

45. Ist die Zulässigkeit von Einwendungen, welche den durch ein Versäumnisurteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, nach § 767 Abs. 2 C.P.O. dadurch bedingt, daß der Einspruch gegen das Versäumnisurteil zur Zeit der Entstehung der Einwendungen bereits ausgeschlossen war?

I. Civilsenat. Ur. v. 13. Mai 1903 i. C. C. (Nl.) w. L. (Bekl.).
Rep. I. 26/03.

- I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelsfachen.
II. Oberlandesgericht basebst.

In einem früheren Prozesse zwischen den Parteien in umgekehrter Parteirole war der jetzige Kläger durch Versäumnisurteil zur Zahlung einer Wechselschuld verurteilt worden. Auf Grund eines Vorganges, welcher am Tage vor der vom Gegner betriebenen Zustellung des Versäumnisurteils sich sollte ereignet haben, glaubte der Kläger eine den festgestellten Anspruch selbst betreffende Einwendung erlangt zu haben. Der von ihm gegen das Versäumnisurteil eingelegte Einspruch wurde wegen verspäteter Einlegung als unzulässig verworfen. In dem gegenwärtigen Rechtsstreite erhob der Kläger, gestützt auf jene Einwendung, Klage aus § 767 C.P.D. mit dem Antrage, die aus dem Versäumnisurteile gegen ihn eingeleitete Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Das Oberlandesgericht wies diese Klage aus dem Grunde ab, weil zur Zeit der Entstehung der geltend gemachten Einwendung die Aufhebung des Versäumnisurteils durch Einspruch noch nicht ausgeschlossen gewesen sei. Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht ist nicht auf die sachliche Prüfung des vom Kläger zur Begründung seiner Klage behaupteten Vorganges eingetreten. Es stellt fest, daß sich dieser Vorgang nach der eigenen, durch die Beweisaufnahme bestätigten Behauptung des Klägers am 23. April 1901, einen Tag vor der Zustellung des Versäumnisurteils, zugetragen habe, und hält deshalb die auf § 767 C.P.D. gestützte Klage für unzulässig, weil es im Anschluß an das Urteil des Reichsgerichts vom 15. Oktober 1897,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 40 S. 352 flg.,

annimmt, daß mit der Vollstreckungsgegenklage des § 767 Einwendungen nicht geltend gemacht werden können, deren Geltendmachung früher im Wege des Einspruchs möglich gewesen wäre.

Die Revision erklärt diese Auslegung des § 767 für rechtsirrtümlich. Der Vorwurf ist nicht begründet.

Der § 767 (früher 686) C.P.D. bestimmt in Abs. 1, daß Ein-

wendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, vom Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen seien. Der Abs. 2 behandelt die formelle Zulässigkeit dieser Einwendungen. Er lautet, in wörtlicher Übereinstimmung mit der früheren Fassung:

„Dieselben sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.“

Ob hiernach die Möglichkeit des Einspruches zur Zeit der Entstehung der Einwendungsgründe, oder zu einer späteren Zeit entscheiden solle, ist streitig. Der II. Civilsenat des Reichsgerichts hat sich in dem schon erwähnten Urteile vom 15. Oktober 1897 für die Ansicht ausgesprochen, daß es grundsätzlich auf die Entstehungszeit ankomme. Diese Ansicht hat auch in der Literatur vor und nach dem Urteile Verteidiger gefunden.

Vgl. v. Sarwey, Civilprozeßordnung Bem. 4 zu § 686; Bunsen, Lehre von der Zwangsvollstreckung S. 53, und Lehrbuch des Civilprozeßes § 134 S. 560/61; Fitting, Lehrbuch § 97 Anm. 8 (S. 523 der 10. Aufl.); Neukamp, Handkommentar Bem. 1d, 7bb unter 77 zu § 767 (S. 75); Neumüller, Civilprozeßordnung zu § 767 Abs. 2 S. 325.

