

Schriften zum Prozessrecht

Band 81

**Funktion und dogmatische
Einordnung der Vollstreckungsabwehrklage
in das System der Zivilprozeßordnung**

Von

Dr. Martin Kainz



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

MARTIN KAINZ

**Funktion und dogmatische Einordnung der Vollstreckungsabwehrklage
in das System der Zivilprozessordnung**

Schriften zum Prozessrecht

Band 81

**Funktion und dogmatische
Einordnung der Vollstreckungsabwehrklage
in das System der Zivilprozeßordnung**

Von

Dr. Martin Kainz



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Kainz, Martin:

**Funktion und dogmatische Einordnung der
Vollstreckungsabwehrklage in das System der
Zivilprozessordnung / von Martin Kainz. —
Berlin: Duncker und Humblot, 1984.**

(Schriften zum Prozessrecht; Bd. 81)

ISBN 3-428-05682-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1984 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1984 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3-428-05682-5

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1983/84 an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen.

Ich möchte an dieser Stelle besonders meinem verehrten Lehrer *Herrn Professor Dr. Wilhelm Simshäuser* für die maßgebliche Förderung meiner Arbeit danken. Ferner danke ich *Herrn Professor Dr. Rainer Frank*, der meinem Vorhaben stets sein Interesse entgegengebracht hat. *Herrn Professor Dr. Dr. h. c. J. Broermann* bin ich für seine Bereitschaft, diese Arbeit in die „Schriften zum Prozeßrecht“ aufzunehmen, sehr verbunden. Dank schulde ich auch *Frau Waltraud Schneider*, in deren Händen die Erstellung des Manuskripts lag.

An dieser Stelle möchte ich schließlich noch das Cusanuswerk erwähnen, dessen Stipendiat ich war, und das mir die Erstellung dieser Arbeit sehr erleichtert hat.

München, im Mai 1984

Martin Kainz

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
-------------------------	----

Erstes Kapitel

Dogmengeschichtliche Entwicklung der Vollstreckungsabwehrklage seit Beginn der modernen konstruktiven Prozeßrechtswissenschaft	26
---	----

I. Die Theorie der Leistungsklage im unmittelbaren Anschluß an die gemeinrechtliche Klagerechtslehre	26
1. Die ältere Theorie der Leistungsklage	26
2. Die Vollstreckungsabwehrklage als Unterfall einer „condictio“	27
a) Die condictio sine causa (<i>Oetker</i>)	27
b) Kondiktion und Feststellungsklage (<i>Kohler, Schwartz</i>)	29
c) Das Auftreten der Problematik von materiellem Inhalt (Gegen- stand) und Rechtsschutzform bei der Klage aus § 767 ZPO	30
II. Die Theorie der Feststellungsklage — Versuch einer Bewältigung der Problematik der Vollstreckungsabwehrklage mit Hilfe einer schon dem gemeinen Recht bekannten Rechtsschutzform	33
1. Die „Eigentümlichkeit“ der Klage aus § 767 ZPO (<i>Weismann</i>)	33
2. Die Vollstreckungsabwehrklage bei <i>Wach</i> , dem Schöpfer des „Rechtsschutzanspruches“	36
3. Die Verselbständigung des „Rechtsschutzanspruches“ im Gegen- stand der Vollstreckungsabwehrklage (<i>Langheineken</i>)	37

4. Die Abhängigkeit der Vollstreckungszulässigkeit vom zugrunde liegenden materiellen Anspruch als Voraussetzung der Feststellungstheorie (<i>R. Schmidt</i>)	39
III. Die Theorie der „prozessualen Gestaltungsklage“ als eine neuentdeckte Rechtsschutzform	42
1. Die Ausbildung der Vollstreckungsabwehrklage zu einem neuen aktionenrechtlichen Gebilde mit dem Rechtsschutzanspruch als materieller Basis	43
a) Das „prozessuale Widerspruchsrecht“ und der Rechtsschutzanspruch (<i>Hellwig</i> und <i>Sohm</i>)	44
b) Die rein öffentlich-rechtliche Ausrichtung bei <i>Stein</i>	48
2. Die Zweifel an der unmittelbaren Gestaltungswirkung der vollstreckungsrechtlichen Urteile und ihre Auswirkungen auf inhaltliche Fragen	50
a) Das „Anordnungsurteil“ <i>Kuttners</i> und die daraus gewonnenen Erkenntnisse	51
b) Die „Synthese“ aller Beschreibungen bei <i>Goldschmidt</i>	57
3. Zusammenfassung	60

