

- streckung zulässig ist. Wird zB nur die Frage der (Un-) Pfändbarkeit eines Gegenstandes nach § 811 zur Entscheidung durch das Erinnerungsgericht gestellt, kann auch nur sie beantwortet werden. Es muss daher tenorieren: „Auf die Erinnerung des Gläubigers wird der Gerichtsvollzieher angewiesen, die Vollstreckung in ... (Gegenstand) nicht mit der Begründung zu verweigern, dieser sei gem. § 811 unpfändbar“. Ist ein ablehnender Beschluss des Vollstreckungsgerichts erfolgreich angefochten, so kann das Gericht den Beschluss selbst erlassen oder entsprechend § 572 Abs. 3 den Rechtspfleger hierzu anweisen.
- 30 b) **Schuldner, Teilerfolg.** Ist eine Erinnerung des Schuldners begründet, ist die entsprechende Zwangsvollstreckungsmaßnahme (nicht die Zwangsvollstreckung⁸¹) für unzulässig zu erklären (mit der Folge des § 775 Nr. 1). Zu beachten ist, welche Rechtsfolge ein festgestellter Verfahrensfehler hat. Wendet sich der Schuldner gegen Pfändung und sofortige Wegschaffung eines PKW und ist nur die Wegschaffung fehlerhaft, so muss der Tenor etwa lauten: „Auf die Erinnerung des Schuldners wird die vom Gerichtsvollzieher am ... (Datum) in ... (Ort) durchgeführte Zwangsvollstreckung insoweit für unzulässig erklärt, als der Gerichtsvollzieher den PKW nicht im Gewahrsam des Schuldners belassen hat“. Allein der die Vollstreckung für unzulässig erklärende Beschluss beendet die Verstrickung nicht (s. § 803 Rn. 11), vielmehr erst das Entfernen des Pfandsiegels durch den Gerichtsvollzieher, zu dem er nach §§ 775 Nr. 1, 776 S. 1 auch ohne eine – demnach überflüssige – Anordnung im Tenor verpflichtet ist. Ein Beschluss des Vollstreckungsgerichts ist aufzuheben und der Antrag auf seinen Erlass zurückzuweisen. Mit der Aufhebung erlischt das Pfändungspfandrecht (s. § 829 Rn. 24; zur Aussetzung der Vollziehung s. Rn. 31). Bei einem **Teilerfolg des Erinnerungsführers**, der nur dann vorliegen kann, wenn ein bestimmter Antrag gestellt oder ein in der Begründung erklärtes Ziel nicht erreicht wird (s. Rn. 16), ist die **weiter gehende Erinnerung zurückzuweisen**.
- 31 2. **Nebenentscheidungen.** Die Kostenentscheidung richtet sich nach §§ 91 ff.⁸² Die Kosten können nur der unterliegenden Partei, nicht etwa dem Gerichtsvollzieher auferlegt werden.⁸³ Ist der Schuldner nicht beteiligt worden (zB bei einer Kostenerinnerung des Gläubigers), ergeht zu seinen Lasten keine Kostenentscheidung nach §§ 91 ff.,⁸⁴ die Kosten können nach und unter den Voraussetzungen des § 788 beigegeben werden.⁸⁵ Wegen § 794 Abs. 1 Nr. 3 bedarf es keiner Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit. Die Entscheidung wird mit der **Bekanntgabe** (§ 329 Abs. 1, 3) **wirksam**.⁸⁶ Wird der Erinnerung ganz oder teilweise stattgegeben, sollte wegen des drohenden Verlustes von Verstrickung und Pfändungspfandrecht (s. Rn. 30) die **Vollziehung der Entscheidung** analog § 570 Abs. 2 unbedingt bis zur Rechtskraft des Beschlusses oder einer anders lautenden Entscheidung des Beschwerdegerichts **ausgesetzt** werden (s. a. § 829 Rn. 24).⁸⁷
- 32 3. **Entscheidungsform, Rechtsmittel, Rechtskraft.** Zu entscheiden ist, auch nach mündlicher Verhandlung, **durch Beschluss** (§ 764 Abs. 3). Der Erinnerungsbeschluss ist dem (den) Unterlegenen förmlich zuzustellen, weil die Zustellung die Rechtsmittelfrist in Lauf setzt (§ 329 Abs. 3). **Rechtsmittel** gegen den Erinnerungsbeschluss ist die **sofortige Beschwerde**, § 793. Eine Abhilfe ist möglich (§ 572 Abs. 1 S. 1). Ein Einstellungsbeschluss nach Abs. 1 S. 2 ist nicht anfechtbar (s. § 732 Rn. 10). Der Beschluss ist wegen des Rechtsmittels sofortige Beschwerde der **formellen Rechtskraft** fähig (§ 569 Abs. 1). **Materielle Rechtskraft** tritt gegenüber den Parteien des Erinnerungsverfahrens ein (s. § 329 Rn. 17); gegenüber dem Erinnerungsgegner aber nur, wenn ihm rechtliches Gehör gewährt wurde.⁸⁸ Sind Dritte erinnerungsbefugt, erstreckt sich die Rechtskraft nur auf sie, wenn sie auch Partei des Erinnerungsverfahrens waren.⁸⁹

VII. Gebühren und Kosten

- 33 1. **Rechtsanwaltsgebühren.** Der mit der angegriffenen Vollstreckungsmaßnahme des Gerichtsvollziehers beauftragte **Anwalt des Gläubigers** erhält keine besonderen Gebühren (eine Angelegenheit, § 18 Nr. 3 RVG).⁹⁰ Der **Rechtsanwalt des Schuldners** oder eines Dritten erhält die 0,5 Gebühr aus Nr. 3500 VV RVG.
- 34 2. **Gerichtskosten.** Gerichtsgebühren werden nicht erhoben, **Auslagen** indessen berechnet. Für das Beschwerdeverfahren gilt KV Nr. 2121.

767 Vollstreckungsabwehrklage (1) Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges geltend zu machen.

(2) Sie sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

⁸¹ So aber Zö/Stöber Rn. 29.

⁸² BGH NJW-RR 1989, 125; MK/Karsten Schmidt Rn. 49; StJ/Münzberg Rn. 45.

⁸³ BGH (Fn. 75).

⁸⁴ OLG Hamm DGVZ 1994, 27f.

⁸⁵ Ro/G/Sch § 37 VII 2.

⁸⁶ BGH (Fn. 39); OLG Saarbrücken Rpfleger 1991, 513; Zö/Stöber Rn. 30 m. weit. Nachw.

⁸⁷ StJ/Münzberg Rn. 48; Zö/Stöber Rn. 30; weiter gehend (zwingend) OLG Schleswig SchIHA 1993, 91.

⁸⁸ MK/Karsten Schmidt Rn. 55; StJ/Münzberg Rn. 55.

⁸⁹ StJ/Münzberg Rn. 50 in Fn. 291; Brox/Walker Rn. 1249; ähnlich MK/Karsten Schmidt Rn. 55.

⁹⁰ S. zum bisherigen Recht Gerold/Schmidt/v. Eicken § 58 Rn. 6, § 57 Rn. 21.

(3) Der Schuldner muss in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, die er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Normzweck	1	1. Allgemeines	21
II. Rechtsnatur, Anwendungsbereich	2–7	2. Zulässige Einwendungen	22–28
1. Rechtsnatur	2	a) Beispiele für zu berücksichtigende	
2. Anwendungsbereich	3–6	Einwendungen	23–27
a) Urteile, Titel des § 794 Abs. 1	3–5	b) Nicht zu berücksichtigende	
b) Sonstige Titel	6	Einwendungen	28
3. Keine Anwendbarkeit	7	3. Beweislast	29
III. Abgrenzung zu anderen Rechtsbehelfen ..	8–15	VI. Präklusion nach Absatz 2	30–40
1. Vollstreckungserinnerung	8	1. Allgemeines	30
2. Leistungs- bzw. Feststellungsklagen,		2. Anwendungsbereich	31
Drittwiderrspruchsklage	9	3. Maßgeblicher Zeitpunkt	32–39
3. Klauselerinnerung, prozessuale		a) Letzte mündliche Verhandlung	32
Gestaltungsklage analog § 767	9a–9b	b) Entstandene Einwendungen	33
a) Klauselerinnerung	9a	c) Gestaltungsrechte	34–37
b) Prozessuale Gestaltungsklage	9b	d) Versäumnisurteil	38
4. Abänderungsklage, § 323	10	e) Abtretung, gesetzlicher Forderungs-	
5. Schadensersatzklage gestützt auf		übergang	39
§ 826 BGB	11	4. Umfang der Präklusion	40
6. Berufung	12	VII. Präklusion nach Absatz 3	41, 42
7. Prozessvergleich	13	1. Allgemeines	41
8. Klage auf Herausgabe des Titels	14	2. Anwendungsbereich, Voraussetzungen ..	42
9. Bereicherungsklagen	15	VIII. Verfahren und Entscheidung	43–46
IV. Zulässigkeit der Klage	16–20	1. Verfahren	43
1. Klageantrag, Streitgegenstand	16	2. Entscheidung	44, 45
2. Zuständigkeit	17	a) Tenor der stattgebenden Klage	44
3. Rechtsschutzinteresse	18, 19	b) Vorläufige Vollstreckbarkeit	45
a) Allgemeines	18	3. Urteilswirkungen	46
b) Einfacherer Weg	19	IX. Gebühren und Kosten	47, 48
4. Klageänderung	20	1. Rechtsanwaltsgebühren	47
V. Begründetheit der Klage	21–29	2. Gerichtskosten	48

I. Normzweck

Normzweck. Die Vollstreckung als hoheitliche Handlung ist durch Titel und Vollstreckungsklausel ge- 1
deckt. Die Formalisierung der Vollstreckung verbietet dem Vollstreckungsorgan, den Bestand des titulierten 1
Anspruchs zu überprüfen. Der materiell-rechtliche Anspruch des Gläubigers kann geringer als der 1
titulierte Anspruch geworden sein. Dies kann der Schuldner mit der Vollstreckungsabwehrklage einwen- 1
den, mit Erfolg aber nur, wenn Rechtskraft oder Präklusionsvorschriften nicht entgegenstehen. Die Klage 1
richtet sich nicht gegen den Anspruch selbst, sondern gegen die Vollstreckbarkeit des Titels. Sie dient 1
nicht der Durchbrechung der Rechtskraft, wie insbesondere die Präklusionsvorschrift des Abs. 2 verdeut- 1
licht.

II. Rechtsnatur, Anwendungsbereich

1. Rechtsnatur. Nach hM ist die Vollstreckungsabwehrklage **prozessuale Gestaltungsklage**.¹ Durch 2
den Erlass des stattgebenden Urteils wird dem Titel seine Vollstreckbarkeit rechtsgestaltend genommen. 2
Die Vollstreckung wird unzulässig, es wird nicht lediglich festgestellt, dass sie unzulässig ist oder war. 2
Zum Streitgegenstand s. Rn. 16.

