

Lösung Fall 5:

I. Vorliegend existierte ein **Widerrufsrecht gemäß § 312g I BGB**, weil ein „Außergeschäftsraumvertrag“ i.S.d. § 312b I S. 1 Nr. 1, 312 I BGB vorliegt.

Die Widerrufserklärung war fristgerecht. Mangels ordnungsgemäßer Unterrichtung über das Widerrufsrecht gilt gemäß § 356 III S. 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 II S. 1 Nr. 1 EGBGB die Vierzehntagefrist des § 355 II BGB nicht. Die etwas über 12monatige Höchstfrist des § 356 III S. 2 BGB war vorliegend bei Erklärung des Widerrufs aber bei weitem nicht abgelaufen.

Folglich war gemäß § 357 I BGB ein Rückgewährschuldverhältnis entstanden.

Fraglich ist, wie diese Rechtsausübung prozessual umsetzbar ist.

II. **Einlegung eines Einspruchs:**

Dieser wäre gemäß § 338 i.V.m. § 700 I ZPO zwar statthaft, aber dennoch unzulässig, weil die Zweiwochenfrist seit Zustellung (§ 339 i.V.m. § 700 I ZPO) inzwischen abgelaufen ist. Der Vollstreckungsbescheid ist daher formell rechtskräftig.

III. **Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage** gegen den Vollstreckungsbescheid (§§ 767, 794 I Nr. 4, 795 S. 1 ZPO):

Die Klage ist begründet, wenn dem Kläger eine rechtsvernichtende Einwendung i.S.d. § 767 I ZPO zusteht, die auch nicht gemäß § 796 II ZPO oder § 767 III ZPO präkludiert ist.

Umstritten ist, ob die Einwendung, die im Vollstreckungsbescheid titulierte Forderung aus § 433 II BGB sei durch Widerruf gemäß § 355 BGB erloschen, **gemäß § 796 II ZPO präkludiert** ist.

a. Da durch den Widerruf ein bis dahin *wirksamer* Vertrag mit Wirkung ex nunc in ein Rückgewährschuldverhältnis *umgestaltet* wird (vgl. § 357 I BGB), handelt es sich bei einem solchen Widerruf um eine **rechtsvernichtende Tatsache**, wie sie §§ 767 II, 796 II ZPO erfordern.

b. Nach § 796 II ZPO sind Einwendungen gegen den Anspruch selbst nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach Zustellung des Vollstreckungsbescheides *und* Ablaufes der Frist für den Einspruch gegen diesen entstanden sind.

Da die Zustellung des Vollstreckungsbescheides am 11. April erfolgte, muss die Einwendung gemäß §§ 700 I, 338, 222 I ZPO i.V.m. §§ 187 I, 188 II BGB *nach* Ablauf des 25. April entstanden sein. Bezüglich (nur) der *Erklärung* des Widerrufs ist dies der Fall.

c. Entscheidend ist also die streitige Frage, auf welchen Zeitpunkt es beim Gestaltungsrecht Verbraucherwiderruf für eine Präklusion ankommt.

Der BGH stellte bei (anderen) Gestaltungsrechten grds. auf den Zeitpunkt ab, in dem das jeweilige Gestaltungsrecht *erstmalig hätte ausgeübt werden können*.¹ Andernfalls bestünde die Gefahr der Verschleppung der Zwangsvollstreckung durch bewusstes Hinauszögern der Ausübung.

(1) Allerdings wird von der wohl h.M. vertreten, dass diese v.a. zur Aufrechnung und Anfechtung ergangene Rechtsprechung bei den Verbraucherschutz-Widerrufsrechten nicht haltbar sei.²

Die Lösung müsse sich streng an der Formulierung des § 767 II ZPO (bzw. hier des § 796 II ZPO) orientieren, dass die zu Einwendungen führenden „Gründe“ bis zum maßgeblichen Zeitpunkt „geltend gemacht“ werden müssen. Insoweit aber müsse differenziert werden, weil zwischen Anfechtung oder Aufrechnung einerseits und dem Widerruf andererseits ein ganz entscheidender Unterschied bestehe:

¹ Vgl. etwa BGH NJW 1994, 2269 [2270] zur Aufrechnung bzw. BGH NJW 2004, 1252 zur Anfechtung. Ausführlich dazu bereits oben in Fall 1.

² Vgl. K. Schmidt JuS 2001, 1096 [1098].

- Bei Anfechtung oder Aufrechnung seien diese „Gründe“ im Anfechtungsgrund oder der Aufrechnungslage zu sehen. Die Ausübung des Gestaltungsrechts sei zwar unverzichtbar, aber zumindest nicht das allein Entscheidende und auch nicht das Wichtigere.
- Dagegen sind beim Widerruf nach Verbraucherschutzrechten sachliche Gründe gar nicht nötig; hier kommt es nach dem Gesetz vielmehr *einzig und allein* auf die form- und fristgerechte *Erklärung* an. Konsequentermaßen könne bei der Prüfung der Frage, ob eine neue Tatsache i.S.d. §§ 767 II, 796 II ZPO vorliege, auch nur auf diese Erklärung des Gestaltungsrechts abgestellt werden.³

(2) **Anders nun der BGH:** Auch bei § 355 BGB sei auf den Zeitpunkt des Entstehens und die Befugnis zur Ausübung des Gestaltungsrechts (= Vertragsschluss!) abzustellen.⁴

Der Zweck des Widerrufsrechts, den Verbraucher vor einer übereilten vertraglichen Bindung zu schützen, stehe dem nicht entgegen.

