JURISTISCHE RUNDSCHAU JR

Abhandlung

Professor Dr. Arndt Kiehle*

Anforderungen an die historische Auslegung am Beispiel der §§ 771 ff. BGB: Vor-Ausklage oder Voraus-Klage?

DOI 10.1515/juru-2016-0113

I. Einleitung

§ 771 S. 1 BGB erlaubt dem Bürgen, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange nicht dieser eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat, und bezeichnet diese Einrede des Bürgen durch Legaldefinition als Einrede der Vorausklage. Trotz dieser Bezeichnung kann der Gläubiger auch ohne eine Klage gegen den Schuldner erhoben zu haben gegen den Bürgen vorgehen, wenn er aufgrund eines keine Klage erfordernden Vollstreckungstitels wie z. B. einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erfolglos in das Vermögen des Schuldners vollstreckt hat. Umgekehrt steht dem Bürgen die Einrede auch dann zu, wenn der Gläubiger sehr wohl gegen den Schuldner geklagt und sogar ein Urteil gegen ihn erlangt hat, denn §§ 771 ff. begnügen sich eben nicht mit einer Klage, sondern verlangen eine Vollstreckungsmaßnahme. Zur Beseitigung der Einrede ist eine Klage somit weder erforderlich noch ausreichend.¹

Duckstein und Pfeiffer haben im Jahre 2010 den gesetzlichen Begriff der Einrede der Vorausklage gegen den

vor dem dargestellten Hintergrund bisweilen erhobenen Vorwurf der Missverständlichkeit zu verteidigen versucht.² Sie betonen, dass der Bürge dem Gläubiger nicht entgegenhalten könne, er habe vor der Geltendmachung des Anspruchs gegen den Bürgen nicht gegen den Schuldner geklagt, sondern dass die Einrede vielmehr dann begründet sei, wenn der Gläubiger den Schuldner nicht ausgedroht habe, was bedeute, dass er gegen diesen nicht vollstreckt hat. Ausklagen sei ein alter Ausdruck für gegen jemanden vollstrecken. Es gehe also, wie früher schon Leonhard postulierte,³ um fehlendes vorheriges Ausklagen, nicht um eine im Voraus noch nicht durchgeführte Klage, um mangelnde »Vor-Ausklage«, nicht um unterbliebene »Voraus-Klage«. Kann diese These aus rechtshistorischer und -vergleichender Sicht⁴ überzeugen und führt sie gegebenenfalls zu einem Erkenntnisgewinn?

² Duckstein/Pfeiffer, JR 2010, 231.

³ Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931, S. 322f. (als Beleg auch bei Duckstein/Pfeiffer, JR 2010, 231, 233, Fn. 15): »Der Gläubiger muß ... gegen diesen (den Hauptschuldner) vorgehen und sogar auch die Vollstreckung versuchen, ihn also ausklagen. Deshalb gibt das Gesetz (§ 771) dem Bürgen die Einrede der Vor-Ausklage (nicht Voraus-Klage, wie man meistens fälschlich sagt).«

⁴ Vgl. zur Subsidiarität der Bürgenhaftung rechtshistorisch und –vergleichend zusammenfassend jüngst Haferkamp in Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III, 2. Teilband, 2013, §§ 765–778, Rn. 60 ff.

¹ Statt aller MünchKommBGB/Habersack, 6. Auflage 2013, § 771, Rn. 1.

*Kontaktperson: Arndt Kiehle, der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum.

II. Historische Auslegung: »Ausklagung«

1. Vor den Beratungen zum BGB

Duckstein und Pfeiffer belegen ihre Hypothese, »Ausklagung« sei »ein alter Ausdruck für »Zwangsvollstreckung««, ⁵ wenig überzeugend. Zwar sah § 1461 des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches in der Tat vor, dass der Bürge vom Gläubiger »verlangen (kann), daß der Gläubiger ... den Schuldner ausklagt«, bevor der »Gläubiger ... den Bürgen in Anspruch nehmen (kann)«, ⁶ Siebenhaar äußerte sich in seinem Lehrbuch 1872 aber anders als von Duckstein und Pfeiffer behauptet ⁷ nicht zum Begriff des Ausklagens, sondern begnügte sich mit der Wiedergabe des Gesetzeswortlauts. ⁸ Ähnlich verhält es sich auch mit der von Duckstein und Pfeiffer ⁹ angeführten Dissertation Frankensteins. Zwar verwendet Frankenstein die Formulierung ausklagen und Ausklagung ständig, ¹⁰ setzt sie aber weder an den von Duckstein und Pfeiffer angeführten Stellen noch irgendwo sonst für das vor dem BGB geltende Recht mit Zwangsvollstreckung oder vollstrecken gleich. ¹¹

Ein ausführlicherer Blick in Wörterbücher, Literatur und Gesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts deutet eher darauf hin, dass der deutsche Begriff Vorausklage ursprünglich (wohl in Übereinstimmung mit dem justinianischen und dann gemeinrechtlichen *beneficium excussionis*) ¹² tatsächlich auch das Erfordernis vorheriger Klage

und nicht nur das vorheriger Vollstreckung bezeichnen sollte.

Wenn Girtanner 1851 einmal zwischen »Klage« und »Ausklagung« differenziert, bleibt das auf einen Sonderfall beschränkt, in dem eine Naturalobligation nicht klagbar ist. ¹³

In Zedlers Universal-Lexicon findet sich 1732 zwar der Eintrag »Ausklags-Sachen« mit der Erklärung: »Ausklags-Sachen heißen, wenn sie zur Subhastation oder Auction gebracht werden.« ¹⁴ Und zu »Excussio« wird ausgeführt: »Excussio, die Ausklagung, ist ein denen Bürgen ... conce-

ger den Hauptschuldner verklagt und die Vollstreckung gegen ihn versucht hat.« Coing, Europäisches Privatrecht, Band I, 1985, S. 484 f.: »Außerdem steht dem Bürgen das Recht zu, erst in Anspruch genommen zu werden, nachdem der Gläubiger den Hauptschuldner verklagt und erfolglos gegen ihn zu vollstrecken versucht hat ...« Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Taschenbuchausgabe 1996, S. 129 f.: die Einrede »lasted until the creditor had brought action against the principal and execution under the resulting judgment had proved to be abortive«, Fn. 104: »»excussionis« from »excutere«, in the sense of bringing action and attempting execution against one debtor before another debtor could be sued ...» Hattenhauer, Artikel »Bürgschaft«, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band I, 2. Aufl. 2008, Spalte 770, 773: »das ... beneficium excussionis ..., d. h. ... das Recht, erst in Anspruch genommen zu werden, nachdem Klage und Vollstreckung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erfolglos geblieben waren.« Harke, Römisches Recht, 2008, § 6, Rn. 35: »die Einrede der Vorausklage ..., die dem Gläubiger eine Inanspruchnahme des Bürgen erst nach erfolgloser Klage und Vollstreckung gegen den Hauptschuldner ermöglicht ...«

