

Großkommentare der Praxis



Wieczorek/Schütze
**Zivilprozeßordnung
und Nebengesetze**

Großkommentar
3., völlig neu bearbeitete Auflage

begründet von
Bernhard Wieczorek
weiland Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof

herausgegeben von
Rolf A. Schütze

Vierter Band

§§ 704–915 h

1. Teilband

§§ 704–807

Bearbeiter:

Vor § 704:	Christoph G. Paulus	§§ 766 bis 776:	Stephan Salzmann
§§ 704 bis 720 a:	Burkhard Heß	§§ 777 bis 787:	Christoph G. Paulus
§ 721:	Christoph G. Paulus	§ 788:	Anton Steiner
§§ 722 bis 723:	Rolf A. Schütze	§§ 789 bis 792:	Christoph G. Paulus
§§ 724 bis 730:	Christoph G. Paulus	§ 793:	Stephan Salzmann
§§ 731 bis 738:	Stephan Salzmann	§§ 794 bis 796:	Christoph G. Paulus
§§ 739 bis 749:	Christoph G. Paulus	§§ 796 a bis 796 c:	Rolf A. Schütze
§§ 750 bis 757:	Stephan Salzmann	§§ 797 bis 802:	Christoph G. Paulus
§§ 758 bis 758 a:	Christoph G. Paulus	§§ 803 bis 806 a:	Wolfgang Lüke
§§ 759 bis 765:	Stephan Salzmann	§ 807:	Karl-Alfred Storz
§ 765 a:	Christoph G. Paulus		



1999

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Stand der Bearbeitung: 1. 7. 1999

Zitiervorschlag z. B.: *Wieczorek/Schütze/Schütze* § 722 ZPO Rdn. 41

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Zivilprozessordnung und Nebengesetze : Großkommentar /
begr. von Bernhard Wieczorek. Hrsg. von Rolf A. Schütze. –
Berlin ; New York : de Gruyter
(Großkommentare der Praxis)
Früher u.d.T.: Wieczorek, Bernhard: Zivilprozessordnung
und Nebengesetze
Bd. 4. §§ 704–915 h
Teilbd. 1. §§ 704–807 / Bearb.: Christoph G. Paulus ... –
3., völlig neu bearb. Aufl. – 1999
ISBN 3-11-016286-5

© Copyright 1999 by Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, 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: Arthur Collignon GmbH, Berlin
Druck: H. Heenemann GmbH & Co., Berlin
Buchbinderische Verarbeitung: Lüderitz & Bauer GmbH, Berlin

Die Bearbeiter der 3. Auflage

- Dr. Hans-Jürgen Ahrens**, Professor an der Universität Osnabrück, Richter am OLG Celle
- Dr. Ekkehard Becker-Eberhard**, Professor an der Universität Leipzig
- Hans-Günther Borck**, Rechtsanwalt in Hamburg
- Dr. Rainer Buchholz**, Professor an der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Köln
- Dr. Lothar Gamp**, Rechtsanwalt in Brandenburg
- Uwe Gerken**, Richter am OLG Oldenburg
- Dr. Rainer Hausmann**, Professor an der Universität Konstanz
- Dr. Burkhard Heß**, Professor an der Universität Tübingen
- Dr. Rainer Kemper**, Universität Münster
- Dr. Thomas Klicka**, Professor an der Universität Münster
- Dr. Roman Loeser**, Professor an der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Köln
- Dr. Wolfgang Lüke**, LL. M., Professor an der Technischen Universität Dresden
- Dr. Heinz-Peter Mansel**, Privatdozent an der Universität Heidelberg
- Dr. Otto Niemann** (†), Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe
- Dr. Dirk Olzen**, Professor an der Universität Düsseldorf
- Dr. Christoph Paulus**, LL. M., Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin
- Dr. Egbert Peters**, Professor an der Universität Tübingen
- Dr. Hanns Prütting**, Professor an der Universität Köln
- Dr. Mathias Rohe**, M.A., Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg
- Dr. Stephan Salzmänn**, Dipl.-Kfm., Rechtsanwalt und Steuerberater in München
- Dr. Dr. h. c. Wilfried Schlüter**, Professor an der Universität Münster
- Dr. Klaus Schreiber**, Professor an der Universität Bochum
- Dr. Rolf A. Schütze**, Rechtsanwalt und Notar in Stuttgart, Honorarprofessor an der Universität Tübingen
- Anton Franz Steiner**, Rechtsanwalt in München
- Dr. Karl-Alfred Storz**, Rechtsanwalt in Stuttgart
- Dr. Roderich C. Thümmel**, LL. M. (Harvard), Attorney at Law (New York), Rechtsanwalt in Stuttgart
- Dr. Helmut Weber**, LL. B., Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin, Großbritannien-Zentrum
- Dr. Stephan Weth**, Professor an der Universität des Saarlandes

