

**Zivilrecht:** Zivilprozessrecht**Semester:** Grund- bzw. Hauptstudium**Schwerpunkte:** Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung, materielle Rechtskraft des Zivilurteils, Vollstreckungsrechtsbehelfe

Prof. Dr. Diederich Eckardt \*

## Doppelzahlung und Rechtskraft<sup>1</sup>

### Sachverhalt

S verpflichtete sich in einem 2007 abgeschlossenen außergerichtlichen Vergleich, seinem ehemaligen Geschäftspartner P Anwaltskosten in Höhe von 9.500 Euro zu erstatten. Diese Forderung wurde von P sogleich an seine Anwälte, eine als Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisierte Großkanzlei (künftig: G), abgetreten. Da S nicht zahlte, erhob G Anfang 2011 Klage auf Zahlung von 9.500 Euro nebst Zinsen beim Landgericht L. Nach Zustellung der Klage überwies S am 24. März 2011 insgesamt 13.084,31 Euro auf das Geschäftskonto der G; er hielt die Sache damit für erledigt, suchte sich deshalb gar nicht erst einen Prozessbevollmächtigten und erschien auch nicht zu der auf den 21. April 2011 anberaumten mündlichen Verhandlung. Da S bei seiner Überweisung als Verwendungszweck lediglich den Namen des P sowie ein falsches Gerichtsaktenzeichen angegeben hatte, wurde die Zahlung in der Buchhaltung der G jedoch nicht richtig zugeordnet. Der sachbearbeitende Anwalt A der G erhielt daher keine Kenntnis von der Zahlung des S, erschien dementsprechend zur mündlichen Verhandlung am 21. April 2011 und erwirkte ein (gesetzmäßig ergangenes) Versäumnisurteil auf Zahlung von 9.500 Euro nebst Zinsen gegen S, das diesem am 28. April 2011 zugestellt wurde. S unternahm gleichwohl zunächst nichts, bis ihm und seinem Arbeitgeber D am 27. Juli 2011 jeweils ein von A namens der G erwirkter Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hinsichtlich des pfändbaren Teils der Ansprüche des S gegen D auf Arbeitsentgelt etc. zugestellt wurde. S legte daraufhin dem zuständigen Rechtspfleger beim Vollstreckungsgericht eine unterschriebene Bestätigung seiner Bank über die Durchführung der Überweisung vor; seiner Bitte, die Pfändung deshalb aufzuheben, kam der Rechtspfleger jedoch nicht nach. S wendet sich nunmehr an Rechtsanwalt R mit der Bitte, zur Wahrung seiner Interessen alle erfolgversprechenden prozessualen Schritte einzuleiten.

Untersuchen Sie gutachterlich, welches prozessuale Vorgehen R dem S empfehlen sollte.

\* Prof. Dr. Diederich Eckardt ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Trier.

<sup>1</sup> Der Sachverhalt lehnt sich eng an die „brandaktuelle“ Entscheidung BGH WM 2012, 144 an. Die aufgeworfenen Fragen betreffen klassische zivilprozessuale Ausbildungs- und Prüfungsschwerpunkte, setzen insoweit aber auch eine gewisse vertiefte Befassung mit der Materie voraus, zumal die hier vorgenommene – allerdings auch der Praxis entsprechende – Einkleidung in die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe eine zusätzliche gedankliche Transferleistung verlangt.

## Gliederung

### A. Vorüberlegung

### B. Kann sich S mit Aussicht auf Erfolg gegen die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil zur Wehr setzen?

- I. Vollstreckungsgegenklage
  1. Statthaftigkeit
  2. Sonstige Sachurteilsvoraussetzungen
  3. Begründetheit
- II. Sofortige Beschwerde
- III. Vollstreckungserinnerung
  1. Zulässigkeit
    - a) Vollstreckungsmaßnahme
    - b) Rüge eines Verfahrensfehlers
      - aa) Einwendungen gegen den titulierten Anspruch
      - bb) Liquide nachweisbare Erfüllung i.S. von § 775 Nr. 5 ZPO
  2. Begründetheit
- IV. Leistungsklage auf Unterlassen der Zwangsvollstreckung und Herausgabe des Vollstreckungstitels
  1. Anspruch auf Titelherausgabe analog § 371 BGB
  2. Arglistklage aus § 826 BGB
    - a) Zulässigkeit der Klage
    - b) Begründetheit der Klage

### C. Hilfsweise: Rückforderung der vor dem Versäumnisurteil gezahlten Summe

- I. Zulässigkeit der Rückforderungsklage
- II. Begründetheit der Rückforderungsklage

### D. Gesamtergebnis

## Gutachten<sup>2</sup>

### A. Vorüberlegung

S möchte ersichtlich primär die Zwangsvollstreckung in sein Arbeitsentgelt abwenden; Rechtsschutzmöglichkeiten mit diesem Ziel sind also von R jedenfalls zuerst zu untersuchen (B.). Falls sich erweisen sollte, dass hiergegen keine aussichtsreichen Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen (sodass S die Vergleichssumme nebst Zinsen zur Abwendung der Zwangsvollstreckung ein weiteres Mal bezahlen bzw. die Vollstreckung hinnehmen muss), wird S nach Möglichkeit zumindest die aus seiner Sicht „ins Leere gegangene“ erste Zahlung von G zurückerlangen wollen; hierauf muss sich die Prüfung und Beratung des R ebenfalls erstrecken (C.).

### B. Kann sich S mit Aussicht auf Erfolg gegen die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil zur Wehr setzen?

Da der gegen ein Versäumnisurteil an sich eröffnete Rechtsbehelf des Einspruchs (§§ 338 ff. ZPO) nach Ablauf der zweiwöchigen Einspruchsfrist unzulässig ist,

scheidet eine Fortsetzung des Prozesses vor dem Landgericht L – in deren Rahmen auch der Fortsetzung der Vollstreckung hätte entgegengetreten werden können (§ 719 I i.V.m. § 707 I ZPO) – hier ersichtlich aus; das Versäumnisurteil ist vielmehr formell rechtskräftig geworden (§ 705 ZPO). S ist folglich darauf beschränkt, die Erfüllung der zuerkannten Forderung in einem neuen Verfahren geltend zu machen. In Betracht kommen primär die Rechtsbehelfe des Vollstreckungsrecht (I.–III.), aber auch eine auf materiellrechtliche Anspruchsgrundlagen gestützte Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung (IV.)

