezeichnet werden kann“.

B.III. ÖFFENTLICHRECHTLICHE THEORIEN

B.III.1 Langheinekens Theorie der publizistischen negativen Feststellungsklage

Nach *Langheinekens* Meinung ist die Vollstreckungsgegenklage „eine *negative Feststellungsklage*“, die sich auf „Feststellung der Tatsache, dass ein Vollstreckungsanspruch nicht mehr oder nur noch in einem geringeren Umfange oder nur noch als ein gehemmter bestehe“⁵³ richte. Wie sich schon auf ersten Blick erkennen lässt, spielte in *Langheinekens* Auffassung der „Vollstreckungsanspruch“ eine entscheidende Rolle. Was mit diesem Begriff gemeint ist, ggf. welcher Inhalt ihm zugrunde liegt, wird in folgendem kurz gezeigt.

Langheineken schließt sich nicht der von *Wach* behaupteten Ansicht an, dass der *Vollstreckungsanspruch* unabhängig von der Existenz eines materiellen Anspruchs sei⁵⁴. Er vertritt die Meinung, dass der Vollstreckungsanspruch eine Unterform des *Rechtsschutzanspruches* darstelle. Als Voraussetzungen eines solchen Anspruches, der sich ausschließlich gegen den Staat richte, werden ein objektiv begründetes *Vollstreckungsinteresse* und ein *Vollstreckungsgrund* (zu dem vor allem das Vorhandensein eines *Vollstreckungstitels* gehört) genannt⁵⁵. Die Existenz eines Vollstreckungstitels sei nach

⁵¹ S. *Blomeyer*, ZVS, S. 136 ff.

⁵² *Blomeyer*, ZVS, S. 126.

⁵³ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 179 f.

⁵⁴ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 163.

⁵⁵ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 164.

Langheinekens Meinung aber keine formelle Bedingung an sich. Er ist der Auffassung, dass der Vollstreckungstitel nicht nur vorhanden sein solle, sondern dieser müsse auch „materiell begründet“⁵⁶ sein, d.h. beim Fortfall des im Urteil ausgesprochenen Anspruches (z.B. wegen Erfüllung) gäbe es keinen „begründeter“ Vollstreckungstitel mehr. Daraus ergibt sich jedoch, dass der *Vollstreckungsanspruch* in diesem Sinne keine eindeutige Rechtsnatur besitzt – auch wenn *Langheineken* meint, dass er (sowie der Rechtsschutzanspruch) ein subjektives öffentliches Recht beinhalte⁵⁷.

Wichtiger als schon lange Zeit überholte Meinungsverschiedenheiten um die Rechtsnatur des Rechtsschutzanspruches, scheinen mir die Gedanken *Langheinekens* zu dem prozessualen Wesen der Vollstreckungsgegenklage als solcher zu sein. Er spricht den interessanten Gedanken aus, dass „über den Charakter einer Klage nicht ihr jenseits des Prozesses liegender Zweck, sondern der notwendige, bei beliebiger Variierung des Sachverhaltes konstante Gehalt des im Sinne der Klage ergehenden Entscheides“ etwas aussagt⁵⁸. Diese Annahme kann, meiner Meinung nach, auch heute bei der Beurteilung der Natur der Vollstreckungsgegenklage eine maßgebliche Rolle spielen. Es ist doch klar, dass bei Dreiteilung der Klagen nach dem Kriterium des beantragten Rechtsschutzes in Feststellungs-, Leistungs- und Gestaltungsklagen⁵⁹, gerade die im *Klageantrag* beanspruchte Entscheidung von entscheidender Bedeutung ist. Wenn wir andererseits als maßgebliches Kriterium für Unterteilung der Klagen bzw. Urteile z.B. den durch die Klage verfolgten Zweck annehmen würden, kämen wir sicherlich zu anderen Ergebnissen. Dieser Ansichtspunkt wird oft bei der Eingliederung der Vollstreckungsklage in das prozessuale Klagensystem übersehen. Es bleibt ein dauerndes Verdienst von *Langheineken*, dass er auf dieses Problem schon vor mehr als 100 Jahren hingewiesen hat.

Langheineken hat auch richtig festgestellt, dass das Verfahren der Vollstreckungsgegenklage ein selbständiges Verfahren darstellt, in dem es nicht um Aufhebung des Urteils aus dem Vorprozesses geht, denn „dieses (Urteil) und der im ihn enthaltene Urteilsbefehl bleiben bestehen, es wird nur deren inzwischen erfolgte ... Erledigung konstatiert“⁶⁰. Interessant sind gleichfalls Ausführungen, die die Unterscheidung zwischen der negativen Feststellungsklage nach § 256 ZPO (§ 231 CPO) und der Vollstreckungsgegenklage betreffen. Obwohl auch die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 (§ 686 CPO) auf negative Feststellung gerichtet sei, unterscheide sie sich von der Feststellungsklage des § 231 CPO, so *Langheineken*, hauptsächlich durch ihren Gegenstand⁶¹. Dass zwischen beiden jedoch in der Tat kein praktischer Unterschied besteht, zeigt sich schon daran, dass ein Wechsel der Einwendungen bei der Vollstreckungsgegenklage „eine Klageänderung so wenig involviert, wie etwa bei einer negativen Feststellungsklage nach CPO § 231 das Vorbringen eines anderen Erlösungsgrundes für das Recht, dessen Nichtbestehen festgestellt werden soll“⁶².

⁵⁶ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 164.

⁵⁷ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 44 f., ähnlich auch *Hellwig*, System, I. Band, S. 293 (zum Rechtsschutzanspruch).

⁵⁸ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 179.

⁵⁹ S. *Lüke*, JuS 1969, S. 301, dagegen interessante Ansicht *Rödigs*, Gerichtliches Erkenntnisverfahren, S. 64 ff., insb. 95 ff.

⁶⁰ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 179.

⁶¹ *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 180.

⁶² *Langheineken*, Urteilsanspruch, S. 182.

Insgesamt können wir die Auffassung *Langheinekens* als die weitere Entwicklungsstufe der modernen Zivilprozessrechtslehre ansehen, weil vor allem sein oben erwähnter Akzent auf Unterscheidung der grundlegenden Kriterien für die Unterteilung der Klagen noch heute von Bedeutung ist. Auf der anderen Seite steht es jedoch außer Zweifel, dass der Begriff des Vollstreckungsanspruches, der noch die materiellen Voraussetzungen erhält (sowie der des Rechtsschutzanspruches⁶³), vor allem wegen seiner in Wirklichkeit gemischten Natur – nicht geeignet war, eine überzeugende Beschreibung des Gegenstandes der Vollstreckungsgegenklage zu bringen. Es ist heute doch klar, dass die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels nicht vom Erlöschen seiner materiellen Grundlage abhängt⁶⁴. Es würde sonst heißen, dass jede ZVS, die ohne materielle Grundlage betrieben wird, von vornherein *prozessual unzulässig* wäre. Das ist aber – wie es sich aus den Voraussetzungen der ZVS ergibt – nicht der Fall. Die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels wegen Nichtbestehens des materiellen Anspruchs kann nicht vorprozessual (d.h. vor dem Beginn des Verfahrens über die Vollstreckungsklage) entfernt werden, sondern es ist gerade Aufgabe des Verfahrens der Vollstreckungsgegenklage, sie abzulehnen oder zu bestätigen.

B.III.2 Steins Theorie der prozessualen Gestaltungsklage

Die im Jahre 1913 von *Friedrich Stein* vertretene Ansicht führte über die Position *Langheinekens* hinaus. Die Meinung *Steins* beruhte auf der Annahme, dass auch Vollstreckung aufgrund „eines Titels, hinter dem ein materieller Anspruch nicht oder nicht mehr steht ... rechtmäßig und gesetzmäßig“⁶⁵ ist. Diese Auffassung ging von der strikten Trennung des Begriffes „materieller Anspruch“ von seiner „Erzwingbarkeit“ aus. Zu dieser sind nur staatliche Organe berechtigt/verpflichtet (mit einigen Ausnahmen, z.B. Selbsthilfe §§ 229 BGB) und zwar dann, wenn alle formellen Voraussetzungen dafür erfüllt seien⁶⁶. Die ZVS sei, nach seiner Meinung, zwar eine „bürgerliche Rechtstreitigkeit“, aber „eine selbstständige und eigene Art neben dem Erkenntnisverfahren“⁶⁷.

Auf der anderen Seite war es ihm klar, dass der VSGLäubiger, der ohne materiell-rechtlichen Anspruch vollstrecken lässt, rechtswidrig handelt⁶⁸. *Stein* sieht in dieser Tatsache keinen Widerspruch zu der Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahmen, die vom Staat auch im Falle des Fehlens eines Anspruches unternommen werden. Denn die staatliche Tätigkeit in der ZVS sei keine Ausübung des materiellen Privatrechts und der Staat handle nicht als „Ausübungswerkzeuge“ des Gläubigers. Der Umfang des staatlichen Zwanges werde nur durch den Titel begrenzt und nur seine Überschreitung oder schlechthin die Handlung ohne einen solchen könne die Rechtswidrigkeit der staatlichen Maßnahmen bedeuten⁶⁹. Im Vordergrund dieser Gedanken steht – wie bei

⁶³ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 3 II 2, S. 15.

⁶⁴ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 II 2, S. 613.

⁶⁵ *Stein*, Grundfragen, S. 1.

⁶⁶ *Stein*, Grundfragen, S. 3 u. 9; damit wurde die vollstreckungsrechtliche Triade – Titel, Klausel, Zustellung – gemeint.

⁶⁷ *Stein*, Grundfragen, S. 10.

⁶⁸ *Stein*, Grundfragen, S. 19.

⁶⁹ *Stein*, Grundfragen, S. 14, 16.

Langheineken – der Anspruch des Gläubigers auf Vollstreckungstätigkeit, der gegen den Staat gerichtet ist (Vollstreckungsanspruch). Rechtliche Grundlage dieses Anspruchs bildet dann das *Zweiparteienverhältnis* zwischen dem VSGläubiger und dem Staat⁷⁰. Dem VSSchuldner stehe die Rolle des Subjektes der ZVS insofern zu, als er *prozessuale Handlungen* vorzunehmen habe⁷¹.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich dann auch *Steins* „Konstruktion“ der Vollstreckungsgegenklage. Er lehnt die Konzeption ab, die als Ziel der Klage des § 767 ZPO eine negative Feststellung des Anspruchs ansieht⁷², denn „ein Urteil, das lediglich ausspricht, der Anspruch bestehe nicht, wäre untauglich, das praktische Ziel der Aufhebung der Vollstreckung nach 775 Nr. 1 ZPO zu erreichen“⁷³. Er stellt in diesem Zusammenhang auch die Frage nach den zeitlichen Grenzen der materiellen Rechtskraft eines solchen Feststellungsurteils, denn die Abweisung der Vollstreckungsgegenklage, aus der sich das Bestehen des Anspruchs z.B. zum 1. Januar ergäbe, biete keine Garantie dafür, dass „dieser Anspruch am 1. Februar noch bestanden habe“⁷⁴. Aus oben genannten Gründen kann dann auch nicht überraschen, dass *Stein* die Auffassung von *Langheineken* ablehnt, da das Erlöschen des Anspruchs die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung unberührt lasse⁷⁵.

Folgerichtig ist nach *Stein* die Vollstreckungsgegenklage auf Erlass eines „auslösenden richterlichen Urteils, das sonach ein rechtsgestaltendes, ein sogenanntes Bewirkungsurteil, kein Feststellungsurteil ist“⁷⁶, gerichtet. *Stein* führt dabei auch die Parallele zum Ehescheidungsurteil an und sagt, dass die Zahlung der Forderung des VSGläubigers die „Kraft des Titels“ ebenso wenig berührt, „als der Ehebruch den Bestand der Ehe“⁷⁷. Erst das erg gehende Urteils könne dem Vollstreckungstitel seine Wirksamkeit nehmen, erst nach dem Erlass dieses Urteil können sich die Vollstreckungsmaßnahmen des Staates als rechtswidrig erwiesen. Das zu vollstreckende Urteil des Vorprozesses (d.h. der Titel) wird aber durch das der Vollstreckungsgegenklage stattgebende Urteil nicht „aufgehoben, es wird ihm nur die *Vollstreckbarkeit* genommen“⁷⁸. Das Verfahren der Vollstreckungsgegenklage ist damit keine Fortführung des Vorprozesses, sondern ein eigener Prozess, der auch einen eigenen Gegenstand hat.

Woraus bzw. worin aber der Gegenstand der Klage besteht, sagt *Stein* nicht. Auf keinen Fall stelle die Klage eine Geltendmachung des Notwehrrechts des VSSchuldners gegen den rechtswidrigen Angriff des Staates dar, weil solange der Titel bestehe, sei „der Angriff des Staates durch die Vollstreckung nicht rechtswidrig“⁷⁹. *Kainz* beschreibt daher den Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage im Sinne *Steins* als „das mittels der Rechtsschutzform der Klage erst zu verändernde Vollstreckungsrecht

⁷⁰ *Kainz*, Funktion und Einordnung, S. 48; *Stein* sagt, dass „der Titel ... den Inhalt des Vollstreckungsrechtes für Gläubiger und Staat bestimmt“, s. *Stein*, Grundfragen, S. 13.

⁷¹ *Stein*, Grundfragen, S. 15.

⁷² *Stein* nennt ausdrücklich den Aufsatz von *Oertmann*, AcP 107 (1911), S. 199 ff., an den hier nicht eingegangen sein konnte; dieser *Steins* Einwand kann aber auch gegen die Lehre *Kohlers* (s. B.II.1) angewandt werden.

⁷³ *Stein*, Grundfragen, S. 21.

⁷⁴ *Stein*, Grundfragen, S. 22.

⁷⁵ *Stein*, Grundfragen, S. 22.

⁷⁶ *Stein*, Grundfragen, S. 47.

⁷⁷ *Stein*, Grundfragen, S. 22.

⁷⁸ *Stein*, Grundriß des ZPR und Konkursrechts (3. Auflage), 1928, S. 399 f.

⁷⁹ *Stein*, Grundfragen, S. 22.

des Gläubigers⁸⁰. Eine solche Bezeichnung scheitert aber meiner Meinung daran, dass der Gegenstand der Klage eher ein *rechtsgestaltendes Recht des VSSchuldners als des VSGläubigers* sein sollte. Es wäre nicht haltbar, dass der VSGläubiger mittels der Klage des VSSchuldners ein Gestaltungsrecht auf Veränderung der Vollstreckungsverhältnisse geltend macht. Daran hat er doch *kein Interesse*.

Obwohl also *Stein* die Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage in einer prozessualen Gestaltungs Klage sieht, kann man daraus keinen klaren Schluss ziehen, was den Streitgegenstand dieser Klage anbelangt. Diese Konsequenz ergibt sich vor allem aus der Tatsache, dass *Stein* den VSSchuldner nur *bedingt* als ein Subjekt des VSVerfahrens wahrnimmt. Dem entspricht dann auch die lebensfremde Konzeption, aus der der Rechtsgrund für das konstitutive Urteil folgen soll⁸¹. Sollen wir also einerseits *Steins* Verdienste um Erkennung der Vollstreckungsgegenklage als einer prozessualen Gestaltungs Klage anerkennen, ist dazu andererseits hinzufügen, dass der eigene Inhalt des durch die Klage geltend gemachten Rechts bei ihm noch im Dunkeln bleibt.

B.IV. HEUTIGER MEINUNGSSTAND

B.IV.1 Einleitung

Es ist heute fast einhellige Meinung⁸², die nicht nur in der Theorie⁸³, sondern auch in der Rechtssprechung⁸⁴ zum Ausdruck kommt, dass die Vollstreckungsgegenklage eine „prozessuale Gestaltungs Klage“ darstellt. Die von dieser Meinung abweichenden Ansichten sind, was die moderne Prozessdoktrin betrifft, eher selten. Neben der materiellrechtlichen Auffassung *Blomeyers* (s. o. B.II.2), ist vor allem *Janke*s Lehre über eine „prozessuale Feststellungs Klage“⁸⁵ zu erwähnen.

Obwohl also die Ansichten zur rechtsgestaltenden prozessualen Natur der Vollstreckungsgegenklage überwiegen, bedeutet dies nicht, dass auch die Schlussfolgerungen, die aus dieser Tatsache gezogen werden, übereinstimmen. Im Gegenteil: Wie schon *Janke* gezeigt hat⁸⁶, gibt es zumindest drei verschiedene Auffassungen, was nur den Streitgegenstand dieser „rechtsgestaltenden prozessualen“ Klage anbelangt. Diese Konsequenz ergibt sich vor allem daraus, dass die Begriffe „Rechtsnatur einer Klage“, sowie „prozessuale Gestaltungs Klage“⁸⁷, nicht nur *einer legalistischen Definition entbehren*, sondern auch *nicht analytisch* abgeleitet werden können (dazu s. auch A.I.).

⁸⁰ *Kainz*, Funktion und Einordnung, S. 49.

⁸¹ Vgl. *Janke*, Gegenstand, S. 24.

⁸² So *Janke*, Gegenstand, S. 24; *Geißler*, NJW 1985, S. 1866 link. Sp.; *Schlosser*, Gestaltungs Klagen, S. 100, *Zöller/Stöber* (20. Aufl. 1997), § 767 Rn. 1, S. 1815

⁸³ *Gaul*, JuS 1962, S. 1 ff.; *Gilles*, ZJP 83 (1970), S. 67; *Henckel*, AcP 174 (1974), S. 109; *Kainz*, Funktion und Einordnung, S. 87; *Lüke*, JuS 1969, S. 302; *MüchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 3, S. 1970; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 II 2; S. 612 ff.; *K. Schmidt*, Vollstreckungsgegenklage, S. 492; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 6, S. 484; *Thran*, JuS 1995, S. 1112; *Baumbach/Lauerbach/Hartmann* (59. Aufl. 2001), § 767 Rn. 1, S. 1852; *Thomas/Putzo* (23. Aufl. 2001), § 767 Rn. 1, S. 1245 f.

⁸⁴ BGHZ 22, 54, 56; BGHZ 55, 256, 259; BGH IX. ZS, Urteil v. 19.6.1984 – IX ZR 89/83 = FamRZ 1984, S. 878 ff.; BGHZ 118, 229, 236; BGHZ 124, 164, 170

⁸⁵ *Janke*, Gegenstand, S. 129 ff., insb. 132.

⁸⁶ *Janke*, Gegenstand, S. 24 ff.

⁸⁷ S. dazu *Schlosser*, Gestaltungs Klagen, S. 100, der behauptet, dass diese Bezeichnung „auf einer gewissen systematischen Verlegenheit“ beruht.

Im folgenden wird hier auf zwei bestehende Auffassungen⁸⁸ zur Klage aus § 767 ZPO eingegangen, die, meiner Ansicht nach, wohl den Stand der heutigen Lehre widerspiegeln. Beide sind zwar darin einig, dass die Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage in der Rechtsgestaltung liegt; hinsichtlich der praktischen Konsequenzen bleiben jedoch deutliche Unterschiede.

B.IV.2 Vollstreckungsgegenklage als eine „prozessuale Gestaltungsklage“

Die überwiegende Mehrheit von denen, die die Meinung von der prozessual rechtsgestaltenden Natur der Vollstreckungsgegenklage vertreten, teilt die Ansicht, dass die prozessualen Gestaltungswirkungen der Klage gerade darin liegen, dass das der Klage stattgebende Urteil dem Vollstreckungstitel seine „Vollstreckbarkeit“ nimmt⁸⁹. Im Augenblick, wenn das stattgebende Urteil die formelle Rechtskraft erlangt, verliert der Vollstreckungstitel *ex nunc* seine Vollstreckungswirkung⁹⁰.

Der Einwendung, dass erst die Vorlage des stattgebenden Urteils zur Einstellung (und Aufhebung) der Vollstreckung(smaßregeln) nach § 775, (776) ZPO führt, wird entgegengehalten, dass die Gestaltungswirkung des Urteils sich „nicht auf einen bestimmten Vollstreckungsakt, sondern nur auf die Vollstreckbarkeit des Titels“⁹¹ bezieht. Dabei wird betont – und zwar im Einklang mit der höchstrichterlichen Praxis⁹², dass mit der Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels keinesfalls eine rechtskräftige Feststellung über das Nichtbestehen des materiellrechtlichen Anspruchs getroffen wird⁹³. Das schließt aber die Möglichkeit nicht aus, mit der *Zwischenfeststellungsklage* nach § 256 II ZPO die Frage des Bestehens/Nichtbestehens des materiellen Anspruchs zum Streitgegenstand des Verfahrens zu erheben⁹⁴.

In den Fällen, in denen z.B. die Einwendung einer *teilweisen Schuldtilgung* oder eines *zeitlich beschränkenden Vollstreckungsvereinbarung* mit Erfolg im Prozess erhoben wird, ist es wohl möglich, dass das Urteil nur *teilweise* oder *zeitlich begrenzt* dem Vollstreckungstitel die Vollstreckbarkeit nimmt. Man kann also nach dieser Ansicht über eine „gänzliche oder teilweise, endgültige oder zeitweilige Vernichtung der Vollstreckbarkeit“ sprechen⁹⁵. Nach Münzberg bildet allein diese *Beseitigung der Vollstreckungswirkung des Titels* den Streitgegenstand der Klage aus § 767 ZPO⁹⁶. K. Schmidt, der auch die Auffassung über direkte Gestaltungswirkung des der Klage stattgebenden Urteils teilt, formuliert dagegen die Frage nach dem Streitgegenstand gewissermaßen breiter und sagt, dass die *Zulässigkeit der ZVS aus dem Titel* den

⁸⁸ Vgl. aber Janke, Gegenstand, S. 24 ff.

⁸⁹ So vor allem Geißler, NJW 1985, S. 1866; Gilles, Z郑 83 (1970), S. 67; Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 II 2, S. 612; MünchKomm/K. Schmidt, § 767 Rn. 3; S. 1970; K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 492; Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 6, S. 484;

⁹⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 II 2, S. 612.

⁹¹ MünchKomm/K. Schmidt, § 767 Rn. 3, S. 1970.

⁹² BGH IX. ZS, Urteil v. 19.6.1984 – IX ZR 89/83 = FamRZ 1984, S. 878 ff., insb. S. 879

⁹³ So z.B. Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 3 f., S. 483 f.

⁹⁴ Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 II 2, S. 612 ff.

⁹⁵ Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 6, S. 484.

⁹⁶ Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 6, S. 484.

Gegenstand des Prozesses darstelle⁹⁷; damit sollen auch die Fälle bezogen werden, in denen die Vollstreckungsgegenklage gegen einen unvollstreckbaren Titel erhoben wird.

B.IV.3 Vollstreckungsgegenklage als eine „unvollkommene prozessuale Gestaltungs- klage“

Henckel⁹⁸, Schlosser⁹⁹ und in seinem Lehrbuch auch A. Blomeyer¹⁰⁰ haben, obwohl auch sie die Klage aus § 767 ZPO als eine prozessuale Gestaltungs- klage verstehen, gegen die h. M. eingewandt, dass dem stattgebenden Urteil nur eine *unvollkommene, bzw. gestreckte Gestaltungswirkung* zustehe. Diese Annahme beruht auf der schon oben (B.IV.2.) erwähnten Tatsache, dass erst die Vorlage des Urteils beim Vollstreckungsorgan die Einstellung der ZVS und die Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen gemäß §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO bewirken kann. Neben dem Gegenargument K. Schmidts, dass das Urteil sich nicht gegen die Vollstreckungsakte richtet, sondern nur gegen die Vollstreckungswirkung des Titels, ist noch zu ergänzen, dass eine Vollstreckungsgegenklage auch vor dem Beginn der ZVS denkbar ist, d.h. dass die Rechtsfolgen der §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO nicht immer eintreten müssen. Daraus folgt u.a. auch, dass – obwohl die Klage aus § 767 ZPO häufig als eine „Voll- streckungsklage“ bezeichnet wird – *der Beginn der ZVS keine ihre Zulässigkeitsvor- aussetzung darstellt*. Der Vollständigkeit halber soll noch angeführt werden, dass im Falle eines laufenden ZVS-Verfahrens die Vollstreckung (von Amts wegen) einzustellen ist, sobald das Vollstreckungsorgan von der Existenz eines Vollstreckungsgegen- urteils Kenntnis erlangt¹⁰¹.