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	IX
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XXI

Zivilprozeßordnung

ACHTES BUCH

Zwangsvollstreckung	§§ 704–807
-------------------------------	---------------

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
Abk.	Abkommen
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
A. C.	The Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADSp.	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AG	Amtsgericht; Die Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AHK	Alliierte Hohe Kommission
AktG	Aktiengesetz
All E. R.	All England Law Reports
allg.M	allgemeiner Meinung
Alt.	Alternative
aM	anderer Meinung
AMG	Arzneimittelgesetz
Am.J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Int. L.	American Journal for International Law
amtl.	amtlich
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AO	Abgabeordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
App.	Corte di appello (Italien); Cour d'appel (Belgien, Frankreich)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Arb. Int.	Arbitration International
Art.	Artikel
art.	article
AUG	Auslandsunterhaltsgesetz
AuR	Arbeit und Recht
AusfG	Ausführungsgesetz
AusfVO	Ausführungsverordnung
ausl.	ausländisch
AuslInvestmG	Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen

Abkürzungsverzeichnis

AVAG	Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Amtliche Sammlung
BAnz.	Bundesanzeiger
bay.	bayerisch
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebsberater
BBergG	Bundesberggesetz
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
begr.	begründet
Bek.	Bekanntmachung
belg.	belgisch
BerDGVR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
Beschl.	Beschluß
bestr.	bestritten
betr.	betreffend
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BezG	Bezirksgericht
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, Amtliche Sammlung
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	Systematische Sammlung der Entscheidungen des BGH
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
BinSchG	Binnenschiffahrtsgesetz
BinSchVerfG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Binnenschiffahrtssachen
Bl.	Blatt
BNotO	Bundesnotarordnung
BörsG	Börsengesetz
BPatG	Bundespatentgericht
BR(-Drucks.)	Bundesrat(-sdrucksache)
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRepD	Bundesrepublik Deutschland
brit.	britisch
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts, Amtliche Sammlung
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT(-Drucks.)	Bundestag(-sdrucksache)
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

Abkürzungsverzeichnis

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Amtliche Sammlung
BVFG	Bundesvertriebenengesetz
BWNNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
BYIL	The British Yearbook of International Law
C. A.	Court of Appeal (England)
Cahiers dr. europ.	Cahiers de droit européen
Cass. civ. (com., soc.)	Cour de Cassation (Frankreich/Belgien), Chambre civile (commerciale, sociale)
Cass. (Italien) S. U.	Corte di cassazione, Sezioni Unite
Cc (cc)	Code civil (Frankreich/Belgien/Luxemburg); Codice civile (Italien)
ch.	chapter
Ch. D.	Chancery Division
cic	culpa in contrahendo
CIM	Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern (Anlage B zum COTIF)
CISG	Convention on the International Sale of Goods (Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf v. 11. 4. 1980)
CIV	Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Personen und Gepäck (Anlage A zum COTIF)
Civ. J. Q.	Civil Justice Quarterly
Clunet	Journal du droit international (Frankreich)
C. M. L. R.	Common Market Law Reports
CML Rev.	Common Market Law Review
CMR	Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßenverkehr
COTIF	Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr (v. 9. 5. 1980)
Cour sup.	Cour supérieure de justice (Luxemburg)
CPC, cpc	Codice di procedura civile (Italien). Code de procédure civile (Frankreich/Belgien/Luxemburg)
CPO	Civilprozeßordnung
CR	Computer und Recht
DAR	Deutsches Autorecht
DAVorm	Der Amtsvormund
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung
d. i. P.	Droit international privé
Dir. comm. int.	Diritto del commercio internazionale
Dir. com. scambi int.	Diritto comunitario negli scambi internazionali
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
doc.	document
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drucks.	Drucksache