<sup>2</sup> Der Fußnoteneinsatz in dieser Musterlösung erfolgt nach didaktischen Kriterien. Auf reine Belegstellen für prozessuales Grundlagenwissen wurde deshalb weitgehend verzichtet; statt dessen sei pauschal auf die aktuellen Überblicksdarstellungen von *Pohlmann/Walz*, AL 2010, 294 (zum Umfang der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess), und *Schreiber*, Jura 2011, 110 (zu den Rechtsschutzmöglichkeiten des Vollstreckungsschuldners), verwiesen.

Von den gesetzlichen Vollstreckungsrechtsbehelfen kommt die Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO hier offensichtlich nicht in Betracht, da es nicht um die Abwehr eines Vollstreckungszugriffs auf Gegenstände aus dem Vermögen Dritter geht. Es bleiben die Vollstreckungserinnerung (§ 766 ZPO) bzw. sofortige Beschwerde (§ 793 ZPO) und die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO). Üblicherweise wird die Vollstreckungserinnerung bzw. sofortige Beschwerde zuerst geprüft, da es sich hierbei um das einfachere, schnellere und kostengünstigere Verfahren handelt. Hier würde dieser Aufbau allerdings dazu führen, dass der für den Erfüllungseinwand paradigmatische Rechtsbehelf, die Vollstreckungsgegenklage, erst an zweiter Stelle angesprochen wird, und die für ihre Interpretation wesentlichen Fragen wie das Verhältnis der Vollstreckungsrechtsbehelfe zur materiellen Rechtskraft gewissermaßen vorweggenommen werden. Um dies zu vermeiden, sollte hier der umgekehrte Aufbau gewählt und mithin mit der Vollstreckungsgegenklage begonnen werden, die zudem den Vorteil aufweist, in einem mit allen prozessualen Möglichkeiten ausgestatteten Zivilprozess zu einer der materiellen Rechtskraft fähigen Entscheidung zu führen.

In zivilrechtlichen Klausuren mit prozessualer Einkleidung gilt generell, dass Sachurteilsvoraussetzungen nicht schematisch abzuarbeiten sind, sondern nur erörtert werden sollten, wenn und soweit nach den Angaben im Sachverhalt ernstzunehmende Bedenken bestehen.

## I. Vollstreckungsgegenklage

Zu prüfen ist zunächst, ob S sich durch Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 I ZPO<sup>3</sup> mit Aussicht auf Erfolg gegen die Zwangsvollstreckung als solche wehren kann.

### 1. Statthaftigkeit

Die Vollstreckungsgegenklage ist statthaft, wenn ein Vollstreckungstitel des G vorliegt und S eine materiellrechtliche Einwendung gegen den titulierten – d.h. in dem Urteil zuerkannten – Anspruch erhebt. Dies ist der Fall, da S geltend macht, die titulierte Forderung sei durch Erfüllung erloschen (§ 362 I BGB).

### 2. Sonstige Sachurteilsvoraussetzungen

Auch im Übrigen bestehen keine erwägenswerten Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage. Zweifel daran, ob die Titelgläubigerin G als Gesellschaft bürgerlichen Rechts überhaupt parteifähig ist, sind nicht mehr angebracht, nachdem die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts in Rechtsprechung und h.L. seit mittlerweile zehn Jahren als selbständig rechts- und parteifähiges Rechtssubjekt anerkannt ist;<sup>4</sup> spätestens seitdem der Gesetzgeber verschiedene Konsequenzen aus der Rechtssubjektivität der Außen-GbR explizit geregelt hat (vgl. §§ 899a BGB, 47 II GBO n.F.), ist hieran auch nicht mehr zu rütteln. Das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis ergibt sich daraus, dass die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat; die Möglichkeit, den Erfüllungseinwand unter dem Aspekt einer Verletzung nach § 775 Nr. 5 ZPO mit der Vollstreckungserinnerung geltend zu machen (s. III. 1. b. bb., 2.), würde der Vollstreckungsgegenklage im Hinblick auf deren weitergehendes Erkenntnisziel jedenfalls nicht entgegenstehen.

## 3. Begründetheit

Die Vollstreckungsgegenklage ist unter zwei Voraussetzungen begründet: Zum einen muss der titulierte Anspruch durch Erfüllung erloschen sein (§ 362 I BGB); das ist für sich genommen allerdings nicht zweifelhaft, da S den geschuldeten Geldbetrag einschließlich der Zinsen mit der Zweckbestimmung, die Forderung zu tilgen, an G überwiesen hatte.

Zum Schutz der materiellen Rechtskraft ist bei der Vollstreckung aus einem Urteil zum anderen aber erforderlich, dass die Voraussetzungen dieses Einwands erst nach der letzten dem Urteil vorausgehenden mündlichen (Tatsachen-)Verhandlung entstanden sind (§ 767 II ZPO).<sup>5</sup> Ist dies nicht der Fall, lagen also die tatbestandlichen Voraussetzungen des Erfüllungseinwands zu diesem Zeitpunkt bereits vor, so musste die Erfüllung zwingend bereits im Vorprozess eingewandt werden und kann nicht mehr – mit der Vollstreckungsgegenklage oder sonst wie – nachgeholt werden; denn die materielle Rechtskraft (§ 322 I ZPO) verhindert jegliche Einwendung gegen die im Urteil zuerkannte Rechtsfolge, deren Voraussetzungen bereits im Vorprozess tatsächlich existent waren.<sup>6</sup> Nicht erheblich für diese sog. Präklusionswirkung der materiellen Rechtskraft ist es, ob die betreffenden tatsächlichen Umstände der hiervon begünstigten Partei bekannt oder auch nur erkennbar waren, und ebensowenig kommt es darauf an,