Diese Einschränkung der nach materiellem Recht bestehenden Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht durch die Präklusion gemäß § 767 II, § 796 II ZPO ist aufgrund des Zwecks des § 767 II ZPO gerechtfertigt. Dieser besteht darin, den rechtskräftigen Vollstreckungstitel in weitem Umfang vor nachträglichen Einwendungen des Schuldners zu schützen und die Hindernisse zu begrenzen, die der Vollstreckung aus diesem Titel bereitet werden können. Dadurch soll die materielle Rechtskraft der Entscheidung abgesichert werden.

Der durch § 767 II ZPO bezweckte Schutz rechtskräftiger Titel tritt nicht deswegen ausnahmsweise zurück, weil der Verbraucher berechtigt ist, den Zeitpunkt der Widerrufserklärung (innerhalb der Fristen des BGB) nach seinem Belieben frei zu wählen, und das Widerrufsrecht an keine Voraussetzungen geknüpft ist. Denn das Widerrufsrecht nach § 355 BGB dient nicht dem Zweck, dem Berechtigten die Freiheit einzuräumen, den Zeitpunkt der Widerrufserklärung – etwa in Abhängigkeit von der Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse – zu wählen. Die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers in zeitlicher Hinsicht ist lediglich eine *Nebenfolge* seines Widerrufsrechts. Dessen Sinn und Zweck ist es vielmehr, den Verbraucher vor einer

³ Vgl. K. Schmidt JuS 2001, 1096 [1098].

⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 3. März 2020, Az. XI ZR 486/17 [RN 11 ff] = NJW 2020, 2876 = Life & Law 2020, 657.

übereilten Bindung an seine auf Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung zu schützen. Ihm soll Gelegenheit gegeben werden, den Vertragsabschluss noch einmal zu überdenken.

Anmerkung: Wie aber soll dieses Überdenken zielführend sein, wenn der Verbraucher sein Widerrufsrecht – mangels Belehrung – ggf. gar nicht kennt? Man denke v.a. an die Grenzfälle bei § 312g II BGB.

Auch eine etwaige Unkenntnis des Verbrauchers vom Bestehen seines Widerrufsrechts rechtfertigt es nicht, die Regelung der § 767 II, § 796 II ZPO nicht anzuwenden. Maßgebend ist, dass der Verbraucher bis zum Ablauf der Einspruchsfrist (§ 339 I ZPO) *objektiv* die Möglichkeit hatte, den Widerruf zu erklären.⁵

Die Verbraucherkreditrichtlinien regeln eine Präklusion von Ansprüchen aus Verbraucherverträgen nicht. Daher ist nach Ansicht des BGH hier allein das autonome Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten maßgebend.⁶

Anmerkung: Im Originalfall lag der Vertragsschluss derart lange zurück, dass tatsächlich noch keine Richtlinie eingriff. Die Formulierungen des BGH klingen aber so, als würde er auch für neuere Fälle davon ausgehen, dass Europarecht nicht tangiert sei: „Ungeachtet dessen, dass die Verbraucherkreditrichtlinien eine Präklusion von Ansprüchen aus Verbraucherdarlehensverträgen nicht regeln und für solche Regelungen damit das autonome Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten maßgebend ist, ...“. Auf die oft genannte These, dass eine solche Anwendung des Prozessrechts *mittelbar* auch das europäisch determinierte materielle Recht verkürze bzw. verändere, geht der BGH – bezeichnenderweise! – also mit keinem einzigen Argument ein. Angesichts der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zu vergleichbaren Problemlagen wird prognostiziert, dass der BGH bei neueren Verträgen anders entscheiden oder zumindest erst dem EuGH wird vorlegen müssen, bevor er diese Lösung der Präklusion trotz materiell-rechtlich noch laufender Widerrufsfrist auch dort anwenden kann.⁷

Zwischenergebnis: Eine Vollstreckungsgegenklage wäre unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung voraussichtlich unbegründet.

⁵ Vgl. BGH NJW 2020, 2876 [RN 18] = Life & Law 2020, 657.

⁶ Vgl. BGH NJW 2020, 2876 [RN 19] = Life & Law 2020, 657.

⁷ Vgl. ausführlich und m.w.N. Piekenbrock JZ 2020, 848 [850 f.].

Hinweis: Nach §§ 796 III, 802 ZPO (Sonderregel gegenüber § 767 I ZPO) ist das Gericht zuständig, das für eine (fiktive) spiegelbildliche Klage gegen den Kläger *auf Erlangung* eines solchen Titels zuständig wäre. Für die örtliche Zuständigkeit ist dann auf § 29c I S. 1 ZPO abzustellen. Bei einer Klage gegen den jetzigen Kläger als Verbraucher, wie sie hier wegen der Spiegelbildregel des § 796 III ZPO („Entscheidung im Streitverfahren“) gerade zu *unterstellen* ist, handelt es sich sogar um einen ausschließlichen Gerichtsstand (§ 29c I S. 2 ZPO).⁸

D. **Sittenwidrigkeitsklage gemäß § 826 BGB:**

Hierbei handelt es sich um eine gewöhnliche **Leistungsklage** auf Unterlassung der Vollstreckung aus dem vorhandenen Titel und gegebenenfalls dessen Herausgabe.⁹

