

§§ 1607 Abs. 2 Satz 2, 1613, 685 Abs. 2, 681 BGB;
§§ 690 Ziff. 3, 691 Abs. 2, 694, 699 Abs. 1, 139 ZPO.

1. Zur Frage der schlüssigen Begründung von Erstattungsansprüchen Dritter, die im Mahnverfahren gegen den Unterhaltspflichtigen wegen verauslagten Unterhalts an dessen Angehörige geltend gemacht werden.

2. Vollstreckungsbefehle im Mahnverfahren sind nicht von Amts wegen, sondern nur auf Ansuchen des Gläubigers zu erlassen. Ein vorher eingegangener Widerspruch des Schuldners gegen den Zahlungsbefehl verhindert den Erlaß des Vollstreckungsbefehls.

OG, Urt. vom 4. August 1960 — 1 Zz 12/60.

Der Gläubiger ist der Vater der geschiedenen Ehefrau des Schuldners. Die Ehe wurde im März 1959 geschieden. Im Hausratsverfahren wurden dem Schuldner verschiedene Gegenstände zugesprochen, die sich während der Straftat des Schuldners — bis Dezember 1959 — bei der geschiedenen Ehefrau befanden. Der Gläubiger hatte, ohne anzugeben, daß und wie er mit den nachfolgend genannten Zahlungsempfängern verwandt sei, gegen den Schuldner am 22. April 1959 einen Zahlungsbefehl über 690 DM wegen „verauslagten Unterhalts für Sonja H. vom 1. Juni 1958 bis 17. Februar 1959“ und „verauslagten Unterhalts (Restforderung) für Sonja H. und deren Mutter vom 21. September 1955 bis

11. November 1955“ erwirkt. Dieser Zahlungsbefehl wurde durch den am 16. Juni 1959 vom Kreisgericht R. erlassenen Vollstreckungsbefehl für vorläufig vollstreckbar erklärt. Der Schuldner, der sich zur Zeit des Erlasses des Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls in Straftat befand, hatte es unterlassen, gegen beide von den zulässigen Rechtsbehelfen Gebrauch zu machen. »

Auf Grund des Vollstreckungsbefehls hat der Gläubiger in die oben genannten Gegenstände vollstreckt. Auf eine gemäß § 766 ZPO eingelegte Erinnerung des Schuldners wurde die Pfändung durch Beschluß des Kreisgerichts vom 27. Januar 1960 wegen Verletzung des § 811 Ziff. 1 ZPO als unzulässig aufgehoben. ■

Der Generalstaatsanwalt der Deutschen Demokratischen Republik hat die Kassation des Vollstreckungsbefehls beantragt. Zur Begründung hat er ausgeführt:

Der Erlaß des Vollstreckungsbefehls verstoße gegen das Gesetz. Das Kreisgericht hätte bereits bei Erlaß des Zahlungsbefehls, ebenso aber auch beim Erlaß des Vollstreckungsbefehls, eine „Konkretisierung“ des geltend gemachten Anspruchs verlangen müssen, um die tatsächlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien beurteilen zu können. Das Kreisgericht hätte nämlich beachten müssen, daß der Anspruch nach § 685 Abs. 2 BGB überhaupt nicht berechtigt gewesen sei. Wenn der Gläubiger als Vater und Großvater seinen nahen Verwandten Unterhalt gewährt habe, bestehe die gesetzliche Vermutung für die freigebige Absicht der dafür aufgewendeten Leistungen.

Der Antrag hatte im Ergebnis Erfolg.

Aus den G r ü n d e n :

Dem Generalstaatsanwalt ist insoweit zuzustimmen, daß die im Mahngesuch gegebene Begründung nicht ausreichend war, den Erlaß eines Zahlungsbefehls zu rechtfertigen. Nach § 690 Ziff. 3 ZPO müssen im Mahngesuch die Tatsachen, die geeignet sind, den Anspruch zu begründen, bestimmt angegeben werden, und zwar so, daß die Rechtsbeziehungen, wie sie zwischen den Parteien angeblich bestehen, danach eindeutig beurteilt werden können. Ist das nicht der Fall und wird die Begründung auf Befragen durch das Gericht nicht ergänzt, so ist das Mahngesuch zurückzuweisen (Urteil des OG vom 24. Mai 1956 - 2 Zz 35/56 - in OGZ Bd. 4 S. 212).

Nun ist allerdings der Hinweis im Kassationsantrag auf eine Verletzung des § 685 Abs. 2 BGB nicht zutreffend. Nach dieser Vorschrift ist im Zweifel anzunehmen, daß „die Absicht fehlt, von dem Empfänger Ersatz zu verlangen“. Empfänger der vom Gläubiger gegebenen Leistung war aber nicht der Schuldner, sondern, wie behauptet wurde, dessen Ehefrau und Kind. Nur im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und den letztgenannten Personen konnte also die gesetzliche Ver-

mutung der Freigebigkeit begründet werden, nicht aber gegenüber dem unterhaltspflichtigen Vater und Ehemann.

