

73. Findet die Bestimmung des §. 686 C.P.D. auch im Falle des §. 773 C.P.D. Anwendung?

V. Civilsenat. Bechl. v. 27. Juni 1888 i. S. S. (Rl.) w. R. (Bekl.)
Beschw.-Rep. V. 70/88.

I. Oberlandesgericht Breslau.

Gründe:

„Die Beklagten sind als Gesamtschuldner verurteilt, eine Hypothek von 5543,84 *M* auf ihre Kosten zur Löschung zu bringen. Nach eingetretener Rechtskraft des Urtheiles hat der Kläger beim Prozeßgerichte beantragt, ihn gemäß §. 773 C.P.D. zu ermächtigen, die Löschung jener Hypothek vorzunehmen, auch den Beklagten die Erstattung seiner außergerichtlichen Kosten aufzugeben. Diesem Antrage ist durch Beschluß vom 10. März 1888 stattgegeben. Auf die sofortige Beschwerde der Beklagten ist die Entscheidung durch den angegriffenen Beschluß dahin abgeändert, daß der Antrag des Klägers in Höhe von 2456,92 *M* für erledigt erklärt bzw. zurückgewiesen und insoweit die dem Kläger

¹ Bezüglich der Frage, wie in obigem Falle ein Rechtskraftzeugniß erlangt werden kann, besteht großer Streit. Einerseits wird empfohlen, daß sich die Partei mit dem Antrage auf Ertheilung der Rechtskraftsbecheinigung an den Gerichtsschreiber des Berufungsgerichtes wenden und wegen der Verweigerung die Entscheidung des Berufungsgerichtes anrufen, welches in der Anordnung einer mündlichen Verhandlung das Mittel an der Hand habe, festzustellen, ob die Berufungsschrift zugestellt worden sei. Andererseits wird es für zulässig crachtet, daß die Partei bei dem Gerichte selbst eine dahingehende Entscheidung darüber beantragt, daß eine Berufung nicht eingelegt worden sei. In letzterer Beziehung gehen jedoch die Ansichten darüber auseinander, ob der Antrag an das Gericht erster Instanz oder an das Berufungsgericht zu richten sei. Vgl. die oben angeführten Schriftsteller, jerner Kleiner, Bd. 3 S. 11; Petersen, S. 646 Ziff. 3 S. 907; Strudmann und Koch, S. 646 Ziff. 5 S. 704. 705; Brettner in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 3 S. 333 ff.; Juristische Wochenschrift Jahrg 1881 S. 177. 178. 232, Jahrg. 1882 S. 57. 88. 89.

erteilte Ermächtigung zurückgezogen ist. Im übrigen ist die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen hat der Kläger weitere Beschwerde mit dem Antrage eingelegt, den angegriffenen Beschluß, soweit durch denselben der Beschluß erster Instanz abgeändert ist, aufzuheben und die von den Beklagten gegen den Beschluß erster Instanz eingelegte Beschwerde ganz zurückzuweisen.

Das Vordergericht stellt als unstreitig fest, daß die Hypothek, zu deren Löschung die Beklagten verurteilt sind, aus 9 Einzelhypotheken besteht, und daß dem Kläger von den Beklagten vor dem 19. Februar und bis zum 24. März 1888 die Urkunden angeboten sind, welche nach Ansicht des Vordergerichtes zur Löschung der Einzelposten 2, 3, 4 und 9 zum Gesamtbetrage von 2456,92 *M* ausreichen. Zu diesem Betrage ist deshalb die Beschwerde für begründet erachtet. Der Einwand des Klägers, die materiellen Beschwerdebegründe der Beklagten haben nur im Wege der Klage gemäß §. 686 C.P.D. geltend gemacht werden können, wird damit zurückgewiesen, daß die Beklagten nicht behaupten und nicht behaupten können, der Anspruch des Klägers aus dem Urteile sei erledigt, weil weder die Löschung bewirkt noch der Kläger die Löschung zu bewirken imstande sei, da er die bezüglichen Urkunden nicht in Händen habe, die Thatsache aber, daß Beklagte die Urkunden angeboten und wieder an sich genommen haben, den Klaganspruch nicht erledige. Der Vorderrichter meint, es sei nur darüber entschieden, daß die Voraussetzungen zum Vorschreiten auf dem Wege des §. 773 C.P.D. nicht gegeben gewesen bezw. wieder rechtzeitig beseitigt worden seien, und daß sei im Beschwerdeverfahren zulässig.

Die weitere Beschwerde war für begründet zu erachten.