Abkürzungsverzeichnis

D. S.	Recueil Dalloz Sirey
dt.	deutsch
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift
DVBbl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E. C. C.	European Commercial Cases
EFTA	European Free Trade Association
EG	Einführungsgesetz; Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
EGGVG	Einführungsgesetz vom Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung
EGZVG	Einführungsgesetz zum Zwangsversteigerungsgesetz
EheG	Ehegesetz
Einf.	Einführung
EingV	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (v. 31. 8. 1990)
Einl.	Einleitung
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen
EMRK	(Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ENA	Europäisches Niederlassungsabkommen
ErbbaurechtsVO	Verordnung über das Erbbaurecht
Erl.	Erläuterung
EÜ	(Genfer) Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft
EuGHE	Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Amtliche Sammlung
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuR	Europarecht
Europ. L. Rev.	European Law Review
EuÜStI	Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl.	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (in der Österr. Juristenzeitung)
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht

Abkürzungsverzeichnis

f	folgend; für
FamG	Familiengericht
FamRÄndG	Familienrechtsänderungsgesetz
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FernUSG	Fernunterrichtsschutzgesetz
FG	Festgabe; Finanzgericht; Freiwillige Gerichtsbarkeit
FGB	Familiengesetzbuch der ehemaligen DDR
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
FlaggenrechtsG	Flaggenrechtsgesetz
Foro it.	Foro italiano
franz.	französisch
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht
G.	Gesetz
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais (Frankreich)
GBBerG	Grundbuchbereinigungsgesetz
GBMaßnG	Ges. über Maßnahmen auf dem Gebiet des Grundbuchwesens
GBO	Grundbuchordnung
g. E.	gegen Ende
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GeschMG	Geschmacksmustergesetz
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Giur it.	Giurisprudenza italiana
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. von Gruchot
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	-Auslands- und internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
GSZ	Großer Senat in Zivilsachen
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HaftpflG	Haftpflichtgesetz
HausTWG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
HBÜ	Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen
H. C.	High Court
Hdb.	Handbuch
Hdb. IZVR	Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht, 1982/84
HGB	Handelsgesetzbuch
HKO	Haager Landkriegsordnung
hL	herrschende Lehre
H. L.	House of Lords
hM	herrschende Meinung
H. R.	Hoge Raad (Niederlande)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz

Abkürzungsverzeichnis

HZPÜ	Haager Übereinkommen über den Zivilprozeß
HZÜ	Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen
ICC	International Chamber of Commerce (Internationale Handelskammer)
ICLQ	The International und Comparative Law Quarterly
idF	in der Fassung
udR	in der Regel
ieS	im engeren Sinne
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
I. L. T.	Irish Law Times
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
IPG	Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	(Schweizerisches) Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IPR-ReformG	Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts (herausgegeben von J. <i>Kropholler</i>)
iSv.	im Sinne von
i. ü.	im übrigen
iVm.	in Verbindung mit
IWB	Internationale Wirtschaftsbriefe
IWF	Internationaler Währungsfond
iwS	im weiteren Sinne
IZPR	internationales Zivilprozeßrecht
IzRspr.	Sammlung der deutschen Entscheidungen zum interzonalen Privatrecht (herausgegeben von U. <i>Drobnig</i>)
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
i. Zw.	im Zweifel
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbIntR	Jahrbuch für internationales Recht
Jbl.	Justizblatt; Juristische Blätter (Österreich)
J. Bus. L.	The Journal of Business Law (England)
JCP	Juris classeur Périodique. La Semaine juridique
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
J. Int. Arb.	Journal of International Arbitration
JMBI.	Justizministerialblatt
JMBI NRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JN	Jurisdiktionsnorm (Österreich)
JPS	Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit
JR	Juristische Rundschau
J. T.	Journal des Tribunaux (Belgien)
Jura	Juristische Ausbildung
JurBüro	Das Juristische Büro
Jur. Comm. Belg.	Jurisprudence commerciale de Belgique
Jur. Rev.	The Juridical Review
JuS	Juristische Schulung
Justiz	Die Justiz, Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

