

## DIE „VERLÄNGERTE VOLLSTRECKUNGSABWEHRKLAGE“

*Prof. Dr. Diederich ECKARDT\**

### I. Einführung

Mit der Vollstreckungsabwehrklage (oder: Vollstreckungsgegenklage) nach § 767 der deutschen Zivilprozessordnung<sup>1</sup> kann der Vollstreckungsschuldner geltend machen, dass die urteilsmäßig titulierte Forderung nicht mehr bestehe, und hierdurch erwirken, dass das Gericht die Zwangsvollstreckung aus dem Titel durch rechtsgestaltendes Urteil für unzulässig erklärt<sup>2</sup>. Das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis hierfür hat der Schuldner aber nur dann, wenn die Vollstreckung des Gläubigers aus dem Titel droht. Ist dies nicht mehr der Fall, weil die Vollstreckung insgesamt beendet ist – d.h. wenn der Gläubiger aus dem Erlös einer im Vollstreckungsverfahren durchgeführten Zwangsverwertung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung erfolgte freiwillige Leistung hinsichtlich seines vollstreckbaren Anspruchs einschließlich der Kosten befriedigt worden ist und das Vollstreckungsorgan dem Schuldner deshalb nebst einer Quittung die vollstreckbare Ausfertigung ausgehändigt hat –, so entfällt hiermit zugleich das Rechtsschutzbedürfnis für die Vollstreckungsabwehrklage<sup>3</sup>. Eine ggf. bereits erhobene

---

\* Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht Universität Trier, Fachbereich Rechtswissenschaft

<sup>1</sup> Im Folgenden nur mit „ZPO“ abgekürzt. Ich bedanke mich zugleich dafür, einen Beitrag zur Festschrift für meinen geschätzten türkischen Kollegen *Hakan Pekcanitez* in meiner Muttersprache und zu meiner heimischen Rechtsordnung leisten zu dürfen.

<sup>2</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die Vollstreckungsabwehrklage zur Geltendmachung einer Haftungsbeschränkung (§§ 780, 786 ZPO); auf diese soll hier nicht weiter eingegangen werden.

<sup>3</sup> S. hierzu und zu den genannten Voraussetzungen BGH NJW 1984, 2826, 2827; BGHZ 100, 211, 212 = NJW 1987, 3266; ausführlich *Brehm*, ZIP 1983, 1420 ff.

Vollstreckungsabwehrklage wird also unzulässig und müsste durch den klagenden Vollstreckungsschuldner an sich zur Vermeidung der Klageabweisung für erledigt erklärt werden. Der Schuldner kann freilich den Rechtsstreit fortsetzen und zu diesem Zweck seinen Klageantrag auf Rückzahlung des Erlangten (bzw. auf Zahlung von Schadensersatz)<sup>4</sup> umstellen<sup>5</sup>. Hierfür hat sich in der jüngeren Vergangenheit in der deutschen Rechtsprechung<sup>6</sup> und Literatur<sup>7</sup> der Begriff der „verlängerten Vollstreckungsabwehrklage“ etabliert; er soll zugleich die von vornherein selbständig erhobene Klage auf Rückzahlung des durch die Vollstreckung Erlangten erfassen.

---

<sup>4</sup> Grundlage des Anspruchs auf Rückzahlung des durch die Vollstreckung Erlangten ist nach h.M. eine Eingriffskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (vgl. m.w.N. nur *Schilken*, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 53 Rn. 62). Daneben können im Einzelfall verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche insbesondere aus §§ 823 Abs. 1, 826 BGB treten (vgl. *Schilken*, a.a.O.); sie sind im Folgenden mitgemeint, wenn vereinfachend von den bereicherungs- oder materiell-rechtlichen Ausgleichsansprüchen gesprochen wird.

<sup>5</sup> Vgl. – in Anwendung von § 264 Nr. 3 ZPO – nur BGHZ 99, 292, 294 = NJW 1987, 1026; BGHZ 113, 169, 172 = NJW 1991, 1063; BGHZ 163, 339, 341 f. = NJW 2005, 2926; BGH DtZ 1995, 169; BAGE 31, 288 = NJW 1980, 141, 142.

<sup>6</sup> Zuerst offenbar in BAGE 31, 288 = NJW 1980, 141, 142; s. später BGHZ 99, 292, 294 = NJW 1987, 1026; BGHZ 100, 211 = NJW 1987, 3266 (im amtlichen Leitsatz); BGH NJW-RR 1988, 957, 958; BGH DtZ 1995, 169; BGH NJW-RR 2001, 1450, 1451; BGH NJW 2013, 3243, 3245 [Rn. 15].

<sup>7</sup> Vgl. BeckOK-ZPO/Preuß, Stand 12/2014, § 767 Rn. 74; HK-ZPO/Kindl, ZPO, 5. Aufl. 2013, § 767 Rn. 8; *Schneiders*, in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Auflage 2013, § 767 Rn. 26; *K. Schmidt/Brinkmann*, in MünchKomm-ZPO, 4. Aufl. 2013, § 767 Rn. 21, 74; Musielak/Lackmann, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 767 Rn. 9, 15, 18; *Schilken*, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 53 Rn. 61; *ders.*, JuS 1991, 51; *Heiderhoff/Skamel*, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. 2013, Rn. 630 ff.; *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Aufl. 2010, § 12 Rn. 30; *Kainz*, Funktion und dogmatische Einordnung der Vollstreckungsabwehrklage in das System der Zivilprozessordnung, 1984, S. 31 f.; *Münch*, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1989, S. 353; *Stamm*, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, 2007, S. 633 Fn. 432; *Gaul*, FS Schilken, 2015, S. 275, 283; *Kliebisch*, JuS 2013, 313, 318; *Lakkis*, ZZP 119 (2006), 435, 442; *Makowsky*, JuS 2014, 901, 902; *Otto*, FS Henckel, 1995, S. 615, 622.

Die mit diesem relativ neuen Begriff bezeichnete Rechtsschutzoption ist freilich der Sache nach praktisch von jeher anerkannt. So erklärte bereits *Oertmann*<sup>8</sup>: „Soweit dem Vollstreckungsschuldner zur Brechung des noch nicht durchgeführten Vollstreckungsrechts die Vollstreckungsabwehrklage zur Verfügung stand, steht ihm nach seiner Durchführung ein Bereicherungsanspruch offen.“ Der Bundesgerichtshof formuliert, der Schuldner, der es versäumt habe, die Erfüllung im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend zu machen, gehe nicht etwa seiner Rechte deswegen verlustig, weil diese Klage nach der Beendigung der Zwangsvollstreckung nicht mehr erhoben werden könne; vielmehr setzten die rechtlichen Möglichkeiten der Vollstreckungsabwehrklage nach der Beendigung der Zwangsvollstreckung in einer materiell-rechtlichen Bereicherungsklage fort<sup>9</sup>. Der Umstand, dass die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe zu Gunsten des Schuldners mit Beendigung der Zwangsvollstreckung entfallen, bedeutet also keine endgültige Festschreibung der Rechtslage, da die endgültige Güterverteilung nicht Aufgabe der Zwangsvollstreckung ist. Deren Ergebnis unterliegt vielmehr – in den im Folgenden noch näher zu bestimmenden verfahrensrechtlichen Grenzen – der Überprüfung durch das materielle Recht, dogmatisch „aufgehängt“ am infolge des Nichtbestehens der Forderung seinerseits nicht entstandenen Pfändungspfandrecht (so die „gemischte“ oder privatrechtlich-öffentlichrechtliche Theorie) bzw. am trotz Pfändungspfandrechts fehlenden materiellen Befriedigungsrecht (so die öffentlichrechtliche Theorie)<sup>10</sup>. Eine gegenteilige Ansicht, wonach die abgeschlossene Zwangsvollstreckung

<sup>8</sup> *Hellwig/Oertmann*, System des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. II, 1919, § 286 III 2.

<sup>9</sup> BGHZ 83, 278, 280 = NJW 1982, 1147; BGH NJW 1986, 2047, 2048; BGHZ 99, 143, 149 = NJW 1987, 651; BGHZ 100, 211 f. = NJW 1987, 3266; BGH NJW 1993, 3318, 3320; BGHZ 163, 339, 341 f. = NJW 2005, 2926; BGH NJW-RR 2008, 1075, 1076; BGH NJW 2013, 3243, 3245 [Rn. 15]; OLG Frankfurt NJW 1961, 1479, 1480; aus der Literatur vgl. m.w.N. zuletzt *Althammer*, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 389 f., 593 f.; *Gaul*, JuS 1962, 1, 2; *ders.* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 40 Rn. 16, 175 ff.; *ders.*, FS *Schilken*, 2015, S. 275, 283; *Jauernig/Berger* (Fn. 7), § 12 Rn. 30.

<sup>10</sup> Deshalb entbehrt die Güterverschiebung zugunsten des Vollstreckungsgläubigers des bereicherungsrechtlich rechtfertigenden Grundes, vgl. m.w.N. nur *Schilken*, in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 53 Rn. 62.

vermittels der ihr innewohnenden „Vollstreckungskraft“ – als begriffliche Analogie zur materiellen Rechtskraft – den dauerhaften Bestand des Erlangten gewährleiste<sup>11</sup>, hat in Deutschland deshalb zu Recht keine größere Anhängerschaft gewonnen<sup>12</sup>.

Sofern sich die Vollstreckungsabwehrklage gegen die Vollstreckung aus einem der materiellen Rechtskraft fähigen Urteil richtet, ist die Zulässigkeit der bereicherungsrechtlichen „Verlängerung“ der Vollstreckungsabwehrklage freilich nur dann unproblematisch, wenn die damit zur Geltung gebrachte Einwendung gegen den titulierten Anspruch „neu“ ist. „Neu“ ist die Einwendung, wenn sie nicht schon zu einem Zeitpunkt objektiv vorlag, der schon ihre Geltendmachung in dem vorangegangenen und durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Leistungsprozess oder in einem früheren durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Vollstreckungsabwehrklage-Prozess möglich gemacht hätte. Handelt es sich dagegen um eine „alte“ Einwendung – also genau umgekehrt um eine Einwendung, die bereits zum Zeitpunkt eines dieser früheren Verfahren objektiv vorlag und geltend gemacht werden konnte –, so stellt sich die Frage nach den verfahrensrechtlichen Grenzen, die ihrer Geltendmachung mit einer „verlängerten Vollstreckungsabwehrklage“ entgegenstehen können.