Der Einwand der Beklagten, welchen das Vordergericht für begründet hält, besteht darin, daß diejenige Handlung, welche die Beklagten urteilsmäßig zu leisten haben, sich aus neun einzelnen Handlungen zusammensetzt, und daß vier dieser Handlungen bereits geleistet seien bezw. daß deren Leistung dem Kläger vergeblich angeboten sei, und daß deshalb bezüglich dieser Handlungen die Voraussetzung zur Zwangsvollstreckung gemäß §. 773 C.P.D. fehle. Dieser Einwand ist ein solcher, welcher den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft; denn durch denselben wird bezweckt, die durch das Urteil begründete Berechtigung auf Vollstreckung hinsichtlich eines

Teiles des Urteilsanspruches aus materiellen Gründen, wegen Befriedigung des Klägers bezw. wegen vergeblich angebotener Befriedigung, zu entkräften. Ein derartiger Einwand ist aber nach §. 686 C.P.D. von dem Schuldner nur im Wege der Klage bei dem Prozeßgerichte erster Instanz geltend zu machen; das für Einwendungen anderer Art in der Zwangsvollstreckungsinstanz zugelassene Beschluß- und Beschwerdeverfahren ist demselben verschlossen. Der Eingang des §. 773 C.P.D.: „Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen,“ stellt nicht etwa für diesen Fall eine besondere und besonders festzustellende Voraussetzung dar, sondern dient lediglich zur Bezeichnung des Falles, für welchen im §. 773 Vorsorge getroffen wird. Die Verpflichtung zur Vornahme der Handlung wird durch das vollstreckbare Urteil, durch welches dieselbe ausgesprochen ist, begründet, und dieses Urteil bildet die alleinige Voraussetzung der Zwangsvollstreckung. Sowenig vor Vollstreckung eines dem Gläubiger eine Geldforderung zusprechenden Urtheiles zu prüfen ist, ob nicht bereits durch Zahlung oder anderweitige Befriedigung die Geldforderung getilgt worden, sowenig steht dem Gerichte bei der Vollstreckung eines auf Vornahme einer Handlung gerichteten Urtheiles die Untersuchung zu, ob die Handlung nicht etwa schon geleistet ist. Wollen die Kommentatoren der Civilprozeßordnung Petersen (2. Aufl. S. 1074 flg.), Endemann (Vd. 3 S. 317) und Gaupp (Vd. 3 S. 411 Anm. II 3) mit der Bemerkung, daß das Prozeßgericht vor Erteilung der Ermächtigung gemäß §. 773 C.P.D. zu prüfen habe, ob die Nichterfüllung durch den Schuldner feststeht, etwas Anderes sagen, so ist dem nicht beizutreten. Erklärt der Schuldner, nachdem ihm der Antrag des Gläubigers mitgeteilt worden, er habe die Handlung bereits vorgenommen, so verhindert er dadurch den Beginn der Zwangsvollstreckung gemäß §. 773 nicht; dies kann er vielmehr nur dadurch erreichen, daß er gemäß §. 686 C.P.D. Klage erhebt und auf dem in §. 686 vorgezeichneten Wege die Einstellung der Zwangsvollstreckung bewirkt. Der §. 686 gehört zu den allgemeinen Bestimmungen, welche auf alle Arten der Zwangsvollstreckung zur Anwendung zu bringen sind. Es hätte deshalb einer besonderen Vorschrift bedurft, wenn dessen Anwendung im Falle des §. 773 C.P.D. ausgeschlossen sein sollte. Daran fehlt es aber. Hiermit in Übereinstimmung hat bereits der I. Civilsenat des Reichsgerichtes unter dem 2. Juli 1887 (vgl.

Juristische Wochenschrift 1887 S. 353) entschieden: Der Einwand des Schuldners, daß die Erteilung der Ermächtigung zu Unrecht extrahiert sei, weil er die Handlung inzwischen selbst vorgenommen habe, ist nicht mittels Beschwerde, sondern als Einwand der Erfüllung des Judikates im Wege der Klage bei dem Prozeßgerichte erster Instanz geltend zu machen.

Vgl. auch Förster, Kommentar zur Civilprozeßordnung Bd. 2 S. 578 Anm. 4.

Hiernach haben die Beklagten denjenigen Weg nicht betreten, welcher allein ihnen zur Geltendmachung ihres Einwandes und zur Verhinderung der Ermächtigung des Klägers offenstand. Deshalb durfte auf ihren Einwand keine Rücksicht genommen, vielmehr mußte so verfahren und entschieden werden, als wenn derselbe nicht vorgebracht wäre.“¹