Vgl. zum Hamburgischen Recht Hoppe, Die Bürgschaft im Rechtsleben Hamburgs von 1600 bis 1900, 1997, S. 134 f.: Nach dem Statut von 1603 (1. Partis II, Titulus VI, Art. 7, abgedruckt S. 294) können Bürgen »ehe und zuvor der Principalis excutiiret, und unzählbar befunden, ... nicht ... zur Zahlung angehalten werden«, weshalb der Gläubiger beweisen muss, »daß ... die Vollstreckung aus dem gegen den Schuldner gerichteten Urteil keinen Erfolg gehabt habe.« Nur in Ausnahmefällen war es »nicht ... geboten, den Schuldner zu verklagen und gegen ihn zu vollstrecken«, etwa bei »notorische(r) Insolvenz des Schuldners«. Aufschlussreich auch das Bayerische Landrecht von 1616, XIV. Titel, Art. 1 (benutzt in der Ausgabe von Günter, Hrsg., 1. Halbband, 1969, S. 51 f.): »Hat jemand ... einen Porgen / der soll zu erst den Selbgelter darum beklagen / und nit den Porgen. ...« In Ausnahmefällen darf der Bürge »nit begern / daß man den Selbstschuldner zuvor beklagen / und die Schuld bey ihm oder seinen Gütern ersuechen soll.« Der Bürge kann auch darauf verzichten, »daß der Selbstschuldner zuvor soll beklagt werden ...«

¹³ Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, II. Dogmatische Abtheilung, 1851, S. 450: »Man könnte einwenden, da hier die Klage dem Gläubiger nicht zukomme, so gehöre auch der Fall nicht hierher, weil es sich hier um schwierigere Ausklagung handle.«

¹⁴ Zedler, Grosses vollständiges Universal-Lexicon ..., 2. Band, 1732, Spalte 2237. Vgl. weiter 8. Band, 1734, Spalte 2327: »Excutere, excutiren, fordern, ausklagen, durchsuchen, ob von des Schuldners Haab und Gütern noch etwas bezahlt werden könne.«

⁵ Duckstein/Pfeiffer, JR 2010, 231, 232.

⁶ Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen ..., Leipzig, Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung, 1863, S. 285 f.

⁷ Duckstein/Pfeiffer, JR 2010, 231, 232, Fn. 8.

⁸ Siebenhaar, Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts, 1872, S. 707.

⁹ Duckstein/Pfeiffer, JR 2010, 231, 232, Fn. 8, wo verwiesen wird auf Frankenstein, Das beneficium excussionis nach gemeinem Rechte und die Einrede der Vorausklage nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Dissertation Heidelberg 1909, S. 18, 28.

¹⁰ Vgl. Frankenstein, Das beneficium excussionis nach gemeinem Rechte und die Einrede der Vorausklage nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Dissertation Heidelberg 1909, S. 9, 11 f., 14 ff. und passim.

¹¹ Frankenstein, Das beneficium excussionis nach gemeinem Rechte und die Einrede der Vorausklage nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Dissertation Heidelberg 1909, S. 18, spricht ohne jede weitere Erklärung von »Ausklagung«. Auf S. 20 ist sogar davon die Rede, »dass der Gläubiger sich erst dann an den Bürgen halten dürfe, wenn er durch die angestellte Klage sich eine Befriedigung vom Hauptschuldner zu verschaffen nicht vermocht habe ...« Auf S. 28 scheinen »Ausklagung bez. Zwangsvollstreckung« gleichgesetzt zu werden, aber das bezieht sich auf §§ 771 ff. BGB.

¹² Vgl. nur Kaser, Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, 2. Auflage 1975, S. 459: »eine aufschiebende Einrede, bis der Gläubi-

dirtes Beneficium, Vermöge dessen sie von der Exsecution des Creditoris befreiet sind, biß der Principal-Schuldner von dem Richter, biß auf den letzten Pfennig exsequirt worden ist.«¹⁵ Unter dem Stichwort »Voraus-Klage« wird 1746 aber konsequent die Schreibweise »Voraus-Klage« verwendet und nicht auf die »Ausklags-Sachen« verwiesen.¹⁶ Unter »Exceptio Excussionis sive ordinis« heißt es 1734, der Bürge könne einwenden, »es müsse vorher der Principal-Schuldner ausgeklaget werden«, wobei auch hier kein Bezug zu den »Ausklags-Sachen« hergestellt wird.¹⁷

Bei Haymen ist 1738 die Rede von der »Voraus-Klage«.¹⁸ Bertoch schreibt 1740 ebenfalls konsequent »Voraus-Klage«¹⁹ und erwähnt die »Ausklage des Schuldners« nur, indem er ausführt, der Bürge habe das »Recht der Voraus-Klage« nicht, »wenn die Ausklage des Schuldners sehr schwer ist«.²⁰ Emminghaus erläutert die »Einrede ... der ... Vorausklage« 1834 in der monumentalen »Encyklopädie« von Ersch und Gruber hinsichtlich des Schutzes eines »dritten Pfandbesitzers« dahingehend, dass gegen ihn aus dem Pfandrechte nicht vorgegangen werden könne, »bevor nicht der Hauptschuldner ... ausgeklagt worden« ist; ein »vom Bürgen bestellte(s) Pfand« dürfe nicht verwertet werden, »bevor nicht das vom Hauptschuldner gebene ausgeklagt ist.«²¹

Vergleicht man Höpfner, der 1787 ausführt, dass der Bürge »soll fordern können, daß man in der gehörigen Ordnung verfare, und den Hauptschuldner zuerst ausklage, ... das heißt, ihn belange, und die Sache bis zur Execution treibe«,²² wird zwar erkennbar, dass das Ausklagen bis zur Zwangsvollstreckung gehen muss, aber auch, dass das Ausklagen kein terminus technicus für diese gewesen

zu sein scheint, sondern der Erklärung bedurfte und sich eben nicht nur auf die »Execution«, sondern auch auf das vorherige »Belangen« bezog. Im Adelungschen Wörterbuch wird 1811 »Ausklagen« mit »Durch eine gerichtliche Klage auf das Äußerste bringen« erklärt;²³ an ein Ausklagen ohne Klage ist also nicht gedacht.