Damit werden Fragen aufgeworfen, die sich auch für das Verhältnis der („eigentlichen“) Vollstreckungsabwehrklage zum vorangegangenen und rechtskräftig abgeschlossenen Leistungsprozess stellen und insoweit mindestens teilweise in § 767 ZPO, insbesondere in dessen Abs. 2 und Abs. 3, gesetzlich geregelt sind. Bei der Beantwortung der gleichen Fragen für die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ geht es deshalb mittelbar zugleich

---

<sup>11</sup> Vgl. insbes. *Böhm*, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materiellrechtliche Ausgleichsansprüche, 1971, S. 19 f., 44 f., 68, 88; zweifelnd auch *Bötticher*, ZZP 85 (1972), 1, 14; *Günther*, AcP 178 (1978), 456, 463 f.

<sup>12</sup> S. zum Standpunkt der h.M. etwa BGHZ 119, 75, 86 = NJW 1992, 2576; BGH NJW 2000, 2022, 2023; BGH NJW-RR 2001, 1450, 1451; *Heiderhoff/Skamel* (Fn. 7), Rn. 631; *Gaul*, JuS 1962, 1, 2; *ders.*, AcP 173, 323, 327 ff.; *ders.*, ZZP 112 (1999), 135, 178; *ders.*, FS 50 J. BGH, Bd. III, S. 521, 522; *ders.*, in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 40 Rn. 177; *Gerlach*, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung, 1986, S. 14 f.; *Kainz* (Fn. 7), S. 182 ff.

darum, wofür der Begriff der „verlängerten Vollstreckungsabwehrklage“ eigentlich steht: Handelt es sich nur um eine griffige Bezeichnung dafür, dass mit der Bereicherungsklage wirtschaftlich das gleiche Interesse verfolgt wird wie zuvor mit der Vollstreckungsabwehrklage, oder bestehen zwischen beiden Rechtsschutzoptionen auch inhaltliche Berührungspunkte? Etwas salopp könnte man formulieren: Wieviel „eigentliche“ Vollstreckungsabwehrklage steckt in der „verlängerten“ Vollstreckungsabwehrklage?

Seine Entstehung dürfte der Begriff der „verlängerten Vollstreckungsabwehrklage“ ja vermutlich vor allem der Fragestellung verdanken, zu der die ersten einschlägigen Gerichtsentscheidungen ergangen sind, also der Klageänderung zum Zahlungsantrag im Vollstreckungsabwehrklageprozess; das Bild der „Verlängerung“ macht insoweit die für die Anwendung des § 264 Nr. 3 ZPO essentielle Identität des verfolgten Interesses anschaulich. Dass das aber nicht bedeutet (und bedeuten kann), die Zahlungsklage unreflektiert wie eine Vollstreckungsabwehrklage zu behandeln, zeigt sogleich der erste Regelungsgegenstand des § 767 ZPO, nämlich die praktisch besonders wichtige ausschließliche (§ 802 ZPO) örtliche und sachliche Zuständigkeit des Prozessgerichts des ersten Rechtszugs<sup>13</sup>; sie soll anerkanntermaßen für die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ gerade nicht gelten<sup>14</sup>. Da auch die *perpetuatio fori* des § 261 III Nr. 2 ZPO im Hinblick auf die Änderung des Streitgegenstands nicht eingreift, bedeutet dies, dass die eben erst erleichterte Klageänderung hin zum Zahlungsantrag im praktischen Ergebnis einen Teil ihrer Vorzüge einbüßt, weil die Zahlungsklage mangels rügeloser Einlassung ohnehin an den allgemeinen Gerichtsstand des Gläubigers (der den zur Erlangung des Titels führenden Prozess am allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners führen musste) verwiesen werden muss<sup>15</sup>. Was

---

<sup>13</sup> Vgl. für die sonstigen Vollstreckungstitel noch §§ 795, 796 Abs. 3, 797 Abs. 5, 800 Abs. 3 ZPO.

<sup>14</sup> RG JW 1898, 506; RG WarnRspr 1911, Nr. 194; MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7), § 767 Rn. 21; Musielak/Lackmann (Fn. 7), § 767 Rn. 15; a.A. nur Steines, KTS 1987, 27, 30 ff.

<sup>15</sup> S. insofern zutreffend Steines, KTS 1987, 27, 29 f.

die „Verlängerung“ kennzeichnet, ist also offenbar nicht so einfach auszumachen.

## II. Sofortige „verlängerte“ statt „eigentlicher“ Vollstreckungsabwehrklage

Betrachtet werden soll zunächst die Fallkonstellation, dass der Kläger von der „eigentlichen“ zur „verlängerten“ Vollstreckungsabwehrklage übergeht, bevor über erstere entschieden ist (weil die Zwangsvollstreckung vor einer Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage beendet war), oder dass ohne vorherige Vollstreckungsabwehrklage sogleich auf Rückgewähr des Erlangten geklagt wird (weil die Zwangsvollstreckung sogar schon vor erstmaliger Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage beendet war). In beiden Fällen stellt sich also die Frage, inwiefern prozessuale Besonderheiten der Vollstreckungsabwehrklage auf die Bereicherungsklage zu übertragen sind. Nahegelegt wird dies durch die oben zitierten Formulierungen der h.M., wonach die Bereicherungsklage möglich sei, „soweit“ zuvor die Vollstreckungsabwehrklage zur Verfügung stand, oder wonach sich „die rechtlichen Möglichkeiten“ der Vollstreckungsabwehrklage in der Bereicherungsklage fortsetzten und eine solche Bereicherungsklage folglich „denselben Einschränkungen“ unterliege, die für eine Vollstreckungsabwehrklage gelten würden<sup>16</sup>.

In der Tat leitet man hieraus allgemein die Folgerung ab, Voraussetzung für die Begründetheit einer solchen verlängerten Vollstreckungsabwehrklage sei es, dass die ursprüngliche Vollstreckungsabwehrklage zum Zeitpunkt der Beendigung der Zwangsvollstreckung zulässig und begründet gewesen sei (bzw. – für den Fall den Fall, dass noch keine Vollstreckungsabwehrklage erhoben worden war – dass eine gedachte Vollstreckungsabwehrklage zulässig und begründet wäre)<sup>17</sup>. Von Bedeutung ist diese Einschränkung insbesondere für die nach §

---

<sup>16</sup> Nachweise in Fn. 9.

<sup>17</sup> BGHZ 163, 339, 342 = NJW 2005, 2926, 2927; BGHZ 100, 211 f. = NJW 1987, 3266 f.; BGH NJW-RR 1988, 957, 958; BGH NJW 2013, 3243, 3245 [Rn. 15 ff.]; BeckOK-ZPO/Preuß (Fn. 7), § 767 Rn. 74; Musielak/Lackmann (Fn. 7), § 767 Rn. 15; Schuschke/Walker/Raebel, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl. 2011,

767 Abs. 2 ZPO ausgeschlossenen Einwendungen gegen den titulierten Anspruch; sofern diese Einwendungen objektiv bereits zum Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung des Leistungsprozesses, in dem der Vollstreckungstitel erwirkt wurde, vorhanden waren, können sie daher ebenso wenig Grundlage einer „verlängerten“ wie einer „eigentlichen“ Vollstreckungsabwehrklage sein<sup>18</sup>. Dies ist im Ergebnis unstrittig. Nicht so klar ist allerdings die Begründung hierfür: Teils wird dies als „Ausstrahlungswirkung“ der für die Vollstreckungsabwehrklage aufgerichteten Schranken auf die materiellrechtlichen Ansprüche bezeichnet<sup>19</sup>. Andere Autoren argumentieren demgegenüber mit einer entsprechenden Anwendung von § 767 Abs. 2 ZPO<sup>20</sup> oder plädieren für einen unmittelbaren Rückgriff auf Rechtskraftgrundsätze<sup>21</sup>.

Die Beantwortung der Frage hängt zunächst wesentlich vom Verständnis der Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO ab: Vorherrschend sieht man darin eine rechtskraftimmanente Präklusionswirkung, d.h. einen unmittelbaren Ausdruck der materiellen Rechtskraft des Urteils<sup>22</sup>. In der Tat

---

§ 767 Rn. 45; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002 ff., § 767 Rn. 56 f.; Wieczorek/Schütze/Lüke, ZPO, 3. Aufl. 1999, § 804 Rn. 47; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 1328; Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006, Rn. 45.30; vgl. auch OLG Frankfurt, NJW 1961, 1479, 1480.

<sup>18</sup> BGHZ 83, 278, 280 = NJW 1982, 1147; BGH NJW-RR 1988, 957, 958; BGHZ 163, 339, 342 = NJW 2005, 2926, 2927; BeckOK-ZPO/Preuß (Fn. 7), § 767 Rn. 74; MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7), § 767 Rn. 21, 74; Musielak/Lackmann (Fn. 7), § 767 Rn. 31, 40; Heiderhoff/Skamel (Fn. 7), Rn. 630, 632 f.; Brox/Walker (Fn. 17), Rn. 1328; Schilken, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 53 Rn. 61.

<sup>19</sup> So z.B. Heiderhoff/Skamel (Fn. 7), Rn. 630.

<sup>20</sup> So etwa Brox/Walker (Fn. 17), Rn. 1328; vgl. auch BGH NJW 2009, 1282 [Rn. 11], wonach dies „in Betracht zu ziehen“ sei.

<sup>21</sup> Hierfür etwa Baur/Stürner/Bruns (Fn. 17), Rn. 45.39; wohl auch Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 17), § 767 Rn. 56 f.

