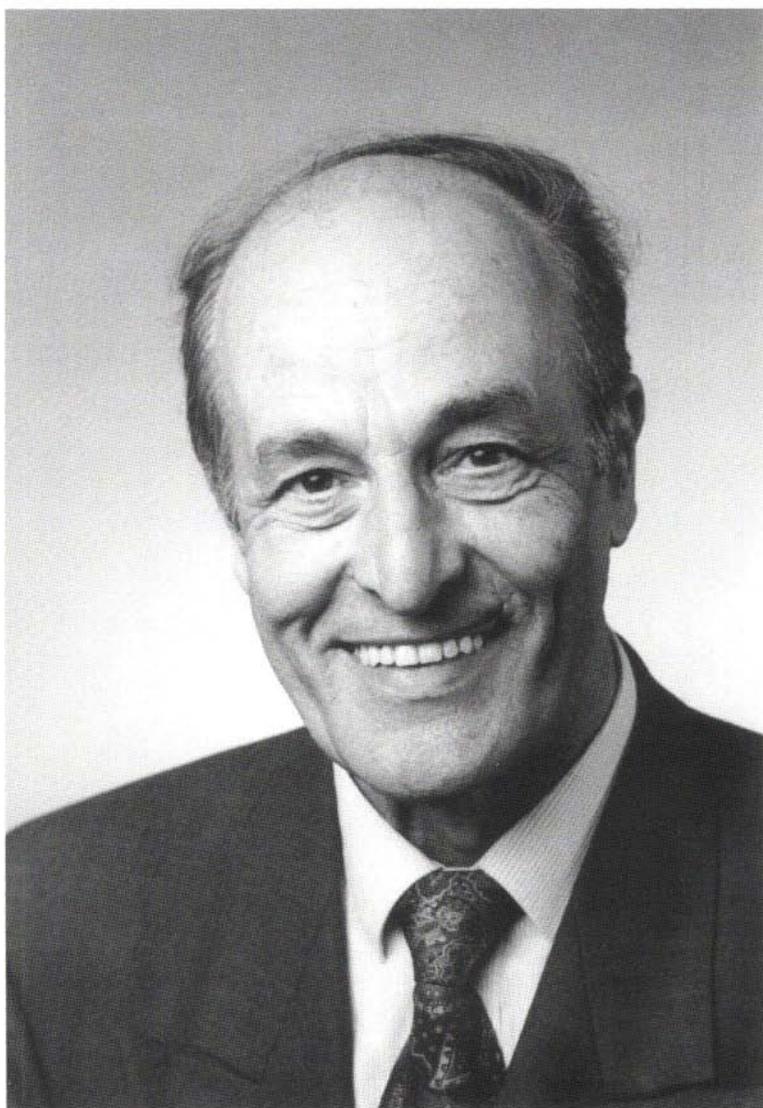


Festschrift für Wolfram Henckel
zum 70. Geburtstag



Wojan Kender

Festschrift für
WOLFRAM HENCKEL
zum 70. Geburtstag
am 21. April 1995

herausgegeben

von

Walter Gerhardt · Uwe Diederichsen
Bruno Rimmelpacher · Jürgen Costede



1995

Walter de Gruyter · Berlin · New York

© Gedruckt auf säurefreiem Papier, das die US-ANSI-Norm
über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21.
April 1995** / hrsg. von Walter Gerhardt ... – Berlin ; New York
: de Gruyter, 1995
ISBN 3-11-013756-9
NE: Gerhardt, Walter [Hrsg.]; Henckel, Wolfram: Festschrift

© Copyright 1995 by Walter de Gruyter & Co., D-10785 Berlin.
Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
Satz und Druck: Saladruck, D-10997 Berlin
Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, D-10963 Berlin

Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag

Wolfram Henckel vollendet am 21. April 1995 sein 70. Lebensjahr. Freunde, Kollegen und Schüler aus dem In- und Ausland nehmen dies zum Anlaß, mit einer Festschrift diesem hervorragenden Gelehrten Anerkennung zu bekunden und Dank zu bezeugen für das, was der Jubilar für die Wissenschaft, für die Universität in ihrer Einheit von Forschung und Lehre und für die Rechtspraxis und Rechtspolitik geleistet hat. Wolfram Henckel hat in besonderem Maße ein allgemeingültiges Vorbild für wissenschaftliche Redlichkeit, für geistige Disziplin und gedankliche Akribie, für die Verantwortlichkeit des Gelehrten gegenüber seiner Wissenschaft und der Gesellschaft gesetzt.

Eine Festschrift ist akademischem Brauch entsprechend Ausdruck größter Hochachtung vor Sachkompetenz und Persönlichkeit. Diese Festschrift für Wolfram Henckel ist im weitesten Sinne dem „Prozeßrecht und materiellen Recht“ gewidmet und damit dem thematischen Zentrum, dem das wissenschaftliche Wirken des Jubilars gilt. Daran knüpfen die einzelnen Beiträge an, ohne den Anspruch zu erheben, dem Forschungs- und Interessengebiet und der Kompetenz des Jubilars in vollem Umfang gerecht zu werden.

Herausgeber, Autoren und Verlag verbinden mit der Widmung dieser Festschrift die Glückwünsche zum 70. Geburtstag und die besten Wünsche für die Zukunft; sie geben der Hoffnung auf weitere Früchte dieses Gelehrtenlebens Ausdruck.

*Walter Gerhardt · Uwe Diederichsen
Bruno Rimmelpacher · Jürgen Costede*

Inhalt

FRIEDRICH WEBER, Dr. jur., em. o. Professor an der Universität Heidelberg: Geleitwort	XIII
KOSTAS E. BEYS, Dr. jur., Professor an der Universität Athen: Zur Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht im Bereich der Abgrenzung der Revisions- bzw. Kassationsgründe	1
REINHARD BORK, Dr. jur., Professor an der Universität Hamburg: Vinkulierte Namensaktien in Zwangsvollstreckung und Insolvenz des Aktionärs	23
WOLFGANG BREHM, Dr. jur., Professor an der Universität Bayreuth: Zur Reformbedürftigkeit des Lohnpfändungsrechts	41
DAGMAR COESTER-WALTJEN, Dr. jur., Professorin an der Universität München: Mahnbescheid und Zahlungsbefehl – ein Blick über die Grenzen	53
JÜRGEN COSTEDE, Dr. jur., Professor an der Universität Göttingen, Gastprofessor an der Universität Halle-Wittenberg: Die Anfechtungsbefugnis bei Verfügungen über fremde Rechte .	67
ERWIN DEUTSCH, Dr. jur., Dr. h. c., Professor an der Universität Göttingen: Der Ersatz des reinen Vermögensschadens	79
ALBRECHT DIECKMANN, Dr. jur., Professor an der Universität Freiburg: Zur Reform des Ersatzaussonderungsrechts	95
UWE DIEDERICHSEN, Dr. jur., Professor an der Universität Göttingen: Die Veränderung der Rolle des psychiatrischen Sachverständigen durch das Betreuungsgesetz	125
WILHELM DÜTZ, Dr. jur., Professor an der Universität Augsburg: Staatskirchenrechtliche Gerichtsschutzfragen im Arbeitsrecht ..	145

HANS W. FASCHING, DDr. jur., em. o. Universitätsprofessor an der Universität Wien: Rechtsbehelfe zur Verfahrensbeschleunigung	161
HERBERT FENN, Dr. jur., Professor an der Universität Bonn: Zur Abgrenzung von Verbandsgerichtsbarkeit und statutarischer Schiedsgerichtsbarkeit	173
GERFRIED FISCHER, Dr. jur., Professor an der Universität Halle-Wittenberg: Objektive Grenzen der Rechtskraft im internationalen Zivilprozeßrecht	199
FRANZ GAMILLSCHEG, Dr. jur., Dr. h. c., em. Professor an der Universität Göttingen: Die Durchsetzung tariflicher Ansprüche	215
HANS FRIEDRICH GAUL, Dr. jur., em. Professor an der Universität Bonn: Rechtskraft und Verwirkung	235
WALTER GERHARDT, Dr. jur., Professor an der Universität Bonn: Der Haftpflichtprozeß gegen Kraftfahrzeug-Versicherung und Versicherten – Ein Fall der besonderen Streitgenossenschaft gem. § 62 ZPO?	273
PETER GOTTWALD, Dr. jur., Professor an der Universität Regensburg: Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen – Verträge zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht	295
BERNHARD GROSSFELD, Dr. jur., Professor an der Universität Münster; FRANK EDELKÖTTER, Wiss. Mitarbeiter am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Münster: Der Rechtsanwalt als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ – Entstehung und Bedeutung	311
WOLFGANG GRUNSKY, Dr. jur., Professor an der Universität Bielefeld: Verfahrensrechtliche Probleme der Haftung des Gesellschafters einer Personengesellschaft für Lohn- und Gehaltsansprüche	329
WALTER J. HABSCHIED, Dr. jur., Dr. h. c. mult., M.A.E., em. o. Professor an der Universität Zürich, Honorarprofessor an der Universität Genf: Schiedsgerichtsbarkeit und Europäische Menschenrechtskonvention	342

LUDWIG HÄSEMAYER, Dr. jur., Professor an der Universität Heidelberg: Schuldbefreiung und Vollstreckungsschutz	353
HANS HANISCH, Dr. jur., em. o. Professor der Rechte an der Universität Genf: Nachlaßinsolvenzverfahren und materielles Erbrecht – Schwerpunkte im Binnen- und im Auslandsbezug	369
THEODOR HEINSIUS, Dr. jur., Rechtsanwalt, Honorarprofessor an der Universität Frankfurt: Der Sicherheitentreuhänder im Konkurs – Unmittelbarkeitsprinzip versus Offenkundigkeits- und Bestimmtheitsprinzip ...	387
MEINHARD HEINZE, Dr. jur., Professor an der Universität Bonn: Mißverständnisse zu § 613 a BGB	401
MASANORI KAWANO, Professor an der Universität Tohoku: Wahrheits- und Prozeßförderungspflicht als Verhaltenspflicht der Parteien gegeneinander	411
KONSTANTINOS D. KERAMEUS, Dr. jur., Dr. h. c., Professor an der Universität Athen: Das Brüsseler Vollstreckungsübereinkommen und das griechische Recht der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen	423
NIKOLAOS K. KLAMARIS, Dr. jur., o. Professor an der Universität Athen, Rechtsanwalt beim Areopag, Stellv. Direktor des Instituts für prozeßrechtliche Studien in Athen: Die prozessuale Aktualität in Griechenland	437
BERNHARD KÖNIG, Dr. jur., o. Universitätsprofessor an der Universität Innsbruck; HANS BROLL, Dr. jur., Rat, Institut für zivilgerichtliches Verfahren, Innsbruck: Verfahrenshilfe (Prozeßkostenhilfe) für Masseverwalter (Konkursverwalter) in Österreich	455
HELMUT KOLLHOSSER, Dr. jur., Professor an der Universität Münster: Medizinforschung und Datenschutz – Eine Fallstudie	463
KURT KUCHINKE, Dr. jur., Professor an der Universität Würzburg: Zur Sicherung des erbvertraglich oder letztwillig bindend Bedachten durch Feststellungsurteil, Vormerkung und Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes	475

BRUNO M. KÜBLER, Dr. jur., Rechtsanwalt, Köln: Zur Abgrenzung der Zuständigkeit von Gesamtvollstreckungsgericht und Verwalter bei der Feststellung der Schuldenmasse . . .	495
HANS-GEORG LANDFERMANN, Dr. jur., Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz, Bonn: Zur Gestaltung und Formulierung der Insolvenzordnung	515
DIETER LEIPOLD, Dr. jur., Professor an der Universität Freiburg: Miniatur oder Bagatelle: das Internationale Insolvenzrecht im deutschen Reformwerk 1994	533
WALTER F. LINDACHER, Dr. jur., Dipl.-Volkswirt, Professor an der Universität Trier: Die Nachgesellschaft – Prozessuale Fragen bei gelöschten Kapitalgesellschaften	549
GERHARD LÜKE, Dr. jur., Dr. h. c., Professor an der Universität Saarbrücken: Zur Klage auf Feststellung von Rechtsverhältnissen mit oder zwischen Dritten	567
WOLFGANG MAROTZKE, Dr. jur., Professor an der Universität Tübingen: Der Einfluß des Insolvenzverfahrens auf Auftrags- und Geschäftsbesorgungsverhältnisse – Kritische Gedanken zu § 23 KO	579
FRANZ MATSCHER, DDr. jur., Universitätsprofessor an der Universität Salzburg: Der Einfluß der EMRK auf den Zivilprozeß	593
HANSJÖRG OTTO, Dr. jur., Professor an der Universität Göttingen: Die inner- und außerprozessuale Präklusion im Fall der Vollstreckungsgegenklage	615
HANS-MARTIN PAWLOWSKI, Dr. jur., Professor an der Universität Mannheim: Zum Verhältnis von Kindesrechten und Vertretung	633
EGBERT PETERS, Dr. jur., Professor an der Universität Tübingen: Die Immobiliervollstreckung – eine Fundgrube für die Dogmatik der Zwangsvollstreckung	655
HANNS PRÜTTING, Dr. jur., Professor an der Universität zu Köln: Der Insolvenzplan im japanischen und deutschen Recht	669

WALTER RECHBERGER, Dr. jur., o. Universitätsprofessor an der Universität Wien: Parteilehre, Streitgegenstand und der österreichische Oberste Gerichtshof	679
BRUNO RIMMELSPACHER, Dr. jur., Professor an der Universität München: Präklusion in der Berufungsinstanz – de lege lata und de lege ferenda	691
HERBERT ROTH, Dr. jur., Professor an der Universität Münster: Subjektives Recht oder prozessuale Befugnis als Voraussetzungen einer „Aktionärsklage“	707
ULRIKE A. SCHÄFER, Dr. jur., LL.M., Rechtsanwältin, Düsseldorf: Die Einrede der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichtes ..	723
PETER SCHLOSSER, Dr. jur., Professor an der Universität München: Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Zwischenrecht – ein Gegensatz?	737
KARSTEN SCHMIDT, Dr. jur., Professor an der Universität Hamburg: Das Prozeßrechtsverhältnis bei Umstrukturierung, Auflösung und Konkurs einer Handelsgesellschaft	749
EKKEHARD SCHUMANN, Dr. jur., Professor an der Universität Regensburg: Der Name als Geheimnis. Umfaßt die anwaltliche und ärztliche Schweigepflicht auch den Namen der Mandanten und Patienten?	773
KARL-HEINZ SCHWAB, Dr. jur., Dr. h. c., em. Professor an der Universität Erlangen: Wandlungen der Schiedsfähigkeit	803
WOLFGANG SELLERT, Dr. jur., Professor an der Universität Göttingen: Vollstreckung und Vollstreckungspraxis am Reichskammergericht und am Reichshofrat	817
ULRICH SPELLENBERG, Dr. jur., Professor an der Universität Bayreuth: Prozeßführung oder Urteil – Rechtsvergleichendes zu Grundlagen der Rechtskraft	841
ROLF STÜRNER, Dr. jur., Professor an der Universität Freiburg: Das grenzübergreifende Vollstreckungsverfahren in der Europäischen Union	863

WILHELM UHLENBRUCK, Dr. jur., Richter am Amtsgericht Köln, Honorarprofessor an der Universität zu Köln: Die Verwertung einer freiberuflichen Praxis durch den Insol- venzverwalter	877
MAX VOLLKOMMER, Dr. jur., Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg: Keine Erstattung der Finanzierungskosten des Käufers bei Wandlung des verbundfinanzierten Kaufvertrages?	895
HANS ULRICH WALDER, Dr. jur., Rechtsanwalt, em. Professor an der Universität Zürich: Zur Normqualifikation im Beweisrecht – dargestellt anhand der Zivilprozessordnung des Kantons Zürich	905
MANFRED WOLF, Dr. jur., Professor an der Universität Frankfurt: Materiellrechtliche Kostenerstattung im kostenrechtlichen Gewand?	911
PELAYIA YESSIOU-FALTSI, Dr. jur., Professor an der Universität Thessaloniki: Ist der „manque de base légale“ ein Kassationsgrund, der über die Unterscheidung des materiellen Rechts und des Zivilprozeß- rechts hinausgeht?	923
ALBRECHT ZEUNER, Dr. jur., Dr. h. c., em. Professor an der Uni- versität Hamburg: Gedanken zur Abgrenzung des Anspruches als Objekt der Verjährung und der Verjährungsunterbrechung – Zum Verjäh- rungsbeginn nach § 852 Abs. 1 BGB und zur Verjährungsunter- brechung bei Teilklagen	939
Verzeichnis der Schriften von Wolfram Henckel	955

Geleitwort

Am 21. April 1995 feiert *Wolfram Henckel*, Emeritus der Göttinger Juristenfakultät, seinen siebzigsten Geburtstag. Der ihm an diesem Tag überreichten Festschrift mit fachlichen Beiträgen von Schülern, Freunden und akademischen Weggenossen soll nach dem Wunsch der Herausgeber ein Geleitwort des Doktorvaters vorausgehen, der auch die Habilitation betreut hat und der dem Jubilar bis heute freundschaftlich verbunden ist. In ihm soll versucht werden, den wissenschaftlichen Weg eines großen modernen Forschers aus der persönlichen Sicht des akademischen Lehrers nachzuzeichnen. Mit großer Freude habe ich diesem Wunsch trotz meines hohen Alters entsprochen.

Wolfram Henckel gehört zur Kriegsteilnehmergeneration. Nach seiner Schulzeit in Berlin wurde er 1943 im Alter von 18 Jahren zum Wehrdienst eingezogen. Im Juli 1944 wurde er schwer verwundet. Diese Verwundung, über die er später kaum gesprochen hat, hat offensichtlich seinem Leben die ernste Ausrichtung gegeben. Mit dem Kriegsende hat er seine Berliner Heimat verloren. Er verdiente zunächst seinen Lebensunterhalt durch praktische Tätigkeit in Bayern und der Pfalz, seit Januar 1946 wurde er in Heidelberg ansässig. Bis Oktober 1947 war er in einem Heidelberger Bauunternehmen tätig. Daneben konnte er in den ersten Monaten des Jahres 1946 einen Vorsemesterkurs an der Heidelberger Universität absolvieren. Im Wintersemester 1947/48 nahm er zunächst das Studium der evangelischen Theologie auf. Im Sommersemester 1949 wechselte er zum Studium der Rechtswissenschaft. Seit dem Wintersemester 1950/51 war er Stipendiat der Studienstiftung des deutschen Volkes.

Schon den Studenten beschäftigten Fragen der juristischen Ausbildung. Da ich mich in dieser Zeit als akademischer Lehrer gleichfalls mit Fragen der Studienreform befaßte, nahmen *Henckel* und sein Kreis damals die Verbindung mit mir auf. Wir haben mehrfach Reformmöglichkeiten besprochen. Die Arbeitsgemeinschaften für Anfänger sind seither zur bleibenden Einrichtung der juristischen Universitätsausbildung in Heidelberg geworden.

Inzwischen hatte *Henckel* Ende 1952 das Referendarexamen mit der Note „gut“ bestanden. Neben dem juristischen Vorbereitungsdienst hat er die Arbeit an einer Dissertation aufgenommen. Während seines Studiums konnte ich ihn für das Zivilprozeßrecht interessieren. Er nahm daher eine Arbeit aus diesem Rechtsgebiet in Angriff. Das Thema seiner

Dissertation hat er sich selbst gewählt: „Prozeßführungsmacht kraft Rechtsscheins“. Ich kann mich nicht erinnern, daß während der Ausarbeitung der Dissertation eine Besprechung mit mir stattgefunden hätte. Seine Arbeitsweise war die des einsamen Denkers. Am Ende der Vorbereitungszeit legte er mir die fertige Dissertation vor. Eigentlich war die Arbeit schon eine Habilitationsschrift. Die mit dem höchsten Prädikat ausgezeichnete Dissertation führte im April 1956 zur Promotion. Im Januar des gleichen Jahres hatte er die große juristische Staatsprüfung in Stuttgart mit der Note „gut“ abgelegt und entschloß sich zunächst für eine Tätigkeit als Anwalt. Nach kurzer Zeit als Anwalts-assessor wurde er im Oktober 1956 als Rechtsanwalt bei den Landgerichten Heidelberg und Mannheim und dem Oberlandesgericht Karlsruhe zugelassen. Zur gleichen Zeit ergab sich auch die Möglichkeit zur Einstellung als Assistent der juristischen Fakultät Heidelberg. Als Assistent konnte er sich in der Folgezeit ganz einer Habilitationsschrift widmen; denn daß er die akademische Laufbahn einschlagen würde, war nach der hervorragenden Promotion nicht zweifelhaft. Das Thema „Parteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozeß“, ein zentraler Fragenkreis des Prozeßrechts, hatte er wiederum selbst gewählt. Diese Wahl zeigt, wie tief er durch seine bisherige wissenschaftliche Arbeit in die prozeßrechtliche Problematik eingedrungen war. Wie seine Dissertation hat er auch seine Habilitationsschrift in einsamer Gedankenarbeit erstellt. Mein Verdienst war eigentlich nur, daß ich ihn von normaler Assistententätigkeit am Lehrstuhl freistellte, so daß er sich auf seine Habilitationsschrift konzentrieren konnte. Ganz konnte ich ihn allerdings nicht von Assistentenaufgaben freistellen; denn in dieser Zeit zog die juristische Seminarbibliothek, deren Direktor ich war, aus beengten Verhältnissen in neue Räume um. An der Planung und Durchführung dieses Umzugs hat er zusammen mit anderen Assistenten vorbildlich mitgewirkt.

1959 legte er seine abgeschlossene umfangreiche Habilitationsschrift vor. Sie ist eines der grundlegenden Werke der neueren Prozeßrechtsliteratur, mit der die lebhafteste Streitgegenstandsdiskussion eigentlich ihren Abschluß gefunden hat. Im Februar 1960 wurde die Habilitation vollzogen. Nach kurzer Tätigkeit als Heidelberger Privatdozent für Bürgerliches Recht und Zivilprozeßrecht wurde er schon zwei Jahre später als ordentlicher Professor nach Göttingen berufen.

Göttingen ist dem reifen Wissenschaftler zur geistigen Heimat geworden. Er hat ehrenvolle Rufe nach Kiel, Bonn, Freiburg und schließlich München abgelehnt. Er fühlte sich wohl in Göttingens geistiger Luft; für die Ablehnung des Rufes nach München war wohl auch die Überzeugung entscheidend, daß er nur an einer mittelgroßen Universität Wissenschaft so betreiben könne, wie er das für richtig hielt. Auch hatte

man in Göttingen schnell seine überragende geistige Persönlichkeit erkannt und ihm schon vier Jahre nach seiner Berufung das Rektorat der Universität übertragen; er war einer der jüngsten Rektoren einer deutschen Universität. Zur Feier der Rektoratsübernahme hat er mich als seinen akademischen Lehrer eingeladen. Dieser Tag ist auch für mein akademisches Leben zur bleibenden Erinnerung geworden. Nach der Feier der Rektoratsübernahme, bei der er souverän über den „Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen“ gesprochen hatte, ergab sich Gelegenheit auch zu einem ganz persönlichen Gespräch. Er sagte mir damals, wie wohl er sich in Göttingens geistiger Luft fühle, hier könne man noch juristische Monographien schreiben. Er arbeitete damals an seinem Buch über „Prozeßrecht und materielles Recht“, das 1970 erschien.

Das Rektoratsjahr brachte es mit sich, daß man auch außerhalb der Universität auf seine herausragende Persönlichkeit aufmerksam geworden war. Das führte einmal zur Ausdehnung seines Tätigkeitsbereichs auf die Mitwirkung in Organen der allgemeinen Wissenschaftsverwaltung; 1969 wurde er für drei Jahre Mitglied des Wissenschaftsrates und ab Januar 1970 Vorsitzender von dessen wissenschaftlicher Kommission. Von 1976 an wurde er zum Mitglied des Senats der Max-Planck-Gesellschaft gewählt und war in dieser Stellung über zehn Jahre tätig. Die Gerichtsbarkeit seines Landes versicherte sich der Mitwirkung des hervorragenden Juristen; er wurde 1973 stellvertretendes, ab 1977 ordentliches Mitglied des niedersächsischen Staatsgerichtshofs und wirkte in dieser Stellung bis 1991. Seine Bedeutung als Gelehrter wurde dadurch hervorgehoben, daß er seit 1983 Mitglied der Akademie der Wissenschaften in Göttingen ist, für einen Juristen eine ungewöhnliche Auszeichnung. Auch von den juristischen Fachgenossen wurde seine herausragende Bedeutung anerkannt: von 1973 an war er fast zwanzig Jahre Vorsitzender der Göttinger rechtswissenschaftlichen Gesellschaft, ab 1980 für acht Jahre Vorsitzender der Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer.

Angesichts der umfangreichen Tätigkeiten außerhalb der Fakultät ist der Umfang seines literarischen Werks auf seinem Fachgebiet imponierend. Neben den schon erwähnten Monographien hat *Henckel* fast in jedem Jahr mehrere inhaltsreiche wissenschaftliche Aufsätze in Fachzeitschriften veröffentlicht, seit 1969 ist kaum eine fachlich einschlägige Festschrift ohne einen gewichtigen Beitrag von ihm. In mehr als dreißig Urteilsanmerkungen hat er gerichtliche Entscheidungen kritisch besprochen. Die Zahl seiner Vorträge im In- und Ausland ist beträchtlich.

Von 1974 an lag das Schwergewicht seiner wissenschaftlichen Arbeit auf dem Gebiet des Insolvenzrechts. Die achte Auflage des Großkommentars zur Konkursordnung von *Ernst Jaeger*, die erste nach *Jaegers*

Tod, war 1973 abgeschlossen. *Friedrich Lent*, der den ersten Band, das materielle Konkursrecht, bearbeitet hatte, war nach Abschluß seiner Arbeit gestorben. Der Verlag wandte sich an mich mit der Bitte, einen Nachfolger vorzuschlagen, der der neunten Auflage das bisherige wissenschaftliche Niveau erhalten sollte. Nach einer eingehenden Besprechung mit *Henckel* schlug ich ihn als geeigneten Nachfolger für *Lent* vor. Er wurde alsbald mit dem Verlag einig. Seine Wahl hat *Henckel* in hervorragender Weise gerechtfertigt. 1977 legte er die erste Lieferung der neunten Auflage vor, in erstaunlich rascher Folge 1980 die zweite und 1982 die dritte. Daß die vierte Lieferung dann erst 1991 erscheinen konnte, hat seinen Grund vor allem darin, daß *Henckel* inzwischen sich in der Insolvenzrechtsreform engagiert hatte. Die vierte Lieferung des Kommentars enthält in einem gegenüber der Voraufgabe fast um das Doppelte erweiterten Umfang eine grundlegende und erschöpfende Kommentierung des Anfechtungsrechts von hohem wissenschaftlichen Rang.

Die Arbeit an der neunten Auflage des *Jaegerschen* Großkommentars brachte es mit sich, daß *Henckel* sich zunehmend auch mit Reformfragen befaßte, was in Vorträgen und Zeitschriftenaufsätzen seinen Niederschlag fand. Als sich daher der Bundesjustizminister im Anschluß an den aus Anlaß des hundertsten Geburtstags der Konkursordnung 1977 in Köln veranstalteten Kongreß entschloß, eine Kommission für Insolvenzrechtsreform einzusetzen, war *Henckel* von Anfang an Mitglied dieser Kommission, der auch ich angehörte. Er war auch Vorsitzender der Arbeitsgruppe „Mobiliarsicherheiten“. Mit der Zeit wurde er zu einem der profiliertesten Mitglieder dieser Kommission und hat bei den Beratungen hervorragend mitgewirkt. Nach dem Abschluß der Beratungen gehörte er dem Redaktionsausschuß für die beiden umfassenden Abschlußberichte an, die 1985 und 1986 veröffentlicht wurden. Die Beratungen in der Kommission hatten ein hohes Niveau. In dem geselligen Zusammensein an den Abenden der Sitzungstage fanden interessante Gespräche statt, die zu einer Vertiefung und Festigung der persönlichen Beziehungen zwischen dem akademischen Lehrer und seinem ehemaligen Schüler führten. Diese Zeit ist auch für mich eine bleibende Erinnerung. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß das an die Arbeit der Kommission anschließende Gesetzgebungsverfahren in vielen wichtigen Fragen zu einer von der Meinung der Kommission abweichenden Stellungnahme kam. Doch kann die reizvolle Aufgabe, diese Entwicklung des Gesetzgebungsverfahrens kritisch zu beleuchten, nicht Aufgabe einer Geburtstagsadresse sein. Jedenfalls hat *Henckel*, als der erste Gesetzesentwurf des BMJ vorlag, in Aufsätzen und Vorträgen kritisch Stellung genommen. Er hat sich aber in dieser Zeit immer mehr wieder seiner wissenschaftlichen Arbeit am geltenden Recht zugewendet.

Schließlich soll noch hervorgehoben werden, daß es *Henckel* ein wichtiges Anliegen war, sich auch der Heranbildung des juristischen Nachwuchses, vor allem des wissenschaftlichen, zu widmen. Unter seiner Betreuung sind Dissertationen von Rang entstanden. Viele seiner Schüler nehmen heute angesehenen Stellen in der Praxis ein oder haben – von ihm wissenschaftlich betreut – mit anerkanntem Erfolg die akademische Laufbahn eingeschlagen.

Wolfram Henckel ist einer der Großen der Rechtswissenschaft, vor allem der Zivilprozeßrechtswissenschaft, der auch außerhalb der Universität eine breite Wirksamkeit im Dienste der Wissenschaft entfaltete. Mit der Gratulation zu seinem hohen Festtag verbinden wir den Wunsch, es möge ihm noch viele Jahre vergönnt sein, in ungebrochener Schaffenskraft seiner Wissenschaft zu dienen.

Friedrich Weber

Zur Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht im Bereich der Abgrenzung der Revisions- bzw. Kassationsgründe

KOSTAS E. BEYS

I. Problemstellung

Die durch *Windscheid*¹ besiegelte² und im Bereich der kontinentalen Rechtsfamilien allgemein akzeptierte Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht kommt auch auf dem Gebiet der Abgrenzung der Revisions- bzw. Kassationsgründe in beachtenswerter Weise zum Vorschein.

1. Diese Unterscheidung ist im Bereich des deutschen Revisionsrechts nicht gleich bei der Aufzählung der Revisionsgründe erkennbar, denn die Verletzung einer Rechtsnorm i. S. des § 549 I dtSchZPO begründet immer die Revision unabhängig von ihrem materiellrechtlichen oder prozeßrechtlichen Charakter. Die Aufzählung in § 551 der prozesualen Nichtigkeiten als Revisionsgründe hat nicht den Sinn einer Gegenüberstellung zu der Verletzung einer Rechtsnorm nach § 549, da diese ebenfalls ausdrücklich als eine Verletzung des Gesetzes bezeichnet werden.

Die Unterscheidung der Revisionsgründe entsprechend dem Charakter der verletzten Rechtsnorm als materiell- oder prozeßrechtliche tritt erst bei der Bestimmung des Umfangs der Revisionsprüfung durch das Revisionsgericht. Nach § 559 dtSchZPO unterliegen gemäß Abs. I

„der Prüfung des Revisionsgerichts nur die von den Parteien gestellten Anträge“;

und gemäß Abs. II ist

„das Revisionsgericht an die geltend gemachten Revisionsgründe nicht gebunden. Auf Verfahrensmängel, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind, darf das angefochtene Urteil nur geprüft werden, wenn die Mängel nach den §§ 554, 556 gerügt worden sind“.

Daraus wird entnommen erstens, daß Verstöße gegen materielles Recht stets nur auf Rüge hin in der Revision berücksichtigt werden, und zweitens, daß Verstöße gegen Prozeßrecht, die eine absolute prozesuale

¹ Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1856.

² So *Zöllner*, Materielles Recht und Prozeßrecht, AcP 190 (1990), 471 ff [473].

Nichtigkeit i. S. von § 551 dtschZPO hervorrufen, als Revisionsgründe auch von Amts wegen berücksichtigt werden³.

2. Nach § 503 österZPO sind Revisionsgründe einerseits drei bestimmte prozessuale Nichtigkeiten, und zwar, wenn das Urteil des Berufungsgerichtes wegen eines in § 477 österZPO bezeichneten Mangels nichtig ist, ferner wenn das Berufungsverfahren an einem Mangel leidet, welcher, ohne die Nichtigkeit zu bewirken, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern geeignet war, und schließlich, wenn dem Urteil des Berufungsgerichtes in einem wesentlichen Punkt eine tatsächliche Voraussetzung zugrunde gelegt erscheint, welche mit den Prozeßakten erster oder zweiter Instanz in Widerspruch steht, und andererseits die Verletzung der angewandten materiellen Rechtsnorm (wenn das Urteil des Berufungsgerichtes auf einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache beruht).

3. Die Unterscheidung im deutschen und österreichischen Recht zwischen Übertretungen des Prozeßrechts und des materiellen Rechts als Revisionsgründe ist noch schärfer im griechischen zivilprozessualen Kassationsrecht.