Dagegen versteht Schlosser in seiner Habilitationsschrift das *Gestaltungsurteil* als „ein Urteil, welches eine Rechtsfolge verfügt, auf die sich ohne Erlaß und meist auch ohne formelle Rechtskraft des Urteils, das die Rechtsfolge beinhaltet, niemand berufen kann“¹⁰². Die Vollstreckungsgegenklage bildet nach ihm „genau das negative Spiegel- bild zur Leistungsklage“¹⁰³. Zu diesem Ergebnis kommt er aufgrund der Überlegung, dass im Unterschied zum Leistungsurteil, das immer das Bestehen des Anspruchs fest- stellt und das Recht zur Vollstreckung schafft, *das der Vollstreckungsgegenklage statt- gebende Urteil das Nichtmehrbestehen des Anspruch feststelle* und die Vollstreckbarkeit der Entscheidung des Vorprozesses beseitige¹⁰⁴. Im Einklang damit steht auch Annahme A. Blomeyers, dass das Vollstreckungsgegenurteil neben der Frage nach der Zulässigkeit der ZVS zugleich *über den materiellen Anspruch selbst entscheide*¹⁰⁵.

Diese Meinung steht aber im Widerspruch zu der ständigen Rechtsprechung der BGH, der ausführt, dass die Feststellung über das Fortbestehen des titulierten Anspruchs

⁹⁷ MünchKomm/K. Schmidt, § 767 Rn. 41, S. 1980 f.

⁹⁸ Henckel, AcP 174 (1974), S. 109.

⁹⁹ Schlosser, Gestaltungs-klagen, S. 101.

¹⁰⁰ Blomeyer, ZVS, S. 127.

¹⁰¹ Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 II 3, S. 615 f.; BGHZ 25, 60, 64 ff.

¹⁰² Schlosser, Gestaltungs-klagen, S. 37.

¹⁰³ Schlosser, Gestaltungs-klagen, S. 105 f.

¹⁰⁴ Schlosser, Gestaltungs-klagen, S. 106.

¹⁰⁵ Blomeyer, ZVS, § 33 VII 1, S. 136 f.

nicht Gegenstand des Verfahrens sei¹⁰⁶. Dementsprechend ist nach überwiegender Auffassung¹⁰⁷ im Wege der Vollstreckungsgegenklage auch über die Vollstreckbarkeit des fehlerhaften Titels (der z.B. unbestimmt ist, oder im Falle einer notariellen Urkunde nach § 794 I Nr. 5 ZPO nichtig ist) zu entscheiden. Feststellungen über Fortbestehen oder Nichtmehrbestehen des Anspruchs werden dabei nicht getroffen. In solchen Fällen sind die materiellen Einwendungen, die den festgestellten Anspruch selbst betreffen, ganz entbehrlich, denn für Entscheidung des Gerichts sind hier nur formelle Fragen des Titels „an sich“ von Bedeutung¹⁰⁸.

B.V. FOLGERUNGEN

Probleme bei der Beurteilung der Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage ergeben sich vor allem daraus, dass es keine festen Maßstäbe gibt, nach denen die Frage zu beantworten wäre. Wenn man von der herkömmlichen *Dreiteilung der Klagearten* in Feststellungs-, Leistungs- und Gestaltungsklage ausgeht, die heute fast einhellig von der Prozesstheorie vertreten wird¹⁰⁹ und die sich auch in der Praxis bewährt hat, dann liegt es nahe, die Vollstreckungsgegenklage als eine *prozessuale Gestaltungsklage* anzusehen. Dies folgt daraus, dass der VSSchuldner in Form dieser Klage vom Staat *den Rechtsschutz* gegen einen aus seiner Sicht nicht vollstreckbaren Titel beantragt, und dieser Schutz kann nicht anders als durch Aufhebung der Zulässigkeit der Vollstreckung aus dem Titel gewährleistet werden. Im Vollstreckungsverfahren, das rein formal aufgebaut ist, muss *die Rechtssicherheit* herrschen, was die Frage nach dem genauen Zeitpunkt der eventuellen Unzulässigkeit der ZVS anbelangt. Solchen Ansprüchen könnte z.B. eine Feststellungsklage nicht genügen, weil sie nur deklaratorischer Natur ist. Was noch die Frage nach der *Unvollkommenheit* den rechtsgestaltender Wirkungen der Vollstreckungsgegenklage betrifft, sei hier erwähnt, dass die Gestaltungswirkung des der Klage stattgebenden Urteil ohne Rücksicht darauf eintritt, ob schon ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet ist oder nicht. Dann kann man über keine Unvollkommenheit sprechen.

C. STREITGEGENSTAND UND ZULÄSSIGE EINWENDUNGEN

C.I. GRUNDSÄTZLICHES ZUM STREITGEGENSTAND

In jedem gerichtlichen Prozess muss schon von Anfang an klar sein, worüber das Gericht zu entscheiden hat. Im Prozessrechtsverhältnis zwischen beiden Parteien, das durch die Zustellung der Klage an den Beklagten (§ 271 I, II ZPO) begründet wird und an dem auch das Gericht beteiligt ist, muss Klarheit darüber bestehen, welche Tatsachen für das Verfahren von Bedeutung sind, d.h. was zu beweisen ist und welche

¹⁰⁶ BGHZ 22, 54, 56; BGH Urteil v. 24.11.1954 – VIII ZR 123/58 = WM 1960, 52, 53; BGH Urteil v. 16. 12. 1977 – V ZR 236/1973 = WM 1978, 439; BGH, Urteil v. 19. 6. 1984 – IX ZR 89/83 = FamRZ 1984, S. 879.

¹⁰⁷ S. z.B. K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 513 ff.; Foerste, ZJP 107 (1994), 370 ff.

¹⁰⁸ Wie bei BGHZ 124, 164 ff. – Auslegung des Urteils(Titels-)tenors.

¹⁰⁹ Einzige mir bekannte Ausnahme stellt Rüdig, Theorie, S. 64 ff. dar.

Partei für welche Tatsachen die Darlegungslast bzw. Beweislast trägt. Für solche und ähnliche Fragen ist der Begriff des Streitgegenstandes unentbehrlich. Nicht zu Unrecht wird er als *Angelpunkt des Zivilprozesses*¹¹⁰ bezeichnet.

Um so mehr überrascht, dass der historische Gesetzgeber der ZPO diesem Begriff keine große Aufmerksamkeit gewidmet hatte. Er ging davon aus, dass als Gegenstand des Rechtsstreits einfach der vom Kläger geltend gemachte Anspruch im materiellrechtlichen Sinne (heute § 194 I BGB) zu verstehen sei¹¹¹. Die ZPO definiert den Begriff nicht und verzichtet auch auf eine einheitliche Terminologie. Sie spricht einerseits über „das streitige Rechtsverhältnis“ (§ 62 I ZPO) oder über den „Streitgegenstand“ (§§ 81 und 83 I ZPO), andererseits über den „geltend gemachten Anspruch“ (§§ 306 und 307 I ZPO), den „erhobenen Anspruch“ (§§ 313 II und 322 I ZPO) oder – was im vorliegenden Zusammenhang wichtig ist – über den „durch das Urteil festgestellten Anspruch“ (§ 767 I ZPO).

Es hatte sich jedoch gezeigt, dass die einfache Gleichsetzung des materiellen Anspruchs, wie ihn *Windscheid* in die deutsche Rechtsdogmatik eingeführt¹¹² und der Gesetzgeber später im BGB verankert hatten (§ 194 BGB), mit dem Streitgegenstand nicht haltbar ist. Das ergibt sich schon daraus, dass bei Feststellungsklagen, kein Anspruch im Sinne des § 194 I BGB geltend gemacht wird. Gleiches gilt auch bei Gestaltungsklagen. Besondere Probleme bringt der materielle Anspruchsbegriff weiter in Fällen der Anspruchskonkurrenz mit sich.

Über das Wesen und die Struktur des Streitgegenstandsbegriffs wird deswegen seit Jahrzehnten kräftig diskutiert¹¹³. Der Streit hat vor allem darum an Bedeutung gewonnen, weil mit dem Inhalt des Begriffs wesentliche praktische Konsequenzen verbunden sind. Unabhängig davon bleibt festzustellen, dass trotz der Verschiedenheit der Auffassungen das Bemühen im Vordergrund steht, zu einem in jedem Falle gerechten Ergebnis zu kommen zu versuchen¹¹⁴. Schon dies zeigt, dass bei der Lösung von Problemen, die den Streitgegenstandsbegriff betreffen, nicht von dogmatischen Vorstellungen über die Aufbau von Rechtsbegriffen auszugehen ist¹¹⁵, sondern die Funktionen und Ziele dieses Begriffs in den Vordergrund zu stellen sind¹¹⁶.

C.I.1 Der materiellrechtliche Streitgegenstandsbegriff

Trotz aller Einwände, die gegen die materielle Auffassung des Streitgegenstandsbegriffs erhoben wurden, versucht ein Teil der Prozesswissenschaft seit den

¹¹⁰ So *Grunsky*, Grundlagen, S. 26.

¹¹¹ So *Musielak*, Grundkurs, S. 86.

¹¹² In seinem Schrift „Actio des Römischen Civilprozeßrechts“ aus dem Jahre 1856 (zitiert nach *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, S. 531 f.).

¹¹³ *Rosenberg* hatte in der ersten Auflage seiner Lehrbuch (1927) den Streitgegenstand durch Antrag und Sachverhalt definiert (vgl. *Schwab*, JuS 1976, S. 71); vor allem in der Nachkriegszeit wurde das Thema heftig erörtert; dabei sind vor allem die Habilitationen von *Schwab*, *Habscheid*, *Henckel* und *Arens* zu nennen.

¹¹⁴ Das zeigen z.B. die Änderungen der Lehre *Schwabs* im sog. Kaufpreis-Wechsel-Fall; *Rosenberg/Schwab* (14. Auflage), § 154 II, S. 982.

¹¹⁵ Berühmt ist der Aufsatz *Ekelöfs*, ZZP 85 (1972), S. 145 ff., der den Begriff des Prozessgegenstands als „Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz“ bezeichnet hat.

¹¹⁶ Danach versucht auch die Rechtsprechung nicht nach schulmäßigen schematischen Mustern zu handeln, sondern immer zu einem vernünftigen Ergebnis zu kommen; z.B. *Warneyer*, 1970, Nr. 21, S. 48.

fünfziger Jahren wieder den Begriff des Anspruchs aus § 194 I BGB für die Lösung der prozessualen Fragen brauchbar zu machen¹¹⁷. Man geht vor allem in Fällen der Anspruchskonkurrenz (z.B. in dem berühmten „*Fahrgastfall*“ s.u.) davon aus, dass trotz verschiedener Anspruchsgrundlagen nur ein materiellrechtlicher Anspruch besteht¹¹⁸. Es wird dabei vorausgesetzt, dass es sich um einen (materiellrechtlichen) Anspruch gerade auch dann handelt, wenn einem Lebenssachverhalt (Tatbestand) mehrere Anspruchsnormen entsprechen, deren Rechtsfolgen immer gleich sind. Im *Fahrgastfall*¹¹⁹ –

Der Fahrgast A wird bei einem Straßenbahnunfall verletzt und klagt gegen die juristische Person, welche die Straßenbahn betreibt, auf Zahlung von €1.000 Schadensersatz.

– wird nach dieser Ansicht nur ein materiellrechtlicher Anspruch geltend gemacht, der aber mehrfach begründet werden kann, zum einen durch § 823 I BGB, zum anderen durch § 280 I S. 1 BGB oder §§ 7, 8 StVG. Manche Autoren versuchen dabei sogar zwischen Gesetzes-, Anspruchsnormen- und Anspruchskonkurrenz zu unterscheiden¹²⁰.

Eine andere Möglichkeit, wie es zum ähnlichen Ergebnis zu gelangen, stellt die Lehre *Henckels* dar, der seinen Streitgegenstandsbegriff an die Funktion des wirtschaftlichen Verfügungsobjektes angeknüpft hat¹²¹. Danach soll es sich im Kaufpreis-Wechsel-Fall¹²² –

A kauft bei B ein Auto. Da A den Kaufpreis nicht sofort zahlen will, stellt er dem B einen Wechsel aus. Die Frage lautet – hat eine auf den Wechsel gestützte Klage denselben Streitgegenstand wie eine auf den Kaufvertrag gestützte, mit der Bezahlung des Kaufpreises verlangt wird?

– um zwei verschiedene Verfügungsobjekte, d.h. um zwei Streitgegenstände handeln, denn sowohl die Kaufpreisforderung als auch den Wechsel können an andere Person zediert werden¹²³. In ähnlicher Weise löst das Problem auch *Georgiades*, der den Streitgegenstandsbegriff darauf abstellt, ob die verschiedenen Ansprüche ein einheitliches Ziel verfolgen¹²⁴.

Auch wenn es aus der Sicht des Prozesszweckes sehr wünschenswert wäre, eine materiellrechtliche Lösung der Fragen des Streitgegenstands zu finden, vermögen doch die dargestellten Lösungen nicht zu überzeugen¹²⁵. Vor allem bei Fragen der Anspruchskonkurrenz ist einzuwenden, dass das materielle Recht die Verjährungsfristen einzelner materiellrechtlichen Ansprüche *unterschiedlich* regelt. Das gleiche gilt auch für die Frage der Beweislast¹²⁶, die bei einzelnen konkurrierenden Ansprüchen ganz verschiedenartig reguliert werden kann. Es sollte auch nicht außer acht gelassen werden, dass die dargelegten Ansichten die Problematik von Feststellungs- und Gestaltungsklagen nicht

¹¹⁷ Als erster *Nikisch*, AcP 154 (1955), 269 ff.

¹¹⁸ So auch *Grunsky*, Grundlagen, S. 29.

¹¹⁹ Nach *Grunsky*, Grundlagen, S. 27.

¹²⁰ So *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz, S. 164 ff.

¹²¹ *Henckel*, Parteilehre, S. 256 ff.

¹²² Nach *Grunsky*, Grundlagen, S. 27.

¹²³ *Henckel*, Parteilehre, S. 270 ff.

¹²⁴ *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz, S. 167 ff., 279 f.; im Kaufpreis-Wechsel-Fall werden danach zwei unterschiedliche Ziele verfolgt.

¹²⁵ So z.B. auch *Musielak*, Grundkurs, S. 87.

¹²⁶ Darauf weist *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 95 III 4, S. 533 mit Recht hin.

befriedigend lösen können. Es ist ja klar, dass die Konstruktion der Feststellungsklage (*nota bene* einer negativen) nicht auf die Existenz eines materiellen Anspruchs abstellt, sondern dass sie auf Feststellung des Bestehens/Nichtbestehens eines *Rechtsverhältnisses* gerichtet wird. Dass der Begriff des Rechtsverhältnisses nicht identisch mit dem des materiellen Anspruchs ist, bedarf hier keiner näheren Begründung.

C.I.2 Der prozessuale Streitgegenstandsbegriff

a) Weil die materiellrechtliche Betrachtung des Problems nicht geeignet ist, die bestehenden Probleme des Streitgegenstandsbegriffs konsequent zu lösen, hat die Prozesslehre einen „eigenständigen Begriff des prozessualen Anspruchs“ entwickelt¹²⁷. Ihre Grundlage findet diese Lehre in § 253 II Nr. 2 ZPO, nach dem die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten muss. Ganz unstrittig dabei ist, dass eine Änderung des *Klageantrages*, mit dem der Kläger die Rechtsschutzform und ihren Umfang bestimmt, auch den Gegenstand des Verfahrens ändert.

Nach *Schwab* vermag allein das Abstellen auf den Klageantrag die bestehenden Probleme des Streitgegenstands (v.a. Rechtshängigkeit, Klageänderung, Klagenhäufung und objektive Grenzen der materiellen Rechtskraft) zu überwinden (der sog. *eingliedrige Streitgegenstandsbegriff*). *Schwab* geht davon aus, dass bei der Abgrenzung des Verfahrensgegenstandes die Klagebegründung nur die Rolle einer Auslegungshilfe spielt¹²⁸. *Gottwald* spricht in diesem Zusammenhang von einer „Formulierungsfrage“¹²⁹, denn auch ihm – als Schüler *Schwab*'s – ist klar, dass ohne Heranziehung der die Klage begründenden Behauptungen die eingliedrige Streitgegenstandslehre nicht reibungslos vertretbar ist, wie folgendes Beispiel zeigt:

A erhebt gegen B die Klage auf Zahlung von € 1.000,- aus einer Kaufpreisforderung. Ein paar Monate später (aber noch vor dem rechtskräftigen Ende des Vorverfahrens) entscheidet sich A, noch eine weitere Klage gegen B auf Zahlung desselben Betrages zu erheben, diesmal aus einer Darlehensforderung.

Auch *Schwab* muss also zugeben, dass ohne Begründung des Antrags (Vortragung des Sachverhaltes) manche Fälle nicht zu lösen sind. Die Heranziehung der verschiedenen Lebenssachverhalte lässt sich in solchen Fällen nicht vermeiden. Damit könnte aber dasselbe Problem auftauchen, das ihn am Anfang zur Entwicklung seiner Theorie veranlasste – wie sind die verschiedenen Sachverhalte abzugrenzen¹³⁰.

b) Heute wird demgegenüber vorherrschend von Lehre¹³¹ und Rechtssprechung¹³² der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff vertreten, der durch den *Klageantrag*, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den

¹²⁷ Vgl. *Musielak*, Grundkurs, S. 87.

¹²⁸ *Musielak*, Grundkurs, S. 88.

¹²⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 95 III 3, S. 532.

¹³⁰ *Schwab*, JuS 1976, S. 71.

¹³¹ *Z.B. Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 95 IV, S. 534; *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), Einl. Rn. 292, S. 170.

¹³² *Z.B. BGHZ*, 34, 337, 339; *BGHZ* 79, 245, 248; *BGH NJW* 1983, 388, 389; *BGHZ* 117, 1, 5.

Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet, bestimmt wird¹³³. Die Schwierigkeiten, die sich bei der Abgrenzung von Sachverhalten ergeben können, scheinen von der Rechtsprechung bisher bewältigt zu werden¹³⁴. Als Anknüpfungspunkt dient hier die Rechtsprechung zur Bestimmung der Tat im Sinne des Strafprozesses. Dabei wird die „Identität des Klagegrundes“ aufgehoben, wenn durch neue Tatsachen der „Kern des in der Klage angeführten Lebenssachverhaltes“ verändert wird¹³⁵.

Dass aber auch dieser „Kern“ kein eindeutiges Kriterium an sich darstellt, das in allen Fällen zu überzeugenden Ergebnissen kommt, haben vor allem die Beispiele gezeigt, die mit mehreren Lebenssachverhalten, die ein einheitliches Klageziel begründen, operieren. Es handelt sich dabei oft um eine Zahlungsklage, die nicht nur durch das Grundgeschäft (Forderung aus kausalen Schuldverhältnis; z.B. Kaufpreisforderung) begründet wird, sondern sich gleichzeitig auf einen abstrakten Zahlungsgrund (Wechsel, Schuldanerkennnis) stützt. Nach der zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie sollte es sich dabei um zwei Streitgegenstände immer dann handeln, wenn der Kläger zwar nur einen Antrag in der Klage stellt, zu seiner Begründung aber zwei verschiedene Lebenssachverhalte (zum einen Kaufvertrag, zum anderen Wechsel oder Schuldanerkennnis) darlegt. Eine solche Auffassung kann jedoch dazu führen, dass der Schuldner zweimal zu der Zahlung verurteilt werden kann, obwohl dem Gläubiger die Leistung nur einmal zusteht. Wann ein Wechsel bzw. Schuldanerkennnis noch zu dem normalen „Lebensvorgang“¹³⁶ eines Kaufvertrags zu zahlen ist und wann nicht, kann schwer zu lösenden Fragen aufwerfen.

Weitere Bedenken hinsichtlich der zweigliedrigen Streitgegenstandslehre ergeben sich daraus, dass sie nicht immer bei allen Instituten des Zivilprozesses, bei denen er eine wichtige Rolle spielt (s.o. C.I.1.), zu befriedigenden Ergebnissen führt. Werden z.B. nach der klassischen zweigliedrigen Theorie im Kaufpreis-Wechsel-Fall zwei Streitgegenstände anerkannt, besteht sicher die Frage, ob dann, wenn die Klage erst im Laufe des Rechtsstreits auf den Wechsel gestützt wird, eine Klageänderung vorliegt oder nicht¹³⁷. Hier muss man sich die Frage stellen, wozu das Institut der Klageänderung dient und ob in einem solchen Fall die rein schematische Einhaltung von theoretischen Mustern nicht gegen Sinn und Zweck der Vorschrift verstößt.

Schließlich ist noch zu erwähnen, dass es sich auch bei einzelnen Klagearten Besonderheiten ergeben können. So vertritt z.B. *Grunsky* die Auffassung, dass der Streitgegenstand einer *Klage auf Feststellung eines absoluten Rechts* sich nicht auf bestimmte Erwerbsgründe beschränkt¹³⁸. Daraus folgt, dass alle möglichen Begründungen der Rechtsfolge (hier z.B. des Eigentums) ohne Einfluss auf den Streitgegenstand dieser Klage sind, weil für diese nur der Antrag ausschlaggebend ist. Zum gleichen Ergebnis gelangt dieser Autor auch im Falle der Gestaltungsklage¹³⁹.

¹³³ Z.B. BGH NJW 1983, 388, 389.

¹³⁴ So *G. Lüke* mit Nachweisen in *MünchKomm*, Bd. 1, S. 1445 f.

¹³⁵ BGH NJW 1997, 588.

¹³⁶ *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), Einl. Rn. 272, S. 158 f.; *Baumgärtel*, JuS 1974, 71.

¹³⁷ *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), Einl. Rn. 272, S. 159.

¹³⁸ *Grunsky*, Grundlagen, S. 35.

¹³⁹ *Grunsky*, Grundlagen, S. 37.

c) Diese und ähnliche Besonderheiten warfen die Frage auf, ob es nicht angemessener wäre, auf einen einheitlichen, auf alle Fälle anwendbaren Streitgegenstandsbegriff zu verzichten und statt dessen ihm einen variablen Inhalt geben, der dem Zweck der jeweiligen prozessualen Regelung, bei der der Streitgegenstand von Bedeutung ist, entspricht¹⁴⁰. Man spricht dann über die *Theorie vom relativen Streitgegenstandsbegriff*¹⁴¹. In diesem Zusammenhang wird oft der Name von *Karl Blomeyer* erwähnt, der sich schon im Jahre 1952¹⁴² gegen den einheitlichen Begriff des Verfahrensgegenstandes gewandt hat. Im neueren Schrifttum wird diese Auffassung (selbstverständlich mit gewissen Unterschieden) zunehmend vertreten¹⁴³. Im Grundsatz zeichnet sich diese Lehre dadurch aus, dass die Unterschiede im Begriff des Verfahrensgegenstandes durch die jeweilige Prozesslage oder durch die Klageart bestimmt werden¹⁴⁴.

Es zeigt sich, dass bei Fragen im Zusammenhang mit der Rechtshängigkeit, Klageänderung und Klagenhäufung die *Anknüpfung an den Klageantrag* (i.S. der *eingliedrigen Streitgegenstandstheorie*) grundsätzlich für die Bestimmung des Verfahrensgegenstandes genügt¹⁴⁵. Das ergibt sich vor allem daraus, dass bei solchen Prozessinstituten eine *breitere Bestimmung* des Streitgegenstandsbegriffes den *prozessökonomischen Zwecken* im Verfahrensrecht besser Rechnung trägt. Sie soll – z.B. im Falle der Rechtshängigkeit – verhindern, dass über einen Antrag (der eigentlich nicht mehr anstrebt, als Herbeiführung einer Rechtsfolge) nicht in mehreren Verfahren entschieden wird. Dabei wird auch auf funktionelle Verknüpfungen zwischen *Rechtshängigkeit und Klageänderung* hingewiesen: Wenn die Geltendmachung eines Antrags im rechtshängigen Streit mit der Begründung abgelehnt wird, es handele sich um eine Klageänderung, der nicht zugestimmt worden und die auch nicht sachdienlich sei, dann muss der Kläger die Möglichkeit haben, diesen Antrag in einem anderen Verfahren zu verfolgen, ohne dass ihn daran die Rechtshängigkeit des Vorverfahrens hindert. Das gilt auch *vice versa*¹⁴⁶.