<sup>22</sup> MünchKomm-ZPO/Gottwald (Fn. 7), § 322 Rn. 139; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. 2014, vor § 322 Rn. 68; Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 53; ders., FS Schilken, 2015, S. 275, 279; Althammer (Fn. 9), S. 534 ff., 573 ff., 578; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1961, S. 302; Diersch, Präklusion und Rechtskraft beim Zivilurteil, 1954, S. 72 ff.; Reischl, Die objektiven

schließt bereits die materielle Rechtskraft im Rahmen des Streitgegenständlichen Lebenssachverhalts jeden Tatsachenvortrag aus, der auf eine abweichende Beurteilung der rechtskräftig zuerkannten Rechtsfolge gerichtet ist. Mithilfe dieser Präklusion sichert die Rechtskraft das Prozessergebnis grundsätzlich auch gegen solches Vorbringen alter Tatsachen ab, das zwar nicht zum Prozessstoff des Vorprozesses gehörte und deshalb im Vorprozess nicht vorgetragen und bei der Entscheidungsfindung auch nicht berücksichtigt wurde, das aber den getroffenen Feststellungen widerspräche. Die Rechtskraft erfasst nach heutigem Verständnis also das gesamte den prozessualen Anspruch betreffende Material und nicht etwa nur den durch die Parteien explizit dem Gericht unterbreiteten Tatsachenstoff<sup>23</sup>. Dass es der Bestimmung des § 767 Abs. 2 ZPO neben den Rechtskraftgrundsätzen überhaupt bedurfte, liegt danach an dem spezifischen auf prozessuale Gestaltung gerichteten Klageziel der Vollstreckungsabwehrklage (auf das gleich noch näher einzugehen sein wird [sub III. 1.]); zumindest ein Klarstellungsbedürfnis wird man dem ZPO-Gesetzgeber deshalb nicht absprechen können. Ist die zweite Klage demgegenüber ebenfalls auf Leistung gerichtet, birgt die Bestimmung ihres Verhältnisses zum rechtskräftigen Vorjudikat keine Besonderheiten, die es rechtfertigen würden, hierfür eine besondere Vorschrift zu schaffen bzw. die für eine spezifische Konstellation geschaffene Sonderregel entsprechend

---

Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozeß, 2002, S. 240; *Klimke*, ZZZ 126 (2013), 43, 46; *Thole*, ZZZ 124 (2013), 45, 50 ff.; modifizierend *K. Schmidt*, FG 50 J. BGH, Bd. III, S. 491, 498; MünchKomm-ZPO/K. *Schmidt/Brinkmann* (Fn. 7), § 767 Rn. 74; § 767 Abs. 2 ZPO diene (lediglich) dem *Schutz* der Rechtskraft.

<sup>23</sup> Dies wurde früher verbreitet anders gesehen, sei es aufgrund eines entsprechend limitierenden Streitgegenstandsverständnisses (*Habscheid*, AcP 152 (1952/53), 169ff., 171 f., 182 ff.; *ders.*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956, S. 282ff., 289ff.; *ders.*, FS Nipperdey, Bd. I, S. 895, 902 ff.), sei es aufgrund eines engeren Begriffs der gerichtlichen „Entscheidung“ (*Rosenberg*, SJZ 1950, Sp. 313, 314; *Schwab*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1954, S. 145 ff., 158, 162 ff., 167 ff., 169; *ders.*, FS Bötticher, 1969, S. 321, 328 f.; *ders.*, FS Lüke, 1997, S. 793, 798 f.; *Rosenberg/Schwab*, Zivilprozessrecht, 14. Aufl. 1986, § 156 II 1). Hiernach bleibt die Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO bloßes „Schwesterprinzip“ der Rechtskraft (*Habscheid*), eine „zu § 322 Abs. 1 ZPO gehörende *lex fugitiva*“ (*Rosenberg*).



anzuwenden. Ebenso wenig bedarf es der Konstruktion einer „Ausstrahlungswirkung“ des § 767 Abs. 2 ZPO zu dem Zweck, dessen Umgehung durch eine spätere „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ zu verhindern; allgemeine Rechtskraftgrundsätze reichen hierzu aus und sollten schon um der dogmatischen Stringenz willen dann auch vorrangig herangezogen werden. Festzuhalten ist also zunächst, dass sich der Ausschluss von „Alttatsachen“ als zulässiger Angriffsmittel für eine nachträgliche Bereicherungsklage aus der Rechtskraft ergibt, wenngleich mit demselben Ergebnis, das insoweit für die („eigentliche“) Vollstreckungsabwehrklage aus § 767 Abs. 2 ZPO herzuleiten ist.

Zumindest einer Erwähnung wert ist schließlich noch der Prüfungsort der behandelten Rechtsfrage: Ist die „Unzulässigkeit“ der Rückforderung des Geleisteten mit der Behauptung der Unrichtigkeit des Urteils eine Frage der Sachurteilsvoraussetzungen (mit der Folge, dass die Rechtskraft den Folgeprozess *qua ne bis in idem* schon im Ansatz verhindert) oder handelt es sich um eine Begründetheitsfrage (so dass es nur oder immerhin darum geht, die Angriffe gegen eine rechtskräftig festgestellte präjudizielle Rechtsfolge zu präkludieren)? Auch diese Frage ist streitig. Richtiger Ansicht nach kommt, wenn der Beklagte das aufgrund des Urteils und nach dessen Ergehen an den Kläger Geleistete nun zurückfordert, nicht die Unzulässigkeit der Klage unter dem Aspekt des „kontradiktorischen Gegenteils“ in Betracht<sup>24</sup>, sondern allein die Unbegründetheit im Hinblick auf die unter dem Gesichtspunkt der Präjudizialität bestehende Rechtskraftwirkung<sup>25</sup>: Die Parteien streiten jetzt nicht mehr um die Frage, ob

---

<sup>24</sup> Hierfür aber Thomas/Putzo/Reichold, 35. Aufl. 2014, § 322 Rn. 11; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 154 II 1; Doderer, NJW 1991, 878, 879; Koussoulis, Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre, 1986, S. 231 f. (Unzulässigkeit wegen „unechter Präjudizialität“); vgl. ferner BGH, NJW 1984, 126, 127 f.; BGH NJW 2000, 2022, 2023 f. (der BGH prüft hier die nachträgliche Veränderung der zugrundeliegenden Tatsachen jeweils als Zulässigkeitsproblem und nicht, wie es bei bloßer Bindungswirkung wegen Präjudizialität geboten wäre, als Begründetheitsfrage), und BGH NJW 1995, 967 f. (der BGH stellt hier das als unzulässig abweisende erstinstanzliche Urteil wieder her).

<sup>25</sup> Vgl. MünchKomm-ZPO/Gottwald (Fn. 7), § 322 Rn. 46; Stein/Jonas/Leipold (Fn. 17), § 322 Rn. 206, 266; Behrendt, Materielle Rechtskraft und kontradiktorisches Gegenteil,

die Forderung besteht, sondern darum, ob sie bis zu der erfolgten Leistung bestanden hat; dadurch mutiert diese Frage vom prinzipalen Streitpunkt zum Präjudizialpunkt. Konstruktiv möglich wäre zwar auch die erstgenannte Lösung, indem man sich die spätere Erfüllung oder Vollstreckung als bloße Weiterentwicklung innerhalb eines nach der Verkehrsauffassung immer noch als einheitlich angesehenen Lebenssachverhalts vorstellt. Entscheidend muss aber sein, ob die für den Fall der Streitgegenstandsidentität (einschließlich seiner Variante des kontradiktorischen Gegenteils) vorgesehene Rechtsfolge, den Rechtsstreit ohne gerichtliche Aussage zur Sache selbst zu beenden, angemessen erscheint. Dies ist richtigerweise zu verneinen: Sind die jeweils streitgegenständlichen Rechtsfolgen nicht offensichtlich identisch, so sollte das zweite Urteil vorzugsweise klarstellend auch über die zweite Rechtsfolge eine Sachentscheidung treffen müssen.

### III. „Verlängerte“ nach „eigentlicher“ Vollstreckungsabwehrklage

In der zweiten Konstellation – die Bereicherungsklage wird erhoben, nachdem bereits rechtskräftig über eine Vollstreckungsabwehrklage befunden war – geht es nicht mehr nur um das Verhältnis der Bereicherungsklage zum vorangegangenen Leistungsprozess, sondern zugleich und vor allem um das Verhältnis der Bereicherungsklage zum Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage.

#### 1. Befund

Der gegenwärtige Erkenntnis- und Diskussionsstand zu den in dieser Konstellation aufgeworfenen Fragen ist gelinde gesagt unübersichtlich; vor

---

Diss. Frankfurt/M. 1965, S. 58; *Gaul*, JuS 1962, 1, 7 f., 12; *ders.*, FS Schilken, 2015, S. 275, 282 f., 299 f.; *Lipp*, FS Pawlowski, 1996, S. 359, 379; *Münch* (Fn. 7), S. 355; *Musielak*, FS Nakamura, 1996, S. 423, 430; *Vollkommer*, FS Stürner, 2013, Bd. I, S. 581, 583; *ders.*, in *Zöller* (Fn. 22), vor § 322 Rn. 25; *Zeuner*, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959, S. 14, 55 f.; ohne ausdrückliche Festlegung, aber sachlich wohl in demselben Sinne BGHZ 131, 82, 88; BGHZ 183, 366 = NJW 2010, 1192 [Rn. 34]; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren, 2. Aufl. 1985, § 90 III 1; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1969, S. 217.

einer eigenen Stellungnahme soll deshalb der Versuch stehen, diesen Diskussionsstand etwas transparent zu machen. Man unterscheidet zweckmäßigerweise zwischen der Wiederholung solcher „alten“ Einwendungen, mit denen sich bereits das Urteil über die erste Vollstreckungsabwehrklage zu befassen hatte (sogleich sub aa.), und der Erhebung von seinerzeit zwar objektiv vorhandenen, aber nicht zur Entscheidung gestellten „alten“ Einwendungen (sogleich sub bb.). Als unproblematisch angesehen wird demgegenüber die Geltendmachung von „neuen“ Einwendungen, d.h. solchen, die zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über die Vollstreckungsabwehrklage objektiv noch nicht vorhanden waren (sogleich sub cc.).

#### **a) Wiederholung bereits zurückgewiesener „alter“ Einwendungen**

Nahezu unstreitig ist zunächst, dass eine im rechtskräftigen Urteil über die Vollstreckungsabwehrklage geprüfte und zurückgewiesene Einwendung nicht nur als Grundlage einer erneuten Vollstreckungsabwehrklage ausgeschlossen ist<sup>26</sup>, sondern auch nicht im Wege der „verlängerten“ Vollstreckungsabwehrklage zur Grundlage eines Bereicherungsanspruchs gemacht werden kann<sup>27</sup>. Während sich Ersteres schon wegen Identität des Streitgegenstands in der Tat von selbst versteht, ist die Annahme einer entsprechenden Rechtskraftwirkung im zweiten Fall zwar im Hinblick auf den Sinngehalt der Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage

---

<sup>26</sup> Vgl. nur BGH MDR 1985, 138 f.; OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 1216; *Gaul*, in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 40 Rn. 139; *K. Schmidt*, JR 1992, 89, 90.

