

§ 767 ZPO – Eine Gesetzeslektüre und Gesetzeskommentierung

Von Dipl. Jur. (Univ.) **Sonja Sojka**, Nürnberg*

Heutzutage bereiten sich Studentinnen und Studenten auf ihre erste juristische Staatsprüfung mit Karteikarten und Prüfungsschemata vor. Dabei vergessen viele den Blick ins Gesetz. Eine exakte Gesetzeslektüre, sowohl in der Vorbereitung als auch im Ernstfall des Examens kann weitaus hilfreicher sein als stupides Auswendiglernen. Soweit durch die Prüfungsordnung zugelassen, wird diese durch eine neutrale, aber effektive Kommentierung unterstützt. Als Beispiel hierzu wird § 767 ZPO aus dem Zwangsvollstreckungsrecht herangezogen.

I. Einführung

Die Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO ist eine in Examensklausuren beliebte Möglichkeit, prozessuales Verständnis und materiell-rechtliche Kenntnisse umfassend abzufragen. Schon aus diesem Grund lohnt sich eine nähere Auseinandersetzung mit dem diesem Themengebiet.

II. Die Vollstreckungsabwehrklage und ihre Voraussetzungen

Die Vollstreckungsabwehrklage (VAK) ist in den allgemeinen Vorschriften der §§ 704-802 ZPO im 8. Buch der ZPO geregelt. Dabei handelt es sich um eine prozessuale Gestaltungs-¹klage, da der Tenor der Gerichtsentscheidung lautet „Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ist unzulässig“. Dies ergibt sich auch aus § 775 Abs. 1 ZPO, der normiert, in welchen Fällen die Zwangsvollstreckung einzustellen ist. Dabei wird bereits aus dem Wortlaut deutlich, dass es sich bei der VAK in keinem Fall um eine Feststellungsklage handelt, da insoweit auch der Gesetzeswortlaut anders hätte gefasst werden müssen und die VAK dem Schuldner keinen Nutzen bringen würde.

Die Norm des § 767 ZPO beruht auf dem Gedanken, dass der Schuldner während der Zwangsvollstreckung beziehungsweise unmittelbar davor die Möglichkeit haben muss, Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend zu machen.² Durch die Geltendmachung spezieller Einwendungen soll jedoch nicht die Rechtskraft des Urteils beseitigt werden, sondern vielmehr die Vollstreckbarkeit des Titels.³ Der Gesetzgeber sichert die Rechtskraft des Urteils gemäß § 322 Abs. 1 ZPO dadurch, dass der Schuldner Einwendungen in begrenztem Umfang geltend machen kann.⁴ Diese Erkenntnis ergibt sich auch aus § 767 Abs. 2 ZPO.

* Die Autorin ist Rechtsreferendarin am Bezirk des Oberlandesgerichts Nürnberg-Fürth und wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Kanzlei Magold, Walter & Hermann.

¹ BGH NJW 1957, 23 (23); Schmidt, JuS 2010, 124.

² Seiler, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 33. Aufl. 2012, § 767 Rn. 2.

³ Seiler (Fn. 2), § 767 Rn. 2; Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrechts, 9. Aufl. 2010, S. 162 Rn. 485.

⁴ Lackmann, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 9. Aufl. 2012, § 767 Rn. 1.

Deshalb ist es sinnvoll, sich die Norm des § 322 Abs. 1 ZPO an den Rand des § 767 Abs. 2 ZPO zu kommentieren, um sich bei der Anwendung des § 767 ZPO stets den Gesetzeszweck vor Augen zu führen. Darüber hinaus kann § 775 ZPO als Kommentierung sinnvoll sein, um die Rechtsfolgen der erfolgreichen Klage schneller wiederzufinden.

