

MAHNVERFAHREN

1. Verfahren

Ablauf

Zuständig ist das Gericht, bei dem der Antragsteller seinen allg. Gerichtsstand hat, § 689 II.

Der Vollstreckungsbescheid kommt aufgrund des Mahnverfahrens zustande.

Das Mahnverfahren beginnt mit einem Antrag, § 690.

Nach formeller Prüfung wird ein Mahnbescheid erlassen, § 692.

Wird dagegen Widerspruch eingelegt, so kommt es zum Erkenntnisverfahren. Wird kein Widerspruch eingelegt, so ergeht auf neuerlichen Antrag Vollstreckungsbescheid, § 699 I, der einem Versäumnisurteil gleichsteht, § 700 I. Ein mangels Einspruch rechtskräftig gewordener Vollstreckungsbescheid kann vollstreckt werden, § 794 I Nr.4,

Widerspruch, § 694

Gegen den Mahnbescheid kann Widerspruch eingelegt werden, § 694, Widerspruch kann eingelegt werden, bis der Vollstreckungsbescheid verfügt ist, Im Mahnbescheid wird eine Frist von zwei Wochen zur Begleichung der Schuld eingeräumt, § 692 Nr. 3. Der Widerspruch kann bis zur mündlichen Verhandlung zurückgenommen werden, § 697 IV. Auf Antrag des Antragstellers wird nach dem Widerspruch das streitige Verfahren betrieben, § 696.

Einspruch, § § 700 I, 3 3 8

Der Vollstreckungsbescheid steht einem Versäumnisurteil gleich, § 700 I. Gegen ihn kann Einspruch eingelegt werden, §§ 700 I, 338. Sodann wird von Amts wegen vor dem Prozeßgericht über den Einspruch verhandelt, §§700 111 1 (Abgabe an das Prozeßgericht bei Einspruch), 3 4 Ia (Terminbestimmung bei Zulässigkeit des Einspruchs). Bei Säumnis kann zweites Versäumnisurteil ergehen, §§ 700 IV, 345 (zweites Versäumnisurteil), Im Urteil wird der Vollstreckungsbescheid entweder aufgehoben oder aufrechterhalten, § 343.

2. Anhängigkeit und Rechtshängigkeit

Anhängig wird der Rechtsstreit mit Abgabe an das Prozeßgericht, §§ 696 14, 700 111. Rechtshängigkeit tritt mit Zustellung des Mahnbescheids ein, §§ 700 11, 696 111. Für Fristwahrung und Verjährungsunterbrechung reicht der Eingang des Mahnantrags, § 693 11, wenn die Zustellung demnächst (d.h. daß der Antragsteller alles zur Abgabe Erforderliche getan haben muß~ Antrag, Vorschuß) erfolgt. Streitig ist die Rechtshängigkeit, wenn die Abgabe nicht demnächst erfolgr - MM- Rechtshängigkeit dann wie Anhängigkeit, also mit Abgabe an das Prozeßgericht. - hM Rechtshängigkeit nach allgemeinen Regeln (§§ 261, 253) erst mit Zustellung der Klagebegründung an den Beklagten.

3. Rechtskraft des Vollstreckungstitels

Grds kann ein Vollstreckungsbescheid aus dem Mahnverfahren rechtskräftig werden, ohne daß eine inhaltliche Prüfung erfolgte. Dies ist problematisch.

Lösungsansätze:

Bei Ansprüchen aus Verträgen, für die das Verbraucherkreditgesetz gilt, ist im Mahnantrag der effektive Jahreszins anzugeben, § 690 I Nr. 3. Liegt dieser Zinssatz mehr als 12% über dem damaligen Diskontsatz, so ist das Mahnverfahren ausgeschlossen, § 688 I Nr. 1. Es kann nur das Erkenntnisverfahren eingeleitet werden.

Die Rspr läßt gegen Vollstreckungsbescheide eine Klage nach § 826 BGB zu.

Voraussetzungen: - inhaltliche Unrichtigkeit

- die dem Antragsteller bekannt ist

- Vorliegen besonderer Umstände; Arglist: wenn der Antragsteller

hätte wissen können, daß er bei einer Schlüssigkeitsprüfung keinen Titel bekommen hätte
Unzulässig ist die sog. Ausforschungspfändung. Da das Vollstreckungsgericht das Bestehen von Ansprüchen des Schuldners gegen Dritte nicht prüft, könnte der Gläubiger versuchen, wahllos bei zahllosen Dritten, insbesondere natürlich Banken, zu pfänden, um auf diese Weise Vermögen des Schuldners aufzufinden. Diese Praxis erachten die Gerichte inzwischen vielfach als unzulässige Ausforschungspfändung (OLG München DB 1990, S. 1916 –246 Banken-; LG Hannover DGVZ 1985, S. 43 –20 Banken-).

(2) Die Zwangsvollstreckung in andere Forderungen und Vermögensrechte

Gemäß § 857 I ZPO sind sonstige Vermögensrechte des Schuldners nach den Vorschriften über die Pfändung von Geldforderungen pfändbar, soweit diese Rechte nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind, keine Geld- oder Sachforderungen betreffen und nicht von den Vorschriften über die Fahrnisvollstreckung (§§ 808 ff. ZPO) erfaßt sind.

Pfändbar nach § 857 I ZPO sind selbständige Vermögensrechte, d. h. Rechte, die dem Gläubiger nach erfolgter Pfändung und Überweisung die Möglichkeit der Befriedigung oder zumindest der Sicherung seiner Geldforderung bieten. Dazu gehören u. a.

Anwartschaftsrechte (z.B. das Anwartschaftsrecht des Käufers, der die Ware unter Eigentumsvorbehalt erworben hat und den Kaufpreis noch nicht vollständig gezahlt hat), Gesellschaftsanteile (z.B. an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung), Grundschulden, Miterbenanteile usw.

Nicht zu den pfändbaren Vermögensrechten zählen:

- => bloße tatsächliche, rechtlich ungeschützte Aussichten (z. B. die Aussicht, Erbe zu werden), da insoweit eine bloße Erwerbssaussicht und noch kein Recht besteht;
- => Personenrechte (z. B. Name, Firma, familiäre Rechte);
- => unselbständige Nebenrechte (vgl. § 401 BGB), z. B. Ansprüche auf Auskunft, Rechnungslegung oder Grundbuchberichtigung sowie aus einer Rechtsstellung fließende Gestaltungsrechte, wie z. B. das Kündigungsrecht;
- => unübertragbare Rechte, deren Ausübung nicht einem Dritten überlassen werden kann (vgl. § 857 III ZPO).

Für die Pfändung sonstiger Rechte gelten die §§ 828 bis 856 ZPO entsprechend. Besondere Bestimmungen finden sich für die sog. drittschuldnerlosen Rechte (z. B. Eigentümergrundschuld, Patent- und Urheberrechte usw.); hier wird die Pfändung gem. § 857 II ZPO durch die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner bewirkt.