3 Zu ihr vgl. *Schreiber*, Jura 2011, 110, 113 ff.

4 St.Rspr. und h.M. seit BGHZ 146, 341; s. zuletzt *Kießling/Markgraf*, JuS 2010, 312 m.w.N.

5 Das Gesetz bestätigt damit in § 767 II ZPO die prinzipielle Unantastbarkeit der materiellen Rechtskraft (und zugleich deren zeitliche Grenzen: „neue“, nach der letzten mündlichen Verhandlung entstandene Einwendungen gegen den titulierten Anspruch sind rechtskraftfrei, s. auch *Pohlmann/Walz*, AL 2010, 284, 301 f.). Folgerichtig gibt es keine dementsprechende Einschränkung bei denjenigen Vollstreckungstiteln, denen keine materielle Rechtskraft zukommt, also insbesondere bei Prozessvergleichen und vollstreckbaren notariellen Urkunden, s. § 797 IV ZPO (vgl. *Schreiber*, Jura 2011, 110, 115 m.w.N.).

6 Diese sog. Präklusionswirkung der materiellen Rechtskraft (vgl. *Schreiber*, Jura 2011, 110, 115) bezieht sich darauf, dass die Prämissen der seinerzeit Streitgegenständlichen und durch das Urteil rechtskräftig entschiedenen Rechtsfolge nicht durch ein „altes“, während des Vorprozesses bereits existentes Angriffs- oder Verteidigungsmittel infrage gestellt werden dürfen. Sie darf keinesfalls mit der – im geltenden Recht gerade nicht anerkannten – selbständigen Rechtskraft der Entscheidung über Vorfragen bzw. einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel verwechselt werden (s. dazu *Pohlmann/Walz*, AL 2010, 294, 297). Denn um eine „selbständige“, von der Entscheidung über die seinerzeit Streitgegenständliche Rechtsfolge unabhängige Rechtskraftwirkung geht es hier nicht; vielmehr soll lediglich verhindert werden, dass die Zuerkennung desjenigen Anspruchs ausgehebelt wird, der im Vorprozess als bestehend anerkannt worden ist.

ob das Gericht sich mit den genannten Einwänden auseinandergesetzt hat oder auch nur die Möglichkeit hierzu hatte. Da der Erfüllungseinwand bereits durch die vorbehaltlose Zahlung des Forderungsbetrages durch S und damit sogar vor der letzten mündlichen Verhandlung entstanden war, handelt es sich mithin gerade nicht mehr um eine rechtskraftfreie „neue“ Tatsache, sondern im Gegenteil um eine durch die Rechtskraft präkludierte „Alttatsache“.

An dieser Beurteilung ändert sich auch nicht dadurch etwas, dass es sich bei dem Vollstreckungstitel um ein Versäumnisurteil handelte. Denn das Versäumnisurteil erlangt grundsätzlich in gleicher Weise materielle Rechtskraft wie das kontradiktorische, also auf widerstreitende Anträge der Parteien hin ergangene Urteil.<sup>7</sup> Auch das Versäumnisurteil gegen den Beklagten unterscheidet sich vom kontradiktorischen Urteil zwar dadurch, dass es ohne Berücksichtigung des (schriftsätzlichen oder in einer früheren mündlichen Verhandlung vorgetragenen) Vorbringens des säumigen Beklagten ergeht, § 331 I ZPO. Indessen ist für den Umfang der rechtskraftimmanenten Präklusionswirkung ohnehin unerheblich, ob der betreffende Einwand im Vorprozess erhoben worden war oder nicht; entscheidend ist allein, dass die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Einwands zum Zeitpunkt der (letzten) mündlichen Verhandlung im Vorprozess bereits existierten und deshalb theoretisch hätten vorgetragen werden können.<sup>8</sup>

Auch das auf Versäumnisurteile gemünzte Erfordernis, dass die Einwendungen durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können (vgl. § 767 II ZPO a.E.), bringt insofern keine Abmilderung der Anforderungen, sondern im Gegenteil eine – hier unerhebliche – Verschärfung, da es auch die nach der (letzten) mündlichen Verhandlung im Vorprozess entstandenen Einwendungen ausschließt, wenn sie innerhalb der Einspruchsfrist entstanden sind. Ob man hiervon dann wieder eine Ausnahme machen kann, wenn der Schuldner dem in dem Versäumnisurteil ausgesprochenen Leistungsbefehl sogleich nachkommt – mit der Begründung, der Säumige tue in diesem Fall genau das, was die Rechtsordnung von ihm erwarte und dürfe nicht gezwungen sein, die Zahlung mit dem Einspruch geltend zu machen<sup>9</sup> –, kann deshalb ebenfalls dahinstehen. Diese denkbare Ausnahme dahin zu verallgemeinern, der Erfüllungseinwand müsse bei einem Versäumnisurteil generell ohne die durch § 767 II ZPO statuierten rechtskraftsichernden Einschränkungen zulässig sein, ist jedenfalls nicht diskutabel: Auch der Einwand der Erfüllung richtet sich gegen die Rechtskraftwirkung eines ergangenen Urteils. Erfüllt ein Schuldner den mit einer Klage geltend gemachten Anspruch seines Gläubigers vor der letzten mündlichen Verhandlung, ist es ihm in gleicher Weise wie bei anderen rechtsvernichtenden Einwendungen zuzumuten, den Einwand noch im laufenden Verfahren zu erheben und dadurch eine Verurteilung zu verhindern. Die Erwartung, der Gläubiger werde von sich aus die prozessualen Konsequenzen aus der eingetretenen Erfüllung ziehen, enthebt den

Schuldner nicht der Pflicht, die Einwendung im Prozess vorzutragen.<sup>10</sup>

Die Vollstreckungsgegenklage ist mit dem Erfüllungseinwand daher zwar zulässig, insbesondere statthaft, aber unbegründet.