1. Zulässigkeit der VAK

Mit einer exakten Gesetzeslektüre und Kommentierung lassen sich die Voraussetzungen der VAK problemlos erfassen.

a) Statthaftigkeit der VAK

Wie sich aus dem Wortlaut des § 767 Abs. 1 ZPO ergibt, ist die VAK grundsätzlich die statthafte Klageart, wenn es um die Beseitigung der Vollstreckbarkeit aus dem Titel geht. Welche Urteile im Rahmen des § 767 Abs. 1 ZPO gemeint sind und welche Voraussetzungen diese erfüllen müssen, ergibt sich aus § 704 i.V.m. §§ 300 ff. ZPO. Deshalb ist es sinnvoll, sich zumindest § 704 ZPO über „Urteil“ zu kommentieren, um sofort bei der Gesetzeslektüre die entsprechende Norm zu finden.

Interessant ist für den Klausurersteller gerade nicht abzufragen, ob der Schuldner gegen den durch ein Urteil festgestellten Anspruch die VAK erfolgreich erheben kann. Denn entgegen dem Wortlaut des § 767 Abs. 1 ZPO findet die VAK mit gewissen Modifikationen auch auf andere Vollstreckungstitel Anwendung. Dass das so ist, ergibt sich aus § 795 S. 1 i.V.m. § 794 Abs. 1 ZPO. Hintergrund für diese Ausweitung liegt schlicht darin, dass neben Urteilen und Vollstreckungsbescheiden, welche wegen § 700 Abs. 1 ZPO den Versäumnisurteilen gleichgestellt sind,⁵ auch andere Vollstreckungstitel vollstreckungsfähig sind.

Damit der weitere Anwendungsbereich der VAK im Ernstfall des Examens trotz Vorbereitung nicht übersehen wird, empfiehlt es sich, zumindest § 795 ZPO an den Rand des § 767 Abs. 1 ZPO zu kommentieren. Sicherheitshalber kann an § 795 ZPO der § 794 ZPO kommentiert werden.

Darüber hinaus sollte in der Klausur eine Abgrenzung – in der gebotenen Kürze – gegenüber § 766 ZPO und § 771 ZPO vorgenommen werden. § 766 ZPO stellt einen Rechtsbehelf gegen Maßnahmen des formellen Vollstreckungsverfahrens dar. Mit § 771 ZPO greift gerade nicht der Vollstreckungsschuldner, sondern ein Dritter die Zwangsvollstreckung in einen bestimmten Gegenstand an.⁶ Eine Kommentierung der Abgrenzungsnormen erübrigt sich bereits deshalb, weil diese sowohl vor als auch nach der VAK stehen.

b) Zuständigkeit

Bei der Prüfung, welches Gericht sachlich und örtlich für die Entscheidung der VAK zuständig ist, ist strikt zwischen einem Urteil als Vollstreckungstitel und weiteren Vollstreckungstiteln gemäß § 794 Abs. 1 Nrn. 1-5 ZPO zu unterscheiden.

⁵ Seiler (Fn. 2), § 767 Rn. 9a ff.

⁶ Seiler (Fn. 2), § 771 Rn. 1; Schmidt, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 771 Rn. 1.

aa) Urteile

Ergibt sich der festgestellte Anspruch aus einem Urteil, so ist gem. § 767 Abs. 1 ZPO das Prozessgericht des ersten Rechtszuges sachlich und örtlich zuständig. Insoweit handelt es sich gemäß § 802 ZPO um einen ausschließlichen Gerichtsstand. Hintergrund dieser Regelung ist schlicht, dass der Titel bereits bei einem Gericht geschaffen wurde, welches nunmehr auch über die Einwendungen im Rahmen der VAK zu entscheiden hat.⁷ Das ist einleuchtend und konsequent, da sich das Gericht des ersten Rechtszuges bereits mit dem festgestellten Anspruch auseinandergesetzt hat.