Zweites Kapitel

Die „moderne“ öffentlich-rechtliche Streitgegenstandsbestimmung der Gestaltungsklagen unter Einbeziehung des Rechtsschutzanspruches 61

I. Die Gestaltungsklagen als „Fremdkörper“ moderner prozessualer Strukturen und ihre Auflösung in öffentlich-rechtliche Formen und Inhalte	62
1. Die Gestaltung ohne zugrunde liegendes materielles Recht (<i>Henckel</i>)	63
2. Die Bestimmung des Inhalts bzw. Gegenstandes der prozessualen Gestaltungsklagen durch ein materielles öffentliches Recht unter Rückgriff auf den Rechtsschutzanspruch (<i>Pfeifer</i> , <i>P. Schlosser</i>)	65

II. Kritik der materiell-öffentlich-rechtlichen Betrachtung als Verfälschung des dem materiellen Privatrecht dienenden Zivilprozesses .. 69

1. „Materielle“ Auswirkungen des Vergleichs zivilprozessualer Rechtsbehelfe des Vollstreckungsrechts mit verwaltungsprozessualen Klageformen unter Einbeziehung des Rechtsschutzanspruches 69

2. Die Auseinandersetzung mit der materiell-öffentlich-rechtlichen Prozeßbetrachtung in grundsätzlicher Hinsicht 75

Drittes Kapitel

Automatische prozessuale Inhalts- bzw. Gegenstandsbestimmung bei den verschiedenen kasuistisch geregelten prozessualen Gestaltungsklagen 83

I. Gründe für die einseitige Besetzung mit prozessualen Gehalten 83

II. Die Haltbarkeit der Interdependenz von prozessual gestaltenden Rechtsschutzformen und prozessualen Gehalten, untersucht an Einzelbeispielen 94

1. Einzelne prozessuale Klagen mit prozessualen Gehalten 94

 a) Die Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruches (§ 1041 ZPO) 94

 b) Die Anfechtungsklage des § 957 ZPO 96

2. Materielle Ansprüche als möglicher sachlicher Inhalt bzw. Gegenstand prozessual gestaltender Klagen 97

 a) Die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) 97

 b) Die Abänderungsklage des § 323 ZPO 100

III. Folgerung: Die Statthaftigkeit als notwendige Zulässigkeitsvoraussetzung zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs prozessualer Gestaltungsklagen 102

Viertes Kapitel

**Die Bestimmung des Inhalts bzw. Gegenstandes
der Vollstreckungsabwehrklage unter Berücksichtigung
ihrer besonderen prozessualen Form** 106

I. Die prozessuale Streitgegenstandsbestimmung	107
1. Die herrschende Meinung	107
2. Das „prozessuale Widerspruchsrecht“ (<i>Gilles</i>) im Anschluß an <i>Hellwig</i>	113
II. Die materiellrechtliche Bestimmung des Streitgegenstandes	117
III. Die eigene Beurteilung des Inhalts bzw. Gegenstandes der Voll- streckungsabwehrklage	120
1. Die Notwendigkeit eines globalen Streitgegenstandes	121
2. Die Abwehr einer materiell ungerechtfertigten Zwangsvollstrek- kung des Gläubigers als eine Frage des materiellen Privatrechts	124
a) Der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB als Gegenstand der Rechtsbehauptung des Abwehrklägers	124
(1) Der negatorische Anspruch und seine Vereinbarkeit mit § 767 ZPO	124
(2) Der Eingriff in das Schuldnervermögen und die Bestimmung des „Störers“	125
(3) Die Rechtswidrigkeit des Vollstreckungseingriffs	128
b) Der Anspruchscharakter des § 1004 BGB	129
3. Der Anspruch auf Beseitigung und/oder Unterlassung und die prozessuale Rechtsschutzform des § 767 ZPO	131
a) Die prozessualen Wirkungen eines negatorischen Leistungs- urteils und eines Vollstreckungsabwehrrurteils	131
b) Folgerungen aus den unterschiedlichen prozessualen Vollstrek- kungswirkungen eines negatorischen Leistungsurteils und eines Vollstreckungsabwehrrurteils	134

IV. Mögliche grundsätzliche Einwände gegen den Beseitigungs- und/oder Unterlassungsanspruch in besonderer prozessualer Rechtsschutzform 139