2. Anwendungsbereich. a) **Urteile, Titel des § 794 Abs. 1.** aa) Von den Urteilen kommen nur Leis- 3
tungsurteile, nicht aber Feststellungs- oder Gestaltungsurteile in Betracht, weil letztere keinen vollstreck- 3
baren Ausspruch enthalten. Zur **analogen Anwendung** auf nicht der materiellen Rechtskraft fähige Zah- 3
lungstitel (Gestaltungsklage auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung) s. Rn. 9b. Über § 795 S. 1 3
findet § 767 auch auf **andere Leistungstitel** als Urteile Anwendung, nämlich die in § 794 Abs. 1 genannten, 3
bei denen folgende Besonderheiten bestehen:

bb) Die Unwirksamkeit des **Prozessvergleichs** (§ 794 Abs. 1 Nr. 1) wird durch Fortsetzung des Rechts- 4
streits geltend gemacht (s. Rn. 13, § 794 Rn. 21). Abs. 2 findet keine Anwendung, s. Rn. 31. Gegen **Kosten-** 4
festsetzungsbeschlüsse (§ 794 Abs. 1 Nr. 2) muss gesondert vorgegangen werden; die gegen das Urteil 4
gerichtete Vollstreckungsabwehrklage beeinflusst die Vollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss 4
nicht ohne weiteres.² Abs. 2 findet keine Anwendung, s. Rn. 31. Die Auffassung, es sei auch eine sich ge- 4
gen die Vollstreckung wegen der Kosten wendende Vollstreckungsabwehrklage **vor Erlass eines Kosten-** 4
festsetzungsbeschlusses möglich,³ ist unzutreffend. Es existiert noch kein vollstreckbarer Anspruch, des-

¹ BGHZ 22, 54, 56 = NJW 1957, 23; s. ausführlich MK/Karsten Schmidt Rn. 3.

² BGH NJW 1995, 3318f.; OLG Stuttgart NJW 1955, 1562.

³ Münzberg NJW 1996, 2126, 2128f.

- sen Höhe im Übrigen unklar ist. Bei **Unterhaltsbetrags-, abänderungsbeschlüssen, einstweiligen Anordnungen** (§ 794 Abs. 1 Nr. 2a, 3a) ist die Vollstreckungsabwehrklage statthaft, soweit materiellrechtliche Einwendungen geltend gemacht werden (zB Erfüllung⁴), die nicht unter Spezialregelungen der §§ 654ff., §§ 620b,⁵ 620f⁶ (s. a. § 620f Rn. 13) fallen. Für Regelunterhaltstitel nach § 1612a BGB enthält § 798a für das Ende der Minderjährigkeit eine Sondervorschrift.
- 5 cc) Bei **Schiedssprüchen, -vergleichen, Anwaltsvergleichen** können wegen des Verfahrens ohne mündliche Verhandlung und der eingeschränkten Rechtsmittel materielle Einwendungen im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung nicht geltend gemacht werden (s. auch § 796a Rn. 10, § 1060 Rn. 12; einschränkend beim Anwaltsvergleich *Voit* § 796a Rn. 10; aA beim Schiedsverfahren *Voit* § 1060 Rn. 12).⁷ Bei **vollstreckbaren Urkunden** (§ 794 Abs. 1 Nr. 5) gilt Abs. 2 nicht, s. Rn. 31. Gegen in **ausländischen Titeln**, die nach dem AVAG für **vollstreckbar erklärt** wurden, enthaltene Ansprüche kann gem. § 14 AVAG Vollstreckungsabwehrklage nur erhoben werden, wenn die Gründe hierfür nach Ablauf der Beschwerdefrist des § 11 Abs. 3 AVAG bzw. nach Beendigung eines durchgeführten Beschwerdeverfahrens entstanden sind.
- 6 b) **Sonstige Titel**. Soweit die ZPO anwendbar ist und keine speziellen Normen existieren, kann der Leistungsausspruch in anderen Titeln mit der Vollstreckungsabwehrklage angegriffen werden. Beispielhaft seien erwähnt: § 16 Abs. 3 HausratsVO;⁸ Teilungsplan nach § 115 Abs. 3 ZVG;⁹ Urteile im Adhäsionsverfahren (§ 406b StPO); Zuschlagsbeschlüsse nach §§ 93, 132 ZVG.¹⁰ Einwendungen gegen die Feststellungen in der Insolvenztabelle (§ 178 Abs. 3 InsO) müssen nach Feststellung der Forderung entstanden sein.¹¹
- 7 3. **Keine Anwendbarkeit**. Die Vollstreckungsabwehrklage ist nicht statthaft gegen in **Arresten und einstweiligen Verfügungen** titulierte Ansprüche.¹² Insoweit ist § 927 vorrangig. Ausnahme ist die **Leistungsverfügung** (s. a. § 936 Rn. 7).¹³ Im **WEG-Verfahren** findet nicht § 767, sondern das Erkenntnisverfahren des WEG nach den Vorschriften des FGG Anwendung.¹⁴ Im Justizbeitreibungsverfahren gilt § 767 nicht, § 6 Abs. 1 Nr. 1 JBeitRO. Eine Sonderregelung enthält § 8 JBeitRO. Einwendungen gegen vollstreckbare Ausfertigungen von Notarkostenrechnungen können nur nach § 156 KostO geltend gemacht werden.¹⁵ Zu ausländischen Titeln s. Rn. 5.

III. Abgrenzung zu anderen Rechtsbehelfen

- 8 1. **Vollstreckungserinnerung**. S. § 766 Rn. 4. Zu der Streitfrage, wie Vollstreckungsverträge geltend zu machen sind, s. § 766 Rn. 7. Zu Verfallklauseln s. § 726 Rn. 3.
- 9 2. **Leistungs- bzw. Feststellungsklagen, Drittwiderspruchsklage**. Eine Leistungs- bzw. Feststellungsklage¹⁶ wegen des Anspruchs, der die Einwendung nach § 767 gibt, bleibt zulässig. Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage auf Bestehen¹⁷ oder Nichtbestehen¹⁸ eines Anspruchs oder Reichweite eines Titels¹⁹ fehlt nicht, auch wenn der Schuldner Vollstreckungsabwehrklage erheben kann. Mit der Vollstreckungsabwehrklage kann er die Vollstreckbarkeit des Titels beseitigen. Nur dieser Ausspruch erwächst nach hM (s. Rn. 46) in Rechtskraft, nicht, dass der titulierte Anspruch nicht mehr besteht. Die **negative Feststellungsklage** bezüglich des der Vollstreckung zu Grunde liegenden Anspruchs ist nur möglich, soweit nicht Abs. 2 oder die Rechtskraft entgegensteht.²⁰ Zur Abgrenzung zur **Drittwiderspruchsklage** (§ 771) s. § 771 Rn. 2.
- 9a 3. **Klauselerinnerung, prozessuale Gestaltungsklage analog 767. a) Mit der Klauselerinnerung** (§ 732) kann u. a. geltend gemacht werden, es liege kein Titel vor (s. § 732 Rn. 8). Ein Titel liegt rechtlich gesehen auch dann nicht vor, wenn der Titel nichtig ist. Dies kann aus formellen Gründen (zB der Titel ist zu unbestimmt) und aus materiell-rechtlichen Gründen (zB gegen §§ 3, 12 MaBV verstoßende Unterwerfungserklärung in Bauträgerverträgen) der Fall sein. Sind diese Nichtigkeitgründe dem Titel selbst zu entnehmen, können sie mit der Klauselerinnerung eingewandt werden; nicht aber im Fall der Nichtigkeit aus materiell-rechtlichen Gründen.²¹ Die Unwirksamkeit des Titels aus formellen und aus materiell-rechtlichen Gründen kann nach inzwischen wohl einhelliger Auffassung **nicht mit der Vollstreckungsabwehrklage** geltend gemacht werden. Ist der Titel aus formellen Gründen unwirksam, ist eine Vollstreckungsabwehrklage unzulässig.²² Ist der Titel materiell-rechtlich unwirksam, bleibt die Vollstreckungsabwehrklage zulässig; die Un-

⁴ OLG Koblenz NJWE-FER 2001, 160 m. weit. Nachw.

⁵ MK/Karsten Schmidt Rn. 29.

⁶ BGH NJW 1983, 1330; ähnlich (Rechtsschutzinteresse fehlt) OLG Köln FamRZ 1999, 1000 m. weit. Nachw.

⁷ BayObLG NJW-RR 2001, 1363; aA OLG Hamm NJW-RR 2001, 1362.

⁸ OLG Saarbrücken OLGR 2002, 183, 184; OLG Hamm FamRZ 1988, 745.

⁹ BGH NJW 1980, 2586, 2587.

¹⁰ OLG Schleswig WM 1982, 1115, 1117.

¹¹ S. dazu BGH WM 1984, 1547 (zur Konkurstabelle).

¹² MK/Karsten Schmidt Rn. 37; Lackmann Rn. 496.

¹³ BGHZ 24, 269, 273 = NJW 1957, 1362.

¹⁴ BayObLG ZMR 1999, 183, 184; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 1235 m. weit. Nachw.

¹⁵ OLG Oldenburg NJW-RR 1998, 72.

¹⁶ BGH FamRZ 1984, 878, 879; Zö/Hergert Rn. 2.

¹⁷ BGH MDR 1966, 841.

¹⁸ BGH NJW 1997, 2320, 2321.

¹⁹ BGH (Fn. 18).

²⁰ BGH NJW 1973, 803; Zö/Hergert Rn. 2 „Feststellungsklage“.

²¹ BGH NJOZ 2005, 3298, 3299; aA Voraufgabe.