Abkürzungsverzeichnis

KabPfG	Kabelpfandgesetz
KAGG	Ges. über Kapitalanlagegesellschaften
Kap	Kapitel
Kh.	Rechtsbank an Koophandel (Niederlande)
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGBL.	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts
KO	Konkursordnung
KonsulG	Konsulargesetz
KostO	Kostenordnung
KrG	Kreisgericht
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (bis 1988); jetzt Zeitschrift für Insolvenzrecht
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
KWG	Kreditwesengesetz
LAG	Landesarbeitsgericht; Lastenausgleichsgesetz
Lb	Lehrbuch
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
Lit.	Literatur
LJ	The Law Journal (England)
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
LJV	Landesjustizverwaltung
LM	Nachschlagewerke des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von <i>Lindenmaier</i> und <i>Möhring</i>
L. Q. Rev.	The Law Quarterly Review (England)
LS	Leitsatz
LSG	Landessozialgericht
LuftfzRG	Ges. über Rechte an Luftfahrzeugen
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LugÜ	Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil und Handels-sachen
lux.	luxemburgisch
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m. ausf. N.	mit ausführlichen Nachweisen
maW	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilung des Bayerischen Notarvereins
MittRhNotk	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
Mot.	Motive
MSA	Haager Minderjährigenschutzabkommen
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis
N. C. p. c.	Nouveau Code de procédure civile
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
Neubekanntmachung 1950	Neubekanntmachung der ZPO 1950
nF	neue Fassung; neue Folge
NILR	Netherlands International Law Review
NIPR	Nederlands International Privaatrecht
N. J.	Nederlandse Jurisprudentie

Abkürzungsverzeichnis

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport/Zivilrecht
Novelle 1898	Ges. betr. Änderungen der Civilprozeßordnung
NTIR	Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht
NTS	NATO-Truppenstatut
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
öGZ	(österr.) Gerichts-Zeitung
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖRiZ	Österreichische Richterzeitung
OGH	Oberster Gerichtshof (Britische Zone; Österreich)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Zivilsachen
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Sammlung der Entscheidungen der Oberlandesgerichte (1900–1928)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OrderlagerSchVO	Orderlagerscheinverordnung
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pas. Lux.	Pasierisie Luxembourgeoise
PatAnwO	Patentanwaltsordnung
PatG	Patentgesetz
PfIVersG	Pflichtversicherungsgesetz
PKH	Prozeßkostenhilfe
ProdHG	Produkthaftungsgesetz
Prot.	Protokoll
PStG	Personenstandsgesetz
PStV	Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht; Rechtsanwendungsgesetz der DDR
Rb.	Rechtsbank (Niederlande)
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit
Rdn.	Randnummer
Rec. des Cours	Académie de droit international, Recueil des Cours
Recht	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand
ReichsschuldenO	Reichsschuldenordnung
Rev. crit.	Revue critique de droit international privé (Frankreich)
Rev. belge dr. int.	Revue belge de droit international
Rev. Esp. Der. Int.	Revista Espanola de Derecho International
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé (Frankreich)
Rev. Marché Commun	Revue du Marché Commun
Rev. trim. dr. europ.	Revue trimestrielle de droit européen
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsratekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm	Rivista del diritto commerciale
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale
Riv. dir. int. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
Riv. trim dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile

Abkürzungsverzeichnis

RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft/Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
ROW	Recht in Ost und West
Rpfl.	Der Deutsche Rechtspfleger
RpflG	Rechtspflegegesetz
Rs	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
RzW	Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
S.	Seite
s.	siehe
s. a.	siehe auch
SA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Sachg	Sachgebiet
SachenRBerG	Sachenrechtsbereinigungsgesetz
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, herausgegeben von der Bundesvereinigung deutscher Arbeitgeberverbände
S. C.	Supreme Court
ScheckG	Scheckgesetz
SchlHA	Schleswig Holsteinische Anzeigen
SchRegO	Schiffsregisterordnung
SchRG	Ges. über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken
Sch-Ztg	Schiedsmannszeitung
SchwJbIntR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
Sec.	Section
Sess.	Session
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SozG	Sozialgericht
Sp.	Spalte
StAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen (jetzt: Das Standesamt)
StGB	Strafgesetzbuch
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StPO	Strafprozeßordnung
str.	streitig
stRspr.	ständige Rechtsprechung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
Suppl.	Supplement
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
T. P. R.	Tijdschrift voor Privaatrecht (Niederlande)
RranspR	Transportrecht
Trib.	Tribunal; Tribunale
Trib. com.	Tribunal de commerce (Belgien/Frankreich)
Trib. gr. inst.	Tribunale de Grande Instance (Belgien/Frankreich)
Trib. trav.	Tribunal de travail (Belgien/Frankreich)
Übers.	Übersicht
Übk.	Übereinkommen
Ufita	Archiv Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz
UN	United Nations

Abkürzungsverzeichnis

UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
unstr.	unstreitig
UNÜ	(New Yorker) UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VA	Versicherungsaufsicht
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VglO	Vergleichsordnung (v. 26. 2. 1935)
VerschG	Verschollenheitsgesetz
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WA	Warschauer Abkommen
WahrnG	Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten
Warn.	Warneyer. Die Rechtsprechung des (Reichsgerichts oder) Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Zivilrechts
WBÜ	Washingtoner Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten
WG	Wechselgesetz
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht
WertpBG	Wertpapierbereinigungsgesetz
WGO	Die wichtigsten Gesetzgebungsakte in den Ländern Ost-, Südosteuropas und in den ostasiatischen Volksdemokratien
W. L. R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WÜD	Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen
WÜK	Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen
WuM	Wohnungswirtschafts- und Mietrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
WZG	Warenzeichengesetz
Yb. Eurp. L.	Yearbook of European Law
ZBJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht und Völkerrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Österreich)
ZGB	Zivilgesetzbuch (DDR/Schweiz)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIR	Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht
ZLR	Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen

Abkürzungsverzeichnis

ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZöffR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZOR	Zeitschrift für Osteuropäisches Recht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRHO	Rechtshilfeordnung in Zivilsachen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZS	Zivilsenat
ZSEG	Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZustErgG	Zuständigkeitsergänzungsgesetz
ZVersWiss	Zeitung für Versicherungswissenschaft
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

I. Kommentare zur ZPO

- AK/Bearbeiter*
Baumbach/Lauterbach/Bearbeiter
MünchKomm/Bearbeiter
*Stein/Jonas/Pohle*¹⁹
*Stein/Jonas/Bearbeiter*²⁰
Stein/Jonas/Bearbeiter
Thomas/Putzo
Zimmermann
Zöllner/Bearbeiter
- Alternativkommentar zur ZPO, 1987
Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 57. Aufl. 1999
Münchener Kommentar zur ZPO, 1. Aufl. 1992
Stein/Jonas/Pohle, ZPO, 19. Aufl. 1964–1975
Stein/Jonas, ZPO, 20. Aufl. 1977–1989 (bearb. von Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser, Schumann)
Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl. 1993–1999 (bearb. von Bork, Brehm, Grunsky, Leipold, Münzberg, Roth, Schlosser, Schumann)
Thomas/Putzo, ZPO, 22. Aufl. 1999
Zimmermann, ZPO, 4. Aufl. 1995
Zöllner, ZPO, 21. Aufl. 1999 (bearb. von Geimer, Greger, Gummer, Herget, Philippi, Stöber, Vollkommer)