Damit stimmt der Befund überein, dass das Deutsche Rechtswörterbuch die Stichwörter »auserklagen«,²⁴ »Ausklagbrief«, »Ausklagde«, »Ausklage«, »ausklagen«, und »Ausklagung« enthält,²⁵ die Belege aber keine Beschränkung auf die Zwangsvollstreckung erkennen lassen; vielmehr wurde ausklagen u. a. in der Bedeutung von »jem. verklagen, ... zu Ende klagen« verwendet.²⁶ Speziell bezüglich der Subsidiarität der Bürgenhaftung lässt sich im deutschen Recht des Mittelalters auch dort, wo eine solche nachrangige Haftung des Bürgen angenommen wurde, kein technisch exakter Begriff des Ausklagens erkennen.²⁷

²³ Adelung, Grammatisch-kritisches Wörterbuch der Hochdeutschen Mundart, Erster Theil, Mit D. W. Soltau's Beyträgen, revidirt ... von Franz Xaver Schönberger, 1811, Spalte 605.

²⁴ Deutsches Rechtswörterbuch, Erster Band, 1914-1932, Spalte 1011.

²⁵ Deutsches Rechtswörterbuch, Erster Band, 1914-1932, Spalte 1043 f.

²⁶ Deutsches Rechtswörterbuch, Erster Band, 1914-1932, Spalte 1044, »ausklagen«, A., II.

²⁷ Vgl. Stobbe/Lehmann, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Dritter Band, 3. Auflage 1898, § 238, Nr. 2 c, S. 365, wo in Fn. 8 »beclagen« und »uthclagen« als »klagen« im Sinne des vor Gericht ein Recht Durchsetzens aufgefasst werden; vgl. auch § 238, Nr. 4, S. 367, und § 239, Nr. 2, S. 370 ff., zur späteren Entwicklung. Zur Entwicklung der Subsidiarität der Bürgenhaftung in Deutschland ferner Haferkamp in Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III, 2. Teilband, 2013, §§ 765-778, Rn. 65; Maier, Die Bürgschaft in süddeutschen und schweizerischen Gesetzbüchern, 16.-18. Jahrhundert, 1980, S. 135 ff., 143 ff., mit zahlreichen Nachweisen aus der Gesetzgebung; Eggert, Die Bürgschaft im süddeutschen Recht des späteren Mittelalters, Dissertation Frankfurt a.M. 1962, S. 73 ff.; Martin, Das Bürgschaftsrecht Nord- und Ostdeutschlands im späten Mittelalter, Dissertation Frankfurt a.M. 1960, S. 51 ff., 137 f.; aber auch für den von ihm untersuchten Raum Walliser, Das Bürgschaftsrecht in historischer Sicht dargestellt im Zusammenhang mit der Entwicklung des Schuldrechts in den schweizerischen Kantonen Waadt, Bern und Solothurn bis zum 19. Jahrhundert, 1974, S. 500 ff., zusammenfassend S. 558: »Erst ganz am Ende des 18. Jhs. taucht der bloß subsidiär haftende Bürge auf ...« Mückenheim, Die Bürgschaft in den Lübecker Ratsurteilen, Dissertation Hamburg 1964, S. 90 ff., 127. »Klage« und »klagen« wurden schon im Mittelalter im Sinne von »förmliche(s) Begehren an einen Richter ..., ein beanspruchtes Recht dem Kläger zuzusprechen, ...« (Deutsches Rechtswörterbuch, Siebenter Band, 1974-1983, Spalte 1034; vgl. Weitzel, Artikel »Klage«, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band II, 2. Aufl. 2012, Spalte 1843: »In historischer Sicht ist die Klage das Anrufen richterlicher Hilfe gegen erlittenes Unrecht ... Sie ist die Form der Einleitung des Gerichtsverfahrens ...«) und »bei Gericht in förmlicher Weise ... Recht suchen ...« (Deutsches Rechtswörterbuch, Siebenter Band, 1974-1983, Spalte 1045, Nr. II) verwen-

¹⁵ Zedler, Grosses vollständiges Universal-Lexicon ..., 8. Band, 1734, Spalte 2327, Artikel »Excussio«.

¹⁶ Zedler, Grosses vollständiges Universal-Lexicon ..., 50. Band, 1746, Spalte 716.

¹⁷ Zedler, Grosses vollständiges Universal-Lexicon ..., 8. Band, 1734, Spalte 2281.

¹⁸ Haymen, Allgemeines Teutsches Juristisches Lexicon, 1738, Artikel »Bürge, Bürgschaft, Fidejussor, Fidejussio«, S. 63, 64.

¹⁹ Bertoch, Promptuarium iuris practicum, oder Practischer Vorrath zu einer gründlichen Rechts-Wissenschaft, 1740, Artikel »Beneficium Excussionis, Das Recht der Voraus-Klage«, S. 111 ff.

²⁰ Bertoch, Promptuarium iuris practicum, oder Practischer Vorrath zu einer gründlichen Rechts-Wissenschaft, 1740, Artikel »Beneficium Excussionis, Das Recht der Voraus-Klage«, S. 113, Nr. 10.

²¹ Emminghaus, Artikel »Ordinis ... Exceptio«, in Ersch/Gruber (Hrsg.), Allgemeine Encyklopädie der Wissenschaften und Künste, Dritte Section, Fünfter Theil, Ordination-Oroz, 1834, S. 71, 72, lit. B.

²² Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe, 2. Auflage 1787, § 836, S. 627; vgl. auch § 844, S. 632.

Das Grimm'sche Deutsche Wörterbuch erklärt ausklagen ebenfalls mit »verklagen, ... dann auch zu Ende verklagen«²⁸ und definiert »Vorausklage« als »klage die einer anderen vorgeht oder vorgehen soll«, wozu auf § 771 BGB verwiesen wird.²⁹

Kreittmayr kommentiert 1765 die Regelung des Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, Viertes Teil, 10. Kapitel, § 11 mit den Worten, der Gläubiger könne an den Bürgen »eher nicht kommen ..., bis der Hauptschuldner ... völlig ausgeklagt« ist. Darüber, wie genau dieses Ausklagen durchzuführen sein soll, schweigt der Kommentator.³⁰

Das preußische Allgemeine Landrecht benutzt ausklagen 1794 in I 16 § 383 ziemlich untechnisch im Sinne von klagen, einklagen: »Wer in einem Prozesse von seinen Einwendungen gegen eine wider ihn ausgeklagte Forderung innerhalb der durch die Gesetze bestimmten Fristen keinen Gebrauch macht, wird derselben auch ohne weitere Entsagung verlustig.«³¹ In I 20 § 484 ist die Verwendung spezifischer, wobei die Ausklagung allerdings neben der »Beytreibung« genannt wird, ohne dass ganz klar würde, auf welche Verfahrensstadien einer prozessualen Geltendmachung der Hypothek sich beide Begriffe genau beziehen: »Wegen der Kosten zur Ausklagung und Beytreibung der Forderung, hat der Gläubiger kein dingliches Recht: wenn ihm nicht dasselbe in dem Hauptinstrumente ausdrücklich vorbehalten, und dieser Vorbehalt im Hypothekenbuche mit vermerkt worden.«³²