²² Vgl. BGH NJW-RR 1987, 1149; StJ/Münzberg Rn. 11; Wittschier JuS 1997, 450, 451.

wirksamkeit darf aber nicht untersucht und der Entscheidung zu Grunde gelegt werden.²³ Ist eine materielle Einwendung geltend gemacht, kann der zusätzlich erhobene Einwand, der Titel sei aus formell-rechtlichen Gründen nicht vollstreckungsfähig, analog § 767 mitgeprüft werden.²⁴

b) **Prozessuale Gestaltungsklage analog § 767.** Diese Klageform ist vom BGH zunächst für die Fälle entwickelt worden, in denen ein nach dem äußeren Erscheinungsbild wirksamer Titel aus formellen Gründen unwirksam ist, ohne dass dies dem Titelinhalt zu entnehmen ist: Ist ein Zahlungstitel nicht der materiellen Rechtskraft fähig, weil nicht erkennbar ist, über welchen Anspruch entschieden wurde (Teilklage ohne Angabe des streitgegenständlichen Teils), kann analog § 767 Abs. 1 die Vollstreckung für unzulässig erklärt werden. Abs. 2, 3 sind nicht anwendbar.²⁵ Nach der Rechtsprechung ist diese Klage auch in den Fällen statthaft, in denen die Unwirksamkeit aus formellen Gründen dem Titel zu entnehmen ist (zB erkennbar unbestimmter Titel)²⁶ oder der Titel aus materiell-rechtlichen Gründen unwirksam ist (zB bei einer gegen §§ 3, 12 MaBV verstoßenden Unterwerfungserklärung in Bauträgerverträgen²⁷ oder bei einer aus einem Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz folgender Unwirksamkeit einer Vollmacht zur Abgabe einer Unterwerfungserklärung;²⁸ s. hierzu auch § 794 Rn. 35 f.). Geht man mit der wohl zutreffenden neuen Rechtsprechung des BGH davon aus, dass die Nichtigkeit aus materiell-rechtlichen Gründen nicht mit einer Klauselerinnerung (§ 732) geltend gemacht werden kann (s. Rn. 9a), ist dies konsequent.²⁹ Liegen die Voraussetzungen einer Klauselerinnerung nach § 732 ZPO und einer prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 vor, so hat der Schuldner ein Wahlrecht.³⁰

4. **Abänderungsklage, § 323.** S. hierzu die Ausführungen § 323 Rn. 14 ff. Wegen der Abgrenzungsprobleme kann – bei einheitlichem Gerichtsstand – mit der Vollstreckungsabwehrklage ein Hilfsantrag nach § 323 verbunden werden.³¹ Der **unterschiedliche Streitgegenstand** (§ 323 Rn. 17) macht beide Klagen nebeneinander möglich.³²

5. **Schadensersatzklage gestützt auf § 826 BGB.** S. hierzu § 322 Rn. 91 ff. Eine Konkurrenz zu § 767 besteht nicht.³³ Die Schadensersatzklage wird auf die Unrichtigkeit bereits des Titels gestützt (§ 322 Rn. 91), die Vollstreckungsabwehrklage auf nachträglich entstandene materielle Einwendungen gegen den titulierten Anspruch. S. auch Rn. 25 „Sittenwidrige Titelausnutzung“.

6. **Berufung.** Zwischen der Vollstreckungsabwehrklage gegen den titulierten Anspruch und einer Berufung gegen das Urteil hat der Schuldner grundsätzlich die Wahl,³⁴ wenn der Vollstreckungsabwehrklage nicht Abs. 2 (s. Rn. 30 ff.) entgegensteht. Das Rechtsschutzinteresse für eine zusätzliche Vollstreckungsabwehrklage fehlt allerdings dann, wenn der Schuldner die Berufung bereits eingelegt hat.³⁵ Anders ist es, wenn der Einwand, auf den die Vollstreckungsabwehrklage gestützt ist, im Berufungsverfahren nicht zur Prüfung ansteht.³⁶

7. **Prozessvergleich.** Bei Streit um die Unwirksamkeit des Vergleichs ist das alte Verfahren fortzusetzen, dessen Prozessbeendigung nicht eingetreten ist.³⁷ S. im Einzelnen § 794 Rn. 20 ff.

8. **Klage auf Herausgabe des Titels.** Eine solche auf analoge Anwendung des § 371 BGB³⁸ gestützte Klage scheitert nicht daran, dass § 767 die speziellere Norm ist. Vollstreckungsabwehrklage und Herausgabeklage sind auf andere Ziele gerichtet.³⁹ Ohne vorhergehende⁴⁰ oder gleichzeitige⁴¹ Vollstreckungsabwehrklage ist die Herausgabeklage nur zulässig, wenn der Gläubiger die Herausgabe verweigert, obwohl das Erlöschen des titulierten Anspruchs unstreitig ist⁴² und der Schuldner deshalb bei einer Vollstreckungsabwehrklage mit einem sofortigen Anerkenntnis rechnen muss; ansonsten könnten Abs. 2, 3 umgangen werden.⁴³ Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn die vollständige Leistung auf dem Titel vermerkt ist.⁴⁴

²³ BGH NJW 1997, 2887; BGHZ 118, 229, 233 = NJW 1992, 2160.

²⁴ BGH NJW-RR 2004, 472, 473 f.

²⁵ BGH NJW 1994, 460, 461 f. mit Anm. Foerste ZZZ 107 (1994), 370 ff.; OLG Zweibrücken WM 2002, 1927, 1928; OLG Köln NJW-RR 1999, 22; Th/P/Putzo Rn. 8a; Ro/G/Sch § 40 IV 2.

²⁶ OLG Koblenz NJW-RR 2002, 1509, 1510; mit der Vollstreckungsabwehrklage kann dieser Einwand nicht geltend gemacht werden, BGH NotBZ 2004, 104.

²⁷ BGH NJW 2002, 138 ff. (Unwirksamkeit der Unterwerfung gem. § 9 AGBG); OLG Düsseldorf InVo 2002, 234; OLG Hamm BauR 2000, 1059; OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 548 f.; OLG Köln NJW-RR 1999, 22; Pause NJW 2000, 769, 770; Lange, Festschr. f. Müller, 2003, S. 158 ff.

²⁸ BGH NJW 2003, 1594, 1595.

²⁹ Zweifelnd noch Vorauflage.

³⁰ BGH NJW 2006, 695, 696; NJW-RR 2004, 1718 f.

³¹ BGH FamRZ 1979, 791.

³² BGH FamRZ 1979, 573, 575; MK/Karsten Schmidt Rn. 4.

³³ MK/Karsten Schmidt Rn. 19.

³⁴ BGH NJW 1975, 539, 540; Zö/Herget Rn. 4.

³⁵ BAGE 31, 288, 292 = NJW 1980, 141.

³⁶ OLG Frankfurt, NJW-RR 1992, 31, 32; Zö/Herget Rn. 4.

³⁷ BGHZ 86, 184, 187 = NJW 1983, 996; StJ/Münzberg § 794 Rn. 58; Zö/Stöber § 794 Rn. 15a; Wittschier JuS 1997, 450, 451; aA Baur/Stürmer Rn. 228.

³⁸ BGHZ 127, 148 = NJW 1994, 3225; OLG Düsseldorf MDR 1953, 557; Ro/G/Sch § 16 I 4.

³⁹ BGH (Fn. 38); Lackmann Rn. 555.

⁴⁰ Vgl. BGH (Fn. 38) („jedenfalls“ nach Vollstreckungsgegenklage).

⁴¹ BGH WM 1975, 1213; OLG Köln FamRZ 1984, 1089, 1090.

⁴² MK/Karsten Schmidt Rn. 20 m. weit. Nachw.; ähnlich Ro/G/Sch § 16 I 4.

⁴³ Ro/G/Sch § 16 I 4.

⁴⁴ MK/Karsten Schmidt Rn. 20.

Dagegen ist der Schuldner, wenn er nur ein Urteil nach § 767 besitzt, nicht umfassend geschützt, weil § 775 Nr. 1 weniger gibt als der Besitz des Titels. Begründet ist die Klage nur, wenn aus dem Titel überhaupt nicht mehr vollstreckt werden kann, auch nicht aus einem zu einem Urteil ergangenen Kostenfestsetzungsbeschluss.⁴⁵

- 15 **9. Bereicherungsklagen.** Nach Beendigung der Zwangsvollstreckung kann aus § 812 BGB wegen unberechtigter Vollstreckung geklagt werden.⁴⁶ Diese sog. „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ setzt voraus, dass eine Vollstreckungsabwehrklage begründet wäre, wenn die Vollstreckung noch andauern würde.⁴⁷ Die Zuständigkeitsregel des Abs. 1 gilt nicht.⁴⁸

IV. Zulässigkeit der Klage

- 16 **1. Klageantrag, Streitgegenstand.** Mit der Klage kann nur die Zwangsvollstreckung aus einem Titel angegriffen werden, nicht dessen Wirksamkeit, nicht Verfahrensfehler bei der Klauselerteilung oder der Zwangsvollstreckung. Daher lautet der **Antrag** etwa, „die Zwangsvollstreckung aus (Titelbezeichnung) für unzulässig zu erklären“. **Streitgegenstand** ist die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel wegen bestimmter Einwendungen, nicht das Bestehen der titulierten Forderung⁴⁹ oder die vorgebrachten Einwendungen selbst (s. a. Rn. 20 und 46).⁵⁰
- 17 **2. Zuständigkeit.** Zuständig zur Entscheidung ist gem. Abs. 1 – ausschließlich, § 802 – das **Prozessgericht des ersten Rechtszugs**. Das ist das Gericht erster Instanz des Rechtsstreits, in dem der Titel geschaffen worden ist.⁵¹ Die Vorschrift betrifft auch die sachliche Zuständigkeit, § 796 Abs. 3 ist nicht analog anwendbar.⁵² Handelt es sich bei dem titulierten Anspruch um eine **Familien Sache**, ist das Familiengericht zur Entscheidung zuständig.⁵³ Dies gilt auch dann, wenn Familiensachen Gegenstand eines Prozessvergleichs vor dem Landgericht sind. Es konkurrieren die ausschließlichen Zuständigkeiten der §§ 767, 621. Die familiengerichtliche Zuständigkeit geht der des 8. Buches der ZPO vor⁵⁴ (s. auch § 802 Rn. 2). Dagegen begründet die Aufrechnung mit einem familienrechtlichen Anspruch allein nicht die Zuständigkeit des Familiengerichts.⁵⁵ Für Vollstreckungsabwehrklagen gegen Titel auf Unterhalt minderjähriger Kinder gilt die Zuständigkeit des § 767 Abs. 1 ZPO, nicht die des § 642 Abs. 1 S. 1 ZPO;⁵⁶ auch § 797 Abs. 5 ist gegenüber § 642 vorrangig.⁵⁷ Hat die Baulandkammer den Titel geschaffen, ist sie auch für die Vollstreckungsabwehrklage zuständig,⁵⁸ entsprechend auch ohne besonderen Antrag die Kammer für Handelssachen.⁵⁹ Zu WEG-Sachen s. Rn. 7. **Sonderregelungen** enthalten § 796 Abs. 3 für Vollstreckungsbescheide, § 797 Abs. 5 für notarielle Urkunden und § 800 (s. dort Rn. 10). § 797 Abs. 5 ist auf Prozessvergleiche nicht anwendbar.⁶⁰ Ist ein **ausländischer Titel** nach dem AVAG für vollstreckbar erklärt worden, ist für eine Vollstreckungsabwehrklage (zur Möglichkeit s. Rn. 5) gem. § 14 Abs. 2 AVAG das Gericht zuständig, das über den Antrag auf Erteilung der Klausel entschieden hat; bei Unterhaltstiteln das Familiengericht (zur örtlichen Zuständigkeit s. § 14 Abs. 2 S. 2 AVAG). Entsprechendes gilt bei Vollstreckungsurteilen nach § 722⁶¹ sowie ausländischen Schiedssprüchen (§§ 1061 f.). Zu **Europäischen Vollstreckungstiteln** für unbestrittene Forderungen s. § 1086. Ist der Titel vom **Arbeitsgericht** geschaffen, ist es auch für die Vollstreckungsabwehrklage zuständig.
- 18 **3. Rechtsschutzinteresse. a) Allgemeines.** Die Vollstreckungsabwehrklage kann bereits erhoben werden, bevor die Klausel erteilt⁶² oder umgeschrieben worden ist.⁶³ Die Vollstreckung muss nicht begonnen haben⁶⁴ oder konkret beabsichtigt sein.⁶⁵ Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt erst dann, wenn die Vollstreckung aus dem Titel vollständig beendet (einschließlich Auskehr des Erlöses⁶⁶; mit Eintritt der Fiktion des § 894⁶⁷) und der Titel an den Schuldner herausgegeben worden ist oder dem Gläubiger aus anderen Gründen unzweifelhaft keine Vollstreckungsmöglichkeit mehr bietet⁶⁸ (etwa wegen Gerichtsvollzieherquittun-

⁴⁵ OLG Hamm JurBüro 2003, 379f.