Wenn der Tatbestand von § 826 BGB erfüllt ist, muss der Beklagte Schadensersatz leisten. Die Naturalrestitution gemäß § 249 I BGB besteht dann in der Rückgabe bzw. Nichtausnutzung des Titels.¹⁰

Dieser Anspruch setzt voraus, dass der titulierte Anspruch materiellrechtlich nicht gegeben ist und das konkrete *prozessuale* Vorgehen der Beklagten als sittenwidrig anzusehen ist.¹¹

In der Beantragung von Mahn- und Vollstreckungsbescheid im Falle des Nichtbestehens des geltend gemachten Anspruchs kann ein Fall des sittenwidrigen Erschleichens eines Titels liegen, weil hierbei keine gerichtliche Prüfung des Anspruchs stattfindet. Die Annahme dieser Fallgruppe ist dann gerechtfertigt, wenn der Gläubiger einen Vollstreckungsbescheid über einen Anspruch erwirkt hat, obwohl er *erkennen konnte*, dass bei einer Geltendmachung im Klageverfahren bereits die gerichtliche

⁸ Mit „Streitverfahren“ i.S.d. § 796 III ZPO ist gemeint, dass *fiktiv* zu prüfen ist, welches Gericht für eine Klage des jetzigen Titelinhabers *auf Erlangung* eines Leistungsurteils zuständig gewesen wäre. § 29c I S. 1 ZPO gilt auch für Leistungsklagen *durch* den Verbraucher, ist dann aber wegen Nichtanwendbarkeit von § 29c I S. 2 ZPO gerade kein ausschließlicher Gerichtsstand, so dass für den Kläger dann das Wahlrecht gemäß § 35 ZPO gilt.

⁹ Vgl. ThP § 322, RN 50.

¹⁰ Vgl. BGHZ 40, 130; Grüneberg/Sprau § 826, RN 46, RN 50.

¹¹ Vgl. etwa BGH NJW 1999, 1257 [1258] (m.w.N.).

Schlüssigkeitsprüfung nach § 331 ZPO zu einer Ablehnung seines Klagebegehrens führen würde.¹²

Diese subjektiven Umstände werden sich im Regelfall nur über Indizien beweisen lassen, wodurch schon generell ein hohes Prozessrisiko besteht.

Problematisch ist im konkreten Fall zusätzlich, dass *vor Ausübung* des Widerrufsrechts der mit dem Mahnbescheid geltend gemachte Kaufpreisanspruch tatsächlich bestand und der Verkäufer auch bei wissentlicher Nichtbelehrung nicht sicher sein kann, ob der Verbraucher tatsächlich widerrufen wird oder mit Ware und Preis zufrieden ist! Der Beweis der oben beschriebenen subjektiven Voraussetzungen dürfte also noch schwerer möglich (oder gar unmöglich) sein als bei einem objektiv gar nicht bestehenden Anspruch.

Ergebnis: Während die Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage aufgrund der Regeln des BGH nicht erfolgversprechend erscheint, bestehen wohl auch nur geringe Chancen für den Erfolg einer Sittenwidrigkeitsklage gemäß § 826 BGB. Der Mandant muss selbst über die Klageerhebung entscheiden, nachdem er über das beträchtliche Risiko einer vollständigen Klageabweisung aufgeklärt wurde.

Lösung Fall 8:

I. Angriff unmittelbar über die Gegenforderung:

Laut Sachverhalt hat M zwar eine Schadensersatzforderung, mit der er eigentlich aufrechnen könnte. Zu beachten ist aber, dass eine darauf gerichtete Vollstreckungsgegenklage wegen der Präklusionswirkung des § 767 II ZPO unbegründet wäre.

¹² Vgl. BGH Z 101, 380 zum sittenwidrigen Ratenkredit.

Nach der Rspr. des BGH ist für den maßgeblichen Zeitpunkt nicht auf die Aufrechnungserklärung, sondern auf die Aufrechnungslage abzustellen (ausführlich s.o.).

Diese Aufrechnungslage bestand aber bereits vor Ablauf der Einspruchsfrist für das Versäumnisurteil und hätte daher mittels Einspruchs geltend gemacht werden müssen (vgl. § 767 II a.E. ZPO).

Ergebnis: Mangels Begründetheit ist damit eine Vollstreckungsgegenklage in direkter Anwendung nicht in Betracht zu ziehen.

II. **Anderer Ansatzpunkt:** Angriff wegen fehlerhaftem Zustandekommen des Versäumnisurteils?

1. Für den Kläger einer offenen Teilklage mit *mehreren* Streitgegenständen ist es unverzichtbar, eine genaue Aufschlüsselung vorzunehmen, welche exakten Streitgegenstände von der Klage erfasst sein sollen; andernfalls liegt keine ordnungsgemäße Klageerhebung i.S.d. § 253 ZPO vor.¹³

Geht es bei der Teilklage etwa um Miete für *mehrere* Monate, so muss angegeben werden, welche Monate als rechtshängig gelten sollen oder ob von jedem Monatsbetrag ein bestimmter Prozentsatz eingeklagt wird.