Damit bei der Bestimmung des Prozessgerichts keine allgemeine Prüfung des Gerichtsstands vorgenommen wird, sollte über „Prozessgericht“ § 802 ZPO kommentiert werden. Beim aufmerksamen Lesen der Norm wird der ausschließliche Gerichtsstand somit nicht vergessen.

bb) Weitere Vollstreckungstitel

Soweit die Klausur weitere Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Abs. 1 Nrn. 1-5 ZPO zum Gegenstand hat, ist vielfach kein Prozessgericht des ersten Rechtszuges vorhanden. Deutlich wird dieses bei einem Vollstreckungsbescheid gemäß §§ 794 Abs. 1 Nr. 4, 796 Abs. 3, 700 ZPO. Wie aus § 796 Abs. 3 ZPO eindeutig herauszulesen ist, muss das Gericht zunächst einmal bestimmt werden, vergleiche Wortlaut „[...] Gericht zuständig, [...] das [...] zuständig gewesen wäre“. Die Bestimmung dieses Gerichts erfolgt wiederum anhand der bekannten Gerichtsstandbestimmungen der §§ 12 ff. ZPO sowie §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG.⁸ Zwar könnte der Einwand erhoben werden, dass ein Verstoß gegen §§ 40 Abs. 2 S. 1, 802 ZPO vorliegen würde, da die im 8. Buch angeordneten Gerichtsstände ausschließliche Gerichtsstände sind. Allerdings wird zu Recht vertreten, dass der ermittelte Gerichtsstand ein ausschließlicher *wird*.⁹ Denn über die Vorschrift des § 796 Abs. 3 ZPO wird bereits nach dem Wortlaut ein Gerichtsstand nachträglich bestimmt, da dieser davor nie bestanden hat.¹⁰

Neben den Vollstreckungsbescheiden spielt in Klausuren auch oftmals § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO eine gewichtige Rolle. Hierbei ist die Besonderheit zu beachten, dass § 797 Abs. 5 ZPO i.V.m. § 23 ZPO lediglich die örtliche Zuständigkeit regelt – diese ist wiederum ein ausschließlicher Gerichtsstand gemäß § 802 ZPO.¹¹ Die sachliche Zuständigkeit ist freilich über §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG zu bestimmen.

Über „Prozessgericht“ in § 767 Abs. 1 ZPO sollte noch § 796 Abs. 3 ZPO kommentiert werden, damit die Bestimmung des Prozessgerichts bei Vorliegen eines Vollstreckungsbescheids nicht übersehen wird. Darüber hinaus kann an § 797 Abs. 5 ZPO der § 23 Nr. 1 GVG kommentiert werden, damit an die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit gedacht wird.

c) Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis als ungeschriebene Voraussetzung der VAK setzt eine gewisse Beschwer des Vollstreckungsschuldners voraus. Negativ formuliert, besteht das Rechtsschutzbedürfnis solange die Zwangsvollstreckung noch nicht beendet ist¹² oder jedenfalls bis zur Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung gemäß § 757 Abs. 1 ZPO an den Schuldner.¹³

Interessant könnte für die Klausur der Fall sein, dass der Vollstreckungstitel aus formellen Gründen unwirksam ist, was zur inzidenten Prüfung dessen im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses führen würde. Bei tatsächlicher Unwirksamkeit des Titels würde dem Schuldner das Rechtsschutzbedürfnis fehlen und die VAK wäre unzulässig.¹⁴ Die Unzulässigkeit ergibt sich schlicht daraus, dass das mit VAK verfolgte Ziel – die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels – nicht mehr erreicht werden kann.¹⁵ Als statthafte Klageart käme nur noch die Klauselerinnerung gemäß § 766 ZPO in Betracht, da insoweit formelle Fehler geltend gemacht werden können.

d) Zwischenfazit

Wie sich aus dem untenstehenden Kommentierungsbeispiel ergibt, lassen sich die Zulässigkeitsvoraussetzungen der VAK aus § 767 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit einer effektiven Kommentierung und Hervorhebung der einzelnen relevanten Wörter herleiten. Die einzelnen Kommentierungen dienen darüber hinaus der Gedächtnisunterstützung, um gelernte und verstandene Probleme zentriert vorzutragen und zu lösen.