⁴⁶ BGHZ 83, 278, 280 = NJW 1982, 1147 m. weit. Nachw.

⁴⁷ BGHZ 100, 211f. = NJW 1987, 3266.

⁴⁸ MK/Karsten Schmidt Rn. 21.

⁴⁹ BGHZ 85, 367, 371f. = NJW 1983, 390; Zö/Herget Rn. 5.

⁵⁰ BGH LM Nr. 63.

⁵¹ BGH NJW 1980, 188, 189.

⁵² Lackmann Rn. 498; aA Th/P/Putzo Rn. 13, § 731 Rn. 4.

⁵³ BGH NJW 1981, 346, 347.

⁵⁴ BGH (Fn. 51), NJW 1979, 43 für das alte Recht; BayObLG FamRZ 1991, 1455 (zu § 797 Abs. 5); aA BGH NJW 1980, 1393; MK/Karsten Schmidt Rn. 50; Zö/Herget Rn. 10.

⁵⁵ BGH NJW-RR 1989, 173, 174; OLG Hamm FamRZ 1997, 1493; aA OLG Hamm NJW-RR 1989, 1415.

⁵⁶ BGH NJW 2002, 444; OLG Hamm OLGR 2003, 104, 105.

⁵⁷ OLG Hamm FamRZ 2003, 696, 697.

⁵⁸ BGH NJW 1975, 829.

⁵⁹ MK/Karsten Schmidt Rn. 49 m. weit. Nachw.

⁶⁰ S. ausführlich Lackmann Rn. 500.

⁶¹ Zö/Herget Rn. 10.

⁶² RGZ 134, 156, 162.

⁶³ BGH NJW 1992, 2159, 2160.

⁶⁴ RGZ 45, 343, 344; Lackmann Rn. 507.

⁶⁵ OLG Hamm FamRZ 2000, 1166.

⁶⁶ BGH NJW 1991, 286.

⁶⁷ OLG Hamburg MDR 1998, 1051.

⁶⁸ BGH NJW 1994, 1161, 1162.

gen nach § 757 Abs. 1) oder der Gläubiger unzweifelhaft keine Vollstreckung mehr beabsichtigt.⁶⁹ Bei einer Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen kann das Rechtsschutzbedürfnis auch dann fehlen, wenn der Titel nicht herausgegeben wird, weil der Gläubiger den Titel weiter benötigt.⁷⁰ Endet die Vollstreckung nach Rechtshängigkeit, kann der Kläger zur Bereicherungsklage („verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“, Rn. 15) übergehen, s. Rn. 20. Hat der Kläger bereits **Berufung eingelegt**, fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für eine Vollstreckungsabwehrklage, nicht aber schon bei der Möglichkeit der Berufung (s. Rn. 12). Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn im Falle der angeblichen **Unwirksamkeit eines Prozessvergleichs** der ursprüngliche Prozess fortzusetzen ist (Rn. 13, § 794 Rn. 21).

b) **Einfacherer Weg.** Das Rechtsschutzinteresse fehlt, wenn der Schuldner auf **billigerem und einfacherem Weg** zum gleichen Ziel kommen kann.⁷¹ Ist der Titel aus formellen Gründen unwirksam, so ist die Vollstreckungsabwehrklage unzulässig.⁷² Das Rechtsschutzbedürfnis für sie fehlt, weil das Ziel, die Vollstreckbarkeit des Titels zu beseitigen, endgültig auch mit einer **Klausel- oder Vollstreckungserinnerung** erreicht werden kann (s. a. Rn. 8, 9a). Zur Unwirksamkeit aus materiellem Recht s. Rn. 9a. Im Einzelfall kann der Weg der Vollstreckungsabwehrklage für den Schuldner einfacher sein, wenn er seine materiellrechtliche Einwendung leichter darlegen und beweisen kann als die formelle Unwirksamkeit.⁷³ Dass das Rechtsschutzinteresse fehlt, wenn der **Titel zu unbestimmt** ist,⁷⁴ ist bestritten,⁷⁵ aber dann zu bejahen, wenn sich die Unbestimmtheit offen aus dem Titel ergibt (s. dazu Rn. 9b). Hier kann der Schuldner Erinnerung nach § 732 (s. § 732 Rn. 4) oder, weil faktisch nicht vollstreckt werden kann, nach § 766 einlegen. Bei Erfolg kann nicht mehr vollstreckt werden. Ebenso fehlt es an einem Rechtsschutzbedürfnis, wenn es an einem Titel fehlt.⁷⁶ Zu § 620 f s. Rn. 4.

4. **Klageänderung.** Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage ist die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen einer bestimmten Einwendung (s. Rn. 16, 46).⁷⁷ Wird statt der ursprünglichen Einwendung des Klägers im Prozessverlauf eine andere oder neben ihr eine neue geltend gemacht, handelt es sich daher um eine **Klageänderung**,⁷⁸ die wegen Abs. 3 aber bei einer Rüge in der Regel als sachdienlich zuzulassen sein wird. Geht der Kläger während des Rechtsstreits wegen vollständiger Beendigung der Zwangsvollstreckung von der Vollstreckungsabwehrklage zur Bereicherungsklage über, handelt es sich wegen § 264 Nr. 3 nicht um eine **Klageänderung**.⁷⁹

V. Begründetheit der Klage

1. **Allgemeines.** Die Klage ist – je nach dem Antrag des Klägers ganz oder teilweise – begründet, wenn dem Kläger eine durch § 767 Abs. 2, 3 nicht ausgeschlossene materiell-rechtliche Einwendung zusteht, welche die Wirkung hat, dass der titulierte Anspruch nicht mehr oder nur eingeschränkt geltend gemacht werden darf. **Aktivlegitimiert**⁸⁰ ist der Schuldner oder derjenige, gegen den der Titel umgeschrieben worden ist. Jeder von mehreren Titelschuldnern kann den Anspruch geltend machen,⁸¹ der Insolvenzverwalter, soweit der Titel gegen die Masse wirkt.⁸² **Passivlegitimiert**⁸³ ist in aller Regel der im Titel genannte Gläubiger; es kann aber auch sein Rechtsnachfolger sein, auf den der Titel umgeschrieben werden kann.⁸⁴

2. **Zulässige Einwendungen.** In der Regel kann der Schuldner nur rechtsverneinende oder rechtshemmende materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend machen.⁸⁵ Dies gilt ungeschränkt aber nur, soweit Abs. 2 überhaupt Anwendung findet.⁸⁶

a) **Beispiele für zu berücksichtigende Einwendungen: Abtretung.**⁸⁷ Die Abtretung begründet die Klage auch dann, wenn der Titelläubiger im Einvernehmen mit dem Zessionar weiter vollstrecken will, weil es keine Vollstreckungsstandschaft gibt.⁸⁸ Ist der Zedent im Verhältnis zum Zessionar berechtigt, die abgetretene Forderung im eigenen Namen geltend zu machen und erwirkt er einen entsprechenden Titel, so ist seine Vollstreckung aus dem Titel keine unzulässige Vollstreckungsstandschaft.⁸⁹ Zur Präklusion s. a. Rn. 39. **Abzahlungskauf.** S. Rücktrittsfiktion. **Allgemeine Geschäftsbedingungen.** Die nachträgliche Ent-

⁶⁹ OLG Köln FamRZ 2002, 555.

⁷⁰ BGH NJW 1984, 2826, 2827.

⁷¹ Vgl. BGHZ 69, 144, 147f. = NJW 1977, 1881; OLG Koblenz FamRZ 1981, 1092.

⁷² BGH NJW-RR 1987, 1149 (noch für eine Unwirksamkeit aus materiellem Recht); *StJ/Münzberg* Rn. 11; *Wittschier* JuS 1997, 450, 451.

⁷³ *Brox/Walker* Rn. 1333; *Lackmann* Rn. 502.

⁷⁴ OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 698, 699; mit anderer Begründung auch *StJ/Münzberg* Rn. 11.

⁷⁵ Verneinend OLG Köln NJW-RR 1999, 431, 432.

⁷⁶ So wohl auch BGH NJW-RR 1999, 1080f. (fehlende Unterwerfungserklärung).

⁷⁷ *Brox/Walker* Rn. 1356; *Lackmann* Rn. 508.

⁷⁸ BGHZ 45, 231, 232ff. = NJW 1966, 1362; OLG Köln InVo 1999, 59, 60.

⁷⁹ BGHZ 113, 169, 172f. = NJW 1991, 1063 m. weit. Nachw.

⁸⁰ Anders (Frage der Prozessführungsbefugnis) MK/Karsten Schmidt Rn. 44; Zö/Herget Rn. 9.

⁸¹ OLG Frankfurt MDR 1982, 934.

⁸² BGHZ 100, 222, 225f. = NJW 1987, 1691 m. weit. Nachw.

⁸³ Anders (Frage der passiven Prozessführungsbefugnis) MK/Karsten Schmidt Rn. 45; Zö/Herget Rn. 9.

⁸⁴ BGH NJW 1993, 1396, 1397.

⁸⁵ BGHZ 100, 211, 212 = NJW 1987, 3266.

⁸⁶ *Lackmann* Rn. 513.

⁸⁷ RGZ 65, 126, 128.

⁸⁸ BGH MDR 1985, 309.

⁸⁹ OLG Köln OLGR 2002, 211f.