Zu beachten ist auch folgende Besonderheit: Der Drittschuldner ist nicht nur der Schuldner des Vollstreckungsschuldners, sondern jeder Dritte, dessen Leistung zur Ausübung des gepfändeten Rechts erforderlich ist oder dessen Rechtsstellung von der Pfändung sonstwie berührt wird (BGH NJW 1968, 493). So sind z. B. bei der Pfändung eines Miterbenanteils sämtliche Miterben Drittschuldner, an die der Pfändungsbeschuß zuzustellen ist.

(3) Die Sicherung des Anspruchs vor der ordentlichen Pfändung (Zahlungsverbot)

Der Gläubiger kann, schon bevor ihm eine vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels erteilt und die Zustellung an den Schuldner erfolgt ist, den Gerichtsvollzieher gem. § 845 ZPO mit der Vorphändung beauftragen. Der Gerichtsvollzieher (nicht notwendig der örtlich zuständige, also jeder) stellt auf Antrag des Gläubigers dem Drittschuldner und dem Schuldner die Benachrichtigung zu, daß die Pfändung der Forderung abzusehen ist und der Drittschuldner nicht mehr an den Schuldner zahlen darf. Gleichfalls darf der Schuldner nicht mehr über die Forderung verfügen. Die Zustellung der Vorphändung an den Drittschuldner gem. § 829 III ZPO hat die Wirkung eines gerichtlichen Arrests gem. § 930 ZPO, wenn der Gläubiger innerhalb eines Monats nach der Vorphändung die ordentliche Pfändung durch das Vollstreckungsgericht erwirkt.

cc) Das Verteilungsverfahren

Ist der Anspruch für mehrere Gläubiger gepfändet und überwiesen und reicht der Erlös nicht für alle aus, so kommt es zum Verteilungsverfahren gem. § 854 II ZPO. Ist der Erlös der Pfändung unzureichend, dann muß der vorstehende Gläubiger (d.h. der Gläubiger der zeitlich früher vollstreckt hat) voll befriedigt sein, ehe der nachstehende etwas bekommt. Unter mehreren Gläubigern gleichen Ranges wird der Erlös nach der Höhe ihrer Forderungen verteilt. Streiten die Gläubiger über eine andere Verteilung, als sie der Rangfolge der Pfändungen entspricht oder über die Verteilung des unzulänglichen Erlöses, so soll dem Gerichtsvollzieher die Entscheidung des Streites abgenommen werden. Er hat daher gem. § 854 II, III ZPO beim Vollstreckungsgericht den Sachverhalt anzuzeigen und zugleich den Erlös zu hinterlegen.

Besonders (aber nicht nur) in den Fällen, in denen der Betrag der gepfändeten Forderung nicht zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht, kann auch der Drittschuldner in eine unsichere Lage kommen. Auch er soll von der Verteilung und dem damit verbundenen Risiko entlastet werden. Daher hat er gem. § 853 ZPO das Recht, und auf Verlangen der Gläubigers, dem die Forderung überwiesen ist, auch die Pflicht, den Forderungsbetrag bei dem Vollstreckungsgericht, dessen Pfändungsbeschuß ihm zuerst zugestellt ist, unter Anzeige des Sachverhalts und Aushändigung aller ihm zugestellten Beschlüsse zu hinterlegen.

Ist der Geldbetrag hinterlegt worden, hat das Vollstreckungsgericht ihn unter die Gläubiger zu verteilen. Reicht der Geldbetrag aus (bei Hinterlegung nach § 853 ZPO), so ist ohne besonderes Verfahren zu verteilen. Reicht er nicht aus, dann kommt kraft Gesetzes ein Verteilungsverfahren gem. §§ 872 ff. in Gang. Voraussetzungen

hierfür sind:

- => eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, bei der ein Gegenstand mehrfach gepfändet worden ist, an der also mehrere Gläubiger beteiligt sind;
- => Hinterlegung des Geldbetrags, der für die Befriedigung aller nicht reicht (also die Fälle der §§ 827, 854 und auch 853 ZPO, sofern der Betrag nicht ausreicht).

Das ist der einzige Weg für den Gläubiger, an das hinterlegte Geld zu kommen, da eine Klage ausgeschlossen ist.

b) Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (§§ 864 - 871 ZPO iVm dem ZVG)

aa) übersicht

Die ZPO sieht in § 864 ZPO vor, welche Gegenstände der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen:

- => Grundstücke im Sinne des Grundbuchrechts mit allen wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen
- => grundstücksgleiche Rechte (= Rechte, für die die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten)
- => Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, weil die wirtschaftliche Einheit auch bei der Vollstreckung nicht zerrissen werden soll.
- => im Schiffsregister eingetragene Schiffe
- => in der Luftfahrzeugsrolle eingetragene Luftfahrzeuge.

Manche Gegenstände, die der Immobilierzwangsvollstreckung unterliegen, können aber auch Gegenstand einer Mobilierzwangsvollstreckung sein, so daß sich eine Konkurrenz zwischen beiden Formen der Vollstreckung ergeben kann:

1. Früchte, die noch nicht vom Boden getrennt sind, können gem. § 824 ZPO gepfändet werden, solange ihre Beschlagnahme noch nicht im Wege der Immobiliervollstreckung erfolgt ist.
2. Alle Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, mit Ausnahme des Zubehörs, können gem. § 865 II ZPO gepfändet werden, solange die Beschlagnahme noch nicht im Wege der Immobilierzwangsvollstreckung erfolgt ist. Daher können Gläubiger statt der Vollstreckung in das Grundstück die Mobiliervollstreckung betreiben, besonders wenn es sich nur um kleinere Beträge handelt.
3. Das Zubehör iSd §§ 97 f. BGB unterliegt gem. § 865 II S. 1 ZPO dagegen überhaupt nicht der Mobiliervollstreckung, solange es der hypothekarischen Haftung unterfällt. Daher ist es praktisch sehr wichtig zu wissen, ob eine Sache zum Zubehör zählt.

Unter den für die Zwangsvollstreckung in Immobilien vorgesehenen Mitteln Zwangshypothek, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung hat der Gläubiger die freie Wahl, er kann gem. § 866 I ZPO auch mehrere nebeneinander beantragen.

bb) Die Zwangshypothek

Die Zwangshypothek ist ihrem Wesen nach eine Sicherungshypothek und streng akzessorisch, so daß der gute Glaube "in Ansehung der Forderung" (§ 1138 BGB) nicht geschützt wird. Sie bietet dem Gläubiger zunächst lediglich eine dingliche Sicherheit, indem das Grundstück des Schuldners in Höhe der Forderung an den Gläubiger verpfändet wird.