<sup>27</sup> Vgl. mit Unterschieden im Detail etwa BGH NJW 1960, 1460, 1461; OLG Zweibrücken WM 2003, 244, 245 f.; *MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann* (Fn. 7), § 767 Rn. 98; *Schuschke/Walker/Raebel* (Fn. 17), § 767 Rn. 10, 42 f., 45; *Stein/Jonas/Münzberg* (Fn. 17), § 767 Rn. 57; *Burgard*, ZZZ 106 (1993), 23, 40; *Baur/Stürner/Bruns* (Fn. 17), Rn. 45.30; *Brox/Walker* (Fn. 17), Rn. 1374; *Gaul*, ZZZ 85 (1972), 251, 260 f., 300; *ders.*, AcP 173 (1973), 323, 330 f.; *ders.* in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 40 Rn. 118, 139; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1961, S. 224 ff.; *Kainz* (Fn. 7), S. 188 ff.; *Münch* (Fn. 7), S. 354 ff.; *Otto*, FS Henckel, 1995, S. 615, 627 f.; *Schilken*, JuS 1991, 51, 52 f.; *K. Schmidt*, FG 50 J. BGH, 2000, Bd. III, S. 491, 494; *Zeuner*, ZZZ 74 (1961), 190, 192.

ebenfalls von „elementarer Richtigkeit“<sup>28</sup>, konstruktiv auf der Basis der herrschenden Auffassung von einem rein prozessualen Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage nur schwer zu begründen. Vertreten wird deshalb auch die Ansicht, dass die zweite Klage nur hinsichtlich der fehlenden Bösgläubigkeit des Gläubigers (soweit für den Bereicherungsanspruch relevant) bzw. seines fehlenden Verschuldens (für den Deliktsanspruch) präjudiziert sei<sup>29</sup>. In einer aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofs findet sich sogar die allerdings nicht weiter reflektierte Aussage, die Abweisung der Vollstreckungsabwehrklage hindere „grundsätzlich nicht die Geltendmachung der nämlichen materiell-rechtlichen Einwendung in einem Folgeprozess über den titulierten Anspruch selbst“; immerhin wird diese sodann durch den Zusatz „(wobei die analoge Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO allerdings einer genaueren Untersuchung bedürfte)“ relativiert<sup>30</sup>.

#### **b) Erstmalige Geltendmachung „alter“ Einwendungen**

Nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis sehr Streitig ist demgegenüber der Ausschluss der Geltendmachung „alter“ Einwendungen für den Fall, dass eine Einwendung zwar objektiv zum Zeitpunkt der ersten Vollstreckungsabwehrklage bereits vorhanden gewesen war, aber durch den Kläger nicht geltend gemacht und deshalb auch nicht gerichtlich geprüft und im Urteil beschieden worden war.

Was zunächst die Möglichkeit angeht, in diesem Fall erneut eine Vollstreckungsabwehrklage zu erheben, sieht die h.L. hierfür die Bestimmung des § 767 Abs. 3 ZPO – die sie als rechtskrafteergänzende (und damit rechtskraftfremde) Präklusionsvorschrift versteht – als *sedes materiae* an<sup>31</sup>. Dies hat aus Sicht mancher Autoren den Charme, die unvermeidliche

<sup>28</sup> Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 139 m.w.N. in Fn. 563.

<sup>29</sup> Vgl. etwa Brox/Walker (Fn. 17), Rn. 1374; Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 17) § 767 Rn. 57; Schuschke/Walker/Raebel (Fn. 17), § 767 Rn. 45.

<sup>30</sup> BGH NJW 2009, 1282 [Rn. 11]; zust. Thole, ZZZ 124 (2013), 45, 65.

<sup>31</sup> Brox/Walker (Fn. 17), Rn. 1357; Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 112 ff.; Lakkis, ZZZ 119 (2006), 435, 440 Fn. 31; Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 17), § 767 Rn. 55; Zöller/Herget (Fn. 22), § 767 Rn. 22; Jauernig/Berger (Fn. 7), § 12 Rn. 18.

Strenge des Rechtskraftprinzips zu mildern durch eine flexiblere Handhabung im Sinne eines zusätzlichen Verschuldenserfordernisses, die § 767 Abs. 3 ZPO durch die Worte „imstande ist“ zu ermöglichen scheint<sup>32</sup>. Zugleich eröffnet die Ansiedelung der Frage bei § 767 Abs. 3 ZPO eher als der Weg über die Rechtskraft die Option, die den nicht vorgebrachten Streitstoff präkludierenden Wirkungen des Urteils über die erste Vollstreckungsabwehrklage auf eine erneute Vollstreckungsabwehrklage zu beschränken und die Bereicherungsklage, also die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“, hiervon auszunehmen<sup>33</sup>; denn da die genannte Bestimmung ausweislich der Gesetzesmaterialien allein die „Energie der Vollstreckung“ sichern solle<sup>34</sup>, erfasse sie spätere Bereicherungs- und Schadensersatzklagen ihrem Zweck nach gerade nicht. Fraglich bleibt

<sup>32</sup> So unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes die wohl h.L., vgl. m.w.N. z.B. *Brox/Walker* (Fn. 17), Rn. 1357; *Burgard*, ZZP 106 (1993), 23, 43; *Gaul*, in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 40 Rn. 116; *Jauernig/Berger* (Fn. 7), § 12 Rn. 18; *Zeuner*, ZZP 74 (1961), 190, 192; *Marburger*, GS Knobbe-Keuk, S. 187, 197; *Münzberg*, ZZP 87 (1974), 449, 454ff., 458; *ders.*, in *Stein/Jonas* (Fn. 17), § 767 Rn. 52; *Musielak/Lackmann* (Fn. 7), § 767 Rn. 42; *Otto*, FS Henckel, 1995, S. 615, 623 f.; a.A. außer der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (s. dazu sogleich im Text) etwa *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO, 73. Aufl. 2015, § 767 Rn. 58; *Stimpel*, LM § 767 ZPO Nr. 41; *Zöller/Herget* (Fn. 22), § 767 Rn. 22; *Wieczorek/Schütze/Salzmann* (Fn. 17), § 767 Rn. 57; *Münch* (Fn. 7), S. 341 ff.; differenzierend *Kainz* (Fn. 7), S. 170 ff., 179 ff. (objektive Interpretation im Hinblick auf wiederholte Vollstreckungsabwehrklage), 193 ff. (Interpretation als Verschuldenserfordernis im Hinblick auf spätere materiell-rechtliche Klage).

<sup>33</sup> *Gaul*, in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 4), § 40 Rn. 118, 139; *ders.*, JuS 1962, 1, 2; *ders.*, AcP 173 (1973), 323, 330 f.; *ders.*, FS Schilken, 2015, S. 275, 282 f.; *Lakkis*, ZZP 119 (2006), 435, 442; *Schilken*, in *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* § 53 Rn. 61; *Gerlach* (Fn. 12), S. 15; *Zöller/Herget* (Fn. 22), § 767 Rn. 2; beiläufig (und kaum bewusst) auch BGHZ 167, 150, 153 = NJW 2006, 1969 [Rn. 9]; a.A. (also für eine Erstreckung der Präklusionswirkung auf die „verlängerte“ Vollstreckungsabwehrklage) aber *Brox/Walker* (Fn. 17), Rn. 1352; *Jauernig/Berger*, § 12 Rn. 30; *Otto*, FS Henckel, S. 615, 629, 631; mit Einschränkungen (von der Präklusion ausgenommen seien solcher Einwendungen, die dem Schuldner zur Zeit der Vollstreckungsabwehrklage schuldlos unbekannt waren) abw. auch *Stein/Jonas/Münzberg* (Fn. 17), § 767 Rn. 52, 55, 57 m. Fn. 496; *Wieczorek/Schütze/Lüke* (Fn. 17), § 804 Rn. 47.

<sup>34</sup> Vgl. *Hahn*, Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Bd. II/1, 1880, S. 437.

hierbei – insbesondere soweit die betreffenden Autoren der heute h.M. entsprechend einem „globalen“ Streitgegenstandsbegriff anhängen – allerdings das Verhältnis zur Rechtskraft des vorhandenen Urteils über die erste Vollstreckungsabwehrklage<sup>35</sup>. Zugleich weicht die h.L. damit von der auch von ihren Vertretern üblicherweise zugrunde gelegten Prämisse ab, dass die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ nur unter den gleichen Voraussetzungen Erfolg haben könne wie eine (gedachte) eigentliche Vollstreckungsabwehrklage.

Eine Gegenauffassung hebt demgegenüber auch hier auf die materielle Rechtskraft und einen globalen Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage ab und sieht es gerade als Vorzug dieses Ansatzes an, ohne derartige „Versuchungen“ zu einer strengen Anwendung der rechtskraftimmanenten Präklusion bzw. bei einer entsprechenden Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO zu gelangen<sup>36</sup>, d.h. alle Einwendungen auszuschließen, die bereits während der ersten Vollstreckungsabwehrklage objektiv vorhanden waren; auf dieser Grundlage wird dann zugleich einer auf solche Einwendungen gestützten Bereicherungsklage der Erfolg versagt<sup>37</sup>. Ein Problem hat diese Gegenauffassung freilich damit, den verbleibenden Anwendungsbereich des § 767 Abs. 3 ZPO zu bestimmen; sie behilft sich insoweit mit der Annahme einer rein „innerprozessualen“ Präklusion, die mithin das (schuldhaft verspätete) „Nachschieben“ von

---

<sup>35</sup> Zum unklaren Verhältnis des § 767 Abs. 3 ZPO (soweit man seine Anwendung auf Folgeprozesse in Betracht zieht) zur materiellen Rechtskraft s. *K. Schmidt*, JR 1992, 89, 92 ff.; *Münch* (Fn. 7), S. 336 ff.; grundsätzlich gegen Rechtskraftwirkung hinsichtlich nicht erhobener Einwendungen *Burgard*, ZJP 106 (1993), 23, 35 ff.

<sup>36</sup> *K. Schmidt*, JR 1992, 89, 93 (mit der Aussage, § 767 Abs. 2 ZPO gelte zwar nicht unmittelbar für das Verhältnis der ersten zur wiederholten Vollstreckungsabwehrklage, sei aber „sinngemäß anzuwenden“, d.h. objektiv); *ders.*, FG 50 J. BGH, 2000, Bd. III, S. 491, 498 f., 508 ff.; *MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann* (Fn. 7), § 767 Rn. 86, 89 f., 98; ebenso *Baur/Stürner/Bruns* (Fn. 17), Rn. 45.30; für eine Anwendung von § 767 Abs. 2 ZPO auch *MünchKomm-ZPO/Gruber* (Fn. 7), § 804 Rn. 41; *Münch* (Fn. 7), S. 336 ff.