- scheidung des BGH oder des GmS-OGb, dass die Verwendung einer Klausel nicht unzulässig ist, ermöglicht § 767 gegen das untersagende Urteil (§ 10 UKLaG). **Anfechtung.** Als rechtshindernde Einwendung führt die Irrtums-, Täuschungs- oder Drohungsanfechtung (§§ 119, 123 BGB) regelmäßig zur Prälusion des Abs. 2 (s. a. Rn. 30ff.). Sie kann aber eingewandt werden, soweit Abs. 2 nicht gilt. Zum Prozessvergleich s. Rn. 13. Wirken Täuschung oder Drohung fort und hindern an der Geltendmachung des Gestaltungsrechts, dann ist das Ende der Beeinträchtigung maßgeblich.⁹⁰ **Auflösende Bedingung.**⁹¹ **Aufrechnung.** Die Aufrechnung führt zum Erlöschen des Anspruchs (§ 389 BGB) und damit zur Erfüllung (rechtsvernichtende Einwendung). Zur Prälusion s. Rn. 34ff., zur Rechtskraft Rn. 46. **Ausübung eines Wahlrechts.** S. Wahlrecht.
- 24 **Bauträgervertrag.** S. Rn. 25 „Unwirksamkeit“. **Befreiende Schuldübernahme.**⁹² **Befreiende Unmöglichkeit.** S. Unmöglichkeit (Rn. 25). **Bereicherungseinrede** nach § 821 BGB⁹³; rechtshemmende Einwendung. **Bürgschaft.** Vollstreckungsabwehrklage, wenn der Bürge sich auf Verjährung der Hauptforderung beruft.⁹⁴ Die Anpassung eines Bürgschaftsvertrages wegen der Scheidung des Ehegattenbürgen vom Schuldner kann unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Wege der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) einem durch Urteil titulierten Anspruch entgegengehalten werden.⁹⁵ Zur Änderung der Rechtsprechung zur „Ehegattenbürgschaft“ s. Rn. 26 „Verfassungswidrigkeit“. **Erfüllung** (§ 362 BGB). Typischer rechtsvernichtender Einwand. Bei §§ 887f. ist keine Ausnahme zu machen (s. § 887 Rn. 19, § 888 Rn. 8). Bei einer Beitreibung durch Zwangsvollstreckung steht dem Schuldner kein Tilgungsbestimmungsrecht zu (s. § 753 Rn. 10). **Erfüllungsablehnung.** Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung ab, kann dies gegen einen bereits titulierten Anspruch des Insolvenzschuldners eingewandt werden.⁹⁶ **Erläss** (§ 397 BGB). Rechtsvernichtender Einwand. **Ermäßigungsklausel.** Ermöglicht eine Bestimmung im Titel die Ermäßigung eines feststehenden Zahlungsanspruchs, ist der Eintritt der Voraussetzungen der Ermäßigung mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend zu machen (s. a. § 704 Rn. 7).⁹⁷ **Fälligkeit, fehlende**⁹⁸ (soweit nicht Abs. 2 eingreift). **Forderungsüberleitung.**⁹⁹ **Gesetzesänderung.** Sie kann nur eingewandt werden, wenn sie ausnahmsweise titulierte Ansprüche erfasst.¹⁰⁰ **Gesetzlicher Forderungsübergang.**¹⁰¹ **Gestaltungsrechte.** S. Anfechtung, Aufrechnung (Rn. 23). Zur Prälusion s. Rn. 34ff. **Grundschild.** Die Vereinbarung, dass der Gläubiger vor Eigentumsumschreibung die Grundschild nur als Sicherheit für solche Zahlungen verwenden darf, mit denen der Kaufpreis bezahlt wird, kann als schuldrechtliche Sicherungsabrede (nur) mit der Vollstreckungsabwehrklage eingewandt werden.¹⁰²
- 25 **Hinterlegung.** Führt zur Erfüllung, wenn der Schuldner auf die Rücknahme verzichtet (§§ 378, 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Es reicht, wenn der Schuldner den Gläubiger auf das Hinterlegte verweist.¹⁰³ **Insolvenz.** Der Insolvenzverwalter kann gegen die Vollstreckung in die Masse einwenden, diese sei zur vollständigen Befriedigung der Masseschulden unzureichend, wenn er eine Forderung als Masseschuld anerkannt hat oder zur Zahlung verurteilt worden ist.¹⁰⁴ Abs. 2 (s. Rn. 30ff.) steht entgegen, wenn der Stand der Masse beim Schluss der letzten mündlichen Verhandlung (s. Rn. 32) soweit geklärt war, dass sich die Quote errechnen ließ.¹⁰⁵ **Kindergeld.** Zahlung von Kindergeld an den Unterhaltsberechtigten auf Grund einer Gesetzesänderung (s. a. § 323 Rn. 17, 28).¹⁰⁶ **Klauselumschreibung.** Der Vollstreckung des Altschuldners aus der ihm verbliebenen Titelausfertigung kann der Einwand der Umschreibung nach § 727 auf einen neuen Gläubiger entgegen gehalten werden.¹⁰⁷ **Minderung.**¹⁰⁸ **Nichtigkeit der Unterwerfungserklärung** s. Rn. 9a. **Notbedarf** (§§ 519, 529 Abs. 2 BGB).¹⁰⁹ **Optionsrecht.**¹¹⁰ Zur Prälusion s. Rn. 35. **Pfändung** des titulierten Anspruchs.¹¹¹ **Prozessführungsbefugnis** nach § 1629 Abs. 3 BGB.¹¹² Das Erlöschen nach § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB oder durch Entziehung des Sorgerechts¹¹³ oder Volljährigkeit des Kindes¹¹⁴ (s. dazu auch § 724 Rn. 5)

⁹⁰ Zö/Herget Rn. 12 „Anfechtung“.

⁹¹ BGH NJW 1999, 954f.

⁹² BGHZ 110, 319, 322 = NJW 1990, 1662.

⁹³ MK/Karsten Schmidt Rn. 68.

⁹⁴ BGH NJW 1999, 278, 279 m. weit. Nachw.

⁹⁵ OLG Frankfurt/M NJOZ 2002, 2209, 2210ff.

⁹⁶ BGH NJW 1987, 1702, 1703.

⁹⁷ BGH NJW 1996, 2165, 2166.

⁹⁸ OLG Hamm NJW-RR 1988, 266.

⁹⁹ OLG Köln (Fn. 69).

¹⁰⁰ KG GRUR 1996, 997; s. im Einzelnen MK/Karsten Schmidt Rn. 70; aA OLG Stuttgart WRP 1997, 245.

¹⁰¹ OLG Bremen InVo 1999, 217f.

¹⁰² OLG Hamm JurBüro 1999, 382, 383f.

¹⁰³ Zö/Herget Rn. 12 „Hinterlegung“.

¹⁰⁴ So zur KO: BAG ZIP 1986, 1338, 1339; LG Oldenburg DGVZ 1979, 74.

¹⁰⁵ So zur KO: BAG NJW 1980, 141, 143.

¹⁰⁶ BGH FamRZ 1977, 461, 462.

¹⁰⁷ Lackmann, Festschr. f. Musielak, 2004, S. 311.

¹⁰⁸ BGHZ 85, 367, 371 = NJW 1983, 390.

¹⁰⁹ Zö/Herget Rn. 12 „Notbedarf“.

¹¹⁰ BGH JR 1985, 468 mit Anm. Haase.

¹¹¹ RGZ 112, 348, 351; BAG NJW 1997, 1868, 1869.

¹¹² OLG Hamm FamRZ 2000, 365; s. ausführlich Becker-Eberhard ZJP 104 (1991), 413, 431ff.

¹¹³ OLG Nürnberg NJW-RR 2002, 1158; OLG München FamRZ 1997, 1493, 1494.

¹¹⁴ OLG Oldenburg FamRZ 1992, 844; OLG Hamm FamRZ 1992, 843f.; Zö/Herget Rn. 12 „Prozessführungsbefugnis“; aA (§ 766) OLG Frankfurt FamRZ 1983, 1268.

kann eingewandt werden. **Räumung.** Wegfall des Eigenbedarfs.¹¹⁵ **Rechtsmissbrauch.** S. Verstoß gegen Treu und Glauben (Rn. 26). **Rente.** S. hierzu § 323 Rn. 16. **Rücktritt vom Vertrag.**¹¹⁶ Zum Abzahlungskauf s. a. Rücktrittsfiktion. **Rücktrittsfiktion.** Ist bei einem Teilzahlungsgeschäft die Kaufpreisforderung (Forderung des Unternehmers) tituliert und tritt der Unternehmer zurück (§ 503 Abs. 2 S. 1 BGB), kann der Schuldner dies mit der Vollstreckungsabwehrklage einwenden. Obwohl nicht die Ansprüche aus § 503 Abs. 2 BGB tituliert sind, dürfte die Klage aber nur soweit Erfolg haben (§ 242 BGB), wie nicht nach einer Saldierung der gegenseitigen Ansprüche ein überschießender Anspruch des Verkäufers/Kreditgebers verbleibt. Tritt durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen die Fiktion des § 503 Abs. 2 S. 4 BGB ein (s. dazu § 817 Rn. 8), kann der Schuldner seine Zug um Zug zu erfüllenden Gegenansprüche ebenso mit der Vollstreckungsabwehrklage durchsetzen; auch hier ist, soweit Ansprüche auf Zahlung von Geld gegenüberstehen, zu saldieren. **Shikane** (§ 226 BGB) kann eingewandt werden.¹¹⁷ **Sittenwidrige Titelausnutzung**¹¹⁸ (soweit nicht Abs. 2 entgegensteht). **Sozialhilfe.** Der Übergang des Unterhaltsanspruchs auf den Träger der Sozialhilfe kann eingewandt werden (s. Rn. 24 „Gesetzlicher Forderungsübergang“). **Stundung.**¹¹⁹ Rechtshemmender Einwand. **Tilgungsbestimmung.** S. Erfüllung. **Trennungunterhalt** (§ 1361 BGB). Vollstreckung für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung (s. a. § 323 Rn. 17).¹²⁰ **Unbestimmtheit.** S. Rn. 9 a f. **Unmöglichkeit.** Die befreiende Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB, zB wenn ein Dritter dem Schuldner eine erforderliche Zustimmung verweigert¹²¹) kann eingewandt werden.¹²² Anders, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat (§ 324 Abs. 1 BGB aF, jetzt § 326 Abs. 2 BGB).¹²³ Zur Vollstreckung nach § 888 s. dort Rn. 9, zur Vollstreckung nach § 889 dort Rn. 8. **Unwirksamkeit des Titels.** Zur Unwirksamkeit aus formellen Gründen s. Rn. 9 a f., 19. Die Unwirksamkeit aus materiellen Gründen macht die Vollstreckungsabwehrklage nicht unzulässig, sie darf aber nicht geprüft werden. Ist die Unwirksamkeit dem Titel zu entnehmen, lässt die hM die prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 zu.