Für die Eintragung der Zwangshypothek ist gem. § 867 I ZPO Vollstreckungsorgan das Grundbuchamt. Die Zwangshypothek wird gem. § 867 I ZPO nur auf Antrag des Gläubigers im Grundbuch eingetragen. Dem Antrag beizufügen ist ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel über die zugrunde liegende Forderung. Das Grundbuchamt trägt dann diese Hypothek in Abteilung III des Grundbuchs ein. Dadurch entsteht ein Grundpfandrecht. Das Grundstück des Schuldners haftet in der Höhe der Forderung des Gläubigers (auch im Falle einer zwischenzeitlichen Veräußerung). Der Gläubiger wird dadurch gesichert, aber noch nicht befriedigt.

Die Befriedigung kann erst mit einer Zwangsversteigerung eintreten.

Die Eintragung einer Sicherungshypothek ist gem. § 866 III ZPO nur für einen Betrag von über DM 500 zulässig. Einerseits soll das Grundbuchamt nicht durch eine Fülle kleiner Hypotheken unübersichtlich werden, andererseits sollen kleine Forderungen aus alltäglichen Geschäften nicht das Grundeigentum gefährden. Allerdings können mehrere Schuldtitel desselben Gläubigers zusammengerechnet werden

cc) Die Zwangsversteigerung

Die Zwangsversteigerung hat die Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlös des Grundstücks selbst zum Ziel. Zuständig ist das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht im Bezirk des Grundstücks. Dem Antrag des Gläubigers ist der Titel über den dinglichen oder persönlichen Anspruch gegen den Schuldner beizufügen.

Das Vollstreckungsgericht ordnet die Zwangsversteigerung durch einen entsprechenden Beschluß auf den schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärten Antrag des Gläubigers hin an und trägt die Eröffnung des Zwangsversteigerungsverfahrens zur Sicherung des Anspruchs für den Gläubiger im Grundbuch ein. Hierdurch wird das Grundstück zugunsten des Gläubigers beschlagnahmt. Dem Schuldner bleibt zunächst das Recht auf Verwaltung und Nutzung, nicht aber der freien Verfügung.

Das Gericht bestimmt einen Versteigerungstermin und macht ihn öffentlich bekannt. Im Termin wird das geringste Gebot festgestellt. Es umfaßt alle Ansprüche, die dem Anspruch des vollstreckenden Gläubigers im Rang vorgehen (z. B. eingetragene Grundpfandrechte und die Verfahrenskosten). Der in der Bietstunde Meistbietende erhält den Zuschlag. Bleibt aber das Meistgebot unter 7/10 des Verkehrswertes (sog. Mindestgebot), so kann ein dadurch benachteiligter Gläubiger die Versagung des Zuschlags beantragen. Dann findet ein neuer Termin statt.

Der Zuschlag ist ein Hoheitsakt, der dem Ersteher das Eigentum kraft Gesetzes verschafft, auch dann, wenn das Grundstück nicht dem Schuldner gehört. Aus dem Zuschlagsbeschluß kann gegen den Besitzer (insbesondere den bisherigen Eigentümer) auf Räumung des Grundstücks und Herausgabe der mitversteigerten

beweglichen Sachen vollstreckt werden, jedoch nicht gegen Mieter und Pächter, denen das Grundstück schon übergeben ist, weil ihre Rechte erhalten bleiben.

Es findet anschließend ein Verteilungstermin statt; der Gläubiger wird aus dem Versteigerungserlös befriedigt.

dd) Die Zwangsverwaltung

Durch die Zwangsverwaltung soll der Gläubiger aus den Erträgen eines Grundstücks des Schuldners befriedigt werden, ohne dem Schuldner sein Eigentum an dem Grundstück zu nehmen. Zuständig für das Verfahren ist die Vollstreckungsabteilung (der Rechtspfleger) am Amtsgericht im Bezirk, in dem das Grundstück belegen ist.

Der Gläubiger stellt einen Antrag auf Anordnung der Zwangsverwaltung unter Beifügung des entsprechenden Titels. Das Gericht erläßt einen Beschluß über die Zwangsverwaltung und läßt diesen in Abteilung II des Grundbuchs eintragen. Das Gericht bestellt einen Zwangsverwalter.

Bei der Zwangsverwaltung bleibt der Schuldner Eigentümer seines Grundstücks, aber die Verwaltung und Nutzung werden ihm (zeitweise) entzogen. Dafür wird der Zwangsverwalter zuständig. Er hat die Erträge aus dem Grundstück - nach Abzug der Verfahrens- und Verwaltungskosten - an den Gläubiger zur Befriedigung abzuführen. Nach Befriedigung des Gläubigers wird die Zwangsverwaltung wieder aufgehoben.

2. Die Zwangsvollstreckung wegen anderer Ansprüche

a) Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe

Bei der Erwirkung der Herausgabe von Sachen sind drei Fälle zu unterscheiden:

- => der Schuldner hat eine bestimmte bewegliche Sache herauszugeben;
- => der Schuldner hat eine bestimmte Qualität vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zu leisten;
- => der Schuldner hat eine unbewegliche Sache herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen.

Hat der Schuldner eine bestimmte bewegliche Sache herauszugeben, erfolgt die Vollstreckung in der Weise, daß der Gerichtsvollzieher die Sache dem Schuldner wegnimmt und dem Gläubiger übergibt. Hier gelten die Pfändungsbeschränkungen aus §§ 811 ff. ZPO nicht, da bei der Herausgabevollstreckung nicht gepfändet wird.

Die Wegnahme setzt voraus, daß die Sache vom Gerichtsvollzieher beim Schuldner vorgefunden wird. Besteht Ungewißheit über den Verbleib der Sache, so kann der Gläubiger gem. § 883 II ZPO die Abgabe einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung verlangen. Darüber hinaus bleibt ihm ein Schadensersatzanspruch gem. § 893 I ZPO.

In derselben Weise wird auch eine Verpflichtung zur Vorlegung einer Sache vollstreckt, nur erfolgt hier keine Ablieferung an den Gläubiger, sondern lediglich die Vorlegung zur Einsichtnahme.

Hat der Schuldner eine bestimmte Qualität vertretbarer Sachen zu leisten, hat der Gerichtsvollzieher dem Schuldner die Sachen wegzunehmen und dem Gläubiger gem. § 884 ZPO abzuliefern.

Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen, hat der Gerichtsvollzieher gem. § 885 ZPO den Schuldner aus dem Besitz zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen, wenn es sein muß, auch mit Gewalt. In der Praxis handelt es sich meistens um die Räumung von gemieteten Wohnungen oder Räumen. Problematisch ist es, wenn die Räume von mehreren Personen gemeinschaftlich genutzt werden und deshalb nicht eindeutig zu bestimmen ist, wer der Besitzer der Räume ist und damit als Vollstreckungsschuldner in Betracht kommt.

b) Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen

aa) Zur Erwirkung vertretbarer Handlungen

Ein Titel auf Vornahme einer vertretbaren Handlung wird gem. § 887 ZPO vollstreckt, indem der Gläubiger zur Ersatzvornahme auf Kosten des Schuldners ermächtigt wird. Funktionell zuständig ist gem. § 887 I ZPO das Prozeßgericht erster Instanz, auch wenn der Rechtsstreit in höherer Instanz anhängig ist. Der Gläubiger muß in seinem Antrag die Handlung konkret bezeichnen, zu deren Vornahme ihn das Gericht ermächtigen soll und er muß zumindest schlüssig behaupten, daß der Schuldner, obwohl seit Eintritt der Vollstreckbarkeit ausreichend Zeit gewesen sei, die Erfüllung ganz oder teilweise verweigert. Das Gericht entscheidet durch Beschluß, in dem es den Antrag entweder zurückweist oder den Gläubiger ermächtigt, die Handlung selbst vorzunehmen oder durch einen Dritten vornehmen zu lassen. Zugleich kann das Gericht auf Antrag des Gläubigers den Schuldner dazu verpflichten, die Kosten der Ersatzvornahme vorzuschießen. Der Beschluß begründet die Pflicht des Schuldners, die erforderlichen Handlungen zu dulden, z. B. Eingriffe in seinen Besitz hinzunehmen. Die Duldungspflicht kann der Gläubiger gem. § 892 ZPO durch Hinzuziehung des Gerichtsvollziehers erzwingen.

bb) Zur Erwirkung unvertretbarer Handlungen

Unvertretbare Handlungen sind solche, deren Vornahme durch Dritte rechtlich unzulässig ist oder wirtschaftlich nicht zu dem nach dem Titel geschuldeten Erfolg führen würde. Die Vollstreckung erfolgt deshalb nicht durch Ersatzvornahme, sondern gem. § 888 I ZPO durch Beugezwang gegen den Schuldner. Vollstreckungsfähig ist der Titel nur, wenn die geschuldete unvertretbare Handlung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt.

Der Vollstreckungsakt liegt darin, daß das Prozeßgericht nach Anhörung des Schuldners gegen diesen ein Zwangsgeld in Höhe von höchstens DM 50.000,-- oder Zwangshaft festsetzt.

cc) Zur Erwirkung einer Duldung oder Unterlassung

Für die Zwangsvollstreckung aus Duldungs- und Unterlassungstiteln (häufig sind dies Einstweilige Verfügungen) ist ebenfalls das Prozeßgericht des ersten Rechtszuges zuständig. Es verhängt auf Antrag des Gläubigers bei Zuwiderhandlungen des Schuldners ein Ordnungsgeld in Höhe von höchstens DM 500.000,-- oder Ordnungshaft gegen ihn, § 890 ZPO. Zur Durchsetzung von Duldungspflichten kann der Gläubiger daneben auch die Hilfe des Gerichtsvollziehers in Anspruch nehmen und den Widerstand des Schuldners durch unmittelbaren Zwang brechen zu lassen. Der Schuldner muß nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Titels vorsätzlich oder fahrlässig der Unterlassungs- und Duldungspflicht zuwidergehandelt haben. Für das Verschulden gelten strafrechtliche Grundsätze, weshalb der Schuldner nur für eigenes Verschulden bestraft werden. Bei juristischen Personen kommt es auf das Verschulden

ihrer Organwalter (z.B. dem Geschäftsführer bei der GmbH oder dem Vorstand bei der Aktiengesellschaft) an.

Das verhängte Ordnungsmittel wird nicht wie die Beugemittel des § 888 ZPO auf Antrag des Gläubigers, sondern von Amts wegen vollzogen, da es eine echte Verwaltungsstrafe ist, durch die der Ungehorsam gegen den gerichtlichen Beschluß geahndet wird.

c) Die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung

Die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung wird nicht nach § 888 ZPO erzwungen, sondern mit der Rechtskraft des Urteils gem. § 894 ZPO fingiert.

§ 894 ZPO findet nur Anwendung bei Titeln, die in Rechtskraft erwachsen. Der Titel muß auf Abgabe einer Willenserklärung lauten, also nicht auf Erklärungen tatsächlicher Art.

Die Fiktion tritt grundsätzlich erst mit der formellen Rechtskraft des Titels ein. Die Rechtskraft des Urteils ersetzt die Erklärung in der jeweils vorgeschriebenen Form. Der Zugang der Willenserklärung richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen.

3. Eidesstattliche Offenbarungsversicherung und Haft

Der Gläubiger muß zur befriedigenden Durchsetzung seiner Ansprüche in der Lage sein, das Schuldnervermögen festzustellen. Dazu dient die Offenbarungspflicht des Schuldners.

Zuständig ist gem. § 899 ZPO das Amtsgericht (Vollstreckungsgericht), in dessen Bezirk der Schuldner seinen Wohnsitz hat. Bei juristischen Personen entscheidet ihr Sitz, nicht der Wohnsitz des Organs, das die Offenbarungsversicherung abzugeben hat.

Der Gläubiger eröffnet das Verfahren gem. § 900 ZPO durch seinen Antrag, einen Termins zur Abgabe einer Offenbarungsversicherung zu bestimmen. Der Schuldner hat im Termin zur Abnahme der Eidesstattlichen Versicherung den gesamten Aktivbestand seines Vermögens, das für den Titel haftet, anzugeben; in der Regel also das gesamte Vermögen.

Der Schuldner wird in das Verzeichnis der Personen eingetragen, die vor dem betreffenden Gericht die Offenbarungsversicherung nach § 807 ZPO abgegeben haben oder gegen die wegen Nichterscheinens im Abgabetermin oder wegen Verweigerung der Abgabe die persönliche Haft angeordnet ist.

4. Das Arrestverfahren

Der Gläubiger benötigt zur Befriedigung seines Anspruchs einen Vollstreckungstitel. Bis zu dessen Erlangung könnte jedoch ein böswilliger Schuldner die Zwangsvollstreckung gefährden, indem er sein Vermögen verschiebt oder verschwendet oder aber indem er selbst unbekanntem Aufenthalts (möglicherweise sogar ins Ausland) verzieht. Deshalb hat der Gläubiger gem. §§ 916 ff ZPO die Möglichkeit, in einem Eilverfahren zumindest eine Sicherung seines Zahlungsanspruchs herbeizuführen. Das Eilverfahren wird Arrestverfahren genannt. Es ist nur wegen einer Geldforderung möglich. Man unterscheidet zwischen dem dinglichem und dem persönlichen Arrest. Der dingliche Arrest eignet sich zur Sicherungsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Schuldners. Die Sicherungsvollstreckung (etwa die Pfändung einer Forderung) kann zusammen mit dem Arrest beantragt werden.

a) Zuständigkeit

Zuständig für das Arrestverfahren ist das Gericht der Hauptsache (vor dem die

Hauptsache auszutragen wäre oder bereits wird) oder das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Arrest zu vollziehen ist, d. h., wo sich das Vermögen oder der Schuldner selbst befindet.

b) Antrag

Zur Anstrengung eines Arrestverfahrens reicht der Gläubiger ein Arrestgesuch ein, nämlich einen Schriftsatz mit Rubrum und Arrestantrag, den er bründen muß.