In Anlehnung an das von *L. G. v. Maurer* verfaßte griechische Civilverfahrensgesetzbuch von 1834, wie es durch nachträgliche Novellen abgeändert wurde, besagen Art. 559 Nr. 1 und 560 Nr. 1 des geltenden grZPGB von 1967, daß die Verletzung irgendeiner Norm des materiellen Rechts einen Kassationsgrund darstellt, während dies nur bei abschließend im Gesetz aufgezählten prozessualen Verletzungen der Fall ist. Grundsätzlich handelt es sich um neunzehn prozessuale Verletzungen, wie z. B. die Überschreitung der Gerichtsbarkeit oder der Zuständigkeit der Zivilgerichte, die Nichtberücksichtigung vorgebrachter und für den Ausgang des Prozesses wesentlicher Tatsachen, die falsche Bejahung oder Verneinung einer prozessualen Nichtigkeit, Verwirkung oder Unzulässigkeit, die Nichtbeachtung der Rechtskraft, das Vorliegen eines inneren Widerspruchs des Urteilsinhalts, sowie die ungenügende oder widersprechende Urteilsbegründung. Für Rechtsstreitigkeiten jedoch, die erstinstanzlich der sachlichen Zuständigkeit des Friedensgerichts und zweitinstanzlich der funktionellen Zuständigkeit des kollegialen Erstgerichts angehören, beschränken sich die Kassationsgründe auf nur drei prozeßrechtliche Verletzungen, und zwar auf die drei ersten soeben genannten.

Angesichts dieser Regelungen des deutschen und österreichischen Revisionsrechts sowie des griechischen Kassationsrechts erhebt sich die Frage, was als materielles und was als Prozeßrecht zu verstehen ist.

³ *Grunsky* in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21. Aufl. 1994, § 559 IV 3 Nr. 12 ff S. 407 ff; *Schumann* in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Aufl. 1980, Einl. I D Nr. 28 S. 41 f.

II. Kriterien zur Abgrenzung des Prozeßrechts vom materiellen Recht

1. Auf der Suche nach einem geeigneten Kriterium zur Abgrenzung des Prozeßrechts vom materiellen Recht besteht zunächst Einigkeit darüber, daß die aus gesetzestechnischen oder historischen Gründen bedingte oder sogar auch zufällige Zuordnung eines Rechtssatzes zum Corpus des Bürgerlichen, des Handels- oder des Zivilprozeßgesetzbuchs für ihren materiellrechtlichen oder prozeßrechtlichen Charakter belanglos ist⁴. So ist z. B. die vom BGB materiellrechtlich verstandene Sachlegitimation für Lehre und Rechtsprechung nicht verbindlich, sie wird dem prozeßrechtlichen Begriff der Prozeßrechtsbefugnis untergeordnet⁵. Vielmehr wird der Standpunkt vertreten, daß sogar der ausdrücklich geäußerte Wille des Gesetzgebers, eine bestimmte Regelung entgegen ihrer Natur als materiellrechtlich oder als prozeßrechtlich zu qualifizieren, den Richter bei seiner Qualifikation nicht bindet⁶, sondern daß diese stets aufgrund wissenschaftlicher Maßstäbe zu erfolgen hat.

2. Nach einer Meinung⁷ soll als materiellrechtlich jede Rechtsnorm bezeichnet werden, die nicht prozeßrechtlich ist, ohne weitere Erklärung jedoch, was als prozeßrechtliche Norm zu verstehen ist.

Im hypothetischen Fall einer engelbraven Gesellschaft, die ausnahmslos spontan alle subjektiven Rechte respektiert, mit der Folge, daß sich Prozesse und folglich auch das Prozeßrecht erübrigte⁸, wären alle Gesetzesbestimmungen, die den Charakter einer Rechtsnorm und nicht bloß einer organisatorischen Regelung hätten, materiellrechtliche Normen. In diesem Zusammenhang mag die soeben erwähnte Ansicht, die materiellrechtliche Normen in allen nicht prozessualen Rechtssätzen erblickt, als nicht völlig nichtssagend erscheinen. Immerhin aber läßt diese Ansicht die Frage offen, worin das Wesen des materiellen Rechts selbst liegt und wodurch es sich vom Kern der Prozeßrechtsbestimmungen unterscheidet⁹.

⁴ *Beys*, ZPGB-Kommentar (griech.), 559 Nr. 1 III 9 S. 2154; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970 S. 4; *Lüke*, Münchener Kommentar, Zivilprozeßordnung, Einl. Nr. 24 S. 7; *Rammos*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts (griech.), I 1978 § 1 S. 3; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. 1993 § 1 V S. 5; *Schumann*, aaO Nr. 29 S. 42; *Vasileiou*, Über das Rechtsmittel der Kassation im Zivilprozeßrecht (griech.), 2. Aufl. von *L. Gidopoulos*, 1931 § 24 S. 155, 157.

⁵ *Henckel*, aaO.

⁶ *Schumann*, aaO.

⁷ *Krispis*, Internationales Privatrecht – Allgemeiner Teil (griech.) § 23 S. 115.

⁸ *Rammos*, aaO S. 2.

⁹ *Henckel*, aaO S. 11.

3. Nach *Henckel*¹⁰ kann der Prozeßzweck wenig zur Abgrenzung von Prozeßrecht und materiellem Recht beitragen. Aus der reichen Fülle diesbezüglicher Theorien sind viele schon lange überholt. Dies gilt vor allem für den von *Goldschmidt*¹¹ formulierten Prozeßzweck der Herbeiführung der Rechtskraft, der zu dem unbefriedigenden Ergebnis führt, daß der Prozeß zum Selbstzweck erhoben wird. Dagegen verkennt der von *Sauer*¹² formulierte Prozeßzweck, der darin bestünde, die Rechtsidee im Einzelfall richterlich zu gestalten, vor allem die Bedeutung der Mitwirkung der Parteien zur Erreichung des Prozeßzieles. Diese Mitwirkung bringt dagegen die Theorie in den Vordergrund, die den Prozeßzweck in der Durchsetzung der subjektiven materiellen Privatrechte erblickt¹³.

Der Aspekt der Durchsetzung der materiellrechtlichen Normen durch die Vermittlung des Prozeßrechts spiegelt den weit verbreiteten Eindruck wider, daß das Prozeßrecht akzessorische, wenn nicht ausgerechnet Dieneraufgaben zugunsten des materiellen Rechts hätte¹⁴. Diese Anschauung ist jedoch bereits durch zwei treffliche Beobachtungen überholt; erstens, daß sich die Klageerhebung nicht in einer bloßen Ausübung des jeweils streitbefangenen subjektiven Rechts erschöpft, sondern daß sie auf einem selbständigen öffentlichrechtlichen Anspruch beruht¹⁵, und zweitens, daß sich nicht nur das Zivilprozeßrecht mit der Durchsetzung und Verwirklichung von subjektiven privaten Rechten befaßt. So enthält das bürgerliche Recht ebenfalls gleichgerichtete Regelungen, wie die ausnahmsweise erlaubte Selbsthilfe, die Auskunftsrechte, Pfand- und sonstige Sicherungsrechte¹⁶, die Aufrechnung, etc.

4. Nach einer anderen Ansicht ist die Zuordnung einer Vorschrift zum materiellen Recht oder zum Prozeßrecht nach ihrem Sinn und Zweck zu treffen¹⁷. Dagegen wird jedoch darauf hingewiesen, daß es verfehlt ist, die Auferlegung von Rechten und Pflichten als Zweck des materiellen Rechts und die Auferlegung von Möglichkeiten und Lasten als Zweck des Prozeßrechts zu betrachten, da es auch prozeßrechtliche Pflichten,

¹⁰ AaO S. 6 f.

¹¹ *Der Prozeß als Rechtslage*, 1925 S. 151.

¹² *Allgemeine Prozeßrechtslehre*, 1951 S. 3.

¹³ So die Theorie von *Pohle* in der 17. Aufl. von Stein/Jonas, Einl. C I (was aber in der 18. Aufl. aufgegeben wurde). Sie verkennt jedoch die öffentlichrechtlichen Aufgaben des Prozeßrechts, wie die Verwirklichung der objektiven Rechtsordnung und die Schaffung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit. Die Abstellung auf den Prozeßzweck hilft wenig bei der Untersuchung, ob ein bestimmter Vorgang, wie z. B. ein Prorogationsvertrag, prozeßrechtlicher oder materiellrechtlicher Regelung unterliegt (*Henckel*, aaO S. 7).

¹⁴ So *Fasching*, *Zivilprozeßrecht* Nr. 44 S. 35 und Nr. 125 S. 73; *Lüke*, aaO Nr. 23 S. 7.

¹⁵ Näher dazu unten 3.4.

¹⁶ *Meier*, aaO S. 9 f.

¹⁷ *Schumann*, aaO Nr. 29 S. 42.

wie auch materiellrechtliche Lasten gibt. So sei es richtiger, darauf abzustellen, ob die fragliche Vorschrift vorwiegend auf den Ablauf und die Ausgestaltung des Verfahrens oder auf die Regelung der unmittelbaren Beziehungen der von ihr Betroffenen gerichtet ist.

5. Von der soeben erwähnten Ansicht weicht die von *Henckel*¹⁸ vertretene These nicht wesentlich ab, die das Charakteristikum des Zivilprozeßrechts in der Regelung eines Verfahrens (des Zwangsvollstreckungsverfahrens mitinbegriffen) von und vor Zivilrechtspflegeorganen erblickt, das auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtet ist.

*Lüke*¹⁹ meint, daß auch diese Definition wenig leistungsfähig ist, da sie gerade die Zweifelsfälle nicht erfaßt, es sei vielmehr auf die rechtliche Natur der Voraussetzungen und Rechtsfolgen der einzelnen Norm abzustellen.

Nach *Henckel* gibt es Rechtsnormen, deren Tatbestand eindeutig prozeßrechtlichen und deren Rechtsfolgen eindeutig materiellrechtlichen Charakter aufweisen, wie z. B. Art. 261 grZGB (= dtsh BGB 209 I) betreffend die Verjährungsunterbrechung durch Klageerhebung, und umgekehrt, wie z. B. Art. 327 grZPGB (= dtsh ZPO 327), wonach sich die Rechtskraft des gegen den Testamentsvollstrecker ergangenen Urteils auch auf den außerhalb des Prozesses stehenden Erben erstreckt. Somit erweist sich nach *Henckel* die rechtliche Natur der Voraussetzungen und Rechtsfolgen der jeweils anzuwendenden Rechtsnorm als ungeeignet für ihre Zuordnung zu den materiellrechtlichen oder zu den prozeßrechtlichen Normen.

Diese Bemerkung ist zwar an sich richtig, sie kann jedoch nicht ausschlaggebend sein, soweit auf die Hauptrechtsfolgen und nicht auf alle Rechtsfolgen abgestellt wird. Zur Unterscheidung der Prozeßhandlungen der Parteien von ihren privatrechtlichen Rechtsgeschäften oder anderen Rechtshandlungen sind die Hauptrechtsfolgen derselben und nicht ihre Nebenwirkungen maßgebend²⁰. So könnte man demgemäß zur Unterscheidung der privatrechtlichen von den prozeßrechtlichen Normen ausschließlich auf ihre materiellrechtlichen oder prozessualen Hauptrechtsfolgen abstellen.

6. Was die rechtliche Struktur der Wirkungen einer Rechtshandlung als Abgrenzungskriterium des Prozeßrechts vom materiellen Recht angeht, in dem Sinn, daß die Erzeugung von subjektiven Rechten und Pflichten ausschließlich dem materiellen Recht eigen ist, während die Herbeiführung von Möglichkeiten und Lasten dem Prozeßrecht angehört, führt

¹⁸ AaO S. 8 f.

¹⁹ AaO Nr. 24 S. 7.

²⁰ *Baumgärtel*, Wesen und Begriff einer Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957 § 6 I 3 S. 69 und § 9 IV S. 90.

*Henckel*²¹ zunächst aus, daß subjektive Rechte und Pflichten nicht nur durch Recht, sondern auch durch Unrecht erzeugt werden, und daß die Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht auch eine Aufgabe des Prozeßrechts ist.

Diese Bemerkung könnte jedoch den Eindruck erwecken, daß sie sich nicht auf stabilem Boden bewegt. Denn die Unterscheidung zwischen *Recht* und *Unrecht* kann entweder aufgrund der Normen des positiven Rechts oder aufgrund derjenigen unbestimmten Rechtsprinzipien erfolgen, die kurz als Gerechtigkeitsidee bezeichnet werden. Die Wertung als *Unrecht*, soweit sie sich auf menschliches Verhalten beruft, vermag nur dann subjektive Rechte und Pflichten (hauptsächlich bezüglich Schadensersatzes) zu erzeugen, wenn sie den Tatbestand der diesbezüglichen Norm des positiven Rechts erfüllt. Wenn also *Henckel* von der Aufgabe des Prozeßrechts spricht, zur Unterscheidung zwischen *Recht* und *Unrecht* beizutragen, bezieht er sich offenbar auf die Rechtsfolgen als Abgrenzungskriterium zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht, wobei jedoch die Wertungen von *Recht* und *Unrecht* nur auf dem Boden der *Gerechtigkeitsidee* erfolgen können.

Darüber hinaus lehnt *Henckel* die rechtliche Struktur der Rechtsfolgen der jeweiligen Normen als Abgrenzungskriterium zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht mit der trefflichen Bemerkung ab, daß auch das Prozeßrecht echte subjektive Rechte und Pflichten erzeugt. Die Lehre²², die die rechtliche Natur des Prozesses als Rechtsverhältnis total ablehnte und im Prozeß nur Möglichkeiten und Lasten zur Weiterentwicklung der jeweiligen Rechtslage erblickte, ist dem prozessualen Verständnis unserer Zeit fremd²³. Echte Lasten, die sogenannten Obliegenheiten, gibt es auch im Privatrecht²⁴. Und umgekehrt kennt auch das Prozeßrecht echte Rechte und Pflichten, wie z. B. die Pflicht zur Wahrung des Grundsatzes von Treu und Glauben (grZPGB 116), insbesondere wenn die Partei über ihre Interessen nicht disponieren kann, sowie wenn die prozessualen Lasten zur Wahrung der Interessen des Gegners oder von öffentlichrechtlichen Interessen am Prozeßverlauf nicht ausreichen²⁵.

²¹ AaO S. 11.

²² *Goldschmidt*, aaO S. 1 ff; vgl. auch *Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950 S. 63 f; *Sax*, Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozeßrechtslehre, ZZP 67, 21 ff [53].

²³ *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren, 2. Aufl. § 30 VII 2 S. 173 ff; *Henckel*, aaO S. 12 ff; *v. Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, 1939 S. 319 ff; *ders.*, Zur modernen konstruktiven Epoche der „deutschen Prozeßrechtswissenschaft“, ZZP 65, 424 ff [434]; *Lent*, Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, ZZP 67, 344 ff [345 f]; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, aaO § 2 I S. 8 f; *Schumann*, aaO Einl. IV Nr. 228 ff S. 139 ff; *Zeiss*, Die arglistige Prozeßpartei, 1967 S. 32 ff.

²⁴ *Henckel*, aaO S. 18.

²⁵ *Henckel*, aaO S. 16 f.

7. Nach Ausschluß der rechtlichen Natur sowohl des Tatbestandes als auch der Rechtsfolgen als Abgrenzungskriterium zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht könnte man auf die Eigenartigkeit der von diesen geregelten Sach- und Lebensbereiche als Abgrenzungskriterium abstellen.

a) *Neuner*²⁶ hat als materielles Recht diejenigen Normen bezeichnet, die den Urteilsinhalt bestimmen im Gegensatz zu den Normen, die bestimmen, wie das Urteil zustande kommt, die er als prozeßrechtliche ansieht.

*Henckel*²⁷ lehnt diese Ansicht zunächst mit der Begründung ab, daß sie das Problem nur aus der Sicht des gerichtlichen Urteils betrachtet und verkennt, daß das materielle Recht vor allem außerhalb des Prozesses freiwillig seine Anwendung findet.

Henckels Einwand vermag jedoch nicht ausschlaggebend zu überzeugen; denn die Frage der Abgrenzung des materiellen Rechts vom Prozeßrecht stellt sich nicht im Bereich der außergerichtlichen Regelung der Rechtsverhältnisse, sondern innerhalb des Prozesses und seines Abschlusses durch Urteilserlaß.

b) *Henckel*²⁸ macht trefflich darauf aufmerksam, daß auch prozeßrechtliche Normen den Inhalt des Urteils bestimmen, so daß es aus der Sicht des Inhalts des gerichtlichen Urteils keinen Unterschied zwischen materiellem und Prozeßrecht gibt. Er begnügt sich mit dieser Beobachtung, um seine Aufmerksamkeit darauf zu richten, wie auf andere Weise die Eigenartigkeit der geregelten Lebensbereiche als Unterscheidungsmaßstab zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht zu verstehen sei. So vertritt er den Standpunkt²⁹, daß eine Norm dann dem Prozeßrecht angehört, wenn sie ein Verhalten in einem Verfahren, das auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtet ist, von und vor Rechtspflegeorganen regelt, und daß eine Norm dem materiellen Recht angehört, wenn sie ein Verhalten in Lebensbereichen regelt, in denen sich Rechtssubjekte unmittelbar begegnen ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt angerufenen Rechtspflegeorgans³⁰.

²⁶ Privatrecht und Prozeßrecht, 1925 S. 6 f.

²⁷ AaO S. 19.

²⁸ AaO.

²⁹ AaO S. 21.

³⁰ So auch *Meier*, Privatrecht und Prozeßrecht; Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, e. V. Bd. 6: Materielles Recht und Prozeßrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung, hrsg. von *P. Schlosser*, 1992, S. 5, der allerdings dieser Umschreibung eine mangelnde Aussagekraft zumißt, was er wiederum als ihren Vorteil ansieht.

Hier stellen sich aber gleich verschiedene Fragen, wenn eine Auswirkung des Prozeßrechtsverhältnisses den Hauptstreitgegenstand bildet, wie z. B. das Begehren der Wiederaufnahmeklage im *judicium rescidens*. Sind die Vorschriften der §§ 579 und 580 dtschZPO (= Art. 544 grZPGB) Prozeßrecht, bloß weil sie die Mitwirkung des Gerichts voraussetzen? Und wenn ja, was wird dann als materielles Recht Anwendung finden? Soll das in der Weise verstanden werden, daß es Prozesse gibt, bei denen die anzuwendende Norm keine materiellrechtliche, sondern eine rein prozeßrechtliche ist? Welche praktische Bedeutung hätte es dann, innerhalb des anhängigen Erkenntnisverfahrens das Prozeßrecht vom materiellen Recht abzugrenzen? Vor allem aber bleibt die Frage offen, wie diejenige Norm zu qualifizieren ist, die die unmittelbaren Beziehungen (Rechte und Pflichten) von Rechtssubjekten regelt, wenn ein Rechtspflegeorgan die rechtliche Stellung eines solchen Rechtssubjektes (Beteiligten des Prozeßrechtsverhältnisses) hat, wie z. B. das Recht, Berufung einzulegen, oder das Recht, den Arrest des beklagten Schuldners zu beantragen?

Es wird m. E. überzeugend darauf hingewiesen, daß die Regelung, die das Arbeitseinkommen des Zwangsvollstreckungsschuldners bis zur Pfändungsgrenze der Vollstreckung nicht zur Verfügung stellt und bestimmte Gegenstände, wie Fernsehapparat, Hund und Milchkuh von der Pfändung ausschließt, dem Wesen nach materielles Recht ist³¹.

Das Kriterium der geregelten Lebensbereiche könnte also geeignet sein, das Zivilprozeßrecht vom Privatrecht (genauso wie das Strafprozeßrecht vom Strafrecht und das Verwaltungsprozeßrecht vom Verwaltungsrecht) zu unterscheiden³². Kann jedoch in Anbetracht der schon erwähnten prozeßrechtlichen Normen materiellen öffentlichrechtlichen Charakters der Standpunkt als überzeugend bezeichnet werden, der das materielle Recht in Abgrenzung zum Zivilprozeßrecht mit dem Privatrecht identifiziert?

*Henckel*³³ betont, daß seine These sich „auf das Verhältnis des Zivilprozeßrechts zum materiellen Zivilrecht“ beschränkt und daß „diese Einschränkung eine Verbindung zwischen dem Zivilprozeß und dem öffentlichen Recht nicht verleugnen“ soll.

8. In der Tat wird üblicherweise im Rahmen von Zivilprozessen das materielle Recht mit dem Privatrecht identifiziert³⁴. Zivilprozeßrecht und Zivilrecht oder überhaupt Privatrecht werden als formelles und

³¹ *Zöllner*, aaO S. 478.

³² Dagegen *Lüke*, aaO Nr. 24 S. 7.

³³ AaO S. 26.

³⁴ So *Fasching*, Zivilprozeßrecht Nr. 44 S. 34.

materielles Recht gegenübergestellt³⁵. Diese Identifizierung des Privat- rechts mit dem materiellen Recht vermag zwar in Gegenüberstellung zum gesamten Prozeßrecht einen Begriff zu liefern, unter dem alle nicht prozeßrechtlichen Normen eingeordnet werden können. Aber die Bezeichnung des Zivilprozeßrechts als „formelles Recht“ und entsprechend des Privatrechts als „materielles Recht“ trifft nur die Oberfläche und nicht den Kern ihres Wesens.

Die Gegenüberstellung von Privat- und Zivilprozeßrecht ist eine Er- rungenschaft des kontinentalen Rechtsdenkens, die mit seiner Emanzi- pierung vom römischen Recht erreicht wurde. Die zusätzliche Bezeich- nung des Privatrechts als materielles Recht in Abgrenzung vom Zivil- prozeßrecht bereitet jedoch unnötige Schwierigkeiten.

Das Privatrecht regelt in der Tat, auch wenn nicht ausschließlich, andere Lebensbereiche als das Zivilprozeßrecht, und zwar prinzipiell aufgrund verschiedener Werte und Zwecke. Daraus aber zu schließen, daß sich das Zivilprozeßrecht auf eine nur formale und akzessorische Rolle beschränkt ohne eigene materielle Substanz, so daß überhaupt keine seiner Normen als materiellrechtlich bezeichnet werden können, vermag wenig zu überzeugen.

Diese Dimension verkennt *Henckel* nicht, indem er zugibt³⁶, daß sein Prozeßrechtsbegriff relativ leer und formal bleibt, auch wenn er die Möglichkeit schafft, diejenigen Normen mit einzubeziehen, die auf den Prozeß gerichtete Pflichten begründen. Er bestreitet somit nicht die „geringe Ergiebigkeit“ seines Prozeßrechtsbegriffs. Er meint aber, daß dies angesichts des Zwecks seiner Begriffsbildung zu einer weiteren Korrektur nicht veranlassen sollte.

Wenn Zweck seiner Begriffsbildung ist, in Zweifelsfällen klar zu erkennen, wann und wann nicht Zivilprozeßrecht, bzw. wann und in welchem Maßstab Prozeßrecht und materielles Recht anzuwenden sind³⁷, um einen fraglichen Vorgang zu regeln³⁸, so könnte dieser Zweck durch die Unterscheidung zwischen Zivilprozeßrecht und *Privatrecht* völlig erreicht werden. Die zusätzliche Bezeichnung des Privatrechts als materielles Recht und dessen Gegenüberstellung zum Zivilprozeßrecht vermag diesen Zweck nicht unbedingt zu fördern. Denn wenn man den Prozeßrechtsnormen, die die Begründetheit (oder vielleicht ausnahms-

³⁵ So *Fasching*, Zivilprozeßrecht Nr. 8 S. 5 und Nr. 44 S. 35; *Lüke*, aaO Nr. 23 und 26 S. 7.

³⁶ AaO S. 22 f.

³⁷ Für die gleichzeitige Beurteilung desselben Vorgangs nach materiellrechtlichen und prozessualen Normen siehe auch *Schumann*, aaO Nr. 38 S. 44.

³⁸ Von *Lüke* (aaO Nr. 24 S. 7) wird jedoch bestritten, daß der Begriff der Lebens- bereiche ein geeigneter Abgrenzungsmaßstab des Prozeßrechts vom materiellen Recht ist, in Zweifelsfällen eine klare Lösung zu gewähren.

weise die Unbegründetheit) von prozessualen Anträgen bewirken, sogar wenn sie den Hauptstreitgegenstand darstellen, ihren materiellrechtlichen Charakter nimmt, erweckt man den Eindruck, daß es Prozesse gibt, die ohne anzuwendendes materielles Recht durchgeführt werden können.

Hierbei ist, was *Henckel* besonders hervorhebt³⁹, zu beachten, daß das Prozeßrecht in gleicher Weise Recht ist wie das materielle Recht, so daß sich beide in ihrem Rechtscharakter nicht unterscheiden⁴⁰. Das bedeutet, daß auch die Prozeßrechtsnormen ebenso von einem gewissen Tatbestand Rechtsfolgen ableiten, die das Prozeßrechtsverhältnis bestimmen und im Urteilssyllogismus den Obersatz bilden. Daraus schließt *Henckel*: „*Deshalb darf unsere Abgrenzung auch nur in einem beschränkten Sinne normativ verstanden werden (...); Prozeßrecht und materielles Recht sind keine ‚Rechtmaterien‘ oder ‚Rechtsgebiete‘. Eine solche Auffassung würde die falsche Vorstellung wecken, als schlossen beide einander vollständig aus.*“ Die Anknüpfung privatrechtlicher Rechtsfolgen an zivilprozessuale Vorgänge und umgekehrt bestätigt die Richtigkeit dieser Bemerkung.

Nach *Rammos*⁴¹ bereitet die klare Unterscheidung zwischen Privat- und Zivilprozeßrecht keine besonderen Schwierigkeiten, wenn man beachtet, daß das letztere dem öffentlichen Recht angehört, andere Ziele hat und von anderen Grundgedanken geleitet wird. Diese Unterschiede schließen zwar eine Abhängigkeit prozessualer Wertungen von materiellrechtlichen Maßstäben nicht unbedingt aus, was am deutlichsten in der Einteilung der Prozeßrechtszweige in Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozeßrecht hervortritt, die der Unterscheidung zwischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht entspricht⁴². Die eigenen Wertungen des Prozeßrechts begründen jedoch oft eine abweichende Definition derselben Rechtsbegriffe⁴³, je nachdem, ob sich ihre Auslegung auf dem Boden des Privat- oder des Zivilprozeßrechts bewegt, wie z. B. anbetrachts des Rechtsbegriffs der *höheren Gewalt*. Während im Bereich des Privatrechts die gerechte Abwägung der entgegengesetzten Interessen von Gläubiger und Schuldner die Unterscheidung der *höheren Gewalt* vom *Verschulden* und darüber hinaus auch vom *Zufall* rechtfertigt, ist im Bereich des Zivilprozeßrechts die *höhere Gewalt* in jeder unverschuldeten Parteiverhinderung zu erblicken, da das Zivilprozeßrecht nicht

³⁹ AaO S. 23.

⁴⁰ So auch *Fasching*, Zivilprozeßrecht, Lehr- und Handbuch, 2. Aufl. 1990 Nr. 125 S. 73.

⁴¹ AaO S. 3.

⁴² *Henckel*, aaO S. 2.

⁴³ *Lüke*, aaO Nr. 25 S. 7; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, aaO; *Schumann*, aaO Nr. 38 S. 45.

auf die gerechte Abwägung der entgegengesetzten Interessen von Kläger und Beklagten, sondern auf die vernünftige Ausgleichung der polaren Gegensätze der schnellen und der richtigen Justizgewährung abgestellt ist. In den Fällen verschuldeter Säumnis der unterlegenen Partei, Tatsachen oder Beweismittel innerhalb der dazu bestimmten prozessualen Fristen vorzubringen oder gewisse Parteihandlungen ebenfalls fristgemäß vorzunehmen, ist festzustellen, daß die Rechtsordnung dem Gebot der schnellen Sacherledigung gegenüber dem Gebot der richtigen Rechtsfeststellung den Vorrang einräumt und somit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder nach Rechtskrafteintritt die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht zuläßt. War die unterlegene Partei jedoch während des ersten Prozesses unverschuldet verhindert, eine für seinen Ausgang wesentliche Beweisurkunde zu benutzen, so ist die Priorität des Gebots der richtigen Feststellung des entschiedenen Rechtsverhältnisses der Parteien evident. Daraus ist zu folgern, daß bei jeder unverschuldeten Verhinderung der unterlegenen Partei das Gebot der richtigen Sacherledigung gegenüber dem Gebote des schnellen Verfahrensabschlusses an Priorität gewinnt, so daß die Verhinderung, auch wenn sie aus materiellrechtlicher Sicht dem bloßen *Zufall* zuzurechnen wäre, aus prozessualer Sicht doch ausreicht, um den Rechtsbegriff der *höheren Gewalt* als Wiederaufnahmegrund nach Art. 544 Nr. 7 grZPGB zu rechtfertigen.

Der Rechtsschutz- bzw. Justizgewährungsanspruch ist eine Ausstrahlung von subjektiven Rechten im Bereich des Prozesses. Die Ansicht, daß diese subjektiven Rechte einem dritten Rechtszweig, dem sogenannten *materiellen Ziviljustizrecht*⁴⁴ bürgerlichrechtlicher Natur angehören, das zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht steht, ist bereits überholt.

III. Die Verletzung von prozessualen Rechtsnormen bei der Abgrenzung der Revisions- bzw. Kassationsgründe

1. Nach dem Wortlaut von § 549 dtschZPO stützt sich die Revision nur auf Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt. Unter der Verletzung des Gesetzes wird die Nichtanwendung oder die nicht richtige Anwendung einer Rechtsnorm verstanden (dtschZPO 550). Als Gesetzesverletzung wird jedoch auch eine Reihe von absoluten prozessualen Nichtigkeitsgründen angesehen (dtschZPO 551).

⁴⁴ *Goldschmidt*, Materielles Justizrecht; Festgabe für Hübler, 1905; *ders.*, Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht; Berliner Festschrift für *Brunner*, 1914; *ders.*, Zivilprozeßrecht, Neudruck der 2. Aufl. von 1932 (1969) §§ 1 und 12 S. 1 f. [2] und 53 f.

In der Dogmatik des deutschen Prozeßrechts wird angenommen, daß der materiellrechtliche oder prozessuale Charakter der jeweils verletzten Norm für die Begründetheit der Revision unerheblich ist⁴⁵. Deshalb wird die Übertretung einer prozeßrechtlichen Norm, die im Obersatz des Urteilssyllogismus einen Inhaltsmangel der Entscheidung darstellt, revisionsrechtlich der Verletzung einer materiellrechtlichen Norm gleichgestellt, auch wenn diese prozessuale Übertretung eine absolute Nichtigkeit hervorruft. Mit anderen Worten: Die Revision wird in einem solchen Fall nicht auf die prozessuale Nichtigkeit nach § 551 dtschZPO, sondern auf die Verletzung einer Rechtsnorm nach §§ 549, 550 gestützt. Diese Behandlung des Verstoßes gegen eine prozeßrechtliche Norm als Übertretung einer Rechtsnorm führt zu der Frage, ob prozeßrechtliche Beurteilungsnormen einen materiellrechtlichen Charakter aufweisen. Eine solche These wird jedoch mit der Begründung abgelehnt, daß es sich dabei nicht um das Paar der entgegengesetzten Pole „Verstoß gegen materielles Recht“ oder „Prozeßrecht“, sondern um das Paar „Mängel des Verfahrens“ oder „des Inhalts der Entscheidung“ handelt⁴⁶.

2. Bei der Auslegung des Begriffs der *unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache* hat die österreichische Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, daß dieser Revisionsgrund nur bei unrichtiger Beurteilung auf materiellrechtlicher Ebene gegeben ist, so daß unrichtige Anwendung von prozeßrechtlichen Normen grundsätzlich über die Revisionsgründe der absoluten prozessualen Nichtigkeit oder der Mangelhaftigkeit des Bundesverfahrens zu rügen ist⁴⁷. Aber das österreichische Revisionsgericht mußte zubilligen, daß der Revisionsgrund wegen „*unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache*“ auch dann gegeben ist, wenn der Klageanspruch selbst prozeßrechtlichen Ursprungs ist, wie z. B. bei der Beurteilung der Begründetheit der Wiederaufnahmeklage⁴⁸.

3. Im Bereich des griechischen Kassationsrechts ist ebenso die Frage aufgetaucht, ob gewisse Normübertretungen, die im Gesetz als prozessuale Verletzungen bezeichnet werden, wie z. B. die falsche Feststellung einer Nichtigkeit, Verwirkung oder Unzulässigkeit, in Wirklichkeit einen materiellrechtlichen Charakter aufweisen.

Nach der Anfechtung eines Urteils wegen rechtswidriger Abweisung des selbständigen Antrags des Gläubigers auf Verurteilung seines Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides dahingehend, daß dieser

⁴⁵ *Schneider* in Zöllner, Zivilprozeßordnung, 18. Aufl. 1993 § 550 Nr. 2 S. 1203.

⁴⁶ *Schumann*, aaO Nr. 28 S. 42. Zustimmung auch *Meier*, aaO S. 40.

⁴⁷ Nachweise bei *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, IV 1971 § 503 II 1 Nr. 28 S. 324.

⁴⁸ *Fasching*, aaO S. 325.

kein pfändbares Vermögen besitzt, hat der griechische Kassationshof⁴⁹ den Kassationsantrag deshalb abgewiesen, weil die Begründetheit des Antrags auf Leistung eines Offenbarungseides von einer nicht materiellrechtlichen Norm, d. h. von Art. 952 grZPGB geregelt wird, dessen Verletzung aber keinen Kassationsgrund bildet.