1. Der negatorische Anspruch und die öffentlich-rechtlichen Theorien 139

2. Die Klage aus § 767 ZPO als „Gegenstück“ zur vorangegangenen Leistungsklage oder als eigenständiges Abwehrinstitut 141

 a) Rechtsmittelähnlichkeit der Klage aus § 767 ZPO oder Abwehrbehelf in der Zwangsvollstreckung 141

 b) Legitimation der Deutung der Klage aus § 767 ZPO als Abwehrrechtsbehelf 144

3. Der Beseitigungs- und/oder Unterlassungsanspruch und die herrschende Meinung 147

Fünftes Kapitel

**Unmittelbare und mittelbare Auswirkungen
der Annahme eines Beseitigungs- und/oder Unterlassungsanspruchs
als sachlicher Inhalt bzw. Gegenstand der besonderen
Rechtsschutzform der Vollstreckungsabwehrklage** 149

I. Das Verhältnis von Vollstreckungsabwehrklage und Erinnerung, dargestellt anhand vollstreckungsrechtlicher Vereinbarungen 149

1. Ausgangspunkt: Die vollstreckungsrechtlichen Verträge in Schrifttum und Rechtsprechung 149

 a) Die prozessuale Betrachtungsweise 150

 b) Die materielle rechtliche Sicht 151

 c) Offenheit für weitere Deutungen 152

2. Der privatrechtliche und der öffentlich-rechtliche Dualismus in der Zwangsvollstreckung und seine Auswirkungen auf die Statthaftigkeit der Vollstreckungsabwehrklage und der Erinnerung 153

 a) Öffentliches Recht und Erinnerung (§ 766 ZPO) 153

 b) Privatrechtliche Einwendungen und Vollstreckungsabwehrklage 157

3. Folgerungen aus dem Nebeneinander von öffentlichem Recht und Privatrecht in den Rechtsverhältnissen der Zwangsvollstreckung für die vollstreckungsrechtlichen Vereinbarungen 159

II. Das Verhältnis der Vollstreckungsabwehrklage zur Abänderungsklage des § 323 ZPO	165
III. Materielle Ausgleichsansprüche nach Beendigung der Zwangsvollstreckung unter dem Blickwinkel der Regelung des § 767 Abs. 3 ZPO und der Annahme eines Beseitigungs- und/oder Unterlassungsanspruchs als Inhalt bzw. Gegenstand der Vollstreckungsabwehrklage	175
1. Die Bestimmung des Präklusionsumfanges des § 767 Abs. 3 ZPO	175
a) Die gegensätzlichen Auffassungen in Schrifttum und Rechtsprechung	175
b) Das sachliche Substrat des § 767 Abs. 3 ZPO heute	179
2. Die Zulässigkeit von Bereicherungs- bzw. Schadensersatzklagen nach beendeter Zwangsvollstreckung	182
a) Möglicher Ausschluß von materiellen Klagen aufgrund vollstreckungsrechtlicher Erwägungen	182
b) Die Zulässigkeit von materiellen Klagen und ihre Grenzen	187
c) Die Präklusionswirkung eines Urteils nach § 767 ZPO bei Annahme eines bestimmten negatorischen Anspruchs als Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage	190
3. Der Ausschluß von Bereicherungs- bzw. Schadensersatzklagen und die sachliche Bedeutung des § 767 Abs. 3 ZPO	193
Literaturverzeichnis	197

Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen

a. A.	andere Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Band und Seite)
a. E.	am Ende
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band und Seite)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen (Band und Seite)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
CPO	Civilprozeßordnung
ders.	derselbe
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite)
EheG	Ehegesetz
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr und Seite)
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
insbes.	insbesondere
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JZ	Juristen-Zeitung
Lit.	Literatur
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)

m. e. N.	mit einzelnen Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N.	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
o. a.	oben angeführt
o. ä.	oder ähnliches
oHG	offene Handelsgesellschaft
RGZ	Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen (Band und Seite)
Rnr.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
Verf.	Verfasser
Vorbem.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Band und Seite)

und einige andere allgemeingebräuchliche Abkürzungen.