Darzulegen sind der Arrestanspruch und der Arrestgrund. Der Arrestantrag enthält das Verlangen des Gläubigers, den Arrest gegen den Schuldner anzuordnen. Als Arrestanspruch bezeichnet der Gläubiger die Hauptforderung sowie Nebenforderungen wie Zinsen und schließlich die Kosten als Pauschalbetrag, der die später entstehenden Prozeßkosten umfaßt. Der Arrestgrund liegt in dem Verhalten des Schuldners, das die spätere Zwangsvollstreckung gefährden könnte.

Arrestanspruch und Arrestgrund sind gem. § 920 II ZPO glaubhaft zu machen, z.B. durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung oder von Urkunden (vgl. § 294 ZPO). Die Benennung von Zeugen ist nicht ausreichend.

aa) Arrestanspruch

Der Arrestanspruch ist gleichzusetzen mit der durchzusetzenden Forderung. Sie ist bestimmbar und substantiiert darzulegen, d.h. der Antragsteller muß die anspruchsbegründenden Tatsachen vollständig vortragen.

bb) Arrestgrund

Der Arrest soll verhindern, daß dem Gläubiger die Verfolgung seines Anspruches unmöglich wird. Ungeschützt ist das Interesse des Gläubigers, schneller an einen Vollstreckungstitel zu kommen als andere Gläubiger. Ein Arrestgrund besteht mithin nur dann, wenn besondere Umstände vorliegen, die Prognose rechtfertigen, daß es dem Gläubiger bei weiterem Zuwarten unmöglich werden wird, seinen Anspruch erfolgreich durchzusetzen. Als hinreichende Arrestgründe sind anerkannt:

=> die Verschwendung des Schuldnervermögens

=> die Verfügung über das Schuldnervermögen, um die Vollstreckung zu vereiteln

=> Aufgabe des Wohnsitzes

Unzureichend ist es, wenn sich lediglich die Vermögenslage des Schuldners verschlechtert oder die Vollstreckung durch andere Gläubiger droht.

§ 917 II ZPO sieht es von Gesetzes wegen als zureichend an, daß ein späteres Urteil im Ausland vollstreckt werden müßte. Allerdings interpretiert die Rechtsprechung § 917 II ZPO mittlerweile restriktiv. Soweit die Vollstreckung in einem Vertragsstaat des Europäischen gerichtstands- und Vollstreckungsübereinkommens betrieben werden müßte, gilt § 917 II ZPO wegen Verstoßes gegen das Europarecht nicht mehr (EuGH NJW 1994, S. 1271=MDR 1994, S. 300).

c) Entscheidung

Die Entscheidung über den Arrestantrag ergeht in praxi regelmäßig ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß, obwohl § 921 I ZPO die mündliche Verhandlung als Regel vorsieht. Sie wird Arrestbefehl genannt. Der Schuldner kann gegen die Anordnung des Arrests Widerspruch einlegen. Der Gläubiger wiederum kann gegen die Zurückweisung seines Gesuchs die einfache Beschwerde einlegen. Im Falle eines Widerspruchs wird ein Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt und eine Entscheidung per Urteil herbeigeführt. Gegen dieses ist die Berufung gegeben.

d) Vollzug

Um den Arrest zu vollziehen, pfändet der Gerichtsvollzieher die beweglichen Sachen oder verhaftet - bei einem persönlichen Arrest - den Schuldner. Die Haftdauer darf sechs Monate nicht überschreiten.

Der Arrest bewirkt die Sicherung, nicht aber die Befriedigung des Gläubigers.

Der Arrest muß gem. § 929 II ZPO innerhalb der gesetzlichen, unabänderlichen Frist von einem Monat seit Verkündung des Arrestbefehls oder der Zustellung an den Gläubiger vollzogen werden (etwa durch Pfändung). Danach ist der Vollzug unzulässig. Die Vollziehung ist gem. § 929 III ZPO auch schon vor der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner zulässig. Diese Zustellung muß jedoch innerhalb von einer Woche nach der Vollziehung erfolgen, ansonsten ist sie ohne Wirkung. Die Zustellung ist im Parteibetrieb zu vollziehen, d.h. der Gläubiger muß sie veranlassen. Das Arrestgericht veranlaßt die Zustellung nur, wenn es nach mündlichen Verhandlung durch Urteil entscheidet.

Im Arrestbeschluß ist ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung der Schuldner die Arrestvollziehung abwenden kann, § 923 ZPO.

IV. Tätigkeit des Rechtsanwaltes im Zwangsvollstreckungsverfahren

1. Anwaltszwang

Im Zwangsvollstreckungsverfahren herrscht regelmäßig kein Anwaltszwang. Dies gilt auch für Vollstreckungsverfahren vor dem Prozeßgericht und dem Arrestgericht.

2. Gebühren des Rechtsanwaltes

Der Rechtsanwalt erhält für seine Tätigkeit im Vollstreckungsverfahren eine Gebühr, und zwar gem. § 57 I BRAGO in Höhe von 3/10 der vollen Gebühr. Diese Gebühr fällt für jede Vollstreckungsmaßnahme gesondert an. Vollstreckt der Gläubiger allerdings mehrfach in der selben Vollstreckungsart, pfändet er z.B. mehrfach bei Drittschuldnern handelt es sich um eine Vollstreckungsmaßnahme.

Drittwiderspruchsklage, § 771 ZPO

Der Gerichtsvollzieher prüft bei der Zwangsvollstreckung nur, ob sich die zu pfändende Sache im Gewahrsam des Schuldners befindet und nicht, ob sie in dessen Eigentum steht oder ob ein Dritter ein Pfandrecht an dieser Sache hat (z.B. Vermieterpfandrecht). Ein Dritter, der glaubt, daß er durch die Zwangsvollstreckung in einem materiellen Recht beeinträchtigt wird, kann sich mit Hilfe der Drittwiderspruchsklage zur Wehr setzen.

1. Zulässigkeit der Drittwiderspruchsklage

a. Statthaftigkeit

Die Drittwiderspruchsklage ist statthaft, wenn ein Dritter behauptet, ihm stehe an dem Gegenstand der Vollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zu.

b. Zuständigkeit

Zuständig ist gemäß § 771 I das Gericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung stattfindet. Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften.

c. Klageantrag

Der Klageantrag muß darauf gerichtet sein, die Zwangsvollstreckung in einen bestimmten Gegenstand für unzulässig zu erklären.

d. Rechtsschutzinteresse

Grundsätzlich besteht in dem Zeitraum zwischen dem Vollstreckungsakt und der Beendigung der Zwangsvollstreckung ein Rechtsschutzinteresse für die Drittwiderspruchsklage. Geht es um eine Herausgabevollstreckung, so hat der Dritte schon bei Erschaffung des Titels ein Rechtsschutzinteresse, weil er sonst die Herausgabe nicht verhindern kann.