<sup>37</sup> *K. Schmidt*, JR 1992, 89, 90; *ders.*, FG 50 J. BGH, 2000, Bd. III, S. 491, 494, 508 f.; *MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann* (Fn. 7), § 767 Rn. 89 f., 98, 101; insoweit abw. *Münch* (Fn. 7), S. 338 ff.

Einwendungen während der ersten Vollstreckungsabwehrklage einer Einschränkung unterwerfe<sup>38</sup>.

Die höchstrichterliche Judikatur zu diesen Fragen ist nur schwer einzuordnen: Während die ältere Rechtsprechung zumeist mit der (rein objektiv interpretierten) Bestimmung des § 767 Abs. 3 ZPO argumentierte<sup>39</sup>, wird in der jüngeren Vergangenheit ergänzend<sup>40</sup> bzw. ausschließlich<sup>41</sup> die Bestimmung des § 767 Abs. 2 ZPO oder unmittelbar die materielle Rechtskraft des Vorjudikats herangezogen; letzteres soll dann – wie in Ermangelung expliziter Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zumindest die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte annimmt<sup>42</sup> – auch für die Geltendmachung des materiellrechtlichen Ausgleichsanspruchs gelten. Im Ergebnis ist die neuere Rechtsprechung also mit der zuletzt dargestellten Literatuffassung einig, hat dann aber ebenso wie diese das Problem, für § 767 Abs. 3 ZPO noch einen sinnvollen Anwendungsbereich zu finden.

### **c) Geltendmachung „neuer“ Einwendungen**

Der Vollständigkeit halber sei noch vermerkt, dass folgerichtig nirgends Bedenken dagegen erhoben werden, wenn mit der „verlängerten Vollstreckungsabwehrklage“ Einwendungen erhoben werden, die zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über die Vollstreckungsabwehrklage objektiv noch nicht vorhanden waren. Verwunderlich ist das natürlich nicht, da solche „neuen“ Einwendungen weder von § 767 Abs. 2 oder Abs. 3 ZPO noch unmittelbar von der materiellen Rechtskraft – im Hinblick auf deren unbestrittene zeitliche Grenzen – erfasst werden.

---

<sup>38</sup> K. Schmidt, JR 1992, 89, 91 f.; ders., FG 50 J. BGH, 2000, Bd. III, S. 491, 510, 512; MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7), § 767 Rn. 86, 89 f.

<sup>39</sup> BGH NJW 1960, 2286, 2287; BGH WM 1967, 345, 346; s. auch BGH NJW 1991, 2280, 2281 (wo es allerdings um nicht urteilsmäßig abgeschlossene Vorprozesse ging); beiläufig ferner in BGHZ 167, 150, 153 [Rn. 9].

<sup>40</sup> BGHZ 61, 25, 26; BGHZ 124, 164, 172 f.

<sup>41</sup> BGH NJW-RR 1987, 59; BGH NJW 2013, 3243 [Rn. 17].

<sup>42</sup> OLG Zweibrücken WM 2003, 244, 245 f.; OLG Schleswig JR 2004, 504, 506 f. (wo aber letztlich offengelassen wird, ob § 767 Abs. 2 ZPO [bzw. die Rechtskraft] oder § 767 Abs. 3 ZPO angewendet wird) m. zust. Anm. Schöpflin.

## 2. Stellungnahme

### a) Wiederholung bereits zurückgewiesener „alter“ Einwendungen

Einzugehen ist zunächst auf die Begründung dafür, dass eine im rechtskräftigen Urteil über die Vollstreckungsabwehrklage geprüfte und zurückgewiesene Einwendung nicht nur als Grundlage einer erneuten Vollstreckungsabwehrklage ausgeschlossen ist, sondern auch nicht im Wege der „verlängerten“ Vollstreckungsabwehrklage zur Grundlage eines Bereicherungsanspruchs gemacht werden kann. Dass dieses Ergebnis viel für sich hat, liegt auf der Hand – mit einem vielzitierten Diktum *Plancks*: „Nachdem aber die Reichscivilprozeßordnung, in bewußter Abwendung vom gemeinen Prozessrecht, diese Einwendungen im *ordentlichen* Rechtsweg geprüft wissen will, und diese Prüfung nicht etwa dem Vollstreckungsgericht, sondern dem Prozessgericht erster Instanz als Fortsetzung des von ihm entschiedenen Rechtsstreits überträgt, gibt sie zu erkennen, dass das erlassene Urteil nicht bloß über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, sondern zugleich über die streitig gewordene wahre Beschaffenheit und Fortexistenz des in dem früheren Urteil festgestellten Civilanspruchs des Siegers entscheiden soll“<sup>43</sup>. Mit anderen Worten: Schafft der Gesetzgeber ein Verfahren, in dem Einwendungen gegen den titulierten Anspruch nach allen Standards durch das Prozessgericht geprüft werden, so würde es eine inakzeptable Ressourcenverschwendung bedeuten, die auf dieser Grundlage ergangene Entscheidung dann nicht auch hinsichtlich des Anspruchs selbst in materielle Rechtskraft erwachsen zu lassen<sup>44</sup>.

Die gleichwohl verbreitet wahrgenommenen Schwierigkeiten bei der Begründung dieses Ergebnisses resultieren aus dem Streitgegenstandsbegriff. Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage ist nach ganz h.M. bekanntlich das Begehren der gestaltenden Entscheidung über die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung<sup>45</sup>; allein hierauf – und

---

<sup>43</sup> *Planck*, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Bd. II, 1896, S. 704 f.

<sup>44</sup> *Nelle*, Anspruch, Titel und Vollstreckung im internationalen Rechtsverkehr, 2001, S. 294 f.

<sup>45</sup> Vgl. etwa BGHZ 22, 54, 56; BGH ZPP 74 (1961), 187, 188; BGHZ 55, 256, 259; BGHZ 85, 367, 371; BGHZ 118, 229, 236; BGHZ 127, 146, 149; BGHZ 124, 164, 170;



damit in Ermangelung einer hierauf bezogenen Zwischenfeststellungsklage gerade nicht auf das Bestehen des titulierten Anspruchs<sup>46</sup> oder umgekehrt auf das Bestehen der geltend gemachten Einwendung(en)<sup>47</sup> – soll sich dann grundsätzlich<sup>48</sup> auch die materielle Rechtskraft des Erkenntnisses beziehen<sup>49</sup>. Die Auslegung der h.M. bezieht die Vollstreckungsabwehrklage also nicht auf das Urteil und die Gesamtheit seiner Wirkungen, sondern ganz eng allein auf die Eigenschaft der Vollstreckbarkeit als isoliert verstandene Einzelwirkung des Erkenntnisses. Sie belässt deshalb dem urteilsmäßig titulierten Anspruch auch nach erfolgreicher Vollstreckungsabwehrklage die Eigenschaft, rechtskräftig festgestellt zu sein. Gleichwohl entspricht es, wie gesehen, ganz herrschender Meinung, dass die materielle Rechtskraft des Urteils eine Wiederholung der Vollstreckungsabwehrklage mit denselben Einwendungen ebenso ausschließt wie die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ aus ungerechtfertigter Bereicherung

---

BGH WM 1997, 1280, 1281; BGH NJW-RR 2008, 1512 [Rn. 12]; BGH NJW 2009, 1671 [Rn. 8]; MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7), § 767 Rn. 41; Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 17), § 767 Rn. 4 f.; Baur/Stürner/Bruns (Fn. 17), Rn. 45.3; Brox/Walker (Fn. 7), Rn. 1313, 1357; Jauernig/Berger (Fn. 7), § 12 Rn. 2; Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 13; Thole, ZZP 124 (2013), 45, 65; Kainz, Vollstreckungsabwehrklage, S. 122 f., 141ff. Zur weiteren Frage, ob die erhobenen Einwendungen als Klagegrund den Streitgegenstand mitbestimmen, s. sogleich sub b).

<sup>46</sup> RGZ 158, 145, 149 f.; BGH MDR 1985, 138 f.; BGH WM 1985, 703, 704; BGHZ 173, 328, 335 [Rn. 25]; BGH NJW-RR 2008, 1512 [Rn. 12]; BGH NJW 2009, 1671 [Rn. 8 f., 12]; Brox/Walker (Fn. 17), Rn. 1373; Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 139; Thole, ZZP 124 (2013), 45, 65; zur Gegenansicht s. sogleich bei und in Fn. 50.

<sup>47</sup> BGH NJW-RR 1990, 48, 49.

<sup>48</sup> Eine Ausnahme postuliert der BGH unter Berufung auf § 322 Abs. 2 ZPO für die Aufrechnung, vgl. BGHZ 43, 144, 145 ff.; BGH NJW 1969, 880; BGH NJW 1994, 2769, 2770; BGH NJW-RR 2006, 1628 [Rn. 10]; BGH NJW 2009, 1671 [Rn. 8 f., 12]; BGH BeckRS 2014, 23528 [Rn. 48].

<sup>49</sup> BGH NJW-RR 2008, 1512 [Rn. 12]; Brox/Walker (Fn. 17), Rn. 1357, 1373; Thole, ZZP 124 (2013), 45, 65; vgl. auch BVerfG NJW 2000, 1936, 1938. In gleichem Sinne formuliert der Bundesgerichtshof zuweilen, dass auch die Rechtskraft des der Vollstreckung zugrundeliegenden Titels „unberührt“ bleibe, BGH NJW 1995, 3318 f.; BGH NJW 2009, 1282 [Rn. 11].

hinsichtlich der freiwillig gezahlten oder beigetriebenen Urteilssumme. Es stehe rechtskräftig fest, dass der Vollstreckung ein Eingriffsrecht des Gläubigers zugrunde liege (und deshalb deliktische Ansprüche nicht bestünden), wie auch, dass der Vollstreckungserfolg dem Schuldner gegenüber schlechthin materiellrechtlich gerechtfertigt sei (so dass auch ein Bereicherungsansprüche ausschließender rechtlicher Grund für den Vollstreckungserwerb bestehe). So recht überzeugend ist das freilich nicht: Ein rein prozessualer Streitgegenstand kann an sich nicht präjudiziell für die nachfolgende materiellrechtliche Ausgleichsklage sein, weil die prozessuale Fragestellung dort nicht als tatbestandsmäßige Voraussetzung auftaucht.