II. Lehrbücher und Literatur zum IZPR

- Arens/Lüke*
Baumann/Brehm
Baur/Grunsky
Baur/Stürner, 11. Aufl.*
Bernhardt
Blomeyer I
Blomeyer II
Brox/Walker
Bruns
Bruns/Peters
Bülow/Böckstiegel/Geimer/Schütze
Geimer IZPR
Geimer/Schütze
Geimer/Schütze EZVR
Gerhardt
Grunsky I
Grunsky II
Hahn/Stegemann
- Zivilprozeßrecht, 7. Aufl. 1999
Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 1992
Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. 1997
Zwangsvollstreckung-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl. 1983
Das Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. 1968
Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Aufl. 1985
Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren, 1975
Zwangsvollstreckungsrecht, 5. Aufl. 1996
Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1979
Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl. 1987
Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handels- sachen, 2. Aufl. 1973 ff
Internationales Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. 1997
Internationale Urteilsanerkennung, Bd. I,1 1983; Bd. I,2 1984; Bd. II, 1971
Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997
Vollstreckungsrecht, 2. Aufl. 1982
Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. 1974
Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Insolvenz- rechts, 5. Aufl. 1996
Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 2. Band, Die gesammelten Materialien zur Civilprozes- sordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. 1. 1877, 1. und 2. Abt. 1881, Neudruck 1983 unter dem Titel: Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2

* Von der 12. Aufl. des Baur/Stürner ist bisher allein Band II, Insolvenzrecht, 12. Aufl. 1990, erschienen, der für das Literaturverzeichnis nicht von Interesse ist.

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Jauernig I
Jauernig II
Kropholler
Langendorf
Linke IZPR
Nagel/Gottwald IZPR
Riezler IZPR
Rosenberg/Schwab/Gottwald
Rosenberg/Gaul/Schilken
Schack IZVR
Schellhammer
Schilken
Schönke/Kuchinke
Schütze DIZPR
Wolf
Zeiss
- Zivilprozeßrecht, 25. Aufl. 1998
Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 20. Aufl. 1996
Europäisches Zivilprozeßrecht, 6. Aufl. 1998
Prozeßführung im Ausland und Mängelrüge im ausländischen Recht, 1956 ff
Internationales Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1995
Internationales Zivilprozeßrecht, 4. Aufl. 1997
Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, 1949
Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. 1993
Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997
Internationales Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 1996
Zivilprozeß, 8. Aufl. 1999
Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1995
Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. 1969
Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht, 1986
Gerichtliches Verfahrensrecht, 1978
Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. 1997

ERSTER ABSCHNITT
Allgemeine Vorschriften

Vorbemerkungen § 704

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Zweck des Vollstreckungsrechts	1	a) Prozeßvoraussetzungen	44
1. Die Funktion des achten Buches innerhalb des Zivilrechts	1	b) Besondere Voraussetzungen	50
2. Einzel- und Gesamtvollstreckung	9	2. Vollstreckbarkeit	54
3. Verwirklichung des Vollstreckungszwecks	13	a) Im engeren Sinne	54
II. Maximen des Vollstreckungsrechts	16	b) Im weiteren Sinne	56
1. Schonung des Schuldners	16	3. Vollstreckungsorgane	57
2. Dispositionsmaxime, gradus executionis	20	a) Zuständigkeiten	58
a) Gläubiger	21	b) Überschreitungen	59
b) Schuldner	24	4. Verfassungsrecht und Zwangsvollstreckung	64
c) Parteien	25	a) Bundesverfassungsgericht	64
3. Formalisierung des Verfahrens	28	b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	66
4. Sachverhaltsaufklärung	35	c) Mindesthöhe der zu vollstreckenden Forderung	68
5. Beschleunigungsmaxime, Effizienz	37	5. Pfändungspfandrecht	71
a) Verfahrensdauer und Effizienz	37	6. Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung	73
b) Effektivität	39	IV. Die Systematik des achten Buches	75
6. Prioritätsgrundsatz	40	V. Reformbestrebungen	78
7. Rechtliches Gehör	42	1. Allgemeines	78
III. Grundlagen des Vollstreckungsrechts	43	2. Zwangsvollstreckung und technologischer Fortschritt	81
1. Vollstreckungsvoraussetzungen	43		