Anders verhält sich die Sache im Falle der *Rechtskraftwirkung*. Die deutsche Rechtskraftlehre zeichnet sich dadurch aus, dass sie die Grenzen der Rechtskraftwirkung möglichst eng erfasst, weil andererseits für die unterliegende Partei eine große Gefahr der Hinderung an einer weiteren Rechtsverfolgung bestehen könne¹⁴⁷. Danach folgt man hier der zweigliedrigen Streitgegenstandslehre, nach der sich der Gegenstand der Rechtskraft nur auf den vorgetragenen Tatsachenkomplex beschränkt.

Danach ist im Kaufpreis-Wechsel-Fall eine zweite Klage, die sich auf den Wechsel stützt, so lange ausgeschossen, bis über die erste Klage, mit der die Kaufpreisforderung geltend gemacht wird, rechtskräftig entschieden wurde. Dann steht der Klage aus dem Wechsel nichts entgegen.¹⁴⁸

¹⁴⁰ Vgl. *Musielak*, Grundkurs, S. 90.

¹⁴¹ Dazu vgl. *Baumgärtel*, JuS 1974, 71.

¹⁴² *K. Blomeyer*, ZZP 65 (1952), S. 58 ff.

¹⁴³ Für alle *Gottwald*, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, S. 85, m.w.N.

¹⁴⁴ *Musielak*, Grundkurs, S. 90.

¹⁴⁵ *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), Einl. Rn. 291 ff., S. 169 ff.

¹⁴⁶ *Stein/Jonas/Schumann* (20. Auflage), Einl. Rn. 285, S. 168.

¹⁴⁷ Vor allem aus dem Grund der Präklusion der Tatsachenbehauptungen; vgl. auch *Gottwald*, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, S. 95 ff., m.w.N.

¹⁴⁸ Übernommen von *Musielak*, Grundkurs, S. 91, Rn. 146.

An diesem Beispiel zeigt sich jedoch zugleich, dass auch die relative Auffassung des Streitgegenstandsbegriffs an ihre Grenzen stößt. Wäre der Fall so umgestaltet, dass der ersten Klage stattgegeben würde, ist diese Lehre nicht imstande, aufgrund des relativen Streitgegenstandsbegriffs zu erklären, warum die zweite Klage (aus der Wechselverbindlichkeit) nicht zulässig ist.

Meiner Meinung nach, ist entscheidend auf den *Umfang der sog. objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft* abzustellen. Die enge Auffassung dieser Grenzen hat zwar ihre feste Grundlage im Gesetz – vor allem ist hier das Verhältnis des § 322 I und 256 II ZPO zu nennen – auf der anderen Seite ist aber zu fragen, ob der rechtspolitische Ansatz, der zu dieser Regelung führte, nicht im Grunde verfehlt war. Sowohl die internationale Rechtsvergleichung¹⁴⁹ als auch die Praxis des EuGH mit seiner *Kernpunkttheorie*¹⁵⁰ zeigen, dass auch eine breitere Auffassung des Umfangs der materiellen Rechtskraft durchaus möglich ist, und dass ihre Folgen – vor allem Verhinderung der mehrfachen Rechtsverfolgung und die Erhöhung der Parteiverantwortung für die Prozessführung – als wünschenswert angesehen werden dürfen. Das sind doch auch Werte, über die der Gesetzgeber ganz ernsthaft nachdenken sollte.

C.I.3 Streitgegenstand einer Gestaltungsklage

Wenn manche Autoren vom Streitgegenstand der Gestaltungsklagen sprechen, benutzen sie oft das Wort „Schwierigkeiten“¹⁵¹. Diese sind vor allem dadurch verursacht, dass – aus materiellrechtlicher Sicht betrachtet – der Klage kein aus dem positiven Recht sich ergebender Anspruch bzw. Rechtsverhältnis zugrunde liegt. Es wird immer wieder versucht, diesen Umstand durch die Bildung eines „Anspruchs auf Rechtsgestaltung“ zu überwinden¹⁵². Dass es sich dabei um nichts anderes als um den Versuch einer Belebung der Lehre über den Rechtsschutzanspruch handelt, muss nicht besonders betont werden. So spricht z.B. auch *Schlosser* über einen „Gestaltungsanspruch als Vollstreckungsanspruch“¹⁵³.

Solchen Ansichten wird in dieser Arbeit nicht gefolgt. Man geht davon aus, dass das Konzept jenes subjektiv-öffentlichen Rechts, das schon *vor dem Beginn des Prozesses* dem Berechtigten das Recht auf eine für ihn günstige Entscheidung gewährleisten sollte, seit langem überholt ist. Das gilt auch für seine noch heute vertretene Form des Vollstreckungsanspruches. Ein solches Recht müsste, wie schon oben u. B.III.1. (*Langheineken*) erwähnt wurde, ganz unsystematisch aus materiellen sowie prozessualen Voraussetzungen bestehen. Dass verstößt aber gegen die Realität des Rechtslebens. Zu den Voraussetzungen der ZVS gehört nicht die Existenz des materiellen Anspruches. Gleichfalls kann der Gläubiger eine für ihn günstige Entscheidung im Erkenntnisver-

¹⁴⁹ Zu nennen sind statt aller *Fischer*, Objektive Grenzen der Rechtskraft, S. 199 ff.; *Schack*, US-amerikanische ZPR, S. 72 ff.; *Zeuner*, Rechtsvergleichende Bemerkungen, S. 610.

¹⁵⁰ Die zwar mit dem Problem der Rechtshängigkeit zusammenhängt, ihre Ergebnisse lassen sich jedoch auch im Bereich der Rechtskraft bewahren; s. Art. 21 EuGVÜ und Art. 27 EuGVO und berühmte Fälle *Gubisch KG*, *Tatry* und *Drouot assurance* (dazu vgl. *Gottwald*, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, S. 85 ff.).

¹⁵¹ So *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 95 III 1, S. 532; *Grunsky*, Grundlagen, S. 38.

¹⁵² Vgl. *Stein/Jonas/Schumann*, vor § 253, Rn. 43 ff., S. 12 ff.

¹⁵³ *Schlosser*, Gestaltungsklagen, S. 374 ff.

fahren auch dann erreichen, wenn ihm das behauptete materielle Recht in Wirklichkeit nicht zusteht (Versäumnisurteil; Urteil, das auf einer nicht richtig erforschten Sachlage beruht). Für Zwecke der Sicherung des tatsächlich wirksamen Rechtsschutzes¹⁵⁴, kann man sich mit dem Justizgewährungsanspruch wohl bedienen, dessen Grundlage klar ist und auch seine verfassungsrechtliche Stütze im Art. 103 I GG findet. Aus diesen Gründen ist die Annahme des Vollstreckungsanspruches als Streitgegenstandes der Gestaltungs-klagen abzulehnen.

Es scheint mir deswegen angebracht, auch bei den Gestaltungs-klagen grundsätzlich – trotz seiner oben erwähnten Unvollkommenheit [C.I.2. c)] – von dem Begriff des relativen Streitgegenstandes auszugehen. Es ist doch offensichtlich, dass die Struktur des Verfahrens über eine Gestaltungs-klage von Verfahren über andere Klagearten nicht abweicht. Der Kläger behauptet und beweist auch hier die Tatsachen, die sich als Merkmale des Tatbestandes einer Norm (gleichgültig ob einer materiellen oder – wie im Falle der prozessualen Gestaltungs-klagen – einer prozessualen) erweisen, und das Gericht trifft auf dieser Grundlage Feststellungen über diese Tatsachen¹⁵⁵. Der eigentliche Unterschied hinsichtlich der Klagearten besteht darin, dass jede von ihnen eine andere Schutzform des Urteils bezweckt. Die Leistungsklage richtet sich darauf, Existenz eines fälligen Anspruchs zu bestätigen, durch die Feststellungsklage wird die (Nicht-)Festlegung eines Rechtsverhältnisses angestrebt und schließlich zielt die Gestaltungs-klage auf die Veränderung der bestehenden Rechtslage.

Dieser Unterschied ist aber für die Struktur des Verfahrens (z.B. Ablauf des Verfahrens, Verfahrensgrundsätze, Beweisregeln) ohne Bedeutung. Es sollte also auch für Gestaltungs-klagen dasselbe gelten, was auch für andere Klagearten gilt. Während des Prozesses wird darauf abgestellt, *welchen Urteilsausspruch* der Kläger durch die Klage verfolgt. Im Laufe eines Ehescheidungsprozesses ist also nur ein Streitgegenstand gegeben, gleichgültig ob sich das Scheidungsbegehren zugleich auf Ehebruch, ehewidriges Verhalten und objektive Ehezerüttung stützt¹⁵⁶. Daraus folgt, dass für die Bestimmung der Rechtshängigkeit, Klageänderung und Klagehäufung grundsätzlich das Klagebegehren¹⁵⁷ i.S. der eingliedrigen Streitgegenstandslehre von entscheidender Bedeutung sein wird¹⁵⁸. Dagegen zwingt uns nach dem Ende des Verfahrens das Gesetz (§§ 322 i.V.m. 256 II ZPO) hinsichtlich des Umfangs der materiellen Rechtskraft dazu, den Urteilsanspruch im Sinne der zweigliedrigen Streitgegenstandslehre auf den vorgetragenen Tatsachenkomplex zu beschränken. Dabei soll aber nicht übersehen werden, dass bei manchen Gestaltungsprozessen die Präklusion der nicht vorgetragenen Tatsachen infolge der gesetzlichen Regelung (z.B. § 616 ZPO a.F.) noch weiter reicht, als bei Feststellungs- oder Leistungsklagen. *Grunsky* spricht angesichts der Gestaltungs-klagen sogar von einer Regel¹⁵⁹, die er darin sieht, dass der Kläger im Falle einer

¹⁵⁴ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 3 I, S. 14.

¹⁵⁵ Grundsätzlich gleich auch *Rödig*, Theorie, S. 64 ff., v.a. 95 ff. hinsichtlich Gestaltungs-klagen.

¹⁵⁶ So auch *Schlosser*, Gestaltungs-klagen, S. 358.

¹⁵⁷ Fraglich kann aber die Änderung des Klageantrags sein; wird es z.B. auf die Bestimmung der Urlaubszeit durch den Arbeitsgeber geklagt (§ 315 III BGB, BAG NJW 1962, S. 269) und verändert der Kläger während des Verfahrens den Termin des Urlaubs in seinem Klagebegehren, handelt es sich nicht um eine Klageänderung.

¹⁵⁸ Vgl. *Stein/Jonas/Schumann*, vor § 253, Rn. 59, S. 17.

¹⁵⁹ *Grunsky*, Grundlagen, S. 40.

rechtsgestaltenden Klage mit allen Tatsachen präkludiert werde, die seine Klage zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung des Vorverfahren begründen konnten.

C.II. DIE DIE VOLLSTRECKUNGSGEGENKLAGE BEGRÜNDENDEN EINWENDUNGEN

C.II.1 Anwendungsbereich der Vollstreckungsgegenklage

Mit der Klage aus § 767 ZPO macht der VSSchuldner die *Unzulässigkeit der Vollstreckung aus dem konkreten VStitel* geltend¹⁶⁰. Die Vollstreckungsgegenklage greift also *nicht nur gegen Urteile* im Sinne des § 704 ZPO, sondern betrifft auch *weitere Vollstreckungstitel*, wie sie in § 794 ZPO oder in anderen Gesetzen bezeichnet sind. Sie richtet sich auch gegen Titel, die zwar nicht aufgrund der ZPO ergangen sind, aber auf die die ZVS nach der ZPO ihre Anwendung findet¹⁶¹. Zu nennen sind vor allem manche *Beschlüsse der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (z.B. §§ 98, 158 II, III FGg), sowie *Eintragung in die Tabelle* während des Insolvenzverfahrens (§ 178 III InsO). Vollstreckungsgegenklage kann auch gegen Titel erhoben werden, die nicht der Rechtskraftfähig sind¹⁶² (v.a. Prozessvergleich, notarielle Urkunde). Nach der Rechtsprechung kann zudem die *Unzulässigkeit der ZVS* aus einem materiell nicht vollstreckungsfähigen Titel, sei es ein rechtskraftunfähiges Urteil¹⁶³, sei es eine nichtige notarielle Urkunde¹⁶⁴, mit einer Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden. Weiter ist nach der h.M. „eine Vollstreckungsgegenklage gegen eine Gegenklage“ grundsätzlich statthaft¹⁶⁵. Sie dient dazu, die Vollstreckbarkeit des ersten gemäß § 767 ZPO gegen den Gläubiger erlassenen Urteils aufzuheben¹⁶⁶.

Hinsichtlich des umfangreichen Anwendungsbereichs dieser Klage drängt sich natürlich die Frage auf, ob man in allen hier dargelegten Fällen von einem einheitlichen Begriff der „Einwendung“ ausgehen kann.

Grundsätzlich ist darauf abzustellen, dass die „Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen“ materiellrechtlicher Natur sind¹⁶⁷. Das entspricht auch der Absicht des historischen Gesetzgebers¹⁶⁸. Es kann aber nicht geleugnet werden, dass die Terminologie – vor allem in Bezug darauf, dass ZPO den Begriff „Einwendungen“ in einem vom Gebrauch im BGB abweichenden Sinn verwendet¹⁶⁹ – eine gewisse Verwirrung verursacht. Dazu kommt weiter, dass auch die Terminolo-

¹⁶⁰ S. oben, B.III.2.

¹⁶¹ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 III 2, S. 617; neben den weiter erwähnten, sind noch z.B. § 16 III HausVO; § 45 III WEG, §§ 115 III, 156 II Nr. 4 ZVG zu nennen.

¹⁶² Daraus folgt, dass zwischen der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit in Wirklichkeit ein „lockeres“ Verhältnis besteht. Wenn das Gesetz über die „vorläufige Vollstreckbarkeit“ der Urteile (§§ 708 f. ZPO) spricht, geht es davon aus, dass diese in der Zukunft grundsätzlich die Rechtskraft gewinnen können. Bei Prozessvergleichen (§ 794 I Nr. 1 ZPO) und notariellen Urkunden (§ 794 I Nr. 5 ZPO) sowie bei anderen rechtskraftunfähigen Vollstreckungstitel ist dies allerdings nicht der Fall.

¹⁶³ BGHZ 124, 164 ff. = ZZZ 107 (1994), S. 365 m. Anm. *Foerste*.

¹⁶⁴ BGHZ 118, 229 ff.

¹⁶⁵ So *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 III 1, S. 616.

¹⁶⁶ *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 14, S. 489.

¹⁶⁷ So *MünchKomm/Schmidt*, § 767 Rn. 58, S. 1986.

¹⁶⁸ *Hahn*, Materialien, S. 437.

¹⁶⁹ Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 104 I, S. 588.

gie der ZPO – und sogar innerhalb des 8. Buches – nicht einheitlich ist. So bedeutet der Begriff „Einwendung“ im § 766 I ZPO offensichtlich etwas anderes als derselbe Terminus im § 767 I ZPO. Dies hat Gilles dazu geführt, eine einheitliche Definition von „vollstreckungsrechtlichen Einwendungen“ herauszubilden¹⁷⁰. Die h.M. folgt ihm aber nicht¹⁷¹. Mit Recht?

Es lässt sich kaum bestreiten, dass der *rechtspolitische Zweck* der Vollstreckungsgegenklage darin liegt, *die Titel, aus denen die Vollstreckung nicht oder nicht mehr betrieben werden soll, vom Rechtsverkehr zu entfernen*. Das berechtigt vielleicht dazu, über ein *negatorisches Ziel*¹⁷² der Klage zu sprechen. Zwar hatte der Gesetzgeber bei Schaffung dieser Norm an die Fälle gedacht, bei denen sich die *materielle Rechtslage nach dem Erlass des Titels so geändert hat*, dass die Vollstreckung aus ihm nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Im Hinblick auf das Ziel der Klage kann man jedoch nicht vergessen, dass ihr Anwendungsbereich im Rahmen der höchstrichterlichen Rechtsfortbildung noch weiter – und auch ohne Rücksicht auf den Willen des historischen Gesetzgebers – ausgedehnt worden ist. Dies zeigen gerade die Fälle, bei denen die Klage auch gegen unwirksame Titel – für die normalerweise der Weg über die Klauselerinnerung des § 732 ZPO gedacht ist – zugelassen worden ist¹⁷³. Neben den zweckgerichteten Überlegungen des BGH¹⁷⁴, spielen hier wohl auch Gedanken eine entscheidende Rolle, die sich an dem hohen rechtspolitischen Wert der Sachverhandlung vor dem Gericht orientieren (entgegen dem Verfahren nach § 732 ZPO). Hier überschreitet die Klage ihren „materiellen Schatten“ und geht über in eine Titelklage¹⁷⁵.

Daraus folgt, dass der von Gilles unternommene Versuch, die Einwendungen des § 767 I ZPO prozessual zu definieren – mindestens im Ansatz – nicht als völlig falsch angesehen werden darf. Angesichts der heutigen gerichtlichen Praxis muss eingeräumt werden, dass auch Vollstreckungsgegenklagen, die auf rein prozessuale Einwendungen gestützt werden, durchaus möglich sind. Danach kann man die zulässigen Einwendungen des § 767 I ZPO – wie folgt – in zwei unterschiedliche Gruppen teilen.

C.II.2 Materielle Einwendungen im Sinne des § 767 I ZPO

Darunter sind solche Einwendungen zu verstehen, die dem im Urteil festgestellten materiellen Anspruch entgegenstehen. Es handelt sich dabei vor allem um sog. *rechtsvernichtende* und *rechtshemmende* Einwendungen im bürgerlichrechtlichen Sinne. Eine Einwendung ist dann *rechtsvernichtend*, wenn sie nach dem materiellen Recht fähig ist, den im Urteil festgestellten Anspruch zu beseitigen¹⁷⁶. Zu nennen sind:

Erfüllung oder Teilerfüllung (§ 362 I BGB), Leistung an Erfüllung Statt (§ 364 I BGB), Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB), schuldbefreiende Hinterlegung (§ 378 BGB), schuldbefreiende

¹⁷⁰ Gilles, ZZP 83 (1970), S. 91 ff., insb. S. 102 f.; er definiert diese als „*prozessuale Beanstandung*“, als ein *Vorgehen, ein abwehrender Angriff oder; wie es § 771 umschreibt, als ein ‚Widerspruch‘ ... gegen die Zwangsvollstreckung*“.

¹⁷¹ So Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 IV 1, S. 618.

¹⁷² Vgl. K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 513, der von dem „*negatorischen Zweck*“ der Klage spricht.

¹⁷³ BGHZ 118, 229 ff.; BGHZ 124, 164 ff.

¹⁷⁴ BGHZ 118, 229, 233, 243.

¹⁷⁵ K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 513, insb. 515 ff.

¹⁷⁶ Vgl. Larenz, AT (7. Aufl.), § 14 II, S. 252 und Brox, AT, Rn. 658, S. 300.

Leistung durch einen Dritten (§ 267 BGB), befreiende Schuldübernahme (§§ 414 f. BGB), Erlass (§§ 397, 423 BGB), Vergleich (§ 779 BGB), auflösende Bedingung (§ 158 II BGB), Minderung (§ 441), Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), u.a.

Als *rechtshemmend* werden solche Einwendungen bezeichnet, durch die der Kläger ein Leistungsverweigerungsrecht geltend macht¹⁷⁷; d.h. trotz der Existenz des Anspruchs hat er das Recht, die Leistung an den Gläubiger nicht zu erbringen. Es handelt sich vor allem um diese Einwendungen:

Verjährung (§§ 194 ff. BGB), Mängelleinrede, Bereicherungseinrede (§ 821 BGB), Stundung (§ 468), Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Zurückbehaltungsrecht, u.a.

Bei Vollstreckungsgegenklagen, die die Zulässigkeit der Vollstreckung aus Urteilen und anderen *rechtskräftigen Entscheidungen*¹⁷⁸ beseitigen wollen, kommen wegen der Schranke des § 767 II ZPO nur rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einwendungen in Betracht. Bei *Endurteilen* gilt, dass der Kläger nur solche rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einwendungen geltend machen kann, deren Gründe – angesichts des festgestellten Anspruchs – nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung (§ 296a ZPO) vor dem erstinstanzlichen oder dem Berufungsgericht entstanden sind. Bei *Versäumnisurteilen* ist diese Zeitschranke an den Ablauf der Frist zur Einlegung eines Einspruchs gebunden¹⁷⁹. Das gilt entsprechend auch für Vollstreckungsbescheide (§ 796 II ZPO).

Bei anderen – d. h. *rechtskraftunfähigen* – Titeln (Prozessvergleich, vollstreckbare Urkunde; Kostenfestsetzungsbeschlüsse) kommen neben den beiden oben erwähnten noch sog. *rechtshindernde Einwendungen* in Betracht. Dabei geht es um Behauptung von Tatsachen, die, falls sie vorliegen, zur Folge haben, dass das angebliche Recht des Gläubigers nicht entstanden ist¹⁸⁰. Zu erwähnen sind u.a.:

Mangelnde Geschäftsfähigkeit (§ 104), Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach §§ 134, 138 BGB oder als Scheingeschäft (§ 117 BGB).

C.II.3 Prozessuale Einwendungen

Neben den materiellen Einwendungen gehören (mindestens mittels einer Analogie) zu dem Normgehalt des § 767 I ZPO noch solche Einwendungen, die nicht (oder mindestens nicht ausschließlich) als materiellrechtlich bezeichnet werden können. Mit ihnen wird geltend gemacht, dass der Titel, auf dessen Grundlage die Vollstreckung vollgezogen (werden) wird, doch *nicht über die Vollstreckbarkeit* verfügt. Dies kann z.B. dadurch verursacht werden, dass das Urteil den festgestellten Anspruch nicht befriedigend individualisiert hat (Rechtskraftunfähigkeit des Urteils), oder dass die notarielle Urkunde wegen eines materiellen Mangels (z.B. Formangel) nicht über

¹⁷⁷ Brox, AT, Rn. 659, S. 301.

¹⁷⁸ z.B. Vollstreckungsbescheide (§ 796 II ZPO), ausländische Urteile.

¹⁷⁹ Die Frage ist aber nicht so einfach, vgl. auch Otto, Die Präklusion, S. 69 ff.; es wird darauf noch näher unter C.II.2. eingegangen.

¹⁸⁰ Larenz, AT (7.Aufl.), § 14 II, S. 252.

Vollstreckbarkeit disponiert (man spricht in solchem Fall über „Doppelmangel“¹⁸¹). Solche Einwendungen machen zwischen dem rechtskraftfähigen und -unfähigen Vollstreckungstitel kein Unterschied. Sie sind also sowohl gegen ein prozessual mangelhaftes Versäumnisurteil¹⁸², als auch gegen eine unwirksame notarielle Urkunde¹⁸³ oder gegen sonstige Vollstreckungstitel gerichtet.

Ein weiterer Fall, in dem sich von einer prozessualen Einwendung sprechen lässt, stellt eine *vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung* dar. Darunter versteht man ein beiderseitiges Übereinkommen der Parteien, das „sich auf die Vollstreckbarkeit des Titels oder sonst auf die Art und Weise der Zwangsvollstreckung bezieht“¹⁸⁴. Mit einer solchen Einwendung macht der Kläger geltend, dass sich der Gläubiger (hier also der Beklagte) verpflichtet hat, von dem Titel gar keinen Gebrauch zu machen, oder erst zu einem späterem Zeitpunkt, usw. Möglich sind auch Vereinbarungen, durch die bestimmte Vollstreckungsarten oder einzelne Gegenstände aus der Vollstreckung ausgenommen werden sollen¹⁸⁵.

