

9

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 767, 732

Es wird daran festgehalten, daß sich der Vollstreckungsschuldner gegen die Vollstreckung aus einem von vornherein unwirksamen Titel nur nach § 732 ZPO, nicht aber mit einer Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO wehren kann (Bestätigung von BGHZ 15, 190; 22, 54; 55, 255).

BGH, Urt. v. 21. Mai 1987 - VII ZR 210/86 - OLG Hamm

LG Essen

BUNDESGERICHTSHOF

9

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 210/86

Verkündet am
21. Mai 1987
W e r n e r,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauingenieurs Herbert L. [REDACTED], A [REDACTED] Straße [REDACTED],
E [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Industriekaufmann Wolfgang B [REDACTED],
 2. die Finanzbuchhalterin Monika B [REDACTED], geb. St [REDACTED],
- beide wohnhaft Ad [REDACTED]weg [REDACTED], E [REDACTED] [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

WI

9

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Mai 1987
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Doerry, Bliesener, Prof. Dr. Walchshöfer
und Prof. Quack

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten
werden die Urteile des 21. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Hamm vom
29. April 1986 und der 17. Zivilkammer
des Landgerichts Essen vom 12. Juli 1985
aufgehoben.

Die Klage wird als unzulässig abgewiesen.

Die Kläger tragen die Kosten des Rechts-
streits.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Parteien schlossen am 18. November 1983 vor dem Notar Dr. G. in E. einen Vertrag, in dem der Beklagte sich verpflichtete, auf einem den Klägern noch zu übereignenden Grundstück "ein Zweifamilienhaus gem. vorliegender Zeichnung und Lageplan, Baubeschreibung schlüsselfertig zu errichten". Der "Kaufpreis" sollte 448.000 DM betragen und in sechs - unterschiedlich hohen - Raten beglichen werden. In § 14 des Vertrages unterwarfen sich die Kläger "wegen der Zahlung des Kaufpreises, der sonstigen Kosten sowie der Kosten für die Sonderleistungen und etwaiger sonstiger Verpflichtungen der sofortigen Zwangsvollstreckung in ... (ihr) gesamtes Vermögen ...". Die Kläger ermächtigten den "Notar, dem Verkäufer jederzeit auf dessen Antrag aber auf Kosten der Käufer eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen, ohne daß dieser den Nachweis der Fälligkeit begründenden Tatsachen führen muß".

Aus der Niederschrift ergibt sich, daß die Anlagen zu dem Verträge nicht mehr vorgelesen und daß die Zeichnungen bzw. Pläne nicht zur Durchsicht vorgelegt worden sind.

Nach Beginn des Bauvorhabens entstand unter den Parteien Streit über Umfang und Bewertung der von den Klägern zu erbringenden Eigenleistungen. Mit Schriftsatz vom 26. April 1985 beantragte der Beklagte schließlich den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch die den

Klägern bei Meidung einer vom Gericht festzusetzenden Geldstrafe untersagt werden sollte, an dem Bauvorhaben eigene Arbeiten zu erbringen. In der darauf anberaumten mündlichen Verhandlung vom 21. Mai 1985 erklärte er den Rücktritt vom Verträge.

Das Landgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihm mit Urteil vom 8. Oktober 1985 stattgegeben, weil der Vertrag vom 18. November 1983 mangels ordnungsgemäßer Beurkundung unwirksam sei, die Erwerber mithin zu Arbeiten auf dem Baugrundstück nicht berechtigt seien.

Schon vorher, zuletzt am 2. April 1985, hatte der Beklagte die Kläger zur Zahlung der vierten Rate in Höhe von 99.048,98 DM aufgefordert und für den Fall der Nichtzahlung die Zwangsvollstreckung angedroht. Der Notar hat ihm eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilt.

Die Kläger haben daraufhin mit Schriftsatz vom 11. April 1985 die vorliegende "Klage gem. § 767 ZPO" erhoben und angekündigt, sie würden beantragen, daß die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig erklärt werde. Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 2. Juli 1985 die Unwirksamkeit des Vertrages geltend gemacht und zugleich die vollstreckbare Ausfertigung den Klägern übersandt. Sein prozessuales Verhalten erläuternd hat er erklärt, daß der Vertrag jedenfalls durch den Rücktritt erledigt, sofern er nicht ohnehin unwirksam sei.

Die Kläger haben nunmehr in der ersten mündlichen Verhandlung vom 5. Juli 1985 die Hauptsache für erledigt erklärt; der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten, weil die Klage nicht zulässig gewesen sei.

Das Landgericht hat dem Antrag der Kläger entsprochen und dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben.

Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Kläger bitten, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht meint, die Vollstreckungsgegenklage sei zulässig gewesen. Zunächst sei sie auch begründet gewesen, weil der Beklagte sich im zweiten Rechtszuge nicht gegen die Auffassung des Landgerichts gewehrt habe, daß er mit der Erklärung des Rücktritts den Anspruch auf Vertragserfüllung verloren habe. Mit der Übersendung der vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Urkunde an die Kläger sei der Rechtsstreit deshalb in der Hauptsache erledigt worden.

In Rechtsprechung und Schrifttum werde zwar die Ansicht vertreten, daß die Vollstreckungsgegenklage nur zulässig sei, wenn ein wirksamer Titel vorliege. Das sei hier nicht der Fall gewesen. Die Vollstreckungsgegenklage müsse aber auch dann zulässig sein, wenn der Vollstreckungsschuldner sich bei Erhebung der Klage allein auf materiellrechtliche Einwendungen gegen den vollstreckbaren Anspruch und nicht auf förmliche Einwendungen gegen die Vollstreckungsklausel stütze, wenn sich vielmehr erst im Laufe des Erkenntnisverfahrens herausstelle, daß mangels Wirksamkeit des Vollstreckungstitels bereits eine Vollstreckungsgrundlage fehle. Da der Vollstreckungsschuldner die Unwirksamkeit der Vollstreckungsgrundlage nicht erkannt habe, sei ihm aus seiner Sicht zur Verhinderung der Zwangsvollstreckung praktisch keine andere Möglichkeit als die Vollstreckungsgegenklage geblieben. Wenn dafür ein wirksamer Vollstreckungstitel gefordert werde, so laufe das auf eine Rechtsschutzbeschränkung des Vollstreckungsschuldners hinaus, für die es weder im Wortlaut des § 767 ZPO noch in der Systematik der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Klage noch unter dem Gesichtspunkt des gebotenen Schuldnerschutzes eine Stütze gebe. Anders könne es nur in den Fällen sein, in denen sich die Unwirksamkeit des Vollstreckungstitels aufdränge oder aber vom Vollstreckungsschuldner selbst angesprochen werde. Die Unrichtigkeit der undifferenzierten gegenteiligen Auffassung zeige sich besonders krass in den Fällen, in denen ein Vollstreckungsschuldner im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage zulässige Einwendungen vortrage, das Gericht hierüber Beweis erhebe und sich dabei herausstelle, daß dem Kläger und Vollstreckungsschuldner sogar ein An-

fechtungsrecht zustehe. Mache er dann davon alsbald Gebrauch, so müsse der Titel als von Anfang an nichtig behandelt werden mit der Folge, daß die Klage als unzulässig abzuweisen sei, "eine für das Rechtsbewußtsein der Allgemeinheit unerträgliche Vorstellung".

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Daß der Vertrag vom 18. November 1983 wegen Verstoßes gegen die §§ 9, 13, 13a BeurkG (in der Fassung vom 20. Februar 1980 - BGBl I 157) nicht ordnungsgemäß beurkundet worden und deshalb nach §§ 313 Satz 1, 125 Satz 1 BGB nichtig ist, hat das Berufungsgericht in seinem das Verfügungsverfahren beendenden Urteil vom 8. Oktober 1985 zutreffend entschieden. Da auch die Parteien davon ausgehen, bedarf das keiner zusätzlichen Begründung. Der Notar hätte daher seine Urkunde nicht mit der Vollstreckungsklausel versehen dürfen. Ob die Unterwerfungserklärung außerdem auch mangels hinreichender Bestimmtheit unwirksam wäre, kann damit dahinstehen.

2. Für derartige und dem vergleichbare Fälle hat der Bundesgerichtshof wiederholt ausgesprochen, daß der Schuldner sich lediglich gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel wenden (§ 732 ZPO, und zwar hier gem. § 797 Abs. 3 ZPO), nicht aber die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) erheben könne. Nehme er den Rechtsbehelf des § 732 ZPO nicht in Anspruch, so werde dadurch der nicht vollstreckbare Titel nicht etwa zu einem vollstreckbaren (BGHZ 15, 190, 191). Schon wegen seiner Stellung im 8. Buche der Zivilprozeßordnung setze § 767 voraus, daß