Die große Mehrzahl der Schriftsteller hat aber diese Auslegung abgelehnt. Es genüge die Verweisung auf die Kommentare von Reinke (4. Aufl.) zu § 767 unter II 2 (S. 696), Struckmann u. Koch (8. Aufl.) Bem. 4 zu § 767, Petersen u. Anger (4. Aufl.) Bem. 7 zu § 767, Seuffert (8. Aufl.) Bem. 4a zu § 767, v. Wil-mowski u. Levy (7. Aufl.) Bem. 8 zu § 686, Gaupp-Stein (4. Aufl.) Bem. II d zu § 767, und auf Planch, Lehrbuch Bd. 2 S. 696 bei Anm. 19. Von den Vertretern dieser abweichenden Ansicht hält die Mehrzahl für entscheidend, ob der Einspruch zur Zeit der Erhebung der Vollstreckungsgegenklage noch möglich gewesen wäre, oder nicht; vereinzelt — Seuffert, Gaupp-Stein — wird die Zeit des Urteils oder des Schlusses der mündlichen Verhandlung über diese Klage für maßgeblich erklärt. Für die abweichende Auslegung

wird allgemein der Wortlaut — „können,“ nicht „konnten“ — geltend gemacht, bei Gaupp=Stein a. a. O. mit dem Bemerkten, daß er „in bewußter Abweichung von § 579 Abs. 2“ gewählt sei. v. Wilnowski u. Levy a. a. O. fügen als weiteren Grund noch „den Zweck“ der Vorschrift hinzu.

Trotz dem Widerspruche so bedeutender Autoritäten muß sich der jetzt erkennende Senat im wesentlichen der Ansicht des II. Civilsenates anschließen. Der II. Civilsenat hat seine Ansicht nur für den Fall positiv ausgesprochen, daß der Grund der Einwendung vor der Zustellung des Versäumnisurteils entstanden sei, für den entgegengesetzten Fall aber sich einer Entscheidung enthalten. Zu dieser Beschränkung der Entscheidung ist er geführt worden, weil er nicht schon die Möglichkeit des Einspruches für genügend hält, sondern auch eine Veranlassung für den Beklagten voraussetzt, sich des Einspruches zu bedienen. Er faßt die Vorschrift des Gesetzes dahin auf, daß diejenigen Einwendungen sollten ausgeschlossen werden, welche nach dem Zeitpunkte ihrer Entstehung noch mit dem Einspruche hätten geltend gemacht werden können und sollen (a. a. O. S. 356). Ob dem II. Civilsenat auch darin beizutreten wäre, wenn er neben dem Können noch ein Sollen verlangt, während das Gesetz selbst nur von dem Können spricht, bedarf im vorliegenden Falle keiner Entscheidung. Denn es steht fest, daß der Vorgang, auf den der Kläger seine Einwendung gegen den im Versäumnisurteile festgestellten Anspruch stützen will, vor der Zustellung dieses Urteils stattgefunden hat, und in dieser späteren Zustellung müßte auch vom Standpunkte des II. Civilsenates aus, trotz den Ausführungen der Revision über die untergeordnete Bedeutung der Zustellung eines Versäumnisurteils, jedenfalls eine hinreichende Veranlassung für den Schuldner zur Einlegung des Einspruches gefunden werden.

Zur Entscheidung steht daher nur die grundsätzliche Frage, ob man, mit dem II. Civilsenate, das Gesetz dahin zu verstehen hat, daß es für die Zulässigkeit der Einwendungen auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Einspruches zur Zeit der Entstehung der Einwendungsgründe, und nicht zu einer späteren Zeit ankomme.

Wenn man diese Auslegung annimmt, so erhält die Vorschrift eine festbestimmte, klare Bedeutung: mit der Vollstreckungsgegenklage gegen ein Versäumnisurteil können nicht geltend gemacht werden die-

jenigen Einwendungen, deren Gründe zu einer Zeit entstanden sind, wo die Einspruchsfrist noch nicht im Laufe oder noch nicht abgelaufen war; solche Einwendungen sind auf die Geltendmachung im Einspruchsverfahren angewiesen.