Ist der Vollstreckungsakt nichtig, so tangiert dies **nicht** das Rechtsschutzinteresse des Dritten, weil der Schein einer wirksamen Pfändung besteht (BGH WM **81** 648, 649).

2. Begründetheit der Drittwiderspruchsklage

Anspruchsgrundlage für die Klage ist § 771 I ZPO.

Falsch ist die gesetzliche Formulierung "ein die Veräußerung hinderndes Recht". Ein solches Recht gibt es nicht. Selbst Eigentum, als das stärkste dingliche Recht, kann gutgläubig erworben werden.

Ein Recht i.S.d. § 771 liegt daher dann vor, "wenn der Schuldner selbst, veräußerte er den Vollstreckungsgegenstand, widerrechtlich in den Rechtskreis des Dritten eingreifen würde und deshalb der Dritte den Schuldner hindern könnte, zu veräußern" (BGHZ **55** 20, 26).

Dem Kläger steht ein die Veräußerung hinderndes Recht i.S.d. § 771 I zu, nämlich das Eigentum. Würde der Schuldner die gepfändete Sache veräußern wollen, wozu letztlich auch die vom Beklagten betriebene Vollstreckung führen würde, griffe er widerrechtlich in das Eigentum des Klägers ein, § 903 BGB. Der Kläger könnte dies gemäß § 1004 BGB verhindern.

a. Interventionsrechte im Einzelnen

➤ Eigentum

➤ Vorbehaltseigentum

Vollstreckung durch Gläubiger des Käufers:

Der Vorbehaltsverkäufer kann nach h.M. die Drittwiderspruchsklage geltend machen. Der Gläubiger kann jedoch das Anwartschaftsrecht pfänden lassen. Oder er kann nach § 267 BGB den Kaufpreisrest an den Verkäufer zahlen.

Vollstreckung durch Gläubiger des Verkäufers:

Diese Konstellation ist eher selten, da die Sache in der Regel beim Käufer sein wird, der einer Pfändung gemäß § 809 ZPO widersprechen kann und dann gegebenenfalls die Erinnerung geltend machen kann.

Ist die Sache dennoch beim Verkäufer, so kann der Käufer die Drittwiderspruchsklage gestützt auf sein Anwartschaftsrecht erheben.

➤ Sicherungseigentum

Hier stellt sich regelmäßig die Frage, ob die Sicherungsabrede allein als Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses ausreicht (Palandt, § 930, Rn. 7).

Vollstreckung durch Gläubiger des Sicherungsnehmers:

Der Sicherungsgeber hat nach h.M. ein Interventionsrecht, da die Sache wirtschaftlich zum Vermögen des Sicherungsgebers gehört. Erst mit Eintritt der Verwertungsreife, steht der Gegenstand dem Sicherungsnehmer wirtschaftlich zu - dann kann der Sicherungsgeber nicht mehr intervenieren.

Vollstreckung durch Gläubiger des Sicherungsgebers:

Streitig: Drittwiderspruchsklage oder Klage auf vorzugsweise Befriedigung, § 805

h.M.: Drittwiderspruchsklage, solange der zu sichernde Anspruch besteht ⇒ Sicherungseigentum = Volleigentum ⇒ Sicherungseigentümer kann sich regelmäßig aus dem freihändigen Verkauf der Sache befriedigen - eine Zwangsversteigerung führt dagegen meist zu geringeren Erlösen.

Eine Ungleichbehandlung gegenüber dem Konkurs liegt auch nicht vor, denn der Sicherungsnehmer verliert wegen § 127 II KO sein Selbstverwertungsrecht nicht.

a.A.: Vorzugsklage, da das Sicherungseigentum eher einem besitzlosen Pfandrecht gleicht und auch im Konkurs nur zur Absonderung und nicht zur Aussonderung berechtigt.

- Forderungsinhaberschaft
- Beschränkt dingliche Rechte
- Besitz

Dem berechtigten Besitzer steht nach h.M. ein Interventionsrecht zu. Dagegen wird argumentiert, daß der Besitz nichts darüber aussagt, in wessen Vermögen die Sache stehe.

- Schuldrechtliche Herausgabeansprüche

Nicht aber schuldrechtliche Verschaffungsansprüche geben ein Interventionsrecht.

b. Typische Einwendungen des Beklagten

- Nichtigkeitseinwendungen

- Der Beklagte macht geltend, bei dem Rechtsgeschäft, das der Kläger zur Begründung seines Interventionsrechtes heranzieht, handele es sich um ein Scheingeschäft i.S.d. § 117 BGB. Der vom Beklagten behauptete Zweck kann aber nur dann erreicht werden, wenn gerade kein Scheingeschäft vorliegt.

- Oder er macht geltend, das Rechtsgeschäft verstoße gegen die guten Sitten, § 138 BGB. Hierbei ist insbesondere das Trennungsprinzip zu beachten, weil es nur um die Nichtigkeit des dinglichen Geschäfts geht!

Dabei kommen Knebelverträge und außerhalb des AnfG liegende Gläubigerbenachteiligung als Nichtigkeitsgründe in Betracht.

➤ § 5 AnfG

Gemäß § 5 AnfG kann der Beklagte geltend machen, daß das Rechtsgeschäft, aus dem sich das Widerspruchsrecht des Klägers ergibt, nach § 3 AnfG anfechtbar ist (hierzu Skript "AnfG").

➤ § 242 BGB

Der Beklagte kann auch geltend machen, daß die Geltendmachung des Widerspruchsrechtes durch den Kläger gegen Treu und Glauben verstößt.

Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Beklagte ein "besseres Recht" hat, als der Kläger oder der Kläger selbst für die Forderung haftet (als persönlich haftender Gesellschafter, Bürge, Gesamtschuldner oder aus Vermögensübernahme).

4. Tenor und Streitwert

➤ Die Zwangsvollstreckung aus dem (Titel) vom (Datum) in (Bezeichnung des Vollstreckungsgegenstandes) wird für unzulässig erklärt.

➤ Kosten: keine Besonderheiten

➤ Hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit ist darauf zu achten, daß das Urteil ohne jede Einschränkung für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist. Der Wert des Vollstreckungsgegenstandes ist dabei in die vom Kläger zu leistende Sicherheit mit einzubeziehen.

5. Examensrelevanz

➤ Ist der Kläger Inhaber des Interventionsrechtes? (evtl. Beweiswürdigung)

➤ typische Einwendungen des Beklagten: s. oben

1 TENOR

2 HAUPTSACHE: Die Zwangsvollstreckung aus dem ... (Titel) vom ... (Datum) wird für unzulässig erklärt.

Oder: ... wird wegen eines Betrages von 8.000,00 DM für unzulässig erklärt; im

Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Oder: ... wird bis zum ... für unzulässig erklärt.