## II. Sofortige Beschwerde

In Betracht kommt ferner der Rechtsbehelf der sofortigen Beschwerde gemäß § 11 I RPflG<sup>11</sup> i.V.m. § 793 ZPO.<sup>12</sup> Die sofortige Beschwerde ist aber schon im Ansatz nur dann statthaft, wenn es sich bei dem angegriffenen Rechtsakt um eine „Entscheidung“ handelt. Bei einem von einem Gericht im Zwangsvollstreckungsverfahren erlassenen Beschluss – hier: dem durch das Vollstreckungsgericht erlassenen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss – ist insoweit eine Abgrenzung zu einer gerichtlichen „Vollstreckungsmaßnahme“ erforderlich, die nicht der sofortigen Beschwerde, sondern nach § 766 I ZPO der Vollstreckungserinnerung unterliegen würde.

Zur Abgrenzung von „Entscheidungen“ und „Vollstreckungsmaßnahmen“ bei der Einordnung eines Beschlusses, mit dem das Vollstreckungsgericht einem Vollstreckungsantrag nachkommt,<sup>13</sup> ist nach h.M. maßgeblich darauf abzustellen, ob der Schuldner vor dem angegriffenen Beschluss bereits rechtliches Gehör erhalten hatte (dann muss sich das Gericht mit dessen Vorbringen auseinandersetzen und das Für und Wider des Antrags abwägen, was den Rechtsakt als „Entscheidung“ qualifiziert) oder ob das Gericht zunächst allein aufgrund des Antrags und des Vorbringens des Gläubigers gehandelt hat und es gerade darum geht, das rechtliche Gehör mit dem Rechtsbehelf gewissermaßen nachzuholen (dann bloße „Vollstreckungsmaßnahme“).<sup>14</sup> Wird der Pfändungs- und Überweisungsbe-

7 Problematisch ist allerdings die Rechtskraftwirkung des klageabweisenden Versäumnisurteils hinsichtlich einer möglichen Klageerneuerung bei verändertem Sachverhalt (vor allem beim ohne jede Sachprüfung ergehenden Versäumnisurteil gegen den Kläger), vgl. zum Ganzen *Hau*, JuS 2003, 1157 m.w.N.

8 Vgl. *Poblmann/Walz*, AL 2010, 294, 301 f.

9 Hierfür spricht sich in der Tat eine verbreitet vertretene Auffassung aus, vgl. die Nachweise pro und contra in BGH WM 2012, 144 Rn. 11.

10 So – wörtlich – die zutreffende Begründung in BGH WM 2012, 144 Rn. 12; abw. aber das KG, Urt.v. 28.2. 2011 – 10 U 184/10 (n.v.), als Vorinstanz.

11 Da das Vollstreckungsgericht grundsätzlich – Ausnahme: Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO – durch den Rechtspfleger entscheidet (§ 20 Nr. 17 RPflG), sollte bei der sofortigen Beschwerde in diesen Fällen stets die Bestimmung des § 11 I RPflG mitgenannt werden; hieraus ergeben sich aber keine Besonderheiten.

12 Zu ihr vgl. *Schreiber*, Jura 2011, 110, 116.

13 Hat das Vollstreckungsgericht einen Vollstreckungsantrag abgelehnt, liegt (natürlich) gerade keine Vollstreckungsmaßnahme vor, sondern stets eine Entscheidung i.S. von § 793 ZPO. Nur bei der Ablehnung eines Vollstreckungsantrags durch den Gerichtsvollzieher ist nach § 766 II ZPO ebenso wie gegen eine Vollstreckungsmaßnahme die Vollstreckungserinnerung eröffnet.

14 Vgl. m.w.N. *Schreiber*, Jura 2011, 110, 111 f.

schluss, wie es durch § 834 ZPO vorgeschrieben wird, ohne vorherige Anhörung des Schuldners erlassen, so handelt es sich mithin um eine „Vollstreckungsmaßnahme“ i.S.v. § 766 I ZPO, die mit der Vollstreckungserinnerung angegriffen werden kann und muss.

*Selbstverständlich kann der Klausurbearbeiter auch sogleich die Vollstreckungserinnerung prüfen und die Abgrenzung zur sofortigen Beschwerde im Rahmen der Statthaftigkeitsvoraussetzung Vorliegen einer Vollstreckungsmaßnahme vornehmen (s. III. 1. a.).*

### III. Vollstreckungserinnerung

Zu prüfen ist deshalb nunmehr der Rechtsbehelf der Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 I ZPO.<sup>15</sup>

#### 1. Zulässigkeit

Fraglich ist wiederum zunächst, ob eine Vollstreckungserinnerung hier zulässig, insbesondere mit der erhobenen Rüge statthaft wäre.

##### a) Vollstreckungsmaßnahme

Die Vollstreckungserinnerung ist nur dann statthaft, wenn es sich bei dem angegriffenen Rechtsakt um eine Vollstreckungsmaßnahme handelt. Bei einem von einem Gericht erlassenen Rechtsakt ist insoweit eine Abgrenzung zu einer gerichtlichen Entscheidung erforderlich, die nicht der Vollstreckungserinnerung, sondern nach § 11 I RPflG i.V.m. § 793 ZPO der sofortigen Beschwerde unterliegen würde. Wird der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ohne vorherige Anhörung des Schuldners erlassen, so handelt es sich, wie gesehen (s. oben unter II.), um eine Vollstreckungsmaßnahme i.S.v. § 766 I ZPO, die mit der Vollstreckungserinnerung angegriffen werden kann und muss.

##### b) Rüge eines Verfahrensfehlers

Die Vollstreckungserinnerung ist ferner nur dann statthaft, wenn geltend gemacht wird, dass die angegriffene Vollstreckungsmaßnahme verfahrensfehlerhaft erfolgt war. S rügt hier weder das Nichtvorliegen der allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen (Zuständigkeit, Partei- und Prozessfähigkeit etc.) noch das Fehlen der allgemeinen (Vollstreckungstitel und Vollstreckungsklausel sowie deren Zustellung) bzw. etwaiger besonderer Vollstreckungsvoraussetzungen. Er macht vielmehr ausschließlich geltend, das Vollstreckungsgericht habe zu Unrecht unberücksichtigt gelassen, dass er die zu vollstreckende Forderung bereits erfüllt habe (§ 362 I BGB).