det. Dass »auch ... das beanspruchte Recht mit Klage gemeint sein« kann (Deutsches Rechtswörterbuch, Siebenter Band, 1974-1983, Spalte 1035), ist jedenfalls seit dem 18. Jahrhundert nicht mehr zu erkennen, vgl. etwa Zedler, Grosses vollständiges Universal-Lexicon ..., 15. Band, 1737, Spalte 854, Artikel »Kläger«: »Kläger ... ist derjenige/ welcher von einem andern vor Gericht etwas praetendiret/seine Klage anbringt/und seine Recht verfolgt.« Gewisse Unschärfen des deutschen Begriffs Klage können aber nicht erstaunen, wenn man bedenkt, wie schillernd der Begriff der römischen actio denjenigen erscheinen muss, die wie wir heutigen deutschen Juristen zwischen (prozessualer) Klage und (materiellrechtlichem) Anspruch scharf unterscheiden, was insbesondere auf Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1856, zurückgeht; vgl. dort S. III und 5f.: »die Actio des römischen Civilrechts (ist nicht), was heutzutage unter Klage ... verstanden wird«, sondern »Actio ist der Ausdruck für den Anspruch«. »Jemand hat eine Actio, heißt ...: Jemand hat einen Anspruch.«

²⁸ Band I, 1854, Spalte 893.

²⁹ Band XII 2, 1951, Spalte 849.

³⁰ Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem ..., Viertes Theil, 1765, S. 1666.

³¹ In der Ausgabe mit Einführung von Hattenhauer und Bibliographie von Bernert, 3. Auflage 1996, S. 243.

³² In der Ausgabe mit Einführung von Hattenhauer und Bibliographie von Bernert, 3. Auflage 1996, S. 309.

Nicht eindeutig ausschließlich im Sinne von Zwangsvollstreckung verwendet den Begriff 1808 auch noch Krüll: Durch »die Einrede der Vorausklage ... (kann) der in Anspruch genommene Bürge ... sich so lange schützen ..., bis der Hauptschuldner ausgeklagt ist. ... der Gläubiger (muß) zuerst den Hauptschuldner ... völlig ausklagen ...«³³

In Napoleons Gesetzbuch in der Ausgabe für das Königreich Westphalen 1808 und der Ausgabe für das Großherzogtum Berg 1810 sowie im Badischen Landrecht von 1810 ist in den Übersetzungen der Art. 2021 ff. Code civil (damaliger Fassung) von der »Einrede der Vorausklage« (2021 Badisches Landrecht) oder der »Rechtswohlthat des Zuvorausklagens« (2021 in den Ausgaben für Westphalen und Berg) die Rede,³⁴ ohne dass das »Ausklagen« deutlich nur auf Zwangsvollstreckungsmaßnahmen begrenzt würde.³⁵ Nichts anderes gilt für Art. 1666, der dem durch ein Wiederkaufsrecht Belasteten eine ebenso bezeichnete Einrede gewährt.³⁶ Crome spricht in seinem Handbuch des Französischen Civilrechts 1894 zwar vom Ausklagen des Schuldners, aber von der »Rechtswohlthat der Vorklage«,³⁷ was eine technische Verwendung des Ausdrucks Ausklagen in einem eine Klage nicht voraussetzenden Sinne äußerst unwahrscheinlich macht. Wegen der Verwendung der Begriffe »Vorausklage«, »Rechtswohlthat des Zuvorausklagens« etc. in den deutschen Versionen des Code Civil trifft es entgegen Duckstein und Pfeiffer jedenfalls nicht zu, dass das sächsische BGB »als erste bedeutendere Zivilrechtskodifikation den Begriff »ausklagen« (benutzte) ...«³⁸

³³ Krüll, Handbuch des königlich-baierischen gemeinen bürgerlichen Rechts ..., III. Band, 1808, § 946, S. 154.

³⁴ Vgl. Napoleons Gesetzbuch, Einzig offizielle Ausgabe für das Königreich Westphalen, 1808, S. 450 f.; Napoleons Gesetzbuch, Einzig offizielle Ausgabe für das Großherzogtum Berg, 1810, S. 856 ff.; Land-Recht des Großherzogthums Baden, 1809, S. 539 f. Vgl. weiter Maleville/Blanchard, Commentar über das Gesetzbuch Napoleons ..., Viertes Band, 1809, S. 121 ff. (»Rechtswohlthat der Vorausklage«, der Gläubiger hat den Hauptschuldner »auszuklagen«).

³⁵ Vgl. Brauer, Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzoglich Badische bürgerliche Gesezgebung, Viertes Band, 1810, S. 23 ff.

³⁶ Napoleons Gesetzbuch, Einzig offizielle Ausgabe für das Königreich Westphalen, 1808, S. 378; Napoleons Gesetzbuch, Einzig offizielle Ausgabe für das Großherzogthum Berg, 1810, S. 722; Land-Recht des Großherzogthums Baden, 1809, S. 451 (»Einrede der Ausklage des Hauptschuldners«).

³⁷ Crome, Handbuch des Französischen Civilrechts, begründet von Zachariä von Lingenthal, Zweites Band, 8. Auflage 1894, § 405, S. 724 ff.

³⁸ Duckstein/Pfeiffer, JR 2010, 231, 232, die aber selbst in Fn. 10 aus Napoleons Gesetzbuch, Einzig offizielle Ausgabe für das Großherzogthum Berg, zitieren.

Auch im württembergischen Pfandgesetz von 1825 ist in Art. 116 zum Schutz des dritten Besitzers einer verpfändeten Sache vorgesehen, dass dieser dem Pfandgläubiger immerhin dann »die Einrede ... entgegen setzen (kann), daß der Schuldner zuvor auszuklagen sey«, wenn »das Unterpfand wegen einer für einen Anderen geleisteten einfachen Bürgschaft bestellt worden.«³⁹ Mayer spricht in seiner Kommentierung der Bestimmung von der »Einrede der Vorausklage«,⁴⁰ ohne auf deren Gehalt genauer einzugehen.

Die Regelungen des preußischen Allgemeinen Landrechts, die sich in ALR I 14 §§ 283-309 sehr ausführlich mit dem »Einwand [des Bürgen], daß der Schuldner zuerst belangt werden müsse« (§ 284) befassen,⁴¹ werden Ende des 19. Jahrhunderts in den führenden Lehrbüchern des preußischen Privatrechts unter der Überschrift »Vorausklage«⁴² oder zumindest unter Verwendung dieses Begriffs dargestellt.⁴³ Zusammenfassend lässt sich sagen, dass seitens des Gläubigers in der Regel, aber nicht ausnahmslos »die Vollstreckung [gegen den Hauptschuldner] versucht ... werden (muß)«,⁴⁴

Im deutschen Recht finden sich im 18. und 19. Jahrhundert (und auch früher) keine belastbaren Hinweise auf die Entwicklung eines einigermaßen klaren Begriffs des Ausklagens als eines hinreichend bestimmten Stadiums oder Aspekts der Zwangsvollstreckung.