3 KOSTEN: Keine Besonderheiten

4 VORLÄUFIGE VOLLSTRECKBARKEIT: Das Urteil ist wegen § 775 Nummer 1 ZPO **nicht nur wegen der Kosten, sondern ohne jede Einschränkung** für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Der Wert der **Forderung, wegen der** der Beklagte **nicht vollstrecken kann**, ist beim stattgebenden Urteil **in die Sicherheitsleistung einzubeziehen**.

5 Beispiel. Die Vollstreckung des Beklagten aus einem auf Zahlung von 10.000,00 DM lautenden Versäumnisurteil wird für unzulässig erklärt. Die Prozesskosten, wegen derer der Kläger vollstrecken kann, mögen sich auf 1.000,00 DM belaufen. Hier ist das Urteil gegen Sicherheitsleistung von 11.000,00 DM für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

6 ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

7 ZULÄSSIGKEIT

8 STATTHAFTIGKEIT: Die Vollstreckungsgegenklage ist nach § 767 Absatz 1 ZPO statthaft, wenn der Kläger Einwendungen erhebt, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch betreffen. Der Kläger muss also **materiell-rechtliche Einwendungen** gegen den titulierten Anspruch geltend machen; es muss sich darüber hinaus um Einwendungen gegen den **in einem Urteil** festgestellten Anspruch handeln. Für sonstige Titel folgt die Statthaftigkeit aus §§ 795 Satz 1, 767 Absatz 1 ZPO.

9 ZUSTÄNDIGKEIT: Örtlich und sachlich ausschließlich (§ 802 ZPO) zuständig ist nach § 767 Absatz 1 ZPO das Prozessgericht des ersten Rechtszuges, und zwar auch bei Prozessvergleichen; zur Zuständigkeit bei vollstreckbaren Urkunden i.S.d. § 794 Absatz 1 Nummer 5 ZPO vgl. § 797 Absatz 5 ZPO, der auf Prozessvergleiche nicht entsprechend anwendbar ist; zur Zuständigkeit bei Vollstreckungsbescheiden vgl. § 796 Absatz 3 ZPO.

10 RECHTSSCHUTZBEDÜRFNIS:

11 GRUNDSATZ: Ist gegeben, sobald ein Titel vorhanden (die Klausel muss noch nicht erteilt sein) und solange die Zwangsvollstreckung noch nicht beendet ist (solange der Gläubiger den Titel in Händen hält).

12 FEHLT, wenn einfacherer und billiger Weg gegeben ist. Überschneidungen mit

der Vollstreckungserinnerung (§ 766 ZPO) sind selten. In den seltenen Fällen ist das Rechtsschutzbedürfnis regelmäßig zu bejahen. Denn die Vollstreckungsgegenklage und die Erinnerung verfolgen verschiedene Ziele. Mit der Erinnerung rügt der Schuldner Verfahrensfehler des Vollstreckungsorganes. Hat die Rüge Erfolg, wird die Vollstreckungsmaßnahme aufgehoben, aber nicht die Vollstreckbarkeit des Titels beseitigt. Mit der Vollstreckungsgegenklage macht der Schuldner geltend, der titulierte Anspruch sei erloschen oder gehemmt. Hat er Erfolg, wird die Vollstreckbarkeit des Titels beseitigt. Nur wenn der Titel aus formellen Gründen unwirksam (nichtig) ist, fehlt das Rechtsschutzinteresse für die Vollstreckungsgegenklage.

- 13 FEHLT auch dann, wenn im Falle der angeblichen Unwirksamkeit eines Prozessvergleichs der ursprüngliche Prozess fortzusetzen ist (vgl. Stichwort: Prozessvergleich).
- 14 KLAGEÄNDERUNG, wenn die Einwendung gegen den titulierten Anspruch ausgewechselt wird (aber: §§ 263 1. Fall, 267, 263 2. Fall ZPO)
- 15 FORMULIERUNGSVORSCHLAG: *Die Klage ist zulässig. Sie ist nach § 767 ZPO statthaft, weil der Kläger eine rechtsvernichtende Einwendung gegen den titulierten Anspruch geltend macht. Als Prozessgericht des ersten Rechtszuges ist das Landgericht Saarbrücken nach den §§ 767, 802 ZPO örtlich und sachlich ausschließlich zuständig. Auch das Rechtsschutzinteresse ist gegeben, weil ein Titel vorhanden und die Zwangsvollstreckung noch nicht beendet ist.*
- 16 **Die PRÄKLUSION nach § 767 Absatz 2 oder Absatz 3 ZPO ist KEINE FRAGE DER ZULÄSSIGKEIT, sondern eine Frage der Begründetheit**; dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 267 Absatz 2 ZPO, der die Zulässigkeit der Einwendungen, nicht die Zulässigkeit der Klage regelt.
- 17 BEGRÜNDETHEIT
- 18 GRUNDSATZ: Die Klage ist begründet, wenn dem Kläger eine materiell-rechtliche Einwendung zusteht, die die Wirkung hat, dass der Anspruch nicht mehr (rechtsvernichtende Einwendungen wie Erfüllung, Erlass, Verzicht, Vergleich, befreiende Unmöglichkeit, Rücktritt, § 242 BGB, befreiende Schuldübernahme, Abtretung, Pfändung des titulierten Anspruchs) oder nur eingeschränkt (rechtshemmende Einwendungen wie Verjährung, Zurückbehaltungsrecht, Stundung) geltend gemacht werden kann. Die Einwendung muss nach § 767 Absatz 2 (beim Vollstreckungsbescheid § 796 Absatz 2) und § 767 Absatz 3 ZPO zulässig sein.
- 19 Die beschränkende Vorschrift des § 767 Absatz 2 ZPO gilt NICHT BEI TITELN, DIE DER RECHTSKRAFT NICHT FÄHIG SIND, insbesondere also nicht bei Prozessvergleichen, notariellen Urkunden und Kostenfestsetzungsbeschlüssen. § 767 Absatz 2 ZPO hat nämlich den Zweck, die Rechtskraft des Urteils im Ausgangsprozess zu schützen. Aufgabe der materiellen Rechtskraft wiederum ist es, einer zweiten, dem Urteil im Ausgangsprozess widersprechenden Entscheidung

in einem neuen Verfahren zu begegnen. Was einmal von einem staatlichen Gericht entschieden ist, soll in einem neuen Verfahren, in dem dieselbe Rechtsfolge in Frage steht, nicht in Zweifel gezogen werden können. Daraus erhellt, dass der Vergleich nicht rechtskraftfähig ist. Denn anders als beim Urteil wurde über den zugrunde liegenden Anspruch nicht entschieden. Es liegt eine reine Parteivereinbarung vor, die zudem jederzeit abgeändert werden kann. Bei notariellen Urkunden schließt § 797 Absatz 4 ZPO die Geltung des § 767 Absatz 2 ZPO aus.