Verfallklausel. S. § 726 Rn. 3. **Verfassungswidrigkeit** der dem Vollstreckungstitel zu Grunde liegenden Rechtsnorm kann nach §§ 79 Abs. 2 S. 3, 95 Abs. 3 S. 3 BVerfGG mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend gemacht werden, wenn die Norm vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt worden ist. Entsprechendes gilt bei Landesgesetzen (§ 183 VwGO). Eine verfassungswidrige **Auslegung** von Normen (zB bei der früheren Rechtsprechung zur Ehegattenbürgschaft) rechtfertigt die analoge Anwendung von § 79 Abs. 2 BVerfGG.¹²⁴ **Vergleich** (§ 779 BGB) über die titulierte Forderung, auch Prozessvergleich in anderem Verfahren. **Verjährung** (§ 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB) des rechtskräftigen Anspruchs. Rechtshemmende Einwendung. S. a. Rn. 24 „Bürgschaft“ und Rn. 32. **Verlust eines Wahlrechts.** S. Wahlrecht (Rn. 27). **Verstoß gegen Treu und Glauben. Rechtsmissbrauch:** Der Rechtsmissbrauch muss den Bestand des titulierten Anspruchs betreffen, nicht einzelne Vollstreckungsmaßnahmen (dann § 765 a).¹²⁵ Weil bei rechtsmissbräuchlich erlangten Titeln meist Abs. 2 eingreift, ist der Anwendungsbereich gering. Unzutreffend ist es, wenn Abs. 2 Anwendung findet (s. Rn. 31), die Vollstreckungsabwehrklage gegen die Vollstreckung aus einem durch unerlaubte Handlung eines Dritten erlangten Titel zuzulassen,¹²⁶ hier kommt § 826 BGB in Betracht (s. Rn. 11); **Verwirkung,**¹²⁷ auch des Unterhaltsanspruchs¹²⁸; Wegfall der Geschäftsgrundlage.¹²⁹ **Verwirkung.** S. Verstoß gegen Treu und Glauben. **Verzicht auf Vollstreckung oder Anspruch.**¹³⁰ **Vorsteuerabzug.** Es kann gegen die Vollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss eingewandt werden, der Gläubiger sei entgegen seiner Erklärung nach § 104 Abs. 2 S. 3 zum Abzug berechtigt.¹³¹ Dabei kann auch dann keine Präklusion angenommen werden, wenn man der zutreffenden Ansicht folgt, das Gericht könne die Erstattung der MWSt versagen, wenn die Erklärung offensichtlich und zweifelsfrei unrichtig sei (s. § 104 Rn. 21); ein Zwang zur Geltendmachung dieses Einwands im Festsetzungsverfahren dürfte daraus nicht folgen.

Wahlrecht. Ausübung;¹³² Verlust.¹³³ **Wandelung.**¹³⁴ **Wegfall der Geschäftsgrundlage.**¹³⁵ **Widerruf.** Der Widerruf nach § 312 BGB ist, weil nach § 357 Abs. 1 S. 1 BGB Rücktrittsrecht gilt, selbstständiges Gestaltungsrecht. Dies gilt auch für die Widerrufsrechte nach § 355 BGB, § 485 BGB und § 312d BGB. **Zinsan-**

¹¹⁵ AG Köln WuM 1991, 495.

¹¹⁶ BGH LM Nr. 46.

¹¹⁷ Zö/Herget Rn. 12 „Rechtsmissbrauch“.

¹¹⁸ OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 827, 828.

¹¹⁹ OLG Karlsruhe OLGRspr. 13, 188, 189.

¹²⁰ BGH NJW 1982, 1875, 1876; BGHZ 78, 130, 136 = NJW 1980, 2811; OLG Köln JurBüro 1996, 496.

¹²¹ OLG Düsseldorf MDR 1991, 260f.; Zö/Herget Rn. 12 „Unmöglichkeit“.

¹²² RGZ 107, 233, 234f.

¹²³ OLG Köln NJW-RR 1991, 1022, 1023.

¹²⁴ BVerfG JuS 2006, 454; aA BGH NJW 2002, 2940, 2941ff.; Wesser NJW 2001, 475ff., Voraufgabe.

¹²⁵ OLG Koblenz OLGZ 1985, 453, 455.

¹²⁶ So aber LG Münster NJW-RR 1987, 506; Zö/Herget Rn. 12 „Rechtsmissbrauch“.

¹²⁷ OLG Koblenz NJW-RR 2000, 347.

¹²⁸ BGH FPR 2004, 245f.; NJW-RR 1991, 899; OLG Frankfurt/M FamRZ 1991, 1328, 1329; MK/Karsten Schmidt Rn. 62; Zö/Herget Rn. 12 „Verwirkung“; aA (§ 323) OLG Frankfurt/M FamRZ 1988, 62f.

¹²⁹ BGH JZ 1978, 146, 148.

¹³⁰ Zö/Herget Rn. 12 „Verzicht“.

¹³¹ Zö/Herget Rn. 20.

¹³² RGZ 27, 382, 384f.

¹³³ BAG NJW 1964, 687, 688f. m. weit. Nachw.

¹³⁴ BGH (Fn. 108).

¹³⁵ BGH (Fn. 129).

spruch: Einwendung, ein unbefristet tenorierter Zinsanspruch bestehe wegen Erfüllung der Hauptforderung nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt.¹³⁶ **Zurückbehaltungsrechte.**¹³⁷

- 28 b) **Nicht zu berücksichtigende Einwendungen** (s. a. Rn. 8 ff. zur Abgrenzung der Rechtsbehelfe):

Änderung der Rechtsprechung, Rechtsauffassung, Verkehrssitte. Dies kann nicht eingewandt werden,¹³⁸ es sei denn, es handle sich um eine grundlegende Wandlung der gesamten Rechtsauffassung.¹³⁹ Zur Änderung der Rechtsprechung zur „Ehegattenbürgschaft“ s. Rn. 26 „Verfassungswidrigkeit“. Soweit Abs. 2 Anwendung findet, ist eine Vollstreckungsabwehrklage nicht möglich.¹⁴⁰ **Präklusion.** Unzulässig sind nach Abs. 2, 3 präkludierte Einwendungen (s. Rn. 30 ff., 41 f.). **Rechtskraft.** Unzulässig sind alle Einwendungen, die sich gegen die materielle Rechtskraft des Urteils wenden.¹⁴¹ **Schikane** (§ 226 BGB). Einwand des Klägers ist schikanös.¹⁴² **Treu und Glauben.** Gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt der Einwand, eine Verbindlichkeit bestehe nicht mehr, wenn der Schuldner verpflichtet ist, sie neu zu begründen.¹⁴³ Insbesondere kann auch Verwirkung des Rechts des Klägers eingewandt werden. **Vertretung.** Es kann nicht geltend gemacht werden, der Gläubiger sei derzeit nicht ordnungsgemäß vertreten.¹⁴⁴ **Verzicht.** Der Schuldner kann auf die Geltendmachung von Einwendungen zulässigerweise verzichten.¹⁴⁵ **Zinsschwankungen.**¹⁴⁶

- 29 3. **Beweislast.** Die Beweislast (s. a. § 286 Rn. 59 „Vollstreckungsgegenklage“) für die rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Einwendungen wird in der Regel beim klagenden Schuldner liegen. Wird allerdings zulässigerweise um das Entstehen der Forderung gestritten – etwa bei in vollstreckbaren Urkunden titulierten Ansprüchen –, liegt die Beweislast beim beklagten Gläubiger.¹⁴⁷ Eine Beweislastumkehr tritt durch die Unterwerfungserklärung nicht ein.¹⁴⁸

VI. Präklusion nach Absatz 2

- 30 1. **Allgemeines.** Die **Geltendmachung der Einwendung** darf nicht gem. Abs. 2 ausgeschlossen sein; sie ist nach dem Wortlaut des Abs. 2 **unzulässig**. Damit handelt es sich um eine Frage der **Begründetheit der Klage**, nicht der Zulässigkeit. Die Norm lässt die Geltendmachung von Einwendungen nur zu, wenn die Gründe, auf denen sie beruhen, nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach der ZPO spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können (Versäumnisurteile).
- 31 2. **Anwendungsbereich.** Abs. 2 findet keine Anwendung bei der Vollstreckung aus **vollstreckbaren Urkunden** iSd. § 794 Abs. 1 Nr. 5 (§ 797 Abs. 4). Da **Prozessvergleiche** keine Rechtskraftwirkung entfalten, findet nach allgemeiner Ansicht auch auf sie Abs. 2 keine Anwendung.¹⁴⁹ Dies gilt auch für **Kostenfestsetzungsbeschlüsse**.¹⁵⁰ **Entsprechend anwendbar** ist die Vorschrift dagegen immer dann, wenn Einwendungen zuvor geltend gemacht werden konnten und der Schutz der Rechtskraft des Ursprungstitels in Frage steht, also etwa bei entsprechend gelagerten Bereicherungs- und Feststellungsklagen und auf die Vollstreckungsabwehrklage gegen ausländische Urteile.¹⁵¹ Zu vollstreckbaren Schiedssprüchen und Anwaltsvergleichen nach geltendem Recht (§§ 1060 ff., 796 a. f.) s. Rn. 5. Da im Verfahren nach § 11 RVG materiell-rechtliche Einwendungen möglich sind, greift bei einer Vollstreckungsabwehrklage gegen den darauf ergangenen Kostenfestsetzungsbeschluss Abs. 2 ein, und zwar auch dann, wenn der Einwand zu Unrecht im vorausgegangenen Verfahren nicht berücksichtigt wurde.¹⁵²
- 32 3. **Maßgeblicher Zeitpunkt.** a) **Letzte mündliche Verhandlung.** Grundsätzlich ist die letzte mündliche Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz maßgeblich. Dies kann, obwohl nicht mehr als Tatsacheninstanz gedacht, wegen §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3, 533 Nr. 2 auch die in der Berufungsinstanz sein. Die Rechtsprechung lässt in der Revisionsinstanz aus ökonomischen Gründen entgegen § 559 Abs. 1 S. 1 zu, dass in bestimmtem Umfang auch Tatsachen, die sich erst während des Revisionsverfahrens ereignen, in der Urteilsfindung einfließen können, sofern sie unstreitig sind und schützenswerte Belange der Gegenpartei nicht entgegenstehen.¹⁵³ Daraus folgt aber keine Verpflichtung mit der Konsequenz der Präklusion nach Abs. 2. Diese Tatsachen (zB Verjährungseintritt bei bereits in der Tatsacheninstanz erhobe-

¹³⁶ KG OLGR 2001, 84.

¹³⁷ BGH NJW-RR 1997, 1272.

¹³⁸ OLG Naumburg JW 1934, 3015, 3016.

¹³⁹ BGH NJW 1953, 745; LG Köln MDR 1959, 582.

¹⁴⁰ Eckardt MDR 1997, 621 ff. (auch zur Möglichkeit einer Klage aus § 826 BGB).

¹⁴¹ BGH NJW 1984, 126, 127.

¹⁴² LG Berlin NJW-RR 1989, 638, 639.

¹⁴³ BGHZ 110, 319, 322 = NJW 1990, 1662.

¹⁴⁴ OLG Frankfurt/M MDR 1997, 194, 195.

¹⁴⁵ BGH NJW 1982, 2072, 2073.

¹⁴⁶ BGH MDR 1987, 830 f.; Zö/Herget Rn. 13 „Zinsschwankungen“ m. weit. Nachw.; s. ausführlich *Frühaufl* NJW 1999, 1217 ff.

¹⁴⁷ OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 444; MK/Karsten Schmidt Rn. 57 m. weit. Nachw.