2. Begründetheit der VAK

Die Begründetheit der VAK kann freilich als dessen Herzstück bezeichnet werden. Gerade im ersten Staatsexamen stellt sich die Begründetheit dieser Gestaltungsklage als klare Herausforderung dar. Allerdings lässt sich auch die Begründetheit mit einer effektiven Kommentierung und exakter Gesetzeslektüre in den Griff bekommen – zusätzliches Know-how zu den beliebten Standardproblemen lassen die Punktezahl in die Höhe schellen.

a) Obersatz der Begründetheit

Bereits am Obersatz der Begründetheit lässt sich für den Korrektor erkennen, ob die VAK ihrem Wesen nach verstanden wurde. Hier muss bereits strikt danach unterschieden werden, ob ein Urteil, Versäumnisurteil, Vollstreckungsbescheid oder ein weiterer Vollstreckungstitel vorliegt, denn die VAK betrifft unmittelbar lediglich Urteile im Sinne des § 704 i.V.m. §§ 300 ff. ZPO.

⁷ BGH NJW 1980, 188 (189).

⁸ Lackmann (Fn. 3), S. 168 Rn. 500.

⁹ Lackmann (Fn. 3), S. 168 Rn. 500.

¹⁰ OLG Celle NJW-RR 2002, 1979 (1980).

¹¹ Lackmann (Fn. 3), S. 168 Rn. 500.

¹² BGH NJW-RR 2008, 1075 (1076).

¹³ Seiler (Fn. 2), § 767 Rn. 16.

¹⁴ BGH NJW-RR 1987, 1149.

¹⁵ BGH NJW-RR 1987, 1149.

*aa) Urteile und Vollstreckungsbescheide**(1) Urteile*

Soweit sich der Vollstreckungstitel aus einem Urteil ergibt, kann § 767 Abs. 2 ZPO direkt für den Obersatz verwendet werden. Dieser lautet dann:

Die VAK ist begründet, soweit der Kläger materiell-rechtliche Einwendungen geltend macht, welche erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlungen, in der die Einwendungen hätten spätestens nach der ZPO geltend gemacht werden können, entstanden sind.

(2) Versäumnisurteil

Soweit sich der Vollstreckungstitel aus einem Versäumnisurteil gemäß den §§ 330 ff. ZPO ergibt, lautet der Obersatz nach § 767 Abs. 2 ZPO wie folgt:

Die VAK ist begründet, soweit der Kläger materiell-rechtliche Einwendungen geltend macht, die nach der Zustellung des Vollstreckungsbescheids entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

(3) Vollstreckungsbescheid

Soweit sich der Vollstreckungstitel aus einem Vollstreckungsbescheid gemäß § 700 ZPO ergibt, ist § 767 Abs. 2 ZPO nach § 796 Abs. 2 ZPO dahingehend zu modifizieren, dass der Obersatz wie folgt lautet:

Die VAK ist begründet, soweit der Kläger materiell-rechtliche Einwendungen geltend macht, die nach der Zustellung des Vollstreckungsbescheids entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

(4) Gemeinsamer Obersatz

Richtig wäre in diesem Zusammenhang freilich auch, den Obersatz sowohl für das Urteil als auch für Versäumnisurteile und Vollstreckungsbescheide wie folgt abzukürzen:

Die VAK ist begründet, soweit der Kläger materiell-rechtliche Einwendungen geltend gemacht, welche nicht präkludiert sind.

bb) Weitere Vollstreckungstitel

Liegen weitere Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Abs. 1 Nrn. 1-5 ZPO vor, so sind die entsprechenden speziellen Vorschriften zu beachten. Insbesondere findet § 767 Abs. 2 ZPO bei vollstreckbaren Urkunden gemäß § 797 Abs. 4 ZPO keine Anwendung, so dass auch keine Präklusion der geltend gemachten Einwendungen eintreten kann. Es wäre freilich verfehlt, die Präklusion in den Obersatz mit aufzunehmen. Dies würde nur den Anschein erwecken, dass die Präklusionsvorschrift nicht richtig verstanden wurde.