Vom Standpunkte der gegnerischen Auslegung aus verliert die Vorschrift fast jede praktische Bedeutung. Geht man davon aus, daß die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit nach dem Zeitpunkte der Klageerhebung zu beurteilen sei, so würde zwar eine Klage als unzulässig abgewiesen werden müssen, welche erhoben war, als die Möglichkeit des Einspruches noch bestand. Aber materielle Rechtskraft würde diese Abweisung nicht haben, und sie würde deshalb auch der Wiederholung der Klage nach Ablauf der Einspruchsfrist nicht entgegenstehen. Offenbar aber ist nach dieser Ansicht der Schuldner auch in der Lage, den Ablauf der Einspruchsfrist abzuwarten und dann erst die Klage anzustellen. Diese Möglichkeit wäre ihm nur dann benommen, wenn bis zum Ablaufe der Einspruchsfrist die Zwangsvollstreckung nicht nur begonnen, sondern auch durchgeführt würde. Die Vorschrift hätte daher im wesentlichen nur eine dilatorische Bedeutung. Nimmt man aber gar an, daß es auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Einspruches zur Zeit der Urteilsfällung ankomme, so verliert sie selbst diese geringe Bedeutung. Denn da es in der Hand des Schuldners liegt, die Einspruchsfrist, wenn es der Gegner nicht tut, selbst in Lauf zu bringen, und die Fälle nur selten sein werden, wo das Urteil trotzdem noch vor Ablauf der Einspruchsfrist ergehen könnte, so stände es dem Schuldner in der Regel von Anfang an frei, ob er sich des zulässigen Einspruches, oder sofort der Vollstreckungsgegenklage bedienen wolle. Es wäre dann so gut, als ob die Vorschrift nicht vorhanden wäre. Daß der Gesetzgeber eine Bestimmung von so untergeordneter Bedeutung gewollt habe, ist nicht anzunehmen.

Die früheren Entwürfe — Norddeutscher Entwurf von 1870 § 916, Entwurf des preußischen Justizministeriums von 1871 § 602 — kannten nur die Voraussetzung, daß die Einwendungen nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sein müßten. Die weitere Voraussetzung, daß diese Einwendungen „durch Einspruch oder Berufung nicht mehr geltend gemacht werden können“, finden sich erstmals in dem Entwurfe von 1872 (§ 623). Die Begründung zu diesem Entwurfe (S. 529 fig.), wie die damit übereinstimmende Begründung

zu dem dem Reichstage vorgelegten Entwürfe (§ 635) — bei Sahn, Materialien Bd. 2 Abt. 1 S. 437 — enthalten nun freilich keine bestimmte Äußerung über die Bedeutung dieser Abweichung von den Vorentwürfen. Im allgemeinen aber läßt sich daraus doch die Tendenz des Entwurfs entnehmen, das Gebiet der Vollstreckungsgegenklage zugunsten der Geltendmachung der Einwendungen im Hauptprozeße zu beschränken: für alle Einwendungen, die im Hauptprozeße geltend gemacht werden können, soll die Klage aus § 686 (767) verschlossen sein. Als der in erster Linie entscheidende Zeitpunkt wird der Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung bezeichnet, in welcher Einwendungen prozessualisch spätestens hätten geltend gemacht werden können. Dem wird aber die Möglichkeit des Einspruches oder der Berufung gleichgestellt, also die Möglichkeit, durch Einspruch oder Berufung wiederum eine mündliche Verhandlung herbeizuführen, in welcher Einwendungen prozessual geltend gemacht werden können. Dafür, daß diese letztere Bestimmung im Sinne einer bloß dilatorischen Vorschrift zu verstehen sei, findet sich, wie schon der II. Civilsenat hervorgehoben hat, in der Begründung keine Andeutung. Ebenso ist dem II. Civilsenate darin beizutreten, daß aus den Kommissionsverhandlungen über den Antrag Grimm, welcher zur Streichung der Worte „oder Berufung“ geführt hat, — Sahn a. a. O. S. 817 flg. — wohl der Gegensatz zwischen Zulassung und Ausschließung der Klage, nicht aber zwischen sofortiger Zulassung und aufgeschobener Zulassung zu entnehmen sei. Für eine Vorschrift, die nur eine so geringe Bedeutung hätte, wie sie hier vom Standpunkte der gegnerischen Auslegung aus angenommen werden mußte, wäre auch schwer erklärlich, daß man es für der Mühe wert hielt, zunächst die früheren Entwürfe zu ändern und sodann diese harmlose Änderung wiederum zum Gegenstand einer Abänderung zu machen.