¹⁴⁸ BGH NJW 2001, 2096 ff. unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung; *Münch* NJW 1991, 700 f.; aA noch BGH NJW 1981, 2756.

¹⁴⁹ BGH NJW-RR 1987, 1022 f. m. weit. Nachw.

¹⁵⁰ AllgM; BGHZ 3, 381, 382 ff. = NJW 1952, 144; MK/Karsten Schmidt Rn. 75 m. weit. Nachw.

¹⁵¹ BGHZ 84, 17, 22 = NJW 1982, 1947; BGHZ 59, 116, 124 = NJW 1972, 1671.

¹⁵² BGH NJW 1997, 743 zu § 19 BRAGO.

¹⁵³ BGH NJW 1998, 2972, 2974 m. weit. Nachw.

ner Einrede) können vielmehr mit der Vollstreckungsabwehrklage eingewandt werden.¹⁵⁴ Beim **Grundurteil** kommt es hinsichtlich der Einwendungen zum Grund auf die letzte mündliche Verhandlung vor Erlass des Grundurteils an; hinsichtlich der Einwendungen zur Höhe auf die letzte mündliche Tatsachenverhandlung überhaupt. Entsprechendes gilt für **Vorbehaltsurteile** (§§ 302, 600). Bei Entscheidungen im **schriftlichen Verfahren** nach § 128 Abs. 2 ist der Zeitpunkt maßgeblich, bis zu dem nach Anordnung des Gerichts Schriftsätze eingereicht (§ 128 Abs. 2 S. 2) oder nachgereicht (§ 283) werden dürfen.¹⁵⁵ Bei Entscheidungen nach **Lage der Akten** (§ 251 a) ist der versäumte Termin (§ 251 a Abs. 1) maßgeblich. Einwendun- gen gegen den in einer **Insolvenztabelle** titulierten Anspruch (§ 200 InsO) müssen nach dem Prüfungs- termin (§ 179 InsO) entstanden sein.¹⁵⁶ S. auch Rn. 25 „Insolvenz“.

b) Entstandene Einwendungen. Die Einwendungen müssen bereits **entstanden** sein. Aus dem Wortlaut 33 folgt, dass es allein auf die objektive Möglichkeit ankommt, die Einwendung geltend zu machen. Es ist nicht ausschlaggebend, ob der klagende Schuldner die Einwendung überhaupt kannte oder schuldlos bzw. schuldhaft nicht kannte oder nicht beweisen konnte.¹⁵⁷ Keine Besonderheiten bestehen im **Arzthaftpflichtrecht**.¹⁵⁸

c) Gestaltungsrechte. Sehr streitig ist, auf welchen Zeitpunkt es ankommt, wenn ein **selbstständiges 34 Gestaltungsrecht** (zB Aufrechnung, Anfechtung, Rücktritt) zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung bereits bestand, aber erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung ausgeübt wurde. Bei der Aufrechnung soll Abs. 2 auch dann Anwendung finden, wenn diese im Vorprozess wegen § 533 nicht zugelassen wurde,¹⁵⁹ nicht aber, wenn sie wegen § 559 Abs. 1 S. 1 in der Revisionsinstanz nicht vorgebracht worden ist (s. Rn. 32).

aa) Nach ständiger Rechtsprechung und einem Teil der Literatur kommt es bei **gesetzlichen 35 Gestaltungsrechten** allein auf die **objektive Möglichkeit** der Ausübung des Gestaltungsrechts (nicht die Möglichkeit der Schaffung einer Aufrechnungslage¹⁶⁰) vor Schluss der mündlichen Verhandlung an (s. a. § 145 Rn. 23).¹⁶¹ In den Vordergrund gestellt wird der größtmögliche Schutz der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit des Titels. Der Schuldner soll im Interesse der Rechtsklarheit gezwungen werden, möglichst früh von seinen Gestaltungsrechten Gebrauch zu machen. Verzögerungen der Vollstreckung sollen vermieden werden. Bei **vertraglich eingeräumten** Gestaltungsrechten gelte dies nicht, weil die Befugnis des Berechtigten, den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung zu wählen, im Wesen des vertraglich eingeräumten Rechts liege.¹⁶² Dies soll für Optionsrechte auf Verlängerung eines Mietvertrages,¹⁶³ vertragliche Rücktritts- und Kündigungsrechte gelten.¹⁶⁴

bb) Die wohl hM in der Literatur stellt darauf ab, dass die Rechtsänderung nicht bereits dann eintritt, 36 wenn die Möglichkeit der Gestaltungserklärung besteht, sondern erst mit der **Ausübung des Gestaltungsrechts** (s. a. § 322 Rn. 41 f.). Erfolgt diese erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung, soll der Einwand nicht gem. Abs. 2 präkludiert sein.¹⁶⁵ ZT wird allerdings angenommen, dass wegen der Prozessförderungspflicht die spätere Geltendmachung eines Gestaltungsrechts bei einem Missbrauch oder grober Nachlässigkeit des Schuldners nicht zugelassen werden dürfe.¹⁶⁶

cc) Stellungnahme. Dogmatisch richtig ist die Auffassung des Schrifttums. Wann eine Einwendung 37 entsteht, kann nur dem materiellen Recht, nicht dem Prozessrecht entnommen werden. Enthält das materielle Recht keine Fristen oder bestimmte Fristen zur Ausübung eines Gestaltungsrechts, so kann dies durch die prozessuale Vorschrift des Abs. 2 nicht ausgeschlossen werden. Die Verschleppungsgefahr ist geringer als die hM annimmt, ihr kann durch analoge Anwendung der §§ 533, 296 Abs. 2 begegnet werden (s. § 322 Rn. 42). Allerdings ist die Rechtsprechung inzwischen so gefestigt, dass man ihren Standpunkt als **Gewohnheitsrecht** bezeichnen kann.

d) Versäumnisurteil. Nach Abs. 2, letzter Satzteil, sind nur Einwendungen zulässig, die nicht mehr 38 durch Einspruch geltend gemacht werden können. Die hM folgert aus dem Wortlaut der Vorschrift zu Recht, dass die Vollstreckungsabwehrklage nur auf solche Einwendungen gestützt werden kann, die erst **nach dem Ablauf der Einspruchsfrist** entstanden sind.¹⁶⁷ Die Gegenmeinung nimmt an, dass die Vollstreckungsabwehrklage auf alle Einwendungen gestützt werden könne, deren einspruchsweise Geltendmachung am Schluss der letzten mündlichen Verhandlung über die Vollstreckungsabwehrklage nicht mehr möglich ist.¹⁶⁸ Ihr ist entgegenzuhalten, dass sie den Zweck des Abs. 2 unterläuft. Die Präklusionswirkung wäre für Versäumnisurteile praktisch bedeutungslos. Zu **Vollstreckungsbescheiden** s. § 796.

¹⁵⁴ BGH (Fn. 153) S. 2974 f.

¹⁵⁵ Zö/Herget Rn. 15.

¹⁵⁶ MK/Karsten Schmidt Rn. 76.

¹⁵⁷ BGHZ 61, 25, 26 = NJW 1973, 1328; Brox/Walker Rn. 1342; MK/Karsten Schmidt Rn. 77 m. weit. Nachw.

¹⁵⁸ OLG Köln NJOZ 2003, 860 f.; aA LG Köln NJW-RR 2002, 1511, 1512.

¹⁵⁹ BGH NJW 1994, 2769 f.

¹⁶⁰ BGH NJW 2005, 2926, 2927.

¹⁶¹ BGHZ 100, 222, 224 = NJW 1987, 1691 m. weit. Nachw.; OLG Koblenz OLGR 2001, 455; MK/Karsten Schmidt Rn. 82; Zö/Herget Rn. 14.

¹⁶² BGHZ 94, 29, 33 ff. = NJW 1985, 2481.

¹⁶³ BGH (Fn. 162).

¹⁶⁴ B/L/Hartmann Rn. 55; s. auch BGH NJW-RR 2006, 229, 230 f.

¹⁶⁵ Brox/Walker Rn. 1346; StJ/Münzberg Rn. 35; Th/P/Putzo Rn. 22 a.

¹⁶⁶ StJ/Münzberg Rn. 38.

¹⁶⁷ BGH NJW 1982, 1812; B/L/Hartmann Rn. 56; MK/Karsten Schmidt Rn. 15.

¹⁶⁸ OLG Hamm NJW-RR 2000, 659 f.; StJ/Münzberg Rn. 40 m. weit. Nachw.

- 39 e) **Abtretung, gesetzlicher Forderungsübergang.** Erhält der Schuldner nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz Kenntnis von einer Abtretung oder einem gesetzlichen Forderungsübergang, scheidet die Annahme der Präklusion nicht an § 407 BGB. Die Vorschrift schützt den Schuldner nur im Verhältnis zum neuen Gläubiger.¹⁶⁹
- 40 4. **Umfang der Präklusion.** Über die Vollstreckungsabwehrklage hinaus gilt die Präklusion auch für nachträgliche Zivilprozesse unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung oder der unerlaubten Handlung.¹⁷⁰ Geht es allerdings um andere Ansprüche als den titulierten, darf zB die Nichtigkeit des Vertrages erneut geprüft werden.¹⁷¹ Eine verspätete Aufrechnung führt nicht zum Verlust der Forderung.¹⁷² Siehe zu diesen Fragen im Einzelnen § 322 Rn. 28 ff.