Hinweis: Weniger streng ist der BGH, wenn ohne Beschränkung die *gesamten* noch vorhandenen Mietrückstände für einen längeren Zeitraum eingeklagt werden. Er bejaht die umstrittene Zulässigkeit einer sog. „Saldoklage“, mit der Mietrückstände aus einem mehrere Jahre umfassenden Zeitraum geltend gemacht werden. Dieser einheitliche Gesamtanspruch sei auch dann hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 II Nr. 2 ZPO, wenn der Kläger nicht – wie es die Gegenauffassung fordert – für jeden einzelnen Monat aufgeschlüsselt hat, welcher Betrag unter Berücksichtigung der von den Beklagten geleisteten Zahlungen jeweils noch als restliche Miete oder Nutzungsentschädigung (§ 546a II BGB) begehrt wird. Diese Angaben seien nicht erforderlich, weil sie weder für den Entscheidungsumfang des Gerichts (§ 308 ZPO) noch zur Ermittlung der Rechtskraft

¹³ Vgl. ThP § 253, RN 9; BGH, Urteil vom 9. Januar 2013, Az.: VIII ZR 94/12 [RN 13]; BGH NJW 2014, 3298 [RN 13].

einer späteren gerichtlichen Entscheidung oder eine Zwangsvollstreckung von Bedeutung seien.¹⁴

Wird dies vom Kläger nicht beachtet, darf der Richter grds. über eine solche unspezifizierte Klage gar nicht sachlich entscheiden.

2. **Problem aber:** Was ist, wenn wie hier trotzdem, also unter Verletzung dieser Regel, ein Urteil erging und *formell* rechtskräftig wurde?

Nach BGH ist ein solches Urteil trotz formeller Rechtskraft nicht *materiell* rechtskraftfähig und nicht vollstreckbar. Da dies den Vollstreckungsorganen aber nicht bekannt ist, stellt sich das Problem, ob und wie man diesen Einwand vorbringen könnte.

III. **Prozessuale Umsetzung dieses Fehlers:**

1. Aufgrund der Unbestimmtheit des Klagegrundes im Vollstreckungstitel soll die mangelnde Vollstreckungsfähigkeit geltend gemacht werden. Hierfür käme zunächst die **Klauselerinnerung nach § 732 I ZPO** in Betracht.

Zu den Voraussetzungen für eine Klauselerteilung gehört nämlich auch, dass der zugrunde liegende Titel einen vollstreckungsfähigen Inhalt aufweist.¹⁵

Im vorliegenden Fall besteht aber das Problem, dass sich diese Unbestimmtheit des Titels *aus diesem selbst* gar nicht entnehmen lässt, sondern nur unter Zuhilfenahme der „Vorgeschichte“ (v.a. die Klageschrift aus dem betreffenden Verfahren, es liegt wegen § 313b ZPO nicht einmal ein Tatbestand vor) ermitteln lässt.¹⁶ *Darauf* aber erstreckt sich die Prüfungszuständigkeit des klauselerteilenden Organs gar nicht.

¹⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 9. Januar 2013, Az.: VIII ZR 94/12 [RN 14 f.].

¹⁵ Vgl. ThP § 732, RN 7; § 724, RN 9.

¹⁶ In diesem Punkt sind die Fälle unterschiedlich gelagert: Bei einem Anspruch auf einen bestimmten Unterhaltsbetrag abzüglich eines Prozentsatzes des eigenen Einkommens des Gläubigers (vgl. dazu BGH NJW 2006, 695) ist die Unbestimmtheit bereits auf den ersten Blick aus dem Titel selbst erkennbar.

Überdies wird die Klauselerinnerung aber dem Begehren des Mandanten nicht voll gerecht, denn dadurch wird nur die Zwangsvollstreckung aus der konkret erteilten vollstreckbaren Ausfertigung für unzulässig erklärt. Der Titelinhaber kann später versuchen, sich eine neue Klausel erteilen lassen. Die Zwangsvollstreckung *aus dem Titel insgesamt* wird damit nicht für unzulässig erklärt.

2. Die Voraussetzungen einer **Nichtigkeits- oder Restitutionsklage** sind nicht gegeben (vgl. §§ 578 ff. ZPO).

3. **Leistungsklagen** (auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung analog § 1004 BGB oder gemäß § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB, auf Auskehrung etwa schon beigetriebener Beträge) oder **Klagen auf Feststellung** (dass die Forderungen des Gläubigers nicht oder nur in bestimmter Höhe bestehen) sind ebenfalls untauglich, weil kein eindeutiger Zusammenhang zwischen der materiellen Rechtslage und dem Titel hergestellt werden kann.

Auf derartige Klagen ergehende Urteile wären im Übrigen auch keine gerichtlichen Entscheidungen i.S.d. §§ 775 Nr. 1, 776 S. 1 ZPO, weil sie das frühere Urteil oder dessen Vollstreckbarkeit unberührt ließen. Gegenüber Vollstreckungsorganen, die zu einer materiellen Überprüfung des ursprünglichen Titels nicht befugt sind, wären sie deshalb wirkungslos.

Denkbar bliebe allenfalls eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines prozessualen Rechtsverhältnisses, die hier jedoch unbegründet wäre, weil das Urteil kein sog. Nichturteil, sondern nur *nicht vollstreckungsfähig* ist.

4. Sog. **Titelgegenklage analog § 767 ZPO**:

Es besteht demnach ein praktisches Bedürfnis, dass die Zwangsvollstreckung aus dem Titel insgesamt für unzulässig erklärt wird.

a. Wegen der Unbestimmtheit des titulierten Anspruchs hat der Schuldner ein schutzwürdiges Interesse daran, dass die Vollstreckungsfähigkeit eines solchen Titels beseitigt wird. Der Schuldner kann etwa bestehende materielle Einwendungen nicht erfolgreich geltend machen, weil nicht feststeht und auch nicht feststellbar ist, *welche*

genaue Forderung titulierte ist. Gleichwohl ergehende Entscheidungen über solche Einwendungen wären ihrerseits nicht der materiellen Rechtskraft fähig, so dass keiner Partei damit geholfen wäre. Der Schuldner kann überdies auch keine sinnvollen Zahlungsbestimmungen gemäß § 366 BGB treffen. Der Gläubiger könnte den Titel deshalb fast beliebig „in Reserve“ halten. Besondere Rechtsbehelfe für diese Situation sieht die ZPO nicht vor (s. obige Ausführungen).