Es kommt noch folgendes hinzu. Die Frage, inwieweit sachliche Einwendungen gegen einen Vollstreckungsbefehl zulässig seien, ist abweichend geregelt. Nach § 796 Abs. 2 werden diese Einreden insoweit zugelassen, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstanden sind, also ohne Rücksicht darauf, ob gegen den Vollstreckungsbefehl Einspruch noch möglich war, oder nicht (§ 700). Die Begründung rechtfertigt die Abweichung mit der Bemerkung: „Der Schuldner, welcher nach Zustellung des

Vollstreckungsbefehls zählt, würde sonst" — d. h. wenn, wie nach § 767 Abs. 2, die Unmöglichkeit des Einspruches Voraussetzung wäre — „genötigt sein, Einspruch zu erheben, um sich gegen eine etwaige spätere Exekution zu sichern“ (Hahn, a. a. O. S. 447). Danach kann die „Begründung“ unmöglich der Ansicht gewesen sein, daß es sich bei der in § 796 Abs. 2 abgelehnten Bestimmung des § 767 Abs. 2 nur um Aufschub, nicht um Ausschluß handele.

Aus dem „Zweck“ des Gesetzes ist daher nichts für die gegnerische Auffassung zu entnehmen.

Für diese gegnerische Auffassung wird nun allerdings der Wortlaut des Gesetzestextes als unumstößliches Argument angerufen, da es nicht heiße: „nicht mehr geltend gemacht werden konnten“, sondern: „nicht mehr geltend gemacht werden können.“ Der erkennende Senat nimmt aber keinen Anstand, dieses Argument, mit dem II. Civilsenat, als unschlüssig abzulehnen. Die Bemerkung des letzteren, daß sich das Präsenz „können“ erklären lasse, wenn man es auf die Zeit des Entstehens der Einwendungen beziehe, erscheint völlig berechtigt. Grammatikalisch ist diese Beziehung zulässig; das „können“ steht in zeitlichem Parallelismus mit dem vorausgehenden „entstanden sind“. Sachlich aber findet diese Erklärung eine wesentliche Stütze darin, daß die Begründung a. a. O. den Gedanken des Gesetzes in der Form wieder gibt: „die nach diesem Zeitpunkte“ (dem Schlusse der mündlichen Verhandlung) „entstandenen und durch Einspruch oder Berufung nicht mehr geltend zu machenden Einwendungen werden zugelassen.“ Hier ist es unmittelbar einleuchtend, daß der Verfasser vom Standpunkte des Entstehens der Einwendungen aus sprechen wollte. Auch die abweichende Fassung in § 579 Abs. 2 spricht zum mindesten nicht gegen diese Erklärung. Nach dieser Stelle soll in gewissen Fällen die Nichtigkeitsklage nicht zulässig sein, „wenn die Nichtigkeit mittels eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte“. Hier ist die Fassung vom Standpunkte der Klage ausgewählt, also von einem Zeitpunkt aus, in welchem ein Rechtsmittel gar nicht mehr möglich ist (§ 578). Das Präsenz „können“ würde hier widersinnig sein. In § 767 Abs. 2 dagegen ist nicht die Klage, sondern es sind die Einwendungen Gegenstand der Bestimmung. Es sollen die Einwendungen umschrieben werden, welche gegenüber dem bereits ergangenen Urteile formell noch zulässig sind. In diesem