2. In den Beratungen zum BGB

Dass § 674 Abs. 1 des Ersten Entwurfs des BGB formulierte, der Bürge könne die Leistung »so lange ... verweigern, bis der Hauptschuldner von dem Gläubiger ausgeklagt worden ist (Einrede der Vorausklage)«, steht dazu nicht im Widerspruch, denn die Bestimmung in § 674 Abs. 2 S. 1 (»Die Ausklagung ist als erfolgt anzusehen, wenn wegen des Anspruchs eine Zwangsvollstreckung gegen den

Hauptschuldner ohne Erfolg stattgefunden hat.«) belegt, dass eine allgemein geteilte ausreichend konkrete Vorstellung von der Bedeutung des Ausklagens eben nicht vorausgesetzt werden durfte.⁴⁵ Die Motive der Ersten Kommission erläutern dazu also nicht in überflüssiger Weise: »Der § 674 Abs. 2 bestimmt weiter, was unter Ausklagung zu verstehen ist, nämlich nicht die Verurtheilung des Hauptschuldners, welche bei Vorhandensein eines anderen vollstreckbaren Titels gar nicht zu erfolgen braucht, sondern der ohne Erfolg versuchte Zwang zur Erfüllung ...«⁴⁶

Weder eine (längere Entwicklungszeiträume und insbesondere »Normvorläufer« betrachtende) historische⁴⁷ noch eine (fast immer auf die historische Interpretation angewiesene⁴⁸) genetische (auf die unmittelbare Entstehung der Norm und die Gesetzesmaterialien konzentrierte) Auslegung⁴⁹ des § 771 BGB kann etwas zur Vermeidung der nach geltendem Recht irrigen Vorstellung beitragen, Voraussetzung einer Erfolg versprechenden Inanspruchnahme des Bürgen sei eine vorausgegangene Klage des Gläubigers gegen den Schuldner.

³⁹ Reyscher (Hrsg.), Vollständige, historisch und kritisch bearbeitete Sammlung der württembergischen Gesetze, 7. Band, 2. Abtheilung, 1841, S. 1282f.

⁴⁰ M. S. Mayer, Commentar des Neuen Württembergischen Pfand-Gesetzes, Zweiter Theil, 1826, S. 165.

⁴¹ In der Ausgabe mit Einführung von Hattenhauer und Bibliographie von Bernert, 3. Auflage 1996, S. 220f.

⁴² Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Zweiter Band, 2. Auflage 1880, § 244, S. 691ff.

⁴³ Förster/Eccius, Preußisches Privatrecht, II. Band, 7. Auflage 1896, § 144 IV, S. 400ff.

⁴⁴ Förster/Eccius, Preußisches Privatrecht, II. Band, 7. Auflage 1896, S. 401.

⁴⁵ Anders implizit Duckstein/Pfeiffer, JR 2010, 231, 232.

⁴⁶ Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, 1899, S. 374 oben. Unergiebig hinsichtlich des Ausklagens das der Ersten Kommission vorgelegte »Material über Bürgschaft und Kreditauftrag unter Zugrundelegung des dresdener Entwurfs«, abgedruckt in Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3, 1980, S. 403, insbesondere S. 433ff. zu Art. 934 des Dresdener Entwurfs.

⁴⁷ Vgl. zum Begriff Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 155ff. Skeptisch zu einer »umfassende(n) Berücksichtigung der historischen Perspektive« im Rahmen der Auslegung und für eine »Begrenzung« »primär auf die Rahmenbedingungen des Rechtssetzungsakts«, konkret die »Vorstellungen der Verfasser, wie sie etwa als Erläuterungen der Ministerialbürokratie in den Gesetzesmaterialien niedergelegt sind«, Grigoleit, ZNR 2008, 259, 262f.

⁴⁸ Vgl. Jansen, ZNR 2005, 202, 208: »Immer wieder zeigt sich ..., dass Gesetz und Materialien nicht recht verständlich sind, wenn nicht der Rechtszustand zum Zeitpunkt ihrer Formulierung aufgearbeitet wird.«

⁴⁹ Vgl. zum Begriff Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 157.

III. Rechtsvergleichung: »Ausklagung« im schweizerischen Recht

Das insoweit ernüchternde Bild wird durch einen Vergleich mit dem schweizerischen Recht bestätigt. Nach Art. 495 Abs. 1 OR kann der »Gläubiger ... den einfachen Bürgen erst dann zur Zahlung anhalten, wenn ... der Hauptschuldner ... vom Gläubiger unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt bis zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheins betrieben worden ist ...« Der Gläubiger muss also einen erfolglosen Vollstreckungsversuch unternommen haben, denn nach Art. 149 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) wird ein Verlustschein dem Gläubiger nur für den durch eine Pfändung nicht befriedigten Betrag seiner Forderung ausgestellt. Die Einleitung des Verfahrens der Betreibung setzt anders als die der Zwangsvollstreckung nach deutschem Recht keinen Titel voraus; es ist Sache des angeblichen Schuldners, sich gegen die Betreibung zur Wehr zu setzen. Erhebt der angebliche Schuldner »Rechtsvorschlag« gegen die Betreibung, hat der Gläubiger nach Art. 79 SchKG »seinen Anspruch im Zivilprozess ... geltend zu machen. Er kann die Fortsetzung der Betreibung nur aufgrund eines vollstreckbaren Entscheids erwirken, der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt.« Gemäß Art. 499 Abs. 2 Nr. 2 OR haftet der Bürge auch für »die Kosten der Betreibung und Ausklagung des Hauptschuldners ...« Mit »Kosten der Ausklagung« sind hier die »Kosten der weitem Ausklagung des Hauptschuldners, d.h. der weiteren Rechtsverfolgung, also der Rechtsöffnung,⁵⁰ der Aberkennungsklage,⁵¹ eines Arrestprozesses, auch eines ordentlichen Prozesses« gemeint.⁵² Ausklagung bedeutet im geltenden schweizerischen Recht also gerade Durchführung eines durch den Richter geleiteten Verfahrens, vgl. Art. 80 Abs. 1 SchKG: »Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid, so kann der Gläubiger beim Richter die Aufhebung des Rechtsvorschlags (definitive Rechtsöffnung) verlangen.« Das schweizerische Recht kennt wie das deutsche (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) auch die Vollstreckung aus (öffentlichen) Urkunden, in denen der Schuldner »die direkte Vollstreckung anerkennt« (Art. 347 schweizerische ZPO, weniger drastisch formuliert als

§ 794 Abs. 1 Nr. 5 der deutschen ZPO, wo »der Schuldner sich ... der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen« haben muss). Die Vollstreckung aufgrund einer solchen Urkunde im Wege der Betreibung ist aber keine Ausklagung, solange der Schuldner der Betreibung nicht widersprochen und damit die gerichtliche Prüfung herbeigeführt hat, ob ein »Rechtsöffnungstitel« nach Art. 80 Abs. 1 oder Abs. 2 (Nr. 1^{bis}: vollstreckbare öffentliche Urkunden) SchKG vorliegt. Von einer Gleichsetzung von Ausklagung und Maßnahmen der Zwangsvollstreckung kann also auch und gerade im schweizerischen Recht keine Rede sein. Die Behauptung, »das Rechtsprinzip der Vor-Ausklagung« habe »auch in das schweizerische Obligationenrecht ... Einzug gehalten«,⁵³ hält einer Überprüfung nicht stand.