Das Rechtskraftproblem bildet somit prima facie ein gewichtiges Argument für die Richtigkeit jener vordringenden Anschauung, die als Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage (auch) den titulierten Anspruch ansieht<sup>50</sup>: Hingewiesen wird darauf, dass man als Streitgegenstand der Leistungsklage, die den Titel schafft, ja nicht allein das Verurteilungsbegehren, die Schaffung des vollstreckbaren Titels als solchen, ansehe, sondern zugleich und sogar primär auf das Begehren abhebe, das Bestehen des zugrundeliegenden subjektiven Rechts festzustellen. In gleichem Sinne könne und müsse der Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage als deren „negatives Spiegelbild“ deshalb nicht allein darin gefunden werden, die Vollstreckbarkeit wieder zu beseitigen, sondern zugleich in dem Begehren, nunmehr das *Nichtbestehen* des titulierten Anspruchs festzustellen.

Indessen kann die Frage des „richtigen“ Streitgegenstandsverständnisses für die Vollstreckungsabwehrklage hier dahinstehen. Um zu einem für die materielle Rechtskraft „richtigen“ Ergebnis zu kommen, ist vielmehr beim Verständnis der Rechtskraft anzusetzen, nicht beim Streitgegenstand. Diese Aussage scheint zwar prima facie dem „anspruchsbezogenen“ deutschen Rechtskraftkonzept zu widersprechen, d.h. der viel berufenen Grundentscheidung des deutschen

---

<sup>50</sup> So gegen die h.L. insbes. *Münch* (Fn. 7), S. 316ff., 345ff.; vgl. ferner etwa *Bettermann*, Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, 1949, S. 45f., 52f.; *A. Blomeyer*, AcP 165 (1965), 481, 493 f., 498; *Foerste*, ZZP 107 (1994), 370, 375; *Schlosser*, Gestaltungsclagen und Gestaltungsurteile, 1966, S. 104 ff., 268.

Gesetzgebers, (nur) die Entscheidung über den (prozessualen) Anspruch in materielle Rechtskraft erwachsen zu lassen<sup>51</sup>. Das „anspruchsbezogene“ Rechtskraftkonzept ist indessen nur in funktionaler Hinsicht auf den prozessualen Anspruch bezogen: Indem § 322 Abs. 1 ZPO den prozessualen Anspruch als Gegenstand der Rechtskraft nennt, beschreibt die Bestimmung nur das Substrat der Rechtskraftwirkungen, d.h. ihren „Schutzbereich“. Die Rechtskraft soll nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers vor allem nicht weiter reichen dürfen, als dies erforderlich ist, um den Bestand der Entscheidung über die streitgegenständliche Rechtsfolge in ihrem Bestand zu schützen und vor späterer Infragestellung oder Aushöhlung zu bewahren; sie soll aber auch, das ist gewissermaßen die Kehrseite der Medaille, nicht hinter dem zur Erfüllung dieses Zwecks Erforderlichen zurückbleiben. Eine beschränkende Aussage über die „instrumentelle Seite“ der Rechtskraft trifft § 322 Abs. 1 ZPO dagegen nicht: Welcher *Mittel* sich das Prozessrecht bedient, um den genannten Effekt zu erzielen, wie es die Rechtskraftwirkungen nach Umfang und Inhalt ausgestaltet, ist durch das Gesetz in keiner Weise vorgegeben. Die Festlegung des „Schutzbereichs“ durch die streitgegenständliche Rechtsfolge bedeutet deshalb nicht, dass der „Wirkbereich“ der Rechtskraft – also der Bereich späterer Prozesse bzw. Prozessgegenstände, in dem Rechtskraftwirkungen zu beachten sein können – ebenfalls nicht größer sein kann als durch die streitbefangene Rechtsfolge vorgegeben wird. Vielmehr ist es der Ausformung durch Wissenschaft und Praxis überlassen, den Bereich festzulegen, in dem der Rechtskraftzweck die Anerkennung von Bindungswirkungen verlangt, um eine Unterminierung der getroffenen Entscheidung zu verhindern. Dieser Bereich kann zum einen in Richtung auf die Entscheidung – in „intensiver“ Hinsicht – über die streitgegenständliche Rechtsfolge hinausgehen, etwa durch Einbeziehung des zu der Rechtsfolge führenden Subsumtionsschlusses oder der rechtlichen Qualifikation. Zum anderen kann der Wirkbereich der Rechtskraft aber auch in „extensiver“ Hinsicht über den Streitgegenstand hinausgehen, d.h. in

---

<sup>51</sup> Vgl. hierzu aus jüngerer Zeit nur BGH NJW 2007, 1466 (Rn. 7); BGH NJW 2010, 2210 (Rn. 9); BAG NZA 2012, 623 (Rn. 6); BeckOK-ZPO/Gruber (Fn. 7), § 322 Rn. 20 ff.; MünchKomm-ZPO/Gottwald (Fn. 7), § 322 Rn. 110 ff.; Musielak/Musielak (Fn. 7), § 322 Rn. 16 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 24), § 152 Rn. 1 ff.; ausführlich m.w.N. zuletzt Althammer (Fn. 9), S. 206 ff., 477 ff.; Reischl (Fn. 22), S. 208 ff.

Bezug auf solche Rechtsfolgen, die bei formaler Betrachtung gewissermaßen neben der streitgegenständlichen Rechtsfolge stehen<sup>52</sup>. Die geltende Regelung der Rechtskraft ermöglicht und verlangt deshalb durchaus die „Erfassung und Sicherung des vollen Gehalts der den Streitgegenstand betreffenden Entscheidung“ (*Zeuner*) in dem Sinne, dass die „unmittelbare Aussage“ des Gerichts, die durch die Entscheidung über die streitbefangene Rechtsfolge „unmittelbar intendierte Ordnung“, zu gewährleisten ist. Die Erstreckung der Rechtskraft auf den materiellrechtlichen Ausgleichsanspruch ist insofern geradezu ein Musterbeispiel für die Notwendigkeit eines prozessualen „Durchgriffs“, der die technisch-konstruktiv motivierte Fassung des Klageantrags (und damit des Streitgegenstands) ausblendet und die dahinter stehende intendierte rechtliche Ordnung sichtbar macht<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Diese Ansicht (ausführlich hierzu *Verf.*, in: Rechtskraft und Entscheidungsgründe, Habilitationsschrift Bonn 2002 [ungedr. Ms.], S. 694 ff.) teilt insoweit den Ansatz der *Zeunerschen* Lehre (*Zeuner*, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959, passim). Jedoch kann die These *Zeuners*, die Rechtskraft wirke im Rahmen und zur Aufrechterhaltung der durch die festgestellte Rechtsfolge „intendierten Ordnung“, in dieser weitgefassten Bedeutung nicht akzeptiert werden: Prozess- und Rechtskraftlos decken nicht die Erstreckung der Rechtskraftwirkungen auf solche Rechtsfolgen, die zwar ebenfalls Bestandteil eines durch das materielle Recht konstituierten Geflechts von (teleologisch mit der streitgegenständlichen Rechtsfolge verknüpften) Rechtsfolgen sind, damit aber doch nur Bestandteil der durch die Entscheidung „mittelbar intendierten Ordnung“ sind. Vom Rechtskraftzweck gedeckt ist ein erweiterter Wirkbereich der Rechtskraft *nur* insoweit, als es um die durch die festgestellte Rechtsfolge „unmittelbar intendierte Ordnung“ geht. Vgl. zum Ganzen jetzt auch *Althammer* (Fn. 9), S. 505 ff., der mit dem Begriff des „Klägerinteresses“ operiert.

<sup>53</sup> Vgl. speziell zur Vollstreckungsabwehrklage auch *K. Schmidt*, FG 50 J. BGH, Bd. III, S. 491, 494f. (unter Hinweis auf *Zeuner*, ZZP 74 (1961), 190, 191): „Aber die Rechtskraft kann eben doch über den Streitgegenstand hinausgehen und das für den Streitgegenstand vorgreifliche Rechtsverhältnis erfassen, sofern ein Zweitprozess den Sinngehalt der im Erstprozess zum Streitgegenstand getroffenen Feststellungen berührt und eine abweichende Entscheidung zur Aushöhlung der im Erstprozess rechtskräftig gewordenen Entscheidung führen würde“; s. ferner *Münch* (Fn. 7), S. 355 (*mittelbare* Infragestellung des Vollstreckungsabwehrklageurteils).

Unabhängig von der „bloßen Einkleidung der Vollstreckungsgegenklage als Rechtsgestaltungsklage“<sup>54</sup> erfasst die Rechtskraft der hierüber ergehenden Entscheidung also zugleich den Fortbestand des titulierten Anspruchs<sup>55</sup>, und zwar gerade vor dem Hintergrund, die Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage nicht der Entwertung durch gegenläufige spätere Entscheidungen über materiellrechtliche Ausgleichsansprüche anheim zu geben. Im praktischen Ergebnis wird die „verlängerte“ einer wiederholten eigentlichen Vollstreckungsabwehrklage also gleichgestellt, indem sich für diese eine Klageerneuerung mit bereits zurückgewiesenen Einwendungen aufgrund der Rechtskraft von selbst verböte.

#### **b) Erstmalige Geltendmachung „alter“ Einwendungen**

Prima facie ist mit dem zuvor Gesagten zugleich entschieden, dass auch für die „verlängerte“ Vollstreckungsabwehrklage nicht auf Einwendungen zurückgegriffen werden darf, die objektiv bereits während des ersten Vollstreckungsabwehrklage-Verfahrens vorlagen. Denn wenn man zum einen eine Rechtskrafterstreckung auf den materiellrechtlichen Folgeprozess grundsätzlich anerkennt (wie dies – nach dem Vorgesagten zu Recht – für den Fall der Wiederholung geprüfter und zurückgewiesener Einwendungen nahezu allgemein anerkannt ist) und zum anderen die objektiv vorhandenen, aber nicht vorgebrachten Einwendungen unter dem Aspekt der Rechtskraft

---

<sup>54</sup> BGHZ 167, 150, 153 = NJW 2006, 1969 [Rn. 13].