Da es der Sache nach um die Vollstreckungsfähigkeit geht, die nach der Systematik der ZPO nur im Wege einer Vollstreckungsgegenklage beseitigt werden kann, und die Interessenlage vergleichbar ist, rechtfertigt sich die analoge Anwendung des § 767 ZPO.¹⁷

b. **Prüfungsumfang / Präklusion:**

Eine analoge Anwendung auch des § 767 II ZPO (Frage der Begründetheit!) kommt nicht in Betracht.

§ 767 II ZPO bezweckt, die Rechtskraftwirkung unanfechtbar gewordener Entscheidungen zu sichern und gilt folglich nicht gegenüber Vollstreckungstiteln, die nicht der materiellen Rechtskraft fähig sind (so ausdrücklich § 797 IV ZPO für vollstreckbare Urkunden i.S.d. § 794 I Nr. 5 ZPO; gleiches gilt für den Prozessvergleich).

Ergebnis: Mit einer auf § 767 ZPO analog gestützten Gestaltungsklage kann erfolgreich die Nichtvollstreckbarkeit des nicht *materiell* rechtskraftfähigen Titels geltend gemacht werden.

IV. **Zusatzantrag: Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde:**

¹⁷ Vgl. BGHZ 124, 164 = NJW 1994, 460. Siehe zu § 767 ZPO analog etwa auch BGH, Beschluss vom 23. August 2007, Az. VII ZB 115/06: Dort war ein zunächst ergangenes vorläufig vollstreckbar erklärtes Versäumnisurteil durch einen später geschlossenen Prozessvergleich im selben Rechtsstreit *von selbst* wirkungslos geworden. Diese *fehlende Vollstreckungsfähigkeit* des Urteils kann mit der Titelgegenklage analog § 767 ZPO geltend gemacht werden.

1. Die Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung einer vollstreckbaren Urkunde nach § 794 I Nr. 5 ZPO ist nach h.M. *jedenfalls* dann zulässig, wenn entweder über eine Vollstreckungsabwehrklage bereits *rechtskräftig* zugunsten des Herausgabeklägers entschieden worden ist oder wenn die Erfüllung der dem Titel zugrunde liegenden Forderung zwischen den Parteien *unstreitig* ist.¹⁸

Nichts Anderes gilt, wenn die Herausgabeklage, wie hier, mit der Titelgegenklage verbunden wird. Denn auch dann ist, worauf es entscheidend ankommt, eine Umgehung von deren Voraussetzungen nicht zu befürchten.¹⁹

2. **Begründetheit der Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde:**

Die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 371 BGB ist sowohl bei der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO als auch bei der Titelgegenklage analog § 767 ZPO gegeben.

a. **Anwendungsvoraussetzungen bei der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO:**

Die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 371 BGB auf die Herausgabe eines Vollstreckungstitels ist nach BGH gegeben, wenn die Vollstreckung aus dem Titel auf Grund einer auf materielle-rechtliche Einwände gegen den titulierten Anspruch gestützten Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO für unzulässig erklärt wird.

Der Anspruch besteht in diesem Fall aber nicht schon, wenn und weil die Vollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklärt worden ist, sondern erst, wenn die Schuld mit Sicherheit erloschen ist oder von Anfang an nicht bestanden hat. Denn das Urteil beseitigt nur die *Vollstreckbarkeit* der Urkunde, besagt aber nichts über das Bestehen oder Nichtbestehen des zu vollstreckenden Anspruchs.²⁰

¹⁸ Vgl. BGH NJW 1994, 1161; NJW-RR 2008, 1512 [RN 9]; BGHZ 127, 146 [148 f.]; ThP § 767, RN 6.

¹⁹ Vgl. BGH NJW 2015, 1181 [RN 23].

²⁰ Vgl. BGH NJW-RR 2008, 1512 [RN 12]; BGHZ 127, 146 [149 f.].

b. **Anwendungsvoraussetzungen bei der Titelgegenklage analog § 767 ZPO:**

Die entsprechende Anwendung von § 371 BGB auf die Herausgabe des Vollstreckungstitels ist aber auch geboten, wenn die Vollstreckung aus dem Titel auf Grund einer auf *formelle* Einwände gegen den Titel gestützten Titelgegenklage insgesamt und endgültig für unzulässig erklärt worden ist.²¹

Denn auch in diesem Fall enthält das Gesetz eine planwidrige Lücke. Der Schuldner könnte zwar durch Vorlage einer Ausfertigung des in dem Titelgegenklageverfahren ergangenen Urteils die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 Nr. 1 ZPO erreichen. Er könnte damit allein aber nicht verhindern, dass die Vollstreckung trotz des Urteils erst einmal versucht wird und womöglich auch zunächst Erfolg hat, weil die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung etwa dem nicht informierten Personal des Schuldners unbekannt ist oder mangels Ausfertigung des Urteils nicht sofort nachgewiesen werden kann. Ein solcher Missbrauch des Titels kann nur mit einem Anspruch auf dessen Herausgabe verhindert werden, den das Prozessrecht aber auch für die Titelgegenklage nicht vorsieht.