Unbeschadet dessen aber hätte der Sekretär des Kreisgerichts sowohl bei Erlaß des Zahlungsbefehls als auch des Vollstreckungsbefehls prüfen müssen, ob der vom Gläubiger erhobene Anspruch materiellrechtlich überhaupt mit unserem Unterhaltsrecht vereinbar war. Der Anspruch des Gläubigers konnte nämlich, sei es auf Grund von Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 679, 683 BGB), sei es auf Grund eines gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 1607 Abs. 2 Satz 2 BGB, nur dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn der Schuldner für die im Zahlungsbefehl genannten Zeiten sowohl seiner Ehefrau als auch dem Kinde gegenüber unterhaltspflichtig und dieser Pflicht trotz Mahnung nicht nachgekommen war. Aus dem Mahngesuch ist zunächst nicht ersichtlich, ob der Schuldner in der Zeit vom 21. September bis 11. November 1955 seiner Ehefrau überhaupt unterhaltspflichtig war und, wenn ja, daß er diese Verpflichtung trotz Aufforderung nicht erfüllt hatte. Es ist immerhin nicht alltäglich, daß eine Ehefrau in einer bestimmten begrenzten Zeit angeblich keinen Unterhalt von ihrem sonst unterhaltspflichtigen Ehemann erhalten haben sollte und daß dieser von ihrem Vater, der von Gesetzes wegen der nächste unterhaltspflichtige Verwandte ist, erst nach fast vier Jahren in Anspruch genommen wird. Nur wenn die Ehefrau in der behaupteten Zeit ohne Einkommen und der Schuldner durch Zahlungsaufforderung in Verzug gesetzt worden war, konnte gemäß §§ 1360 Abs. 3, 1613 BGB dieser auf die Vergangenheit gerichtete Anspruch überhaupt berechtigt sein. Aber auch diese Umstände hätten, wie bereits ausgeführt, aus dem Mahngesuch hervorgehen müssen. Schon wegen dieses Mangels hätte das Gesuch, soweit es sich auf den angeblich an die Ehefrau des Schuldners gezahlten Unterhalt bezog, gemäß § 691 Abs. 2 ZPO, allerdings erst nach vergeblicher Ausübung der Fragepflicht (§ 139 ZPO), zurückgewiesen werden müssen.

Entsprechendes gilt aber auch für den vom Gläubiger nach seiner Behauptung für Sonja H. in der Vergangenheit verauslagten Unterhalt. Auch in bezug auf sie hätten im Mahngesuch sowohl die Unterhaltsbedürftigkeit während des in Betracht kommenden Zeitraums als auch die vergebliche Mahnung dargelegt werden müssen (§§ 1602, 1613 BGB).

Wegen dieser nach Lage der Sache zu stellenden Anforderungen waren die vom Gläubiger erhobenen Ansprüche denkbar ungeeignet, im Mahnverfahren verfolgt zu werden.

Das gegen die bezeichneten Bestimmungen verstoßende fehlerhafte Verfahren des Sekretärs des Kreisgerichts mußte zur Aufhebung des Vollstreckungsbefehls führen. Dabei sei noch bemerkt, daß der Erlaß des Vollstreckungsbefehls auch insoweit gesetzwidrig war, als er entgegen der Vorschrift des § 699 Abs. 1 ZPO ohne Ansuchen des Gläubigers erlassen worden ist. Dieser Verfahrensmangel für sich allein hätte zwar die Kassation nicht gerechtfertigt, muß aber dennoch gerügt werden, weil der Sekretär offenbar der irrigen Auffassung ist, der Vollstreckungsbefehl müsse von Amts wegen erlassen werden, wenn innerhalb der einwöchigen Zahlungsfrist kein Widerspruch des Schuldners eingeht. Dabei wird übersehen, daß diese Frist weder eine Notfrist noch eine Ausschußfrist ist, daß der Widerspruch des Schuldners vielmehr nach §§ 694, 699 Abs. 1 ZPO den Erlaß des Vollstreckungsbefehls verhindert, wenn er vorher bei Gericht eingeht. Diesen Nachteil im gegebenen Falle durch ein rechtzeitiges Gesuch um Erlaß des Vollstreckungsbefehls zu verhindern — selbstverständlich unter Wahrung der dem Schuldner in jedem Falle zu gewährenden einwöchigen Zahlungsfrist —, ist Sache des Gläubigers.