Zusammenhänge kann man es nicht einmal für inkorrekt erklären, wenn die Einwendungen — genauer: die Gründe der Einwendungen —, welche nach der letzten mündlichen Verhandlung zu einer Zeit entstanden sind, wo kein Einspruch mehr möglich war, als solche bezeichnet werden, welche nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung . . . entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Endlich müßte es auffallen, daß das Gesetz, wenn es nicht den Zeitpunkt des Entstehens der Einwendungsgründe, wovon im Abs. 2 die Rede ist, sondern einen anderen Zeitpunkt, der darin nicht erwähnt wird, für entscheidend erklären wollte, diesen Zeitpunkt nicht angegeben hätte. Im Abs. 3, wo ein Zweifel kaum zu befürchten war, hat es die Zeitbestimmung — „zur Zeit der Erhebung der Klage“ — trotzdem ausdrücklich getroffen.

Diesem Ergebnisse gegenüber ist es nicht durchschlagend, daß, wie die Revision entgegenhält, der Schuldner, der auf ein mit dem Einspruche noch anfechtbares Versäumnisurteil zahlt, allerdings, um sich die Einwendung der Tilgung zu sichern, den Einspruch einlegen muß und also in gewissem Sinne schlechter gestellt ist, als wenn er auf ein Anerkenntnisurteil zahlt. Es kann zugegeben werden, daß das vom Gesetz adoptierte System für den Schuldner mit Gefahren verbunden ist, die bei dem Grundsätze der Vorentwürfe, daß es nur auf das Entstehen der Einwendungen nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung ankomme, nicht vorhanden wären. Allein mit diesem gesetzgeberischen Bedenken kann man die aus inneren Gründen notwendige Auslegung des gegebenen Gesetzes nicht beseitigen. Auch ist der Schuldner, wenn er den Einspruch versäumt, deshalb nicht schutzlos. Wird die Zwangsvollstreckung trotz der materiell entgegenstehenden Einwendung durchgeführt, so kann er je nach den Umständen mit einer gewöhnlichen Civillage vom Gläubiger Rückgabe des ohne Grund Empfangenen oder Ersatz des Schadens beanspruchen.

Vgl. z. B. Seuffert, C.P.D. 8. Aufl. Bem. 6d zu § 767.

Verfehlt ist es, wenn die Revision vermeint, aus Betrachtungen über den Zeitpunkt, in welchem die Klage aus § 767 entstanden (nata) sei, ein Argument für ihre Auffassung gewinnen zu können. Darauf, ob zur Zeit der Entstehung der Einwendungsgründe schon aus dem bezeichneten Paragraphen geklagt werden könnte und dürfte, kommt es überall nicht an, sondern nur darauf, ob in diesem Zeitpunkte das

Verfäumnisurteil der Aufsechtung durch Einspruch noch unterlag, oder nicht.

Endlich ist auch der Hinweis auf § 775 Riff. 4 und 5 C.P.D. ohne Bedeutung. Das Verhältnis dieser Bestimmungen zu der Bestimmung des § 767 das. gibt allerdings zu Zweifeln Veranlassung. Aber mit der besonderen Auslegungsfrage, ob das Verfäumnisurteil zur Zeit der Einwendungsgründe, oder zur Zeit der Klagerhebung, oder vielleicht zu einer noch späteren Zeit nicht mehr mit dem Einspruch ansechtbar gewesen sein dürfe, hangen diese Zweifel nicht zusammen.“ . . .