Einleitung

Eine Arbeit über die Funktion und dogmatische Einordnung der Klage aus § 767 ZPO zu verfassen, erscheint auf den ersten Blick ein überflüssiges Unterfangen, da seit Inkrafttreten der ZPO im Jahre 1879 nahezu alle wissenschaftlichen Bearbeitungen des Vollstreckungsrechts auch und gerade Augenmerk auf § 767 ZPO legen und gelegt haben. Dringt man hingegen tiefer in das Schrifttum zu § 767 ZPO speziell ein, stellt man fest, daß die Vollstreckungsabwehrklage gar nicht so häufig Gegenstand besonderer wissenschaftlicher Aufmerksamkeit war, sondern zumeist im Rahmen der von der modernen Prozeßrechtswissenschaft entdeckten Kategorie der Gestaltungsklagen abgehandelt wurde¹. Die Klage aus § 767 ZPO zählt dabei nach herrschendem Verständnis zur Untergruppe der „prozessualen Gestaltungsklagen“, die in der wissenschaftlichen Bearbeitung eine eigenartige Behandlung erfahren: Sie gelten stets als Beweis für die Eigenständigkeit des Prozeßrechts, sind aber als Gattung kaum Gegenstand einer selbständigen, umfassenden Behandlung geworden². Die Folge hiervon ist eine unzureichende dogmatische Durchdringung dieser prozessualen Rechtsschutzform bis zum heutigen Tage, die in der ZPO in verstreuten Vorschriften ihren Niederschlag gefunden hat und doch durchaus praktische Relevanz besitzt³.

Will man § 767 ZPO gerecht werden, muß man sich darüber Klarheit verschaffen, worin die Eigenart der besonderen Rechtsschutzform der „prozessualen Gestaltungsklagen“ eigentlich besteht. Lassen wir hierzu

¹ Vgl. hierzu die Monographie von *Kisch* „Beiträge zur Urteilslehre“, die Dissertation von *Pfeifer* „Die prozessualen Gestaltungsklagen“ und die Habilitationsschrift von *P. Schlosser* „Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile“, sowie aus neuerer Zeit die Dissertation von *Janke* „Über den Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO)“; aus der wissenschaftlichen Behandlung in Aufsätzen seien hier erwähnt: *A. Blomeyer* „Rechtskraft und Gestaltungswirkung der Urteile im Prozeß auf Vollstreckungsgegenklage und Drittwiderspruchsklage“, AcP 165, S. 481 ff.; *Gilles* „Vollstreckungsgegenklage, sog. vollstreckbarer Anspruch und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung im Zwielficht prozessualer und zivilistischer Prozeßbetrachtung“, ZZP 83, S. 61 ff.

² Allein die Dissertation von *Pfeifer* (Fn. 1) ist ausschließlich ihnen gewidmet.

³ Vgl. die Klagen aus §§ 731, 722, 1042 ZPO als Vollstreckungsklagen; die Klagen aus §§ 578 ff., 664, 679, 957, 1041, 1043 ZPO als Aufhebungs-, Anfechtungs- bzw. Widerspruchsklagen, sowie die Klagen des Vollstreckungsrechts: §§ 767, 768, 785, 771, 805, 878 ZPO.

den Autor zu Wort kommen, der „die konstitutiven Urteile mit prozeßrechtlichem Gegenstande“ zuerst näher beschrieben hat: Nach *Kisch* sind die „konstitutiven Urteile mit prozessuellem Inhalte“ „solche Entscheidungen, die eine prozessuale Maßregel überhaupt erst treffen, oder doch einen früheren Prozeßakt modifizieren, sei es, daß sie diesen seinem ganzen rechtlichen Bestande nach aufheben, oder daß sie doch seine prozessuale Wirksamkeit zum Teil beseitigen oder dieselbe umgekehrt ergänzen. Das Urteil geht hier nicht auf Feststellung von etwas Vorhandenem, sondern auf die Begründung von etwas Neuem“⁴.

Auf die Klage aus § 767 ZPO angewandt heißt dies, sofern ihr stattgegeben wird, daß „das ursprüngliche Erkenntnis also an und für sich unverändert fortbestehen (bleibt). Dagegen verliert dasselbe die ihm bisher innewohnende *Eigenschaft der Vollstreckbarkeit*. Der Gegenstand des zweiten Rechtsstreits ist also ein prozessualer“⁵.

Diese Ausführungen von *Kisch* aus dem Jahre 1903 stellen auch heute noch die herrschende Ansicht über Form und Inhalt der Klage und des Urteils aus § 767 ZPO dar⁶. Dies zeigt, wie die junge konstruktive Prozeßrechtswissenschaft um die Jahrhundertwende in ihrem Drang nach einem eigenständigen prozessualen Begriffssystem neben dem des materiellen Zivilrechts in kurzer Zeit die Struktur neuer prozessualer Institute herausgearbeitet hat, die bis heute teilweise nahezu unverändert übernommen wird.