dem Gegner ein vollstreckbarer Anspruch zustehe. Da es Ziel der Vollstreckungsgegenklage sei, die einem materiellrechtlichen Anspruch gewährte Vollstreckbarkeit, also die Vollstreckungsfähigkeit, zu beseitigen, müsse hierfür ein wirksamer Vollstreckungstitel vorhanden sein (BGHZ 22, 54, 56 mit Nachw.). Diesen beiden (auch vom Berufungsgericht erörterten) Urteilen des IV. und V. Zivilsenats haben sich - soweit ersichtlich - der erkennende Senat (Urt. v. 18. Mai 1958 - VII ZR 114/57 = WM 1958, 1194, 1195) und später der I. Zivilsenat (BGHZ 55, 255, 256) angeschlossen. Von den Instanzgerichten sind ihnen z.B. die Oberlandesgerichte Nürnberg (NJW 1957, 1286, 1287) und Düsseldorf (OLGZ 78, 248, 249) gefolgt. Das Schrifttum hat die Auffassung des Bundesgerichtshofs fast einhellig übernommen (z.B. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 45. Aufl., § 767 Anm. 1 A b und Anm. 1 D g, § 797 Anm. 2 A; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 16. Aufl., § 12 I; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 20. Aufl., § 732 Rdn. 2 mit FN 2, Rdn. 3 mit FN 10, § 767 Rdn. 11 mit FN 41; Thomas/Putzo, ZPO, 14. Aufl., § 767 Anm. 3 b - unter Hinweis auf OLG Düsseldorf aaO; Wieczorek/Rössler/Schütze, ZPO, 2. Aufl., § 732 Anm. A I c, § 767 Anm. A I c; Zöllner/Stöber, ZPO, 15. Aufl., § 732 Rdn. 6, § 797 Rdn. 7; a.A. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, § 59 Rdn. 59.5; dagegen aber zutreffend Stein/Jonas/Münzberg, aaO § 767 FN 41).

3. An der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist festzuhalten. Die Erwägungen, mit denen das Berufungs-

gericht seine abweichende Meinung zu begründen versucht, greifen nicht durch.

a) Die §§ 732, 767 ZPO schreiben im Verhältnis zueinander eindeutige Anwendungsbereiche vor. Ist der Titel mit einer Vollstreckungsklausel versehen worden, obwohl dies - wie hier - mangels eines vollstreckbaren Anspruchs nicht zulässig war, ist der Rechtsbehelf des § 732 ZPO gegeben. Ist dagegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht zu beanstanden, weil der Gläubiger einen vollstreckbaren Anspruch hatte, ist dem Schuldner die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO eröffnet. Soweit Erinnerungen nach § 732 ZPO zulässig sind, ist ein Vorgehen nach § 767 ZPO ausgeschlossen. Sollte etwas anderes gelten, hätte § 767 ZPO dem Schuldner wie in § 768 ZPO die Befugnis zur Erhebung von Einwendungen nach § 732 ZPO ausdrücklich einräumen müssen. Wortlaut und Systematik der für die Zulässigkeit allein maßgeblichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung stützen daher die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

b) Auch der vom Berufungsgericht herausgestellte Schuldnerschutz erfordert keine andere Beurteilung.

Ob eine Partei die Unwirksamkeit des mit der Vollstreckungsklausel versehenen Titels alsbald erkannt hat oder ob sich ihr diese Unwirksamkeit zumindest hätte aufdrängen müssen, ist für die Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage ohne Belang. Selbst wenn die Zulässigkeit dieser Klage zu bejahen gewesen wäre, hätte

zudem zu deren Schlüssigkeit gehört, daß die Kläger, die ausschließlich vertragliche Ansprüche geltend machten, sich auch auf einen rechtswirksamen Vertrag stützen konnten. Das aber war, was das Berufungsgericht zwar im Verfügungsprozeß, nicht aber hier berücksichtigt hat, von vornherein ausgeschlossen. Das aus der Unwirksamkeit des Vertrages sich ergebende Risiko unterscheidet sich durch nichts von dem mit jeder anderen Prozeßführung verbundenen Risiko. Im übrigen versteht sich von selbst, daß der Ausgang eines Rechtsstreits, hier die Zulässigkeit einer Klage, nicht davon abhängen kann, ob die rechtsfehlerhafte Meinung einer Partei von den Richtern der Vorinstanzen geteilt worden ist. Soweit das Berufungsgericht einen Fall erörtert, bei dem es zu einer "für das Rechtsbewußtsein der Allgemeinheit unerträgliche(n) Vorstellung" kommen könne, übersieht es, daß der Kläger nach der - wirksamen - Anfechtung die Hauptsache für erledigt erklären und immer noch nach § 732 ZPO vorgehen kann, falls das dann noch erforderlich sein sollte (vgl. im übrigen zum Zeitpunkt, in dem eine Klage bei einseitiger Erledigungserklärung zulässig sein muß, Senatsurteil NJW 1986, 588).

4. Die angefochtenen Urteile können nach alledem nicht bestehen bleiben. Eine Erledigung des Rechtsstreits

in der Hauptsache ist nicht eingetreten. Da die Klage von vornherein unzulässig war, ist sie abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Girisch

Doerry

Bliesener

Walchshöfer

Quack