IV. Vollstreckung ohne vorausgegangene Klage im 19. Jahrhundert?

Selbst wenn man einen feststehenden zwangsvollstreckungsrechtlichen Begriff der Ausklagung annehmen sollte, wäre zu bedenken, dass die Exekution⁵⁴ oder Zwangsvollstreckung im 18. und beginnenden 19. Jahrhundert prinzipiell ein Urteil voraussetzte, so dass eine Vollstreckung und damit auch eine Ausklagung ohne Klage kaum vorstellbar war. Insbesondere bestand im 19. Jahrhundert in Deutschland nicht immer und nicht überall die Möglichkeit der Vollstreckung aus Urkunden.⁵⁵ Zwar konnte der Gläubiger im gemeinen deutschen Zivilprozess in einem summarischen Verfahren, nämlich dem so genannten Exekutivprozess durch Urkundenbeweis besonders schnell einen (allerdings in einem separaten Verfahren seitens des Schuldners nachträglich angreifbaren) Titel in Gestalt eines Urteils erlangen,⁵⁶ die unmittelbare Vollstreckung aus

⁵⁰ Vgl. Art. 80 ff. SchKG.

⁵¹ Vgl. Art. 83 Abs. 2 SchKG.

⁵² Giovanoli in Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 7. Teilband, 2. Auflage 1978, Art. 499, Rn. 13.

⁵³ Duckstein/Pfeiffer, JR 2010, 231, 232, mit Fn. 9.

⁵⁴ Vgl. Zedler, Grosses vollständiges Universal-Lexicon ..., 8. Band, 1734, Spalte 2349: »Exsecutio, die Vollstreckung des gesprochenen Urtheils ...« Liebe, Artikel »Execution«, in: Weiske (Hrsg.), Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten ..., Viertes Band, 1843, S. 97, 104: »Allgemeine Voraussetzungen der Execution sind: Das Vorhandensein eines rechtskräftigen Urtheiles ...«

⁵⁵ Vgl. Liebe, Artikel »Execution«, in: Weiske (Hrsg.), Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten ..., Viertes Band, 1843, S. 97, 105: »Dagegen sind dem gemeinen teutschen Rechte executorische Urkunden in dem Sinne, daß ohne weitere Procedur die Execution daraus stattfände, unbekannt.«

⁵⁶ Vgl. etwa Hahn (Hrsg.), Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Zweites Band, Materialien zur Civilprozeßord-

einer Urkunde war aber (anders als zum Teil in der frühen Neuzeit und in anderen europäischen Ländern) nicht vorgesehen.⁵⁷ Vergleicht man mit der heutigen deutschen ZPO, gab es also ein dem Urkundenprozess nach §§ 592 ff. einschließlich des Nachverfahrens nach § 599 f. sehr ähnliches Verfahren, das auch der historische Vorläufer des Urkundenprozesses ist,⁵⁸ während ein Äquivalent zur Voll-

nung, Erste Abtheilung, 1880, S. 386 ff.; v. Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, 6. Auflage 1843, §§ 360 ff., S. 450 ff.; Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses, Dritter Theil, 1845, §§ 205 ff., S. 169 ff.

⁵⁷ Vgl. Hahn (Hrsg.), Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Zweiter Band, Materialien zur Civilprozeßordnung, Erste Abtheilung, 1880, S. 420 f. Briegleb, Ueber exekutorische Urkunden und Exekutiv-Prozeß, Erster Theil, Geschichte des Exekutiv-Prozesses, 1839, S. 365 ff., der darin »Abwege« der deutschen Entwicklung sieht; ders., Einleitung in die Theorie der summarischen Processe, 1859, S. 515 ff., wo deutlich wird, dass schon die mittelalterlich italienische sofort vollstreckbare Urkunde »Guarentigia in ihrer ursprünglichen Form ... auf der Vorspiegelung eines vom Gläubiger und Schuldner vor dem ordentlichen Richter aufgeführten wirklichen Rechtsstreites (beruht)«, also bis zur Anerkennung notarieller Urkunden mit denselben Wirkungen (S. 517) eben nicht ohne Klage und Urteil (aufgrund *confessio in iure*, also sozusagen Anerkenntnis des Beklagten) auskam; dazu auch Coing, Europäisches Privatrecht, Band I, 1985, S. 482; Münch, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1988, S. 26 f.; Leutner, Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr, 1996, S. 23; Peters, Rechtsnatur und Beschleunigungsfunktion des Urkundenprozesses, 1996, S. 12 f. Kohler, AcP 72 (1888), 1, 2 f., betont zutreffend: »auch der Urkundenprozeß ist ein Prozeß mit Klage und Urtheil, und erst das Urtheil ist vollstreckbar«, während die »exekutorische Urkunde« eben ohne Urteil vollstreckbar ist; dass letztere »im deutschen Prozesse so kläglich Schiffbruch gelitten hat«, ist eine Bewertung, die man wie die Kritik Brieglebs am deutschen Sonderweg nicht teilen muss. Ohne derartige Einschätzungen beschreibend zur Entwicklung Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses, Dritter Theil, 1845, § 205, S. 169 ff. Zum Forschungsstand zur vollstreckbaren Urkunde Münch, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1988, S. 17 ff.; Hofmeister, Österreichische Notariats-Zeitung 1982, 97, 99 f., der die Entwicklung S. 111 prägnant zusammenfasst: im 17. und 18. Jahrhundert »stellte sich auf ... [die] allzu großzügige Handhabung des Urkundenbeweises die typische Reaktion ein, daß an die Stelle der »parata executio« ein – wenn auch beschleunigter und etwas vereinfachter – Urkundenprozeß trat, der der Exekution »vorgeschaltet« werden mußte.« Zur Senkung der Anforderungen an vollstreckbare Urkunden und der daher gebotenen Entwicklung des »eigentliche(n) Exekutivprozeß(es), verstanden als Erkenntnisverfahren mit summarischer Kognition«, Münch, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1988, S. 29 ff., 35 f. Nicht leicht verständlich, aber mit dem Gesagten übereinstimmend der Artikel »Guarentigiatum Instrumentum« in Zedler, Grosses vollständiges Universal-Lexicon ..., 11. Band, 1735, Spalte 1190; vgl. auch Zedler, Grosses vollständiges Universal-Lexicon ..., 26. Band, 1740, Spalte 813, Artikel »Parata Executio«.