In einem anderen Fall hat jedoch der Kassationshof diese Frage nicht einstimmig beantwortet⁵⁰. Es handelte sich um die rechtswidrige Abweisung eines Antrags auf Anordnung des Arrestes des Schuldners, dessen Begründetheit von Art. 1047 und 1048 grZPGB geregelt wird. Die Majorität von vier Mitgliedern der Kammer bezeichnete diese Regelung als prozessual und hielt den vorgebrachten Kassationsgrund als unbegründet, während sich dagegen die Minorität von drei Mitgliedern auf ihren materiellrechtlichen Charakter berief. Wegen der starken Minorität wurde die Frage an das Plenum des Areopags weiterverwiesen. Aber die Parteien beendeten ihren Streit außergerichtlich, so daß das Plenum nicht mehr die Gelegenheit zur Stellungnahme hatte.

Es ist eindeutig, daß die Verfasser der Art. 559 Nr. 1 und 560 Nr. 1 grZPGB mit dem Erfordernis der *Verletzung einer materiellrechtlichen Norm* darauf abzielten, jegliche nicht ausdrücklich geregelte prozessuale Verletzung aus dem Feld der Kassationsgründe auszuschließen⁵¹. Die diesbezüglichen Materialien enthalten jedoch keine Andeutung, was unter dem Begriff der materiellrechtlichen Norm zu verstehen ist.

Die gesetzgeberische Aufzählung der Kassationsgründe im griechischen Zivilprozeßrecht ist von ihrer nicht besonders glücklichen historischen Herkunft stark beeinflusst:

a) Das von *L. G. v. Maurer* verfaßte Civilverfahrensgesetzbuch von 1834 kannte zwei Arten von Kassationsgründen: sechs absolute prozessuale Nichtigkeiten und die falsche Normanwendung oder -auslegung, die jedoch nur auf die Fälle „*falscher Anwendung oder falscher Auslegung eines Civilgesetzes*“ beschränkt war. Alle kassationsrelevanten Verstöße des rechtskräftigen Urteils gegen prozeßrechtliche Normen wurden also ausschließlich unter dem Prisma der prozessualen Nichtigkeit und nicht etwa als selbständiger Mangel des Inhalts des Urteilssyllogismus betrachtet.

b) Die späteren Novellen, so auch das heute geltende Zivilprozeßgesetzbuch von 1967, haben die in der *Maurerschen* Aufzählung der Kassationsgründe enthaltenen absoluten Nichtigkeitsgründe als Verstöße gegen prozeßrechtliche Normen verstanden, die sich von den Ver-

⁴⁹ Areopag 476/1973 Nomikon Bema 21, 1343.

⁵⁰ Areopag 825/1976 Nomikon Bema 25, 188.

⁵¹ Materialien, Bd. III S. 284.

stößen gegen materiellrechtliche (genauer: gegen privatrechtliche) Normen unterscheiden. Unter dieser Vorstellung wurden die absoluten Nichtigkeitsgründe erweitert, indem z. B. die Nichtberücksichtigung vorgebrachter und für den Ausgang des Prozesses wesentlicher Tatsachen als Kassationsgrund eingeführt wurde. Darüber hinaus wurden jedoch auch echte Mängel des Obersatzes des Urteilssyllogismus (wie z. B. die falsche Bejahung oder Verneinung einer prozessualen Nichtigkeit, Verwirkung oder Unzulässigkeit, sowie die falsche Bejahung oder Verneinung der Rechtskraftbindung eines früheren Urteils) als prozeßrechtliche Verstöße in die Liste der Kassationsgründe aufgenommen, ohne jedoch zu erkennen, daß alle Mängel im Obersatz des Urteilssyllogismus gleich wiegen, unabhängig von dem privat- oder prozeßrechtlichen Charakter der übertretenen Norm. Für die Verfasser der Zwischennovellen sowie des neuen Zivilprozeßgesetzbuchs von 1967 galten als materiellrechtliche Übertretungen nur die privatrechtlichen.

Die dadurch geprägten Kassationsgründe des geltenden griechischen Zivilprozeßrechts können somit in folgende drei Gruppen eingeordnet werden:

aa) Absolute prozessuale Nichtigkeitsgründe, und zwar

- die nicht gesetzesmäßige Zusammensetzung des Gerichts (grZPGB 559 Nr. 2 und 560 Nr. 2);
- die Übertretung der Zivilgerichtsbarkeit oder der sachlichen Zuständigkeit (grZPGB 559 Nr. 4 und 560 Nr. 3);
- der Erlaß eines Säumnisurteils aufgrund nichtiger Säumnis der unterlegenen Partei (grZPGB 559 Nr. 6);
- der gesetzeswidrige Ausschluß der Öffentlichkeit des Verfahrens (grZPGB 559 Nr. 7 und 560 Nr. 4);
- die gesetzeswidrige Nichtberücksichtigung vorgebrachter, für den Ausgang des Prozesses wichtiger Tatsachen oder umgekehrt die Berücksichtigung nichtvorgebrachter Tatsachen (grZPGB 559 Nr. 8);
- die Nichtberücksichtigung von Parteianträgen oder die Beurteilung nicht beantragter Rechtsverhältnisse (grZPGB 559 Nr. 9);
- die gesetzeswidrige Beurteilung nicht bewiesener Tatsachen (grZPGB 559 Nr. 10);
- die Berücksichtigung nicht erlaubter Beweismittel oder die Nichtberücksichtigung vorgebrachter Beweismittel (grZPGB 559 Nr. 11);
- der gesetzeswidrige Widerruf eines Urteils (grZPGB 559 Nr. 15);
- das Vorhandensein widersprechender Bestimmungen im Urteils-tenor (grZPGB 559 Nr. 17);
- die nach der Kassation durch das Verweisungsgericht unterlassene Berücksichtigung der vom Kassationshof gegebenen Lösung der Rechtsfrage (grZPGB 559 Nr. 18);

- das Vorhandensein ungenügender oder widersprechender Gründe des angefochtenen Urteils (grZPGB 559 Nr. 19), und
- die Entstellung des Inhalts einer Beweiskunde (grZPGB 559 Nr. 20).

bb) Übertretung einer materiellrechtlichen Norm (grZPGB 559 Nr. 1 und 560 Nr. 1), womit ausschließlich die falsche Anwendung oder Auslegung einer jeden Norm des objektiven Privatrechts gemeint ist, und

cc) falsche Anwendung oder Auslegung bestimmter prozeßrechtlicher Normen im Bereich des Obersatzes des Urteilssyllogismus, die jedoch willkürlich beschränkt aufgezählt werden, und zwar

- die falsche Abweisung des Antrags auf Ausschluß eines Richters (grZPGB 559 Nr. 3);
- die falsche Annahme der bestrittenen sachlichen Zuständigkeit des Gerichts (grZPGB 559 Nr. 5);
- die falsche Anwendung der Normen über die Beweiskraft bestimmter Beweismittel (grZPGB 559 Nr. 12);
- die falsche Anwendung der Normen über die Beweislastverteilung (grZPGB 559 Nr. 13);
- die falsche Anwendung der Normen über prozessuale Nichtigkeit, Unzulässigkeit oder Verwirkung (grZPGB 559 Nr. 14), und
- die falsche Anwendung der Normen über die Rechtskraftbindung (grZPGB 559 Nr. 16).

4. Was den Kern einer materiellrechtlichen Norm ausmacht, ist m. E. nicht an einem festen Maßstab zu messen. Das Kriterium wechselt je nach dem Betrachtungsstandort.

a) Bei der Prüfung, ob ein fraglicher Vorgang angesichts seiner Hauptrechtsfolgen den Regeln des Privatrechts oder des Zivilprozeßrechts zu unterziehen ist, kann man zu einer zufriedenstellenden Lösung gelangen, wenn man entweder das von *Henckel* vorgeschlagene Kriterium der zu regelnden Lebensbereiche oder das von *Schumann*⁵² und *Lüke*⁵³ vertretene Kriterium des Zwecks der anzuwendenden Rechtsnorm gebraucht.

Beide Kriterien sind auch im Internationalen Privatrecht in bezug auf die Frage der anzuwendenden Normen im Rahmen eines anhängigen Prozesses mit internationaler Dimension sowie im Bereich des Inter-temporalen Rechts nützlich.

⁵² AaO.

⁵³ AaO.

Nach der im Bereich des Internationalen Privatrechts herrschenden Ansicht regelt das Privatrecht das Bestehen, den Inhalt und die Wirksamkeit der privaten Rechtsverhältnisse, während das Zivilprozeßrecht die Voraussetzungen, die Form und die Wirkung zur gerichtlichen Geltendmachung und die Durchsetzung von subjektiven Rechten durch staatliche Hilfe regelt⁵⁴.

b) Anders liegt aber der Fall, wenn man nach dem Kriterium zur Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht auf der Ebene des (deutschen) Revisionsrechts und des (griechischen) Kassationsrechts sucht. Hier ist es m. E. unentbehrlich, als materielles Recht nicht nur die privatrechtlichen, sondern auch manche prozeßrechtliche Normen zu verstehen. So besteht das Charakteristikum des materiellen Rechts darin, daß bei Vorhandensein eines bestimmten Tatbestandes die Geltung eines subjektiven Rechts oder eines Komplexes von subjektiven Rechten bejaht oder verneint wird⁵⁵. Handelt es sich um ein subjektives Gestaltungsrecht, so entsprechen ihm keinerlei Verpflichtungen anderer Rechtssubjekte, was dagegen bei allen relativen Rechten sowie bei schon verletzten absoluten Rechten der Fall ist.

Aus der Sicht des Revisions- bzw. Kassationsrechts sollten also im Bereich des gerichtlichen Syllogismus als materielles Recht diejenigen Normen bezeichnet werden, die seinen Obersatz bilden und folglich die Voraussetzungen zur Entstehung, Entstehungsverhinderung, Übertragung, Veränderung, Hemmung oder Erlöschung des Rechtsverhältnisses bestimmen, das den Streitgegenstand betrifft.

Von den materiellrechtlichen Normen in diesem Sinne sind allerdings diejenigen Bestimmungen des Prozeßrechts klar zu unterscheiden, welche die Organisation, insbesondere die Zusammensetzung der Gerichte und der anderen Rechtspflegeorgane, wie z. B. des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder des Gerichtsvollziehers, sowie die Durchführung des Verfahrens, wie z. B. die Art und Weise der Klageerhebung oder der Zeugenvernehmung, als Wegweiser für die Durchführung des Verfahrens regeln. Man kann also hier einerseits die im Prozeßrecht enthaltenen materiellrechtlichen Normen des öffentlichen Rechts, die die prozessualen Rechtsfolgen bestimmen, und andererseits die bloßen Verfahrensbestimmungen gegenüberstellen. Nach einer Ansicht entbehren die letzteren des Rechtsnormencharakters und haben mehr oder weniger

⁵⁴ Basedow, Qualifikation, Vorfrage und Anpassung im Internationalen Zivilverfahrensrecht; Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, e. V. Bd. 6: Materielles Recht und Prozeßrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung, hrsg. von P. Schlosser, 1992, S. 136.

⁵⁵ So auch Henckel, aaO S. 2 und 11.

eine nur organisatorische Aufgabe⁵⁶, d. h. sie bestehen nicht aus Tatbestand und Rechtsfolge, was nur insoweit überzeugt, als das Gericht und überhaupt das Rechtspflegeorgan sich selbst als am Prozeß wie an einem Wettkampf Beteiligte betrachten und ihre Tätigkeit den Verfahrensbestimmungen als Spielregeln unterwerfen. Sobald aber das Gericht diese „Verfahrensbestimmungen“ an die Stelle des Obersatzes des Urteils-syllogismus stellt, um die Wirksamkeit bzw. Zulässigkeit des Parteibenehmens oder sogar des eigenen Benehmens zu beurteilen, verhalten sich diese „Verfahrensbestimmungen“ als echte öffentlichrechtliche Normen materiellrechtlichen Charakters.

Dies wird dadurch erklärt, daß das Prozeßrecht auch Bestimmungen enthält, welche die Einbeziehung der Subjekte des Prozeßrechtsverhältnisses regeln und sich dadurch als echte Rechtsnormen des öffentlichen Rechts erweisen, was allerdings mit der Lehre *Goldschmidts*⁵⁷ vom materiellen Justizrecht nur den Namen gemeinsam haben könnte. Denn trotz allgemeiner Ablehnung dieser Lehre wird doch nicht geleugnet, daß auch Prozeßrechtsnormen als Vordersätze den Inhalt des Urteils bestimmen⁵⁸. Das Auffinden dieser prozessualen Rechtsnormen im Obersatz des Urteils-syllogismus wird allgemein akzeptiert, ohne daß dies jedoch zu der Frage Anlaß gegeben hat, ob sie einen materiellrechtlichen Charakter des öffentlichen Rechts besitzen. Eine Frage, die durch die Bemerkung besonders gerechtfertigt wäre, daß das Prozeßrecht in erheblichem Ausmaß angewandtes Verfassungsrecht ist. Diese Bezeichnung ist kein leeres Wort. Sie bringt vielmehr die Befreiung des Zivilprozeßrechts⁵⁹ von seinem traditionellen Dienercharakter im Verhältnis zu den Normen des Privatrechts zum Ausdruck und folglich auch die Emanzipation der Prozeßrechtswissenschaft von der Lehre des bürgerlichen Rechts, für das sie bis dahin den Charakter des materiellen Rechts gegenüber dem Prozeßrecht monopolisierte.

Die im Bereich des Zivilprozeßrechts überlieferte Identifizierung des materiellen Rechts mit dem Privatrecht entspricht der Bestimmung des positiven Rechts, daß die Rechtsstreitigkeiten des Privatrechts, und zwar nur diese von allen übrigen Rechtsstreitigkeiten, der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Zivilgerichte zugehören (grZPGB 1 Abs. a; so auch grVerfassung 94 § 3). Dabei wird jedoch übersehen, daß es keinen Prozeß

⁵⁶ N. N. *Saripolos*, Griechisches Verfassungsrecht (griech.), 2. Aufl. 1914 § 34 S. 32 f.

⁵⁷ AaO.

⁵⁸ Vgl. dazu *Zöllner*, aaO S. 477, der vertritt, daß „die dienende Funktion des Prozesses (und damit auch des Prozeßrechts) gegenüber dem materiellen Recht in vielfacher Weise von gegenläufigen Strömungen durchzogen“ ist, „nämlich überall dort, wo das Prozeßrecht eigene Schutzanliegen verfolgt“.

⁵⁹ Vgl. dazu *Jauernig*, Das fehlerhafte Zivilurteil, 1958 S. 1; *Kohler*, Der sogenannte Rechtsschutzanspruch, ZZP 33, 211 ff. [218].

ohne anzuwendendes materielles Recht geben kann, was nötigerweise zu der weiteren Frage führt, was bei prozessualen Anträgen, wie z. B. im *judicium rescidens* aufgrund eines Wiederaufnahmeantrags oder im Fall der Vollstreckungsgegenklage, das anzuwendende materielle Recht ist. Betrifft der Streitgegenstand in diesen Fällen eine Rechtsstreitigkeit des Privatrechts? Eine positive Beantwortung dieser Frage wäre schwer mit der Auffassung in Einklang zu bringen, daß die im Obersatz des entsprechenden Urteilssyllogismus anzuwendenden Rechtsnormen dem Zivilprozeßrecht und nicht dem Privatrecht angehören. Andererseits würde die negative Beantwortung zu dem Ergebnis führen, daß nicht nur die Rechtsstreitigkeiten des Privatrechts der Zuständigkeit der ordentlichen Zivilgerichte unterliegen, sondern daß es darüber hinaus auch Rechtsstreitigkeiten gibt, die aus der Anwendung des Zivilprozeßrechts entstehen und die vom Gesetzgeber bei der Abgrenzung der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Zivilgerichte unberücksichtigt gelassen wurden. Sollte man auch diese Rechtsstreitigkeiten als solche des Privatrechts bezeichnen, dann könnte es wohl nur in einem erweiterten oder übertragenen Sinn erfolgen. In Wirklichkeit handelt es sich um zivilprozeßrechtliche Rechtsstreitigkeiten, die neben den Rechtsstreitigkeiten des Privatrechts zur Zuständigkeit der ordentlichen Zivilgerichte gehören.

Praktisch ergibt sich keine differente Lösung, wenn man diese Problematik auf die Gegenüberstellung von Mängeln des Verfahrens und von Mängeln des Inhalts der Entscheidung abstellt, soweit man als Mängel des Entscheidungsinhalts alle Verstöße sowohl gegen materielles Recht als auch gegen Prozeßrecht versteht⁶⁰. Denn es steht außer Zweifel, daß bei den sogenannten Mängeln des Urteilsinhalts die prozeßrechtlichen Verstöße denjenigen des materiellen Rechts gleichgestellt werden. Und überhaupt wird zugegeben, daß die Prozeßrechtsnormen, die den Obersatz des Urteilssyllogismus bilden, als Beurteilungsnormen wie Normen des materiellen Rechts zu behandeln sind⁶¹.

Bei prozessualen Anträgen, die den Hauptstreitgegenstand des zu eröffnenden Verfahrens darstellen, ist der materiellrechtliche Charakter der Normen des Zivilprozeßrechts, die ihre Begründetheit regeln, schwer zu bestreiten. Diese Tatsache versucht man mit der Bemerkung zu umgehen, daß dies im Bereich des Zivilprozesses nur ausnahmsweise vorkommt, der Zivilprozeß regelmäßig um ein materielles (d. h. privatrechtliches) Recht geführt und dementsprechend das zu ergehende Urteil regelmäßig in den materiellrechtlichen Bereich hinein wirken soll; wobei

⁶⁰ So *Schumann*, in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Aufl. 1980, Einl. I D Nr. 28 S. 42.

⁶¹ *Schumann*, aaO Nr. 33 S. 43.

hinzugefügt wird, daß „Gewinnen oder Verlieren des Prozesses rechtlich nicht dem Erwerb oder Verlust von Rechten gleichzusetzen ist“⁶².

Es wird trefflich darauf hingewiesen, daß die Zivilprozesse in den meisten Fällen, also „regelmäßig“, um eine Streitigkeit des Privatrechts geführt werden und die prozeßrechtlichen Streitigkeiten die Ausnahme darstellen. Trotzdem unterliegen auch sie der Zivilgerichtsbarkeit, und ihre gerichtliche Beurteilung erfolgt aufgrund prozeßrechtlicher Normen, die den Obersatz des gerichtlichen Syllogismus bilden und somit gleichberechtigt mit den privatrechtlichen Normen als materielle Rechtsätze Anwendung finden. Die materiellrechtliche Qualität der prozessualen Normen, die die Begründetheit z. B. der Wiederaufnahmeklage oder der Drittwiderspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung regeln, ist nicht geringer als die der privatrechtlichen Normen, die z. B. den Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung regeln. Es ist zu betonen, daß die Nichterfüllung eines vom Schuldner bestrittenen privatrechtlichen Anspruchs dem Gläubiger einen geringfügigeren Schaden zufügt als das rechtskräftige Urteil, das den entsprechenden prozessualen Anspruch wegen prozeßrechtlicher Verstöße fehlerhaft als sachlich unbegründet abweist. Die rechtskräftige Erkenntnis eines subjektiven Privatrechts erfolgt unter gleichwiegender Mitwirkung von privatrechtlichen und prozeßrechtlichen Normen. Die überlieferte sarkastische Äußerung, daß das Zivilprozeßrecht der Opferaltar sei, worauf subjektive Privatrechte geschlachtet werden, ist kein Scherz. Subjektive Privatrechte werden nicht nur durch die Rechtskraft fehlerhafter Urteile geopfert. Ferner schrumpfen sie durch bestimmte Regelungen des Zivilprozeßrechts zusammen, wie wegen Exterritorialität des Schuldners oder Unpfändbarkeit seines beschränkten Vermögens⁶³. Diese Überholung der privatrechtlichen Regelungen durch die prozessualen Normen⁶⁴ bestätigt⁶⁵, daß das Prozeßrecht „ein die Substanz der Rechtsbeziehungen zwischen den Rechtssubjekten (mit-)konstituierendes Rechtsgebiet“ ist, sowie „daß materielles Recht und Verfahrensrecht als die Rechtslage insgesamt konstituierende Sinneinheit aufeinander bezogen sind“⁶⁶.

Abgesehen vom akademischen Streit, ob historisch das materielle Recht als Prius das Erzeugende und die Klage als Späteres das Erzeugte ist⁶⁷ oder umgekehrt⁶⁸, steht für das juristische Denken unserer Zeit außer Zweifel, daß die privatrechtlichen Normen nur abstrakt besagen,

⁶² Schumann, aaO Nr. 34 S. 43.

⁶³ Beide Beispiele aus Zöllner (aaO S. 476 ff) entnommen.

⁶⁴ Vgl. dazu Meier, aaO S. 10 f.

⁶⁵ Vgl. dazu Zöllner, aaO S. 474.

⁶⁶ Zöllner, aaO S. 482.

⁶⁷ So Windscheid, aaO.

⁶⁸ So Binder, Prozeß und Recht, 1927 S. 14 ff.

unter welchen Voraussetzungen subjektive Privatrechte entstehen, zu entstehen verhindert, übertragen, verändert, in ihrer Befriedigung gehemmt oder gelöscht werden können. Erst unter der Mitwirkung der prozeßrechtlichen Normen kommt es zur rechtskräftigen Erkenntnis des konkreten Bestehens eines subjektiven Rechts, auch wenn diese rechtskräftige Erkenntnis fehlerhaft ist. Man braucht nicht unbedingt der materiellen Rechtskrafttheorie beizutreten, um neben der bloß erkennenden Funktion der Rechtskraftbindung auch ihre öffentlichrechtliche rechtsgestaltende Wirkung anzunehmen. Denn in Anbetracht der prozessualen Rechtsbeziehungen der Subjekte des Prozeßrechtsverhältnisses wirkt die Rechtskraft doch rechtsgestaltend, so daß sie neben der abstrakten Rechtsordnung, und zwar unter der gleichwiegenden Mitwirkung von materiellrechtlichen und prozessualen Normen, eine konkrete Urteilsordnung schafft.

Aus dieser gleichwiegenden Mitwirkung von materiellrechtlichen und prozessualen Normen beim Erlaß der jeweiligen rechtskräftigen Erkenntnis ergibt sich nun m. E., daß auch hinsichtlich der prozeßrechtlichen Nebenfeststellungen, soweit sie in Rechtskraft erwachsen⁶⁹, die diesbezüglichen prozessualen Normen, die den Obersatz des entsprechenden Urteilssyllogismus bilden, einen materiellrechtlichen Charakter aufweisen; was auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung zu bejahen ist, soweit man der Theorie vom Doppelstreitgegenstand beipflichtet.

Schließlich ist die überlieferte Ansicht, daß es sich bei der Unzulässigkeit bzw. prozessualen Nichtigkeit von Prozeßhandlungen um Fragen minderen Wertes handelt als bei der Begründetheit des Klagebegehrens, mit der Annahme schwer zu vereinbaren, daß der Rechtsschutz- bzw. Justizgewährungsanspruch ein selbständiges und (im Bereich der griechischen Rechtsordnung) verfassungsverankertes Rechtsgut ist, dessen fehlerhafte gerichtliche Beurteilung dem Kläger viel mehr Schaden kann als die vom Gegner begangene Verletzung der privatrechtlichen Normen, die sein subjektives Privatrecht regeln.

IV. Schlußfolgerungen

1. Die Regelung der Anerkennung und Durchsetzung bestehender subjektiver Privatrechte ist nicht allein Aufgabe der prozeßrechtlichen Normen. Auch privatrechtliche Normen befassen sich damit, wie es anhand des vertraglichen Schuldanerkenntnisses, der ausnahmsweise

⁶⁹ Art. 322 § 1 Satz 2 grZPGB besagt, daß sich die Rechtskraft des Endurteils auch auf die entschiedenen prozessualen Fragen erstreckt.

erlaubten Selbsthilfe, der vertraglichen Pfand- und sonstigen Sicherungsrechte, sowie der Aufrechnung anschaulich wurde.

Und umgekehrt ist die Regelung der Gestaltung von privaten Rechtsverhältnissen keinesfalls allein Aufgabe von privatrechtlichen Normen. Diese Gestaltung kann auch im Rahmen von prozeßrechtlichen Normen erfolgen.

2. Das Charakteristikum des Privatrechts besteht darin, daß es abstrakt besagt, unter welchen Voraussetzungen Privatrechtsverhältnisse durch nicht staatliche Akte entstehen, verändert oder beendet werden.

Das Charakteristikum des Zivilprozeßrechts besteht darin, daß es die staatliche Anerkennung und Durchsetzung konkreter subjektiver Rechte auf dem Boden des öffentlichen Rechts regelt.

3. Diese staatliche Anerkennung und Durchsetzung konkreter subjektiver Rechte erfolgt durch die Gerichte (und andere Rechtspflegeorgane) unter Anwendung von Rechtsnormen sowohl des Privatrechts als auch des ihm gleichgearteten öffentlichen Rechts (Zivilprozeßrechts).

4. Aus der Sicht des Revisions- bzw. Kassationsrechts ist als materiellrechtliche Norm diejenige zu definieren, die den Obersatz des Urteils-syllogismus zur rechtskräftigen Erkenntnis eines Rechtsverhältnisses bildet.

5. Auch im Bereich des Zivilprozeßrechts bestehen öffentlichrechtliche Normen materiellrechtlichen Charakters, die abstrakt besagen, unter welchen Voraussetzungen prozessuale subjektive Rechte entstehen, oder verändert oder beendet werden. Darüber hinaus enthält das Prozeßrecht auch Rechtssätze, die die Rechtspflegeorgane und das Verfahren vor ihnen bestimmen. Die Übertretung derselben kann die prozessuale Nichtigkeit bewirken, die in beschränktem Umfang die Revision bzw. Kassation zu rechtfertigen vermag. Aber die falsche Beurteilung der prozessualen Nichtigkeit soll als Mangel des Urteilssyllogismus verstanden und der Übertretung von materiellrechtlichen Normen gleichgestellt werden.

Vinkulierte Namensaktien in Zwangsvollstreckung und Insolvenz des Aktionärs

REINHARD BORK

I. Vorbemerkung

Der vorliegende Beitrag befaßt sich mit den einzel- und gesamtvollstreckungsrechtlichen Konsequenzen der Vinkulierung von Namensaktien. *Wolfram Henckel* hat zu dieser Frage im *Jaegerschen* Kommentar am Rande Stellung genommen¹. Die nachfolgenden Überlegungen dürfen daher auf das Interesse des verehrten Jubilars hoffen, zumal es um die verfahrensrechtlichen Auswirkungen einer Verfügungsbeschränkung und damit auch hier um „Prozeßrecht und materielles Recht“ geht.

II. Materiell-rechtliche Grundlagen

1. Vinkulierung

Nach § 68 Abs. 2 AktG kann die Satzung einer AG die Übertragung von Namensaktien an die Zustimmung der Gesellschaft binden. Die Zustimmung erteilt der Vorstand. Die Satzung kann jedoch bestimmen, daß der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung über die Erteilung der Zustimmung beschließt. Eine solche Vinkulierung schränkt den im deutschen Aktienrecht geltenden Grundsatz der freien Übertragbarkeit des Mitgliedschaftsrechts ein². Sie ist Voraussetzung bestimmter Sonderrechte oder -pflichten der Aktionäre³, dient aber vor allem der Sicherung offener Einlageforderungen⁴ und soll die AG vor dem Eindringen ihr unerwünschter Aktionäre schützen. Sie bezweckt damit die Wahrung

¹ *Jaeger-Henckel*, KO, 9. Aufl./1. Lfg. (§§ 1–9), 1977, § 1 Rdn. 105.

² *BayObLG* AG 1989, 173, 175; *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth*, AktG, Bd. I (§§ 1–75), 1983, § 68 Rdn. 67; Großkommentar zum AktG (= Großkomm.)-*Barz*, Bd. I/1 (§§ 1–75), 3. Aufl., 1971, § 68 Anm. 67; *Wiesner* in: Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4: Aktiengesellschaft, 1988, § 14 Rdn. 16.

³ Vgl. z. B. §§ 55 Abs. 1 S. 1 AktG, 101 Abs. 2 S. 2 AktG; vgl. dazu und zu weiteren Fällen *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth* (Fn. 2), § 68 Rdn. 72. Im folgenden wird darauf nicht näher eingegangen.

⁴ Insbesondere bei Versicherungsgesellschaften, vgl. *Hüffer*, AktG, 1993, § 68 Rdn. 10; *Otto*, DB 1988 Beil. 12, 1, 6 Fn. 55; *Würdinger*, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl., 1981, § 12 VI 4.

der wirtschaftlichen Selbständigkeit, was insbesondere bei Familiengesellschaften⁵ und bei der Abwehr einer feindlichen Übernahme durch Konkurrenten oder ausländische Investoren⁶ zum Tragen kommt.

Zustimmungsbedürftig ist nach einhelliger Meinung nicht das schuldrechtliche Grundgeschäft, sondern das dingliche Erfüllungsgeschäft, gleich auf welcher Rechtsgrundlage (Kauf, Tausch, Schenkung etc.) es vorgenommen wird⁷. Der dinglichen Vollrechtsübertragung werden Belastungen durch Nießbrauch und Verpfändung gleichgestellt⁸. Bei der Gesamtrechtsnachfolge hingegen wirkt sich die Vinkulierung nicht aus⁹. Da ein Recht nicht ohne Träger, eine Aktie nicht ohne Inhaber sein kann, kann die Gesamtrechtsnachfolge nicht davon abhängen, ob die Gesellschaft die Zustimmung erteilt oder nicht. In diesen Fällen besteht also nur ein eingeschränkter Schutz gegen das Eindringen unerwünschter Aktionäre, nämlich nur dann, wenn im Zuge der Auseinandersetzung oder bei der Erfüllung von Vermächtnissen Einzelrechtsübertragungen anfallen.

2. Kriterien für die Erteilung der Zustimmung

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, an welchen Kriterien der Vorstand¹⁰ seine Entscheidung über die Zustimmung auszurichten hat. Die Frage ist relativ leicht zu beantworten, wenn die Satzung, was § 68 Abs. 2 S. 4 AktG ausdrücklich erlaubt, die Gründe bestimmt, aus denen die Zustimmung verweigert werden darf. Bei der Auswahl solcher Verweigerungsgründe ist der Satzungsgeber frei. Er kann auch objektiv unwichtige Kriterien festlegen¹¹. Durch Auslegung ist festzustellen, ob der Kriterienkatalog abschließend sein soll oder nicht. Ist er es, so darf die Zustimmung nur aus den in der Satzung aufgezählten Gründen ver-

⁵ Vgl. *BGH* NJW 1987, 1019 = WM 1987, 174 = DB 1987, 679 = BB 1987, 435 = AG 1987, 155 = ZIP 1987, 291 = EWiR 1987, 107 (*Priester*) = WuB II A. § 68 AktG 1.87 (*Schneider*).

⁶ Vgl. *LG Aachen* ZIP 1992, 924 = EWiR 1992, 837 (*Bork*) = WM 1992, 1485; außerdem die bei *Lutter* AG 1992, 369 Fn. 5 zitierte unveröffentlichte Entscheidung des *OLG Karlsruhe*.

⁷ Vgl. nur *RGZ* 132, 149, 157; *GroßKomm.-Barz* (Fn. 2), § 68 Anm. 5, 12; *Köln* Kommentar zum AktG (= *KölnKomm.-Lutter*, 2. Aufl., Bd. 1 (§§ 1–75), 1988, § 68 Rdn. 28.

⁸ S. dazu nur *OLG Hamburg* OLGRspr. 26, 206; *KölnKomm.-Lutter* (Fn. 7), § 68 Rdn. 22; vgl. zur Kritik unten III. 3.

⁹ Statt aller: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth* (Fn. 2), § 68 Rdn. 84 m. w. N.

¹⁰ Von der Zuständigkeit des Aufsichtsrates oder der Hauptversammlung wird im folgenden abgesehen.

¹¹ Begr. RegE zu § 68 AktG, abgedr. u. a. bei *Kropff*, AktG 1965, 88.

weigert werden¹². Benennt die Satzung indessen keine Versagungsgründe, so ist die Rechtslage umstritten.

a) Denkbar wäre es zunächst, eine Zustimmungsverweigerung *nur aus wichtigem Grund* zuzulassen¹³. Dem steht aber § 68 Abs. 2 S. 4 AktG entgegen. Dieser Vorschrift läßt sich mittelbar entnehmen, daß das zuständige Organ nur dann auf bestimmte Versagungsgründe festgelegt sein soll, wenn die Satzung dies ausdrücklich vorsieht¹⁴.

b) Das könnte umgekehrt dafür sprechen, die Zustimmungsentscheidung in das *freie Ermessen* des Vorstandes zu stellen. In der Tat entsprach es lange Zeit der h. M., daß dem zuständigen Organ völlig freie Hand zu lassen sei; die Ablehnungsentscheidung könne gerichtlich nur darauf überprüft werden, ob die Grenzen zur Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), zum Schikaneverbot (§ 226 BGB) oder zum Rechtsmißbrauch (§ 242 BGB) überschritten seien¹⁵. Die Vorstellung von einem freien, der Beliebigkeit Raum gebenden Ermessen verträgt sich indessen schon nicht mit der Pflicht der Vorstandsmitglieder, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG). Ob der Vorstand bei der Zustimmungsentscheidung diese Maßstäbe und insbesondere die durch Gesetz und Satzung aufgestellten Schranken beachtet hat, muß gerichtlich überprüfbar sein. Das bedeutet natürlich nicht, daß es stets nur eine richtige Entscheidung geben könnte oder daß Beurteilungs- und Ermessensspielräume zu verneinen wären. Im Gegenteil wird die Entscheidung in der Regel von unternehmerischen Prognosen, insbesondere solchen über die Auswirkungen des Gesellschafterwechsels für das Gedeihen der Gesellschaft, abhängen, die nur schwer justitiabel sind¹⁶. Das kann aber nicht bedeuten, daß die Zustimmungsentscheidung insgesamt der richterlichen Kontrolle entzogen ist.