##### aa) Einwendungen gegen den titulierten Anspruch

Das Bestehen bzw. Fortbestehen der zu vollstreckenden Forderung stellt indessen grundsätzlich keine Vollstre-

ckungsvoraussetzung im Rechtssinne dar, sodass die Nichtberücksichtigung der Behauptung, bereits erfüllt zu haben, auch nicht als Verfahrensfehler des Vollstreckungsgerichts zu qualifizieren sein kann. Dass nur tatsächlich bestehende Forderungen vollstreckt werden dürfen, versteht sich zwar im Ansatz von selbst. Jedoch ist diese Voraussetzung zur Entlastung des Vollstreckungsorgans in dem Erfordernis des Vollstreckungstitels gewissermaßen formalisiert: Das Vollstreckungsorgan darf und muss sich an den Vollstreckungstitel halten; wenn der Schuldner geltend machen will, die titulierte Forderung bestehe nicht oder nicht mehr, muss er diesen Titel – mit der hierfür vorgesehenen prozessualen Gestaltungs- und Verweigerungsklage gem. § 767 I ZPO (Vollstreckungsgegenklage, s. unter I.) – im ordentlichen Zivilprozess beseitigen. Der Erfüllungseinwand stellt deshalb grundsätzlich keine im Verfahren der Vollstreckungserinnerung statthafte Rüge dar.

##### bb) Liquide nachweisbare Erfüllung i.S. von § 775 Nr. 5 ZPO

Zu prüfen ist jedoch, ob das Vollstreckungsgericht die behauptete Erfüllung nach § 775 Nr. 5 ZPO berücksichtigen musste; hier regelt das Gesetz für den Fall einer durch Einzahlungs- oder Überweisungsnachweis einer Bank oder Sparkasse liquide nachgewiesenen Befriedigung des Gläubigers gerade eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die Erfüllung der titulierten Forderung nur im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden kann. Wenn die Voraussetzungen einer Einstellung nach § 775 Nr. 4 bzw. Nr. 5 ZPO vorliegen, ist eine gleichwohl durchgeführte bzw. fortgesetzte Zwangsvollstreckung verfahrensfehlerhaft; mit der Rüge einer Verletzung des § 775 Nr. 5 ZPO wäre die Vollstreckungserinnerung daher statthaft und, da S als Vollstreckungsschuldner insofern unzweifelhaft in eigenen Rechten verletzt und deshalb erinnerungsbefugt wäre, auch insgesamt zulässig.

#### 2. Begründetheit

Die Vollstreckungserinnerung ist begründet, wenn die Voraussetzungen des § 775 Nr. 5 ZPO vorliegen. Prima facie ist dies der Fall, da S dem Vollstreckungsgericht eine Bankbestätigung über die erfolgte Überweisung vorgelegt hat.

Zu überlegen ist indessen, ob § 775 Nr. 5 ZPO nicht einschränkend dahin ausgelegt werden muss, dass die Erfüllung bei einem der materiellen Rechtskraft fähigen Titel erst nach dem für die Rechtskraft maßgeblichen Zeitpunkt – der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung – eingetreten sein darf. Denn die Rechtskraftwirkung darf auch nicht dadurch unterlaufen werden, dass eine präkludierte Einwendung auf dem Umweg über vollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe zur Geltung

<sup>15</sup> Zu ihr vgl. *Schreiber*, Jura 2011, 110, 111 ff.

gebracht wird; wie gesehen (oben I. 3.), hat das Gesetz für die Vollstreckungsgegenklage daher in § 767 II ZPO ausdrücklich bestimmt, dass sie bei der Vollstreckung aus einem (der materiellen Rechtskraft fähigen) Urteil nur auf „neue“, nach der letzten mündlichen Verhandlung entstandene Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gestützt werden kann. In gleicher Weise sieht das Gesetz bei der Bestimmung des § 775 Nr. 4 ZPO – Vollstreckungshindernis bei Vorlage einer öffentlichen Urkunde oder einer von dem Gläubiger ausgestellten Privaturkunde über die nach Erlass des zu vollstreckenden Urteils erfolgte Befriedigung des Gläubigers – eine entsprechende rechtskraftsichernde Einschränkung vor. Die hier einschlägige Bestimmung des § 775 Nr. 5 ZPO enthält diese Einschränkung jedoch nicht (mehr<sup>16</sup>). Bei Erwirkung des Titels im streitigen Zivilprozess wird § 775 Nr. 5 ZPO von der ganz h.M. gleichwohl immer noch rechtskraftsichernd dahin interpretiert, dass die Einzahlung oder Überweisung nach Erlass des Urteils (in Anlehnung an § 775 Nr. 5 ZPO) oder immerhin nach der letzten dem Urteil vorangehenden mündlichen Verhandlung (in Anlehnung an § 767 II ZPO) erfolgt sein muss.<sup>17</sup>

Die jedenfalls nach Erlass des Versäumnisurteils erfolgte Zahlung durch S kann daher keine Befugnis oder gar eine Amtspflicht des Vollstreckungsorgans begründen, die Vollstreckung nach § 775 Nr. 5 ZPO einzustellen. Eine von S erhobene Vollstreckungserinnerung wäre deshalb als unbegründet zurückzuweisen.

*Die Kenntnis des § 775 Nr. 5 ZPO wird von Studierenden in der Regel nicht erwartet werden können (in Klausuren von Referendaren aber durchaus!).*

#### IV. Leistungsklage auf Unterlassen der Zwangsvollstreckung und Herausgabe des Vollstreckungstitels

Zu erwägen ist ferner, ob S eine Leistungsklage erheben kann, gerichtet darauf, die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil zu unterlassen und die vollstreckbare Ausfertigung des Versäumnisurteils an S herauszugeben.