Gegen die Zulässigkeit prozessualer Einwendungen, die im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden, werden aus systematischer Sicht mehrere Bedenken erhoben¹⁸⁶. Werden solche Einwendungen überhaupt zugelassen, spricht man entweder von einer *analogen Anwendung*¹⁸⁷ des § 767 I ZPO oder von seiner „*teleologischen Extension*“¹⁸⁸ auf die erwähnten Fälle. Aus meiner Sicht spricht hier vieles für eine zielgerichtete, teleologische Betrachtung. Dies entspricht durchaus auch der herrschenden Praxis. Wie die Fortentwicklung der Rechtsprechung auf diesem Feld zeigt¹⁸⁹, werden sich nämlich die hier anerkannten Rechtsfortbildungsmöglichkeiten der Vollstreckungsgegenklage eher ausdehnen. Maßgebend für eine solche Erweiterung der Vollstreckungsgegenklage zu einer Titelklage¹⁹⁰ dürfte v.a. das Bestreben sein, auch über derartige Einwendungen im Rahmen eines normalen gerichtlichen Prozesses mit seinen Verfahrensgarantien für die Parteien des Rechtsstreits zu entscheiden.

Im deutschen Recht – im Gegensatz z.B. zum österreichischen (§ 36 EO) oder zum tschechischen (§ 268 I Lit. h OSŘ), wo sog. *Impugnationsklagen*¹⁹¹ ihren Platz haben – gibt es keinen „direkten“ klägerischen Rechtsbehelf, mit dem die gegen die Zulässigkeit der ZVS aus dem Titel in Frage kommenden *formellen Einwendungen* (vertragliche VSBeschränkungen; Fehlen einer Unterwerfungsklausel; Rechtskraftunfähigkeit des Titels) in einem streitigen gerichtlichem Verfahren geltend gemacht werden könnten. Das deutsche Recht geht hier den Weg der speziellen Rechtsbehelfe (vor allem §§ 732

¹⁸¹ K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 515.

¹⁸² BGHZ 124, 164 ff.

¹⁸³ BGHZ 118, 229 ff.

¹⁸⁴ MünchKomm/Schmidt, § 766 Rn. 34, S. 1957; es muss dabei aber ausdrücklich betont werden, dass es sich in Wirklichkeit nicht um Wegnahme der Vollstreckbarkeit des Titels handelt – die ist als eine der Urteilswirkungen der parteilichen Verfügung entzogen.

¹⁸⁵ So Rosenberg/Gaul/Schilken, § 33 IV 2 b), S. 518 f.

¹⁸⁶ Vgl. Foerste, ZJP 107 (1994), S. 370 ff.

¹⁸⁷ Vgl. K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 517, m.w.N.

¹⁸⁸ Foerste, ZJP 107 (1994), S. 372 f.

¹⁸⁹ BGHZ 118, 229 ff.; BGHZ 124, 164 ff.

¹⁹⁰ In diesem Sinne auch K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 519

¹⁹¹ Vgl. z.B. Holzhammer, Österreichisches ZVR, S. 156 ff.; Winterová/Mikeš, CPP, S. 514.

ZPO – Klauselerinnerung für das Klauselerteilungsverfahren und § 766 Vollstreckungs-erinnerung für das ZVS-Verfahren), die sich zwar – aus der Sicht der Verfahrensdauer – als effizienter erweisen können, die aber auf der anderen Seite den Rechtsschutz des VSSchuldners – vor allem wegen ihres engeren Prüfungs- und Feststellungsumfangs, anderen Zuständigkeitsregeln, usw. – benachteiligen können. Darin zeigt es sich ein Raum für weitere Rechtsfortbildung. Dabei kann sich erweisen, dass im Falle der triftigen formellen (oder prozessualen) Einwendungen die breitere Gewährleistung des Rechtsschutzes mittels einer „klassischen“ Klage unentbehrlich ist¹⁹².

C.III. DIE PRÄKLUSIONS-NORM DES § 767 II ZPO

C.III.1 Die grundsätzliche Bedeutung des § 767 II ZPO

Mit der Rechtskraftwirkung ist nicht vereinbar, dass nach dem Ende des Verfahrens Tatsachen, die zum Komplex der im Rechtsstreit zu lösenden Fragen gehörten, erneut in einem neuen Verfahren über denselben Streitgegenstand von den gleichen Parteien geltend gemacht würden. Man spricht darum von einer Präklusion des Sachenvorbringens¹⁹³. Diese Präklusion bezieht sich auch auf Tatsachen, die zwar im Vorverfahren nicht vorgetragen wurden, aber „bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag des Klägers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehört hätten“¹⁹⁴. Nur auf diese Art und Weise kann das eigentliche Ziel des Prozesses, nämlich die Gewährleistung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, tatsächlich erreicht werden. Es kommt allerdings nicht darauf an, ob die Partei subjektiv die Möglichkeit hatte, die einschlägigen Tatsachen überhaupt vorzubringen; man spricht über eine vom Wissen der Partei unabhängige – d.h. objektive – Präklusion. Diese ist grundsätzlich im § 322 I ZPO verankert¹⁹⁵. Um ihre Konsequenzen für die Prozessparteien jedoch einzuschränken, fasst das deutsche Zivilprozessrecht die Grenzen der materiellen Rechtskraft – im Hinblick auf andere Rechtsordnungen – relativ eng (s.o. B.I.2.).

Obwohl der Zweck der Norm des § 767 II ZPO auf ähnlichen Gedanken wie der des § 322 I ZPO beruht, kann man beide nicht gleichsetzen. Die Präklusion des § 767 II ZPO reicht, meines Erachtens, in mindestens einer Richtung weiter, als die allgemeine Rechtskraftpräklusion nach § 322 I ZPO. An erster Stelle ist zu erwähnen, dass der Zeitpunkt, ab dem die Präklusionswirkungen des § 767 II ZPO eintreten, sich von dem Zeitpunkt der Rechtskraft unterscheidet. Die Präklusionswirkung nach dem § 767 II ZPO besteht unabhängig davon, ob der Titel, auf dessen Grundlage vollstreckt wird, die

¹⁹² Auf der anderen Seite ist zuzugeben, dass einer Vollstreckungsgegenklage das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der VSSchuldner auf einem einfacheren, kostengünstigeren und den Rechtsschutz genügend gesicherten Weg erreichen kann, dass aus dem Vollstreckungstitel nicht mehr vollstreckt wird (z.B. bei bloß mangelhafter Erteilung der Klausel durch den falschen Funktionsträger des Gerichts – hier muss der Weg über den § 732 ZPO schon deshalb genügen, weil es hier keine umfangreiche Tatsachenfeststellungen bedarf); in diesem Sinne auch *Brox/Walker* (3. Auflage), ZVS, Rn. 1333, S. 714.

¹⁹³ *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 136, S. 2127.

¹⁹⁴ *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 230, S. 249.

¹⁹⁵ Vgl. *MünchKomm/Gottwald*, § 322, Rn. 132 ff., insb. Rn. 139, S. 2126 ff., ähnlich auch *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 229, S. 248, der den § 767 II ZPO auch nur auf die Vollstreckungsgegenklage anwendet.

Rechtskraft (formelle sowie materielle) schon erlangt hat. Dies ergibt sich schon aus der Systematik des 8. Buches der ZPO, das davon ausgeht, dass die Entscheidungen ohne Rücksicht auf ihre formelle, bzw. materielle Rechtskraft vollstreckbar sind (§§ 704 I, 708, 709 ZPO). Diese Tatsache hat manche Autoren dazu geführt, die Präklusion des § 767 II ZPO als „rechtskraftfremde“ zu bezeichnen¹⁹⁶. Dem ist insofern zuzustimmen, als diese Präklusion ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Rechtskrafterlangung der Entscheidung eintritt. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Präklusionswirkung des § 767 II ZPO mit der Rechtskraft nichts zu tun hätte. Im Gegenteil.

Weiter ist die Präklusion des § 767 II ZPO als „außerprozessual“¹⁹⁷ zu bezeichnen, was der Tatsache Rechnung trägt, dass im Gegensatz zu der „innerprozessualen“ Präklusion¹⁹⁸ (z.B. § 296 ZPO) diese nur im nachfolgenden Prozess ihre Wirkungen entfaltet. Damit steht sie im Einklang mit der allgemeinen Rechtskraftpräklusion, die ihre Wirkungen ebenfalls von Prozess zum Prozess, d.h. „außerprozessual“ regelt. Darin zeigt sich, dass der eigentliche Zweck der Präklusion aus dem § 767 II ZPO kein anderer sein kann als der der allgemeinen Präklusion gemäß § 322 I ZPO. Es ist auch ersichtlich, dass die Präklusion des § 767 II ZPO nur dann greift, wenn sie solche Einwendungen betrifft, die sich auf einen in dem *rechtskraftfähigen Titel* festgestellten Anspruch beziehen (s.u. III.3.2.). Die eigentliche Funktion des § 767 II ZPO besteht also darin, die Rechtsgewissheit im Bereich des Zwangsvollstreckungsrechts zu sichern und zwar in einem breiteren Umfang als es die allgemeine Rechtskraftregelungen machen können.

C.III.2 Geltungsbereich des § 767 II ZPO

Aus dem Zweck der Bestimmung des § 767 II ZPO, Feststellungen, die in einem rechtskraftfähigen Titel getroffen worden sind, zu schützen, lassen sich ohne weiteres auch Folgerungen hinsichtlich ihres Geltungsbereichs ziehen. Die Präklusionschranke des § 767 II ZPO findet nur da Anwendung, wo die Vollstreckungsgegenklage die Beseitigung der Vollstreckbarkeit eines rechtskraftfähigen Titel (nicht immer rechtskräftigen, § 704 ZPO) anstrebt. Diese Regel, die im § 767 II ZPO nicht explizit zum Ausdruck kommt, wird positivrechtlich vor allem durch §§ 797 IV, 768 ZPO bestätigt.

Nach § 797 IV ZPO, der die notarielle Urkunden betrifft, ist die beschränkende Vorschrift des 767 II ZPO auf die Geltendmachung von Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, nicht anzuwenden. Bei einer – immer rechtskraftunfähigen – notariellen Urkunde hätte § 767 II ZPO nichts zu schützen. Entsprechendes muss es für Prozessvergleiche und andere „rechtskraftlosen Titel“ gelten¹⁹⁹. Nach dem § 768 ZPO, der die Klage gegen eine Vollstreckungsklausel regelt, sind im einschlägigen Verfahren *nur* Vorschriften des § 767 I und III ZPO „entsprechend“ anzuwenden. Durch die Nichtanwendung des Abs. 2 des § 767 ZPO trägt hier der Gesetzgeber konsequent der Tatsache Rechnung, dass nämliche Vorschrift zum Schutze der Rechtskraft gedacht ist. Weil über die Erteilung der Vollstreckungsklausel nur Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des

¹⁹⁶ Statt aller *Otto*, Die Präklusion, S. 66.

¹⁹⁷ *Otto*, Die Präklusion, S. 65 f.

¹⁹⁸ *Otto*, Die Präklusion, S. 33 versteht unter innerprozessualen Präklusion „die Einschränkung prozessualer Befugnisse innerhalb eines Prozesses infolge von Verfahrenseinschnitten ...“

¹⁹⁹ Vgl. *MünchKommWolfssteiner*, § 797 Rn. 40, S. 2267.

Gerichts (§ 724 II ZPO), bzw. der Rechtspfleger (§ 20 Nr. 12 i.V.m. § 26 RPflgG) entscheidet, kann eine solche Entscheidung nicht in materielle Rechtskraft erwachsen²⁰⁰.

Danach betrifft die Präklusionsnorm des § 767 II ZPO nur solche Entscheidungen, die nach einem Verfahren, das zur rechtskraftfähigen Erledigung der Sache bestimmt war, ergangen sind (regelmäßig also ein Endurteil, bzw. Versäumnisurteil)²⁰¹. Entsprechend gilt diese Norm auch für andere gerichtliche oder ähnliche Entscheidungen, die solchen Anforderungen entsprechen (§ 795 ZPO), soweit sich aus Spezialvorschriften, wie der des § 796 II ZPO hinsichtlich Vollstreckungsbescheide, keine Besonderheiten ergeben. Gemäß § 796 II ZPO, der die Vollstreckungsbescheide betrifft, sind Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach Zustellung des Vollstreckungsbescheids entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Auf dem ersten Blick fällt hier eine Parallele zu der Präklusionsschranke für Versäumnisurteile nach § 767 II ZPO auf, die sich aber als gewissermaßen scheinbar erweisen kann (s.u. C.III.3.). Aufgrund des § 795 ZPO fallen weiter unter die Schranke des § 767 II ZPO vor allem: Gebührenfestsetzungsbeschlüsse nach § 19 BRAGO²⁰², für vollstreckbar erklärte Schiedssprüche²⁰³, ausländische Urteile²⁰⁴, Entscheidungen in Wohneigentumssachen (§ 45 III WEG) oder in Hausratsverteilung (§ 16 III HausrVO)²⁰⁵.

C.III.3 Der entscheidende Zeitpunkt des § 767 II ZPO

Die Einwendungen, die „den festgestellten Anspruch selbst betreffen“ sind nach dem Abs. 2 des § 767 ZPO „nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.“ Dahinter verbirgt es sich der allgemeine Gedanke des Rechtskraftprinzips, der untersagt, in einem neuen Verfahren die Einwendungen geltend zu machen, die schon im Vorverfahren ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Partei vorgebracht werden sollten²⁰⁶. Man kann hier also über eine objektive außerprozessuale Präklusion des § 767 II ZPO sprechen, die, wie schon gezeigt (s.o. C.III.2.), weiter greift, als die allgemeine Rechtskraftpräklusion. Dies gilt nicht nur für Urteile, sondern auch für alle rechtskraftfähigen Vollstreckungstitel, die nach einem Verfahren ergangen sind, das u.a. ermöglichte, Einwendungen gegen die beanspruchte Feststellung des Anspruchs zu erheben und zu erörtern.

²⁰⁰ In Rechtskraft können grundsätzlich nur solche Entscheidungen erwachsen, die nach einem Verfahren, in dem das rechtliche Gehör im Sinne Art. 103 I GG gewährleistet wurde, ergehen; das ist hier nicht der Fall, wie auch BVerfG NJW 2000, 1709 angesichts des Rechtspflegers ausgesprochen hat; in diesem Zusammenhang ist jedoch die Problematik des Vollstreckungsbescheids zu erwähnen, der eine wichtige Ausnahme von der Regel darstellt (s. auch § 20 Nr. 1 RPflgG).

²⁰¹ Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 VI, S. 633 f.

²⁰² So *Stein/Jonas/Münzberg*, § 795 Rn. 14, S. 710.

²⁰³ *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 74, S. 1992.

²⁰⁴ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 VI, S. 634.

²⁰⁵ *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 74, S. 1993 i.V.m. Rn. 35, S. 1979.

²⁰⁶ Vgl. *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 76, S. 1993.

Für Endurteile ist danach entscheidend, ob „die Gründe“, auf welche die Einwendungen gestützt werden, nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung (§ 296a ZPO) in der Tatsacheninstanz, entstanden sind. Als „die Tatsacheninstanz“ kann sowohl die Erstinstanz, als auch die Berufungsinstanz angenommen werden²⁰⁷, grundsätzlich nicht aber die Revisionsinstanz (§ 559 I ZPO). Ergeht die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (§§ 128 II, 310 II ZPO), dann hat das Gericht den für die Erhebung der Einwendungen maßgeblichen Zeitpunkt selbst zu bestimmen (§ 128 II ZPO). Bei der Entscheidung nach Lage der Akten gilt als maßgeblich der Termin, dessen Versäumung die Entscheidung veranlasst hat (§ 251a ZPO).

Im Zusammenhang mit kontradiktorischen Urteilen ist auch die Frage nach der Konkurrenz der Vollstreckungsgegenklage mit einer Berufung von Bedeutung. Diese Konkurrenzfrage stellt sich dann, wenn dem Schuldner die Vollstreckung droht (auch der Vollstreckungsgegenklage liegt ein Rechtsschutzinteresse zugrunde) und die Berufungsfrist noch nicht verstrichen ist. Dies macht keine Probleme dann, wenn der Grund einer Einwendung bereits zur Zeit der ersten Instanz vorlag – dann ist wegen der Schranke des § 767 II ZPO nur Berufung zulässig. Gibt es aber nur Einwendungen, deren Gründe nach dem maßgeblichen Zeitpunkt entstanden sind, ist bei der Lösung des Konkurrenzproblems darauf abzustellen, dass die Berufung „über das Ziel der (Vollstreckungsgegen-)Klage“ hinausgeht und sie „nicht nur die Vollstreckbarkeit, sondern das Urteil selbst nebst Kostenausspruch bekämpft“²⁰⁸. Hinsichtlich des breiteren Umfangs des Berufungsgegenstandes ist darum nach der Einlegung der (ordnungsmäßigen) Berufung die Vollstreckungsgegenklage (wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses) unzulässig. Wird dagegen eine Vollstreckungsgegenklage eingelegt, wird eine spätere Berufung dadurch nicht unzulässig²⁰⁹. Aus diesen Gründen ist dem Schuldner eher zu empfehlen, in einem solchen Falle Berufung einzulegen.

Was das Versäumnisurteil anbelangt, können die Einwendungen, die den im ihm festgestellten Anspruch betreffen, durch eine Vollstreckungsgegenklage nur insofern vorgebracht werden, als sie „durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können“ (767 II ZPO a.E.). Wie schon oben unter C.III.2. erwähnt, ähnelt diese Formulierung der des § 796 II ZPO über den Vollstreckungsbescheid, ist aber mit ihm nicht identisch, weil dort das Gesetz davon spricht, dass die Gründe der Einwendungen „nach Zustellung des Vollstreckungsbescheids entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können“. § 767 II ZPO sagt dagegen über „die Zustellung“ nichts. Macht dies einen Unterschied oder sind beide Fälle in gleicher Weise zu behandeln? Die Frage ist dahin zu beantworten, dass der Unterschied im Wortlaut nur dadurch verursacht wird, dass vor dem Erlass des Vollstreckungsbescheids keine mündliche Verhandlung im Sinne § 279 ZPO vorgeht, sonst aber keine grundsätzlichen Unterschiede bestehen. Dieses Ergebnis entspricht dem § 700 I ZPO. Die Konkurrenzfälle „Vollstreckungsgegenklage – Einspruch“ sind also bei beiden Vollstreckungstiteln gleich zu behandeln.

²⁰⁷ Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 V 3a), S. 632.

²⁰⁸ So Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 41, S. 503.

²⁰⁹ MünchKomm/K. Schmidt, § 767 Rn. 14, S. 1974.

Die Frage nach der Konkurrenz zwischen einer Vollstreckungsgegenklage und einem Einspruch ist jedoch bestritten. Die h.M. zielt darauf ab, nur die Einwendungen zuzulassen, die nach dem Ablauf der Einspruchsfrist entstanden sind²¹⁰. Dagegen steht nach Münzberg der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen, dass der Schuldner vor ihrer Einlegung „die Einwendung noch durch Einspruch hätte geltend machen können“²¹¹. Dieses Ergebnis²¹² leitet er einerseits von Wortlaut („hätte geltend machen können“ anstatt „geltend machen konnte“, wie das die h.M. interpretiert) und Systematik (§§ 529 II a.F., 582 ZPO die sich mit der Vergangenheitsform bedienen) des Gesetzes ab. Andererseits stützt der nämliche Autor seine Auffassung auf Zweckmäßigkeitsüberlegungen (h.M. zwingt nach ihm im Ergebnis zu der Schaffung eines weiteren Verfahrens)²¹³. Meiner Meinung nach entspricht es dem Zwecke des § 767 II ZPO, eine klar ersichtliche zeitliche Schranke zu schaffen, die darüber entscheidet, wann die Einwendung zulässig und wann unzulässig wird. Demzufolge kann nicht angenommen werden, dass durch die Vollstreckungsgegenklage auch die Einwendungen geltend machen können, die schon den Gegenstand des Einspruchs bilden konnten. Dann würde nämlich der § 767 II ZPO seinen Sinn verlieren, denn entscheidend bliebe danach nur der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Das verstieße aber gleichfalls gegen den Wortlaut des § 796 II ZPO, dessen Gleichbehandlung mit dem 767 II ZPO wir als Ausgangspunkt festgelegt haben.

Und noch ein Problem bleibt an dieser Stelle zu behandeln – die Präklusionsschranke des § 767 II ZPO bei sog. *prozessualen Einwendungen*, die die normalerweise (oder objektiv) rechtskraftfähigen Vollstreckungsurteile betrifft. Der BGH hat im Falle eines *Versäumnisurteils* (also eines normalerweise rechtskraftfähigen VStitels), das sich als mangelhaft und infolgedessen ausnahmsweise als rechtskraftunfähig erwiesen hat²¹⁴, angenommen, dass der § 767 II ZPO (sowie 767 III ZPO) auf die analog § 767 ZPO zu erhebende Vollstreckungsgegenklage nicht anzuwenden sei²¹⁵. Dem ist, meiner Meinung nach, jedoch nicht zu folgen. Die prozessuale Einwendung gegen einen objektiv rechtskraftfähigen Vollstreckungstitel sollte nur insoweit zulässig sein, wenn die Gründe, auf deren sie beruht, erst nach dem gemäß § 767 II (§ 795) ZPO maßgeblichen Zeitpunkt entstanden sind. Das gilt nicht nur für die vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen²¹⁶, sondern auch für weitere prozessuale Einwendungen, soweit sie die Zulässigkeit der ZVS aus einem (objektiv) rechtskraftfähigen Titel betreffen. Im vom BGH entschiedenen Falle sollte die Klage also kein Erfolg haben, weil die Mangelhaftigkeit des Versäumnisurteils schon vor dem Ablauf der Einspruchsfrist entstanden ist. Hätte ein solcher Mangel aber den „klassischen“ Endurteil betreffen, könnte ihn der Kläger durch eine Vollstreckungsgegenklage zulässig einwenden, weil er erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden ist (bei dem Urteilsverkündung, bzw. dem Urteilserlass, vgl. § 318 ZPO).

²¹⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 V 3b), S. 633, m.w.N.

²¹¹ Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 40, S. 502.

²¹² S. auch Otto, Die Präklusion, S. 69 ff.

²¹³ Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 40, S. 502 f.

²¹⁴ BGHZ 124, 164 ff.

²¹⁵ BGHZ 124, 164, 172 f.

²¹⁶ Vgl. MünchKomm/K. Schmidt, § 766 Rn. 35, S. 1958.

C.IV.1 § 767 III ZPO als eine außerprozessuale Präklusionsnorm?

Im vorigen Kapitel wurde festgestellt, dass der § 767 II ZPO eine Regelung zum Schutze der materiellen Rechtskraft des Vollstreckungstitels darstellt. Dazu dient die in dieser Bestimmung beinhaltete Präklusionsnorm, die aus zeitlicher Sicht eine Erweiterung des § 322 ZPO bedeutet. Dies wirft jedoch unvermeidlich die Frage auf, wie die Norm des § 767 III ZPO in diesem Zusammenhang auszulegen ist. Entfaltet der Abs. 3 nur eine Konzentrationswirkung (innere Präklusion)²¹⁷ innerhalb eines Prozesses über die Vollstreckungsgegenklage oder verbirgt er neben dem Abs. 2 eine weitere außerprozessuale Präklusionsnorm²¹⁸, die auf eine zweite (und weitere) Vollstreckungsgegenklage gegen denselben Vollstreckungstitel gerichtet ist? Zunächst soll versucht werden, die Frage durch den Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Vorschrift zu erklären.

Im § 767 III ZPO heißt es, dass der Schuldner in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen muss, die „er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war“. Mit dieser „Kumulierung aller zeitig vorhandenen Einwendungen in einer Klage“ wollte der Gesetzgeber „die Energie der Vollstreckung“ sichern²¹⁹. Er ist dabei davon ausgegangen, dass jede materielle Einwendung einen selbständigen Streitgegenstand der Klage darstellt²²⁰. Daraus folgt, dass jede Änderung des Klagegrundes (hier der Einwendung) eine Klageänderung darstellte, die jedoch nach der CPO (§§ 240, 241) nur mit der Einwilligung des Beklagten (hier des Gläubigers) zulässig war. Um die weiteren Prozesse über die Zulässigkeit der Vollstreckung aus dem Titel zu vermeiden (und damit „die Energie der Vollstreckung“ zu sichern), musste folgerichtig der Schuldner mit der Klage alle Einwendungen geltend machen, die er zur Zeit der Erhebung der Klageschrift geltend zu machen imstande war.

Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber: 1. sich der Tatsache bewusst war, dass der Schuldner in dieser Phase der Vollstreckung mehrere Einwendungen geltend zu machen versuchen wird; 2. wusste, dass normalerweise der Gläubiger keine Interesse daran hat, einer Änderung der Einwendung zuzustimmen; 3. dem Schuldner, damit dieser die letzte Gelegenheit zur Verteidigung gegen einen sonst unvermeidlichen Vermögensverlust nicht verliere, eine Möglichkeit geben wollte, die Einwendungen, die er „zur Zeit der Erhebung der Klage“ geltend zu machen nicht imstande war, mit einer neuen Klage zu beanspruchen. Damit bezieht sich der Geltungsbereich des Abs. 3 auf eine weitere Vollstreckungsgegenklage gegen denselben Titel, bei der der Schuldner nur mit den Einwendungen präkludiert ist, die er bei Erhebung der vorigen Klage zwar geltend machen konnte, aber nicht geltend gemacht hat. Bei dieser Präklusion ist auf

²¹⁷ So vor allem K. Schmidt, JR 1992, S. 90 ff., dann auch im *MünchKomm*, § 767 Rn. 86, S. 2000, sowie K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage, S. 508 ff.; weiter auch *Münch*, Vollstreckbare Urkunde, S. 343.

²¹⁸ So die h.M.: Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 IX, S. 639; Otto, FS Henckel, S. 617 ff., Burgard, ZZP 106 (1993), S. 25 ff.

²¹⁹ Hahn, Materialien, S. 437.

²²⁰ „... durch Behandlung der zu erhebenden Einwendungen als unabänderlichen (§ 227 Nr. 3 des Entwurfs). Grundes der Klage den Streitgegenstand von vorn herein zu fixieren“, wie man bei Hahn, Materialien, S. 437 liest.

die Kenntnis oder das Kennenmüssen²²¹ der konkreten Einwendung abzustellen, wie es aus der Redewendung „imstande war“ sowie aus der Entstehungsgeschichte²²² folgt. Aufgrund dieser Überlegungen lässt sich den § 767 III ZPO – übereinstimmend mit den Vorstellungen des Gesetzgebers – als *eine subjektive „außerprozessuale“ Präklusionsnorm* verstehen.

Nach den Reformen der CPO (ZPO) aus Jahren 1898 und 1924 ist allerdings eine Klageänderung nicht nur bei Einwilligung des Beklagten, sondern auch im Falle der vom Gericht angenommenen „Sachdienlichkeit“²²³ möglich. Im Hinblick darauf hatte das RG²²⁴ auch Einwendungen, die nicht in der Klageschrift enthalten waren, weil die Schranke der Gläubigereinwilligung weggefallen ist, nachträglich zugelassen. *Münch* zieht daraus die Schlussfolgerung, dass mit dem Wegfall des Zwanges zur Geltendmachung aller Einwendungen in der Klageschrift auch die Notwendigkeit der subjektiven Betrachtung des Abs. 3 nicht mehr besteht²²⁵. Danach ist für die Anwendung der objektiv ausgestalteten Präklusionsnorm des § 767 II ZPO auch im Falle einer weiteren Vollstreckungsgegenklage „der Weg frei“²²⁶. Der Abs. 3 beinhaltet nach dieser Auffassung keine außerprozessuale Präklusionsnorm mehr. Diesem Ergebnis haben sich auch *Karsten Schmidt*²²⁷, sowie der II.²²⁸ und der III.²²⁹ Zivilsenat des BGH angeschlossen. Nach *Karsten Schmidt* bliebe dann von der Vorschrift des § 767 III ZPO nur eine innerprozessuale Präklusionsnorm, die neben den allgemeinen Konzentrationsvorschriften (z.B. §§ 282, 296 ZPO) ergänzend aufträte²³⁰.

Das ist jedoch zweifelhaft. Wie unter C.III.2. gezeigt, findet § 767 II ZPO grundsätzlich nur da Anwendung, wo die Vollstreckungsgegenklage die *Beseitigung der Vollstreckbarkeit eines rechtskraftfähigen Titel* anstrebt. Daraus ergibt es sich auch ihr Zweck – *rechtskraftfähige Ergebnisse des Verfahrens, das zum Erlass eines Vollstreckungstitels geführt hat, zu sichern*. Demzufolge dient die objektive Präklusionsschranke des § 767 II ZPO dem Schutze des rechtskraftfähigen Vollstreckungstitels ohne Rücksicht darauf, im wievielten Verfahren über die Zulässigkeit der Vollstreckungstitels verhandelt wird. Der II.²³¹ Zivilsenat des BGH sowie *Karsten Schmidt*²³² vertreten aber die Meinung, dass diese Schranke auch bezüglich des abweisenden Urteils aus dem Vorverfahren über eine Vollstreckungsgegenklage ihre Anwendung findet. Es darf dabei jedoch nicht außer acht gelassen werden, dass das eine Vollstreckungsgegenklage abweisende Urteil über *keine Vollstreckbarkeitswirkungen* verfügt. Anders gesagt: ein

²²¹ S. überzeugende Argumentation von *Otto*, FS Henckel, S. 623 f.; vgl. auch *Münzberg*, ZJP 87 (1974), S. 457 f.

²²² *Otto*, FS Henckel, S. 623 hat darauf aufmerksam gemacht, dass der § 686 III CPO auf dem „Entwurf einer Civilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes“ beruht, wo die subjektive Wahrnehmung der Schranke als unbedenklich galt.

²²³ Nach der Novelle der CPO aus dem Jahre 1898 wurde die Klageänderung bereits dann gestattet, wenn die Verteidigung des Beklagten „nicht wesentlich“ erschwerte.

²²⁴ RGZ 55, 101, 104.

²²⁵ *Münch*, Vollstreckbare Urkunde, S. 343.

²²⁶ So *Burgard*, ZJP 106 (1993), S. 29; der aber im Ergebnis die subjektive außerprozessuale Präklusionsnorm des § 767 III ZPO bejaht.

²²⁷ *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 73 ff., S. 1992 f.

²²⁸ BGH, Urteil vom 21. Mai 1973 – II ZS = BGHZ 61, 25 ff.

²²⁹ BGH, Urteil vom 17. April 1986 – III ZR 246/84 = NJW-RR 1987, 59.

²³⁰ *K. Schmidt*, Vollstreckungsgegenklage, S. 512.

²³¹ BGHZ 61, 26 ff.

²³² *K. Schmidt*, JR 1992, S. 93.

solches Urteil stellt keinen Vollstreckungstitel im Sinne des § 704 I ZPO dar. Wenn dann die Vorschrift des § 767 II ZPO auf den Fall des eine Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils angewandt würden, wäre dies nur im *Rahmen einer Analogie* möglich²³³. Besteht aber für eine solche Analogie ein Bedarf?

Man muss sich fragen, ob es mit dem Sinne des § 767 II ZPO vereinbar ist, diese Vorschrift auch auf rechtskraftfähige Entscheidungen anzuwenden, die nicht über die Vollstreckbarkeit verfügen. Wir haben schon oben unter C.III.1. festgestellt, dass die Regelung des § 767 II ZPO in einer Hinsicht weiter reicht, als die „klassische“ Präklusionsschranke des § 322 I ZPO. Die Präklusionswirkungen eines vollstreckbaren Urteils treten nach § 767 II ZPO nicht erst durch Erlangung der Rechtskraft ein, sondern schon durch seine Vollstreckbarkeit²³⁴. Ein die Vollstreckungsgegenklage abweisendes Urteil ist (mindestens im engeren Sinne) nicht „vollstreckbar“ – die wichtige Abweichung des § 767 II ZPO vom § 322 I ZPO ist hier also nutzlos, weil bei diesem Urteil die Präklusion erst mit der Rechtskrafterlangung eintreten kann. Als erste Schlussfolgerung kann man daraus also ziehen, dass es im Falle einer abgewiesenen Vollstreckungsgegenklage keinen Unterschied macht, ob wir zur Schließung einer angeblichen Gesetzeslücke den § 767 II ZPO oder § 322 I ZPO heranziehen. Der Gesetzessystematik würde hier sogar die Heranziehung des § 322 I ZPO besser entsprechen, weil er als eine allgemeine Präklusionsvorschrift (entgegen dem § 767 II ZPO) auch Feststellungsurteile betrifft²³⁵.

Es zeigt sich jedoch, dass man dem Gesetze besser Rechnung trägt, wenn man den Gedanken einer Regelungslücke aufgibt. Nach den gesetzgeberischen Überlegungen liegt es nämlich nahe, in § 767 III ZPO eine weitere „außerprozessuale“ Präklusionsvorschrift neben den §§ 322 I, 767 II ZPO zu sehen. § 767 III ZPO regelt danach die Präklusionswirkungen des ersten und etwaiger weiterer die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteile. Diese Annahme lässt sich nicht nur durch den Gesetzwortlaut, sondern auch durch Zweckmäßigkeitsüberlegungen wohl begründen. Es wurde richtig darauf hingewiesen²³⁶, dass im Verfahren über eine Vollstreckungsgegenklage der Schuldner – angesichts des möglichen endgültigen Verlustes seines Vermögens – einen besonderen Schutz verdient. Dann sollte er aber die Möglichkeit haben, die Einwendungen, die er im ersten Vollstreckungsabwehrprozess unverschuldet nicht kannte (und die bei Anwendung des § 767 II ZPO sowie des § 322 I ZPO präkludiert wären), mit einer zweiten oder weiteren Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen. Das hat der Gesetzgeber gerade im § 767 III ZPO berücksichtigt.

Im Ergebnis ist, meiner Meinung nach, daran festzuhalten, was schon der Gesetzgeber für zweckmäßig hielt. Danach tritt der § 767 III ZPO als eine spezielle Präklusionsvorschrift (wie § 767 II ZPO) neben der allgemeinen Präklusionsnorm des § 322 I ZPO auf. Entgegen der „strengerer“ Vorschrift des § 767 II ZPO stellt § 767 III ZPO eine Abmilderung des im § 322 I ZPO verankerten Prinzips der objektiven außerprozessualen Präklusion dar. Diese Abmilderung, die *subjektive Maßstäbe* einbezieht, dient dem

²³³ Dies bejaht selbst K. Schmidt, JR 1992, S. 93.

²³⁴ Otto, Die Präklusion, S. 69.

²³⁵ Im Ergebnis auch Burgard, ZJP 106 (1993), S. 48; nach der h.M. stellt das die Vollstreckungsgegenklage abweisende Urteil ein Feststellungsurteil dar.

²³⁶ Vgl. Münzberg, ZJP 87 (1974), S. 458 und Burgard, ZJP 106 (1993), S. 44 f.

Interesse des Schuldnerschutzes²³⁷. Der § 767 III ZPO stellt demzufolge eine subjektive außerprozessuale Präklusionsvorschrift dar.

C.IV.2 Zur Problematik der Konzentrationswirkung des § 767 III ZPO

Im Zusammenhang mit dem § 767 III ZPO wird oft vom „Konzentrationszweck“²³⁸ dieser Vorschrift gesprochen. Diese Annahme ziehen manche Autoren vornehmlich aus dem Gedanken des Gesetzgebers, der – wie schon oben u. C.IV.1. angeführt – durch „Kumulierung aller zeitig vorhandenen Einwendungen *in einer Klage* die Energie der Vollstreckung sichern“²³⁹ wollte. Wie aber bereits gezeigt, wurde die ursprüngliche Gesetzlage durch Novellen aus den Jahren 1898 und 1924 betreffend Klageänderung weitgehend geändert. Dem trug das RG in seiner Entscheidung vom 15. 6. 1903²⁴⁰ Rechnung, als es dem Kläger gestattet hatte, weitere Einwendungen noch im Laufe des Verfahrens geltend zu machen²⁴¹. Die Schärfe des Gebotes zur Geltendmachung aller bereits vorhandenen Einwendungen in der Klageschrift wurde durch diese Entscheidung zumindest teilweise aufgegeben. Hat es heute also überhaupt einen Sinn, über den in § 767 III ZPO beinhaltenen Konzentrationszweck zu sprechen?

Zunächst versuchen wir den Sinn der Redewendung zu klären, in dem der Gesetzgeber im Jahre 1877 über die „Energie der Vollstreckung“ gesprochen hatte. Zum einen ist darauf abzustellen, dass der Gesetzgeber in § 686 III CPO (heute § 767 III ZPO) eine Zeitschranke geschaffen hatte („zur Zeit der Erhebung der Klage“), die über die Zulässigkeit der Einwendungen entscheidet. Zum anderen ist die Ansicht des Gesetzgebers, jede Einwendung stelle einen selbständigen Verfahrensgegenstand dar²⁴², nicht außer acht zu lassen. Den Sinn der Zeitschranke des § 767 III ZPO kann man also darin sehen, den Kläger durch Häufung sämtlichen ihm bekannten Einwendungen in der Klageschrift daran zu hindern, den *Ablauf der ZVS* durch die Einlegung von *mehreren Vollstreckungsgegenklagen* (jeweils mit einer anderen Einwendung) zu verschleppen. Dies hat schon *Bötticher* erkannt, als er das ursprüngliche Ziel der nämlichen Vorschrift (neben ihrer „außerprozessualen“ Präklusionsbedeutung; s.o. C.IV.1.) in der *Vorbeugung der Häufung von Vollstreckungsgegenklagen*²⁴³ gesehen hat.

Dieses Ziel versuchte man – im Hinblick auf die Konzeption der ZPO ausnahmsweise²⁴⁴ – durch die teilweise Wiederherstellung der *Eventualmaxime*²⁴⁵, die gerade in § 767 III ZPO ihren Ausdruck gefunden hatte, zu erreichen. Dies bedeutete, dass *ursprünglich* jede Einwendung, die dem Kläger bereits bei der Klageerhebung bekannt war und von ihm in der Klage nicht angeführt wurde, für das rechtshängige (d.h. „innerprozessual“) sowie für jedes andere Verfahren (d.h. „außerprozessual“) ausgeschlossen

²³⁷ Vgl. *Burgard*, ZZZ 106 (1993), S. 41.

²³⁸ So *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 IX, S. 639; vgl. auch *K. Schmidt*, Vollstreckungsgegenklage, S. 512.

²³⁹ *Hahn*, Materialien, S. 437.

²⁴⁰ RGZ 55, 101 ff.

²⁴¹ RGZ 55, 101, 104; es handelte sich im erwähnten Falle um die Einwendungen, die schon *zur Zeit der Klageerhebung vorhanden waren*, aber vom Kläger nicht in der Klageschrift geltend gemacht wurden.

²⁴² S. o. C.IV.1. und *Hahn*, Materialien, S. 437.

²⁴³ *Bötticher*, MDR 1963, S. 933.

²⁴⁴ Zu der Ablehnung der Eventualmaxime vgl. *Leipold*, ZZZ 93 (1980), S. 258.

²⁴⁵ *Bötticher*, MDR 1963, S. 933.

(präkludiert) wurde. Die Frage nach der möglichen Verschleppung des weiteren Ablaufs des Vollstreckungsgegenklageverfahrens wurde jedoch durch § 767 III ZPO nicht gelöst²⁴⁶. Dies wurde schon damals den Vorschriften über den Ablauf des Erkenntnisverfahrens überlassen. Die Wahrung der „Energie der Vollstreckung“ bedeutete also bloß *Energie der Vollstreckung als eines Ganzen* dadurch zu sichern, dass die Anzahl von Abwehrklagen möglichst gering gehalten wird. Prozessverschleppungen in einem konkreten Verfahren über die Vollstreckungsgegenklage konnten allerdings mittels des § 767 III ZPO nicht vermieden werden²⁴⁷.

Dies zeigt, dass man ursprünglich von einem *gemeinen* „Konzentrationszweck mittels Eventualmaxime“ (Häufung aller bekannten Einwendungen bis zum bestimmten Zeitpunkt) des Abs. 3 sprechen konnte. Seitdem es die höchstrichterliche Rechtsprechung²⁴⁸ aber im Einvernehmen mit der Prozesstheorie²⁴⁹ zulässt, in einer Klage auch noch *während des Prozesses entstehenden Einwendungen* bis zum Verhandlungsschluss geltend zu machen, kann man von einem Eventualprinzip kaum sprechen. Die Geltendmachung von neuen Einwendungen noch im Laufe des Verfahrens ist doch auch in jedem normalen Erkenntnisprozess möglich. Das Anliegen des Gesetzgebers, sämtliche Einwendungen schon im anfänglichen Abschnitt des Verfahrens über die Klage zu sammeln (Ausdruck des Eventualprinzips), wurde durch spätere Gesetzes- sowie Rechtssprechungsentwicklung aufgegeben. Darüber, wann im Verfahren die Anträge, Einwendungen, Angriffs- und Verteidigungsmittel abzugeben, sowie einschlägige Fristen zu setzen sind, sagt der § 767 III ZPO nichts aus. Das Einzige, was in § 767 III ZPO als ein *Zeichen der Verfahrenskonzentration* bezeichnet werden kann, ist das Gebot, das sowohl aus den Gesetzmaterialein²⁵⁰ als auch aus der Rechtsprechung²⁵¹ folgt, sämtliche Einwendungen *in einer Klage* geltend zu machen. Um eine „klassische“ Konzentrationsvorschrift wie die des § 296 ZPO handelt es sich dabei jedoch nicht.

C.IV.3 Nachschieben und Auswechseln von Einwendungen

Wie bereits oben u. C.I.2 festgestellt, wird üblicherweise der Streitgegenstand einer Klage für Zwecke der prozessualen Institutionen der *Rechtshängigkeit*, *Klagenhäufung* und *Klageänderung* selbst durch den Klageantrag bestimmt. Dies gilt, wie oben u. C.I.3. gezeigt, grundsätzlich auch für Gestaltungsklagen. Nachdem wir die Arten von Einwendungen und die innere Systematik des § 767 ZPO betrachtet haben, wird weiter versucht, die bisher gewonnenen Ergebnisse auf die Problematik der Rechtshängigkeit, Klagenhäufung und Klageänderung einer Vollstreckungsgegenklage

²⁴⁶ Richtig weist *Leipold*, aaO., S. 258 darauf hin, dass durch die konzeptionelle Ablehnung der Eventualmaxime gerade die Gefahr bestand, dass der Prozessstoff „*in unnötiger Weise*“ aufgebläht wird, was sich im Verfahren „*verzögernd*“ auswirken könne.

²⁴⁷ *Böttcher*, MDR 1963, S. 933.

²⁴⁸ Einen weiteren Schritt (entgegen dem RGZ 55, 101 ff.) stellte das Urteil des RG v. 23. 4. 1937 (ZZP 61 1939, 142 ff.) dar, nach dem der Kläger dazu berechtigt ist, auch erst *während des Prozesses entstandene Einwendungen* in das Verfahren einzubeziehen.

²⁴⁹ *S. Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 IX, S. 639.

²⁵⁰ *Hahn*, Materialien, S. 437.

²⁵¹ RGZ 55, 101, 104; OLG Celle MDR 1963, S. 932 f.

anzuwenden. Dabei soll den Problemen des Auswechselns und Nachschiebens von Einwendungen besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden.

Bilden wir zur Erläuterung des Problems folgendes Beispiel²⁵²:

Gläubiger B klagt gegen den Schuldner K und erhält am 15.4. ein vollstreckbares Leistungs-urteil. Am 20.4. treffen B und K eine Vereinbarung, durch die B dem K verspricht, die Auszahlung der Forderung nicht im Wege der ZVS zu beanspruchen. Am 15.5. jedoch erklärt B an K, er sei in so schlechter wirtschaftlicher Lage, dass er die Erfüllung der Forderung von K zwangsweise fordern muss. Darauf erhebt K am 20.5. seine Vollstreckungsgegenklage, die er auf die Vollstreckungsabrede stützt. Am 15.6. bezahlt ein Geschäftspartner des K an B die geschuldete Summe und berichtet K unverzüglich darüber. K will jetzt seine Vollstreckungsgegenklage statt der Vollstreckungsabrede, die sich als schwer nachweisbar darstellt, auf die Einwendung der Erfüllung durch einen Dritten (§§ 362 I, 267 I BGB) stützen.

Der Kläger legt die Vollstreckungsgegenklage mit dem Ziel ein, die Zulässigkeit der ZVS aus dem Titel zu beseitigen²⁵³. Wie schon oben u. III.2.3. angeführt, kann die Zulässigkeit der ZVS aufgrund materieller sowie prozessualer Einwendungen (§ 767 I ZPO) des Klägers beseitigt werden. Weiter ist erforderlich, dass die Einwendungen erst nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung des Vorverfahrens (§ 767 II ZPO) entstanden sind. Das ist hier auch der Fall. In unserem Beispiel wären also beide Einwendungen als Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage statthaft und wenn sie bewiesen würden, würden sie zur Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Urteils führen. Wie ist es aber mit der Geltendmachung der neuen Einwendung (Erfüllung), von der K erst im Laufe des Vollstreckungsabwehrverfahrens Kenntnis erlangt hat?

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers stellte eine Einwendung des Klägers einen selbständigen Streitgegenstand (s.o. C.III.2.). Wenden wir diese Meinung auf das dargelegte Beispiel an, würde dies bedeuten, dass die Einwendung der Erfüllung einen neuen Streitgegenstand der Klage darstellt. Wäre ein solcher Fall im Jahre 1879 geschehen, hätte K keine andere Möglichkeit gehabt, als die neu entstandene Einwendung mit einer weiteren Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen. Seitdem die Rechtsprechung die Geltendmachung von Einwendungen, die erst nach der Erhebung der Klageschrift entstanden sind, in demselben Verfahren ermöglicht²⁵⁴, trat ein neues Problem hervor. Hat die Heranziehung einer weiteren Einwendung die Veränderung, bzw. Häufung von Streitgegenständen zur Folge?

Vertreten wir die ursprüngliche (gesetzgeberische) Auffassung, dann müssen wir die gestellte Frage so beantworten, dass eine Änderung der Einwendung immer eine Änderung des Streitgegenstandes zur Folge hat. Dem haben das OLG Celle²⁵⁵ sowie der II. Senat des BGH im Urteil vom 2. 5. 1966²⁵⁶ Rechnung getragen, als sie dem Kläger die spätere Einwendung der Aufrechnung wegen mangelnder Sachdienlichkeit im Sinne des § 263 ZPO nicht zugelassen haben. Angenommen, dass jede Einwendung im Sinne des § 767 I ZPO einen selbständigen Streitgegenstand darstellt, drängt sich jedoch ein wei-

²⁵² Herausgearbeitet aufgrund des Beispiels von *Burgard*, ZZP 106 (1993), S. 27.

²⁵³ S. o. B.III.2. und C.II.1.; dazu noch *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 40, S. 1980 m.w.N.

²⁵⁴ Urteil des RG vom 23. April 1937 (ZZP 61 (1939), 142 ff.).

²⁵⁵ Urteil vom 18. Januar 1963, MDR 1963, S. 932 f.

²⁵⁶ ZZP 79 (1966), S. 460 ff.

teres Problem auf. Ist nach der Nichtzulassung einer Einwendung aufgrund der § 263 ZPO möglich, diese „abgelehnte“ Einwendung in einem neuen Prozess geltend zu machen oder ist dies wegen der Schranke des § 767 III ZPO für das neue Verfahren ausgeschlossen?