Dabei hätte es eigentlich Gründe genug gegeben, gerade die Rechtsschutzform der „prozessualen Gestaltungsklagen“ zum Gegenstand einer eingehenderen Untersuchung zu machen. Denn ihre Entstehung beruht, worauf *P. Schlosser* hingewiesen hat, „auf einer gewissen systematischen Verlegenheit, die diesen dogmatisch durchaus unprofilieren Begriff geboren hat, um der Erkenntnis Rechnung zu tragen, daß es sich bei diesen Klagen weder um Feststellungs- noch um Leistungs-, noch um Gestaltungsklagen des materiellen Zivilrechts handelt“⁷.

Die Gestaltungswirkung der „Urteile mit prozeßrechtlichem Gegenstande“ soll über die jedem sonstigen Urteil eigene prozessuale Wirkung hinausgehen und von besonderer prozessualer Natur sein. Gerade diese besondere Gestaltungswirkung wurde für die vollstreckungsrechtlichen Klagen jedoch unter Hinweis auf die §§ 775, 776 ZPO immer

⁴ *Kisch*, S. 154 u. S. 162 ff.

⁵ *Kisch*, S. 165 f.

⁶ BGHZ 55, 255 (256, 259); *Baumann/Brehm*, § 13 III 2 a α (S. 214); *Baur/Stürner*, Rnr. 739; *Gerhardt*, § 15 I (S. 205); *Jauernig*, § 12 I (S. 47); *Schönke/Baur*, § 43 I 2 (S. 205); *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767 Rnr. 6 f.; *Thomas/Putzo*, § 767 Anm. 2 a; *Zöller/Scherübl*, § 767 Anm. I.

⁷ Vgl. *P. Schlosser*, S. 100.

wieder in Abrede gestellt, die eine Vorlage des Urteils aus § 767 ZPO verlangen, welches hiernach selbst gar keine unmittelbare prozessuale Gestaltungswirkung hat. Die so nach Maßgabe der §§ 775, 776 ZPO eintretenden Urteilswirkungen beherrschen häufig die wissenschaftliche Kontroverse um Wesen und Inhalt der Vollstreckungsabwehrklage und besitzen daher ein nicht unbedeutendes Gewicht in der Argumentation für oder gegen eine bestimmte Qualifizierung der Klage aus § 767 ZPO.

Um die Einordnung unter die prozessualen Gestaltungsklagen nicht aufgeben zu müssen, wurden gelegentlich überbrückende Konstruktionen vorgenommen und Untergruppen wie die „unvollkommenen Gestaltungsklagen“⁸ gebildet oder die Begriffsgenese eines „gestreckten Gestaltungsstatbestandes“⁹ gefunden. Die fehlende unmittelbare Gestaltungswirkung der Urteile aus § 767 ZPO relativiert aber die Zuordnung der Vollstreckungsabwehrklage zu den prozessualen Gestaltungsklagen. Sie bleibt daher als Rechtsschutzform für weitere und andere Deutungen offen.

Der Vollstreckungsabwehrklage wurden im Laufe ihrer wissenschaftlichen Behandlung alle möglichen Rechtsschutzformen zugeschrieben, die Klageform der Leistungsklage, die der Feststellungsklage oder eben die der Gestaltungsklage. Will man die heute geläufige Deutung der Abwehrklage verstehen, kommt man nicht umhin, die Vielfalt der Argumente, die ihren dogmengeschichtlichen Weg begleiten, etwas näher zu besehen. Denn es wäre ein großer Irrtum zu glauben, daß der Weg von der Lehre *Kischs* bis zu der heute mit dieser noch nahezu identischen herrschenden Meinung geradlinig und ohne tiefgreifende Einwendungen verlief. Die Vollstreckungsabwehrklage war, wenn auch nicht immer an zentraler Stelle, seit dem Inkrafttreten der ZPO ständig Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung.

Der Grund hierfür liegt einmal in der Neuheit des prozessualen Behelfs der Abwehrklage in der ZPO, zum anderen in der seit den letzten Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts beginnenden eigenständigen wissenschaftlichen Behandlung des Prozeßrechts. Die prozessualen Erklärungen und Beurteilungen der Klage aus § 767 ZPO und die Entwicklung der modernen konstruktiven Prozeßrechtswissenschaft liefen daher parallel.

Ein der Vollstreckungsabwehrklage entsprechendes Institut war vor dem Inkrafttreten der ZPO generell unbekannt. Im gemeinen Recht wurde die Abwehr des Schuldners gegen eine (aus materiellen Gründen) ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung in anderer Weise bewirkt. Hier

⁸ Vgl. *P. Schlosser*, S. 80 ff. (§ 10).

⁹ Vgl. *Henckel*, AcP 174, S. 109.