##### 1. Anspruch auf Titelherausgabe analog § 371 BGB

Als Anspruchsgrundlage ist zunächst an einen Anspruch auf Titelherausgabe analog § 371 BGB zu denken. Diese Bestimmung regelt den Anspruch eines Schuldners, der seine Verbindlichkeit getilgt hat, auf Herausgabe eines von ihm ausgestellten Schuldscheins; sie kann unter gewissen Umständen auf einen Vollstreckungstitel nach Erfüllung der titulierten Forderung entsprechende Anwendung finden. Vorauszusetzen ist allerdings, dass entweder über eine Vollstreckungsabwehrklage bereits rechtskräftig zu Gunsten des Herausgabeklägers entschieden worden ist oder die Unzulässigkeit der Vollstreckung – insbesondere wegen Erfüllung der dem Titel zu Grunde liegenden Forderung – zwischen den

Parteien unstreitig ist.<sup>18</sup> Beide Voraussetzungen liegen hier ersichtlich nicht vor.

*Die Kenntnis des Anspruchs auf Titelherausgabe analog § 371 BGB wird von Studierenden in der Regel nicht erwartet werden können (in Klausuren von Referendaren aber durchaus!).*

##### 2. Arglistklage aus § 826 BGB

In Betracht kommt schließlich eine sog. Arglistklage, d.h. eine Klage des S aus § 826 BGB mit dem Ziel, die G zur Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil und zur Herausgabe des Titels zu verurteilen. Dies würde voraussetzen, dass G ein materiell unrichtiges – weil die bereits erfolgte Erfüllung der Klageforderung nicht berücksichtigendes – Urteil in sittenwidriger Weise erlangt oder ausgenutzt hätte.

##### a) Zulässigkeit der Klage

Erwägenswert ist zunächst, ob einer solchen Arglistklage nicht bereits als Sachurteilshindernis die materielle Rechtskraft des Versäumnisurteils entgegensteht. Die materielle Rechtskraft eines früheren Urteils wirkt sich grundsätzlich dann als Wiederholungsverbot – d.h. als Sachurteilshindernis für eine weitere Klage – aus, wenn die nunmehr Streitgegenständliche Rechtsfolge mit der im Vorprozess Streitgegenständlichen und durch das Urteil beschiedenen Rechtsfolge identisch ist, kurz: wenn die Streitgegenstände beider Prozesse identisch sind;<sup>19</sup> dem werden die Fälle gleichgestellt, in denen das logische Gegenteil des früheren Streitgegenstands zur Entscheidung gestellt wird (sog. kontradiktorisches Gegenteil im engeren Sinne).<sup>20</sup> Das Vorliegen dieser Konstellation ist hier indessen schon im Ansatz zu verneinen, da der Streitgegenstand einer solchen auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung und Herausgabe des Titels gerichteten Klage mit dem Streitgegenstand des vorausgegangenen Leistungsprozesses weder – was evident ist – formal identisch ist noch aber dessen logische Umkehrung darstellt.<sup>21</sup>

16 § 775 Nr. 5 ZPO enthielt ursprünglich die gleiche rechtskraftsichernde Einschränkung wie § 775 Nr. 4 ZPO, jedoch wurde diese durch die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle (Gesetz v. 17.12.1997, BGBl. I, 3039) gestrichen. Dies geschah indessen explizit lediglich in der Absicht, in den Fällen einer Zahlung vor Zustellung eines Vollstreckungsbescheids ebenfalls noch eine Einstellung der Zwangsvollstreckung auf dem einfachen Weg des § 775 ZPO zu ermöglichen.

17 Vgl. m.w.N. BeckOK-ZPO-Preuß, 2. Ed. 2011, § 775 Rn. 28 f.

18 BGH NJW-RR 2008, 1512 Rn. 7, 12 m.w.N.

19 Vgl. Pohlmann/Walz, AL 2010, 294, 296

20 Vgl. m.w.N. Pohlmann/Walz, AL 2010, 294, 297 f.

21 Dies ist allerdings streitig: Nach einer (nur) in der konstruktiven Begründung abweichenden Gegenauffassung würde die materielle Rechtskraft hier – i.S. „eines kontradiktorischen Gegenteils im weiteren Sinne“ – als Sachurteilshindernis wirken (vgl. m.w.N. pro und contra z.B. Gaul, JuS 1962, 1, 4; Musielak, JA 1982, 7, 11).

Der Umstand, dass hier doch zweifelsfrei ein Begehren zur Entscheidung gestellt wird, dessen Erfolg das Ergebnis des Vorprozesses vollkommen rückgängig machen würde, wird damit nicht geleugnet, sondern nur anders eingeordnet, nämlich als Anwendungsfall der sog. Präjudizialitätswirkung der Rechtskraft<sup>22</sup> (und damit nicht mehr als Zulässigkeits-, sondern als Begründetheitsfrage): Indem die Arglistklage das Urteil formell bestehen lässt und eine Ausgleichung der hierdurch verursachten Nachteile versucht, wird die Maßgeblichkeit des Urteilsinhalts auch für spätere Prozesse zwischen denselben Parteien durchbrochen. Denn selbst wenn eine Subsumtion unter das Merkmal „sittenwidrigen“ Verhaltens noch ohne Infragestellung der inhaltlichen Richtigkeit des rechtskräftigen Urteils möglich sein mag, eine Schädigung kann nur dann als eingetreten festgestellt werden, wenn der titulierte Anspruch des Gläubigers für nicht bestehend erklärt wird (bestünde er, so wäre dem Gegner durch das arglistige Verhalten kein Schaden entstanden).

### b) Begründetheit der Klage

Im Rahmen der Begründetheitsprüfung ist deshalb in der Tat zu entscheiden, ob die materielle Rechtskraft des Versäumnisurteils einem Anspruch aus § 826 BGB wegen sittenwidriger Ausnutzung eines unrichtigen Titels entgegensteht.