Oben unter C.I.2. wurde als Grundsatz angenommen, dass der Kläger, wenn er an der Geltendmachung seiner Ansprüche im Wege einer Klageänderung aus Gründen der Sachdienlichkeit gehindert wurde, die Möglichkeit haben muss, seinen Anspruch (hier die neue Einwendung) mit einer neuen Klage zu verfechten. Um so mehr überrascht es, dass das OLG Celle in seinem Urteil bei der Anwendung der §§ 263, 264 ZPO gleichzeitig § 767 III ZPO appliziert hat. Dies hatte zu dem auffälligen Ergebnis²⁵⁷ geführt, dass, obwohl der Kläger im ersten Prozess vom Gericht aufgrund des § 263 ZPO gehindert wurde, die erhobene Einwendung zu verfolgen, die zweite Vollstreckungsgegenklage wegen der Überschreitung der Präklusionsschranke des § 767 III ZPO (dem Kläger wurde die „neue“ Einwendung schon im ersten Prozess doch bekannt) abgewiesen wurde. Es wäre aber sicherlich gerechter, wenn bei der Ablehnung der Klageänderung aus Gründen der mangelnden Sachdienlichkeit, der Kläger die neu entstandene Einwendung mit einer neuen Klage ohne Rücksicht auf § 767 III ZPO geltend machen könnte.

Auf der anderen Seite ist noch eine Auffassung denkbar, die nicht nur die Gerechtigkeit des Verfahrens im Auge behält, sondern gleichzeitig der Gesetzlage entspricht. Betrachten wir *alle vorhandenen und dem Kläger bekannten Einwendungen*, die zur Unzulässigkeit der ZVS aus dem konkreten Titel führen können, *nur als Elemente der Klagebegründung*, so wird durch die Nachschiebung der Einwendung der Streitgegenstand der Klage nicht geändert. Darauf hat neben Bötticher²⁵⁸ auch Schwab²⁵⁹ hingewiesen. Diese Auffassung kann man als *globaler Streitgegenstand* der Vollstreckungsgegenklage bezeichnen²⁶⁰. In unserem Beispiel könnte also der Kläger K die neue Einwendung schon im rechtshängigen Verfahren geltend machen, ohne dass er vom Gericht daran aus Gründen der §§ 263, 264 ZPO gehindert würde. Demzufolge ist die Anwendung des § 767 III ZPO (anders als im Fall der Bejahung der Klageänderung) nicht auszuschließen. Dies entspricht auch dem Gedanken des Gesetzgebers, der dafür plädiert hatte, alle Einwendungen *in einer Klage* geltend zu machen.

Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass eine schrankenlose Zulassung von Einwendungen die „Energie der Vollstreckung“ gefährden könnte²⁶¹. Angenommen, die Effektivität der ZVS wäre durch das Nachschieben der neuen Einwendungen bedroht, wäre dies vielleicht ein triftiger Grund dafür, von der „globalen“²⁶² Auffassung des Streitgegenstandes der Abwehrklage Abstand zu nehmen. Es zeigt sich jedoch, dass auch ohne Anwendung der §§ 263, 264 ZPO für Fälle der nachträglichen Änderung von Einwendungen das Gericht über Mittel verfügt, die den VSSchuldner (d.h. hier paradox *den Kläger*) an der Verschleppung des Verfahrens hindern können. Trägt der Kläger ständig neue und neue Begründungen seiner Klage vor, kann das Gericht sein Vorbringen – wenn es wirklich zur Verschleppung des Prozesses führt – aufgrund §§ 282, 296

²⁵⁷ Vgl. Bötticher, MDR 1963, S. 934.

²⁵⁸ Bötticher, MDR 1963, S. 934.

²⁵⁹ Schwab, ZJP 79 (1966), S. 463.

²⁶⁰ S. dazu Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 54, S. 511 und Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 IX 1, S. 640.

²⁶¹ Schwab, ZJP 79 (1966), S. 463.

²⁶² Vgl. Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 54, S. 511.

ZPO zurückweisen. Die Zurückweisung solcher Einwendungen hätte selbstverständlich zur Folge, dass der Kläger sie nicht in einem neuen Verfahren über Vollstreckungsgegenklage geltend machen darf (§ 767 III ZPO). Die Effektivität der Vollstreckung könnte also bei einer besonnenen Handhabung von allgemeinen Konzentrationsvorschriften seitens des Gerichts wohl gewahrt werden.

Dem möglichen Einwand, die Nichtanwendung der §§ 263, 264 ZPO benachteilige ernsthaft die Stellung des Beklagten, ist gleichfalls nicht zu folgen. Das oben Angeführte bedeutet keinesfalls, dass die Anwendung der Klageänderungsvorschriften im Verfahren ausgeschlossen würde. In den Fällen der Änderung des Klageantrags, wenn weiter anstatt der Unzulässigkeitserklärung der ZVS z.B. die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des Titels²⁶³ beantragt wird, handelt es sich selbstverständlich um eine Klageänderung. Eine bloße Änderung der Einwendung wie in unserem Fall, kann dagegen – mit Rücksicht auf „*equality of arms*“ (vgl. Rechtsprechung zu Art. 6 I EMRK) der beiden Parteien – in der Tat die Stellung des Beklagten kaum verschlechtern. Er muss darüber – wie z.B. in einem Streit um die Feststellung des Eigentums an einer Sache – im klaren sein, dass der Kläger alle möglichen Begründungen für die Nachweisung von ihm bestrebter Rechtsfolge vortragen wird²⁶⁴. Vom Kläger könnte man nicht fordern, dass er im Falle der Feststellung seines Eigentums, sowie bei der Unzulässigkeitserklärung des Vollstreckungstitels, jeden Erwerbsgrund, bzw. jede zulässige Einwendung mit einer gesonderten Klage verfolgt²⁶⁵. Im letzten Falle brächte es hinsichtlich des § 767 III ZPO schwer lösbare Probleme mit sich.

Es ist also angesichts der Klageänderung angebrachter, *von einem globalen Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage auszugehen*. Der Streitgegenstand der Klage lässt sich danach nur aufgrund des Klageantrages zu bestimmen. Dies betrifft auch die Problematik der *Rechtshängigkeit*²⁶⁶. Stützt der Kläger seine Klage auf mehrere, die Unzulässigkeit der ZVS aus dem Titel begründenden Einwendungen, handelt es sich dabei folgerichtig nicht um eine *Klagenhäufung* im Sinne des § 260 ZPO. Mit Münzberg kann man sagen, dass die einzigen Einwendungen „lediglich Elemente der Klagebegründung“ sind, nicht jedoch selbstständige Klagegründe²⁶⁷.

C.V. ZWISCHENERGEBNIS

Was den Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage während des Verfahrens betrifft, wurde gezeigt, dass die Uneinigkeit der allgemeinen Streitgegenstandslehren auch Auswirkungen auf diese Klage entfaltet. Es wurde deshalb versucht, durch eine Analyse aller im Laufe des Verfahrens auf den Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage bezogenen Faktoren, eine *eindeutige Antwort* auf die Frage zu geben.

Aus der Tatsache, dass mit der Vollstreckungsabwehrklage der VSSchuldner die Unzulässigkeitserklärung der ZVS anstrebt, wurde gefolgt, dass nicht nur Einwendungen

²⁶³ Vgl. BGHZ 127, 146 ff.

²⁶⁴ Vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 322 Rn. 235, S. 251; Grunsky, Grundlagen, S. 35 ff.; dagegen jedoch Schilken, ZPR, § 6 VI, Rn. 233, S. 129.

²⁶⁵ Vgl. auch Blomeyer, ZPR, § 89 VII, S. 498.

²⁶⁶ Vgl. Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 54, S. 511.

²⁶⁷ Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 54, S. 511.

im materiellrechtlichen Sinne, sondern auch sog. prozessuale Einwendungen mit der Klage geltend gemacht werden können. Dies schließt folgerichtig eine bloß materielle Betrachtung des Streitgegenstandes aus. Danach musste auch entschieden werden, welcher Zeitpunkt für die Geltendmachung derartigen Einwendungen maßgeblich ist und welchen Einfluss die Eigenschaften des VSTitels auf den Streitgegenstand der Abwehrklage haben. Dabei hat es sich ergeben, dass der Umfang der in Frage kommenden Einwendungen für die rechtskraftfähigen VSTitel durch § 767 II ZPO beschränkt wird. § 767 II ZPO stellt danach eine „objektive außerprozessuale Präklusionsvorschrift“ dar, die der Kläger bei der Auswahl der möglichen Einwendungen nicht übersehen darf.

Bei der Analyse der Vorschrift des § 767 ZPO hat es sich aber unbestritten erwiesen, dass für die Gestaltung des Streitgegenstandes der Vollstreckungsgegenklage im Laufe des Verfahrens die Norm des § 767 III ZPO unentbehrlich ist. Durch § 767 III ZPO verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die „Energie der Vollstreckung“ zu schützen. Um die große Zahl von Vollstreckungsabwehrklagen innerhalb eines VS Verfahrens zu vermeiden, hatte er angeordnet, alle Einwendungen *in einer Klage* geltend zu machen. Damit stünde es jedoch nicht im Einklang, die vom Kläger während des Verfahrens neu geltend gemachte Einwendungen den Vorschriften der §§ 260, 261, 263, 264 ZPO zu unterwerfen. Es könnte nämlich zum endgültigen Verlust der Verteidigungsmöglichkeiten des VSSchuldners führen. Um dies zu verhindern, ist eine „globale“ Betrachtung des Streitgegenstandes erforderlich.

Diese „globale Betrachtungsweise“ des Streitgegenstandes einer Vollstreckungsabwehrklage haben wir jedoch bisher nur unter dem Blickwinkel des Verfahrensverlaufs untersucht. Es bleibt noch zu fragen, ob diese globale Auffassung des Streitgegenstandes auch für die Fragen des Urteils und seiner Auswirkungen geboten ist. Diese Fragestellung drängt sich um so mehr auf, als wir oben u. C.I.2. c) festgestellt haben, dass das deutsche Prozessrecht grundsätzlich die Rechtskraftwirkungen eines Urteils sehr eng hält.

Vornehmlich auf diese Problematik wird der nächste Teil der Arbeit gezielt eingehen.

D. URTEIL UND URTEILSWIRKUNGEN

D.I. GRUNDSÄTZLICHES ZU URTEILSWIRKUNGEN

Werden alle Sachurteilvoraussetzungen erfüllt, darf auf eine Vollstreckungsabwehrklage – normalerweise nach einer mündlichen Verhandlung – ein Urteil ergehen. Die ZPO geht grundsätzlich von zwei unterschiedlichen Urteilsarten – dem Endurteil (§ 300 ZPO) und dem Zwischenurteil (§ 303 ZPO) – aus. Das für die Unterscheidung maßgebliche Kriterium besteht darin, ob das Urteil den Rechtsstreit ggf. seinen Teil für die entscheidende Instanz abschließt (Endurteil) oder nicht (dann Zwischenurteil). Sowohl für ein Endurteil, als auch für ein Zwischenurteil gilt, dass unter denen noch weiter untergliedert werden können²⁶⁸. In weiterem werden wir uns nur mit Urteilswirkungen eines Vollendurteils²⁶⁹ (§ 300 I ZPO) befassen. Das Vollendur-

²⁶⁸ So kann man z.B. Endurteile in Vollendurteile und Teilurteile (§ 301 ZPO) teilen.

²⁶⁹ Im folgenden wird mit „Urteil“, soweit nichts anderes angeführt, stets ein „Vollendurteil“ gemeint.

teil zeichnet sich dadurch aus, dass es die Sache im vollen Umfang für die Instanz beendet²⁷⁰.

Es ist heute allgemein anerkannt, dass die Wirkungen, die ein Vollendurteil entfaltet, nicht gleich sind. So greifen manche von ihnen nicht immer, daher besteht unter ihnen grundsätzlich keine zwingende Abhängigkeit²⁷¹. Dabei gilt, dass nicht für alle Arten von Urteilswirkungen der Begriff des Verfahrensgegenstandes von Bedeutung ist; d.h. der Umfang und Inhalt mancher Urteilswirkungen richtet sich nicht nach dem Streitgegenstandsbegriff. Dies muss man auch bezüglich der Vollstreckungsgegenklage im Auge halten. Hinsichtlich dieser Klage werden wir folgende Wirkungen eines aus ihr ergehenden Urteils unterscheiden – *Materielle Rechtskraft, Gestaltungswirkung und Vollstreckbarkeit*.

Die materielle Rechtskraft sichert dem Urteil die Maßgeblichkeit seines Inhalts im Verhältnis zwischen den Parteien²⁷². Die im Urteil ausgesprochene Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der von einer Partei beanspruchten Rechtsfolge darf in einem anderen Verfahren nicht in Frage gestellt werden²⁷³. Dadurch soll verhindert werden, dass über die gerade festgestellte Rechtsfolge erneut ein Rechtsstreit geführt wird und die Sache ggf. abweichend entschieden wird. Die materielle Rechtskraft setzt immer Unanfechtbarkeit der Entscheidung, d.h. die formelle Rechtskraft voraus.

Während die materielle Rechtskraft normalerweise eine unabhängig vom Prozess entstandene Rechtslage bindend feststellt, führen Gestaltungsurteile eine Änderung der Rechtslage herbei²⁷⁴. Eine solche *Rechtsänderung* wäre ohne den Erlass des Urteils nicht denkbar. Dabei ist nicht entscheidend, ob eine materielle (z.B. die Scheidung von Eheleuten – § 1564 S. 2 BGB), oder eine prozessuale Rechtsänderung (Unzulässigkeit der ZVS – 767 ZPO) herbeigeführt wird. Der Eintritt der Gestaltungswirkung ist grundsätzlich, wie die materielle Rechtskraft, an die Erlangung der formellen Rechtskraft des Urteils geknüpft²⁷⁵.

Der Begriff der Vollstreckbarkeit ist nicht einheitlich. *Vollstreckbarkeit im engeren Sinne* bedeutet, dass der aus der Entscheidung Berechtigte den Inhalt der Entscheidung (typischerweise eine Verurteilung) mit Hilfe der Zwangsmittel des 8. Buches der ZPO gegen den Willen des Verpflichteten durchsetzen kann²⁷⁶. Die ZPO verwendet jedoch den Begriff der Vollstreckbarkeit manchmal auch in einem weiteren Sinn, wie z.B. aus §§ 708 Nr. 1–3, 7, 10; 775 Nr. 1; 868; 895 S. 2 ZPO folgt. *Vollstreckungswirkungen im weiteren Sinn* bestehen überwiegend darin, dass die Entscheidung eine *Grundlage für die Handlung der staatlichen Organe* darstellt, die an sich keinen Zwang gegen die unterlegene Prozesspartei enthält²⁷⁷ (gewisse Eintragungen in öffentliche Bücher, Einstellung oder Beschränkung der ZVS).

²⁷⁰ S. Grunsky, Grundlagen, S. 461.

²⁷¹ Vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 322 Rn. 8, S. 198.

²⁷² Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 149 II, S. 908.

²⁷³ S. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 149 II, S. 908.

²⁷⁴ Vgl. MünchKomm/Gottwald, § 322 Rn. 19, S. 2099.

²⁷⁵ S. Stein/Jonas/Leipold, § 322 Rn. 14, S. 199.

²⁷⁶ Vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 322 Rn. 15, S. 199, MünchKomm/Gottwald, § 322 Rn. 21, S. 2100; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 149 III, S. 909.

²⁷⁷ Manche Autoren sprechen hier von *Anordnungswirkungen* (s. Nachweise bei Stein/Jonas/Münzberg, vor § 704 Rn. 47, S. 26); dies beruht auf der zu ablehnenden Lehre Kuttner's, s. auch Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914, S. 14.

D.II. STATTGEBENDES URTEIL

Mit einer Vollstreckungsabwehrklage macht der VSSchuldner die *Unzulässigkeit der Vollstreckung* aus dem VSTitel geltend (§ 775 Nr. 1 ZPO; s. o. C.II.1.). Es lässt sich also von einem stattgebenden Urteil dann sprechen, wenn der Tenor des aus der Klage ergehenden Urteils entsprechend dem Klageantrag lautet; d.h. wenn die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungstitel „ganz, teil- oder zeitweise für unzulässig erklärt“ wird²⁷⁸. Der Vollstreckungsgegenklage kann selbstverständlich nur teilweise, unter Abweisung im übrigen, stattgegeben werden²⁷⁹. Im Falle eines Zurückbehaltungsrechts oder der Einrede des nichterfüllten Vertrages, spricht das stattgebende Urteil aus, dass die ZVS nur Zug um Zug gegen Gegenleistung für unzulässig zu erklären ist²⁸⁰. Auch damit wird der Klage stattgegeben.

D.II.1 Rechtskraftwirkungen des stattgebenden Urteils

Im Falle eines der Vollstreckungsgegenklage stattgebenden Urteils handelt es sich um ein prozessuales Gestaltungsurteil (s.o. B.V.). Die früher herrschende Lehre hat einem Urteil, das eine Rechtsänderung ausspricht, die Wirkung der materiellen Rechtskraft abgesagt²⁸¹. Man argumentierte damit, dass bei der Änderung der Rechtslage durch ein Gestaltungsurteil eine materielle Rechtskraftwirkung entbehrlich sei²⁸², denn eine rechtskraftfähige Feststellung, z.B. dass der Kläger die Scheidung der Ehe verlangen kann, erscheine bedeutungslos, wenn das Urteil die Ehe gerade auslöst²⁸³. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen.

Die Gestaltungswirkung besteht allein in der Rechtsänderung; sie kann jedoch nicht garantieren, dass die herbeigeführte Rechtsfolge (z.B. die Unzulässigkeit der ZVS) zwischen den Parteien als bindend feststeht. Käme dem Gestaltungsurteil keine Rechtskraftwirkung zu, so könnte z.B. die unterlegene Partei gegen den Gestaltungskläger Schadenersatz- oder Bereicherungsansprüche mit der Begründung erheben, die Gestaltung sei zu Unrecht (d.h. rechtswidrig bzw. ohne rechtlichen Grund) erfolgt²⁸⁴. Dies würde aber zur großen Rechtsunsicherheit führen, weil das Verfahrensergebnis für weitere im Zusammenhang mit dem ersten Verfahren stehende Prozesse nicht maßgeblich wäre. Das Urteil muss also auch die Wirkung entfalten, die sichert, dass zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung ein Recht des Klägers auf Herbeiführung der von ihm beanspruchten Rechtsfolge bestand²⁸⁵. Darum ist die materielle Rechtskraft des Gestaltungsurteils anzuerkennen, die die Maßgeblichkeit des Urteilsinhalts für weitere Beziehungen zwischen den Parteien sichert.

Dies wirft jedoch zwingend die Frage auf, woraus sich eigentlich der Gegenstand der materiellen Rechtskraft eines der Vollstreckungsgegenklage stattgebenden Urteils

²⁷⁸ So Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 XI. 1, S. 644.

²⁷⁹ S. MünchKomm/K.Schmidt, § 767 Rn. 91, S. 2002.

²⁸⁰ So BGHZ 118, 229, 242; so wohl im Ergebnis auch MünchKomm/K. Schmidt, § 767 Rn. 91, S. 2002.

²⁸¹ So Stein/Jonas/Leipold, § 322 Rn. 66, S. 209 m.w.N.

²⁸² Vgl. Lent, ZZP 61 (1939), S. 279 ff., insb. S. 306.

²⁸³ So Blomeyer, ZPR, § 94 IV, S. 529.

²⁸⁴ Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 94 III. 2, S. 529; und Stein/Jonas/Leipold, § 322 Rn. 66, S. 209.

²⁸⁵ So MünchKomm/Gottwald, § 322 Rn. 175, S. 2137.

zusammensetzt. Ist nur auf den Klageantrag abzustellen, oder spielen hier auch die für seine Begründung angeführten Tatsachen eine Rolle? Oben unter C.IV.3. wurde gezeigt, dass für die Bestimmung der Rechtshängigkeit, Klagenhäufung und Klageänderung bei der Vollstreckungsgegenklage lediglich der Klageantrag maßgeblich ist. Bringt der Kläger gegen den im VSTitel festgestellten Anspruch eine neue Einwendung vor, liegt darin keine Klageänderung. Demzufolge lässt sich – mindestens während des Verfahrens – von der „globalen Betrachtung“ des Streitgegenstandes der Abwehrklage sprechen (s.o. C.V.).

Jedoch geht auch die von der herrschenden Lehre abweichende Theorie vom relativen Streitgegenstand davon aus, dass für Zwecke der materiellen Rechtskraft der Verfahrensgegenstand nicht nur nach dem Antrag, sondern auch nach dem vorgetragenen Tatsachenkomplex bestimmt wird (s.o. C.I.2. c)). Ob dies auch für die Vollstreckungsgegenklage gilt, soll im Folgenden geklärt werden.

Der Antrag im Falle der Abwehrklage ist auf Unzulässigkeitserklärung der ZVS aus dem Titel gerichtet. Wird der VSTitel für unzulässig erklärt, darf auf dessen Grundlage kein Vollstreckungsverfahren (abgesehen von Fällen der teil- oder zeitweisen Unzulässigkeitserklärung) mehr betrieben werden. Nach § 767 III ZPO stellen die einzelnen Einwendungen lediglich Elemente der Klagebegründung dar, nicht jedoch die selbständigen Klagegründe²⁸⁶. Wird daher der Vollstreckungsgegenklage stattgegeben, spielt es keine Rolle, aus welchem Klagegrund dies geschieht. Das durch die materielle Rechtskraft festgestellte Ergebnis, dass das Begehren des Klägers im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung rechtmäßig war, braucht keiner weiteren Begründung. Eine solche wäre nämlich ganz überflüssig. Dies spricht für die Auffassung vom Gegenstand des stattgebenden Urteils, die auch *hinsichtlich der materiellen Rechtskraft* lediglich auf den Klageantrag (bzw. den Urteilstenor) abstellt.

Dies bedeutet jedenfalls nicht, dass wir ohne weiteres dieses Ergebnis auch für das die Vollstreckungsabwehrklage *abweisende Urteil* annehmen könnten. Eine Gestaltungswirkung kommt nur einem stattgebenden Gestaltungsurteil zu. Wird jedoch eine Vollstreckungsgegenklage abgewiesen, wird nicht nur keine Rechtsänderung herbeigeführt, sondern es bleibt sogar fraglich, worin die Rechtskraftwirkung eines solchen Urteils liegt (eine Feststellung, dass das Klagebegehren zum maßgeblichen Zeitpunkt begründet war, kann es folgerichtig nicht sein). Auf diese Frage muss man konsequenterweise im Kapitel betreffend das die Klage abweisenden Urteil eingehen.

D.II.2 Verhältnis zur Zwischenfeststellungsklage

Die materielle Rechtskraft wirkt – im Gegensatz zu der Gestaltungswirkung – nur unter den Prozessparteien²⁸⁷. Sie stellt bei einem der Abwehrklage stattgeben Urteil, wie bereits gezeigt, fest, dass das Begehren des Klägers im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung begründet war (d.h. dass die ZVS unzulässig ist). Es bleibt aber umstritten, ob damit auch Feststellungen über den vollstreckbaren Anspruch getroffen werden. Ein Teil der Literatur vertritt die Meinung, dass die materielle

²⁸⁶ Vgl. Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 54, S. 511.

²⁸⁷ Statt vieler Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 94 III. 2, S. 529.

Rechtskraft des der Abwehrklage stattgebenden Urteils sich auch auf die Feststellung des Anspruchs des Gläubigers bzw. auf die gegen ihn vorgetragenen Einwendungen erstreckt²⁸⁸. Dagegen beharrt die Rechtsprechung auf der Auffassung, durch das Urteil sei nur über die Zulässigkeit der ZVS entschieden, nicht aber über den Anspruch selbst oder die einzelnen Einwendungen²⁸⁹. Für eine Lösung dieser Streitfrage, scheint es mir unentbehrlich, kurz auf das Verhältnis zwischen der Vollstreckungsgegenklage und der Zwischenfeststellungsklage einzugehen.