VII. Präklusion nach Absatz 3

- 41 1. **Allgemeines.** Abs. 3 knüpft konsequent an Abs. 2 an und präkludiert für eine erneute Vollstreckungsabwehrklage Einwendungen, die schon mit einer früheren Vollstreckungsabwehrklage hätten geltend gemacht werden können.¹⁷³ Andererseits muss der Schuldner zur Vermeidung der Präklusion auch während des Prozesses entstandene Einwendungen geltend machen.¹⁷⁴ Trotz des Wortlauts der Vorschrift kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage an, sondern auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.¹⁷⁵ Allerdings ist hier das Problem der Klageänderung zu beachten (s. Rn. 20). Hat der Schuldner die Einwendung – nachträglich – bereits in der vorangegangenen Vollstreckungsabwehrklage geltend gemacht, ist sie aber auf Grund einer Rüge des Beklagten nicht als sachdienlich erachtet und zugelassen worden, kann sie ungeachtet des Abs. 3 mit einer neuen Vollstreckungsabwehrklage vorgebracht werden.
- 42 2. **Anwendungsbereich, Voraussetzungen.** Im Gegensatz zu Abs. 2 gilt Abs. 3 auch für die Titel, die nicht der Rechtskraft fähig sind (s. Rn. 31 zu Abs. 2). Die Vorschrift soll **neue Vollstreckungsabwehrklagen verhindern**. Dies gilt allerdings nicht, wenn die vorausgegangene Vollstreckungsabwehrklage nicht durch eine Entscheidung in der Hauptsache beendet wird.¹⁷⁶ Nach überwiegender Auffassung kommt es wie bei Abs. 2 nur auf die **objektive Möglichkeit** der Geltendmachung der Einwendung an.¹⁷⁷ Diese Auslegung widerspricht aber dem Wortlaut des Abs. 3 „... zu machen im Stande war“. Darin kommt ein Verschuldenselement zum Ausdruck.¹⁷⁸

VIII. Verfahren und Entscheidung

- 43 1. **Verfahren.** Ist der Beklagte der Vollstreckungsabwehrklage mit dem Vollstreckungsgläubiger des Vorprozesses identisch, muss die Klage an den Prozessbevollmächtigten des Gläubigers der ersten Instanz des Vorprozesses **zugestellt** werden. Die im Vorprozess erteilte Vollmacht gilt auch für die Vollstreckungsabwehrklage, §§ 171 f., 81. Unter den Voraussetzungen des § 769 sind bis zum Erlass eines Urteils **vorläufige Maßnahmen** möglich. Zur Beweislast s. Rn. 29 und § 286 Rn. 59 „Vollstreckungsabwehrklage“.
- 44 2. **Entscheidung.** a) **Tenor der stattgebenden Klage.** Der Tenor sollte grundsätzlich etwa lauten: „Die Zwangsvollstreckung aus dem ... (genaue Titelbezeichnung) wird für unzulässig erklärt“. Bei begründeten Teilangriffen oder nur teilweise begründeten Klagen¹⁷⁹ ist entsprechend einzuschränken („wegen eines Betrages von“, „aus Ziffer II. des Vergleichs vom ...“, „bis zum ...“, „nur Zug um Zug gegen ... zulässig“¹⁸⁰). Wird der Vollstreckungsabwehrklage wegen einer Rechtsnachfolge auf Seiten des Vollstreckungsgläubigers stattgegeben (etwa bei einer Abtretung, bei einem gesetzlichen Forderungsübergang oder bei einer Pfändung und Überweisung der titulierten Forderung), darf nur die Vollstreckung durch den Beklagten für unzulässig erklärt werden.¹⁸¹
- 45 b) **Vorläufige Vollstreckbarkeit.** Das stattgebende Urteil muss, obwohl es wegen des Gestaltungscharakters nur hinsichtlich der Kosten einen vollstreckbaren Inhalt hat, insgesamt, nicht nur wegen der Kosten, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (§ 775 Nr. 1). Der Wert der Forderung, wegen der der Beklagte nicht mehr vollstrecken kann, ist in die vom Kläger zu leistende Sicherheit (§§ 708 Nr. 11, 709) oder die Abwendungsbefugnis des Beklagten (§§ 708 Nr. 11, 711) einzubeziehen.¹⁸² Zu denken ist auch an Entscheidungen nach § 770. Beim **Streitwert** (s. a. § 3 Rn. 34 „Vollstreckungsabwehrklage“) gilt bei einer Hilfsaufrechnung § 45 Abs. 3 GKG, weil § 322 Abs. 2 analog anzuwenden ist (s. Rn. 46); ergibt sich

¹⁶⁹ BGH NJW 2001, 231, 232; Brox/Walker Rn. 1342; aA B/L/Hartmann Rn. 55; Zö/Herget Rn. 14.

¹⁷⁰ BGH NJW-RR 1988, 957, 958.

¹⁷¹ MK/Karsten Schmidt Rn. 83.

¹⁷² MK/Karsten Schmidt Rn. 83.

¹⁷³ BGH NJW 1991, 2280, 2281; StJ/Münzberg Rn. 55; aA (Präklusion nach Abs. 2) MK/Karsten Schmidt Rn. 90.

¹⁷⁴ BGH (Fn. 173); StJ/Münzberg Rn. 52; aA MK/Karsten Schmidt Rn. 86.

¹⁷⁵ BGHZ 45, 231, 233 = NJW 1966, 1362; StJ/Münzberg Rn. 52; MK/Karsten Schmidt Rn. 86.

¹⁷⁶ BGH NJW 1991, 2280, 2281.

¹⁷⁷ BGH WM 1986, 1032, 1033; BGHZ 61, 25, 26 f. = NJW 1973, 1328; B/L/Hartmann Rn. 58; Zö/Herget Rn. 22.

¹⁷⁸ Brox/Walker Rn. 1357; MK/Karsten Schmidt Rn. 87; StJ/Münzberg Rn. 52.

¹⁷⁹ S. dazu BGH NJW-RR 1991, 759.

¹⁸⁰ BGH (Fn. 137).

¹⁸¹ S. dazu und zu weiteren Beispielen Lackmann Rn. 531; vgl. auch BGHZ 92, 347, 350 f. = NJW 1985, 809.

¹⁸² SchHOLG OLGR 2001, 146; Lackmann Rn. 532; Wittschier JuS 1997, 450, 453.

aus dem Parteivorbringen eine Beschränkung der Klage auf einen Teil der titulierten Forderung, ist nur der Teil für den Streitwert maßgeblich, auf den sich die Klage bezieht.¹⁸³

3. **Urteilswirkungen.** Das vorläufig vollstreckbare Urteil hat die Wirkung des § 775 Nr. 1. Mit formeller Rechtskraft des Urteils wird die Vollstreckbarkeit des Titels **rechtsgestaltend beseitigt**.¹⁸⁴ Es steht für und gegen jedermann fest, dass der Gläubiger aus dem Titel nicht mehr vollstrecken darf.¹⁸⁵ Im Gegensatz zur Gestaltungswirkung erstreckt sich die **materielle Rechtskraft** nur auf die Prozessparteien. Die Entscheidung über das Bestehen einer materiell-rechtlichen Einwendung erwächst nicht in Rechtskraft (s. a. § 322 Rn. 65), weil Streitgegenstand (s. Rn. 16) nur die Vollstreckbarkeit des titulierten Anspruchs wegen bestimmter Einwendungen ist.¹⁸⁶ Lediglich bei der Aufrechnung ist § 322 Abs. 2 analog anzuwenden.¹⁸⁷ Dies gilt auch beim abweisenden Urteil im Hinblick auf eine zur Aufrechnung gestellte Forderung des Klägers (s. a. § 322 Rn. 78 f.).¹⁸⁸ Im Übrigen s. zur Rechtskraftwirkung des abweisenden Urteils § 322 Rn. 65.

IX. Gebühren und Kosten

1. **Rechtsanwaltsgebühren.** Der Anwalt erhält die Gebühren der Nrn. 3100 ff. VV RVG. 47
2. **Gerichtskosten.** Es gelten die allgemeinen Bestimmungen für das Prozessverfahren erster Instanz 48 (KV Nr. 1210, 1211).

768 *Klage gegen Vollstreckungsklausel* Die Vorschriften des § 767 Abs. 1, 3 gelten entsprechend, wenn in den Fällen des § 726 Abs. 1, der §§ 727 bis 729, 738, 742, 744, des § 745 Abs. 2 und des § 749 der Schuldner den bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommenen Eintritt der Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel bestreitet, unbeschadet der Befugnis des Schuldners, in diesen Fällen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel nach § 732 zu erheben.

I. Normzweck

Ist eine qualifizierte Klausel nach den in § 768 genannten Vorschriften erteilt worden und bestreitet 1 derjenige, gegen den jetzt vollstreckt werden soll, den Eintritt der zu Grunde liegenden materiellen Voraussetzungen, so kann er nach § 768 vorgehen. Die Klage stellt damit zu Gunsten des Schuldners das Gegenstück zur Klage auf Erteilung der Klausel nach § 731 dar. Nach ganz hM handelt es sich um eine **prozessuale Gestaltungsklage**,¹ weil die Erteilung der Klausel nicht deklaratorisch, sondern gestaltend für unzulässig erklärt wird. Sie war in der Regel zunächst zulässig, weil die maßgeblichen Umstände formgerecht nachgewiesen wurden. Mit der Klage können nur die **Umstände bestritten** werden, die in den ihr bezeichneten **Vorschriften aufgeführt** sind, also etwa der Bedingungeintritt nach § 726 Abs. 1, die Rechtsnachfolge nach § 727. Sie setzt nicht voraus, dass die Klausel tatsächlich nach den genannten Vorschriften erteilt wurde; ist fälschlich eine einfache Klausel erteilt worden, kann der Kläger auch den Eintritt der maßgeblichen Umstände mit der Klage nach § 768 bestreiten.² Entsprechend findet die Vorschrift Anwendung beim (Prätenden-)Streit zweier Gläubiger (s. § 727 Rn. 5).

II. Abgrenzung zu anderen Rechtsbehelfen

Mit der Klauselgegenklage des § 768 kann nur die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung eines Titels 2 angegriffen werden. Der titulierte Anspruch selbst bleibt unberührt. Dies unterscheidet die Klage von der **Vollstreckungsabwehrklage** (§ 767), mit der materielle Einwendungen gegen den titulierten Anspruch selbst geltend gemacht werden können. Eine Verbindung von Klausel- und Vollstreckungsabwehrklage ist zulässig.³ **Klauselerinnerung** (§ 732) und Klauselgegenklage stehen grundsätzlich zur Wahl; allerdings können mit der **Klauselerinnerung** nur **formelle** Rügen erhoben, mit der **Klauselgegenklage** nur **materielle Umstände** bestritten werden. Zur Abgrenzung im Einzelnen s. § 732 Rn. 3 ff. Die Klage nach § 768 ist auch noch nach einer erfolglosen Klauselerinnerung möglich.⁴

III. Zulässigkeit der Klage

1. **Zuständigkeit, Rechtsschutzbedürfnis.** Ausschließlich (§ 802) **zuständig** ist das Prozessgericht des 3 ersten Rechtszugs, §§ 768, 767 Abs. 1 (s. § 767 Rn. 17). Das Familiengericht ist zuständig, wenn die Erteilung der Klausel zu einem vom Familiengericht geschaffenen Titel angegriffen wird.⁵ Zum Vollstre-

¹⁸³ BGH BB 2006, 629 (LS); NJOZ 2002, 1900, 1901.

¹⁸⁴ MK/Karsten Schmidt Rn. 95.

¹⁸⁵ MK/Karsten Schmidt Rn. 95.

¹⁸⁶ BGH NJW-RR 1990, 48, 49; aA MK/Karsten Schmidt Rn. 96.

¹⁸⁷ BGH NJW 1994, 2769, 2770; BGHZ 48, 356, 358 = NJW 1968, 156f.; OLG Zweibrücken OLGR 2001, 458; OLG Hamburg MDR 1999, 1092; OLG Koblenz NJW-RR 1997, 1426, 1427.

¹⁸⁸ BGHZ (Fn. 187).

¹ Ro/G/Sch § 17 III 3 e m. weit. Nachw.

² Lackmann Rn. 771.

³ MK/Karsten Schmidt Rn. 5.

⁴ RGZ 50, 372, 374 ff.; Zö/Herget Rn. 1.

⁵ OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 427f.