¹² Assmann/Bozenhardt, Übernahmeangebote, 1990, 118; Baumbach/Hueck, AktG, 13. Aufl., 1968, § 68 Rdn. 10; GroßKomm.-Barz (Fn. 2), § 68 Anm. 10; Lutter AG 1992, 369, 371.

¹³ So Möhring/Schwartz/Rowedder/Haberlandt, Die AG und ihre Satzung, 2. Aufl., 1966, 34. Vgl. ferner Art. 685b Abs. 1 des revidierten schweizerischen Obligationenrechts; vgl. dazu Schmitt AG 1993, 79 ff.

¹⁴ GroßKomm.-Barz (Fn. 2), § 68 Anm. 9. – Vgl. auch unten d).

¹⁵ RGZ 132, 149, 154 ff; Baumbach/Hueck (Fn. 12), § 68 Rdn. 8; Degner, Die vinkulierte Versicherungsaktie im Börsenhandel, 2. Aufl., 1966, 137; GroßKomm.-Barz (Fn. 2), § 68 Anm. 9; Schönhofer, „Vinkulierungsklauseln“ betreffend Übertragungen unter Lebenden von Namensaktien und GmbH-Anteilen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und Frankreich, 1972, 125 f; Schrötter DB 1977, 2265, 2267; E. Ulmer, FS Schmidt-Rimpler, 1957, 261, 266; Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, 106.

¹⁶ Vgl. dazu auch Lutter AG 1992, 369, 373; Wirth DB 1962, 617, 618 f.

c) Deshalb steht die h. M. in Rechtsprechung¹⁷ und Literatur¹⁸ heute zu Recht auf dem Standpunkt, daß der Vorstand in jedem Einzelfall¹⁹ nach *plichtgemäßem Ermessen* zu entscheiden habe. Dabei sind vorrangig die *Interessen der AG* zu berücksichtigen²⁰. Ein ausschließliches Abstellen auf diese Interessen könnte aber zu einer Unübertragbarkeit der Aktie führen, die vom Aktiengesetz nicht mehr gedeckt wäre²¹. Da § 68 Abs. 2 AktG eine Ausnahme vom Grundsatz freier Übertragbarkeit regelt, ist die Vorschrift eng auszulegen. Es ist deshalb einerseits zu verlangen, daß die Verweigerungsentscheidung wirklich auf den Interessen der AG beruht, andererseits, daß die *Interessen des veräußernden Aktionärs* mit denen der AG abgewogen worden sind, insbesondere sein Interesse, nicht „für ewig“ in einer AG festgehalten zu werden. Außerdem ist der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 53a AktG zu berücksichtigen²²: Ist einem (anderen) Aktionär die Zustimmung unter vergleichbaren Umständen bereits einmal erteilt worden, so muß sie auch diesmal erteilt werden. Hingegen besteht Einigkeit darüber, daß die *Interessen des Erwerbers* nicht zu berücksichtigen sind²³. Reduziert sich danach das Ermessen zugunsten des veräußerungswilligen Aktionärs, so kann die Zustimmung nur noch verweigert werden, wenn die übrigen Gesellschafter

¹⁷ BGH NJW 1987, 1019, 1020; LG Aachen ZIP 1992, 924, 928.

¹⁸ Assmann/Bozenhardt (Fn. 12), 118; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth (Fn. 2), § 68 Rdn. 124; Hüffer (Fn. 4), § 68 Rdn. 15; Immenga AG 1992, 79, 82; KölnKomm.-Lutter (Fn. 7), § 68 Rdn. 30; Lutter AG 1992, 369, 370; Wiesner (Fn. 2), § 14 Rdn. 27; Wirth DB 1992, 617, 618.

¹⁹ Eine generelle Ermessensreduzierung durch Ankündigungen anlässlich der *Börsenzulassung* wird allgemein abgelehnt; vgl. etwa RGZ 132, 149, 155; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth (Fn. 2), § 68 Rdn. 112/163; GroßKomm.-Barz (Fn. 2), § 68 Anm. 11; Schönhofer (Fn. 15), 127 ff; E. Ulmer (Fn. 15), 267 ff; Wirth DB 1992, 617, 619; a. M. Nußbaum JW 1932, 3179, 3181; Wiedemann (Fn. 15), 109 f; offen LG Aachen ZIP 1992, 924, 929. Es besteht daher auch in diesen Fällen kein Zustimmungsanspruch, sondern der Vorstand hat bei seiner Ermessensentscheidung lediglich angemessen mitzuberücksichtigen, daß die AG mit dem Gang an die Börse möglicherweise ein Vertrauen auf die Übertragbarkeit der Aktien geschaffen hat, so daß die Zustimmungsverweigerung im Einzelfall ermessensfehlerhaft sein kann; vgl. Baumbach/Hueck (Fn. 12), § 68 Rdn. 7; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth (Fn. 2), § 68 Rdn. 163; E. Ulmer (Fn. 15), 270; zurückhaltender Lutter AG 1992, 369, 371 f.

²⁰ A. M. Schneider WuB II A. § 68 AktG 1.87: die Interessen der verbleibenden Aktionäre.

²¹ BGH NJW 1987, 1019, 1020; LG Aachen ZIP 1992, 924, 928; Friedewald, Die personalistische Aktiengesellschaft, 1991, 42; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth (Fn. 2), § 68 Rdn. 125; KölnKomm.-Lutter (Fn. 7), § 68 Rdn. 30; Schrötter, Die Grenzen der Abschließbarkeit personenbezogener Aktiengesellschaften, 1976, 19 f; Wiesner (Fn. 2), § 14 Rdn. 27.

²² LG Aachen ZIP 1992, 924, 929; Lutter AG 1992, 369, 372; Wirth DB 1992, 617, 619.

²³ LG Aachen ZIP 1992, 924, 928 f; Lutter AG 1992, 369, 371; Wirth DB 1992, 617, 619.

bereit sind, die Aktien selbst zu einem angemessenen Preis zu übernehmen, oder wenn sie einen geeigneten Dritterwerber nachweisen²⁴.

d) Umstritten ist, wen die *Beweislast* dafür trifft, daß die Entscheidung über die Zustimmung pflichtgemäßem Ermessen entspricht. Nach *Lutter* spricht eine Vermutung dafür, daß eine an den soeben dargelegten Vorgaben ausgerichtete Entscheidung ermessensfehlerfrei getroffen worden ist. Diese Vermutung soll sich aber umkehren, wenn die Zustimmung trotz des Nachweises unterschiedlicher Kaufinteressenten mehrmals abgelehnt wird. In diesem Fall komme eine Verweigerung der Zustimmung nur aus wichtigen Gründen in Betracht, die die AG im Prozeß offenzulegen habe²⁵.

Diese Auffassung hat in der Literatur Zustimmung²⁶, aber auch Widerspruch erfahren, mit dem vornehmlich geltend gemacht wird, daß eine Veräußerung vinkulierter Namensaktien nicht per se gesellschaftschädlich sei, so daß im Interesse des veräußerungswilligen Aktionärs nur außergewöhnliche Umstände die Zustimmungsverweigerung rechtfertigen könnten²⁷. Das würde freilich im Ergebnis dann doch bedeuten, daß die Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigert werden kann²⁸. Dem ist jedoch noch einmal²⁹ entgegenzuhalten, daß die Vinkulierung nach dem Gesetz einschränkungslos und primär im Interesse der AG erlaubt wird. Im übrigen kann es nicht richtig sein, dem Vorstand regelmäßig pflichtwidriges Handeln zu unterstellen. Man wird daher annehmen müssen, daß die Entscheidung regelmäßig pflichtgemäßem Ermessen entspricht. Es ist deshalb Sache des auf Zustimmung klagenden Aktionärs, den Ermessensmißbrauch nachzuweisen, wobei freilich von der Gesellschaft bei entsprechendem Vorbringen des Klägers substantiiertes Bestreiten zu verlangen ist, so daß es auf diese Weise zur Offenlegung und damit zur Überprüfbarkeit der für die Entscheidung tragenden Erwägungen kommen dürfte³⁰. Das gilt insbesondere, wenn die Aktie zum Börsenhandel zugelassen ist³¹.

²⁴ BGH NJW 1987, 1019, 1020.

²⁵ KölnKomm.-*Lutter* (Fn. 7), § 68 Rdn. 30.

²⁶ Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth (Fn. 2), § 68 Rdn. 125; *Wiesner* (Fn. 2), § 14 Rdn. 28.

²⁷ Vgl. vor allem *Assmann/Bozenhardt* (Fn. 12), 188; *Kossmann* BB 1985, 1364, 1367; *Otto* DB 1988 Beil. 12, 7.

²⁸ Ebenso *Wirth* DB 1992, 617, 620.

²⁹ Vgl. schon oben a).

³⁰ Vgl. dazu *LG Aachen* ZIP 1992, 924, 928; *Buchetmann*, Die teileingezahlte Aktie, 1972, 106; *GroßKomm.-Barz* (Fn. 2), § 68 Anm. 9; *Kossmann* BB 1985, 1364, 1366; *Schönhöfer* (Fn. 15), 129; *Wiedemann* (Fn. 15), 107.

³¹ Vgl. oben Fn. 19.

III. Zwangsvollstreckung in vinkulierte Namensaktien

1. Überblick

Im folgenden soll es um die Frage gehen, ob vinkulierte Namensaktien der Zwangsvollstreckung unterliegen und ob Pfändung und Verwertung der Zustimmung des Vorstandes bedürfen. Namensaktien werden weder nach §§ 857, 829 ZPO noch nach § 831 ZPO gepfändet, da die Namensaktie zwar ein indossables Papier ist, aber kein Forderungs-, sondern ein Mitgliedschaftsrecht verkörpert³². Die Pfändung erfolgt vielmehr gemäß § 808 ZPO, also dadurch, daß der Gerichtsvollzieher die Aktien in Besitz nimmt und fortschafft. Verwertet wird gemäß § 821 ZPO durch freihändigen Verkauf, wenn die Namensaktien an der Börse notiert werden, anderenfalls durch Versteigerung gemäß §§ 814 ff ZPO, wenn nicht das Gericht nach § 825 ZPO eine andere Verwertungsart erlaubt, etwa den freihändigen Verkauf an einen bestimmten Interessenten³³. Diese Vorschriften gelten grundsätzlich auch dann, wenn es sich um vinkulierte Namensaktien handelt. Fraglich ist hier aber, wie sich die Vinkulierung in der Zwangsvollstreckung auswirkt.

a) Zum Teil wird die Ansicht vertreten, die Gläubigerinteressen müßten in der Zwangsvollstreckung vorgehen, weshalb vinkulierte Namensaktien auch *ohne Zustimmung der AG verwertbar* seien³⁴. § 68 Abs. 2 AktG gelte nur für die rechtsgeschäftliche Veräußerung, und im übrigen müsse berücksichtigt werden, daß der Schuldner sonst seine (u. U. besonders wertvollen) Gesellschaftsanteile dem Zugriff der Gläubiger entziehen könnte³⁵. Außerdem widerspreche die Berücksichtigung der Vinkulierung dem Sinn und Zweck der §§ 134, 137 BGB, 857, 851 ZPO³⁶.

³² Vgl. nur Baumbach/Lauterbach-Hartmann, ZPO, 52. Aufl., 1994, § 831 Rdn. 1; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl., 1993, Rdn. 694; Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., 1987, § 55 IV 2 b; Stein/Jonas-Münzberg, ZPO, Bd. IV/1 (§§ 704–882a), 20. Aufl., 1986, § 831 Rdn. 3; Zöller-Stöber, ZPO, 18. Aufl., 1993, § 821 Rdn. 4. – Unrichtig daher Bauer JurBüro 1976, 869, 873 und Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth (Fn. 2), § 68 Rdn. 152, die §§ 831, 857 ZPO anwenden wollen.

³³ Statt aller: Stein/Jonas-Münzberg (Fn. 32), § 821 Rdn. 3. – A. M. Baumbach/Lauterbach-Hartmann (Fn. 32), Anh. § 859 Rdn. 2 (Verwertung nach § 857).

³⁴ Baumbach/Lauterbach-Hartmann (Fn. 32), Anh. § 859 Rdn. 2; v. Godin/Wilhelmi, AktG, 4. Aufl., 1971, § 68 Anm. 13; Knur, FS Flume, 1978, Bd. II, 173, 183; Kossmann BB 1985, 1364; Ritter, AktG, 1939, § 61 Anm. 5 b; Schlegelberger/Quassowski, AktG, 3. Aufl., 1939, § 61 Rdn. 8; Schneider/Zartmann/Martin, Familienunternehmen und Unternehmenstestament, 3. Aufl., 1960, 129; Schönhofer (Fn. 15), 96 ff; Schrötter (Fn. 21), 43 ff (freilich anders für die Verwertung durch freihändigen Verkauf); ders. DB 1977, 2265, 2269; E. Ulmer (Fn. 15), 264 f; Würdinger (Fn. 4), § 12 VI 3; Zartmann/Liftin, Unternehmensform nach Maß, 1970, 167.

³⁵ Baumbach/Hueck (Fn. 12), § 68 Rdn. 7; Uhlenbruck DB 1967, 1927, 1928.

³⁶ Schönhofer (Fn. 15), 97.

Für die Gesellschaft bestünden Ausweichmöglichkeiten, da sie sich gegen das Eindringen unerwünschter Dritter auch mit Hilfe des Befriedigungsrechts aus § 267 BGB³⁷, des Ablösungsrechts aus § 268 BGB³⁸ oder der Möglichkeit, für den Zwangsvollstreckungsfall in der Satzung die Zwangseinziehung gemäß §§ 237 ff AktG vorzusehen³⁹, schützen könne.

b) Die in der neueren Literatur vorherrschende Gegenansicht steht demgegenüber auf dem Standpunkt, daß zwar die *Pfändung ohne Zustimmung der AG möglich* sein solle, da die Interessen der AG durch die bloße Pfändung noch nicht beeinträchtigt würden, daß aber die *Verwertung zustimmungsbedürftig* sei, wobei allerdings die Zustimmung im Interesse der Vollstreckungsgläubiger nur aus wichtigem Grund verweigert werden könne⁴⁰. Dies müsse vor allem deshalb gelten, weil sonst dem veräußerungswilligen Aktionär die Möglichkeit gegeben werde, im (nach außen häufig nicht erkennbaren) Zusammenwirken mit einem Kaufinteressenten die Vinkulierung durch vorgeschobene Vollstreckung zu umgehen.

c) Der zuletzt referierten Ansicht ist jedenfalls in ihrer differenzierten Betrachtungsweise zuzustimmen. Man wird – und so soll im folgenden verfahren werden – getrennt untersuchen müssen, ob vinkulierte Namensaktien überhaupt pfändbar sind (unten 2.). Dann erst ist nach der Zustimmungsbedürftigkeit der Pfändung (unten 3.) und nach der der Verwertung zu fragen (unten 4.).

2. Pfändbarkeit

Beide Seiten beziehen sich z. T. auf § 851 ZPO, der den Zusammenhang zwischen Übertragbarkeit und Pfändbarkeit einer Forderung herstellt⁴¹. Man beruft sich dafür u. a. auf Entscheidungen des Reichs-

³⁷ Uhlenbruck DB 1967, 1927, 1929.

³⁸ Deumling DB 1964, 1689; dagegen aber zu Recht schon Uhlenbruck DB 1967, 1927, 1929.

³⁹ Capelle DB 1954, 1076, 1078; v. Godin/Wilhelmi (Fn. 34), § 237 Anm. 12; Schneider/Zartmann/Martin (Fn. 34), 130; Uhlenbruck DB 1967, 1927, 1929.

⁴⁰ So zuerst Mügel Soziale Praxis 1939, 987, 991; ferner Baumbach/Hueck (Fn. 12), § 68 Rdn. 7; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth (Fn. 2), § 68 Rdn. 152; GroßKomm.-Barz (Fn. 2), § 68 Anm. 14; GroßKomm.-Fischer, 2. Aufl., 1961, § 61 Anm. 20; KölnKomm.-Lutter (Fn. 7), § 68 Rdn. 22; Stein/Jonas-Münzberg (Fn. 32), § 859 Rdn. 25, § 822 Rdn. 2; Wiesner (Fn. 2), § 14 Rdn. 22. Vgl. für die GmbH auch OLG Hamburg NJW 1960, 870, 871; LG Hamburg DNotZ 1964, 110, 114 sowie für die AG den Tatbestand zu BGH NJW 1987, 1019. – Nach Baumbach/Hueck (Fn. 12), § 68 Rdn. 7 soll die Vinkulierung nicht gelten, die AG aber bei wichtigem Grund ein Widerspruchsrecht haben.

⁴¹ Vgl. nur Schönhofer (Fn. 15), 97 einerseits, Mügel Soziale Praxis 1939, 987, 990 ff andererseits.

gerichts⁴² und des Bundesgerichtshofs⁴³. Aber der primär für die Pfändung von Forderungen konzipierte § 851 ZPO ist im vorliegenden Zusammenhang nicht anwendbar. Die genannten Gerichtsentscheidungen betreffen die Vinkulierung von GmbH-Anteilen, deren Pfändung sich nicht nach § 808 ZPO, sondern nach §§ 857, 829 ZPO richtet⁴⁴, so daß in der Tat über § 857 Abs. 1 ZPO auch § 851 ZPO anwendbar ist. Vinkulierte Namensaktien hingegen werden im Wege der Sachpfändung gepfändet⁴⁵. Sachen sind aber immer pfändbar, soweit nicht §§ 811 ff ZPO eingreifen, deren Voraussetzungen hier offensichtlich nicht vorliegen, oder andere gesetzliche Schranken bestehen. Insofern könnte man an § 135 Abs. 1 S. 2 BGB denken, der eine Zwangsvollstreckung für relativ unwirksam erklärt, die gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot verstößt. § 68 Abs. 2 AktG regelt indessen kein gesetzliches Veräußerungsverbot, sondern ermöglicht nur ein satzungsmäßiges Veräußerungshindernis. Ob es sich dabei um ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot⁴⁶ handelt, das die Zwangsvollstreckung, wie sich aus §§ 137 BGB, 851 Abs. 2 ZPO ergibt, sicher nicht hindert⁴⁷, wird noch zu klären sein. Jedenfalls können Zweifel an der Pfändbarkeit vinkulierter Namensaktien keinen Bestand haben.

3. Zustimmungsbefähigung der Pfändung

Damit ist weiter zu fragen, ob die Pfändung, d. h. die Beschlagnahme der Aktien, der Zustimmung der AG bedarf. Das wird, wie gesehen, einhellig verneint. Zur Begründung wird im wesentlichen angeführt, durch die bloße Pfändung würden die Interessen der Gesellschaft noch nicht beeinträchtigt⁴⁸, was richtig ist, da die Pfändung dem Pfändungsgläubiger nur das Verwertungsrecht, aber nicht das Recht verschafft, an der Hauptversammlung teilzunehmen oder sonstige Mitgliedschaftsrechte,

⁴² RGZ 70, 64, 66; 142, 373, 376.

⁴³ BGHZ 32, 151, 155; vgl. etwa Schönhofer (Fn. 15), 97.

⁴⁴ Vgl. nur BGHZ 104, 351, 353; 65, 22, 24; 32, 151, 155 sowie Zöller-Stöber (Fn. 32), § 857 Rdn. 2, § 859 Rdn. 13.

⁴⁵ Vgl. oben bei Fn. 32.

⁴⁶ Vgl. LG Oldenburg Rpfleger 1985, 449: Gleichstellung des Veräußerungsverbot in der Satzung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft mit einem rechtsgeschäftlichen Abtretungsverbot i. S. d. §§ 851 Abs. 2 ZPO; 399, 2. Fall BGB. Anders freilich Buchermann (Fn. 30), 98 f, der das satzungsmäßige dem gesetzlichen Veräußerungsverbot gleichstellen will.

⁴⁷ (Nur) insoweit ist es richtig, wenn Schönhofer (Fn. 15), 97 die These, eine Vinkulierung hindere die Zwangsvollstreckung nicht, damit begründet, sie entspreche „dem Sinn der §§ 134, 137 BGB, 857, 851 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO“.

⁴⁸ Vgl. oben 1. b).

etwa Informationsrechte, auszuüben⁴⁹. Allerdings muß man sich dann auch fragen, warum eigentlich die rechtsgeschäftliche Verpfändung zustimmungsbedürftig sein soll⁵⁰. Diese beeinträchtigt die Interessen der AG auch nicht mehr als die Pfändung, so daß insoweit eine einschränkende Auslegung des § 68 Abs. 2 AktG als Ausnahmenorm geboten ist⁵¹.

Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß es auf eine solche gesellschaftsrechtliche Interessenabwägung an dieser Stelle überhaupt ankommt. Richtiger dürfte es sein, für die Frage, ob die Pfändung der Zustimmung der AG bedarf, zunächst einmal vollstreckungsrechtlich zu argumentieren und daran zu erinnern, daß die hoheitliche Beschlagnahme in erster Linie zu einer öffentlich-rechtlichen Verstrickung führt, die ganz ohne Rücksicht auf zivilrechtliche Berechtigungen eintritt⁵². Wenn schon eine schuldnerfremde Sache verstrickt wird, also eine solche, die dem Vollstreckungsschuldner gar nicht gehört und über die er deshalb überhaupt nicht verfügen kann⁵³, um wieviel mehr muß dann die schuldner eigene verstrickt werden, über die er nur eingeschränkt verfügen kann. Die Beschlagnahme erfolgt eben kraft hoheitlicher Machtausübung und ist ganz unabhängig davon, ob der Schuldner zu einer rechtsgeschäftlichen Verfügung der Zustimmung eines Dritten bedarf.

Fraglich kann daher allenfalls sein, ob der Vollstreckungsgläubiger mit der Beschlagnahme auch ein Pfändungspfandrecht erhält⁵⁴. Die Frage könnte an dieser Stelle eigentlich offen bleiben, weil das Pfändungspfandrecht Bedeutung nur für die korrekte Erlösverteilung hat⁵⁵. Gleichwohl kann sie bejaht werden. Nach § 804 Abs. 1 ZPO erhält der Gläubiger das Pfändungspfandrecht mit der Pfändung. Nach der heute

⁴⁹ OLG Hamburg NJW 1960, 870, 871 und LG Köln Rpfleger 1989, 511 (für die GmbH; dazu auch schon der Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Amtl. Ausgabe nebst Begründungen und Anlagen, 1891, 63). – Dafür spricht auch, daß gemäß § 67 Abs. 2 AktG im Verhältnis zur Gesellschaft als Aktionär nur der gilt, der im Aktienbuch eingetragen ist, und daß die AG deshalb verpflichtet ist, (nur) dem Eingetragenen die mit der Aktie verbundenen Rechte einzuräumen; vgl. OLG Celle WM 1984, 494, 496; LG Köln AG 1981, 81, 82; Degner (Fn. 15), 50; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth (Fn. 2), § 67 Rdn. 27; GroßKomm.-Barz (Fn. 2), § 67 Anm. 15; Luther, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, 1978, 64 ff. – A. M. RGZ 86, 154, 159 f; E. Ulmer AcP 141 (1935), 244, 246.

⁵⁰ Vgl. oben bei Fn. 8.

⁵¹ Vgl. oben bei Fn. 21. – Anders wäre zu entscheiden, wenn ein Nutzungspfandrecht (§ 1213 BGB) bestellt würde.

⁵² Geib, Die Pfandverstrickung, 1969, 13 ff; Mothes, Die Beschlagnahme, 1903, 14 f; Rosenberg/Gaul/Schilken (Fn. 32), § 50 III 1 c bb.

⁵³ Statt aller: Rosenberg/Gaul/Schilken (Fn. 32), § 50 III 1 c bb.

⁵⁴ So für die Pfändung eines vinkulierten GmbH-Anteils OLG Hamburg NJW 1960, 870, 871.

⁵⁵ Vgl. nur Brox/Walker (Fn. 32), Rdn. 375, 470.

ganz herrschenden gemischten privatrechtlich/öffentlich-rechtlichen Theorie⁵⁶ reicht dazu freilich die Verstrickung nicht aus. Vielmehr müssen – bis auf den Übertragungsakt – die Voraussetzungen der §§ 1204 ff BGB vorliegen, was vor allem bedeutet, daß das Vollstreckungsobjekt dem Schuldner gehören muß⁵⁷. Die Pfändung ersetzt daher nur den Entstehungstatbestand, die rechtsgeschäftliche Pfandrechtsbestellung. Im übrigen müssen die Pfandrechtsvoraussetzungen vorliegen. Wenn indessen die Verpfändung von vinkulierten Namensaktien nach dem soeben Gesagten der Zustimmung der AG nicht bedarf⁵⁸, dann gilt das auch für die Pfändung. Im Ergebnis ist es daher richtig, daß die Pfändung einer vinkulierten Namensaktie nicht zustimmungsbedürftig ist.

4. *Zustimmungsbedürftigkeit der Verwertung*

Damit stellt sich als nächstes die Frage, ob die Verwertung durch den Gerichtsvollzieher der Zustimmung bedarf und unter welchen Voraussetzungen diese von der AG gegebenenfalls verweigert werden kann.

a) Die *Zustimmungsbedürftigkeit* wäre relativ leicht zu begründen, wenn der Gerichtsvollzieher die Aktien kraft einer vom Schuldner abgeleiteten Verfügungsmacht veräußern würde. Man könnte sich dann leicht auf den Standpunkt stellen, daß der Gerichtsvollzieher die Aktien nur so übertragen kann, wie es auch der Schuldner könnte, also nur mit Zustimmung der AG. So verhält es sich aber nicht. Der Gerichtsvollzieher leitet seine Verfügungsmacht nicht vom Schuldner ab, sondern sie resultiert auf der Verstrickung und den ermächtigenden Vorschriften der ZPO⁵⁹. Es entspricht daher ganz herrschender Meinung, daß der Gerichtsvollzieher bei der Verwertung hoheitlich handelt und insbesondere das Eigentum an der gepfändeten Sache hoheitlich zuweist, was u. a. zur Folge hat, daß das Eigentum auch dann übertragen wird, wenn die Sache dem Vollstreckungsschuldner gar nicht gehört. Das gilt sowohl bei der Versteigerung nach §§ 813 ff, 821 ZPO⁶⁰ als auch beim freihändigen Verkauf nach § 821 ZPO⁶¹ oder nach § 825 ZPO⁶².

⁵⁶ Vgl. den Überblick über den Meinungsstand bei *Brox/Walker* (Fn. 32), Rdn. 379 ff.

⁵⁷ *BGHZ* 119, 75, 87.

⁵⁸ S. nochmals bei Fn. 8.

⁵⁹ Vgl. nur *Fabland*, Das Verfügungsverbot nach §§ 135, 136 BGB in der Zwangsvollstreckung und seine Beziehungen zu den anderen Pfändungsfolgen, 1976, 63; *Rosenberg/Gaul/Schilken* (Fn. 32), § 50 III 1 a bb sowie die nachstehend Genannten.

⁶⁰ *BGHZ* 119, 75, 76 f.

⁶¹ Münchener Kommentar zur ZPO (= MünchKomm.)-*Schilken*, Bd. 3 (§§ 803–1048), 1992, § 821 Rdn. 5; Stein/Jonas-*Münzberg* (Fn. 32), § 821 Rdn. 7.

⁶² *BGHZ* 119, 75, 78.

Daß der Gerichtsvollzieher bei der Verwertung hoheitlich handelt, könnte bedeuten, daß Verfügungsbeschränkungen beim Vollstreckungsschuldner unbeachtlich sind⁶³. § 68 Abs. 2 AktG wäre dann dahingehend zu verstehen, daß die Satzung die Zustimmung nur für rechtsgeschäftliche Übertragungen vorsehen kann⁶⁴. Dafür könnte sprechen, daß der GmbH-Gesetzgeber die dem § 68 Abs. 2 AktG entsprechende Vorschrift ausdrücklich so verstanden wissen wollte⁶⁵. Eine Begründung für diese Entscheidung wird freilich nicht gegeben, und in den Materialien zu § 68 AktG findet sich ein solcher Hinweis gar nicht erst⁶⁶. Ob der Auffassung des GmbH-Gesetzgebers zu folgen ist, ist – für die GmbH wie für die AG – mehr als fraglich. Letztlich beruht sie auf der Vorstellung, es handele sich bei der Vinkulierung um ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot, das sich nach dem Rechtsgedanken der §§ 137 BGB, 851 Abs. 2 ZPO in der Zwangsvollstreckung nicht durchsetzen soll. Diese Vorstellung trifft aber aus zwei Gründen nicht zu.

Zum einen ist zu bedenken, daß mit § 851 Abs. 2 ZPO verhindert werden soll, daß Forderungen und vergleichbare Vermögensgegenstände durch bloße Parteivereinbarung der Zwangsvollstreckung vollständig entzogen werden⁶⁷. Diese Gefahr besteht hier aber in keinem Fall, da die Vinkulierung nicht zur Unpfändbarkeit der Aktie, sondern allenfalls dazu führt, daß die Verwertung der Zustimmung der AG bedarf. Im Ergebnis kommt der Vermögenswert aber immer noch den Gläubigern zugute⁶⁸, so daß es nicht nötig ist, das Veräußerungshindernis in der Zwangsvollstreckung völlig beiseite zu schieben, wie es in § 851 Abs. 2 ZPO geschieht.

Und zum anderen ist zu bedenken, daß es sich bei einer Vinkulierung nicht um eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung handelt, die auf der Ebene der §§ 137 BGB, 851 Abs. 2 ZPO liegen könnte. Vielmehr wird durch die satzungsmäßige Vinkulierung eine *Inhaltsbestimmung* des Mitgliedschaftsrechts vorgenommen. Es handelt sich nicht um ein

⁶³ Vgl. zu diesem Ansatz etwa *OLG Hamburg* NJW 1960, 870, 871 und *Schrötter* (Fn. 21), die beide den freihändigen Verkauf noch als bürgerlich-rechtlichen Vertrag ansehen und deshalb zwar diesen, nicht aber die auch nach ihrer Ansicht hoheitliche Versteigerung für zustimmungsbedürftig halten.

⁶⁴ Vgl. – auch zum folgenden – die in Fn. 34 Genannten.

⁶⁵ Vgl. GmbHG-Entwurf (Fn. 49), 60 sowie *RGZ* 70, 64, 66; auf diese Entscheidung stützt sich auch der BGH in st. Rspr.; vgl. *BGHZ* 65, 22, 24; 32, 151, 155.

⁶⁶ Der heutige § 68 Abs. 2 AktG geht zurück auf Artt. 182 Abs. 2, 220 ADHGB, die ihrerseits auf Art. 172 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten beruhen. In den Motiven (1857, 87 f) zu dieser Vorschrift heißt es lapidar, es empfehle sich die gesetzliche Klarstellung, daß die Satzung einen Zustimmungsvorbehalt vorsehen könne.

⁶⁷ Vgl. nur *BGHZ* 95, 99, 102.

⁶⁸ Vgl. unten b).

vollwertiges, an und für sich uneingeschränkt übertragbares Recht, für das ein Veräußerungsverbot vereinbart wird, sondern um die Begründung eines von vornherein defizitären Rechts. Daß es solche rechtsbeschränkenden Inhaltsbestimmungen auch im Hinblick auf die Verfügungsmöglichkeiten gibt, folgt z. B. aus §§ 399 BGB, 5 ErbbauVO, 12 Abs. 1 WEG, die sich auch in Zwangsvollstreckung und Konkurs durchsetzen⁶⁹. Auch bei der vinkulierten Namensaktie ist die Veräußerungsbeschränkung satzungsmäßiger Inhalt des Mitgliedschaftsrechts und deshalb auch vom Gerichtsvollzieher zu beachten, der über das so ausgestattete Recht verfügen will.

Ob er dabei hoheitlich handelt, ist letztlich unerheblich. Im Grundsatz ist anerkannt, daß der Gerichtsvollzieher bei der (auch: hoheitlichen) Verwertung von Gesellschaftsanteilen die satzungsmäßigen Schranken zu beachten hat⁷⁰. Letztlich beruht das darauf, daß die pfändenden Gläubiger Einreden und Belastungen, denen auch der Schuldner im Falle rechtsgeschäftlicher Veräußerung unterworfen wäre, gegen sich gelten lassen müssen. Das gepfändete Recht besteht nur mit diesen Schranken. Mehr, als der Schuldner hat, können die Gläubiger von ihm nicht erwerben. Mehr kann auch der Gerichtsvollzieher nicht verwerten. Entscheidend ist daher nicht, daß der Gerichtsvollzieher seine Verfügungsbefugnis nicht vom Schuldner, sondern aus der Verstrickung und den einschlägigen Normen der ZPO herleitet, sondern daß er ein Recht verwerten will, für dessen Übertragung inhaltliche Schranken bestehen.