Diese Lücke muss nach dem aus § 775 Nr. 1 und § 757 ZPO zum Ausdruck kommenden Plan des Gesetzes durch eine entsprechende Anwendung des § 371 BGB geschlossen werden. In Betracht kommt indessen nur eine auf die *Rechtsfolge* beschränkte analoge Anwendung der Vorschrift. Denn bei einer allein auf formelle Einwände gestützten Titelgegenklage kann der Titelherausgabeanspruch nicht von dem Bestehen oder Nichtbestehen *des Anspruchs* abhängen, sondern nur von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Titels.

Ergebnis: Eine Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde ist zulässig und begründet.

V. **Weitere Folge:** Der bisherige Titelinhaber muss dann erneut auf Leistung klagen.

Dieser Leistungsklage können dann auch „alte“ Einwendungen, wie etwa die Aufrechnung mit der Schadensersatzforderung entgegengehalten werden. Mit diesem Vorgehen erreicht der Mandant, dass „das Spiel wieder von vorne beginnt“.

²¹ Vgl. BGH NJW 2015, 1181 [RN 26].

Hinweis: Die Zustellung der bisherigen Klage hemmte die Verjährung des geltend gemachten Anspruchs gemäß § 204 I Nr. 1 BGB wegen der Unbestimmtheit nicht; dies ist also anders als bei bloßer Unzulässigkeit der Klage.²² Daraus kann sich – je nach Situation – für die nun ggf. nachfolgende Leistungsklage des Gegners eine weitere Verteidigungsmöglichkeit ergeben, wenn zwischenzeitlich die Verjährungsfrist abgelaufen war.

Ebenso: Die Zustellung eines Mahnbescheids hemmt die Verjährung des geltend gemachten Anspruchs gemäß § 204 I Nr. 3 BGB nur dann, wenn dieser im Antrag auf Erlass des Mahnbescheids in einer den Anforderungen des § 690 I Nr. 3 ZPO entsprechenden Weise hinreichend individualisiert worden ist.²³

Lösung Fall 9:

Zu prüfen ist, ob der Schuldner dem Vollstreckungsorgan im Wege der Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO oder auf andere Weise den Einwand entgegenhalten kann, die Vollstreckung sei wegen Verstoßes gegen eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung endgültig unzulässig.

I. Erster Fall / vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung zeitlicher Art:

Für eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung *zeitlicher* Art, mit der sich der Gläubiger verpflichtet, aus ergehenden Urteilen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt – etwa bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens – nicht zu vollstrecken, kann der Schuldner nach BGH nicht mit der Vollstreckungserinnerung (§ 766 I ZPO) durchdringen, sondern es ist eine Klage entsprechend § 767 I ZPO statthaft.²⁴

²² Vgl. Grüneberg/Ellenberger § 204, RN 4.

²³ Vgl. BGH NJW 2011, 613; Grüneberg/Ellenberger § 204, RN 18.

²⁴ Vgl. BGH NJW 2017, 2202 [RN 28]; BGH NJW 1968, 700 f.

II. **Zweiter Fall / vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung gegenständlicher Art:**

Höchst umstritten ist aber vor allem, mit welchem Rechtsbehelf der Schuldner einer Vollstreckung mit dem Einwand entgegentreten kann, die Vollstreckung verstoße gegen eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, mit der die Vollstreckung *in bestimmte Gegenstände* ausgeschlossen wird.²⁵

Teilweise wird eine unmittelbare und ausschließliche Anwendung des § 766 I ZPO befürwortet, von manchen wird differenziert und teilweise wird vertreten, in bestimmten Fällen seien § 766 I ZPO und § 767 I ZPO zumindest in Teilbereichen parallel anwendbar.

Nach BGH kann der Schuldner die Aufhebung einer Pfändung nicht im Wege der Vollstreckungserinnerung (§ 766 I ZPO) unter Berufung auf eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, mit der die Vollstreckung in den gepfändeten Gegenstand ausgeschlossen wird, erreichen. Insoweit stellt die Vollstreckungsabwehrklage *entsprechend* § 767 I ZPO einen geeigneten Rechtsbehelf dar.²⁶ Begründung:

(1) **Keine unmittelbare Anwendung von § 766 I ZPO:**

Der unmittelbare Anwendungsbereich von § 766 I ZPO ist nicht eröffnet.

Die Vollstreckungserinnerung (§ 766 I ZPO) ist beschränkt auf Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das vom Gerichtsvollzieher bei ihr zu beobachtende Verfahren betreffen, das heißt auf die Beachtung der insbesondere in §§ 704 ff. ZPO genannten Vollstreckungsvoraussetzungen. Dazu gehören vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen gegenständlicher Art nicht.

Die Vorschrift des § 766 I ZPO, die einen im Vergleich mit einem Klageverfahren weniger aufwändigen Rechtsbehelf zur Verfügung stellt, entspricht dem Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung, demgemäß die Vollstreckungsorgane um der

²⁵ Zum Meinungsstand vgl. BGH NJW 2017, 2202 [RN 26 ff].

²⁶ Vgl. BGH NJW 2017, 2202 [RN 35 ff].