- 20 Nach § 767 Absatz 2 ZPO ZULÄSSIG ist eine Einwendung zum einen, wenn sie NACH SCHLUSS DER MÜNDLICHEN VERHANDLUNG ENTSTANDEN entstanden ist. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden ist nur die Einwendung, deren vorherige Geltendmachung objektiv unmöglich war. War sie objektiv möglich, Ausschluss nach § 767 Absatz 2 ZPO, selbst wenn der Kläger (subjektiv) keine Kenntnis von dem Bestehen der Einwendung hatte.
- 21 BEISPIEL: In Unkenntnis des Schuldners hat dessen Großvater einen Tage vor der mündlichen Verhandlung die Klageforderung beglichen. Mit dem Erfüllungseinwand ist der Schuldner bei einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 Absatz 2 ZPO ausgeschlossen. Es bleibt die Schadensersatzklage aus § 826 BGB (Palandt/Thomas, BGB, 55. Auflage, § 826 BGB, Randnummer 46).
- 22 Das oben Randnummer 20 Gesagte gilt nach der Rechtsprechung auch für GESTALTUNGSRECHTE.
- 23 BEISPIEL: K kauft beim Gebrauchtwagenhändler V ein gebrauchtes Auto unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung, will aber den Kaufpreis nicht zahlen. K wird rechtskräftig zur Zahlung verurteilt. Später erfährt er, dass der Wagen schwere, versteckte Unfallschäden hat. V hatte ihn als Unfallwagen zum Schrottwert erworben und selbst repariert. K ficht den Kauf wegen arglistiger Täuschung an und erhebt Vollstreckungsabwehrklage. Nach der Rechtsprechung ohne Erfolg. Die Rechtsprechung meint, nur so den Schuldner im Interesse der Rechtsklarheit zwingen zu können, möglichst früh von seinen Gestaltungsrechten Gebrauch zu machen, nur so Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Titels schützen zu können und nur so Verzögerungen bei der Vollstreckung verhindern zu können. In der Examensklausur meinen auch Sie das!
- 24 Das oben Randnummer 20 Gesagte gilt nach der Rechtsprechung auch für die ABTRETUNG (und den gesetzlichen Forderungsübergang, vgl. § 412 BGB), die aber gleichwohl näherer Betrachtung bedarf.
- 25 BEISPIEL: Der Gläubiger klagt gegen den Schuldner auf Zahlung von 1.000,00 DM. Nach Rechtshängigkeit, aber vor Schluss der mündlichen Verhandlung, tritt er den Anspruch an einen Dritten ab, ohne den beklagten Schuldner hiervon zu informieren. Es ergeht ein Urteil gegen den Schuldner. Anschließend erfährt dieser

von der Abtretung und erhebt Vollstreckungsgegenklage gegen den Gläubiger, der trotz der Abtretung vollstreckt. Hier steht dem Schuldner ein materiell-rechtlicher Einwand gegen den titulierten Anspruch zu. Der Gläubiger ist nicht mehr Inhaber der Forderung. Allerdings hatte der Schuldner objektiv die Möglichkeit, diesen Einwand in dem Vorsprozess geltend zu machen. Gleichwohl ist der Schuldner nicht nach § 767 Absatz 2 ZPO präkludiert. Ihm steht nämlich noch ein weiterer materiell-rechtlicher Einwand zu, der erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden ist: Der Einwand der Kenntnis von der Abtretung. Bis zu diesem Zeitpunkt konnte er nach der materiell-rechtlichen Vorschrift des § 407 Absatz 1 BGB (nicht § 407 Absatz 2 BGB!) mit befreiender Wirkung an den Gläubiger leisten. Diese Möglichkeit ist nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung durch seine Kenntnis weggefallen. Die Kenntnis ist hier beachtlich, weil sie zum Entstehungstatbestand der Einwendung gehört.

- 26 Beachte: § 407 Absatz 2 BGB sagt, dass der Neugläubiger ein dem Schuldner günstiges (klageabweisendes) Urteil in gleicher Weise gegen sich geltend lassen muss, wie der Altgläubiger, sagt also nichts zu der Frage aus, welche rechtlichen Folgen die Leistung an den Altgläubiger hat. Der Schuldner leistet allenfalls aufgrund eines ihm ungünstigen Urteils. Für die Frage, welche rechtlichen Folgen die Leistung an den Altgläubiger hat, verbleibt es bei § 407 Absatz 1 BGB.
- 27 Nach § 767 Absatz 2 ZPO ZULÄSSIG ist eine Einwendung zum anderen, wenn KEINE MÖGLICHKEIT DER GELTENDMACHUNG DURCH EINSPRUCH bestand, die Einwendung also nach Ablauf der Einspruchsfrist entstand.
- 28 BEISPIEL: Gegen den Schuldner ist ein Versäumnisurteil ergangen. Zwei Tage nach dessen Zustellung zahlt er. Er legt keinen Einspruch ein, weil er meint, nach seiner Zahlung hätte sich die Sache erledigt. Trotz der Zahlung vollstreckt der Gläubiger nach Ablauf der Einspruchsfrist. Mit dem Erfüllungseinwand ist der Schuldner bei nach § 767 Absatz 2 ZPO ausgeschlossen. Es bleibt die Schadensersatzklage aus § 826 BGB.
- 29 Die beschränkende Vorschrift des § 767 Absatz 3 ZPO gilt AUCH BEI TITELN, DIE DER RECHTSKRAFT NICHT FÄHIG SIND, und zwar zum Schutze der Rechtskraft des Urteils über die erste Vollstreckungsgegenklage.
- 30 Bei einer zweiten Vollstreckungsgegenklage ist eine EINWENDUNG nach § 767 Absatz 3 ZPO NUR ZULÄSSIG, wenn sie NACH SCHLUSS DER MÜNDLICHEN VERHANDLUNG (über die erste Vollstreckungsgegenklage) ENTSTANDEN ist. War die vorherige Geltendmachung objektiv möglich, auch hier Ausschluss (wie bei § 767 Absatz 2 ZPO), selbst wenn (subjektiv) keine Kenntnis von dem Bestehen der Einwendung.
- 31 **FORMULIERUNGSVORSCHLAG:** *Die Klage ist zum überwiegenden Teil begründet. Der Kläger hat nach § 767 Absatz 1 ZPO einen Anspruch darauf, dass die Zwangsvollstreckung durch die Beklagte aus dem Versäumnisurteil der Kammer vom ... wegen eines Teilbetrages von ... für unzulässig erklärt wird. Denn die Kaufpreisforderung des Beklagten ist in Höhe von ... gemäß §§ 422 Absatz 1*

Satz 1, 362 BGB erloschen. Denn ...