In diesen Fällen lautet der Obersatz wie folgt:

Die VAK ist begründet, soweit der Kläger materiell-rechtliche Einwendungen gegen den Titel geltend macht.

b) Materiell-rechtliche Einwendungen

Im Bereich der Prüfung der materiell-rechtlichen Einwendungen ist ebenso wie beim Obersatz strikt danach zu unterscheiden, ob sich der Titel aus einem Urteil/Versäumnisurteil oder

Vollstreckungsbescheid oder einem weiteren Vollstreckungstitel gemäß § 794 Abs. 1 Nrn. 1-5 ZPO ergibt. Das hat gravierende Auswirkungen auf den Umfang der möglichen geltend zu machenden Einwendungen.

aa) Urteile und Vollstreckungsbescheide

Bei unmittelbarer Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO kommen lediglich rechtsvernichtende und rechtshemmende Einwendungen in Betracht.¹⁶ Allerdings kann es nicht als verfehlt angesehen werden, wenn in der Bearbeitung alle vom Kläger geltend gemachte Einwendungen unter diesem Prüfungspunkt vorgebracht und geprüft werden, ob diese nach den materiell-rechtlichen Voraussetzungen als gegeben anzusehen sind. Inwieweit diese tatsächlich bestehenden Einwendungen dann zur Geltung und folglich zum Erfolg führen, ist erst im Prüfungspunkt der Präklusion relevant. Deshalb muss es zulässig sein, auch hier die rechtshindernden Einwendungen aufzuführen und zu prüfen, sofern sich Anhaltspunkte im Sachverhalt hierzu ergeben.

Rechtsvernichtende Einwendungen können beispielsweise sein die Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB), Aufrechnung (§ 387 BGB), Kündigung, Widerruf (§ 355 Abs. 1 BGB) sowie Erlass (§ 397 Abs. 1 BGB). Unter rechtshindernden Einwendungen werden neben Stundung und Zurückbehaltungsrechten wie § 273 BGB auch die Verjährung gemäß §§ 195 ff. BGB verstanden.

bb) Weitere Vollstreckungstitel

Relevant ist insbesondere § 797 Abs. 4 ZPO, wenn eine vollstreckbare Urkunde als weiterer Vollstreckungstitel vorliegt. Denn § 767 Abs. 2 ZPO findet ausdrücklich keine Anwendung, so dass hier ebenso alle in Betracht kommenden Einwendungen aufzuführen sind. Inwieweit diese später Beachtung finden, sollte aus Gründen der Nachvollziehbarkeit und Klarheit erst unter einem weiteren Gliederungspunkt angesprochen werden. Möglich wäre eine kurze Ausführung dazu, dass eine Präklusion bei der vorliegenden vollstreckbaren Urkunde nicht in Betracht kommt, da § 797 Abs. 2 ZPO die Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO ausschließt.

Damit man während der Bearbeitung der Klausur nicht in die Versuchung kommt, die Präklusionsvorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO auch bei § 794 Abs. 4 ZPO anzuwenden, sollte § 794 Abs. 4 ZPO an § 767 Abs. 2 ZPO kommentiert werden.

c) Präklusion

Bei unmittelbarer Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO im Bereich der Urteile bzw. Versäumnisurteile und Vollstreckungsbescheide darf die geltend gemachte Einwendung nicht ausgeschlossen sein. Dabei hat der Gesetzgeber sich für eine positive Formulierung entschieden. § 767 Abs. 2 ZPO ist aufmerksam und exakt zu lesen.