⁵⁸ Vgl. Hahn (Hrsg.), Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Zweiter Band, Materialien zur Civilprozeßordnung, Erste

streckung aus einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO fehlte, wiewohl nicht zu übersehen ist, dass zwischen einem Exekutiv- oder Urkundenprozess mit anschließendem Nachverfahren und der sofortigen Zwangsvollstreckung aus einer Urkunde mit der Möglichkeit des Schuldners, gegen den Titel alle Einreden ohne Begrenzung auf nach der Beurkundung entstandene Gegenrechte geltend zu machen (vgl. heute § 797 Abs. 4, § 767 Abs. 1, § 795 S. 1 ZPO), nur sehr technische Unterschiede bestehen.⁵⁹ Außerhalb der deutschen Gebiete, in denen französisches Recht galt, führte erst die Bürgerliche Prozessordnung für das Königreich Hannover 1850 eine Bestimmung (§ 528 Nr. 2) über die sofortige Zwangsvollstreckung aus Urkunden (und die Verteidigungsmöglichkeit des Schuldners ohne Präklusion nach § 575 Nr. 2) ein, behielt zugleich aber auch den Executivprozeß (§§ 478 ff., zur »Ausführung der zum besonderen Verfahren verwiesenen Einreden« § 486) als schnell zum Urteil führendes besonderes Verfahren bei.⁶⁰ Zivilprozessordnungen anderer

Abtheilung, 1880, S. 387: der Entwurf zur CPO habe »den Exekutivprozeß ... unter der Bezeichnung »Urkunden- und Wechselprozeß« (aufgenommen)«; Wieczorek/Schütze/Olzen, Vor §§ 592-605a ZPO, Rn. 1, 4. Auflage 2013.

⁵⁹ Warum die sofortige Vollstreckbarkeit aus Urkunden, der Urkundenprozess und außerdem auch noch das Mahnverfahren nebeneinander benötigt werden sollen und jedenfalls in Details auch noch unterschiedlich geregelt werden dürfen, wird kaum befriedigend erklärt. Vgl. Hahn (Hrsg.), Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Zweiter Band, Materialien zur Civilprozeßordnung, Erste Abtheilung, 1880, S. 388 unten: »Ob ... der Urkundenprozeß überhaupt noch ... beizubehalten sei, ist mehrfach bezweifelt worden«, u. a. wegen der unmittelbaren Vollstreckbarkeit öffentlicher Urkunden. S. 389: »... der Entwurf (hat) die Bedürfnisfrage bejaht«, leider ohne sachliche Begründung. S. 421 oben: »das Institut der vollstreckbaren Urkunden ... (läßt) eine weitgehende Verminderung der Prozesse ... erwarten und hat sonach neben dem Urkundenprozesse und dem Mahnverfahren seine Bedeutung.« Könnte man dann nicht den Urkundenprozess abschaffen, weil der vorausschauende Gläubiger sich um eine sofort vollstreckbare Urkunde bemüht oder ein Mahnverfahren anstrengen kann? S. 446 oben: »Die Vollstreckbarkeit der vom Gerichte oder Notar aufgenommenen Urkunden ... ist im verstärkten Maße dasjenige, was der Urkundenprozeß gewährt ...« Wird dieser dadurch nicht überflüssig? Vielleicht erklären auch die sofortige Vollstreckbarkeit aus Urkunden und das Mahnverfahren mindestens zum Teil auch die praktische Bedeutungslosigkeit des Urkundenprozesses; zu dieser etwa Wieczorek/Schütze/Olzen, Vor §§ 592-605a ZPO, Rn. 3, 4. Auflage 2013. v. Bayer, Theorie der summarischen Processe, 7. Auflage 1859, § 42, Fn. 28, S. 102, hatte Recht: »Die Wiedereinführung des Instituts der executorischen Urkunden in einem Lande, in welchem bereits der moderne Executivprozeß und der Mandatsprozeß in Schuldsachen bestehen, ... könnte ... leicht eine Quelle nachtheiliger Verwirrungen werden.«

⁶⁰ Vgl. Leonhardt (Hrsg.), Die bürgerliche Prozeßordnung und deren Nebengesetze, 3. Auflage, Hannover 1861, S. 345 f., 399, 314 ff., 318. Ich habe das Werk benutzt als Neudruck, Neudrucke zivilprozessua-

deutscher Staaten und diejenige des Deutschen Reiches folgten diesem Vorbild.⁶¹

Auch die historische Auslegung kommt ohne Beachtung systematischer Zusammenhänge, hier derjenigen zwischen materiellem Zivilrecht und Zivilprozessrecht, nicht aus.

V. Ergebnis

Weder die Erklärung der Einrede der Vorausklage als angeblich historisch zu verstehende Einrede der »Vor-Ausklage« noch eine erwogene Umbenennung der Einrede in »Einrede der Vorausvollstreckung«⁶² können etwas an der mangelnden Präzision des Gesetzesbegriffs ändern. Da §§ 771 ff. BGB detailliert regeln, welche Maßnahmen unter welchen Bedingungen vom Gläubiger zu ergreifen sind, ist die zutreffend kritisierte rein terminologische Missverständlichkeit⁶³ jedoch nur ein kleiner Schönheitsfehler. Da

der Gläubiger in der Regel gegen den Schuldner einen Vollstreckungsversuch unternehmen muss, dazu einen Titel braucht und dieser wiederum nach der gesetzlichen Regelung grundsätzlich ein vollstreckbares Urteil (§§ 704 ff. ZPO) sein soll und nur ausnahmsweise ein sonstiger Titel (§§ 794 ff. ZPO) sein kann, kann der Bürge den Gläubiger mit der Einrede der Vorausklage tatsächlich häufig auf eine Klage gegen den Schuldner verweisen. Der Begriff ist somit im Kern auch heute noch zutreffend. Vom traditionellen Begriff abzuweichen, wäre nur dann sinnvoll, wenn damit ein erheblicher Gewinn an Klarheit verbunden wäre. Der Ausdruck »Einrede der Vorausvollstreckung« könnte das schon deshalb nicht leisten, weil er suggerieren könnte, der Gläubiger habe eine vernünftige scheinende Vollstreckung zu versuchen, was aber nicht der Fall ist, solange vom Gläubiger einer Geldforderung nach § 772 Abs. 1 BGB nur ein Versuch der Vollstreckung in bewegliche Sachen gefordert, eine Vollstreckung aus dem Gläubiger zur Sicherung bestellten Grundpfandrechten oder in Grundstücke des Schuldners oder in Bankkonten des Schuldners hingegen nicht verlangt wird.⁶⁴ Begriffe müssen nicht nur exakt, sondern auch prägnant sein, was es verbietet, in Zukunft etwa nur noch von der »Einrede des unterbliebenen vorherigen, mindestens einmaligen, nicht gänzlich erfolgreichen Versuches der Vollstreckung in bewegliche Sachen des Schuldners« zu sprechen. Wenn das Gesetz die Einrede der Vorausklage definiert, ist es hinzunehmen, dass eine Vorausklage im Sinne des Gesetzes auch ohne jede Klage stattgefunden haben kann. Anders als einem Gesetzgeber, der anordnen würde, Weihnachtsmänner im Sinne des Gesetzes seien auch Osterhasen,⁶⁵ kann dem BGB-Gesetzgeber kaum vorgeworfen werden, er hätte das Gemeinte klarer und zugleich ausreichend einfach ausdrücken können. Ein Verzicht auf

ler Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, hrsg. von Dahlmanns, Band 1, 1971, S. 305 ff., konkret S. 675 f., 729, 644 ff., 648.