Dieses Ergebnis hält einer Interessenabwägung stand, die freilich nur noch den Wert einer Kontrollüberlegung haben kann. Insoweit wird ins Feld geführt, es müsse in der Zwangsvollstreckung der Gläubigerschutz vorgehen und deshalb von der Zustimmung zur Verwertung durch den Gerichtsvollzieher abgesehen werden. Die AG könne sich vor dem Eindringen unerwünschter Aktionäre anderweitig schützen, indem sie den vollstreckenden Gläubiger gemäß § 267 BGB befriedige oder in der Satzung für den Fall der Zwangsvollstreckung die Einziehung gemäß § 237 AktG vorsehe⁷¹.

⁶⁹ Vgl. §§ 8 ErbbauVO, 12 Abs. 3 S. 2 WEG. Entgegen dem ersten Anschein gilt das auch für § 399, 2. Fall BGB, da § 851 Abs. 2 nur die Überweisung zur Einziehung, nicht die Überweisung an Zahlungs Statt zuläßt, die einer Abtretung gleichkäme.

⁷⁰ Vgl. für die Einziehung *BGHZ* 104, 351, 354; 65, 22, 24; *OLG Hamburg* BB 1982, 2007, 2008 m. w. N.; für Formvorschriften Stein/Jonas-Münzberg (Fn. 32), § 821 Rdn. 8. – Soweit die Rechtsprechung von diesem Grundsatz für den Fall der Vinkulierung eine Ausnahme macht, wird dies – ganz im Einklang mit dem nachstehend Gesagten – nicht auf das hoheitliche Handeln des Gerichtsvollziehers, sondern auf eine im Interesse des Gläubigerschutzes einschränkende Auslegung des § 68 Abs. 2 AktG gestützt.

⁷¹ Vgl. die in Fn. 34 ff Genannten.

Letzteres ist zwar richtig, kann aber wohl doch nur als die zweitbeste Lösung angesehen werden, weil hier auf die AG hohe Kosten zukommen können, sei es, weil sie die Forderung des Vollstreckungsgläubigers ablöst (§ 267 BGB), sei es, weil sie für die Einziehung ein Entgelt zu zahlen hat⁷², für das hinreichende liquide Mittel zur Verfügung stehen müssen⁷³. Eine solche Kostenbelastung erscheint unbillig, wenn tatsächlich wichtige Gründe für die Ablehnung des Erwerbers bestehen. Nur ist eben immer noch die Frage, ob diese Interessen der AG Berücksichtigung finden können. Nach Sinn und Zweck der Vinkulierung kann daran kein Zweifel bestehen. Sie soll die AG im wesentlichen vor dem Eindringen unerwünschter Gesellschafter schützen⁷⁴. Aus ihrer Sicht macht es keinen Unterschied, ob der Erwerber die Aktien direkt vom bisherigen Aktionär oder in der Zwangsvollstreckung vom Gerichtsvollzieher erhält. Es entspricht daher Sinn und Zweck der Vinkulierung, der Gesellschaft auch in diesem Fall ein „Vetorecht“ zuzugestehen. Gleichwohl sollen diese Interessen nach der – jedenfalls früher – herrschenden Meinung nicht ins Gewicht fallen⁷⁵. Zur Begründung wird freilich – außer dem bereits behandelten Hinweis auf die Begründung zu § 15 Abs. 5 GmbHG – nicht mehr vorgebracht als die These, es gehe hier nicht darum, eine möglichst günstige Lösung für alle Beteiligten zu finden, sondern es müsse die Verwertungsbefugnis der Gläubiger bedingungslos vorgehen⁷⁶.

Das scheint mir indessen eine *petitio principii* zu sein. Zunächst sollte festgehalten werden, daß es bei *jedem* rechtlichen Konflikt geboten sein sollte, „eine möglichst günstige Lösung für alle Beteiligten zu finden“. Warum dies in der Zwangsvollstreckung nicht gelten soll, ist nicht ersichtlich. Die Gläubigerinteressen können nicht absolut gesetzt werden. Vielmehr ist vor allen Dingen zu bedenken, daß der Gläubigerschutz nicht dazu führen darf, daß ihr Pfandobjekt unversehens wertvoller wird, als es in der Hand des Vollstreckungsschuldners war. Bei vinkulierten Namensaktien handelt es sich aber nun einmal um eingeschränkte Rechte. Zwar bestehen keine gesetzlichen, sondern durch die

⁷² Vgl. nur – auch zur Frage, ob die Satzung das Entgelt ausschließen oder unter Wert festsetzen kann – Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-*Hefermehl/Bungeroth* (Fn. 2), § 68 Rdn. 154; GroßKomm.-*Schilling* (Fn. 2), § 237 Anm. 15; Hüffer (Fn. 4), § 237 Rdn. 17; *Uhlenbruck* DB 1967, 1927, 1929.

⁷³ Vgl. auch Schönhofer (Fn. 15), 98.

⁷⁴ Vgl. oben II. 1.

⁷⁵ S. Fn. 34.

⁷⁶ So besonders deutlich Schönhofer (Fn. 15), 96 f. Mehr an Substanz findet sich auch bei den übrigen Anhängern dieser Ansicht nicht; vgl. nur die „Leitentscheidung“ RGZ 70, 64, 66 f, auf die allgemein Bezug genommen wird.

Satzung aufgestellte und damit eher rechtsgeschäftliche Beschränkungen⁷⁷. Das ändert aber nichts daran, daß das Recht nur mit dem Inhalt besteht, den die Satzung festlegt. Ob es sich dabei um eine gesetzliche oder eine rechtsgeschäftliche Inhaltsbestimmung handelt, spielt keine Rolle. Die Gläubiger müssen das Recht mit dem festgelegten Inhalt hinnehmen, denn mehr, als der Schuldner hatte, können sie nicht verwenden. Daß die Pfändung dieses Recht in der Hand der Gläubiger „aufblühen“ läßt, ist vollstreckungsrechtlich nicht zu begründen.

Dazu kommt, daß sich die Interessen der Gläubiger auch anders schützen lassen, nämlich durch eine der Zwangsvollstreckungssituation angepaßte Bestimmung der Beurteilungskriterien für die Zustimmungsentscheidung der AG⁷⁸. Solange man annahm, daß der Vorstand diese Entscheidung nach freiem Ermessen treffen könne⁷⁹, war dieser Weg versperrt. Da heute aber der Maßstab des pflichtgemäßen Ermessens anzulegen ist und nicht nur die Interessen der AG Berücksichtigung finden können, dürfte es der flexiblere und allen berechtigten Interessen gerecht werdende Lösungsweg sein, die Vinkulierung auch bei der Übertragung durch den Gerichtsvollzieher zu beachten, an die Zustimmungsentscheidung aber strenge Maßstäbe anzulegen.

b) Damit stellt sich nun in aller Schärfe die Frage nach den *Zustimmungskriterien*. Diejenigen, die die Zustimmung in der Zwangsvollstreckung für erforderlich halten, wollen eine Verweigerung nur aus wichtigem Grund zulassen⁸⁰. Demgegenüber sollte man auch hier an den allgemeinen Leitlinien⁸¹ festhalten. Auszugehen ist von den Interessen der AG. Stehen deren Belange einem Aktienerwerb durch den vom Gerichtsvollzieher präsentierten Erwerber nicht entgegen, so ist die Zustimmung ohne weiteres zu erteilen. Dasselbe kann sich aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung ergeben. Anderenfalls sind den Interessen der AG die des Aktionärs, also des Vollstreckungsschuldners, gegenüberzustellen. Wie der *BGH* richtig ausgeführt hat, hat die AG bei der Zustimmungsentscheidung auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Aktionär aus finanziellen Gründen auf die Veräußerung der Aktien angewiesen ist⁸². Dieser Gesichtspunkt kommt auch in der Zwangsvollstreckung zum Tragen. Wenn der Aktionär darlegen kann, daß er die Zwangsvollstreckung nicht abwenden kann, weil ihm anderweitige

⁷⁷ Vgl. oben 3.

⁷⁸ Dazu sogleich unter b).

⁷⁹ Vgl. oben II. 2. b).

⁸⁰ Vgl. die in Fn. 40 genannten Kommentarstellen.

⁸¹ Vgl. dazu oben II. 2. c).

⁸² *BGH* NJW 1987, 1019, 1020.

Mittel fehlen, die einzusetzen ihm zumutbar wäre⁸³, dann gehen seine Interessen denjenigen der AG zunächst einmal vor. Damit sind indirekt auch die Verwertungsinteressen der Vollstreckungsgläubiger berücksichtigt, so daß von dem Grundsatz, daß die Interessen Dritter in die Entscheidung nicht selbständig einbezogen werden, hier nicht abgewichen werden muß. Die AG kann die Zustimmung nun nur noch verweigern, wenn sie dem Gerichtsvollzieher entweder einen anderen, aus ihrer Sicht geeigneten Erwerber präsentieren kann, der vorzugsweise aus dem Kreis der übrigen Aktionäre stammen wird und ein angemessenes Entgelt bieten muß⁸⁴. Gelingt ihr das nicht, muß sie gewichtige Gründe ins Feld führen, aus denen sich ergibt, daß ihr die Zustimmung unzumutbar ist und die Liquiditätsinteressen des Aktionärs dahinter zurücktreten müssen.

IV. Vinkulierte Namensaktien in der Insolvenz des Aktionärs

Die vorstehenden Überlegungen können weitgehend auf die Rechtslage in der Insolvenz des Aktionärs übertragen werden.

1. Massezugehörigkeit

Es entspricht heute einhelliger Ansicht, daß vinkulierte Namensaktien gemäß § 1 KO/§§ 35, 36 InsO⁸⁵ in die Insolvenzmasse fallen⁸⁶. Massezugehörig ist das gesamte der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners. Da vinkulierte Namensaktien pfändbar sind⁸⁷, gehören sie damit zur Masse.

2. Zustimmungsbefähigung der Beschlagnahme

Mit der Eröffnung des Verfahrens werden die massezugehörigen Vermögensgegenstände beschlagnahmt. Der Gemeinschuldner verliert die Verfügungsbefugnis. An seiner Stelle verfügt nunmehr der Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter (§ 6 KO/§ 80 InsO). Anders als bei der Einzel-

⁸³ Die Darlegungslast liegt hier beim Aktionär, da die AG keinen Einblick in seine Finanzverhältnisse hat. Damit ist zugleich der Gefahr vorgebeugt, daß der Aktionär im Einvernehmen mit Gläubiger und Erwerbsinteressent die Zwangsvollstreckungssituation herbeiführt, um die AG zur Zustimmung zu zwingen.

⁸⁴ Vgl. noch einmal *BGH NJW* 1987, 1019, 1020.

⁸⁵ Zur Zeit der Drucklegung dieses Beitrages war das Gesetzgebungsverfahren für die InsO noch nicht abgeschlossen. Zitiert wird im folgenden die in den Vermittlungsausschuß verwiesene Fassung gemäß BR-Drs. 336/94.

⁸⁶ Statt aller: Jaeger-Henckel (Fn. 1), § 1 Rdn. 105.

⁸⁷ S. oben III. 2.

zwangsvollstreckung⁸⁸ führt daher in der Insolvenz bereits die Beschlagnahme und nicht erst die Verwertung dazu, daß es die Gesellschaft und ihre Aktionäre nunmehr mit einem Außenstehenden zu tun haben, da der Verwalter nunmehr auch die Mitgliedschaftsrechte des Gemeinschuldners ausübt, z. B. dessen Rechte in der Hauptversammlung wahrnimmt. Wer also darauf abstellt, ob die Interessen der AG beeinträchtigt werden⁸⁹, müßte schon die Beschlagnahme für zustimmungsbedürftig halten. Gleichwohl bedarf der Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Verwalter nicht der Zustimmung der AG, denn dieser Übergang tritt bei Eröffnung des Verfahrens kraft Gesetzes ein⁹⁰. Ähnlich wie bei der Gesamtrechtsnachfolge handelt es sich nicht um eine Übertragung, sondern um ein Einrücken in die (Verfügungs-)Rechtsposition des Gemeinschuldners kraft Gesetzes, bei der es nichts zu genehmigen gibt. Die Beschlagnahme ist daher als an den Eröffnungsbeschluß geknüpfte Rechtsfolge nicht zustimmungsfähig und damit auch nicht zustimmungsbedürftig.

3. Zustimmungsbefürftigkeit der Verwertung

Für die Frage, ob die Verwertung der vinkulierten Namensaktien durch den Verwalter zustimmungsbedürftig ist oder nicht, setzt sich der Meinungsstand zur Einzelzwangsvollstreckung fort. Während man früher annahm, die Vinkulierung betreffe nur die freiwillige Veräußerung und gelte im Konkurs des Aktionärs nicht⁹¹, will die heute wohl herrschende Meinung der AG jedenfalls bei Vorliegen eines wichtigen Grundes das Zustimmungs-⁹² oder wenigstens ein Widerspruchsrecht⁹³ zubilligen.

Die Rechtslage ist hier insofern einfacher als bei der Einzelzwangsvollstreckung, als der Verwalter – auch nach der herrschenden „Amts-

⁸⁸ Vgl. oben III. 3.

⁸⁹ Vgl. etwa (wenn auch in erster Linie für die Einzelzwangsvollstreckung) Gefler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth (Fn. 2), § 68 Rdn. 152; KölnKomm.-Lutter (Fn. 7), § 68 Rdn. 22.

⁹⁰ Vgl. nur Jaeger-Henckel (Fn. 1), § 6 Rdn. 2.

⁹¹ v. Godin/Wilhelmi (Fn. 34), § 68 Anm. 13; Knur (Fn. 34), 183; Kossmann BB 1985, 1364; Schlegelberger/Quassowski (Fn. 34), § 61 Rdn. 8; Schneider/Zartmann/Martin (Fn. 34), 129; Schönhofer (Fn. 15), 97; Schrötter DB 1977, 2265, 2269; Uhlenbruck DB 1967, 1927, 1928 f; Ulmer (Fn. 15), 264 f; Würdinger (Fn. 4), § 12 VI 3; Zartmann/Lifitin (Fn. 34), 167. Vgl. für die GmbH auch RGZ 142, 373, 376; 70, 64, 66.

⁹² Gefler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Hefermehl/Bungeroth (Fn. 2), § 68 Rdn. 153; KölnKomm.-Lutter (Fn. 7), § 68 Rdn. 22; Mügel Soziale Praxis 1939, 987, 994; Wiesner (Fn. 2), § 14 Rdn. 22; für die GmbH auch OLG Hamburg NJW 1960, 870, 871; LG Hamburg DNotZ 1964, 110, 114.

⁹³ Baumbach/Hueck (Fn. 12), § 68 Rdn. 7; Jaeger-Henckel (Fn. 1), § 1 Rdn. 105.

theorie“⁹⁴ – nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich handelt. Er rückt, soweit es um die Verfügungsmacht geht, in die Rechtsstellung des Gemeinschuldners ein und muß daher alle Bindungen akzeptieren, die schon den Gemeinschuldner getroffen haben⁹⁵. Daß die Namensaktie vinkuliert ist, gilt also grundsätzlich auch für den Verwalter⁹⁶. Aus § 13 KO/§ 80 Abs. 2 InsO folgt nichts anderes, denn es geht hier nicht um ein Veräußerungsverbot für ein als solches vollwertiges Recht, sondern es geht um ein inhaltlich beschränktes, defizitäres Recht⁹⁷. Man kann daher allenfalls fragen, ob die Vinkulierung im Gläubigerinteresse für den Insolvenzfall nicht gelten soll, was aber aus den zu III. 4. a) aufgeführten Gründen verneint werden muß. Auch in der Insolvenz besteht kein Anlaß, die Interessen der (nicht „im Lager“ des Gemeinschuldners stehenden) AG völlig hinter die der Insolvenzgläubiger zurückzustellen und die Vinkulierung bei einer Veräußerung durch den Verwalter zu negieren.

Vielmehr ist die Lösung auch hier bei einer der Insolvenz Rechnung tragenden Bestimmung der Beurteilungskriterien für die Zustimmungsentcheidung zu suchen⁹⁸. Die AG hat darauf Rücksicht zu nehmen, daß der illiquide Aktionär auf die Veräußerung der Aktien angewiesen ist, um seine Gläubiger zu befriedigen. Sie kann daher die Zustimmung nur verweigern, wenn sie einen ihr genehmen Interessenten nachweist, der bereit ist, die Aktien vom Verwalter zu einem angemessenen Preis zu übernehmen. Gelingt ihr das nicht, muß sie gewichtige Gründe nachweisen, aus denen sich ergibt, daß ihr die Zustimmung unzumutbar ist und die Liquiditätsinteressen des Aktionärs dahinter zurücktreten müssen.

V. Ergebnis

Damit läßt sich festhalten, daß die Vinkulierung von Namensaktien deren Beschlagnahme in Zwangsvollstreckung oder Insolvenz nicht entgegensteht. Die Verwertung der Aktien ist indessen zustimmungsbedürftig. Bei der Entscheidung über die Zustimmung sind vor allem die Liquiditätsinteressen des Aktionärs (Vollstreckungs- bzw. Gemeinschuldners) zu berücksichtigen. Die AG wird daher die Zustimmung regelmäßig erteilen müssen, es sei denn, sie kann andere Erwerber präsentieren oder gewichtige Gründe nachweisen, hinter denen die Liquiditätsinteressen des Aktionärs zurücktreten müssen.

⁹⁴ Ausf. dazu und zu den konkurrierenden Auffassungen Jaeger-Henckel (Fn. 1), § 6 Rdn. 5 ff; Stein/Jonas-Bork, ZPO, 21. Aufl., Bd. 1 (§§ 1–90), 1993, vor § 50 Rdn. 25 ff.

⁹⁵ Vgl. nur BGH NJW 1971, 1750.

⁹⁶ OLG Hamburg NJW 1960, 870, 871 (für die GmbH).

⁹⁷ Vgl. oben III. 4. a).

⁹⁸ Vgl. näher oben III. 4. b).

Zur Reformbedürftigkeit des Lohnpfändungsrechts

WOLFGANG BREHM

I. Fragestellung

Wolfram Henckel setzte sich wie kaum ein anderer zeitgenössischer Prozessualist mit Grundfragen der Rechtsdogmatik auseinander. In seiner berühmten Schrift „Prozeßrecht und materielles Recht“ untersuchte er die Grundlagen des Vollstreckungsschutzes und kam zu dem Ergebnis, der Vollstreckungsschutz beruhe auf materiellprivatrechtlicher Wertung¹, die freilich mit verfahrensrechtlichen Sanktionen ausgestattet sei². Diese systematische Zuordnung war nicht für den akademischen Hausgebrauch gedacht. Mit der privatrechtlichen Einordnung wollte *Henckel* deutlich machen, daß Normen des Vollstreckungsschutzes die Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner regeln und nicht das Verhältnis des Schuldners zum Staat. Er leitete daraus die Folgerung ab, es dürfe nicht Aufgabe des Schuldnerschutzes sein, die öffentliche Fürsorge zu entlasten; ein Vollstreckungsschutz, dem es um Entlastung öffentlicher Kassen gehe, sei verfassungswidrig³. Damit wollte *Henckel* sicher nicht einer Absenkung der Pfändungsfreigrenzen des § 850 c ZPO unter die Sozialhilfesätze das Wort reden, vielmehr ging es ihm um den Nachweis, daß die Festsetzung der Lohnpfändungsfreibeträge und der Fürsorgesätze auf verschiedenen Gesichtspunkten beruht⁴.

Grundlegende dogmatische Analysen sind nicht nur für die Rechtsanwendung richtungweisend; sie sind auch Voraussetzung für eine solide Gesetzgebung. Bei den Vorschriften über die Lohnpfändung hat der Gesetzgeber diese Einsicht weitgehend verloren; die Regelungen werden mit jeder Novelle komplizierter, und das Wesentliche rückt zunehmend aus dem Blickfeld. Die absolute Grenze des Gläubigerzugriffs wird heute nicht nach der von *Henckel* geforderten materiellprivatrechtlichen Wertung, sondern nach Vorgaben des Sozialhilferechts bestimmt. Bei der Gehaltspfändung kann das Gericht dem Schuldner einen Teil der an sich pfändbaren Bezüge belassen, wenn er nachweist, daß bei Anwendung der Pfändungsfreigrenzen der notwendige Lebensunterhalt im

¹ *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, 249 ff.

² AaO S. 352.

³ AaO S. 359.

⁴ AaO S. 360.

Sinne des Abschnitts 2 des BSHG nicht gedeckt ist, § 850 f Abs. 1 a ZPO⁵. Mit dieser Regelung wurde das Lohnpfändungsrecht notdürftig korrigiert. Der Preis ist hoch, weil das ohnehin komplizierte Gesetz noch undurchschaubarer geworden ist⁶. Es ist an der Zeit, das Lohnpfändungsrecht grundlegend zu reformieren. Ziel der Reform muß eine Vereinfachung sein, und es muß die von *Henckel* aufgeworfene Frage, welche Schranken dem Gläubigerrecht zu setzen sind, neu beantwortet werden.

II. Geschichtliche Entwicklung

Die Einzelzwangsvollstreckung verlagert sich zunehmend auf die Forderungspfändung, insbesondere die Lohnpfändung. Die Versteigerung beweglicher Sachen ist ganz in den Hintergrund getreten und wirkt vorwiegend als Drohmittel⁷. Das war nicht immer so. Im letzten Jahrhundert wurde der Zugriff auf den Arbeitslohn durchaus nicht als selbstverständlich angesehen⁸. Die Diskussion um die Lohnpfändung fiel zusammen mit den Bemühungen um die Abschaffung der Schuldhaf, die im Norddeutschen Bund durch Gesetz vom 29. 5. 1868 erfolgte. *Schultze-Delitsch* beantragte im Anschluß an die Beratung des Gesetzes betreffend die Aufhebung der Schuldhaf eine Resolution, durch die ein Gesetz zum Verbot der Pfändung noch nicht verdienter Arbeits- und Dienstlöhne gefordert wurde. Der norddeutsche Reichstag nahm diese Resolution mit großer Mehrheit an. Der Entwurf des LohnbeschlagnahmeG, der dem Reichstag am 4. 3. 1868 vorgelegt wurde, sah kein generelles Verbot der Lohnpfändung vor; dem Schuldner sollten aber die Mittel zum notdürftigen Unterhalt belassen werden. Den Verfassern des Entwurfs war noch bewußt, daß die Pfändung künftigen Lohnes einen Vermögenswert ergreift, der noch gar nicht existiert, sondern vom Schuldner erst geschaffen werden muß. Man begründete deshalb die vorgesehene Pfändungsfreigrenze, die dem Schuldner Mittel für den notdürftigen Unterhalt belassen wollte, mit der Erwägung, man müsse dem Schuldner auch die Mittel bewilligen, die ihn in die Lage ver-

⁵ Bei der Auslegung der §§ 850 c ff orientiert sich die Rechtsprechung zunehmend an Vorschriften des Sozialhilferechts; vgl. aus jüngster Zeit OLG Köln Rpfleger 1994, 33 (zu § 850 d); LG Frankfurt Rpfleger 1994, 221 (zu § 850 c Abs. 4).

⁶ Schon vorher wurde freilich die Zugriffsgrenze an Sozialhilfesätzen orientiert bei der Auslegung des § 850 f Abs. 1 a. F.

⁷ Der österreichische Gesetzgeber, der uns immer einen Schritt voraus ist, gibt der Lohnexekution sogar kraft Gesetzes den Vorrang, § 14 Abs. 2 EO; zum österreichischen Recht *Burgstaller*, JAP 1991, 252.

⁸ Siehe dazu den guten Überblick von *Lippross*, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, 1983, S. 26 ff.

setzen, den künftigen Lohn zu verdienen. Gesetz ist der Entwurf nicht geworden, weil die Lohnpfändung im Zeitalter des Frühkapitalismus politisch nicht durchsetzbar war. Das LohnbeschlagnahmeG, das nach Inkrafttreten der ZPO durch die Verweisung in § 748 Nr. 1 CPO weitergalt, erlaubte überhaupt keinen Zugriff auf den künftigen Lohn eines Arbeiters. Der Pfändung unterlagen nach § 748 Abs. 3 CPO Gehalt und Dienstbezüge der im Privatdienst dauernd angestellten Personen (§ 4 Nr. 4 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869), soweit das Einkommen 1500,- Mark im Jahr überstieg. Es handelte sich um eine Regelung für Personen, die wir heute wohl zu den „Besserverdienenden“ rechnen würden⁹. Entsprechend war die Pfändungsfreigrenze festgesetzt. Es ist nicht ganz einfach, den Wert von 1500,- Mark im Jahre 1877 auf die heutigen Verhältnisse umzurechnen; der Betrag entsprach wohl einem Inspektorengehalt¹⁰. Das jährliche Durchschnittseinkommen eines Arbeiters betrug im Jahre 1875 in Hamburg 948, 20 Mark¹¹. Die Gehaltspfändung der Privatangestellten wurde im Laufe der Zeit erheblich ausgedehnt, weil der Gesetzgeber den Freibetrag bis zum Jahre 1917 unverändert ließ. Eine entscheidende Änderung des Lohnpfändungsrechts brachte die Novelle zur ZPO, die am 1. 1. 1900 in Kraft trat. Es wurde der Grundsatz preisgegeben, daß der künftige Lohn bei gewöhnlichen Arbeitnehmern nicht der Pfändung unterliegt. In der Konkursordnung wurde das Privileg des § 61 KO, das ursprünglich nur für ständig Angestellte des Gemeinschuldners galt, auf alle Arbeitnehmer ausgedehnt, und das Vorrecht des Lidlohns in § 10 Nr. 2 ZVG wurde entsprechend erweitert. Die Kehrseite war, daß auch bei der Lohnpfändung nicht mehr danach unterschieden wurde, ob der betreffende Arbeitnehmer dauernd angestellt war. Kontroverse Diskussionen wie bei Erlaß der LohnbeschlagnahmeG löste diese grundlegende Änderung nicht aus, der Gesetzgeber begnügte sich mit einem Hinweis auf die Regelung der KO und des ZVG, eine Begründung, die *Stein* als „nichtssagende Bemerkung“ abtat¹².

⁹ *Stein* ZZP 44 (1914), 426, 427 ging gleichwohl davon aus, die Regelung sei auf den vierten Stand gemünzt gewesen.

¹⁰ Jahrzehnte später, als schon Klage über die Inflation geführt wurde, war ein Gehalt in dieser Höhe für viele unerreichbar. *Stein* schrieb 1914, für den ostpreussischen Pferdeknecht klinge ein Jahreseinkommen von 1500,- Mark wie ein Märchen aus anderer Welt; ZZP 44 (1914) 431.

¹¹ Vgl. Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Band 28 (1877) S. 161 (Besprechung der Statistik des hamburgischen Staats (1876). Bergwerksarbeiter im Saarland verdienten 1874 im Jahr 963 Mark; Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik Band 94 (1910) Seite 291.

¹² *Stein* (Fn. 10) S. 427.

Infolge der Inflation nach dem ersten Weltkrieg wurde der unpfändbare Betrag mehrfach angehoben bis der Gesetzgeber den Verhältnissen gehorchend die Pfändungsfreigrenze an einen Index knüpfte, der wöchentlich vom statistischen Reichsamt veröffentlicht wurde. Das heutige Lohnpfändungsrecht wurde über die Jahre hinweg in verschiedenen Novellen geboren. Zunächst wurde die starre Pfändungsfreigrenze abgeschafft und verfeinert, indem die Zahl der Unterhaltsberechtigten berücksichtigt wurde (BundesratsVO vom 13. 12. 1917 und Verordnung über die Lohnpfändung vom 25. 6. 1919). Die weitere Entwicklung, die zu einer immer weiteren Ausdifferenzierung des Lohnpfändungsrechts führte, war nicht von einem gesetzgeberischen Konzept getragen. Der Gesetzgeber reagierte meist auf Notstände, die durch Krieg und Inflation hervorgerufen wurden. In der Wissenschaft wurde die ursprünglich kontrovers diskutierte Frage, ob es gerechtfertigt ist, daß auch künftiger noch unverdienter Lohn dem Zugriff des Gläubigers ausgesetzt sein soll, nicht mehr erörtert.

Auch Gesetzesänderungen, die nicht unmittelbar die §§ 850 ff ZPO betrafen, hatten zum Ziel, den Zugriff auf das Arbeitseinkommen zu erleichtern. Während sich ein gewöhnlicher Schuldner nach § 903 ZPO gegenüber dem Begehren des Gläubigers nach einer wiederholten Offenbarungsversicherung auf eine Sperrfrist von drei Jahren berufen kann, wird dem Arbeitnehmer dieser Schutz versagt, wenn es um die Pfändung des Lohns geht. Bei Auflösung eines bisherigen Arbeitsverhältnisses hat der Schuldner die Offenbarungsversicherung erneut zu leisten. Führt eine Lohnpfändung nicht zum Erfolg, weil der Arbeitgeber als Drittschuldner erklärt, der Schuldner sei ausgeschieden, kann der Gläubiger eine neue Vermögensoffenbarung verlangen. Auch die Mitteilung des Gerichtsvollziehers über Forderungen nach § 806 a ZPO, die im Jahre 1991 eingeführt wurde, sollte ursprünglich auf Lohnforderungen begrenzt sein¹³.

III. Dogmengeschichtliche Hintergründe des Wandels

Daß im Zeitalter des Frühkapitalismus, den wir mit Kinderarbeit und Knechtung der Arbeiterschaft in Verbindung bringen, die Lohnpfändung politisch nicht durchsetzbar war, während im sozialen Rechtsstaat gesetzgeberische Bemühungen um eine Verbesserung der Zwangsvollstreckung auf die Lohnpfändung fixiert sind und dem Schuldner in manchen Fällen das Existenzminimum nur auf Antrag belassen wird, ist ein überraschender und erklärungsbedürftiger Befund. Man wird versucht sein, das Gefühl, daß wir es so herrlich weit gebracht haben, durch den

¹³ Siehe dazu meine Kritik in DGVZ 1985, 19 ff.

Hinweis zu retten, daß man den heutigen Arbeitnehmer nicht mit dem Lohnarbeiter des Frühkapitalismus vergleichen dürfe. Als das LohnbeschlagnahmeG erlassen wurde, waren die Löhne der Arbeiter so gering, daß eine Pfändung sicher nicht viel gebracht hätte. Trotzdem ist das gestiegene Einkommen keine ausreichende Erklärung für die unterschiedliche Bewertung der Lohnpfändung. Wenn man die frühe Diskussion um die Zulässigkeit der Pfändung künftigen Lohnes richtig würdigen will, muß man ihren zivilrechtsdogmatischen Kontext berücksichtigen. Mitte des letzten Jahrhunderts war die Abtretbarkeit einer bestehenden Forderung noch nicht allgemein anerkannt, und über die Übertragbarkeit künftiger Forderungen wurde noch zu Beginn dieses Jahrhunderts gestritten¹⁴. Das Forderungsrecht als selbständiges Vermögensrecht wurde erst allmählich losgelöst von den persönlichen Rechtsbeziehungen der Beteiligten gedacht. *Windscheids* Schrift, „Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts“, in der er den materiellrechtlichen Anspruch entwickelte, erschien im Jahre 1856. Die Trennung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht war die Voraussetzung dafür, daß man das Forderungsrecht als übertragbares Vermögensrecht begreifen konnte. Man mußte außerdem von dem Rechtsverhältnis abstrahieren, in das die Forderung eingebettet ist. Die Verselbständigung der Forderung zu einem Vermögensrecht unter anderen veränderte die Bewertung der Forderungspfändung: der Gläubiger greift nicht anders als bei der Sachpfändung auf eine Vermögensposition des Schuldners zu. Bei der Gehaltspfändung scheint allenfalls noch regelungsbedürftig, wie man verhindern kann, daß der Schuldner verhungert oder der Sozialhilfe zur Last fällt.

Die Herausbildung der Abstraktionen, auf denen unsere Rechtsdogmatik aufbaut, sind bewundernswerte Leistungen. Abstraktionen entarten aber zu gefährlichen Fiktionen und Verzerrungen, wenn die Juristen vergessen, wovon sie abstrahieren, welchen Teil der Wirklichkeit sie unbeachtet lassen. Die Lohnpfändung ergreift nicht nur den Anspruch als Vermögensrecht des Schuldners, sie ist auch Eingriff in das Rechtsverhältnis, das den Anspruch hervorbringt und betrifft den Vertragspartner des Schuldners. Das hat der Staat sehr früh erkannt. Deshalb wurde das Dienstehinkommen der Beamten in weiterem Umfang als Einkommen der Privatangestellten der Pfändung entzogen (§ 749 Abs. 2 CPO). Daß im Zeitalter des Frühkapitalismus die Lohnpfändung nicht durchsetzbar war, liegt vor allem daran, daß die Arbeitgeber als Vertragspartner der Schuldner von der Vollstreckung betroffen waren, und

¹⁴ Siehe dazu *v. Tuhr*, DJZ 1904, 426. Das Reichsgericht hatte erstmalig in RGZ 55, 334 die Übertragung künftiger Forderungen anerkannt und nach Inkrafttreten des BGB an seiner Rechtsprechung festgehalten; RG DJZ 1903, 573.

es ist ihrem politischen Einfluß zu verdanken, daß dem Gläubiger der Zugriff auf den Lohn des Arbeiters verwehrt wurde.