¹⁶ Lackmann (Fn. 4), § 767 Rn. 22 ff.; Seiler (Fn. 2), § 767 Rn. 20a ff.

aa) Schluss der mündlichen Verhandlung

Gemäß § 296a ZPO können nach Schluss der mündlichen Verhandlungen keine Angriffs- und Verteidigungsmittel mehr vorgebracht werden. Soweit eine mündliche Verhandlung nicht stattfindet und die Entscheidung des Gerichts durch ein schriftliches Verfahren ergeht, ist anstelle des Schlusses der mündlichen Verhandlung die Einreichungsfrist für die Schriftsätze gemäß § 128 Abs. 2 ZPO maßgeblich.¹⁷ Der „Schluss der mündlichen Verhandlung“ kann sich folgerichtig nicht auf Versäumnisurteile gemäß §§ 331 ff. ZPO beziehen, da in diesen Fällen gerade infolge Säumnis einer Partei keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat.

bb) Durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können

Die zweite Alternative des § 767 Abs. 2 ZPO betrifft den Fall der Versäumnisurteile, da, wie soeben bereits erwähnt, keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat.¹⁸ Deshalb ist ein anderer zeitlicher Anknüpfungspunkt notwendig. Dieser betrifft den Einspruch, welcher in § 338 ZPO geregelt ist. Ein zeitlich anderer Anknüpfungspunkt für die Präklusion liegt auch im Falle eines Vollstreckungsbescheids vor. Gemäß § 796 Abs. 2 ZPO ist auf den Zeitpunkt der Zustellung abzustellen. Rechtsbehelf gegen den Vollstreckungsbescheid ist wiederum der Einspruch, da gemäß § 700 Abs. 1 ZPO der Vollstreckungsbescheid einem für vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteil gleichsteht.

Über „Einspruch“ bei § 767 Abs. 2 ZPO ist es sinnvoll, § 338 ZPO und § 700 ZPO zu kommentieren, um während der Bearbeitungszeit nicht nach der Bedeutung suchen und überlegen zu müssen.

*cc) Das Entstehen der Einwendung im Sinne des § 767 Abs. 2 ZPO**(1) Allgemeines*

Die Problematik zum Thema, wann eine Einwendung im Sinne des § 767 Abs. 2 ZPO entstanden ist, sollte sich zunächst durch eine farbliche Hervorhebung des Wortes „entstanden“ verdeutlichen werden, damit diese Problematik im Ernstfall nicht vergessen wird.

Dass bei unmittelbarer Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO lediglich rechtsvernichtende und rechtshindernde Einwendungen geltend gemachten werden können, ergibt sich bereits aus der deutlichen Formulierung „entstanden“. Rechtshindernde Einwendungen können nicht nach Schluss der mündlichen Verhandlung entstehen.

Beispielsweise war der Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses voll geschäftsfähig, §§ 2, 106 BGB. Dass der Beklagte zeitlich nachfolgend geschäftsunfähig gemäß § 104 Nr. 2 BGB wird, ändert am wirksamen Vertragsschluss nichts mehr, da es gerade auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt. Dagegen können rechtsvernichtende und rechtshindernde Einwendungen auch zeitlich nachfolgend geltend ge-

macht werden, da diese gerade einen wirksamen Vertragsschluss voraussetzten.

Soweit bereits oben geprüft worden ist, ob tatsächlich materiell-rechtliche Einwendungen vorliegen, ist spätestens hier zu prüfen, um welche Art von Einwendungen es sich handelt und ob diese Art der Einwendung überhaupt von der Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO unmittelbar erfasst ist. Andernfalls ist eine kurze Erklärung notwendig, warum rechtshindernde Einwendungen trotz tatsächlichem Vorliegen nicht berücksichtigt werden können.

(2) Allgemeine Einwendungen

Grundsätzlich ist auf die objektive Möglichkeit der Geltendmachung abzustellen. Dabei kommt es freilich nicht darauf an, ob der Kläger die Möglichkeit kannte oder gerade schuldhaft nicht kannte.¹⁹ War beispielsweise eine Kaufpreisforderung bereits während der Verhandlung durch den Beklagten bezahlt worden und dieser trägt nichts zur Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB während der mündlichen Verhandlung vor, so kann sich der Beklagte mit der VAK nicht erfolgreich gegen die Vollstreckbarkeit des Titels wehren.