<sup>55</sup> Gewiss erfährt so der zugrundeliegende Anspruch auch bei einem nicht der Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitel eine rechtskräftige Feststellung. Dies ist unter Hinweis darauf, dass der Schuldner doch nur die Abwehr der Zwangsvollstreckung erstrebt habe, als „unnötige Abkehr von der Dispositionsmaxime“ bezeichnet worden (Stein/Jonas/Münzberg, [Fn. 17], § 767 Rn. 4; s. auch BGH, LM § 767 ZPO Nr. 63): Setze die bei Titulierung eines Anspruchs entstehende Vollstreckbarkeit die unangreifbare Feststellung des Anspruchs nicht voraus, so müsse die Vollstreckbarkeit auch wieder beseitigt werden können, ohne dass dadurch bindende Feststellungen zum Bestehen des Anspruchs getroffen würden. Indessen ist dieses Argument doch arg vordergründig: So fragt man doch bei der Leistungsklage auch nicht, ob der Gläubiger etwa nur den Vollstreckungstitel und nicht auch die rechtskräftige Feststellung seines Anspruchs erstrebt habe.

bzw. der rechtskraftimmanenten Präklusion den zurückgewiesenen Einwendungen gleichstellt (wie dies allgemein ebenfalls nahezu einhellig angenommen wird), dann erscheint es als unabweisbares Gebot der Konsequenz, die rechtskraftimmanente Präklusion wirkungsgleich auf die Bereicherungsklage zur Anwendung zu bringen. Wie gesehen, ist dieses Ergebnis indessen keineswegs unangefochten, im Gegenteil.

Historisch lässt sich das insofern nachvollziehen, als die gegen den titulierten Anspruch erhobene Einwendung ursprünglich als der (den Streitgegenstand mitbestimmende) „Klagegrund“ der Vollstreckungsabwehrklage angesehen wurde<sup>56</sup>; das Auswechseln oder Nachschieben von Einwendungen stellt auf dieser Grundlage eine Klageänderung dar<sup>57</sup>. Vor diesem Hintergrund sprach dann in der Tat viel für eine entsprechende Beschränkung der Rechtskraftwirkungen auf die vorgebrachten (und geprüften) Einwendungen. Von dieser Auffassung ist die h.L.<sup>58</sup> aber mittlerweile abgerückt und verfiert einen allein durch den Klageantrag bestimmten eingliedigen oder „globalen“ Streitgegenstandsbegriff, der die erhobenen Einwendungen lediglich als Klagebegründung auffasst und ihnen keine den Streitgegenstand mitbestimmende Bedeutung beimisst. Der Bundesgerichtshof hat sich der Sache nach mittlerweile ebenfalls im Sinne dieser neueren Auffassung positioniert<sup>59</sup>; dies geschah bzw. geschieht vor allem dadurch, dass er – was anderenfalls weder dogmatisch noch im Ergebnis zu rechtfertigen gewesen wäre – eine wiederholte Vollstreckungsabwehrklage auch dann, wenn sie auf

---

<sup>56</sup> BGHZ 45, 231, 232 ff.; Musielak/Lackmann (Fn. 7), § 767 Rn. 16, 20, 46; Lakkis, ZJP 119 (2006), 435, 444 f.

<sup>57</sup> BGHZ 45, 231, 232 ff.; BGH NJW 1967, 107, 109; OLG Köln NJW-RR 1999, 1509 f.; ebenso heute z.B. Musielak/Lackmann (Fn. 7), § 767 Rn. 20; offen gelassen in BGH NJW-RR 1987, 59; BGH NJW 2004, 2382.

<sup>58</sup> MünchKomm-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7), § 767 Rn. 41 f.; Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 17), § 767 Rn. 54; Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 112, 115; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 24), § 99 Rn. 5; Baumgärtel/Scherf, JR 1968, 368, 369 f.; Schwab, ZJP 79 (1966), 463, 464; Münch (Fn. 7), S. 316 f., 340, 344; Otto, FS Henckel, S. 615, 618; K. Schmidt, JR 1992, 89, 91 f.

<sup>59</sup> So zutreffend Gaul, in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 4), § 40 Rn. 115 (unter Hinweis auf BGHZ 61, 25, 27; BGH WM 1967, 345 f.; BGH NJW-RR 1987, 59).

andere objektiv zum Zeitpunkt der ersten Vollstreckungsabwehrklage bereits vorhandene Einwendungen gestützt wird, an der materiellen Rechtskraft bzw. an einem entsprechend anzuwendenden § 767 Abs. 2 ZPO scheitern lässt<sup>60</sup>. Dies macht zugleich den Zusammenhang zwischen „globalem“ Streitgegenstand und „globalem“ Rechtskraftumfang deutlich: Vom Streitgegenstand her lässt sich eine beschränkte Rechtskraftwirkung hier – wo es um die Rechtskraft des Urteils über eine erste Vollstreckungsabwehrklage geht – ebenso wenig begründen wie bei einer sofortigen Bereicherungsklage, bei der die Rechtskraft des im Leistungsprozess ergangenen Urteils in Rede steht.

*aa) Zur Präklusion bei der wiederholten Vollstreckungsabwehrklage*

Eine enger gefasste Präklusionswirkung des Urteils über die erste Vollstreckungsabwehrklage kann daher nur aus § 767 Abs. 3 ZPO hergeleitet werden, sofern man diese Bestimmung – wie es ja verbreitet geschieht – zum einen als Regelungsort des Verhältnisses mehrerer Vollstreckungsabwehrklagen zueinander ansieht und zum anderen restriktiv i.S. einer verschuldensabhängigen Präklusionsnorm interpretiert. Hierfür pflegt man sich auf die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers zu berufen. Was dabei selten eingeräumt wird (und auch gewiss nicht mit den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers in Einklang zu bringen wäre), ist der Umstand, dass die Regelung des § 767 Abs. 3 ZPO hierdurch keineswegs den Charakter einer ergänzenden Präklusionsnorm erhalte; sie erhalte im Gegenteil den Charakter einer einschränkenden *lex specialis* im Verhältnis zu § 767 Abs. 2 ZPO bzw. (richtigerweise) zu den allgemeinen Rechtskraftgrundsätzen, die die untersuchte Fallgestaltung – wenn es Abs. 3 nicht gäbe – an sich i.S. eines unbedingten Ausschlusses „alter“ Einwendungen erfassen würde.

Ein solche einschränkende Wirkung war aber weder vom Gesetzgeber gewollt noch wäre sie als Ergebnis der Gesetzesinterpretation sinnvoll und wünschenswert. In der strengen objektivierenden Handhabung der rechtskraftimmanenten Präklusion durch den Bundesgerichtshof und die ganz h.M. steckt eben auch eine wichtige Wertentscheidung, nämlich die

---

<sup>60</sup> Nachw. s. bereits oben Fn. 40 f.

Entscheidung zugunsten einer Konzentration des Streitstoffs auf einen einzigen Prozess; dass dies bei schuldlos nicht vorgetragene(n) Angriffs- und Verteidigungsmitteln Härten mit sich bringt, ist allen bekannt, wird aber um des als vorrangig angesehenen Konzentrationszwecks in Kauf genommen. Man mag gleichwohl mit Fug darüber streiten, ob es sinnvoll ist, Angriffs- und Verteidigungsmittel durch eine strenge rechtskraftimmanente Präklusion in den ersten Prozess zu zwingen und dadurch zugleich das Risiko für die Parteien zu erhöhen, schuldlos unbekannt(e) Angriffs- und Verteidigungsmittel (und natürlich erst recht Angriffs- und Verteidigungsmittel, die aufgrund mangelhafter Prozessführung nicht vorgebracht wurden) auf diese Weise dauerhaft einzubüßen; immerhin geht so ein Teil der durch den Konzentrationseffekt erreichten Vorzüge unter dem Aspekt effizienten Prozessierens durch eine intensivere Prozessführung und eine erhöhte Rechtsmittelneigung im ersten Verfahren wieder verloren. Wenn sich eine Rechtsordnung – wie dies die deutsche Rechtsordnung tut – aber schon für diesen Weg entscheidet, dann ist nicht recht einzusehen, warum dies gerade bei der Vollstreckungsabwehrklage anders sein sollte<sup>61</sup>.

Sieht man deshalb die Wirkungen des Urteils über die erste Vollstreckungsabwehrklage im Verhältnis zu einer wiederholten Vollstreckungsabwehrklage in allgemeinen Rechtskraftgrundsätzen (bzw. in § 767 Abs. 2 ZPO als *sedes materiae* für eine rechtskraftimmanente Präklusion) gegründet, muss man sich mit dem Einwand auseinandersetzen, dass der historische Gesetzgeber sich dies anders vorgestellt und genau hierfür die Bestimmung des § 767 Abs. 3 ZPO vorgesehen hatte. Dieser Einwand vermag indessen, so zutreffend seine Prämisse sein mag, nicht durchzuschlagen. Dies liegt daran, dass sowohl der Wortlaut des Gesetzes als auch die ihn motivierenden Ausführungen der Gesetzesredakteure aus einer Zeit stammen, als weder die heutige Auffassung vom Streitgegenstand (sowohl allgemein als auch speziell bezogen auf die Vollstreckungsabwehrklage) noch die heutige Auffassung vom Umfang der

---

<sup>61</sup> Unter dem Aspekt der internationalen Urteilsanerkennung würde das deutsche Recht mit einer „Ausgliederung“ von Urteilstwirkungen in eine rechtskrafteergänzende und damit eben auch rechtskraftfremde besondere Präklusionsnorm überdies riskieren, diese gänzlich einzubüßen, was gleichfalls nicht erwünscht sein kann und nach Möglichkeit vermieden werden sollte, vgl. *Nelle* (Fn. 44), S. 295.



rechtskraftimmanenten Präklusion auch nur annähernd brauchbar ausgeformt waren<sup>62</sup>. Ebenso, wie der historische Gesetzgeber deshalb in § 767 Abs. 2 ZPO für das Verhältnis der Vollstreckungsabwehrklage zum vorausgegangenen Leistungsprozess eine Regel aufgestellt hat, die sich unter Zugrundelegung heutiger Anschauungen von den objektiven und zeitlichen Rechtskraftgrenzen von selbst verstehen würde, hat er in § 767 Abs. 3 ZPO für das Verhältnis der ersten zu einer parallelen und nachfolgenden Vollstreckungsabwehrklage Rechtsfolgen geregelt, die sich unter Zugrundelegung heutiger Kenntnisse vom Streitgegenstand und von den objektiven und zeitlichen Rechtskraftgrenzen wiederum von selbst verstehen. So wie § 767 Abs. 2 ZPO die Rechtskraftwirkung des Urteils im Leistungsprozess auf die Vollstreckungsabwehrklage ausformt, betrifft die Bestimmung also auch die Wirkungen der Urteilsrechtskraft im Prozess über die erste Vollstreckungsabwehrklage im Verhältnis zur nachfolgenden „eigentlichen“ wie „verlängerten“ Vollstreckungsabwehrklage.