Die unterschiedliche Bewertung der Lohnpfändung liegt vor allem daran, daß die Perspektive durch dogmatische Abstraktionen verkürzt wurde. Man vergißt, daß die juristische Konstruktion eines Pfändungsobjekts noch keine Werte schafft. Der Gläubiger greift mit der Lohnpfändung auf künftigen Erwerb zu, er pfändet eine Hoffnung. Ob die Hoffnung in Erfüllung geht, hängt davon ab, ob der Schuldner *freiwillig* seine Arbeitskraft verwertet, denn eine Pflicht zur Arbeit trifft den Schuldner einer Geldschuld nicht¹⁵. Hinter einer Geldschuld steht die Vermögenshaftung, und das bedeutet, daß der Gläubiger *vorhandene* Vermögensrechte verwerten kann. Die Abschaffung der Personalhaft war eine wichtige Errungenschaft, der Preis war aber, daß der Gläubiger gegenüber dem vermögenslosen Schuldner rechtlos gestellt wurde.

IV. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

In der Diskussion um die Lohnpfändung Mitte des letzten Jahrhunderts wurde ein inhaltlicher Streit um die Bedeutung der Vermögenshaftung ausgetragen. Der Zugriff auf den künftigen Lohn schien den einen die unzulässige Beschlagnahme der Arbeitskraft und ein Verstoß gegen den Grundsatz zu sein, daß die Freiheit und Würde der Persönlichkeit nicht den Vermögensinteressen des Gläubigers zu weichen hat, während andere darauf verwiesen, das Verbot der Lohnpfändung verstoße gegen das Grundprinzip des Vollstreckungsrechts, wonach das gesamte Vermögen des Schuldners hafte¹⁶. In Wahrheit ging es um die Frage, was es bedeutet, die Haftung auf das Vermögen zu beschränken. Die Zivilsenate des Reichsgericht haben zu dieser Frage mehrfach unmißverständlich Stellung bezogen. In der Entscheidung vom 5. 11. 1907, die sich mit einem Schuldner befaßte, der im Geschäft seiner Frau unentgeltlich tätig war, um den Gläubigern keine Angriffsfläche zu bieten, wird ausgeführt: *„Zwar haben die Gläubiger eines Schuldners in den gesetzlichen Schranken Anspruch auf die Befriedigung aus den Erträgen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit, sofern und soweit sich diese Erträge äußerlich greifbar als solche darstellen und ihrem Zugriffe zugänglich sind. Allein es besteht kein für die Rechtsordnung in Betracht kommender Anspruch der Gläubiger darauf, daß ihr Schuldner seine wirtschaftliche Tätigkeit in einer solchen Form und Gestalt ausübe,*

¹⁵ Nur bei der Unterhaltspflicht wird das Beschaffungsmittel „Arbeit“ im Gesetz erwähnt, vgl. § 1360 BGB.

¹⁶ Vgl. die Darstellung bei Lippross, aaO S. 26 ff.

die es ihnen ermöglicht, ihre Hand auf die Erträgnisse zu legen¹⁷. Für das Reichsgericht war es nicht sittenwidrig, wenn ein Schuldner seine Arbeitskraft so einsetzte, daß für die Gläubiger kein pfändbarer Gegenstand dabei herauskam. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gilt als spätere Errungenschaft, die erst unter der Geltung des Grundgesetzes voll zum Tragen kam. Die Wahrheit ist, daß das Reichsgericht bei der für das Zivilrecht grundlegenden Frage, wie weit die Haftung reicht, das Persönlichkeitsrecht sehr viel ernster nahm als unsere heutigen Gerichte. Das Reichsgericht wies die Ansicht zurück, ein Schuldner müsse eine Erwerbstätigkeit für seinen Gläubiger fortsetzen, denn diese Ansicht „würde zu einer Art moderner Schuldknechtschaft führen, die mit den heutigen Anschauungen, insbesondere den über das Recht zur freien Betätigung der Persönlichkeit unvereinbar wäre¹⁸“. Diesen Standpunkt legte das Reichsgericht auch seiner Rechtsprechung zu den viel diskutierten 1500-Mark-Verträgen zugrunde¹⁹. Nachdem die Lohnpfändung im Jahre 1900 auf alle Arbeitnehmer erweitert wurde, schlossen Angestellte mit ihren Arbeitgebern einen sog. 1500-Mark-Vertrag ab, in dem vereinbart wurde, daß der Arbeitnehmer nur Anspruch auf unpfändbare 1500,- Mark hatte; das weitere Entgelt wurde unmittelbar der Frau des Schuldners ausbezahlt. Das Reichsgericht vertrat die Ansicht, derartige Verträge seien weder sittenwidrig, noch berechtigten sie den Gläubiger zur Anfechtung²⁰.

V. Die weitere Entwicklung

Man mag in Einzelheiten über die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu den 1500-Mark-Verträgen streiten. Die Grundprämisse und das Verständnis der Vermögenshaftung wurden nie durch Argumente widerlegt. Die weitere Entwicklung wurde durch die politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse diktiert. Der verlorene erste Weltkrieg und die Weltwirtschaftskrise führten zu einer Verelendung großer Teile der Bevölkerung. Die liberale Philosophie, welcher das Reichsgericht noch huldigte, verlor spätestens im Dritten Reich die Akzeptanz. Im Jahre 1934 wurde der Vorläufer des heutigen § 850 h ZPO geschaffen, der eine

¹⁷ RGZ 67, 169.

¹⁸ RGZ 70, 230.

¹⁹ Vgl. dazu Stein (Fn. 10) 425; Oertmann *Recht und Wirtschaft*, 1914, 235; Zitelmann *DJZ* 1915, 448 jeweils mit weiteren Nachweisen.

²⁰ Die erste zivilrechtliche Entscheidung war RGZ 69, 59; es folgten weitere Entscheidungen, vgl. RGZ 81, 45; SeuffArch 67, Nr. 248, 249. Die Strafrechtler wollten ursprünglich eine andere Richtung einschlagen. Der erste Fall, der vor das Reichsgericht kam, endete mit einer Verurteilung des Schuldners und des Arbeitgebers, vgl. RGSt. 35, 62.

klare Abkehr von dem vom Reichsgericht eingeschlagenen Weg bedeutete. Mit der Zwangs-Kommerzialisierung der Arbeitskraft des Schuldners, die § 850 h Abs. 2 ZPO vorsieht, wurde die Beschränkung der Haftung auf das Vermögen des Schuldners preisgegeben.

Lohnpfändungsvorschriften, die den Zugriff bis zum Existenzminimum erlauben, gehen von der stillschweigenden Annahme aus, der Schuldner sei verpflichtet, für den Gläubiger zu arbeiten, wenn er über kein anderweitiges Vermögen verfüge. Die unheilvolle Orientierung am Sozialhilferecht führt diesen Gedanken folgerichtig weiter: Es wird nicht nur geprüft, was der Schuldner tatsächlich verdient, man stellt bereits die Frage, ob der Schuldner seine Arbeitskraft auch richtig eingesetzt hat. So kann man bei *Stöber* lesen, der Schuldner dürfe sich nicht auf die absolute Pfändungsgrenze des § 850 f Abs. 1 a ZPO berufen, wenn er sich nicht um zumutbare Arbeit mit ausreichendem Einkommen bemühe²¹. Daß der Schuldner tatsächlich arbeitet, reicht noch nicht, er muß seine Arbeitskraft auch gewinnbringend einsetzen. Von der Annahme einer Arbeitspflicht ist es nur ein kleiner Schritt, auch andere Erwerbsobliegenheiten zu postulieren. Die Praxis hat diesen Schritt bereits vollzogen. Das Landgericht Berlin hatte über den Antrag eines Arbeitslosen zu befinden, der geltend machte, durch die Pfändung der Arbeitslosenhilfe sinke er unter die Sozialhilfegrenze. Das Gericht wies den Antrag zurück und rechnete dem Schuldner vor, er könne seine Not dadurch lindern, daß er einen Untermieter in seine Wohnung aufnehme. Das Recht des Schuldners auf Privatsphäre habe gegenüber dem Recht der Gläubiger auf Erfüllung ihrer Forderungen zurückzustehen²². Hinter diesen Überlegungen steht keine materiellprivatrechtliche Wertung mehr, die sich an der Idee der Vermögenshaftung orientiert. Das Existenzminimum, das durch die Sozialhilfe gesichert wird, gewährleistet nach der Rechtsprechung des BVerfG²³ die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein. Wenn dem Schuldner dieser Mindestbetrag nicht belassen wird, weil er nach Ansicht des Gerichts Einkommen erzielen könnte, wird die postulierte Erwerbsobliegenheit zur Erwerbspflicht. Eine derartige Erwerbspflicht trifft aber nur Schuldner, deren pfändungsfreier Betrag unter der Sozialhilfegrenze liegt. Daß Schuldner unter das Existenzminimum absinken können, liegt an der Ausgestaltung der Lohnpfändungsvorschriften. So berücksichtigt § 850 c ZPO die Zahl der Unterhaltsberechtigten, aber Schuldner, die neben einer Frau für mehr als vier Kinder zu sorgen haben, sind dabei nicht vorgesehen, weil nur fünf Unterhaltsberechtigte Berücksichtigung

²¹ Forderungspfändung, 10. Aufl., 1993, Rdnr. 1176h.

²² LG Berlin Rpfleger 1994, 221.

²³ BVerfG NJW 1990, 2869, 2871 und 2873.

finden²⁴. Der kinderreiche Schuldner muß einen Antrag nach § 850 f Abs. 1 a ZPO stellen, und nach der Rechtsprechung mancher Gerichte muß er damit rechnen, daß er auf Erwerbsmöglichkeiten verwiesen wird.

Auch § 850 h Abs. 2 ZPO führt in der Praxis zu Ergebnissen, die bedenklich stimmen, weil Tätigkeiten des Schuldners gegen dessen Willen kommerzialisiert werden. So hat das LG Münster die gewöhnlichen Haushaltsarbeiten, die ein Schuldner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leistete, vollstreckungsrechtlich zu entgeltlichen Arbeiten einer Zugeh- oder Putzfrau nach § 850 h Abs. 2 ZPO umgewandelt²⁵, und er mußte im Offenbarungsverfahren Auskunft über die Einkommensverhältnisse der Lebenspartnerin geben.

VI. Rückkehr zur Vermögenshaftung

Wer über die Vermögenshaftung und die Lage des Schuldners in der Zwangsvollstreckung nachdenkt, darf dabei die Interessen des Gläubigers nicht vergessen. *Stein* schrieb im Jahre 1914²⁶: „*Freilich, wenn wir an die Zwangsvollstreckung denken, so sehen wir auf der einen Seite immer nur das Vollstreckungsorgan, den Gerichtsvollzieher oder das Vollstreckungsgericht, und auf der anderen Seite den Schuldner. Jenseits des Augenpunktes bleibt der Gläubiger im Hintergrunde, und wir vergessen nur zu leicht, daß in der Zwangsvollstreckung der Gläubiger hinter wirtschaftlichen Werten herjagt, die in aller Regel der Schuldner früher genossen hat.*“ Die Zwangsvollstreckung dient der Verwirklichung des Anspruchs, der für den Gläubiger titulierte ist. Die Frage, wie weit die Haftung des Schuldners gehen soll, betrifft die privatrechtliche Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner. Aber es geht dabei nicht um eine konkrete Interessenabwägung wie bei Tatbeständen des materiellen Rechts, die uns die Prüfung auferlegen, was der einen oder anderen Partei noch zumutbar ist. Es ist die generelle Grenze zu bestimmen, welche im Vermögensrecht die maximale Verlustgrenze markieren soll. Dabei muß man sich der suggestiven Kraft entziehen, die von plakativen Fällen ausgeht. Leitbild darf weder der arme Schuldner sein, der von einem raffinierten Gläubiger heimtückisch in die Verschuldung getrieben wurde, noch sollte man voraussetzen, daß der Gläubiger von einem frechen, zahlfaulen Schuldner an der Nase herumgeführt wird. Mit der Haftungsgrenze werden die Spielregeln und Rahmenbedin-

²⁴ Auch das österreichische Recht sieht für den Schuldner höchstens fünf Unterhaltsberechtigte vor; vgl. § 291a Abs. 4 mit § 292a Ziff. 5 EO.

²⁵ LG Münster Rpfleger 1994, 33.

²⁶ Oben Fn. 10 S. 446.

gungen des Privatrechtsverkehrs festgelegt. Wir sollten darüber ebenso nüchtern diskutieren wie über die Frage, ob es Kaufleuten gestattet sein soll, Gesellschaften zur Begrenzung der Haftung zu gründen.

Die Haftung muß sich nach dem Inhalt des Gläubigerrechtes richten. Ein Gläubiger, der einen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gegen seinen Schuldner hat, soll berechtigt sein, auf das Vermögen des Schuldners zuzugreifen. Der Anspruch ist auf das Vermögen gerichtet, nicht auf die Person. Dieser Sachverhalt wird dadurch verdunkelt, daß die Rechtslage meist auf der Pflichtenebene beschrieben wird und dabei der vieldeutige Begriff der Pflicht ganz undifferenziert verwendet wird. Wenn wir sagen, der Schuldner sei verpflichtet, eine bestimmte Summe an den Gläubiger zu zahlen, dann bedeutet dies nur, daß er diesen Betrag aus seinem Vermögen in das Vermögen des Gläubigers überführen soll. Der Schuldner ist nicht verpflichtet, durch Arbeit oder sonstige Erwerbstätigkeit Vermögen zu beschaffen. Eine Klage des Gläubigers, die auf Verurteilung des Schuldners zur Arbeit zielte, würde abgewiesen. Der Anspruchsinhalt bestimmt den Urteilstenor; vom Urteilstenor hängt es ab, welche Exekutionsart zulässig ist, und die Exekutionsart bestimmt die Haftungsgrenze. Beim Herausgabeanspruch kann der Gläubiger nur auf die im Titel genannte Sache zugreifen, bei der Vollstreckung wegen einer Geldforderung ist der Zugriff auf Vermögensgegenstände erlaubt. Nur bei der Vollstreckung unvertretbarer Handlungen und bei der Unterlassungsvollstreckung richtet sich der Zwang gegen die Person. Unser Recht huldigt wegen dieser Zusammenhänge dem Grundsatz der Realerfüllung und Naturalerfüllung. Der Herausgabeschuldner soll nicht mit seinem Vermögen haften, es sei denn die Herausgabeschuld ist in eine Zahlungspflicht übergegangen, weil die Voraussetzungen eines Leistungsstörungstatbestandes verwirklicht sind. Auch der Geldschuldner hat in der Vollstreckung nur den Zwang zu dulden, der dem Anspruch entspricht, und das bedeutet, daß sich der Vollstreckungszwang weder unmittelbar noch mittelbar gegen die Person richten darf.

Bei der Festlegung von Pfändungsfreigrenzen ist es verfehlt, nur an das Existenzminimum zu denken und beim Gläubiger um Verständnis dafür zu werben, daß man den Schuldner nicht verhungern läßt. Die Lohnpfändung erfaßt Vermögen, das der Schuldner durch freiwilligen Einsatz seiner Arbeitskraft erwirbt. Daß die meisten Schuldner auf ihre Arbeit angewiesen sind und wenig Entscheidungsspielraum haben, sollte nicht darüber hinwegtäuschen, daß *dem Gläubiger gegenüber* die Verwertung der Arbeitskraft freiwillig erfolgt.

Wir müssen auch im Recht der Lohnpfändung zurückkehren zu der kulturellen Errungenschaft reiner Vermögenshaftung. Nur so lassen sich Regelungen über eine Restschuldbefreiung in unser Haftungs-

system integrieren. Die Insolvenzordnung, die am 1. 1. 1999 in Kraft treten soll, sieht vor, daß der Schuldner, der sich um eine Restschuldbefreiung bemüht, zunächst den pfändbaren Teil seines Arbeitseinkommens an die Gläubiger abzuführen hat. Aber das gilt nur in der ersten Zeit der „Wohlverhaltensperiode“. In den letzten Jahren soll er einen steigenden Teil seines Arbeitseinkommens für sich behalten können. Diese Regelung kann nicht ohne Auswirkung auf das heutige System der Lohnpfändung bleiben. Das amerikanische Vorbild der Restschuldbefreiung war zum Teil funktionales Äquivalent zur Lohnpfändung²⁷, die in den USA Restriktionen unterliegt. Wenn die Haftung auf das Vermögen beschränkt ist und die Freiheit des Schuldners über die Verwertung seiner Arbeitskraft unberührt bleibt, dann folgt daraus notwendig, daß der Schuldner auch gegenüber dem Gläubiger noch eine Verhandlungsposition hat. Er kann den freiwilligen Einsatz seiner Arbeitskraft davon abhängig machen, daß ihm ein Teil der Schulden erlassen wird. Nur wenn man sieht, daß der Gläubiger mit seinem vermögenslosen Schuldner in einem Boot sitzt und es der freien Entscheidung der Schuldners anheimgegeben ist, ob er weiterrudert, lassen sich Regelungen über die Restschuldbefreiung mit Art. 14 GG in Einklang bringen.

Bei der Festsetzung des unpfändbaren Teils des Lohnes sollte von dem Grundsatz ausgegangen werden, daß ein Einkommen, das dem durchschnittlichen Lohn eines Arbeiters entspricht, nicht pfändbar ist. Daß damit weitreichende Konsequenzen verbunden sind, soll nicht verschwiegen werden. Kredite für Personen mit niedrigem Einkommen würden erheblich verteuert; manche fänden überhaupt keinen Kreditgeber mehr. Zu bedenken ist auch, daß der Konsumentenkredit bisher zum sozialen Frieden beigetragen hat. Der Einkommensschwache kann sich der Illusion hingeben, daß er sich mehr leisten kann, als er verdient. Von vielen Schuldnern wird diese Illusion allerdings sehr teuer bezahlt²⁸. Auch die sozialen Kosten der heutigen Lohnpfändung sind beträchtlich. Denn ein Schuldner, für den sich Arbeit nicht mehr lohnt²⁹, wird früher oder später irgendeinem Sozialsystem zur Last fallen.

²⁷ Dieser Aspekt ist angedeutet bei Lotz, Der Weg aus dem „Schuldturm“, rechtsvergleichende Überlegungen zur Ausgestaltung eines effektiven Insolvenzrechts für Privatpersonen, Diss. Bayreuth, 1990, S. 41.

²⁸ Die Zahl der überschuldeten Haushalte wird in Deutschland auf 1,4 bis 1,5 Millionen geschätzt; vgl. Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, Zur längerfristigen Entwicklung der Konsumentenkredite und der Verschuldung privater Haushalte, April 1993 S. 19 ff und Monatsbericht Oktober 1993.

²⁹ Die Beträge, mit denen heute die Arbeit honoriert wird, sind kein effektiver Anreiz, vgl. etwa OLG Köln Rpfleger 1994, 33, das dem Schuldner im Monat einen Zuschlag von 152,70 DM gewährte.

Eine grundlegende Reform des Lohnpfändungsrechts, die zum Prinzip der Vermögenshaftung zurückkehrt und die Pfändungsfreigrenzen ganz deutlich nach oben korrigiert, wird verhindern, daß das Problem der Verschuldung an falscher Stelle gelöst wird. Wenn wir uns ein Vollstreckungsrecht leisten, das den Schuldner in eine völlig aussichtslose Lage bringen kann, wird eine Korrektur des materiellen Rechts erzwungen, die auf eine Einschränkung der Vertragsfreiheit hinausläuft. *Medicus* hat richtig auf den Zusammenhang zwischen der Rechtsprechung zu § 138 BGB³⁰ und den unzulänglichen Pfändungsschutzvorschriften hingewiesen³¹. Daß diese Lösung halbherzig und unzulänglich ist, liegt auf der Hand, weil sie auf rechtsgeschäftlich begründete Forderungen begrenzt ist. Sie ist auch nicht wünschenswert, weil die Privatautonomie eine elementare Grundlage unserer Zivilrechtsordnung ist.

Entschlösse sich der Gesetzgeber, den unpfändbaren Betrag dem Durchschnittseinkommen eines Arbeiters anzupassen, könnte das Lohnpfändungsrecht auf eine einzige Bestimmung reduziert werden. Die Vereinfachung des Lohnpfändungsrechts würde nicht nur die Arbeitgeber entlasten, die als Drittschuldner die Zeche unseres heutigen Systems mitbezahlen müssen, weil man vergessen hat, daß die Pfändung einer Forderung einen Eingriff in das Rechtsverhältnis bedeutet, dem sie entspringt; es würden auch bei der Justiz Kapazitäten frei. Vielleicht erübrigte sich die Diskussion um eine weitere Einschränkung der Rechtsmittel im Zivilprozeß, wenn Richtern nicht mehr die Gelegenheit geboten würde, ihren Scharfsinn auf die Frage zu verwenden, unter welchen Voraussetzungen einem Schuldner, der für seinen Gläubiger arbeitet, ein Zuschlag zum unpfändbaren Teil des Arbeitslohnes zu gewähren ist, damit er mit der Straßenbahn zur Arbeit fahren kann³².

³⁰ Siehe dazu BVerfG NJW 1994, 36 und zuletzt BGH NJW 1994, 1278.

³¹ *Medicus*, in: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute – Der moderne Schuldturn?, 1992, S. 96.

³² Vgl. z. B. die Entscheidung LG Stuttgart Rpfleger 1990, 173.

Mahnbescheid und Zahlungsbefehl – ein Blick über die Grenzen

DAGMAR COESTER-WALTJEN

Dem Gläubiger schnell, einfach, kostengünstig und effektiv zu seinem Recht zu verhelfen und dabei gleichzeitig die schutzwürdigen Belange des Schuldners zu wahren, ist ein Anliegen aller Prozeßrechte. Neben das ordentliche Erkenntnisverfahren, das in jedem Abschnitt eine Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Parteien vornimmt, tritt in den meisten Rechtsordnungen die Möglichkeit des Gläubigers, in vereinfachter und beschleunigter Form zu einem Vollstreckungstitel zu kommen; dem Schuldner wird erst auf sein Verlangen hin der volle Schutz der Verfahrensregeln gewährleistet.

Von diesen Möglichkeiten der beschleunigten und vereinfachten Rechtsdurchsetzung sollen im folgenden das Zahlungsbefehlsverfahren nach österreichischem und nach Schweizer Recht im Vergleich zum deutschen Mahnverfahren in ihrer Grundstruktur (nicht in ihren Einzelheiten) betrachtet werden. Alle drei Rechte wählen in dem Bemühen um Effektivität und Schnelligkeit der Rechtsdurchsetzung einerseits und der Wahrung der schutzwürdigen Belange des Schuldners andererseits unterschiedliche Ansatzpunkte. Da weder Österreich noch die Schweiz bisher einen Vertreter in der Arbeitsgruppe der EG zur Schaffung eines Modellgesetzes einer europäischen Zivilprozeßordnung haben¹, sollen mit dem Blick in diese Rechtsordnungen die rechtsvergleichenden Überlegungen zu diesem Bereich ergänzt werden.

Vom Ansatz her dem deutschen Mahnbescheidsverfahren ähnlich ist das Mahnverfahren im österreichischen Recht. Mit der Zivilverfahrensnovelle von 1983 ist es aus dem Mahngesetz von 1873² in reformierter Form³ in die österreichische ZPO übernommen worden (§§ 448–553

¹ Vgl. *Prütting*, Festschrift Baumgärtel 1990, 457, 461.

² RGBl. 1873, 67.

³ Übernommen wurde nur die Mahnklage, nicht das Mahngesuch, das beim Bezirksgericht gestellt werden konnte; mit Widerspruch des Schuldners gegen den (bedingten) Zahlungsbefehl verlor dieser seine Kraft, das Verfahren war erfolglos beendet; von dieser Möglichkeit wurde in der Praxis kaum Gebrauch gemacht.

öZPO)⁴. Dabei ist zwar wie im deutschen und Schweizer Recht das Ziel, für voraussichtlich nicht streitige Forderungen die Erlangung eines Vollstreckungstitels rasch und billig zu ermöglichen⁵, der Gesetzgeber hat jedoch einerseits das Verfahren nicht nur – wie in der Schweiz⁶ und Deutschland⁷ – auf die Durchsetzung von Geldforderungen, sondern auch der Höhe nach begrenzt⁸, andererseits ist das Mahnverfahren (seit 1. 1. 1986) obligatorisch für alle auf Geldzahlungen gerichteten Klagforderungen unter dem genannten Wert vorgesehen⁹. Zu kennzeichnen ist es als wesensgleiche Vorstufe des ordentlichen Verfahrens, nicht als ein aliud. Es wird daher auch eingeleitet durch eine *Klagerhebung* beim Bezirksgericht¹⁰, nicht durch einen Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls. Die Klage enthält den Antrag, vorerst einen bedingten Zahlungsbefehl zu erlassen. Anwaltliche Vertretung ist unter den gleichen Voraussetzungen wie im kontradiktorischen Streitverfahren erforderlich¹¹. Voraussetzung für den Erlaß des Zahlungsbefehls (durch den Rechtspfleger)¹² ist das Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen, insbeson-

⁴ Das vormalig an gleicher Stelle geregelte Bagatellverfahren ist entfallen; das in Zielsetzung und Durchführung in vielem ähnliche Mandatsverfahren (zu den Unterschieden vgl. die Gegenüberstellung bei *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., 1992, S. 292), dessen gemeinrechtliche Wurzeln auch das deutsche Mahnverfahren beeinflusst haben (vgl. *F. Stein*, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, 11. Aufl., 2. Bd., 1913, vor § 688 Anm. I), hat damit viel von seiner Relevanz eingebüßt (für eine Abschaffung des Mandatsverfahrens: *Fasching*, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1990, Rdn. 2110).

⁵ *Fasching*, Rdn. 1632; *Ballon*, S. 252; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., 1986, Rdn. 647.

⁶ Art. 38, 67, 69 SchKG; ursprünglich war allerdings das Rechtsbot der Ostschweizer Kantone, aus dem sich der Zahlungsbefehl des SchKG entwickelte, nicht auf Geldforderungen beschränkt, vgl. *Fritzsche*, Das Rechtsbot, eine Eigentümlichkeit Ostschweizer Zivilprozesse, 1905, S. 7.

⁷ § 688 dtschZPO.

⁸ Das Mahnverfahren ist nach h. M. unzulässig, wenn die geforderte Summe 100 000 öS überschreitet, selbst wenn der Anspruch voraussichtlich nicht bestritten wird, vgl. *Fasching*, Rdn. 1634; *Ballon*, S. 253; a. A. *Buchegger/Deixler*, Praktisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1990, S. 184; mehrere Ansprüche sind zusammenzuzählen, auch wenn die Voraussetzungen des § 55 I Jurisdiktionsnorm (JN) für die Addition bei der Streitwertberechnung nicht gegeben sind (§ 55 IV JN), vgl. *Fasching*, Rdn. 1634.

⁹ Im deutschen Recht hat sich ein derartiges obligatorisches Verfahren nicht bewährt und wurde daher wieder abgeschafft, vgl. *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, Tübingen 1950, S. 549; in der Schweiz ist das Zahlungsbefehlsverfahren obligatorisch nur im Kanton Appenzel-Innerroden, Art. 126 I ZPO v. 24. 4. 1949.

¹⁰ Im Gerichtshofverfahren gibt es ein Mahnverfahren nur in Arbeitsrechtssachen, § 56 ASGG und bei Klagen gemäß § 79 JN (Klagen von Richtern und Gegenrichtern) und § 94 II JN (Klagen der Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigten wegen ihrer Kosten), Art. XIV EGJN.

¹¹ § 27 öZPO (zur Zeit bei Klagen über einen Streitwert von 30 000 öS).

¹² § 16 I Nr. 1 a) öRpflG; in Arbeitsrechtssachen ist der Richter zuständig, § 56 ASGG.

dere der Zuständigkeit des angegangenen Gerichts nach den allgemeinen Zuständigkeitsregelungen¹³. Der Beklagte darf nicht unbekanntem Aufenthaltsort sein, eine Zustellung an einen Zustellungskurator (§ 116 öZPO) kommt also nicht in Betracht¹⁴. Weiterhin muß die geltend gemachte Forderung klagbar, fällig und unabhängig von einer Gegenleistung sein¹⁵. Die Angaben hierzu sind im Klagantrag zu machen, wobei zur Erleichterung und zur Durchführung im Wege der automationsunterstützten Datenverarbeitung (ADV) Formblätter benutzt werden können¹⁶. Die Vorlage von Urkunden ist nicht erforderlich¹⁷.

Aus dem Erfordernis der Klagbarkeit der Forderung schließt die wohl h. M., daß nach dem Inhalt des Klagantrags und den amtsbekannten Tatsachen vom Richter bzw. Rechtspfleger geprüft werden muß, ob das Begehren rechtlich schlüssig ist und nicht gegen zwingendes Recht verstößt¹⁸. Verstöße etwa gegen § 879 ABGB¹⁹ oder §§ 16–25 Konsumentenschutzgesetz (KSchG)²⁰ sollen in dieser Phase festgestellt werden und den Erlaß eines Zahlungsbefehls hindern. Theoretisch ist damit die Prüfungsschwelle höher als im deutschen Recht, das nur für den Verbrauchercredit eine Zinskontrolle vorsieht (§ 688 II Nr. 1 dtschZPO), praktisch allerdings sind i. d. R. die Angaben in den Formularklagen angesichts des knappen zur Verfügung stehenden Raumes viel zu dürftig, als daß sie eine sorgfältige Schlüssigkeitsprüfung ermöglichen könn-

¹³ Eine dem § 689 dtschZPO entsprechende Zuständigkeitsregelung kennt das österreichische Recht nicht; der Grundsatz des actor sequitur forum rei wird also im österreichischen Recht auch hier (nur mit den allgemeinen Ausnahmen) durchgehalten, die Verweisung an das zuständige Gericht bei Einlegung des Einspruchs (beim Widerspruch im deutschen Recht, § 696 I dtschZPO) entfällt damit.

¹⁴ Dazu die vergleichbaren Regelungen in § 688 II Nr. 3 (und III) dtschZPO.

¹⁵ Vgl. dazu die entsprechenden Voraussetzungen in § 688 II Nr. 2 dtschZPO.

¹⁶ Vgl. § 453 öZPO und die Mahnform-Verordnung, BGBl. 1985/467; kritisch unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensgarantien: Klötzl, ÖJZ 1986, 433 ff; zum automatisierten Verfahren beim deutschen Mahnbescheid: Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 21. Aufl., Bd. 5/2, 1994, § 689 Rdn. 14 ff, § 703c Rdn. 9.

¹⁷ Anders im sog. Mandatsverfahren, in dem bereits mit der Klage mandatsfähige Urkunden vorgelegt werden müssen, mit denen der Anspruch des Klägers auf Haupt- und Nebenforderungen bewiesen wird. Zur Verbreitung und Favorisierung des Urkunden-Mahnverfahrens innerhalb der EU-Staaten: Prütting, Festschrift Baumgärtel, S. 457, 462 ff, 469.

¹⁸ So vor allem Fasching, Rdn. 1635; ihm folgend: Ballon, S. 253; Rechberger/Simotta, Rdn. 649; a. A. Deixler, S. 183.

¹⁹ § 879 ABGB enthält eine dem § 138 BGB entsprechende, aber nach Rechtsprechung und Lehre teilweise weitergehende Generalklausel, vgl. Rummel/(Krejci), ABGB, 1. Band, Wien 1990, § 879, Rdn. 4 ff, 98 ff.

²⁰ Die §§ 16–19 KSchG definieren den Kreis der „Verbraucherkreditgeschäfte“, für die die Regelungen der §§ 20–25 KSchG besondere Schutzvorschriften unabdingbar vorschreiben.

ten²¹. Begründet wird das sich aus dem Begriff „klagbar“ nicht notwendig ergebende Erfordernis einer Schlüssigkeitsprüfung mit der Einhaltung rechtsstaatlicher Garantien: Der Erlaß des Zahlungsbefehls wird mit dem Versäumnisurteil auf eine Stufe gestellt; es sollen daher auch die gleichen Schutzgarantien gegeben sein und nicht nur eine geringere Prüfungsqualität²². Dies erscheint deswegen besonders wichtig, weil der (bedingte) Zahlungsbefehl nach Ablauf der Einspruchsfrist von zwei Wochen zu einem grundsätzlich unanfechtbaren Vollstreckungstitel wird, also in formelle und materielle Rechtskraft erwächst.

Der ohne Verhandlung und Anhörung des Gegners ergehende Zahlungsbefehl enthält die Klagangabe, fordert den Beklagten auf, innerhalb einer Frist von 14 Tagen die Schuld einschließlich der Kosten zu begleichen und belehrt ihn darüber, daß er innerhalb von 14 Tagen ab Zustellung Einspruch erheben kann, wodurch die Einleitung des ordentlichen Verfahrens bewirkt wird, § 449 öZPO. Zahlt der Schuldner, so ist das Verfahren damit beendet, das Ziel erreicht. Legt der Schuldner rechtzeitig Einspruch ein, so ist damit – anders als im deutschen Recht – das Verfahren automatisch übergeleitet in das normale Erkenntnisverfahren, das Gericht hat einen Termin zur mündlichen Streitverhandlung anzuberaumen; die ohne Mahnverfahren vor den Bezirksgerichten (fakultativ) mögliche erste Tagsatzung entfällt²³, ansonsten aber nimmt das Verfahren wie nach einer normalen Klagzustellung seinen Lauf²⁴.

