

4. 1. Wann entsteht der Kostenerstattungsanspruch? Wann müssen Einwendungen der in § 767 Abs. 2 ZPO. gedachten Art gegen ihn vorgebracht werden?

2. Bedarf es einer Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate, wenn der erkennende Senat bei Beantwortung einer Rechtsfrage von der Ansicht eines anderen Senats abweicht, die zu treffende Entscheidung aber bei Befolgung der anderen Ansicht ebenso lauten würde wie beim Abweichen davon?

ZPO. §§ 91, 104, 767. Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927 (RWB. I S. 139) § 74. OBG. § 136.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 12. Juni 1934 i. S. Gewerbebank AG. i. Liq. (Kl.) w. Stadtgemeinde St. A. (Bekl.). VII 89/34.

- I. Landgericht Hannover.
- II. Oberlandesgericht Celle.

Die Klägerin erhob gegen die Beklagte im Jahre 1926 eine Klage beim Landgericht. Während dieser Prozeß noch schwebte, wurde am 3. Juni 1931 über die Klägerin das gerichtliche Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses eröffnet. Es führte zu einem am 6. Juli 1931 bestätigten gerichtlichen Vergleich, der bestimmte, daß den Gläubigern mit Forderungen von mehr als 100 RM. 5% so oft ausgeschüttet werden sollten, als dazu flüssige Mittel vorhanden sein würden. In dem Rechtsstreit wurde am 31. Oktober 1932, und zwar vor dem Oberlandesgericht, zuletzt mündlich verhandelt. In dieser Verhandlung berief sich die Klägerin, die im ersten Rechtszug obgesiegt hatte, nicht auf den Vergleich. Durch Urteil vom 7. Januar 1933 wurde sie mit ihrer Klage abgewiesen und beurteilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Das Urteil wurde rechtskräftig; die der Beklagten von der Klägerin zu erstattenden Kosten wurden durch den Kostenfestsetzungsbeschluß vom 14. März 1933 auf 7287,67 RM. festgesetzt. Auf diese Kosten bezahlte die Klägerin dreimal 5%. Wegen des Restes von 6152,88 RM. samt Kosten ließ bei ihr die Beklagte am 23. Mai 1933 bewegliche Sachen pfänden. Im Juni 1933 erhob die Klägerin unter Berufung auf den Vergleich und auf § 767 ZPO. die vorliegende Klage mit dem Antrag, die von der Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluß vom 14. März 1933 für unzulässig zu erklären.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Auch ihre Revision blieb erfolglos.

Gründe:

Der Berufungsrichter hält die Voraussetzungen für eine Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO. nicht für gegeben, weil die mit ihr geltend gemachte Einwendung der Stundung schon vor der Schlußverhandlung vom 31. Oktober 1932 entstanden sei und deshalb gemäß § 767 Abs. 2 ZPO. nicht gegen die Kostenentscheidung des Urteils vom 7. Januar 1933 vorgegangen werden könne. Außerdem erachtet der Berufungsrichter die Klage deshalb für unbegründet, weil die Kostenforderung der Beklagten gar nicht vom Vergleich betroffen werde.

Die Revision der Klägerin kann keinen Erfolg haben, vielmehr ist der angefochtenen Entscheidung im Ergebnis beizutreten. Allerdings ist diese insofern fehlerhaft, als sie die Klageabweisung auf zwei Gründe stützt, von denen der eine den anderen ausschließt. Entweder ist der Kostenersatzungsanspruch der Beklagten erst mit dem die Kostenpflicht der Klägerin aussprechenden Urteil vom 7. Januar 1933 entstanden: dann steht der Vollstreckungsgegenklage der 2. Absatz des § 767 ZPO. nicht entgegen, aber der Kostenanspruch fällt in diesem Fall nicht unter den bereits am 6. Juli 1931 bestätigten Vergleich. Oder der Kostenersatzungsanspruch ist, als aufschiebend bedingter, bereits mit der im Jahre 1926 erfolgten Klagerhebung entstanden: dann hätte sich die Klägerin freilich auf die durch den Vergleich gewährte Stundung berufen können, aber ihrer Klagestände der Umstand entgegen, daß die mit ihr verfolgte Einwendung schon im Vorprozeß hätte geltend gemacht werden können (§ 767 Abs. 2 ZPO.). Daß ein solches Vorbringen im Vorprozeß unmöglich und zwecklos gewesen sei, wie die Revision meint, trifft nicht zu. Die Klägerin konnte sehr wohl in der mündlichen Verhandlung im Vorprozeß darauf hinweisen, daß sie mit ihren Gläubigern einen Vergleich abgeschlossen habe, und dessen Inhalt mitteilen. Das hätte dem Oberlandesgericht, wenn es die im folgenden darzulegende Ansicht über die Entstehung des Kostenersatzungsanspruchs teilte, Veranlassung gegeben, in seinem die Klage abweisenden Urteil auszusprechen, daß die Klägerin zwar zur Tragung der Kosten ver-

urteilt werde, bei der Festsetzung der dem Gegner zu erstattenden Kosten aber der Vergleich zu berücksichtigen sei.