Effektivität der Vollstreckung willen regelmäßig nur *leicht feststellbare* Umstände zu prüfen haben. Angesichts dieser Funktion des § 766 I ZPO ist es unter Berücksichtigung der *eingeschränkten Prüfungskompetenz* der Vollstreckungsorgane bei der gebotenen typisierenden Betrachtung angezeigt, die Geltendmachung eines Verstoßes gegen eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, mit der die Vollstreckung in bestimmte Gegenstände ausgenommen wird, nicht im Wege der Vollstreckungserinnerung (§ 766 I ZPO) zuzulassen.

Bereits der Abschluss einer derartigen Vollstreckungsvereinbarung kann, etwa wenn kein schriftlicher Vertrag vorgelegt wird, zweifelhaft sein. Darüber hinaus wird der Inhalt einer derartigen Vollstreckungsvereinbarung, selbst wenn ein schriftlicher Vertrag vorgelegt wird, in vielen Fällen nicht leicht festzustellen sein; in diesem Zusammenhang können schwierige Rechtsfragen, etwa bezüglich der Auslegung der Vereinbarung, auftreten.

Die vorstehenden Ausführungen stehen nicht im Widerspruch dazu, dass den Vollstreckungsorganen in bestimmten Fällen auch die Anwendung von gesetzlichen Vorschriften obliegt, die von materiell-rechtlichen Merkmalen geprägt sind und möglicherweise eine komplexe Rechtsprüfung bedingen. Bei diesen Vorschriften geht es nämlich zum Teil um materiellrechtliche Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung (vgl. etwa die §§ 756, 765 ZPO zum Gläubigerverzug als Voraussetzung der Zug-um-Zug-Vollstreckung), bei denen es die Effektivität der Zwangsvollstreckung erfordert, dass sie unmittelbar von den Vollstreckungsorganen geprüft werden. Insoweit sieht das Gesetz zudem selbst gewisse Erleichterungen vor, wenn es die Vorlage von öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Beweisurkunden genügen lässt. Soweit andere Vorschriften (vgl. §§ 777, 811, 850 ff. ZPO) dem Schuldnerschutz dienen, würde dieser durch eine Verlagerung der Prüfungskompetenz auf das schwerfällige Erkenntnisverfahren beim Prozessgericht an Leichtigkeit einbüßen.

Aufgrund der gebotenen Typisierung ist es nicht angezeigt, zwischen vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen gegenständlicher Art, deren Abschluss und Inhalt leicht festzustellen sind, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, zu differenzieren und nur bei ersteren den Anwendungsbereich des § 766 I ZPO zu eröffnen.

(2) **Keine analoge Anwendung von § 766 I ZPO:**

Aus den vorstehenden Gründen ist § 766 I ZPO auch nicht entsprechend anwendbar, da die Beachtung von vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen gegenständlicher Art – über eine etwaige entsprechende Anwendung von § 775 Nr. 4 ZPO hinaus – auf Grund der Formalisierung des Vollstreckungsverfahrens den Vollstreckungsorganen nicht obliegt.²⁷

(3) **Keine unmittelbare Anwendung von § 767 I ZPO:**

Die Vorschrift des § 767 I ZPO ist bei lediglich vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen, mit denen die Vollstreckung in bestimmte Gegenstände ausgeschlossen wird, nicht unmittelbar anwendbar, weil aus derartigen Vereinbarungen keine *materiell-rechtlichen*, den titulierten *Anspruch* selbst betreffenden Einwendungen resultieren.²⁸

(4) **Analoge Anwendung von § 767 I ZPO:**

§ 767 I ZPO ist bei vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen gegenständlicher Art aber *entsprechend* anwendbar, weil eine planwidrige Regelungslücke besteht und § 767 I ZPO auf Grund seines Regelungsgehaltes geeignet ist, die Lücke interessengerecht zu schließen.²⁹

Die entsprechende Anwendbarkeit des § 767 I ZPO ist im Hinblick darauf gerechtfertigt, dass ansonsten keine hinreichenden Rechtsschutzmöglichkeiten für den Schuldner bestünden.

Der Anwendungsbereich von § 766 I ZPO ist bei derartigen vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen gegenständlicher Art nicht eröffnet. Klagen auf Unterlassung der vereinbarungswidrigen Vollstreckung, auf Freigabe der gepfändeten Sachen oder gemäß § 256 I ZPO auf Feststellung der Unzulässigkeit der Vollstreckung bieten dem Schuldner mangels unmittelbarer Einwirkung der betreffenden Entscheidungen auf die Zwangsvollstreckung gemäß § 775 Nr. 1 ZPO keine

²⁷ Vgl. BGH NJW 2017, 2202 [RN 41].

²⁸ Vgl. BGH NJW 2017, 2202 [RN 43]; Musielak/Voit/Lackmann § 767, RN 22; m.E. ungenau: ThP § 766, RN 26.

²⁹ Vgl. BGH NJW 2017, 2202 [RN 44].

hinreichende Rechtsschutzmöglichkeit. Für eine Klage auf Schadensersatz wegen vereinbarungswidriger Vollstreckung gilt Entsprechendes.

Anders als die vorstehend genannten Klagen erlaubt die Vollstreckungsabwehrklage entsprechend § 767 I ZPO bei vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen, mit denen die Vollstreckung in bestimmte Gegenstände ausgeschlossen wird, im Erfolgsfalle einen Urteilstenor, aufgrund dessen die Zwangsvollstreckung gemäß § 775 Nr. 1 ZPO einzustellen ist.