Der Einspruch muß zwar schriftlich oder mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle des Bezirksgerichts²⁵ erfolgen (§ 451 I öZPO), jedoch sind die Formerfordernisse im übrigen gering²⁶, insbesondere braucht der Einspruch – wie der Widerspruch des deutschen Rechts – nicht begründet zu sein und trotz eines möglicherweise (je nach Streitsumme)

²¹ So auch *Fasching*, Rdn. 1635; kritisch unter dem Gesichtspunkt der Beschneidung der Klägerrechte (*obligatorisches* Mahnverfahren): *Klötzl*, ÖJZ 1986, 433, 436. Die Automationsgestütztheit des Verfahrens verhindert hingegen die Zulässigkeitsprüfung nicht, da trotz des Entscheidungsvorschlags der Datenbank der Erlaß des Zahlungsbefehls selbst durch den Richter/Rechtspfleger zu erfolgen hat, vgl. zum Ablauf: *Kalmus*, ÖJZ 1985, 705, 709; *Fasching*, Rdn. 1643/2.

²² *Fasching*, Rdn. 1635; dementsprechend verwirft er eine Gleichsetzung des rechtskräftigen Zahlungsbefehls mit dem noch nicht rechtskräftigen Versäumnisurteil (Rdn. 1631), näher dazu unten.

²³ *Ballon*, S. 24; die Tagsatzung dient der Ermittlung der Streitbereitschaft des Beklagten, die dieser hier bereits durch Einspruchseinlegung bezeugt hat.

²⁴ Wird der Einspruch als unzulässig zurückgewiesen, so kann der Beklagte dagegen – unabhängig von der Höhe des Streitwertes – mit dem Rekurs nach § 514 öZPO vorgehen (§ 517 Nr. 1 öZPO).

²⁵ Dieses muß nicht notwendig das Prozeßgericht sein, § 451 I 4 öZPO.

²⁶ § 75 öZPO ist nicht anwendbar.

²⁷ *Fasching*, Rdn. 1640.

für den Kläger bestehenden Anwaltszwangs kann der Einspruch ohne anwaltliche Vertretung eingelegt werden²⁷.

Ist die Frist von 14 Tagen ohne Einspruch abgelaufen, so wird der Zahlungsbefehl rechtskräftig und damit ein Exekutionstitel. Die einzige Möglichkeit, sich gegen ihn zu wehren, besteht – außerhalb der Nichtigkeits- und Wiederaufnahmeklage – nur noch, wenn der Schuldner erfolgreich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 146 ff öZPO) begehrt, was aber nur unter ähnlich engen Voraussetzungen wie im deutschen Recht möglich ist²⁸. Mit Bewilligung der Wiedereinsetzung tritt der Zahlungsbefehl automatisch außer Kraft, der Streit wird in dem normalen Erkenntnisverfahren weitergeführt. Allerdings kann der Kläger aufgrund des (zunächst rechtskräftig gewordenen) Zahlungsbefehls eine „Exekution zur Sicherstellung“²⁹ ohne Sicherheitsleistung und ohne den Nachweis einer Gefährdung der späteren Durchsetzung seines Anspruchs beantragen (§ 371 Nr. 3 Exekutionsordnung [EO])³⁰.

Die im Rahmen der Reform des Mahnverfahrens zunächst vorgesehene Widerspruchsmöglichkeit gegen den rechtskräftig gewordenen Zahlungsbefehl ist nicht Gesetz geworden. Die geplante Regelung hatte sich an § 700 dtschZPO orientiert (mit spiegelbildlicher Verwendung der Begriffe Einspruch und Widerspruch), war aber auf heftige Kritik gestoßen³¹. Da – anders als im deutschen Recht – nicht der Erlaß eines neuen Bescheids (Vollstreckungsbescheids) vorgesehen war, ergaben sich in erster Linie aus systematischer Sicht Bedenken: Ein gegen den *rechtskräftigen* Zahlungsbefehl eingelegter Widerspruch erschien (anders als der Widerspruch gegen ein Versäumnisurteil) nicht mit der Rechtskraftlehre vereinbar³². Zudem hielt man diese Regelung für schwer verständlich und eher verwirrend für den Schuldner. Weiterhin sah man kein Bedürfnis, weil der Schuldner ja bereits die Einspruchsfrist von 14 Tagen gehabt habe; insofern könne keine Parallele zur einmaligen Säumnis im Termin, also zum Erlaß eines Versäumnisurteils gezogen werden. Schließlich betrachtete man die Widerspruchsfrist als unangemessene Verzögerung, zumal dem Gläubiger die Möglichkeit der (auch für diesen Fall im Entwurf vorgesehenen) Exekution zur Sicherstellung häufig nichts nütze³³.

²⁸ Vgl. *Fasching*, Rdn. 573 ff; *ders.*, Festschrift Baur, 1981, S. 387.

²⁹ Diese hat im allgemeinen funktional die gleiche Bedeutung wie die vorläufige Vollstreckbarkeit des deutschen Zivilprozesses; *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl., 1993, S. 65.

³⁰ Wird dem Wiedereinsetzungsantrag stattgegeben, so sind vollzogene Exekutionshandlungen aufzuheben (§ 376 I EO), die Exekution ist von Amts wegen einzustellen, vgl.: *Rechberger/Simotta*, Exekutionsverfahren, 1989, Rdn. 795.

³¹ Vgl. vor allem *Fasching*, JBl. 1982, 125, 127; *Rechberger*, ÖJZ 1982, 517, 518.

³² *Fasching*, JBl. 1982, 125, 128; *Rechberger*, ÖJZ 1982, 518.

³³ So *Fasching*, JBl. 1982, 125, 128.

Daß im deutschen Recht mit dem Vollstreckungsbescheid der Schuldner noch einmal (vor Beginn der Zwangsvollstreckung) auf die Ernsthaftigkeit des Gläubigerverlangens hingewiesen und ihm noch einmal die Möglichkeit der Einwände gegen den Zahlungsanspruch gegeben werden soll, falls er den Zahlungsbefehl unbeachtet gelassen hat, also sozusagen ein Sicherheitsnetz aufgespannt wird, erschien den österreichischen Autoren weniger überzeugend. Dabei ist zu beachten, daß das österreichische Mahnverfahren mit der von der h. L. angenommenen Schlüssigkeitsprüfung theoretisch eine höhere Eingangsschwelle hat.

Einen ganz anderen Ansatzpunkt hat der Schweizer Zahlungsbefehl. Dies zeigt sich bereits in Regelungskompetenz und Regelungsort: Das Zahlungsbefehlsverfahren ist bundesrechtlich geregelt. Da der Bundesgesetzgeber nicht für das Erkenntnisverfahren, sondern nur für die Vollstreckung von Geldforderungen die Regelungskompetenz hat³⁴, gehört der Zahlungsbefehl auf die vollstreckungsrechtliche Ebene. Das Verfahren ist geregelt im Gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) und gilt in gleicher Weise bei der Einleitung der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Titel, es kann also sowohl als Vorstufe wie auch im Nachgang zum Erkenntnisverfahren in Anspruch genommen werden.

Das Zahlungsbefehlsverfahren beginnt damit, daß der Gläubiger beim Betreibungsamt (*nicht* bei Gericht) am Wohnsitz des Schuldners³⁵ mündlich oder schriftlich sein Betreibungsbegehren stellt. Die inhaltlichen Anforderungen sind gering, anzugeben sind neben Name und Wohnsitz von Gläubiger und Schuldner die Forderungssumme in Schweizer Franken gegebenenfalls mit Zinsfuß und Zinsbeginn, die Forderungsurkunde mit Datum, falls eine solche nicht vorhanden ist, alleine der Forderungsgrund, Art. 67 SchKG. Einer näheren Begründung oder Spezifizierung des Anspruchs bedarf es nicht; es reichen Angaben wie „Auskaufvertrag vom 10. 1. 1991 etc.“.

Das Betreibungsamt hat nach Prüfung der formellen Voraussetzung, nicht aber nach einer sachlichen Prüfung des Anspruchs oder einer Richtigkeit der Angaben des Gläubigers den Zahlungsbefehl zu erlassen

³⁴ Art. 64 I Bundesverfassung (BV) von 1874; Art. 64 III BV wurde 1898 neugefaßt, die Zuständigkeit für das Betreibungsverfahren wegen Geldforderungen war bereits in der ursprünglichen Fassung vorgesehen und bereits 1868 hatte die Vorbereitung des SchKG von 1889 begonnen; die Durchsetzung sonstiger Leistungsansprüche ist historisch gesehen nicht vom Betreibungsbegriff umfaßt und gehört daher zur Rechtsetzungskompetenz der Kantone.

³⁵ Sonderregelungen sind u. a. für Wohnsitzlose und im Ausland wohnende Schuldner vorgesehen; welche Stelle Betreibungsamt ist, ist kantonrechtlich geregelt, i. d. R. ist es der Gemeindevorsteher oder der Stadtmann (so z. B. in Zürich), der auch für die kantonrechtliche Zwangsvollstreckung zuständig ist, vgl. *Walder, Zivilprozessrecht*, 3. Aufl. 1983, S. 516.

und spätestens am Tage nach Eingang des Betreibungsbegehrens dem Schuldner durch den Betreibungsbeamten, einen Angestellten oder die Post zuzustellen, Art. 71, 72 SchKG³⁶.

In diesem Zahlungsbefehl wird der Schuldner unter Angabe des Betreibungsbegehrens aufgefordert, binnen 20 Tagen zu zahlen; es wird ihm mitgeteilt, daß er innerhalb der Frist von 10 Tagen Rechtsvorschlag erheben kann und daß er – wenn er weder das eine noch das andere tut – mit dem Fortgang der Betreibung, d. h. mit Pfändung und Pfandverwertung rechnen muß, Art. 69 SchKG. Mit dem Erlaß des Zahlungsbefehls wird der Schuldner in Verzug gesetzt (§ 102 I OR) und die Verjährung unterbrochen (§ 135 II OR). Der Schuldner hat mehrere Möglichkeiten der Reaktion: Er kann Beschwerde einlegen, weil er die formellen Voraussetzungen für den Erlaß eines Zahlungsbefehls nicht für gegeben hält, z. B. Unzuständigkeit des Betreibungsamtes, fehlende Handlungsfähigkeit des Gläubigers, nicht ordnungsgemäße Zustellung etc.³⁷; er kann verlangen, daß der Gläubiger den Forderungstitel beim Betreibungsamt zur Einsicht auslegt – beispielsweise, damit er prüfen kann, worauf der Gläubiger seine Forderung stützt, Art. 73 SchKG³⁸. Er kann an das Betreibungsamt zahlen. Mit der Zahlung erlischt die Schuld, Art. 12 II SchKG, das Betreibungsamt wird die Betreibung aufheben. Der Zahlungsbefehl hat also in diesem Fall die Wirkungen einer amtlichen Mahnung. Über Bestand oder Nichtbestand eines materiellen Rechts ist nicht entschieden worden. Dem Schuldner, der unter dem Druck drohender Zwangsvollstreckung zahlt, bleibt die Möglichkeit der Rückforderungsklage, die innerhalb eines Jahres nach Zahlung im ordentlichen Verfahren erhoben werden kann, Art. 86 SchKG. Die Zahlung gilt nicht als Anerkennung der Schuld und der Schuldner ist auch nicht auf den Nachweis eines Irrtums über das Bestehen der Schuld bei Zahlung beschränkt³⁹, vielmehr ist in diesem Rückforderungsprozeß erstmalig die Frage, ob eine Schuld bestanden oder nicht bestanden hat, Streitgegenstand.

³⁶ Verweigert das Betreibungsamt den Erlaß eines Zahlungsbefehls, weil es die formellen Voraussetzungen für nicht erfüllt hält, so kann der Gläubiger hiergegen Beschwerde an die Aufsichtsbehörde einlegen, Art. 17 SchKG. Es handelt sich hier um einen der Verwaltungsbeschwerde nachgebildeten Rechtsbefehl, vgl. *Amonn*, Grundriß des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 3. Aufl. 1983, S. 52 ff.

³⁷ *Amonn*, S. 60 mit der Unterscheidung zwischen formellen Mängeln, die den Zahlungsbefehl auch ohne Beschwerde nichtig machen, und solchen, die bloß einen Beschwerdegrund geben.

³⁸ Kommt der Gläubiger diesem Verlangen nicht nach, so hat dies u. U. kostenrechtliche Auswirkungen, der Ablauf des Verfahrens wird jedoch weder hierdurch noch durch das Verlangen des Schuldners beeinflusst.

³⁹ So normalerweise nach Art. 63 I OR.

Der Schuldner kann aber auch gar nichts tun. In diesem Fall kann der Gläubiger 20 Tage nach Zustellung des Zahlungsbefehls und vor Ablauf eines Jahres sein Pfändungsbegehren stellen, also die Fortsetzung der Betreibung verlangen, Art. 88 SchKG⁴⁰. Der Vollzug der Pfändung obliegt dem Betreibungsamt nach vorheriger Ankündigung an den Schuldner innerhalb von drei Tagen, Art. 89 SchKG. Anschließend erfolgt die Pfandverwertung.

Der Zahlungsbefehl verbrieft also für den Gläubiger seine Betreibungsrechte, die er innerhalb des genannten Zeitraums am jeweiligen Wohnsitz des Schuldners, auch bei einer Wohnsitzverlegung in einen anderen Kanton, wahrnehmen kann. Der Schuldner kann die weitere Zwangsvollstreckung nur durch Zahlung oder durch den Nachweis der Zahlung oder Stundung abwenden (Art. 85 SchKG). Der Zahlungsbefehl wird also mit Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist zu einem Vollstreckungstitel für die gesamte Schweiz; eine richterliche Entscheidung liegt nicht zugrunde, eine Sachprüfung hat nicht stattgefunden.

Der Schuldner kann sich aber auch, wie ihm im Zahlungsbefehl mitgeteilt wurde, innerhalb von zehn Tagen nach Zustellung desselben gegen die Betreibung mit dem sogenannten Rechtsvorschlag wehren. Mit dem Rechtsvorschlag macht der Schuldner geltend, daß die Forderung entweder nicht oder nur zum Teil besteht oder nicht auf dem Betreibungswege durchgesetzt werden kann. Er braucht lediglich zum Ausdruck zu bringen, daß die in Betreibung gesetzte Forderung bestritten werde. Die Benutzung des Wortes „Rechtsvorschlag“ oder „ich schlage Recht vor“ reichen aus, sind aber umgekehrt nicht erforderlich, solange der Bestreitenswille auf andere Weise deutlich wird, wie beispielsweise durch die Worte „bereits getilgt“, „nie geschuldet“, „Forderung bestritten“ oder „Forderung gestundet“ etc. Eine Begründung ist nicht erforderlich, eine falsche Begründung (z. B. „habe kein Geld“) schadet nicht; weitere Einreden werden ihm nicht abgeschnitten, Art. 75 SchKG⁴¹. Formell werden an den Rechtsvorschlag keine großen Anforderungen gestellt. Er kann mündlich oder schriftlich dem Betreibungsamt gegenüber erklärt werden; Äußerungen gegenüber der zustellenden Person (auch dem Postboten) können ausreichen; i. d. R. wird dann sogleich der Rechtsvorschlag auf dem Doppel des Zahlungsbefehls vermerkt und dem Gläubiger zugesandt. Auch telefonische Erklärungen

⁴⁰ *Amonn*, § 22 Rdn. 7, S. 158.

⁴¹ Auf die Problematik des teilweise Bestreitens soll hier nicht eingegangen werden, dieses ist zwar möglich nach Art. 69 II Nr. 3 SchKG, doch muß nach Art. 74 II SchKG der bestrittene Betrag genau angegeben werden; nicht schädlich ist nach der Rechtsprechung, wenn der Schuldner für einen nicht genauer bezifferten Teilbetrag eine Begründung anfügt, die Gesamtforderung aber bestreitet, so auch *Walder*, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 1, 1984, S. 211.

genügen i. d. R.⁴². Wichtig ist die Einhaltung der 10-Tages-Frist. Wird diese versäumt⁴³, so kann der Rechtsvorschlag zwar noch nachträglich erhoben werden; in jedem Fall muß er aber beim Richter angebracht und von diesem zugelassen werden. Der Schuldner muß dazu nachweisen, daß er ohne sein Verschulden die Frist versäumt und innerhalb von drei Tagen nach Behebung des Hindernisses den Rechtsvorschlag nachgeholt hat; beide Parteien sind zur Frage der Fristversäumung, nicht aber zur Sache selbst zu hören, Art. 77 SchKG⁴⁴. Der nachträglich zugelassene Rechtsvorschlag wie der wirksam erhobene Rechtsvorschlag bewirken die Einstellung der Betreibung, Art. 78 SchKG. Das formlos und ohne Begründung des materiellrechtlichen Anspruchs nur von der Betreibungsstelle begonnene Verfahren kann also sehr schnell und wiederum ohne Erhebung sachlicher Einwände und im Prinzip ohne Einschaltung eines Richters beendet werden. Der Gläubiger wird in diesem Fall nach seiner Wahl auf die Rechtsöffnung oder auf den ordentlichen Prozeßweg verwiesen. Bei letzterem wird die Klage als Anerkennungsklage bezeichnet, es handelt sich dabei um einen normalen Zivilprozeß.

Die sogenannte Rechtsöffnung kann der Gläubiger innerhalb der Jahresfrist (Art. 88 II SchKG) mit dem Antrag auf Beseitigung des Rechtsvorschlags beim Gericht des Betreibungsortes⁴⁵ einleiten. Voraussetzung für einen Rechtsöffnungsantrag ist, daß sich die betriebene Forderung entweder aus einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil, Vergleich oder Schuldanerkenntnis (bestimmte Beschlüsse von Verwaltungsorganen sind dem gleichgestellt, Art. 80 II SchKG) oder aber aus einer durch öffentliche Urkunde festgestellten und durch Unterschrift bekräftigten Schuldanererkennung (Art. 82 SchKG) ergibt. Im ersten Fall kann der Gläubiger definitive, im zweiten Fall provisorische Rechtsöffnung beantragen.

Erstmals wird jetzt also – abgesehen von der richterlichen Entscheidung über die Zulassung des nachträglichen Rechtsvorschlags – ein Gericht im Rahmen des Zahlungsbefehlsverfahrens als richterliche Instanz (und nicht nur als Aufsichtsbehörde) tätig. Allerdings handelt es sich bei diesem auf Antrag des Gläubigers eingeleiteten Verfahren nicht um einen normalen Prozeß, in dem über die materielle Berechtigung des Gläubigers entschieden wird, sondern nur um ein summarisches Verfah-

⁴² Streitig ist, ob dies nur gilt, wenn die Identität des Schuldners für den Betreibungsbeamten erkennbar ist.

⁴³ Ausnahmsweise ist eine Fristverlängerung möglich bei Wohnsitz des Schuldners im Ausland oder bei wohnsitzlosen Schuldern, Art. 65 V SchKG.

⁴⁴ Es handelt sich hier um die einzige Regelung des SchKG zur Wiedergutmachung einer Fristversäumung; heute ist aber ansonsten eine analoge Anwendung des Art. 35 OG zur Wiederherstellung von Fristen im Betreibungs- und Konkursverfahren anerkannt.

⁴⁵ BGE 25 I 37.

ren (Art. 25 SchKG), in dem vom Richter innerhalb von fünf Tagen (Art. 84 SchKG) nur zu prüfen ist, ob die Betreibung fortgesetzt werden darf oder nicht.

Bei der hier nur interessierenden provisorischen Rechtsöffnung⁴⁶ braucht der Gläubiger lediglich eine Schuldanerkennung vorzulegen, die sich entweder aus einer öffentlichen Urkunde ergibt oder vom Schuldner unterschrieben ist. Im letzten Fall reicht jede privatschriftliche Erklärung aus, aus der sich der grundsätzliche Bestand der Forderung ergibt, beispielsweise ein Brief des Schuldners, der vom Schuldner unterschriebene Kaufvertrag; sogar der vom Schuldner unterschriebene Lieferschein wurde als ausreichend angesehen⁴⁷. Der Schuldner kann sich in diesem summarischen Verfahren mit allen in dieser kurzen Zeit zur Verfügung stehenden Beweismitteln gegen die Rechtsöffnung wehren. Er kann die Voraussetzungen des Rechtsöffnungsverfahrens bestreiten⁴⁸ und er kann sich auch gegen den Bestand der angeblichen Forderung als solche wenden, also nicht nur zwischenzeitliche Tilgung, Stundung oder Verjährung behaupten. Er braucht, da die den Antrag des Gläubigers untermauernden Urkunden sehr viel schwächer als bei der definitiven

⁴⁶ Bei der definitiven Rechtsöffnung muß der Gläubiger einen gerichtlichen oder behördlichen Titel vorlegen, der Schuldner kann dem Antrag nur entgegenhalten, daß die Schuld seit Erlaß des Urteils getilgt, gestundet oder verjährt ist und muß dies durch Urkunde beweisen, Art. 81 II. Bei einem vollstreckbaren Urteil aus einem anderen Kanton ist ihm darüber hinaus die Einrede der Unzuständigkeit der nicht ordnungsgemäßen Ladung und Vertretung (Art. 81 II), bei einem ausländischen Urteil die Erhebung der gegen die Anerkennung dieses Urteils sprechenden Einwendungen möglich (Art. 81 III). Gelingt dem Schuldner dieser Beweis, so ist die Rechtsöffnung abzulehnen, das Zahlungsbelehrensverfahren ist endgültig gescheitert. Dem Gläubiger, der meint, zu Unrecht abgewiesen worden zu sein, bleibt in diesem Fall nur die bereits oben erwähnte Anerkennungsklage, also die Klärung der Frage, ob die sich aus dem Titel ergebende Forderung getilgt, gestundet oder verjährt ist oder der außerkantonale oder ausländische Titel auch im Betreibungskanton zu vollstrecken ist. Dies ist im ordentlichen Verfahren, d. h. unter Verwendung aller im normalen Zivilprozeß zugelassenen Beweismittel und ohne die zeitliche Limitierung des Erkenntnisverfahrens zu klären.

Gelingt es hingegen dem Schuldner nicht, dem Rechtsöffnungsbegehren des Gläubigers mit den nur beschränkt zulässigen Einwendungen und Beweismitteln innerhalb der kurzen, dafür zur Verfügung stehenden Zeit von fünf Tagen entgegenzutreten, so wird definitive Rechtsöffnung erteilt. Die Rechtsöffnung ist ein prozessuales Gestaltungsurteil, nach dem die Betreibung aufgrund des Zahlungsbefehls weitergehen kann. Dem Schuldner, der entweder nun doch zahlt oder dessen Vermögen zur Befriedigung des Gläubigers verwertet wird, bleibt dann aber noch die innerhalb eines Jahres zu erhebende Rückforderungsklage (Art. 86), in der er Tilgung, Stundung oder Verjährung der Forderung nach Erlaß des vollstreckbaren Titels oder Einreden der Anerkennungsfähigkeit des Titels mit allen im Zivilprozeß zugelassenen Beweismitteln beweisen kann.

⁴⁷ Kantonsgericht Waadt vom 7. 2. 1974, BLSchKG 40/1976 S. 138 Nr. 40, zitiert nach *Walder*, S. 260.

⁴⁸ *Walder*, S. 265.

Rechtsöffnung sind, seine Einwendungen auch nicht zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen, Art. 82 Abs. 2 SchKG. Der Richter hat hier ein weites Ermessen in der Würdigung der Einwendungen. Hält er sie nicht für leere Ausflüchte eines zahlungsunwilligen Schuldners, so wird er die Rechtsöffnung ablehnen. Das Zahlungsbefehlsverfahren ist damit zu Ende. Dem Gläubiger bleibt die Geltendmachung der Forderung im ordentlichen Prozeßwege über die bereits erwähnte Anerkennungsklage, Art. 79 SchKG.

Erscheinen die Einwendungen des Schuldners dem Richter hingegen nicht überzeugend, so wird er provisorische Rechtsöffnung erteilen. Diese berechtigt den Gläubiger nach Ablauf der 20tägigen Zahlungsfrist – wenn der Schuldner immer noch nicht gezahlt hat –, sein Pfändungsbegehren weiter zu verfolgen und provisorische Pfändung zu verlangen. Der Schuldner kann innerhalb einer Frist von zehn Tagen nach Rechtsöffnung die Aberkennungsklage erheben, d. h. in einem ordentlichen Prozeß den Bestand der Forderung klären lassen. Die Klagerhebung hindert eine endgültige Verwertung. Wird er im ordentlichen Verfahren abgewiesen oder unterläßt er die Klagerhebung, so wird die Rechtsöffnung eine endgültige und die Verwertung kann weiter fortschreiten. Im letzten Fall bleibt dem Schuldner jedoch die innerhalb eines Jahres zu erhebende Rückforderungsklage, die bereits oben erwähnt wurde und mit der der Schuldner im ordentlichen Verfahren die Frage der Berechtigung des Gläubigers klären kann.

Das Besondere dieses Verfahrens, mit dem der Gläubiger sehr schnell zu seinem Geld kommen kann, selbst wenn sich der Schuldner mit Rechtsvorschlag wehrt, ist die Abstufung der Anforderungen an das Parteiverhalten in den beiden Verfahrensabschnitten vor Beginn eines normalen Erkenntnisverfahrens und die fehlende Endgültigkeit der Entscheidungen; diese können von der jeweils unterlegenen Partei durch Anerkennungs- bzw. Rückforderungsklage einer erneuten und erstmals vollständigen richterlichen Überprüfung zugeführt werden.

Damit unterscheidet sich das Schweizer Verfahren ganz wesentlich von dem eingangs vorgestellten österreichischen Mahnverfahren. Letzteres ist gekennzeichnet durch eine relativ hohe Eingangsschwelle – z. B. Streitwertgebundenheit, u. U. Anwaltszwang, Erfordernis der Klagerhebung, Vorliegen aller Prozeßvoraussetzungen und Schlüssigkeitsprüfung –, während das Schweizer Recht sehr volksnah und unkompliziert sogar den Gang zum Gericht erspart. Andererseits ist der dem Schuldner im österreichischen Recht eingeräumte Einspruch innerhalb einer Frist von 14 Tagen – sieht man einmal von dem nur selten erfolgreichen Wiedereinsetzungsantrag und den noch seltener vorliegenden Restitutions- oder Nichtigkeitsgründen ab – die einzige Möglichkeit desselben, einen rechtskräftigen und endgültigen Vollstreckungstitel zu

verhindern, während in der Schweiz auch der Schuldner, der die Rechtsvorschlagsfrist versäumt hat oder sich im Rechtsöffnungsverfahren nicht erfolgreich verteidigen konnte, stets noch die Möglichkeit der Rückforderungs- bzw. Aberkennungsklage hat.

Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten sind beide Wege – so konträr sie auch sein mögen – unbedenklich⁴⁹.

Für das österreichische Verfahren ergibt sich dies bereits aus den Parallelen, die zum Versäumnisurteil bestehen, und bedarf daher keiner weiteren Erörterungen. Im Schweizer Verfahren, das die Dispositionsmaxime in reiner Form verwirklicht, sind zwar in den unteren Stufen Recht auf Gehör und Recht auf Beweis eingeschränkt; dies ist jedoch unbedenklich, da dem jeweils Unterlegenen stets der Zugang zu einer ausführlichen Prüfung offenbleibt und die Grundsätze der Waffengleichheit beachtet werden. Der schlichten Behauptung des Anspruchs im Betreibungsantrag kann mit schlichtem Bestreiten im Rechtsvorschlag geantwortet werden. Dem nur mit einer Urkunde ausgerüsteten Gläubiger tritt der Schuldner in der Rechtsöffnung mit der Glaubhaftmachung seiner Einwendungen gegenüber. Mit dem Verweis auf die Anerkennungsklage wird dem Gläubiger nur die Wohltat der *beschleunigten* Rechtsdurchsetzung genommen, aber sein Recht nicht beschnitten, der unterlegene Schuldner kann mit der Rückforderungs- oder Aberkennungsklage die zu Unrecht erfolgte Befriedigung des Gläubigers rückgängig machen⁵⁰. Zwar wird er damit zur Wahrung seiner Rechte in die aktive Rolle eines Klägers gedrängt, dies aber auch nur, wenn er den Rechtsvorschlag nicht erhoben hat oder ihm in der Rechtsöffnung die Glaubhaftmachung seiner Nichtschuld mißlang. Dies ist aber das Kennzeichen aller summarischen oder beschleunigten Verfahren.

Unter rechtspolitischen und ökonomischen Gesichtspunkten kann das österreichische Verfahren sicherlich einfacher und schneller eine endgültige Entscheidung über die Rechtslage bringen, während das schweizerische durch die einjährige Frist für die Rückforderungsklage für diesen Zeitraum Unsicherheiten läßt. Dementsprechend scheint sich

⁴⁹ Der das Schweizer Verfahren befürwortende Franz von Wyß fürchtete allerdings 1858, daß der Schweizer Zahlungsbefehl als ein Institut angesehen werde, „zu dem jeder Jurist, der es nicht von Jugend auf mit eigenen Augen gesehen und sich daran gewöhnt hat, den Kopf schütteln wird. Mit dem, was die Rechtswissenschaft gewöhnlich lehrt, wird er es gar nicht reimen können, und es liegt nahe, daß er nichts als eine reine Barbarei darin sehe, diesen willkürlichsten und gefährlichsten Angriff in die Rechte der Einzelnen Tür und Tor öffne und mit einem geregelten Verfahren unvereinbar sei“. ZSR a. F. 7/1858, S. 3 ff.

⁵⁰ Zum Streit um die Bedeutung der Frist: *Spiro*, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Totalfristen, 1975, § 307; *Walder*, ZSR (N. F.) 98 (1979) 440.

auch im Rahmen eines europäischen Modellgesetzes eine dem österreichischen Recht ähnliche⁵¹ Regelung eines Urkunden-Mahnverfahrens abzuzeichnen.

Dennoch – und das ist der Grund für die ausführliche Darstellung der schweizerischen Lösung – mag rechtspolitisch die schnelle und endgültige Klärung sich nicht als die beste mögliche Lösung erweisen. Die Erfahrung im deutschen Recht mit unrichtigen, aber rechtskräftig gewordenen Vollstreckungsbescheiden und der daraus entstehende Streit um Durchbrechungen der Rechtskraft und Rückforderungsmöglichkeiten und § 826 BGB zeigen, daß Schutzgarantien nicht immer effektiv wirken. Ob der in vielen anderen europäischen Rechtsordnungen erforderliche Urkundenbeweis zur Einleitung des Mahnverfahrens⁵² oder die nach der Reform des deutschen Rechts bestehende Notwendigkeit von Angaben zum Verbraucherkredit oder die Schlüssigkeitsprüfung des österreichischen Rechts effektiven Schutz gegen die zutage getretenen Mängel gewähren, mag eher zweifelhaft sein. An dem Fehlen eines Schriftstücks oder der Unschlüssigkeit der Gläubigerangaben wird in den problematischen Fällen der Erlaß eines Zahlungsbefehls (oder Mahnbescheids) nicht scheitern. Ist es dann aber nicht vernünftig, die ohnehin kaum als Sperre wirkenden Formalitäten in der Weise zu reduzieren, wie es das Schweizer Recht tut, zumal auch nach den deutschen Erfahrungen der Mahnbescheid in zwei Dritteln der Fälle als Zahlungserinnerung erfolgreich wirkt⁵³?

Der Zug scheint allerdings bereits in die andere Richtung abgefahren zu sein und selbst das Schweizer Recht wird vielleicht in Zukunft von dem Zahlungsbefehl als Voraussetzung für die Durchsetzung eines rechtskräftigen Titels Abschied nehmen⁵⁴. Ob dann der Zahlungsbefehl zur Durchsetzung nicht titulierter Forderungen erhalten bleiben wird, ist nicht vorherzusehen.

⁵¹ Vor allem dem Mandatsverfahren entsprechend, s. o.

⁵² Vgl. z. B. für Frankreich Art. 1407 NCPC, dazu *Beltz*, RIW 1992, 536; zum italienischen Recht vgl. OLG Frankfurt, RIW 1992, 677.

⁵³ Vgl. *Stein/Jonas/Schlosser*, vor § 688 Rdn. 1b.

⁵⁴ Vgl. *I. Meier*, SJZ 1993, 282.

Die Anfechtungsbefugnis bei Verfügungen über fremde Rechte¹

JÜRGEN COSTEDE

Ich beschäftige mich hier mit der Frage, wer bei Verfügungen über fremde Rechte anfechtungsbefugt ist. Dabei denke ich an folgenden Fall:

Ein Nichtberechtigter verkauft und übereignet ohne Ermächtigung in eigenem Namen eine fremde Sache. Der Erwerber wird kraft guten Glaubens nach § 932 BGB Eigentümer. Jedoch ist der Kaufvertrag auf seiten des Nichtberechtigten anfechtbar, etwa weil sich der Nichtberechtigte geirrt hat oder weil er vom Erwerber arglistig getäuscht worden ist.

Ist in dieser Situation nur der Nichtberechtigte anfechtungsbefugt? Oder kann auch der frühere Eigentümer den Kaufvertrag anfechten?

Soweit dieser Fall überhaupt erörtert wird, wird darauf geantwortet: Anfechtungsbefugt sei allein der Nichtberechtigte². Meine These lautet demgegenüber: Auch der frühere Eigentümer ist zur Anfechtung befugt mit dem Ziel, sein Eigentum zurückzuerhalten.

I.