Die Zwischenfeststellungsklage²⁹⁰ ist eine unselbstständige Feststellungsklage, die neben anderen Klageanträgen (z.B. neben dem Antrag auf Unzulässigkeitserklärung der ZVS) steht. Wird die Zwischenfeststellungsklage erhoben, handelt es sich immer um eine Klagenhäufung (vgl. III.4.3. – ein neuer Klageantrag). Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll die Zwischenfeststellungsklage den Ausgleich für sonst enge Rechtskrafterstreckung bilden²⁹¹. Dies ist auch ihr eigener Zweck²⁹². Gerade die Möglichkeit der Erhebung einer Zwischenfeststellungsklage verhindert, einem Urteil breite Rechtskraftwirkungen zuzusprechen. § 256 II ZPO steht nämlich mit § 322 I ZPO in einem festen Sinnzusammenhang. Wird § 322 I ZPO über die Grenzen des „Subsumtionsschlusses“²⁹³ hinaus ausgelegt, verliert § 256 II ZPO jeglicher Sinn. Daher müsste auch jeder Versuch einer teleologische Reduktion des § 322 I ZPO (breitere Rechtskrafterstreckung) an der Schranke des § 256 II ZPO scheitern²⁹⁴.

Angewandt auf das Verhältnis der Vollstreckungsgegenklage und Zwischenfeststellungsklage bedeutet dies folgendes: Wird der Abwehrklage stattgegeben, erwächst der Subsumtionsschluss (d.h. der Urteilstenor) in Rechtskraft, nicht aber seine einzelnen Glieder (Tatsachen wie Existenz des Anspruchs bzw. Nichtexistenz den gegen ihn vorgetragenen Einwendungen). Es wird damit für die Parteien maßgeblich festgestellt, dass die ZVS aus dem konkreten VStitel unzulässig ist oder – wozu man durch Auslegung des richterlichen Ausspruchs kommen kann – dass das Begehren des Klägers im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung begründet war (vgl. auch D.IV.1.). Ohne Erhebung der Zwischenfeststellungsklage wird aber nichts darüber festgestellt, ob der vollstreckende Anspruch besteht oder nicht, obwohl wir aus dem Subsumtionsschluss (rein logisch gesehen) darauf zurückschließen könnten. Einem solchen Rückschluss steht jedoch § 256 II ZPO im Wege.

Im Ergebnis ist also daran festzuhalten, was die Rechtsprechung für maßgebliches hält. Die Ausdehnung der Rechtskrafterstreckung auch auf Tatsachen, auf denen der richterliche Subsumtionsschluss beruht (auch wenn es wünschenswert wäre, s. dazu C.I.2. c)), wäre gegen die klare Konzeption des geltenden Rechts verstoßen und ist daher abzulehnen. Auf die einzige davon abweichende Ausnahme

²⁸⁸ Z.B. *MünchKomm/K. Schmidt*, § 767 Rn. 96, S. 2003.

²⁸⁹ So BGH IX. ZS, Urteil v. 19.6.1984 = FamRZ 1984, S. 878 ff.

²⁹⁰ Entgegen dem Wortlaut des § 256 II ZPO kann der Kläger die Zwischenfeststellung schon in der Klage selbst beantragen; s. *Stein/Jonas/Schumann*, § 256 Rn. 6, S. 107.

²⁹¹ *Hahn*, Materialien, S. 227.

²⁹² Vgl. *Gottwald*, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, S. 97 f.

²⁹³ Der Gegenstand der materiellen Rechtskraft ist durch den logischen Schluss (sog. Subsumtionsschluss) – der auf einem Obersatz (Anwendung des Rechts) und einem Untersatz (Feststellung von Tatsachen) beruht – gebildet; s. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 153 II, S. 922.

²⁹⁴ So *Gottwald*, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, S. 97.

(322 II ZPO – Aufrechnung) wird im Zusammenhang mit dem abweisendem Urteil eingegangen.

D.II.3 Vollstreckbarkeit des stattgebenden Urteils

Es wurde schon oben (D.I.) angeführt, dass die ZPO den Begriff „Vollstreckbarkeit“ in einem breiteren Sinne versteht, nach dem auch die Gestaltungsurteile nämliche Wirkung entfalten können²⁹⁵. So sagt § 775 Nr. 1 ZPO, dass die Zwangsvollstreckung einzustellen oder zu beschränken ist, wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus der sich ergibt, dass ... die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ... ist. Diese Formulierung ist nicht ohne Belang für den Streitgegenstand der Klage. Wie schon dargestellt (v.a. B.IV.3), wurde aufgrund erwähnter Vorschrift die Auffassung der Vollstreckungsgegenklage als eine vollkommene Gestaltungs-klage in Zweifel gestellt²⁹⁶. Auch wenn solcher Ansicht (aus oben u. B.IV.3. angeführten Gründen) nicht zu folgen ist, wirft § 775 Nr. 1 ZPO in Bezug auf die Vollstreckungs-gegenklage eine weitere wichtige Frage auf: ab wann und in welchem Umfang entfaltet das der Klage stattgebende Urteil seine Vollstreckungswirkungen?

Aus der Natur der Vollstreckungsabwehrklage als einer prozessualen Gestaltungs-klage ergibt sich, dass die Zwangsvollstreckung unabhängig von der Vorlage der Entscheidung beim Vollstreckungsorgan (§ 775 Nr. 1 ZPO) unzulässig wird²⁹⁷. Der Eintritt der Gestaltungswirkung des Urteils kann nämlich nicht an seine Vollstreckbarkeit, sondern an den Zeitpunkt seiner Unanfechtbarkeit (also der formellen Rechtskraft) geknüpft werden²⁹⁸. Die Gestaltungswirkung besteht danach in bloßer Änderung der Rechtslage, dass aus einer *zulässigen Zwangsvollstreckung eine unzulässige* wird. Solche Wirkung kann aber nichts daran ändern, ab wann und in welchem Umfang die Vollstreckungs-organe „ihre Arbeit“ einstellen bzw. wann die Vollstreckungsmaßnahmen aufgehoben werden. Dafür muss die Vollstreckbarkeit des stattgebenden Urteils sorgen.

Nach §§ 708 ff. ZPO sind auch Urteile, die nicht auf Leistung oder Duldung der ZVS gerichtet sind, für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Demzufolge wird auch ein der Vollstreckungsabwehrklage stattgebendes Gestaltungsurteil für „vorläufig vollstreckbar“ erklärt. Dadurch wird dem Kläger ermöglicht, die Einstellung der ZVS schon vor Eintritt der Gestaltungswirkung (bzw. der Rechtskraft) nach § 775 Nr. 1 ZPO zu erwirken²⁹⁹. Wie aber richtigerweise *Münzberg* erkannt hat, solange das Urteil dem Vollstreckungs-organ „nicht vorgelegt oder sonst zuverlässig zur Kenntnis gebracht wird“³⁰⁰, verhält es sich trotz Weiterbetrieben der sonst unzulässigen ZVS rechtmäßig. Die Vollstreckbar-keitserklärung bedeutet nämlich keinesfalls, dass das Urteil schon Wirkung entfaltet. Die tatsächliche *Vollstreckungswirkung* ist also gemäß dem Tatbestandsmerkmal des § 775 Nr. 1 ZPO erst *an die Vorlage des Urteils an das Vollstreckungsorgan* geknüpft.

²⁹⁵ Vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 708 Rn. 10, S. 96 f. und *MünchKomm/K. Schmidt*, § 775 Rn. 11, S. 2063.

²⁹⁶ Neben den Ansichten von *Henckel*, AcP 174 (1974), S. 109 und *Schlosser*, Gestaltungs-klagen, S. 101, ist auf Auffassung *Blomeyers*, ZVS, S. 127 aufmerksam zu machen.

²⁹⁷ Vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 775 Rn. 22, S. 575.

²⁹⁸ Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 XI. 2, S. 644.

²⁹⁹ S. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 XI. 2, S. 644.

³⁰⁰ *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 51a, S. 509.

Im Zusammenhang mit der Kenntnisnahme vom Urteil hat das Vollstreckungsorgan die bereits getroffenen *Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben* (§ 776 S.1 ZPO).

Dazu ist noch zu erwähnen, dass manche Autoren in der Vorlage des für vollstreckbar erklärten Urteils das Wahlrecht des Klägers sehen, „die Pflichten der Vollstreckungsorgane zur *Vollstreckung* in Pflichten auf *Einstellung* und *Aufhebung* zu ändern“³⁰¹. Dagegen spricht aber, dass die Vollstreckung auch ohne Vorlage des Urteils von Amts wegen einzustellen ist, sobald das Vollstreckungsorgan amtlich von ihm Kenntnis erlangt³⁰². Wenn dazu das über die Vollstreckungsgegenklage entscheidende Gericht selbst Vollstreckungsorgan ist, stellt es die ZVS *von Amts wegen* ein³⁰³. Sowohl aus diesen Gründen, als auch unter Berücksichtigung der Schuldnerinteressen (was anderes als die Beseitigung (der Drohung) von Vollstreckungsregeln wollte er erzielen?) scheint mir angebrachter zu sein, den Gedanken eines VSSchuldnerwahlrechts aufzugeben.

D.III. ABWEISENDES URTEIL

D.III.1 Zur Rechtsnatur des die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils

Wird eine Vollstreckungsgegenklage abgewiesen, wird die betroffene Rechtslage nicht geändert. Das die Abwehrklage abweisende Urteil entfaltet also keine Gestaltungswirkung. Es ist daher zu fragen, welcher Rechtsnatur das abweisende „Gestaltungsurteil“ ist. Gehen wir von der klassischen Einteilung der denkbaren Urteilschutzformen aus, könnte es sich im Falle des die Gestaltungsklage abweisenden Urteils entweder um ein Leistungsurteil oder um ein Feststellungsurteil handeln.

Die Leistungsurteile zeichnen sich dadurch aus, dass sie den Betroffenen zu einem Tun oder Unterlassen verurteilen³⁰⁴. Das ist bei Abweisung der Vollstreckungsgegenklage nicht der Fall, weil dem Kläger im Urteilstenor (abgesehen von der Kostenentscheidung) keine solche Pflicht festgesetzt wird. Es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, dass es sich im Falle des die Vollstreckungsabwehrklage abweisenden Urteils um ein *Feststellungsurteil* handelt³⁰⁵. Dies zeigt anschaulich, dass Schutzform der Klage und Schutzform des Urteils sich nur bei stattgebenden Urteilen decken. Daraus folgt weiterhin, dass aus der Art der erhobenen Klage sich nicht auf den Inhalt des ergehenden Urteils schließen lässt³⁰⁶.

D.III.2 Rechtskraftwirkungen des abweisenden Urteils

Wie bereits gezeigt, handelt es sich beim abweisenden Urteil im Vergleich zu dem stattgebenden um eine andere Urteilsform (Feststellungsurteil; D.III.1.). Es ist

³⁰¹ So Blomeyer, ZVS, S. 136.

³⁰² So BGHZ 25, 60, 64 f.; nach Münzberg (s. Stein/Jonas/Münzberg, § 775 Rn. 22, S. 575) steht der Weg zur Vorlage des Urteils nicht nur dem Schuldner, sondern *jedem* von der Vollstreckung betroffenen Dritten, *offen*.

³⁰³ Vgl. Stein/Jonas/Münzberg, § 775 Rn. 23a, S. 576.

³⁰⁴ S. Schilken, § 6 III 1, S. 94.

³⁰⁵ S. Gilles, ZZP 83 (1970), S. 113; weiter Lüke, JuS 1969, S. 301.

³⁰⁶ S. Lüke, JuS 1969, S. 301.

daher zu prüfen, ob dieser Unterschied auch für die Frage der Rechtskraftwirkung maßgeblich ist. Die Rechtskraftwirkung des stattgebenden Urteils stellt die Tatsache fest, dass die ZVS aus dem konkreten VSTitel unzulässig ist bzw. dass das Begehren des Klägers im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung begründet war (D.II.1.). Für die Bestimmung des objektiven Umfangs der materiellen Rechtskraft ist in diesem Fall daher hinreichend, nur auf den Urteilstenor (Klageantrag) abzustellen. Gilt dies auch für das abweisende Urteil?

Das Feststellungsurteil kann entweder ein positives oder ein negatives sein. Das positive Feststellungsurteil stellt das Bestehen des behaupteten Rechtsverhältnisses fest, das negative dann das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses³⁰⁷. Ein Rechtsverhältnis wird als das rechtliche Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder zu einem Sachgut³⁰⁸ verstanden. Während des ZVSVerfahrens sind der VS Gläubiger, der Staat (durch seine Vollstreckungsorgane), und der VSSchuldner an einem rechtlichen Verhältnis – Vollstreckungsrechtsverhältnis³⁰⁹ – beteiligt. Wird danach eine Vollstreckungsgegenklage abgewiesen, wird damit festgestellt, dass zwischen den Parteien sowie dem Gericht ein Vollstreckungsrechtsverhältnis besteht³¹⁰. Danach handelt es sich im Falle des die Vollstreckungsabwehrklage abweisenden Urteils um *ein positives Feststellungsurteil*, das die Existenz des erwähnten Rechtsverhältnisses bejaht.

Entgegen der Ansicht K. Schmidts³¹¹, wird über die Einwendungen, auf denen die Abwehrklage beruht, nicht entschieden. Dies folgt daraus, dass nur der „Subsumtionschluss“, nicht aber dessen Begründung die Rechtskraft erlangt, wie es sich aus dem oben (D.II.2) erörterten Sinnzusammenhang zwischen §§ 322 I und 256 II ZPO ergibt. Die Vollstreckungsgegenklageabweisung sagt demzufolge nichts rechtlich Maßgebliches darüber, ob die vom Kläger vorgebrachte Einwendung besteht oder nicht. Dasselbe gilt selbstverständlich für den vollstreckbaren Anspruch des Gläubigers³¹². Auf die Besonderheit der Rechtskrafterstreckung betreffend der Aufrechnungseinwendung wird noch später (D.III.3.) eingegangen.

Durch bloße Feststellung, dass das Vollstreckungsrechtsverhältnis besteht, wird jedoch nicht die Frage beantwortet, wie die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft der die Abwehrklage abweisenden Entscheidung zu bestimmen sind. Nach Münzberg ist diese Frage so zu lösen, dass als Annäherung an den zweigliedrigen Streitgegenstand grundsätzlich vom vorgetragenen Tatsachenkomplex auszugehen sei³¹³. Dies heißt, dass der objektiven Umfang der materiellen Rechtskraft nicht nur durch den Klageantrag, sondern auch durch dessen Begründung bestimmt ist. Einer Vollstreckungsgegenklage, die sich aufgrund der schon im Vorverfahren vorgetragenen Tatsachen gegen die ZVS wehrt, steht demnach die sog. negative Prozessvoraussetzung des „res iudicata“ im Weg, eine solche Klage ist unzulässig.

³⁰⁷ MünchKomm/Gottwald, § 322 Rn. 172 f., S. 2136.

³⁰⁸ So z.B. Stein/Jonas/Schumann, § 256 Rn. 110.

³⁰⁹ Vgl. Rosenberg/Gaul/Schilken, § 8 I, S. 85 ff., insb. S. 86.

³¹⁰ Vgl. abweichende Formulierungen bei MünchKomm/Gottwald, § 322 Rn. 176, S. 2137 und Gilles, ZZP 83 (1970), S. 113.

³¹¹ MünchKomm/K. Schmidt, § 767 Rn. 98, S. 2003.

³¹² Dafür auch BGH IX. ZS, Urteil v. 19. 6. 1984 = FamRZ 1984, S. 878 ff., insb. S. 879.

³¹³ Stein/Jonas/Münzberg, § 767 Rn. 55, S. 511.

Hiergegen lässt sich aber argumentieren, dass im Falle der Abweisung der Abwehrklage ein positives Feststellungsurteil vorliegt, das das Bestehen eines öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses bestimmt. Um den Rechtsgrund, auf dem dieses Vollstreckungsrechtsverhältnis beruht, geht es hier doch nicht. Dies ähnelt der Behauptung *Grunsky's*, der im Falle eines Feststellungsurteils über ein absolutes Recht den Streitgegenstand nur an den Klageantrag mit der Begründung knüpft, es handele sich um die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, nicht dagegen eines einzelnen es begründenden Rechts³¹⁴. Für die Entscheidung dieser Frage ist die Norm des § 767 III ZPO von Bedeutung.

Wie oben u. C.IV.1. gezeigt, stellt § 767 III ZPO eine *subjektive* außerprozessuale Präklusionsvorschrift dar. Danach ist der VSSchuldner im Falle der Abweisung der Vollstreckungsgegenklage mit solchen Einwendungen ausgeschlossen, die er im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über die Vorklage kannte oder kennen musste (vgl. „geltend machen imstande war“, dazu auch C.IV.3.). Dies zeigt, dass für die Beantwortung der Frage, ob nach der Abweisung der ersten Abwehrklage eine zweite zulässig ist oder nicht, unentbehrlich ist, auf die dem ersten Urteil zugrunde liegenden Tatsachen abzustellen. Dies schließt jede Versuche aus, die Rechtskrafterstreckung des die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils ohne Rücksicht auf die ihm zugrunde liegende Gründe zu bestimmen.

Nach richtiger Ansicht ist daher der Gegenstand der materiellen Rechtskraft des derart abweisenden Urteils nach zweigliedriger Streitsgegenstandslehre zu bestimmen³¹⁵. Dem möglichen Vorwurf der Inkonsequenz – im Falle des stattgebenden Urteils wird der Rechtskraftumfang nur durch den Klageantrag bestimmt – ist dadurch entgegenzuhalten, dass es sich um zwei unterschiedliche Urteilsarten handelt. Unterschiedliche Rechtsschutzform mag unterschiedliche Rechtskraftbestimmung rechtfertigen.

Es ist dabei jedoch im Verhältnis zur Rechtskrafterstreckung nicht zu vergessen, dass § 767 III ZPO weiter greifen kann, als die klassische Rechtskraftpräklusion gemäß § 322 I ZPO³¹⁶. Hätte der Kläger in unserem Beispiel (C.IV.3.) die ihm bekannte Einwendung der Erfüllung durch einen Dritten im ersten Verfahren nicht geltend gemacht, würde sie für das nächste Verfahren durch die Präklusionswirkung der Rechtskraft (§ 322 I ZPO) nicht ausgeschlossen, denn diese Einwendung gehört nicht „zu dem durch den Vortrag des Klägers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex“³¹⁷ (dies war die vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung) gehört. Die Nichtzulässigkeit dieser Einwendung wird erst durch die Anwendung des § 767 III ZPO begründet³¹⁸.

D.III.3 Anhang – Rechtskraftwirkung bei Aufrechnung und bei Schadensersatz- und Bereicherungsansprüchen

a) Als Grundsatz ist bereits festgestellt worden (D.III.2.), dass die Rechtskraft des abweisenden Urteils sich nicht auf die Frage des Nichtbestehens der geltend

³¹⁴ Vgl. *Grunsky*, Grundlagen, S. 35.

³¹⁵ So neben *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 55, S. 511 auch *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 176, S. 2137.

³¹⁶ *Gottwald* spricht deswegen von der „streitgegenstandsübergreifenden“ Präklusion, s. *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 158, S. 2133.

³¹⁷ So *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 230, S. 249.

³¹⁸ Vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rn. 55, S. 512.

gemachten Einwendung erstreckt. Diese Regel ist jedoch nicht ohne Ausnahme. Der BGH hat bei einer Vollstreckungsgegenklage, die auf einen Aufrechnungseinwand gestützt war, die analoge Anwendung des § 322 II ZPO zur Begründung der breiteren Rechtskrafterstreckung des abweisenden Urteils gebilligt³¹⁹. Dies hatte zur Folge, dass – im Gegensatz zu anderen geltend gemachten Einwendungen – über eine gegen den titulierten Anspruch gerichtete Aufrechnungseinwendung des VSSchuldners rechtskräftig entschieden wird. Ist jedoch eine derart analoge Heranziehung des § 322 II ZPO, die eine unterschiedliche Rechtskraftwirkung des Urteils in Bezug auf die einzelnen Einwendungen zur Folge hat, überhaupt zu rechtfertigen?

An der ersten Stelle soll erwähnt werden, dass § 322 II ZPO *eine Ausnahme* von dem Grundsatz darstellt, nach dem nur die Urteilsformel und nicht die Begründung der Entscheidung in die materielle Rechtskraft erwächst³²⁰. Weiter darf nicht übersehen werden, dass nach dem Wortlaut des § 322 II ZPO *nicht der Kläger* (wie es bei der Vollstreckungsabwehrklage der Fall ist), *sondern der Beklagte* die Aufrechnungseinwendung geltend machen soll. Danach handelt es sich im Falle der Anwendung des § 322 II ZPO auf das über eine Abwehrklage erkennende Urteil um eine *analoge Anwendung der Ausnahmenvorschrift*³²¹. Normalerweise geht man jedoch davon aus, dass die Ausnahmenvorschriften nicht extensiv (hier heißt es analog) angewandt werden dürfen³²².

Der BGH hat seine von dieser Ansicht abweichende Entscheidung vornehmlich auf zwei Argumente gestützt. Zum einen hält er für „maßgebendes Kriterium“ des § 322 II ZPO nicht die bloße prozessuale Parteistellung (d.h. ob die Aufrechnung Beklagter oder Kläger geltend macht), sondern die „besondere materiellrechtliche Eigenart der Aufrechnung“³²³. Zum anderen ist nach dem BGH auf den Sinn und Zweck der Vorschrift abzustellen. Der liegt bei § 322 II ZPO darin, dass zwei Forderungen, die von einer Aufrechnung gemeinsam gestaltet werden können (nämlich wenn die Aufrechnung begründet ist), auch hinsichtlich der materiellen Rechtskraft gleich zu behandeln sind³²⁴. Dem BGH ist aus folgenden Gründen zu folgen.

Gerade dem Einwand der Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) muss im Unterschied zu den anderen mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemachten Einwendungen (vgl. C.II.2. und 3.) eine Rechtskrafterstreckung zukommen. Wird nämlich eine Aufrechnungsforderung wirksam geltend gemacht, sind die „*Schuldnerforderung*“ sowie die *Forderung der Gegenpartei* neu gestaltet (gemindert oder erloschen, s. § 389 BGB), was seinen Ausdruck in der Urteilsformel findet und damit auch von materieller Rechtskraft gedeckt ist. Mit anderen Einwendungen im Sinne des § 767 I ZPO wird dagegen *kein Gegenanspruch* verfolgt, der in Rechtskraft erwachsen könnte. Für den Fall der unbegründeten Aufrechnung ist es aber erforderlich, die Rechtskrafterstreckung auf § 322 II ZPO stützen. Nur auf diese Weise können alle Fälle der

³¹⁹ So BGHZ 48, 356 ff.

³²⁰ Vgl. BGHZ 48, 356, 358.

³²¹ Vgl. neben BGHZ 48, 356, 358 auch *Otto*, JA 1981, S. 608, der aber die Ausnahmenatur des § 322 II ZPO nicht betont.

³²² Vgl. z.B. BGHZ 2, 244 ff. oder 4, 222 ff.

³²³ BGHZ 48, 356, 359

³²⁴ Vgl. BGHZ 48, 356, 359 f.

Aufrechnungsgeltendmachung gleich behandelt werden. Dies kann man nicht daran scheitern lassen, dass § 322 II ZPO nur über den Aufrechnungseinwand seitens des Beklagten spricht³²⁵.

b) Wird eine Vollstreckungsgegenklage abgewiesen, steht damit rechtskräftig fest, dass – wie oben u. D.III.2. gezeigt – ein wirksames rechtmäßiges Vollstreckungsrechtsverhältnis besteht. Erhebt der unterlegene VSSchuldner danach noch eine neue Klage, mit der er seine Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche aus – nach ihm – unzulässig vom Gläubiger betriebener ZVS geltend macht, würde man auf den ersten Blick sagen, einer solchen Klage steht die Rechtskraft des Vorurteils nicht im Wege. Es handelt sich jedoch im Falle Abweisung einer Vollstreckungsabwehrklage um einen anderen Streitgegenstand als bei einer Schadensersatz- oder Bereicherungsklage, denn schon die Klageanträge unterscheiden sich voneinander. Dennoch geht die Rechtsprechung³²⁶ und Literatur³²⁷ im gegenseitigen Einvernehmen davon aus, dass die Rechtskraft eines die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils der Erhebung des Schadensersatz- bzw. Bereicherungsanspruchs entgegensteht. Wie ist dies zu begründen?