⁶¹ Vgl. zur Entwicklung im 19. Jahrhundert Hofmeister, Österreichische Notariats-Zeitung 1982, 97, 111 ff.; Münch, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1988, S. 93 ff.; mit Ungenauigkeiten (z.B. der Datierung der »hannoveranischen CPO« mit 1853) Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Auflage 2011, Rn. 2.3 ff.

⁶² Kreß, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1931, S. 271, Fn. 75; Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 9. Auflage 2001, S. 293; Jarass, WM 2002, 941, 943; Duckstein/Pfeiffer, JR 2010, 231, 233; Staudinger/Horn, 2012, § 771, Rn. 7; HK-BGB/Staudinger, § 771, Rn. 1, 8. Auflage 2014; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hakenberg, § 349 HGB, Rn. 1, 3. Auflage 2015; Hirsch, Schuldrecht Besonderer Teil, 4. Auflage 2016, Rn. 1217.

⁶³ Gierke, Deutsches Privatrecht, Band III, 1917, S. 781, Fn. 68: »Regelmäßig bedarf es ... vorheriger Ausklagung des Schuldners; soweit aber Zwangsvollstreckung ohne Klage (z. B. auf Grund vollstreckbarer Urkunde) zulässig ist, ist eine »Vorausklage« nicht erforderlich.« Planck/Oegg, § 771, Anm. 2, 4. Auflage 1928: »Eine »Vorausklage« ist also keineswegs immer erforderlich ... « Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, Zweite Abteilung, §§ 433 bis 853, 5. Auflage 1929, § 771, Anm. 3: »Der Ausdruck »Einrede der Vorausklage« ist nicht ganz zutreffend, denn eine Klage ist ... weder immer erforderlich noch ausreichend.« Kreß, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1931, S. 271, Fn. 75; RGRK/Mormann, § 771, Rn. 1, 12. Auflage 1978; Jarass, WM 2002, 941, 943. Soergel/Pecher, § 771, Rn. 2, 12. Auflage 2007: »Der ... hergebrachte Name (»Vor-Ausklage«) ist freilich ungenau«. Staudinger/Horn, 2012, § 771, Rn. 7; HK-BGB/Staudinger, § 771, Rn. 1, 8. Auflage 2014; Jauernig/Stadler, § 771, Rn. 1, 16. Auflage 2015; NK-BGB/Beckmann, § 771, Rn. 4, 3. Auflage 2016. MünchKommBGB/Habersack, 6. Auflage 2013, § 771, Rn. 1, Fn. 2, hat den in der 5. Auflage 2009, Rn. 1, erhobenen »Vorwurf unpräziser und irreführender Terminologie« leider aufgrund der Ausführungen von Duckstein/Pfeiffer, JR 2010, 231, als »wohl unberechtigt« zurückgenommen. Soergel/Gröschler, § 771, Rn. 2, 13. Auflage 2016, folgt gleichfalls Duckstein/Pfeiffer (vgl. den Beleg Fn. 14). Ähn-

lich BeckOGK/Madaus, § 771, Rn. 7, Stand 13. 6. 2016, der die Bezeichnung zwar »nach heutigem Sprachverständnis missglückt« findet, im Anschluss (vgl. den Beleg Fn. 7) an Duckstein/Pfeiffer aber annimmt, »das Erfordernis einer vorherigen »Ausklagung« « habe »im deutschen Partikularrecht des 19. Jahrhunderts die Notwendigkeit einer Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner (bedeutet).«

⁶⁴ Vgl. dazu, dass andere Vollstreckungsversuche als solche nach § 772 vom Geldgläubiger nicht verlangt werden können, zutreffend statt aller nur MünchKommBGB/Habersack, 6. Auflage 2013, § 772, Rn. 2, 4; BeckOGK/Madaus, § 772, Rn. 4, 7 f., 16, Stand 13. 6. 2016; Staudinger/Horn, 2012, § 772, Rn. 2 (»Insgesamt ist § 772 ... antiquiert und praxisfern.«).

⁶⁵ Vgl. zur weit verbreiteten diesbezüglichen »kleinen amüsanten Geschichte« sehr instruktiv, insbesondere hinsichtlich der Weiterverbreitung ungeprüfter Behauptungen, Piekenbrock, Jura 2015, 336, 337 ff.

den Begriff und seine Definition wäre im BGB freilich möglich.

Bloße »Wortklaubereien«⁶⁶ und Bindestrichsetzereien⁶⁷ sind unnütz. Auch missglückte Versuche historischer

Auslegung ändern aber nichts am prinzipiellen Wert der historischen Interpretation – oder wollte etwa jemand auf jeden Versuch teleologischer Auslegung verzichten, nur weil diese rein tatsächlich nicht ganz selten in die Irre führt?

⁶⁶ Vgl. Duckstein/Pfeiffer, JR 2010, 231, im ersten Satz ihrer Einführung.

⁶⁷ Auch das Setzen eines Bindestrichs an derselben Stelle mitten im Wort garantiert nicht, dass dasselbe gemeint wird. Vgl. einerseits Soergel/Pecher, § 771, Rn. 2, 12. Auflage 2007: »Der ... hergebrachte Name (»Vor-Ausklage«) ist freilich ungenau.« Andererseits Duckstein/Pfeiffer, JR 2010, 231, 233: »Der Gesetzgeber hat sich ... nicht ... ungenau oder gar missverständlich ausgedrückt, sondern präzise und ... folgerichtig. Dieser Befund sollte Anlass geben, die Einrede ... auch sprachlich wieder als das zu kennzeichnen, was sie ursprünglich gewesen ist: Eine Einrede der »Vor-Ausklage« und eben nicht eine Einrede der »Voraus-Klage«.«

Danksagung: Die Anregung zur Beschäftigung mit der »Vor-aus-klage« stammt von Frau Dr. Sabrina Binder, der ich dafür herzlich danke.