Der Ansicht, die in § 767 Abs. 3 ZPO eine besondere rechtskraftfremde und rechtskrafteergänzende Präklusionsnorm sieht, gelingt es deshalb auch nicht, für diese dann auch einen praktischen Anwendungsbereich zu reservieren: Ist der Streitgegenstand der Vollstreckungsabwehrklage – der heute h.M. entsprechend – ein „globaler“ und also entgegen der Annahme der Gesetzesredakteure nicht durch die erhobenen Einwendungen beschränkt, so steht einer Geltendmachung weiterer Einwendungen mit einer parallelen zweiten Vollstreckungsabwehrklage während der Rechtshängigkeit der ersten Vollstreckungsabwehrklage bereits der Rechtshängigkeitseinwand entgegen und ihrer nachträglichen Geltendmachung bereits die materielle Rechtskraft (d.h. die der Rechtskraft immanente Präklusionswirkung für nicht vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel). Nimmt man noch hinzu, dass die Präklusionswirkungen des § 767 Abs. 3 ZPO an das Urteil geknüpft sein sollen und ohne dieses nicht eintreten<sup>63</sup>, so sind alle denkbaren

---

<sup>62</sup> K. Schmidt, JR 1992, 89, 91, spricht hierauf gemünzt von einem Wandel der „Normsituation“.

<sup>63</sup> BGH NJW 1991, 2280, 2281; BGH BeckRS 2013, 12160 = MittBayNot 2014, 268 [Rn. 25].

„außerprozessualen“ Präklusionswirkungen von der materiellen Rechtskraft abgedeckt. Verwirft man schließlich darüber hinaus – wiederum im Einklang mit der h.M. – den Ansatz, in § 767 Abs. 3 ZPO eine (verschuldensabhängige) „innerprozessuale Präklusion“ zu verorten<sup>64</sup>, als sowohl unverhältnismäßige wie angesichts der gewöhnlichen Prozessförderungspflichten (§§ 282, 296 ZPO) überflüssige Einschränkung für das Nachschieben von Angriffs- und Verteidigungsmitteln<sup>65</sup>, so kann von einem neben der Rechtskraft eigenständigen präklusiven Regelungsgehalt des § 767 Abs. 3 ZPO keine Rede sein.

Dies bedeutet aber nicht, dass man mit dem nun einmal im Gesetz enthaltenen Gebot zur Geltendmachung aller objektiv entstandenen Einwendungen in einer Vollstreckungsabwehrklage gewissermaßen „nichts mehr anfangen“ kann (auch wenn zumindest der Bundesgerichtshof dies offenbar so beabsichtigt hat<sup>66</sup>). Ohnehin muss man der „imperfekten“ Norm des § 767 Abs. 3 ZPO die Sanktion für den Fall eines Verstoßes ja noch anfügen: Welche Rechtsfolge es nach sich zieht, falls der Schuldner nicht tut, was er hiernach tun „muss“, ergibt sich aus der Norm keineswegs. Es bedeutet deshalb keinesfalls einen Widerspruch zum Gesetz, wenn man das in § 767 Abs. 3 ZPO zu findende „Bündelungsgebot“<sup>67</sup> nunmehr als Ausprägung der materiellen Rechtskraft erkennt und der Rechtskraft dann auch die Rechtsfolgen für den Fall entnimmt, dass der Schuldner dem Bündelungsgebot zuwider einzelne bereits vorhandene Einwendungen mit einer zweiten Vollstreckungsabwehrklage geltend zu machen versucht. Erweisen sich danach § 767 Abs. 2 ZPO und § 767 Abs. 3 ZPO aus heutiger Sicht in gleicher Weise als Ausprägung der materiellen Rechtskraft, so ist es

---

<sup>64</sup> Nachw.s.o. Fn. 38.

<sup>65</sup> Vgl. z.B. *Otto*, FS Henckel, S. 615, 617 f.

<sup>66</sup> Die zentrale Entscheidung BGHZ 61, 25 wurde von dem Vorsitzenden des erkennenden Senats, *Walter Stimpel*, dahin kommentiert (Anm. in LM § 767 ZPO Nr. 41), nach dieser Entwicklung würden „die mit dem Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage zusammenhängenden Fragen im allgemeinen so zu lösen sein, als ob es § 767 Abs. 3 ZPO nicht gäbe“. Eine Interpretation des Gesetzes, die § 767 Abs. 3 ZPO obsolet werden lässt, prinzipiell ablehnend dagegen *Burgard*, ZZP 106 (1993), 23, 32 ff.; *K. Schmidt*, JR 1992, 89, 91.

<sup>67</sup> BGHZ 167, 150, 152 f. = NJW 2006, 1969 [Rn. 19].

letztlich unerheblich, ob man für die Unzulässigkeit einer zweiten Vollstreckungsabwehrklage, mit der eine „alte“, bereits zur Zeit des ersten Vollstreckungsabwehrklageprozesses vorhandene Einwendung geltend gemacht wird, nun § 767 Abs. 2 ZPO (analog) oder § 767 Abs. 3 ZPO „zitiert“ oder nur auf die materielle Rechtskraft abhebt. Vorzuziehen ist unter diesen Umständen freilich die Argumentation mit der materiellen Rechtskraft, schon weil sie das Missverständnis vermeidet, für einen Ausschluss der nicht vorgebrachten Einwendungen zur Begründung materiellrechtlicher Klagen bedürfe es einer Analogie zu § 767 Abs. 3 ZPO<sup>68</sup>; dies ist methodisch keineswegs der Fall.

Dass hierdurch der Rechtsschutz des Schuldners nicht unangemessen verkürzt wird, muss freilich gewährleistet bleiben; es geht deshalb richtigerweise nicht an, eine strenge Rechtskraftwirkung analog § 767 Abs. 2 ZPO zu kombinieren mit einer strengen innerprozessualen Präklusion nach § 767 Abs. 3 ZPO. Dies ist, wenn der Geltendmachung der während des Vollstreckungsabwehrklageprozesses neu entstandenen Einwendungen keine Hindernisse entgegengesetzt werden, aber auch nicht der Fall; einer weiteren Erleichterung durch Implementierung eines Verschuldenserfordernisses für die Nichtgeltendmachung älterer Einwendungen sollte es nicht bedürfen.

**bb) Zur Präklusion bei der „verlängerten“ Vollstreckungsabwehrklage**

Ist nach alledem eine zweite Vollstreckungsabwehrklage auch für nicht vorgebrachte „alte“ Einwendungen durch die materielle Rechtskraft präkludiert (und nicht durch ein rechtskraftfremdes, für die „eigentliche“ Vollstreckungsabwehrklage womöglich spezifisches Institut wie die Präklusion nach § 767 Abs. 3 ZPO), so kann für die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“, mit der auf materiellrechtlicher Ebene Ausgleich beansprucht wird, nichts anderes gelten.

Der Einwand, auf diese Weise werde die Grundentscheidung des deutschen Gesetzgebers gegen eine Rechtskraft der Entscheidungsgründe verletzt<sup>69</sup>, setzt sich zu dem Umstand in Widerspruch, dass die

---

<sup>68</sup> Vgl. etwa die Kritik von *Burgard*, ZZP 106 (1993), 23, 38, und *Otto*, FS Henckel, 1995, S. 615, 622, an der Auffassung von *K. Schmidt* (JR 1992, 89, 90 f.).

<sup>69</sup> Stein/Jonas/Münzberg (Fn. 17), § 767 Rn. 4 f.

Rechtskrafterstreckung auf den Bereicherungsanspruch für den Fall einer Wiederholung bereits rechtskräftig zurückgewiesener Einwendungen praktisch unstreitig ist (s.o. sub III. 1. a., 2. a.). Damit aber ist der entscheidende Schritt, mit dem der „Wirkbereich“ der Rechtskraft auf einen Folgeprozess anderen Gegenstands ausgedehnt worden ist, (zu Recht) bereits gegangen; denn an einer selbständigen Rechtskraftwirkung für diese Entscheidungsprämisse kann und soll dieses Ergebnis ja gerade nicht liegen. Was noch bleibt, ist die Aussage, dass die rechtskraftimmanente Präklusion auch die im Erstprozess nicht vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel erfasst; dies aber ist ein heute nahezu unbestrittener Grundsatz, dessen Nichtanwendung auf die Vollstreckungsabwehrklage besonderer Gründe bedürfte (für die kein Anhalt ersichtlich ist).

Es geht hier auch nicht darum, durch die Absage an die Bereicherungsklage eine der Vollstreckung fremde „endgültige Güterverteilung“ zu begründen<sup>70</sup>, sondern darum, dem Urteil über eine Vollstreckungsabwehrklage die den rechtskräftigen Urteilen eigene Ausschlusswirkung zuzubilligen, die dann eine erneute „echte“ Vollstreckungsabwehrklage ebenso erfasst wie die „verlängerte“ Vollstreckungsabwehrklage.

#### IV. Resümee

Die „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ teilt die Klageerfolgsvoraussetzungen der („eigentlichen“) Vollstreckungsabwehrklage nicht etwa aus Gründen prozessualer Konsequenz oder Billigkeit. Sie teilt sie, weil und soweit ihre Voraussetzungen als selbständige Klage mit den bei der Vollstreckungsabwehrklage zu prüfenden übereinstimmen. Dies ist insbesondere hinsichtlich der materiellen Rechtskraft der Fall, die die Berücksichtigung von Einwendungen gegen den titulierten Anspruch ausschließt, soweit sie bereits in dem zur Titulierung führenden Rechtsstreit erhoben worden sind oder objektiv erhoben werden konnten. Gleiches gilt richtiger Ansicht nach, soweit die Einwendungen bereits in einem früheren

---

<sup>70</sup> So aber *Lakkis*, ZZP 119 (2006), 435, 446.

Prozess über eine Vollstreckungsabwehrklage erhoben worden sind oder objektiv erhoben werden konnten; die Bestimmung des § 767 Abs. 3 ZPO spielt hierfür keine Rolle. Die Erfindung des Begriffs der „verlängerten Vollstreckungsabwehrklage“ kann daher durchaus als geglückte Begriffsbildung angesehen werden – nicht deshalb, weil es darum gehen könnte, die Bereicherungsklage dem Regime der Klage nach § 767 ZPO zu unterwerfen, wohl aber, weil sie die in den Konstruktionen der h.M. verschütteten Zusammenhänge zwischen Vollstreckungsabwehrklage und materiellem Anspruch wieder ans Tageslicht bringt.