Nach allerdings stark bestrittener h.M. ist dies unter bestimmten Umständen nicht der Fall. Diese h.M. leugnet den Widerspruch der Arglistklage zur materiellen Rechtskraft nicht, sieht aber die Möglichkeit, in Extremfällen auch jenseits der Voraussetzungen einer förmlichen Wiederaufnahme des Prozesses (§§ 578 ff. ZPO) die Rechtskraft zu durchbrechen: Es könne ein Gläubiger in besonders schwer wiegenden, eng begrenzten Ausnahmefällen nach § 826 BGB zur Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus einem zwar rechtskräftigen, aber materiell unrichtigen Titel verpflichtet sein, wenn es mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin unvereinbar wäre, dass der Titelgläubiger seine formelle Rechtsstellung unter Missachtung der materiellen Rechtslage zu Lasten des Schuldners ausnutzt; dann müsse die Rechtskraft zurücktreten. Dies setze neben der materiellen Unrichtigkeit des Vollstreckungstitels und der Kenntnis des Gläubigers hiervon aber zusätzliche besondere Umstände voraus, welche die Erlangung des Vollstreckungstitels oder seine Ausnutzung als sittenwidrig und es als geboten erscheinen ließen, dass der Gläubiger die ihm unverdient zugefallene Rechtsposition aufbebe.<sup>23</sup>

Ob dem gefolgt werden kann, kann hier dahinstehen, da solche besonderen, zur Unrichtigkeit des Vollstreckungstitels hinzutretenden Umstände jedenfalls nicht vorliegen.<sup>24</sup> Dem A und damit der G war zu dem Zeitpunkt, als A den Erlass des Versäumnisurteils beantragte, die Zahlung des S nicht positiv bekannt. Er hat deshalb den Titel nicht erschlichen; vielmehr kam es zu dem Versäumnisurteil allein aufgrund der nachlässigen

Prozessführung des S, der davon abgesehen hat, den von ihm selbst herbeigeführten Erfüllungseinwand im Prozess geltend zu machen (s.o. I. 3. a.E.). Im Hinblick darauf verletzt die Durchsetzung der titulierten Forderung der G trotz ihrer bereits erfolgten Erfüllung das Rechtsgefühl jedenfalls nicht in einem solch unerträglichen Maß, dass eine Durchbrechung der Rechtskraft des Urteils in Betracht gezogen werden könnte.

*Bei dem prozessualen Standardproblem der „rechtskraftdurchbrechenden Arglistklage“ entsteht eine aufbaumäßig schwer aufzulösende Gemengelage von zulässigkeits- und begründetheitsbeeinflussenden sowie prozessualen und materiellrechtlichen, dabei obendrein jeweils sehr streitigen Voraussetzungen. Die Falllösung macht hierzu einen Darstellungsvorschlag, ohne damit andere vertretbare Herangehensweisen zu verwerfen.*

## C. Hilfsweise: Rückforderung der vor dem Versäumnisurteil gezahlten Summe

Wenn S die Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil deshalb nicht verhindern kann (bzw. zur Abwendung der Vollstreckung ein weiteres Mal leisten muss), stellt sich die Frage, ob er stattdessen die vor dem Versäumnisurteil erbrachte Leistung zurückfordern kann, so dass er im wirtschaftlichen Ergebnis wiederum nur einmal hätte leisten müssen.

### I. Zulässigkeit einer Rückforderungsklage

Unter dem Aspekt der Zulässigkeit einer möglichen Rückforderungsklage ist allein das Sachurteilshindernis der materiellen Rechtskraft denkbar und zu erörtern.<sup>25</sup> Indessen sind die jeweiligen Streitgegenstände hier wiederum schon im Hinblick auf die jeweiligen Parteirollen nicht formal identisch, und auch ein (echtes) kontradiktorisches Gegenteil liegt nicht vor: Die Parteien streiten jetzt nicht mehr um die Frage, ob die Forderung besteht, sondern darum, ob sie bis zu der erfolgten Zahlung bestanden hat; dadurch mutiert diese Frage vom primären Streitpunkt zum Präjudizialpunkt. Die Wirkung der materiellen Rechtskraft stellt deshalb richtigerweise auch hier kein Zulässigkeitsproblem dar, sondern allenfalls eine Frage der Begründetheit. Entscheidend für dieses Ergebnis spricht zudem, dass die für den Fall der Streitgegenstandsidentität (einschließlich seiner Variante des kontradiktorischen Gegenteils) vorgesehene

22 S. zu den verschiedenen Erscheinungsformen der materiellen Rechtskraft *Pohlmann/Walz*, AL 2010, 294, 296 ff., sowie erneut unter C. I., II.

23 Vgl. BGH WM 2012, 144 Rn. 15 m.w.N.; zur Kritik s. etwa *Braun*, NJW 1979, 2380 f., *Spellenberg*, JuS 1979, 554. sowie *Gaul* JuS 1962, 1, 4 und *Musielak* JA 1982, 7, 11.

24 Ebenso BGH WM 2012, 144 Rn. 16; ausführlich m.w.N. *Lipp*, FS Pawlowski, 1997, 359, 370 ff.; abw. für einen ähnlichen Fall z.B. LG Hannover NJW 1979, 221 (m. Bespr. *Spellenberg*, JuS 1979, 554, und *Braun*, NJW 1979, 2380).

25 S. m.w.N. oben IV. 2. a. zur Rechtskraft als Sachurteilshindernis.

Rechtsfolge, den Rechtsstreit ohne gerichtliche Aussage zur Sache selbst zu beenden, hier nicht angemessen erscheint: Sind die jeweils Streitgegenständlichen Rechtsfolgen nicht offensichtlich identisch, so sollte das zweite Urteil vorzugsweise klarstellend auch über die zweite Rechtsfolge eine Sachentscheidung treffen müssen.