(3) Gestaltungsrechte

Anders und insbesondere in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt, wird die Frage, wann Gestaltungsrechte wie Kündigung²⁰, Widerruf oder Anfechtung im Sinne des § 767 Abs. 2 ZPO entstanden sind. Hierbei ist zwingend zwischen der Gestaltungslage und der Gestaltungserklärung zu unterscheiden.

Entsteht die Gestaltungslage zum Beispiel in Form der Anfechtungslage erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung und erklärt der Kläger die Anfechtung im Rahmen der VAK, so stellt dies keinerlei Schwierigkeiten dar – denn im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung bestand weder objektiv die Möglichkeit noch subjektive Kenntnis davon.

Problematisch wird es jedoch dann, wenn die Gestaltungslage bereits während der mündlichen Verhandlung beziehungsweise zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorlag, der Kläger die Gestaltungserklärung erst danach vorträgt. Die Rechtsprechung stellt auch bei dieser Konstellation auf die objektive Möglichkeit der Ausübung ab.²¹ Dabei kommt es dieser Ansicht evident auf die Schutzwürdigkeit der Rechtskraft an sowie auf die weitere Vollstreckbarkeit des Titels.²² Es spielt hierbei keine Rolle, ob der Kläger von der Gestaltungslage Kenntnis hatte oder diese schuldhaft nicht hatte. Entscheidend ist alleine, ob nach objektiven Beurteilungsmaßstäben eine Gestaltungslage bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Präklusion vorgelegen hat.

¹⁹ BGH NJW-RR 2004, 1422 (1423); Lackmann (Fn. 4), § 767 Rn. 33; Brand, JuS 2002, 637 (638).

²⁰ BGH NJW-RR 2006, 229 (230); Seiler (Fn. 2), § 767 Rn. 22a.

²¹ BGH NJW 1987, 1691 (1691); Seiler (Fn. 2), § 767 Rn. 22a; Schmidt, JuS 2005, 1129 (1130).

²² Lackmann (Fn. 3), S. 173 Rn. 518.

¹⁷ Seiler (Fn. 2), § 767 Rn. 21a.

¹⁸ BGH NJW 1982, 1812; a.A. OLG Hamm NJW-RR 2000, 659 f.

Andere wiederum stellen nicht auf die Gestaltungslage sondern auf die Gestaltungserklärung ab und sehen ein Gestaltungsrecht dann als entstanden im Sinne des § 767 Abs. 2 ZPO an, soweit der Kläger die Ausübung des Gestaltungsrechts erklärt.²³ Erklärt der Kläger beispielsweise die Anfechtung nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, obwohl die Anfechtungslage bereits zeitlich früher bestand, so ist nach dieser Ansicht die Einwendung nicht präkludiert. Begründet wird dies insbesondere damit, dass das Entstehen einer Einwendung lediglich nach materiellem Recht beurteilt werden darf und folglich nicht nach dem Prozessrecht.²⁴

Allerdings überzeugt die Rechtsprechung. Das Abstellen auf die objektive Möglichkeit sichert nicht nur die Rechtskraft, welche im Interesse der Parteien und des Rechtsverkehrs steht, sondern verhindert darüber hinaus eine willkürliche und planmäßige Ausnutzung der prozessualen Klagearten. So ist zu bedenken, dass bei Kenntnis der Gestaltungslage durch die zeitlich spätere Gestaltungserklärung eine zusätzliche Instanz für die Entscheidung geschaffen werden kann, so dass der Rechtsschutz des Klägers ungerechtfertigt ausgeweitet wird. Beim Abstellen auf die subjektive Kenntnis würde die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des Titels unterlaufen werden, da der Kläger beides durch die Gestaltungserklärung und Erhebung der VAK umgehen könnte. Aber das ist durch die VAK freilich nicht gewollt.