Um diese These zu erhärten, wende ich mich zunächst folgenden Parallelfällen zu:

1. Unproblematisch ist es, wenn ein bevollmächtigter Vertreter wirksam, aber mit anfechtbarem Grundgeschäft, über Eigentum des Vertretenen verfügt hat. Hier steht die Anfechtungsbefugnis dem Vertretenen

¹ Es handelt sich um die im Text unveränderte, nur in den Fußnoten überarbeitete Fassung meines Vortrags, den ich als Habilitand von Wolfram Henckel im November 1975 als Habilitationskolloquium im Rahmen meines Habilitationsverfahrens gehalten habe.

² *Seckel*, Festschrift Koch (1903), S. 237; *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil II 1 (1914), S. 376 Fn. 72, S. 312 Fn. 95; *Weimar*, JR 1934, S. 221 f; *Lautz*, Fälle analoger Anwendung des § 816 BGB (1936), S. 31 Fn. 145; *Thiele*, Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft (1966), S. 151; *Stoll*, JuS 1967, S. 18 Fn. 42; *Bosse*, Einheits- oder Doppelkondition, Diss. Göttingen (1971), S. 99 ff; *Jahr*, Festschrift Friedrich Weber (1975), S. 278 ff; *Soergel/Mühl*, BGB¹¹, § 816, 36; eingehend *Lopau*, Surrogationsansprüche im Bereicherungsrecht (1971), S. 35 ff (52 ff, 67 ff).

zu, wenn sich der Vertreter geirrt hat oder getäuscht worden ist. Das ist einhellige Meinung³.

Die §§ 119, 123 BGB legen zwar die Vermutung nahe, daß nur derjenige anfechten könne, der die anfechtbare Willenserklärung abgegeben hat⁴. Es heißt nach § 119 I BGB: „Wer bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtume war – usw. –, kann die Erklärung anfechten ...“ Und § 123 I BGB ordnet an: „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung ... usw. ... bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.“ Dieser Wortlaut trifft jedoch nur die Regelfälle, in denen jemand eine Willenserklärung in eigenem Namen zu Lasten eigener Rechte abgegeben hat. Im Fall der Stellvertretung zeigt sich, daß es nicht darauf ankommt, von wem die anfechtbare Willenserklärung stammt. Denn nach der Lehre gibt der Stellvertreter in fremdem Namen zwar eine eigene Willenserklärung ab⁵, er ist jedoch nach allgemeiner Auffassung nicht berufen, sie bei Anfechtbarkeit anzufechten; der Vertretene hat zwar keine eigene Willenserklärung abgegeben, ist aber nach herrschender Ansicht befugt, die Erklärung seines Stellvertreters anzufechten. Die Anfechtungsbefugnis des Vertretenen läßt sich folglich nicht damit begründen, daß er eine eigene Willenserklärung anfecht. Vielmehr muß der Grund ein anderer sein. Er liegt darin, daß es der Vertretene ist, den die anfechtbare Willenserklärung bindet. Die Anfechtung befreit von dieser Bindung. Folglich muß die Anfechtungsbefugnis demjenigen zustehen, der berufen ist zu entscheiden, ob die Bindung bestehenbleiben oder ob sie fallen soll. Abstrakt ausgedrückt heißt das: Die Anfechtungsbefugnis kommt demjenigen zu, dem die Dispositionsmacht zusteht über das Recht, das durch die Anfechtung verwirklicht wird. Das ist – allgemein beschrieben – das Recht, frei zu sein von der Bindung an die anfechtbare Willenserklärung. Dabei handelt es sich um die Rechtssphäre des Vertretenen. Dieser hat mit der Bevollmächtigung zwar den Stellvertreter befugt, auf die betreffende Rechtssphäre einzuwirken. Die Vollmacht deckt aber nur den Geschäftsabschluß. Sie reicht im Regelfall nicht hin bis zu einer Anfechtung⁶. Das mag bei einer Generalvollmacht anders sein, dann aber deshalb, weil eben die Vollmacht die Anfechtung einschließt und nicht, weil die anfechtbare Erklärung vom Vertreter stammt.

³ Larenz, AT⁷ (1989), § 23 Vorbem. (S. 479); Soergel/Hefermehl¹² § 119, 70; Münchener Kommentar/Mayer-Maly, BGB² § 142, 6; Staudinger/Dilcher, BGB¹² § 143, 7.

⁴ Flume, Allgemeiner Teil II³ (1979) § 31, 3 (S. 561); Larenz, AT⁷ (1989), § 23 Vorbem. (S. 479).

⁵ Z. B. Flume (Fn. 4) § 43, 4 (S. 755).

⁶ Flume (Fn. 4) § 31, 3 (S. 561).

Ich fasse zusammen: Die von einem Stellvertreter abgegebene anfechtbare Willenserklärung kann nicht der Vertreter anfechten, sondern nur der Vertretene. Die Anfechtung verwirklicht das Recht des Vertretenen, frei zu sein von der Bindung an die anfechtbare Willenserklärung. Dieses Recht steht zur Disposition nur des Vertretenen, der deshalb auch anfechtungsbefugt sein muß.

2. Diese Überlegungen erklären auch den Fall des § 318 II BGB. Danach ist ein Dritter, der berufen war, die zwischen den Parteien geschuldete Leistung zu bestimmen, nicht anfechtungsbefugt, wenn er bei Bestimmung der Leistung getäuscht oder bedroht worden ist oder sich geirrt hat. Die Anfechtung steht nach dem Gesetz vielmehr den Vertragsparteien zu⁷. Wiederum kommt es nicht darauf an, wer die anfechtbare Willenserklärung in eigenem oder in fremdem Namen abgegeben hat. Ausschlaggebend ist vielmehr, wer über das Recht, das durch die Anfechtung verwirklicht wird, disponieren kann. Das ist nicht der Dritte, es ist die Vertragspartei, deren Rechtsstellung die Anfechtung zugute kommen soll.

3. Schließlich gehören auch die Fälle hierher, in denen ein Amtswalter anfechtbare Rechtsgeschäfte über Gegenstände des von ihm verwalteten Vermögens getätigt hat. Ich denke an Geschäfte eines Testamentsvollstreckers, eines Konkursverwalters oder eines Ehegatten, der das Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft verwaltet.

Aus solchen Geschäften wird gegenüber dem Vertragspartner nicht etwa der Konkursverwalter selbst verpflichtet, nicht sein Vermögen wird mit den Sanktionen belastet, die eingreifen, wenn die Pflicht irgendwie verletzt wird. Verpflichtet wird allein die Konkursmasse⁸. Genauso verhält es sich bei Rechtsgeschäften des Testamentsvollstreckers in Ansehung des Nachlasses und bei Geschäften des verwaltenden Ehegatten hinsichtlich des ehelichen Gesamtgutes.

Auf dieser Grundlage ergibt sich nach dem Vorangegangenen ohne Schwierigkeiten, wer anfechtungsbefugt ist, wenn das Verpflichtungsgeschäft wegen Irrtums auf seiten des Amtswalters oder wegen arglistiger Täuschung durch seinen Vertragspartner anfechtbar ist. Das Recht, das durch die Anfechtung verwirklicht wird, gehört zum verwalteten Vermögen, so wie auch die Bindung an die anfechtbare Willenserklärung dieses Vermögen trifft. Die Anfechtungsbefugnis steht deshalb sozusagen dieser Vermögensmasse zu. Präziser: Anfechtungsbefugt ist derjenige, der über das betreffende Vermögen und damit auch über das

⁷ Als Ausnahme vorgestellt von *v. Tuhr* (Fn. 2), S. 303; *Larenz* (Fn. 4), S. 479.

⁸ Und zwar auch dann, wenn nicht offengelegt wird, daß es sich um ein Massegeschäft handelt: *Dölle*, Festschrift Fritz Schulz II, S. 275; *Jabr* (Fn. 2), S. 287 Fn. 25, S. 288 Fn. 26.

durch Anfechtung verwirklichte Recht disponieren kann. Das ist, solange die Amtswaltung andauert, der jeweils zuständige Verwalter, also nicht unbedingt derjenige, der die anfechtbare Erklärung abgegeben hat. Nach Beendigung der Amtswaltung ist es derjenige, der jetzt die Dispositionsmacht über das Vermögen und damit über das interessierende Recht hat.

II.

Gegenüber dem Ausgangsfall zeichnen sich die bisher besprochenen Fälle durch eine Besonderheit aus. Nicht nur die Verfügung bezieht sich hier auf ein fremdes Recht. Auch die anfechtbar begründete Verpflichtung, auf der diese Verfügung beruht, betrifft einen fremden Rechtskreis. Der Stellvertreter hat nicht nur über das Eigentum des Vertretenen verfügt, er hat mit dem anfechtbaren Grundgeschäft den Vertretenen auch verpflichtet und dessen Vermögen insoweit verhaftet. Ebenso verhält es sich in den zuletzt geschilderten Verwaltungsfällen. Und die Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistung durch einen Dritten nach § 318 I BGB bezieht sich zunächst überhaupt nur auf das Verpflichtungsgeschäft, das wiederum lediglich die Vertragspartner bindet und nicht den Dritten.

Im Ausgangsfall, bei der Verfügung eines Nichtberechtigten über fremdes Eigentum, verhält es sich dagegen anders. Hier trifft nur die Verfügung den Rechtskreis des früheren Eigentümers, der sein Recht durch den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten an den Erwerber verliert. Die Verpflichtung, die durch das anfechtbare Grundgeschäft begründet worden ist, berührt demgegenüber allein den Nichtberechtigten und sein Vermögen. Das ist wohl auch der Grund dafür, weswegen in der Literatur die Befugnis zur Anfechtung des Grundgeschäfts nur dem Nichtberechtigten zugesprochen wird^{9, 10}.

1. Wäre das richtig, so hieße es: Die Anfechtung soll nur die Bindung lösen, die mit der anfechtbaren Willenserklärung im Grundgeschäft eingegangen worden ist, nicht dagegen das Recht schützen, über das auf der Basis eines anfechtbaren Grundgeschäfts verfügt worden ist.

⁹ S. o. Fn. 2.

¹⁰ Das ist nicht nur für den von mir herangezogenen Fall bedeutsam, also für die Verfügung eines nicht ermächtigten Nichtberechtigten über ein fremdes Recht. Es hat Bedeutung auch für die Fälle, in denen jemand mit anfechtbarem Grundgeschäft auf der Basis einer Ermächtigung über ein fremdes Recht verfügt. In dieser Situation wird nicht etwa der Ermächtigende verpflichtet, wie bei der Stellvertretung. Verpflichtet wird nur der verfügende Ermächtigte. Nur sein Vermögen wird wegen dieser Verpflichtung verhaftet.

Diese Ansicht ist m. E. aber unzutreffend: Die Anfechtbarkeit dient zwar im Fall einer anfechtbar begründeten Verpflichtung zweifelsfrei auch dem Recht, von dieser Verpflichtung und der damit verbundenen Vermögenshaftung frei zu sein. Ist aber mit Rücksicht auf die Verpflichtung verfügt worden, so bezieht sich die Anfechtbarkeit darüber hinaus auch noch auf das Recht, über das verfügt worden ist und das mit der Anfechtung von dem Erwerber wieder gelöst wird. Die Anfechtbarkeit soll dann also auch dieses Recht verwirklichen.

Wie gelange ich zu dieser Annahme? Die Anfechtung bewirkt ja nicht nur, daß die Verpflichtung entfällt. Sie wirkt auch auf das Recht ein, das der früher Berechtigte durch die Verfügung verloren und das der Erwerber erlangt hat. Mit Fortfall der Verpflichtung wird diesem Rechts-erwerb die Basis entzogen. Das heißt genauer: Kraft Anfechtungswirkung hat der Erwerber nur noch die Stellung eines formellen Eigentümers, dem die innere Berechtigung für diese Rechtsstellung fehlt. Er ist folglich zur Restitution verpflichtet. Der frühere Eigentümer besitzt vor dieser Restitution zwar noch nicht das volle Eigentum im ursprünglichen Zustand; er hat aber kraft Anfechtungswirkung die materielle Berechtigung – materielles Eigentum – inne und damit die Befugnis, auch die formelle Rechtsstellung als Eigentümer für sich zu beanspruchen.

Mit diesem Gedankengang schließe ich mich der Bereicherungslehre *Michael Kaehlers* an¹¹. Danach ist der Bereicherungsanspruch, der auf Herausgabe des Erlangten selbst oder auf dessen spezifizierbares Surrogat gerichtet ist, nicht obligatorischer Natur. Er stellt keine schuldrechtliche Forderung dar, im Unterschied zu einem auf Wertersatz gerichteten Bereicherungsanspruch, der bei Untergang des Erlangten als eine obligatorische Forderung begründet werden kann. Der auf Herausgabe des Erlangten zielende Bereicherungsanspruch hat vielmehr quasi-dingliche Natur. Er repräsentiert in Form einer Klagebefugnis das materielle Eigentum und steht deshalb dem früheren Eigentümer zu, auf dessen Kosten das formelle Eigentum erlangt worden ist.

Hiernach muß aber der frühere Eigentümer auch anfechtungsbefugt sein. Denn die Anfechtung verwirklicht ja sein materielles Eigentum. Da die Anfechtung zurückwirkt, wird die Rechtslage nach Anfechtung so angesehen, als habe der frühere Eigentümer immer seine materielle Berechtigung behalten. Insofern dient die Anfechtung dem materiellen Eigentum. Sie ist ein Mittel, um den früheren Eigentümer in Stand zu setzen, Restitution auch der formellen Eigentümerstellung vom Erwerber zu beanspruchen.

¹¹ *Kaehler*, Bereicherungsrecht und Vindikation, 1972.

2. Diese Ausführungen sind nun allerdings sehr abstrakt theoretisch. Ich kann ihre Richtigkeit im Rahmen dieses Beitrages nicht hinreichend belegen¹². Deshalb will ich meine Ausgangsthese, wonach auch der frühere Eigentümer anfechtungsbefugt ist, von einem anderen Standpunkt aus pragmatisch unter Beweis stellen.

Selbst wenn man den Bereicherungsanspruch mit der Doktrin immer als nur obligatorisch betrachtet, so heißt dies noch nicht, daß die mit Anfechtung entstehende Bereicherungsforderung nun dem Nichtberechtigten zufallen müßte und daß deshalb auch nur der Nichtberechtigte anfechtungsbefugt sein kann. Die Problematik meines Falles mündet hier in den Streit zwischen der Lehre von der Einheitskondiktion und der Theorie von der Doppelkondiktion. Ich referiere: Der Meinungsstreit geht um die Frage, wer kondizieren kann, wenn ein Nichtberechtigter wirksam, aber aufgrund einer nichtigen Verpflichtung über ein fremdes Recht verfügt hat. Nach der Lehre von der Einheitskondiktion kann der früher Berechtigte, im Fall einer Übereignung ist das der frühere Eigentümer, unmittelbar vom Erwerber das Eigentum kondizieren¹³. Nach der Lehre von der Doppelkondiktion kommt ein solcher Durchgriff nicht in Betracht. Der frühere Eigentümer muß sich erst an den Nichtberechtigten wenden und bei diesem dessen Kondiktionsanspruch gegen den Erwerber kondizieren. Erst danach kann der frühere Eigentümer gegen den Erwerber vorgehen¹⁴. Wer nun die Theorie von der Doppelkondiktion für richtig hält, wird auch in meinem Fall dementsprechend für eine Anfechtungsbefugnis wiederum des Nichtberechtigten eintreten. Denn mit der Anfechtung wird nach dieser Ansicht ja eine Bereicherungsforderung des Nichtberechtigten gegen den Erwerber begründet. Wer dagegen die Lehre von der Einheitskondiktion vertritt, müßte konsequenterweise geneigt sein, auch dem früheren Eigentümer die Anfechtungsbefugnis zuzusprechen. Denn mit Anfechtung entsteht nach dieser Meinung ja eine unmittelbare Bereicherungsforderung des früheren Eigentümers gegen den Erwerber. Die Anfechtung dient danach also auch dazu, dieses Recht des früheren Eigentümers zu verwirklichen. Folglich müßte auch er zur Anfechtung befugt sein und nicht ausschließlich der Nichtberechtigte.

¹² Dazu: *Costede*, Dogmatische und methodologische Überlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrechts, 1977.

¹³ *Leonhard*, Das Schuldrecht des BGB, Bd. 2 (1931), S. 470 f; *Oertmann*, BGB, Schuldrecht³ (1929) § 816, 5b.

¹⁴ v. *Caemmerer*, Festschrift Boehmer (1954), S. 145 (147 ff); *Koppensteiner/Cramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung² (1988), S. 98; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung (1983) § 8 II 2 (S. 337 ff, 343 ff); *Soergel/Mühl*, BGB¹¹, § 816, 43; *Staudinger/Lorenz*, BGB¹², § 816, 16 ff.

Hier ist nicht Gelegenheit, den Meinungsstreit um Einheits- oder Doppelkondiktion auszutragen. Überzeugend widerlegen läßt sich die Theorie von der Doppelkondiktion nur auf der Grundlage der Bereicherungslehre *Michael Kaehlers*¹⁵. Diese Lehre ergibt die Richtigkeit einer modifizierten Einheitskondiktion. Danach kann zwar der frühere Eigentümer unmittelbar selbst das Eigentum vom Erwerber kondizieren, aber nur, wenn er seinerseits dem Erwerber den Kaufpreis, den dieser an den Nichtberechtigten gezahlt hat, bis zur Höhe des Sachwertes erstattet. Auf diese Weise wird der richtige Ausgangspunkt der alten Einheitskondiktionslehre verbunden mit dem zutreffenden Anliegen der Doppelkondiktionslehre, die den Erwerber schützen will. Dem Erwerber kann nämlich bei lediglich fehlender causa, wenn er im übrigen gutgläubig gewesen ist, nicht zugemutet werden, das erworbene Recht zu restituieren, ohne das dafür gezahlte Entgelt zurückzuerhalten¹⁶.

Ich will darauf nicht weiter eingehen, sondern möchte anhand praktischer Überlegungen zeigen, daß die Übernahme der Doppelkondiktionslehre bei Lösung meiner Frage zu unangemessenen Ergebnissen führt.

a) Zunächst einmal ist festzuhalten, daß es keinesfalls ganz im Belieben des Nichtberechtigten stehen darf, ob er nun das anfechtbare Verpflichtungsgeschäft anfechtet oder nicht. In der Literatur wird deshalb vereinzelt die Auffassung vertreten, daß der frühere Eigentümer den Nichtberechtigten zur Anfechtung zwingen¹⁷ oder aber daß er Abtretung der Anfechtungsbefugnis an sich beanspruchen könne¹⁸. Hierbei entsteht jedoch ein weiteres Problem: Die Anfechtungsbefugnis kann nämlich verwirkt werden. Die Anfechtung wegen Irrtums ist ausgeschlossen, wenn nicht unverzüglich nach Kenntnis vom Anfechtungsgrund angefochten wird (§ 121 BGB). Für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder wegen Drohung läuft eine Jahresfrist (§ 124 BGB). Selbst wenn man also dem früheren Eigentümer in jedem Fall einen Anspruch einräumt, den Nichtberechtigten zur Anfechtung zu zwingen oder die Übertragung der Anfechtungsbefugnis zu erreichen, kann es sein, daß die Durchsetzung eines solchen Anspruchs zu spät kommt, weil die Anfechtbarkeit mittlerweile verwirkt worden ist.

In dieser Situation muß nun differenziert werden:

aa) Es kann sein, daß der Erwerber bei Eintritt der Verwirklichungsfolge immer noch gutgläubig hinsichtlich der Eigentumsfrage ist. Er nimmt

¹⁵ *Kaehler*, Bereicherungsrecht und Vindikation, 1972; *Costede* (Fn. 12), 13 f, 23 ff.

¹⁶ *Kaehler* (Fn. 11), S. 209 ff, 212 Fn. 249, S. 221 f.

¹⁷ *Seckel* (Fn. 2), S. 237; v. *Tuhr* (Fn. 2); *Bosse* (Fn. 2).

¹⁸ Insbesondere *Lopau* (Fn. 2), S. 52 ff.

also nach wie vor an, daß er eine seinem Vertragspartner gehörende Sache erworben hat. In diesem Fall muß sein Erwerb mit Verwirkung der Anfechtungsbefugnis auf seiten des Nichtberechtigten auch dem früheren Eigentümer gegenüber endgültig sein. Bei Abwägung zwischen der Position des früheren Eigentümers und der des Erwerbers ergibt sich, daß dieser dann nämlich schutzwürdig ist. Es verhält sich genauso wie im Parallellfall, wenn der Nichtberechtigte aufgrund einer nichtigen oder anfechtbaren Verpflichtung wirksam über fremdes Eigentum verfügt hat und das Grundgeschäft dann erneut vornimmt bzw. bestätigt. Weiß der Erwerber zu diesem Zeitpunkt nicht, daß er fremdes Eigentum erworben hat, so ist sein gutgläubig entgeltlicher Erwerb endgültig.

bb) Es kann aber auch sein, daß der Erwerber bei Eintritt der Verwirkungsfolge bereits weiß, daß die erworbene Sache gar nicht seinem Vertragspartner gehört hat, sondern dem früheren Eigentümer. In dieser Situation darf der Erwerber im Verhältnis zum früheren Eigentümer nicht davon profitieren, daß der Nichtberechtigte seine Anfechtungsbefugnis später verwirkt. Denn im Verhältnis zum früheren Eigentümer erscheint der Erwerber jetzt nicht mehr schutzwürdig. Es darf deshalb nicht sein, daß allein der Nichtberechtigte es in der Hand hat, ob der Erwerber seine Rechtsstellung verliert und der frühere Eigentümer sein Eigentum zurückerhält. Vielmehr muß der frühere Eigentümer auf das Eigentum zugreifen können ohne Rücksicht darauf, ob der Nichtberechtigte seine Anfechtungsbefugnis verwirkt hat oder nicht. Dieses Ergebnis erreicht man, indem man dem früheren Eigentümer auch eine Anfechtungsbefugnis zubilligt.

b) Man könnte allerdings auch noch an einen anderen Ausweg denken. Man könnte erwägen, daß doch allein der Nichtberechtigte anfechtungsbefugt ist und daß der frühere Eigentümer ihn zur Anfechtung gegebenenfalls nötigen oder aber auf Abtretung der Anfechtungsbefugnis dringen muß. Um nun den früheren Eigentümer davor zu schützen, daß auch zu Lasten seines Eigentums die Anfechtungsbefugnis des Nichtberechtigten verwirkt werden kann, müßte man eine solche Verwirkung ausschließen¹⁹.

Gegen diese Lösung spricht aber folgendes: Man muß sehen, daß sich die Anfechtbarkeit und auch deren Verwirkung hier auf zwei Rechte beziehen, die verschiedenen Personen zustehen. Es handelt sich zum einen um das Eigentum des früheren Eigentümers, das mit Anfechtung in Form materiellen Eigentums bzw. in Form einer Bereicherungsforderung an ihn zurückfällt. Und es geht zum anderen um die Freiheit

¹⁹ So *Lopau* (Fn. 2), S. 61, ohne klare Grenzziehung.

des Nichtberechtigten von den Rechtspflichten einschließlich Folgepflichten aus dem Grundgeschäft. Hat der Nichtberechtigte seine Anfechtungsbefugnis in Ansehung seiner Rechtspflichten gegenüber dem Erwerber verwirkt, so ist es nicht mehr als recht und billig, daß er mit der daraus resultierenden Vermögenshaftung gegenüber dem Erwerber gebunden bleibt. Diese Folge darf nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden, nur um den früheren Eigentümer in Ansehung seines Rechts zu schützen. Der Schutz des Eigentümers darf dem Nichtberechtigten nicht zugute kommen.

c) Um das zu erreichen, muß die Anfechtbarkeit entsprechend ihrer unterschiedlichen Funktionen aufgespalten werden. Die Anfechtungsbefugnis muß eben in Ansehung eines jeden Rechts bestehen, dem die Anfechtbarkeit dienen soll. Das sind hier erstens das Recht des Nichtberechtigten und zweitens das Recht des früheren Eigentümers. Beiden muß folglich unabhängig voneinander jeweils in Ansehung ihres Rechts eine Anfechtungsbefugnis zuerkannt werden.

Ich beziehe die Anfechtungsbefugnis danach nicht einfach auf Personen, sondern auf die subjektiven Rechte, die durch die Anfechtung verwirklicht werden sollen. Der Nichtberechtigte ist anfechtungsbefugt in Ansehung der Freiheit von der Rechtspflicht, die mit Anfechtung entfällt. Der frühere Eigentümer ist anfechtungsbefugt in Ansehung seines Eigentums, das er durch wirksame Verfügung des Nichtberechtigten verloren hat und das mit Anfechtung in Gestalt materiellen Eigentums bzw. einer Bereicherungsforderung an ihn zurückfällt.

Was bewirkt nun eine Anfechtung des Eigentümers für die Rechtssphäre des Nichtberechtigten? Und was für einen Einfluß hat eine Anfechtung des Nichtberechtigten auf die Rechtsstellung des früheren Eigentümers?

Auf den ersten Blick möchte man annehmen, daß eine Anfechtung das anfechtbare Verpflichtungsgeschäft beseitigt und damit beiden Rechten zugute kommt, gleichgültig, wer nun mit Rücksicht auf welches Recht angefochten hat. Das trifft aber nicht zu. Die Anfechtbarkeit ist ein Mittel, um bestimmte Rechte zu verwirklichen. Danach kann mit Wirkung für ein spezifisches Recht nur derjenige dieses Mittel einsetzen, zu dessen Disposition das betreffende Recht steht. Der frühere Eigentümer kann nur über sein Recht disponieren und nicht über das Recht des Nichtberechtigten, frei zu sein von der anfechtbar begründeten Rechtspflicht. Andererseits kann der Nichtberechtigte nur über eben dieses Recht disponieren und nicht über das Recht des früheren Eigentümers, jedenfalls soweit nicht aus Verkehrsschutzgründen gutgläubiger Erwerb hereinspielt. Die Anfechtungswirkung beschränkt sich folglich jeweils auf das Recht, aus dem die geltend gemachte Anfechtungsbefugnis ent-

springt. Eine Anfechtung durch den früheren Eigentümer löst nicht auch die Rechtspflicht des Nichtberechtigten aus dem Grundgeschäft auf. Eine Anfechtung durch den Nichtberechtigten kommt nicht auch dem Recht des früheren Eigentümers zugute. Nur auf diese Weise ist nämlich gewährleistet, daß die Anfechtungsbefugnisse unabhängig voneinander verwirkt werden können.

Ficht der frühere Eigentümer wirksam an, während der Nichtberechtigte seine Anfechtungsbefugnis verwirkt hat, so ergibt sich: Der Erwerber muß dem früheren Eigentümer das formelle Eigentum zurückübertragen und kann aus Rechtsmängelhaftung den Nichtberechtigten in Anspruch nehmen²⁰.

Ficht dagegen der Nichtberechtigte wirksam an, während der frühere Eigentümer seine Anfechtungsbefugnis verwirkt hat, so heißt dies: Den Nichtberechtigten treffen aus dem Kaufvertrag keinerlei Pflichten mehr gegenüber dem Erwerber. Dieser besitzt aber einen Behaltensgrund gegenüber dem früheren Eigentümer, braucht also wegen Verwirkung der Anfechtungsbefugnis diesem nicht das Eigentum zu restituieren. Der frühere Eigentümer muß sich nach § 816 I 1 BGB mit dem Kaufpreis begnügen, den der Erwerber an den Nichtberechtigten gezahlt hat.

III.

Ich ziehe die allgemeinen Konsequenzen aus den vorangegangenen Überlegungen:

²⁰ Ficht der frühere Eigentümer an, so haftet er deswegen nicht nach § 122 BGB gegenüber dem Erwerber. Daß dieser bereits durch die Rechtsmängelhaftung des Nichtberechtigten oder aber, falls auch dieser angefochten hat, durch dessen Ersatzpflicht nach § 122 BGB geschützt wird, fällt dabei nicht ins Gewicht. Ausschlaggebend ist vielmehr, daß § 122 BGB die Erfüllungspflicht zwar auf das negative Interesse reduziert, seiner Grundlage nach aber doch die vertragliche Erfüllungspflicht zum Ausdruck bringt. Ersatzpflichtig kann nach § 122 BGB daher nur derjenige sein, den diese Erfüllungspflicht traf und dessen Vermögen deswegen dem Vertragspartner verhaftet worden ist. Das aber ist hier nicht der frühere Eigentümer, sondern gegenüber dem Erwerber der Nichtberechtigte. Soweit ihn nach der Anfechtung durch den früheren Eigentümer – jetzt in Gestalt der Rechtsmängelhaftung – weiterhin die Erfüllungspflicht belastet, ist für § 122 BGB kein Raum. Hat auch der Nichtberechtigte angefochten, so haftet er nach § 122 BGB. Interessant ist die Variante, wenn nicht das Grundgeschäft, sondern nur das Erfüllungsgeschäft anfechtbar ist. Hier kann es überhaupt nur eine Anfechtungsbefugnis des früheren Eigentümers geben. Denn die Anfechtbarkeit dient nur seinem Recht und keiner Rechtsposition des Nichtberechtigten. In diesem Fall resultiert aus der Anfechtung des früheren Eigentümers eine Vertrauenshaftung des Nichtberechtigten nach § 122 BGB. Der Ansicht *Lopaus* (Fn. 2), S. 61 f, wonach zwar der Nichtberechtigte nach § 122 BGB dem Erwerber haftet, dafür aber vom früheren Eigentümer Ausgleich verlangen kann, möchte ich danach nicht folgen.

Die Anfechtungsbefugnis ist entgegen der Lehrmeinung kein selbständiges subjektives Recht. Sie entspringt nicht aus der anfechtbaren Abgabe einer Willenserklärung dergestalt, daß sie notwendig demjenigen zustünde, der diese Willenserklärung abgegeben hat. Die Anfechtungsbefugnis ist vielmehr bezogen auf das subjektive Recht, das durch die Anfechtung verwirklicht wird und dem die Anfechtbarkeit insofern dient. Die Anfechtungsbefugnis steht ihrer Funktion nach in einer Reihe mit der Kündigungsbefugnis, der Rücktrittsbefugnis, der Wandlungsbefugnis, der Aufrechnungsbefugnis, aber auch der Klagebefugnis. Es handelt sich bei ihnen allen entgegen der Doktrin nicht um eigenständige subjektive Rechte, sondern um unselbständige rechtliche Eigenheiten eines bestimmten subjektiven Rechts. Es sind Befugnisse, die dem Rechtsträger oder seinem Interessenwahrer gegeben sind, um das betreffende Mutterrecht in bestimmter Weise zu verwirklichen²¹.

²¹ Zu der daraus resultierenden Theorie vom subjektiven Recht: *Costede*, Studien zum Gerichtsschutz, 1977, 32 ff.

Der Ersatz des reinen Vermögensschadens

ERWIN DEUTSCH

Einleitung

Gliederung des Schadens

Der Schadensersatz bezieht sich auf den Schaden. Ein nachteiliges Ereignis soll aus der Welt geschafft, soll wiedergutmacht werden. Deshalb erscheinen uns als Ersatzformen die Restitution, Reparation und Kompensation¹. Dabei eignet dem Schadensersatzanspruch eine ganze Reihe von Zwecken, die insbesondere in seinen Funktionen deutlich werden, nämlich die Prävention, die Reparation und die Rechtsverfolgung². Die Gliederung des Schadens ergibt sich einmal aus seiner Natur. Dementsprechend unterscheiden wir Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden, realen und rechnerischen Schaden, unmittelbaren und mittelbaren Schaden, Rechtsgutschaden und entfernteren Schaden. Auch nach dem verletzten Recht, Rechtsgut oder Interesse kann eine Skala des Schadens gebildet werden: Sie reicht vom Personenschaden über den Sachschaden zum Rechtsgutschaden und Schaden am Recht bis zum reinen Interesseschaden³.

Die Unterscheidung der verschiedenen Arten des Schadens wird auch vom Verfassungsrecht beeinflusst. Danach sind Personengüter besonders hoch geschützt, also Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und auch das Persönlichkeitsrecht⁴. Sachgüter genießen zwar den Schutz des Art. 14 GG, der über seinen Wortlaut hinaus nicht nur das Eigentum, sondern zugeordnete Sachgüter an sich von Verfassung wegen schützt⁵. Auf der untersten Stufe dieser Sprossenleiter ist das wirtschaftliche Interesse an-

¹ *Stoll*, Vermögensschaden 7; *Huber*, Schadensberechnung 156 ff.

² *Böttcher*, Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm AcP 158, 385; *Wieacker*, JZ 57, 536; *Mertens*, Vermögensschaden 93 ff; *von Liszt*, Deliktsobligationen (1896) 2 f; *Weyers*, Unfallschäden (1971) 479; *Neuner*, Interesse und Vermögensschaden AcP 133, 277, 291 ff; *Wilburg Jhrings Jahrbücher* 82, 130; *Bydlinski*, Schadensverursachung 29 f.

³ Zu den Einteilungen des Schadens vgl. *Soergel/Mertens*¹¹ § 249 Vorbem. 61 ff; *Esser/Schmidt*, SchuldR I 2⁷ § 31; *Michaelis*, Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts S. 11 ff.

⁴ *Bullinger*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung FS von Caemmerer (1978) 297; BGHZ 13, 334; 35, 363, bestätigt durch BVerfG 34, 269 (zum Persönlichkeitsrecht).

⁵ BVerfGE 1, 264, 276 ff; *Maunz/Dürig* GG Art. 14 Rdn. 96.