Die Frage, auf die es hiernach ankommt, ist die, wann der Anspruch der im Rechtsstreit obliegenden Partei auf Kostenerstattung entsteht. Die überwiegende Meinung des Schrifttums geht dahin: der Kostenerstattungsanspruch entsteht bereits mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit; er ist aufschiebend bedingt durch den Erlaß eines die Gegenpartei in die Kosten verurteilenden Urteils; er verwandelt sich mit dem Erlaß eines solchen Urteils zunächst in einen auflösend bedingten Anspruch und wird mit der Rechtskraft des Urteils unbedingt; der bedingte Kostenerstattungsanspruch stellt bereits vor Erlaß des Kostenurteils ein Vermögensstück des Kostengläubigers dar; er kann abgetreten und gepfändet werden; Einwendungen der in § 767 Abs. 2 ZPO. gedachten Art, wie Stundung und Vergleich, müssen bereits in der Verhandlung vor dem grundlegenden Urteil vorgebracht werden (Seuffert-Walßmann ZPO. 12. Aufl. Bd. 1 vor § 91 Anm. 3 S. 166; Petersen-Anger ZPO. 4. Aufl. Bd. 1 vor § 91 Anm. 2 S. 231; Förster-Kann ZPO. 3. Aufl. Bd. 1 vor § 91 Anm. 2 b S. 293; Skoniecki-Gelpke ZPO. Bd. 1 vor § 91 Anm. 1 S. 227; Wilimowski-Levy ZPO. 6. Aufl. Bd. 1 vor § 87 Anm. 1 S. 155; Jaeger RD. 6./7. Aufl. Bd. 1 § 3 Anm. 30 S. 96; Menzel RD. 4. Aufl. § 3 Anm. 3 S. 38; Warnerer RD. § 59 I S. 251; Kieszow Vergleichsordnung 4. Aufl. § 74 Anm. 9 S. 501; teils zustimmend, teils abweichend Baumbach ZPO. 8. Aufl. vor § 91 Anm. 4 B S. 268, § 104 Anm. 2 B S. 298, § 767 Anm. 1 C S. 1103, § 795 S. 1146; a. M. Stein-Jonas ZPO. 15. Aufl. Bd. 1 vor § 91 Anm. II 4 und § 104 Anm. II 5 bei Note 16 und 17; Rosenberg Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 3. Aufl. § 79 IV 2 S. 243; Mayer Vergleichsordnung § 2 Anm. 26 S. 48). Auf dem Boden der herrschenden Meinung hat in ständiger Rechtsprechung der erkennende Senat gestanden (Urteile vom 21. Oktober 1902 [RGZ. Bd. 52 S. 330], und vom 15. Februar 1929 VII 431/28 [HRN. 1929 Nr. 1206]). Auch die Mehrzahl der übrigen Zivilsenate hat diese Ansicht gebilligt, so der III. Zivilsenat (RGZ. Bd. 20 S. 260), der V. Zivilsenat (RGZ. Bd. 62 S. 189 sowie Urt. vom 23. Oktober 1907 V 70/07 [RDZG. Bd. 16 S. 293 Note 1]) und der VI. Zivilsenat (ZB. 1895 S. 504 Nr. 2). Einen teilweise abweichenden Standpunkt scheinen der

I. Zivilsenat (S. 1901 S. 423 Nr. 5) und der II. Zivilsenat (RGZ. Bd. 124 S. 2) einzunehmen. Aber der erkennende Senat, der an seiner bisherigen, auch von den übrigen vorher genannten Senaten vertretenen Rechtsprechung festhält, sieht sich zu einer Anrufung der Vereinigten Zivilsenate nicht veranlaßt: einmal deshalb nicht, weil die erwähnten Entscheidungen des I. und II. Zivilsenats nur den Aufrechnungseinwand betreffen und der Wortlaut, namentlich in RGZ. Bd. 124 S. 2, nicht erkennen läßt, ob jene Senate ganz allgemein den Rechtsatz haben aufstellen wollen, daß der Kostenerstattungsanspruch erst mit dem die Kostenpflicht aussprechenden Urteil entstehe. Sodann war eine Anrufung der Vereinigten Zivilsenate auch deshalb nicht erforderlich, weil die Entscheidung über das hier zu beurteilende Rechtsmittel, wie sich aus den vorstehenden Darlegungen ergibt, sowohl bei Bejahung wie bei Verneinung der streitigen Frage, ob der Kostenerstattungsanspruch schon mit der Klagerhebung entsteht, auf Zurückweisung der Revision lauten mußte, sonach die Beantwortung der Streitfrage im Ergebnis nicht die Grundlage der zu treffenden Entscheidung bildet.