## II. Begründetheit der Rückforderungsklage

Als rechtliche Grundlage der Rückforderung kommt allein ein Bereicherungsanspruch in Betracht, der darauf gestützt wird, dass die vor dem Versäumnisurteil erfolgte Überweisung den damit verfolgten Zweck, die Verbindlichkeit des S gegenüber G zu erfüllen, verfehlt hätte. Einschlägig ist deshalb die Kondiktion des § 812 I 2 Alt. 2 BGB: G hat durch eine Leistung des S – nämlich die bewusste, mit der Zweckbestimmung, die Verbindlichkeit des S gegenüber G zu erfüllen, vorgenommene Zuwendung des Überweisungsbetrags – eine entsprechende Gutschrift auf seinem Konto und mithin eine Vermögenswert erlangt. Dieser Vermögenswert kann zurückgefordert werden (in Gestalt eines Anspruchs auf Zahlung einer entsprechenden Geldsumme, § 818 II BGB), wenn der Tilgungszweck verfehlt wurde.<sup>26</sup>

Fraglich ist jedoch wiederum, ob das Gericht sich mit der Annahme, eine solche Zahlung habe stattgefunden, nicht zu der der materiellen Rechtskraft des Versäumnisurteils immanenten Präklusionswirkung in Widerspruch setzen würde. Wie stets ist hierfür vorauszusetzen, dass es die im Vorprozess Streitgegenständliche und im Urteil zuerkannte Rechtsfolge als solche ist, die im Folgeprozess infrage gestellt würde.<sup>27</sup> Dies ist aber auch der Fall, da jedes einen Zahlungsanspruch zuerkennende Urteil eine vorherige schuldtilgende Zahlung implizit verneint und damit durch die Rückforderung angeblicher vorheriger Zahlungen in seinem Kerngehalt ausgehebelt würde: Will man dem obsiegenden Kläger seinen Prozess Erfolg gewährleisten, so kommt man nicht daran vorbei, als Gegenstand der rechtskräftigen Feststellung nicht allein die Aussage anzusehen, dass zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung die Forderung bestand, sondern nicht minder die Aussage, dass sie gerade deswegen bestand, weil weder rechtsvernichtende noch sonstige die Durchsetzung der Forderung hindernde Einwendungen begründet waren; eine Rückforderung auf der Grundlage solcher Einwendungen muss deshalb durch die materielle Rechtskraft jedenfalls verhindert werden.<sup>28</sup> Mit Recht ist deshalb ganz anerkannt, dass die schon vor der letzten mündlichen Verhandlung erfolgte, im Urteil aber nicht berücksichtigte Erfüllung der Klageforderung nach Rechtskräfteintritt nicht mehr mit einer Rückforderungsklage geltend gemacht werden kann.<sup>29</sup> Ob das erste Gericht den Erfüllungseinwand erörtert oder dies – sei es zu Recht, sei es zu Unrecht – unterlassen hatte, kann hierfür wiederum nach allgemeinen Grundsätzen keinen Unterschied machen,<sup>30</sup> zumal speziell beim Versäumnisurteil ohnehin alle potentiellen Einwendungen

des säumigen Beklagten von der Präklusionswirkung der materiellen Rechtskraft erfasst sein müssen.

Eine Rückforderungsklage des S gegen G wäre folglich bereits deshalb unbegründet, weil ihr die Tatsache der Zahlung des S im Hinblick auf die materielle Rechtskraft des Versäumnisurteils nicht mehr zugrunde gelegt werden kann.<sup>31</sup>

## D. Gesamtergebnis

Rechtsanwalt R wird S antworten müssen, dass eine Verteidigung gegen die Doppelzahlung mit prozessualen Mitteln keine Aussicht auf Erfolg verspricht.<sup>32</sup>

26 Der BGH (vgl. WM 2012, 144 Rn. 16) hat explizit offengelassen, ob die Klägerin den bereits gezahlten Betrag wegen Zweckverfehlung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen wieder herausverlangen kann, da dies für die dort allein zu entscheidende Frage nach der Zulässigkeit der Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil ohne Bedeutung sei.

27 Für sich genommen genügt es also nicht, dass eine Frage eine notwendige Prämisse des früheren Urteils bildete; denn eine selbständige Rechtskraftwirkung kommt der Entscheidung des Gerichts über bloße rechtliche oder tatsächliche Vorfragen nach der klaren gesetzlichen Festlegung in § 322 I ZPO gerade nicht zu (vgl. nur *Pohlmann/Walz*, AL 2010, 294, 296 f. und bereits die Ausführungen oben in Fn. 6). Zur „Option“, vorgreifliche Rechtsverhältnisse zum rechtskräftig beschiedenen Streitgegenstand aufzuwerten, vgl. die Zwischenfeststellungsklage gem. § 256 II ZPO.

28 Vgl. insbes. *Gaul*, JuS 1962, 1, 9 f.; dies verkennt etwa *Lipp*, FS Pawlowski, 359, 378 f., indem er darin zu Unrecht eine Rechtskraft der Urteilelemente in dem in Fn. 27 beschriebenen Sinn vermutet.

29 Vgl. etwa MK-ZPO-*Gottwald*, 3. Aufl., 2007, § 322 Rn. 217; *Stein/Jonas-Leipold*, ZPO, 22. Aufl., 1994, § 322 Rn. 267; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 162 Rn. 1; *Zeiss/Schreiber*, Zivilprozessrecht, 11. Aufl., 2009, Rn. 619; a.A. m.w.N. insbes. MK-ZPO-*Braun*, Vorbem. §§ 578 ff. Rn. 19; *Lipp*, FS Pawlowski, 359, 373 ff.; *Zeuner*, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft, 1959, S. 91 ff., 95 f., 97 ff. Die systematische Einordnung dieser Fallgruppe ist freilich bemerkenswert unklar; verbreitet wird insoweit von einer „Präjudizialität im weiteren Sinne“ gesprochen.

30 Dies wird zum Teil unter Hinweis auf die Rechtslage bei der Aufrechnung (§ 322 II ZPO) abweichend beurteilt.

31 Die Rückforderungsklage wäre aber wohl auch deshalb unbegründet, weil die seinerzeitige Zahlung ihren Tilgungszweck keineswegs verfehlt hat, sondern im Gegenteil die Forderung der G gegen S durch Erfüllung zum Erlöschen gebracht hat; dass das Versäumnisurteil diese Zahlung nicht berücksichtigt hat, ändert richtiger Ansicht nach nichts an dieser materiellrechtlichen Rechtslage (so zutreffend bereits *Gaul*, JuS 1962, 1, 10 f.).

32 Zum Gerechtigkeitswert der materiellen Rechtskraft s. etwa *Spellenberg*, JuS 1979, 554 ff. m.w.N.