(4) §§ 767 Abs. 2, 796 Abs. 2 ZPO

Liegt ein Versäumnisurteil oder Vollstreckungsbescheid vor, so ist auf den Ablauf der Einspruchsfrist für die Beurteilung abzustellen, wann eine Einwendung im Sinne des § 767 Abs. 2 ZPO oder § 795 Abs. 2 ZPO entstanden ist.

dd) Keine Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO

Im Hinblick auf § 797 Abs. 4 ZPO findet § 767 Abs. 2 ZPO keine Anwendung, was folglich dazu führt, dass eine Präklusion der geltend gemachten Einwendungen nicht möglich ist. Deshalb können bei vollstreckbaren Urkunden auch rechtshindernde Einwendungen geltend gemachten werden. Der Kläger hatte bis zur Erhebung der VAK noch keine Möglichkeit, rechtshindernde Einwendungen geltend zu machen. Diese Möglichkeit darf ihm im Rahmen der VAK auch nicht genommen werden.

III. Fazit

Auch eine eher unbekannt und auf den ersten Blick wenig verständliche Rechtsmaterie lässt sich durch aufmerksames und exaktes Lesen sowie durch eine die Lerneinheiten unterstützende Kommentierung des Gesetzestextes in den Griff bekommen. Dabei dürfen die Lerneinheiten anhand von Karteikarten und Prüfungsschemata in keinem Fall vernachlässigt werden. Allerdings reicht dieses Wissen im Ernstfall nicht aus. Vielmehr wird erst durch aufmerksames Lesen der Normen erkannt, wo genau sich die Probleme versteckt halten und vor allem, wie diese gelöst werden können. Die entsprechende

Kennzeichnung von Schlüsselwörtern der Norm erleichtert die Einordnung der einschlägigen Problemkreise dieser Rechtsmaterie und sichern, dass im Ernstfall der Klausur das Gelernte nicht vergessen wird.

Ein Beispiel einer möglichen effektiven Kommentierung zur Ergänzung der Lerneinheiten sieht wie folgt aus:

²³ Lackmann (Fn. 4), § 767 Rn. 37.

²⁴ Lackmann (Fn. 4), § 767 Rn. 37.

<p>§ 767. Vollstreckungsabwehrklage.</p>	<p>§ 775</p>
<p>§ 362 BGB § 704 § 194 Abs. 1 BGB (1) Einwendungen, die den durch das <u>Urteil</u> festgestellten <u>Anspruch</u> selbst § 802 § 797 Abs. 5 betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges geltend zu machen.</p>	<p>§ 795</p>
<p>(2) Sie sind nur insoweit zulässig, als die <u>Gründe, auf denen sie beruhen</u>, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, § 296a § 338 § 700</p>	<p>§ 322 Abs. 1 § 797 Abs. 4</p>
<p>entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.</p>	<p>§ 796 Abs. 2</p>
<p>(3) [...]</p>	

- § 362 BGB Beispielhafte materiell-rechtliche Einwendung
- § 704 BGB Verweisung auf vollstreckbare Endurteile
- § 194 Abs. 1 BGB Legaldefinition des Anspruchs
- § 802 ZPO Ausschließlicher Gerichtsstand im Zwangsvollstreckungsrecht
- § 797 Abs. 5 ZPO Ausnahme und Denkhilfe zur Bestimmung des ausschließlichen Gerichtsstandes
- § 296a ZPO Normiert Unzulässigkeit des Vorbringens nach Schluss der mündlichen Verhandlung
- § 338 ZPO Einspruch gegen Versäumnisurteil
- § 700 ZPO Ist Versäumnisurteil gleichgestellt
- § 775 ZPO Rechtsfolgen der VAK
- § 795 ZPO Verweisungsnorm der weiteren Vollstreckungstitel auf die allgemeinen Vorschriften
- § 322 Abs. 1 ZPO Schutz der Rechtskraft des Urteils
- § 797 Abs. 4 ZPO Ausschlussnorm zu § 767 Abs. 2 ZPO
- § 796 Abs. 2 ZPO zeitlich anderer Anknüpfungspunkt für Präklusion