Nach *Zeuner* geht es hier um eine Rechtskrafterstreckung kraft Sinnzusammenhang³²⁸. Die Abweisung der Vollstreckungsklage enthalte nämlich *ihrem Sinngehalt nach* zugleich eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung durch den VSGläubiger³²⁹. Der VSSchuldner wird damit daran gehindert, eine auf dieselben Einwendungen gestützte Schadensersatz- oder Bereicherungsklage gegen den VSGläubiger einzureichen, weil über die Tatbestandsmerkmale der Bereicherung („ohne rechtlichen Grund“, § 812 BGB) und Unerlaubter Handlung („widerrechtlich“, § 823 BGB) bereits entschieden ist³³⁰. *Leipold*³³¹ und *Otto*³³² gehen grundsätzlich von der *Präjudizwirkung* des die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteils für weitere Schadensersatz – und Bereicherungsverfahren aus. Dies bedeutet, dass die durch Klageabweisung rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge – nach *Leipold* „Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung“ – in dem späteren Schadensersatz- oder Bereicherungsprozess als Vorfrage von Bedeutung ist³³³.

Rein dogmatisch gesehen, handelt es sich jedoch im vorliegenden Falle um *keine echte Präjudizwirkung*, weil für die Schadensersatz- sowie Bereicherungsansprüche entscheidende Vorfrage – ob der titulierte Anspruch des Gläubigers tatsächlich besteht, durch das die Abwehrklage abweisende Urteil nicht rechtskräftig beantwortet wurde. Dies hat auch *Otto* erkannt, als er über die „erweiterte Präjudizwirkung“ gesprochen hat³³⁴. Die *Zeuners Lehre über die Sinnzusammenhänge* findet auch keine feste Grundlage im Gesetz³³⁵. Aus dem „Zusammenspiel“ von §§ 322 I, II und 256 II ZPO ergibt

³²⁵ Vgl. auch *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 191, S. 2140.

³²⁶ BGH, Urteil v. 30. 5. 1964 – II.ZS = ZZZ 74 (1961), S. 187 ff.

³²⁷ Z.B. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 XI. 3, S. 645; *Otto*, JA 1981, S. 608; *Zeuner*, ZZZ 74 (1961), S. 190 ff.; *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 207, S. 242.

³²⁸ *Zeuner*, ZZZ 74 (1961), S. 192.

³²⁹ Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 XI. 3, S. 645.

³³⁰ S. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 40 XI. 3, S. 645.

³³¹ *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 207, S. 242.

³³² *Otto*, JA 1981, S. 608.

³³³ *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 204, S. 241.

³³⁴ *Otto*, JA 1981, S. 608.

³³⁵ Vgl. z.B. *MünchKomm/Gottwald*, § 322 Rn. 48, S. 2106.

sich sogar, dass eine solche Lehre im Widerspruch zur Gesetzeslage steht³³⁶. Trotzdem ist sie im Ergebnis zu bejahen. Der erkennende Richter ist kein „Subsumtionsautomat“, der ohne Rücksicht auf eine vernünftige Lösung des Falles entscheidet. Wird in einem Vorverfahren rechtskräftig festgestellt, dass die ZVS rechtmäßig erfolgte, hätte es keinen Sinn, die Begründetheit der daraus sich nach Ansicht des Klägers ergebenden Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche zu überprüfen.

E. ZUSAMMENFASSENDES ENDERGEBNIS

Wie die obigen Untersuchungen gezeigt haben, handelt es sich im Falle der Vollstreckungsgegenklage um eine *prozessuale Gestaltungs-klage*. Das der Klage stattgebende Urteil führt eine Rechtslageänderung herbei, die darin liegt, dass die Vollstreckung aus dem konkreten Titel unzulässig wird. Diese Gestaltungswirkung tritt mit Erlangung der formellen Rechtskraft ein. Den Ansichten von *Henckel*, *Schlosser* und *A. Blomeyer*, nach denen die Gestaltungswirkung der Abwehrklage wegen §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO unvollkommen sei³³⁷, ist nicht zu folgen, weil die Rechtsgestaltung vom Beginn des Vollstreckungsverfahrens unabhängig ist.

Die mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemachten *Einwendungen* (§ 767 I ZPO) können nicht nur materiellrechtlicher, sondern auch prozessualer Natur sein. Die prozessualen Einwendungen sind auch in dem Falle zulässig, wenn sie *die Vollstreckungsunfähigkeit des VSTitels geltend machen*. Daraus folgt, dass nicht die Vollstreckbarkeit des Titels, sondern *Zulässigkeit der Vollstreckung aus dem VSTitel* den Gegenstand der Klage bildet. Aus dem Verhältnis zwischen § 767 II ZPO und § 767 III ZPO ergibt es sich, dass die beiden Vorschriften außerprozessuale Präklusionsnormen darstellen. § 767 II ZPO regelt die Präklusion des Tatsachenvorbringens nur *bei rechtskräftigen VSTiteln*. Die Präklusion des § 767 III ZPO bezieht sich dagegen nur auf die die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteile, die ihrer Natur nach *keine VSTitel* sind. Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, durch § 767 III ZPO „die Energie der Vollstreckung“³³⁸ zu schützen, hat zur Folge, dass während des Verfahrens neu geltend gemachte Einwendungen nicht den Vorschriften der §§ 260, 261, 263, 264 ZPO unterliegen. Im Laufe des Verfahrens ist danach eine „globale“ *Betrachtung des Streitgegenstandes*³³⁹ erforderlich, die nur auf den Klageantrag abstellt.

Das der Abwehrklage stattgebende Urteil ist der Rechtskraft fähig. Es stellt die herbeigeführte Rechtsfolge (Unzulässigkeit der ZVS aus dem konkreten VSTitel) zwischen den Parteien als bindend fest. Im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen §§ 322 I und 256 II ZPO ist der Schluss zu ziehen, dass die materielle Rechtskraft des stattgebenden Urteils sich nicht auf die Frage des Bestehens des titulierten Anspruchs³⁴⁰ bezieht. Danach genügt es, den *Umfang der materiellen Rechtskraft* eines solchen Urteils nur *nach dem Urteilstenor* zu bestimmen. Das die Vollstre-

³³⁶ *Stein/Jonas/Leipold*, § 322 Rn. 217, S. 245.

³³⁷ S. oben, B.IV.3.

³³⁸ *Hahn*, Materialien, S. 437.

³³⁹ S. oben, C.IV.3.

³⁴⁰ S. oben, D.II.1. und 2.

ckungsgegenklage abweisende Urteil stellt dagegen *ein positives Feststellungsurteil* dar. Es stellt rechtskräftig fest, dass *ein rechtmäßiges Vollstreckungsrechtsverhältnis* besteht. Für die Bestimmung des Umfangs der materiellen Rechtskraft ist danach *auch auf die vorgetragenen Tatsachenbehauptungen* abzustellen. Kraft Sinnzusammenhang ist diesem Urteil die Präjudizwirkung für die möglichen Schadensersatz- bzw. Bereicherungsklagen zuzuschreiben³⁴¹.

F. LITERATURVERZEICHNIS

- Baumbach, A.; Lauterbach, W.; Albers, J.; Hartmann, P.*: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 59. Auflage, München 2001. (cit.: *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, 59. Auflage).
- Baumgärtel, G.*: Zur Lehre vom Streitgegenstand, JuS 1974, S. 69–75 (cit.: *Baumgärtel*, JuS 1974).
- Blomeyer, A.*: Rechtskraft und Gestaltungswirkung der Urteile im Prozeß auf Vollstreckungsgegenklage und Drittwiderspruchsklage, AcP 165 (1965), S. 481–498 (cit.: *A. Blomeyer*, AcP 165, 1965).
- Blomeyer, A.*: Zivilprozessrecht – Vollstreckungsverfahren, Berlin u.a. 1975 (cit.: *Blomeyer*, ZVS).
- Blomeyer, A.*: Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren, 2. Auflage, Berlin 1985 (cit.: *Blomeyer*, ZPR).
- Blomeyer, K.*: Arrest und einstweilige Verfügung, ZZZ 65 (1952), S. 52 ff. (cit.: *K. Blomeyer*, ZZZ 65, 1952).
- Bötticher, E.*: Anmerkung zu OLG Celle, Urteil vom 18. 1. 1963 – 8 U 147/62, MDR 1963, S. 933–935 (cit.: *Bötticher*, MDR 1963).
- Brox, H.*: Allgemeiner Teil des BGB, 26. Auflage, Köln u.a. 2002 (cit.: *Brox*, AT).
- Brox, H.; Walker, W.-D.*: Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Auflage, Köln u.a. 1990 (cit.: *Brox/Walker* (3. Auflage), ZVS).
- Burgard, J.*: Die Präklusion der zweiten Vollstreckungsgegenklage, ZZZ 106 (1993), S. 23–51 (cit.: *Burgard*, ZZZ 106, 1993).
- Ekelöf, P. O.*: Der Prozessgegenstand – ein Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz, ZZZ 85 (1972), S. 145–159 (cit.: *Ekelöf*, ZZZ 85, 1972).
- Fischer, G.*: Objektive Grenzen der Rechtskraft im internationalen Zivilprozessrecht, in: Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1995, S. 199–213 (cit.: *Fischer*, Objektive Grenzen der Rechtskraft).
- Foerste, U.*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18. 11. 1993 – IX ZR 244/92, ZZZ 107 (1994), S. 370–375 (cit.: *Foerste*, ZZZ 107, 1994).
- Gaul, H. F.*: Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche, JuS 1962, S. 1–12 (cit.: *Gaul*, JuS 1962).
- Geißler, M.*: Die Vollstreckungsklagen im Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung, NJW 1985, S. 1865–1872 (cit.: *Geißler*, NJW 1985).
- Georgiades, A.*: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und im Zivilprozessrecht, München 1968 (cit.: *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz).
- Gilles, P.*: Vollstreckungsgegenklage, sog. vollstreckbarer Anspruch und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung im Zwielficht prozessualer und zivilistischer Prozessbetrachtung, ZZZ 83 (1970), S. 61–114 (cit.: *Gilles*, ZZZ 83, 1970).

³⁴¹ S. oben, D.III.3.

- Gottwald, P.*: Streitgegenstandlehre und Sinnzusammenhänge, in: Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa, Bielefeld 2000, S. 85–100 (cit.: *Gottwald*, Streitgegenstandlehre und Sinnzusammenhänge).
- Grunsky, W.*: Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Bielefeld 1974 (cit.: *Grunsky*, Grundlagen).
- Hahn, C.*: Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Band 2, Abteilung I., Berlin 1881, neu ausgegeben Aalen 1983 (cit.: *Hahn*, Materialien).
- Hellwig, K.*: System des Deutschen Zivilprozessrechts, I. Teil, Leipzig 1912 (cit.: *Hellwig*, System).
- Henckel, W.*: Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961 (cit.: *Henckel*, Parteilehre).
- Henckel, W.*: Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), S. 97–144 (cit.: *Henckel*, AcP 174, 1974).
- Holzhammer, R.*: Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Auflage, Wien u.a. 1993 (cit.: *Holzhammer*, Österreichisches ZVR).
- Janke, J. S.*: Über den Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO), Frankfurt a. M. u.a. 1978. (cit.: *Janke*, Gegenstand).
- Kainz, M.*: Funktion und dogmatische Einordnung der Vollstreckungsgegenklage in das System der Zivilprozeßordnung, Berlin 1983 (cit.: Funktion und Einordnung).
- Kohler, J.*: Ueber executorische Urkunden, AcP 72 (1888), S. 1–41 (cit.: *Kohler*, AcP 72, 1888).
- Kohler, J.*: Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung, ZJP 29 (1901), S. 1–49 (cit.: *Kohler*, ZJP 29, 1901).
- Kuttner, G.*: Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, München 1914. (cit.: *Kuttner*, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914).
- Langheineken, P.*: Der Urteilsanspruch, Ein Beitrag zur Lehre vom Klagerecht, Leipzig 1899 (Zitiert als: *Langheineken*, Urteilsanspruch).
- Larenz, K.*: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989 (cit.: *Larenz*, AT 7. (Auflage)).
- Larenz, K.*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin u.a. 1991 (cit.: *Larenz*, Methodenlehre).
- Leipold, D.*: Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZJP 93 (1980), S. 237–265 (cit.: *Leipold*, ZJP 93, 1980).
- Lent, F.*: Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, ZJP 61 (1939), S. 274 ff. (cit.: *Lent*, ZJP 61, 1939).
- Lüke, G.*: Zum zivilprozessualen Klagensystem, JuS 1969, S. 301–307 (cit.: *Lüke*, JuS 1969).
- Münch, J.*: Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, Köln u.a. 1989 (cit.: *Münch*, Vollstreckbare Urkunde).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Auflage, München 2000 (cit.: *MünchKomm/zpracovatel*).
- Münzberg, W.*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21. Mai 1973 – II ZR 22/72, ZJP 87 (1974), S. 449–459 (cit.: *Münzberg*, ZJP 87, 1974).
- Musielak, H.-J.*: Grundkurs ZPO, 6. Auflage, München 2002 (cit.: *Musielak*, Grundkurs).
- Nikisch, A.*: Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß (zugleich eine Besprechung von Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München/Berlin 1954), AcP 154 (1955), S. 269–299 (cit.: *Nikisch*, AcP 154, 1955).
- Oertmann, P.*: Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage, AcP 107 (1911), S. 199–245 (cit.: *Oertmann*, AcP 107, 1911).

- Otto, H.*: Die Präklusion. Ein Beitrag zum Prozessrecht, Berlin 1970 (cit.: *Otto*, Die Präklusion).
- Otto, H.*: Die inner- und außerprozessuale Präklusion im Fall der Vollstreckungsgegenklage, in: Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1995, S. 615–631 (cit.: *Otto*, FS Henckel).
- Otto, H.*: Grundprobleme der Vollstreckungsgegenklage, 1. Teil, JA 1981, S. 606–609 (cit.: *Otto*, JA 1981).
- Reichel, H.*: Widerklage gegen Vollstreckungsgegenklage, AcP 133 (1931), S. 19–36 (cit.: *Reichel*, AcP 133, 1931).
- Rödig, J.*: Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Berlin u.a. 1973 (cit.: Gerichtliches Erkenntnisverfahren).
- Rosenberg, L.; Schwab, K. H.*: Zivilprozessrecht, 14. Auflage, München 1986 (cit.: *Rosenberg/Schwab*, 14. Auflage).
- Rosenberg, L.; Schwab, K. H.; Gottwald, P.*: Zivilprozessrecht, 15. Auflage, München 1993 (cit.: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*).
- Rosenberg, L.; Gaul, H. F.; Schilken, E.*: Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 1997 (cit.: *Rosenberg/Gaul/Schilken*).
- Schack, H.*: Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 3. Auflage, München 2003 (cit.: *Schack*, US-amerikanisches ZPR).
- Schilken, E.*: Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Köln u.a. 2002 (cit.: *Schilken*, ZPR).
- Schlosser, P.*: Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966 (cit.: *Schlosser*, Gestaltungsklagen).
- Schmidt, K.*: Präklusion und Rechtskraft bei wiederholten Vollstreckungsgegenklagen – zur Abgrenzung von §§ 767 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO, JR 1992, S. 89–95 (cit.: *K. Schmidt*, JR 1992).
- Schmidt, K.*: Vollstreckungsgegenklage – Prozessrecht und materielles Recht in Bewährung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, München 2000 (cit.: *K. Schmidt*/Vollstreckungsgegenklage).
- Schwab, K. H.*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 2. Mai 1966 – II ZR 178/65, ZZZ 79 (1966), S. 463/464 (cit.: *Schwab*, ZZZ 79, 1966).
- Schwab, K. H.*: Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozessrechtswissenschaft, JuS 1976, S. 69–74 (cit.: *Schwab*, JuS 1976).
- Simshäuser, W.*: Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem und Prozessrecht seit Savigny, Bielefeld 1965 (cit.: *Simshäuser*, Entwicklung).
- Stein, F.*: Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913 (cit.: *Stein*, Grundfragen).
- Stein, F.*: Grundriß des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts, 3. Auflage, Tübingen 1928. (cit.: Grundriß des ZPR und Konkursrechts, 3. Auflage 1928).
- Stein, F.; Jonas, M.*: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, Tübingen 1993 ff., pouze „Einleitung“ je citováno podle 20. vydání z let 1977–1991 (1984) (cit.: *Stein/Jonas/zpracovatel*).
- Thomas, H.; Putzo, H.; Reichhold, K.; Hüßtege, R.*: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, 23. Auflage, München 2001 (cit.: *Thomas/Putzo*, 23. Auflage).
- Thran, M.*: Die Vollstreckungsgegenklage nach 767 ZPO, JuS 1995, S. 1111–1115 (cit.: *Thran*, JuS 1995).
- Wach, A.*: Handbuch des Deutschen Civilprozesses, I. Band, Leipzig 1885 (cit.: *Wach*, Handbuch).
- Weinberger, C.; Weinberger, O.*: Logik, Semantik, Hermeneutik, München 1979 (cit.: *Weinberger/Weinberger*, Logik, Semantik, Hermeneutik).
- Winterová, A.*; u. a.: Civilní právo procesní, 2. Auflage, Praha 2002 (cit.: *Winterová/zpracovatel*, CPP).

Zeuner, A.: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30. Mai 1960 – II ZR 207/58, ZZP 74 (1961), S. 190–193 (cit. Zeuner, ZZP 74, 1961).

Zeuner, A.: Rechtsvergleichende Bemerkungen zur objektiven Begrenzung der Rechtskraft im Zivilprozeß – Aspekte anglo-amerikanischen, der französischen und der deutschen Lösungskonzeption, in: Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, Tübingen 1981 (cit.: Zeuner, Rechtsvergleichende Bemerkungen).

Zöller, R.: Zivilprozessordnung, 20. Auflage, Köln 1997 (cit.: Zöllner/Bearbeiter, 20. Auflage).

G. SHRNUŤÍ

Autor stati se věnuje problematice *předmětu řízení o opoziční žalobě*. Vzhledem k tomu, že úprava opoziční žaloby byla z našeho civilněprocesního práva vypuštěna již v roce 1950, zaměřuje se práce primárně na *úpravu platnou ve Spolkové republice Německo* (§ 767 ZPO), jež se opírá o bohaté literární prameny i konstantní judikaturu. Autor chce předkládanou práci mimo jiné ukázat, že opoziční žaloba *není mrtvým institutem*, nýbrž že v právním řádu plní jasný účel a měla by proto být do naší procesní úpravy opětovně zavedena. Současná koncepce námitek podle § 268 odst. 1 písm. g) o. s. ř., která představuje *regresi* dokonce i proti úpravě obsažené v § 441 o. s. ř. 1950, není nadále prakticky ani teoreticky udržitelná. Jeví se proto jako vhodné prozkoumat na příkladu cizího právního řádu tradiční procesní institut, který by v budoucnu měl opět nalézt místo i u nás.

V této souvislosti chce práce v obecné rovině upozornit rovněž na skutečnost, že zřejmě nejzávažnějším zásahem zákonodárce do struktury civilního procesu v období totalitního státu byla koncepce tzv. *jednotného řízení*, jejíž podstata spočívala v *popření vnitřní diferenciaci civilního procesu* na jednotlivé procesní druhy. Je třeba si uvědomit, že uvedená koncepce nestírala pouze rozdíly existující uvnitř řízení nalézacího, tradičně vycházejícího z dělení na řízení sporné a nesporné, nýbrž ve své podstatě *usilovala i o popření diferenciaci mezi řízením nalézacím a vykonávacím* (exekucním). Mezi závažná pochybení ve vztahu mezi oběma procesními druhy patří, podle názoru autora, *vyhrazení projednávání některých exekucních sporů řízení vykonávacímu*. Jedná se zejména o spory o existenci, resp. vymahatelnost subjektivního práva přiznaného exekucním titulem, tedy o *spory opoziční*, resp. impugnační. Právě prvně zmíněným se práce na podkladu německé úpravy (§ 767 ZPO) věnuje.

Jak ukázala provedená zkoumání, jedná se v případě opoziční žaloby o *procesní žalobu konstitutivní*. Rozsudek, kterým se vyhovuje opoziční žalobě, s sebou nese změnu v právních vztazích, jež spočívá v tom, že výkon rozhodnutí (exekuce) z konkrétního exekucního titulu se stává nepřipustným. Tento účinek, jež nazvat *pravotvorným*, nastupuje spolu s *právní mocí* takového rozsudku. Stanoviska *Henckela, Schlossera a A. Blomeyera*, podle kterých je pravotvorný účinek vyhovujícího rozsudku v tomto případě v důsledku § 775 bod 1, 776 ZPO jen *neúplný*, je třeba odmítnout. Pravotvornost rozhodnutí totiž podle názoru autora stati nelze vázat na zahájení řízení o výkonu rozhodnutí (exekucního řízení). Od toho je třeba odlišovat otázku, zda na takové žalobě může mít žalobce *právní zájem*.

Námítky, které jsou uplatňovány opoziční žalobou, nemusí mít *podle německé úpravy* (§ 767 odst. 1 ZPO) pouze hmotněprávní povahu, nýbrž lze jimi uplatnit též námítky procesní (na rozdíl od rakouské úpravy, která tento druh námitek vyhrazuje zásadně vyhrazuje žalobě impugnační podle § 36 EO). Námítky procesní povahy jsou přípustné i v tom případě, jestliže spočívají v *nevykonatelnosti exekučního titulu*. Z toho podle autora vyplývá, že předmětem opoziční žaloby není vykonatelnost exekučního titulu, nýbrž obecně *přípustnost výkonu rozhodnutí (exekuce) z exekučního titulu*. Ze vztahu mezi § 767 odst. 2 a § 767 odst. 3 ZPO se podává, že v obou případech jde o tzv. *mimoprocesní prekluzivní normy* (tj. uplatňující se vedle probíhajícího i v následných řízeních).

Ust. § 767 odst. 2 ZPO upravuje prekluzi skutkových tvrzení v případě těch exekučních titulů, které *nabývají právní moci*. Ust. § 767 odst. 3 ZPO se naproti vztahuje především na ta rozhodnutí, kterými je opoziční žaloba zamítána a která tedy nejsou exekučními tituly. Spíše než jako výraz koncentrační zásady je uvedené ustanovení třeba pojímat jako *výjimku* z pravidel o formování předmětu řízení. Zákonodárcem sledovaný účel – chránit prostřednictvím § 767 odst. 3 ZPO „energií exekuce“ – má za následek, že v průběhu řízení o opoziční žalobě nově uplatněné námítky nepodléhají předpisům § 260, 261, 263 a 264 ZPO. Je tedy podle názoru autora zapotřebí pojímat *předmět řízení o opoziční žalobě „globálně“*, vycházejíce pouze z uplatněného žalobního návrhu (*petitu*) a nikoliv z jeho skutkového odůvodnění (tzv. *jednočlenný předmět řízení*).

Práce dále ukázala, že *rozsudek, kterým se vyhovuje opoziční žalobě*, nabývá i účinků právní moci. Závazně pak mezi účastníky řízení a jejich právními nástupci stanoví žalobcem požadovaný právní následek, tj. *nepřípustnost výkonu rozhodnutí (exekuce)* z konkrétního exekučního titulu. S ohledem na souvislost mezi § 322 odst. 1 ZPO a 256 odst. 2 ZPO je třeba učinit závěr, že *právní moc* vyhovujícího rozsudku *se nevztahuje na otázku existence nároku vyplývajícího z exekučního titulu*. Při určování *objektivních mezí právní moci* je podle názoru autora třeba vyjít z výroku takového vyhovujícího rozsudku.

Naproti tomu rozsudek, kterým se opoziční žaloba zamítá, představuje ve skutečnosti *kladný určovací rozsudek*. Je jím pravomocně určeno, že zde v souladu s právem existuje právní vztah vyvolaný výkonem rozhodnutí (exekucí). Ohledně určení *objektivních mezí právní moci* je třeba vycházet rovněž *ze skutkových přednesů* uplatněných opoziční žalobou. Zamítajícímu rozsudku autor přiznává v návaznosti na *Zeunera* rovněž účinky závaznosti (prejudiciality) pro možné nároky týkající se náhrady škody či bezdůvodného obohacení vzniklého v důsledku provádění výkonu rozhodnutí (exekuce).