Anmerkung: Dies entspricht der Methodik des BGH in den anderen anerkannten Fallgruppen der analogen Anwendung von § 767 ZPO. Vereinfacht gesagt wird diese analoge Anwendung dann befürwortet, wenn der Urteilstenor „die ZV ... wird für unzulässig erklärt“ in seiner praktischen Wirkung besser passt als irgendwelche Alternativen.

Der auf eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung gegenständlicher Art gestützte Antrag kann bei dieser Klage entsprechend § 767 I ZPO richtigerweise nur dahin lauten, dass die Vollstreckung in bestimmte, von der Vollstreckung ausgenommene Gegenstände für unzulässig erklärt wird.³⁰

Anders als bei einer Vollstreckungsabwehrklage im originären Anwendungsbereich des § 767 I ZPO dient die auf eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung gegenständlicher Art gestützte Klage entsprechend § 767 I ZPO nicht dazu, dem Titel die Vollstreckungsfähigkeit schlechthin zu nehmen. Vielmehr besteht bei dieser entsprechenden Anwendung von § 767 I ZPO ein Bedürfnis, die Vollstreckung nur hinsichtlich der betroffenen Gegenstände für unzulässig zu erklären.

Ergebnis: Es kann eine Vollstreckungsgegenklage entsprechend § 767 I ZPO erhoben werden mit dem Antrag, die Vollstreckung in die von der konkreten vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarung erfassten Gegenstände für unzulässig zu erklären.

³⁰ Vgl. BGH NJW 2017, 2202 [RN 45].

Anhang / Rechtsprechung zu § 767 ZPO:

I. Vollstreckungsabwehrklage bei Erhebung des Erfüllungseinwands im Parallelverfahren nach § 888 ZPO:

1. Für eine Vollstreckungsabwehrklage besteht grds. solange ein Rechtsschutzbedürfnis, wie der Gläubiger den Vollstreckungstitel noch in Händen hat. Dies gilt selbst dann, wenn der Gläubiger auf seine Rechte aus dem Titel verzichtet hat oder zwischen ihm und dem Schuldner Einigkeit darüber besteht, dass eine Zwangsvollstreckung nicht mehr in Betracht kommt.³¹

Gestützt wird dies auf die Überlegung, dass der Schuldner durch die Vorlage einer öffentlichen Urkunde oder einer vom Gläubiger ausgestellten Privaturkunde, aus der sich die zwischenzeitliche Erfüllung der Forderung ergibt, die Aufhebung von bereits getroffenen Vollstreckungsmaßnahmen nicht erreichen kann (§ 775 Nr. 4, § 776 ZPO) und ein Verzicht keine weitergehenden Wirkungen als die Erfüllung haben kann.

2. Eine Klage ist auch dann mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, wenn dem Kläger ein einfacherer und billigerer Weg zur Erreichung seines Rechtsschutzziels zur Verfügung steht. Auf einen verfahrensmäßig *unsicheren* Weg darf er allerdings nicht verwiesen werden.

Nach BGH ist der Schuldner nicht nur im Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO, sondern auch in den Zwangsvollstreckungsverfahren nach §§ 887, 888 ZPO mit seinem Einwand zu hören, der vollstreckbare Anspruch sei erfüllt.³²

Umgekehrt sperrt ein anhängiges Zwangsmittelverfahren aber nicht die Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage mit dem Ziel der Geltendmachung des Erfüllungseinwands. Die Geltendmachung des Erfüllungseinwands im Zwangsmittelverfahren nach § 888 ZPO stellt gegenüber der Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage nämlich *keine gleichwertige* Rechtsschutzmöglichkeit dar.³³

³¹ Vgl. BGH, Urteil vom 29. September 2022, Az. I ZR 180/21 = NJW-RR 2023, 66 [RN 11]; ThP § 767, RN 16.

³² Vgl. BGHZ 162, 67; NJW-RR 2013, 1336; ThP § 887, RN 4; § 888, RN 7.

³³ Vgl. BGH NJW-RR 2023, 66 [RN 17 ff]; Musielak/Voit/ Lackmann § 887, RN 19; ThP § 887, RN 17.

Gegen eine solche Sperrwirkung spricht bereits, dass die Frage, ob die Titelforderung erfüllt ist oder nicht, im Zwangsmittelverfahren nicht in materielle Rechtskraft erwächst und der Vollstreckungsabwehrklage ein anderer Streitgegenstand zugrunde liegt als dem Zwangsmittelverfahren.

Auch in praktischer Hinsicht ist die Rechtsverteidigung im Zwangsmittelverfahren gegenüber der Rechtsverfolgung im Wege der Vollstreckungsabwehrklage für den Schuldner nicht gleichwertig. Das Zwangsmittelverfahren wird nach § 888 I ZPO auf Antrag *des Gläubigers* eingeleitet. Dieser kann den Antrag während des Verfahrens jederzeit zurücknehmen. Bereits deswegen ist es für den Schuldner, der den Erfüllungseinwand im Zwangsmittelverfahren erhebt, nicht gesichert, dass das Gericht über diesen entscheidet. Demgegenüber kann der Schuldner mit der Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage *aktiv* das Ziel verfolgen, laufenden *oder zukünftigen* Zwangsmittelverfahren den Boden zu entziehen (§ 775 Nr. 1, § 776 ZPO). Ein der Vollstreckungsabwehrklage rechtskräftig stattgebendes Urteil beseitigt nämlich die Vollstreckbarkeit des Titels insgesamt.³⁴