I. Zweck des Vollstreckungsrechts

1. Die Funktion des achten Buches innerhalb des Zivilrechts

Die viel berufene Ordnungsfunktion des Rechts besteht darin, Privatfehden oder – metaphorisch – den Krieg aller gegen alle zu unterbinden. Zu diesem Zweck zieht der Staat das Rechtsdurchsetzungsmonopol an sich und kanalisiert damit die Streitigkeiten. Als Gegenleistung für diesen Freiheitsentzug ist der Staat seinerseits gehalten, die Ausübung des Monopols effizient zu gestalten; nur dann nämlich ist gewährleistet, daß sich die Bürger des bereitgestellten Instrumentariums bedienen können, bzw. sich überhaupt dessen bedienen. Hinter diesem Bild, das den Staat als Nehmenden und dafür Ersatz Gebenden zeichnet, steckt die philosophische Lehre vom Gesellschaftsvertrag.¹ Sie verdeutlicht, daß die **Rechtsschutzgewährung eine in synallagmatischer Verbindung stehende Pflicht des Staates** ist, auf die der einzelne zwangsläufig einen Anspruch hat. Dieser Anspruch ist zwar allseits in Gestalt des

¹ Coing Europäisches Privatrecht II, 1989, 7 ff, insbes. 8.

Justiz(gewährungs)anspruchs² sowie des Effektivitätsgebots³ anerkannt, doch betont dessen Herleitung aus dem Grundgesetz (oder sonstigen fundamentalen Rechtsetzungen wie den Menschenrechtskonventionen) den einseitig vom Staat gewährten Aspekt, während die philosophische Grundidee eben diesen Aspekt als Ausgleichsleistung für den Verzicht der Bürger auf ihre ursprünglich bestehenden Gewaltbefugnisse beschreibt. Danach ist der Bürger also nicht Gunstempfänger des Staates, sondern gleichberechtigter Vertragspartner, dessen Rechte nicht – oder nicht ohne weiteres – eingeschränkt werden können.

2 Der Zweck des Zwangsvollstreckungsrechts liegt demnach darin, daß der Staat ein Verfahren zur Verfügung stellt, dessen sich der Gläubiger zur Befriedigung seines im bürgerlichen Rechtsstreit, § 3 EGZPO, festgestellten oder sonstwie von der ZPO anerkannten Anspruchs (zB § 62 Abs. 2 ArbGG)⁴ bedienen kann, wenn der Schuldner⁵ seiner Verpflichtung nicht freiwillig nachkommt. Insofern es für den Berechtigten um die Alternative freiwillige oder erzwungene Erfüllung geht, kann man das achte Buch der ZPO durchaus als den „Kern des Rechtsschutzverfahrens“ überhaupt bezeichnen.⁶ Gegenüber diesem Ziel schrumpft das Erkenntnisverfahren zu einer bloßen Vorbereitungsstufe zur Zwangsvollstreckung. Doch bedarf diese Aussage mehrfacher Modifikationen: einmal im Hinblick darauf, daß die Mehrzahl der Rechtsschutzverfahren selbst dann, wenn man nur die Leistungsklagen betrachtet, gar nicht in das Vollstreckungsverfahren gelangen, weil der Schuldner zuvor leistet; zum zweiten dahingehend, daß Feststellungs- und Gestaltungsklagen hinsichtlich ihrer Hauptaussage der Vollstreckung gar nicht zugänglich sind.

3 Diese Modifikationen legen die Frage nach dem Verhältnis der drei Rechtsmaterien ‚materielles Recht, Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren‘⁷ nahe. Bildhaft und ein wenig vereinfachend läßt es sich als eine dreistufige Pyramide darstellen. Die Basis und die Grundstufe stellt das materielle Recht dar. In ihm werden allgemeinverbindlich Rechte und Pflichten statuiert und – bis zu einem gewissen Grade – die gesollte Ordnung des Soziallebens festgelegt,⁸ – sei es durch negative Ausgrenzung wie beispielsweise in § 138 BGB mit der Bestimmung dessen, was nicht mehr vom Recht geschützt wird, oder durch positive Anordnung wie etwa die Verwandtenerbfolge in den §§ 1924 ff. „Der Gesetzgeber des materiellen Rechts hat nicht primär den Einzelvorgang als Regelungsobjekt im Auge ... Objekt seiner Regelung (sind) vielmehr Bereiche des sozialen Lebens (zB Kauf, der Schutz der Eigentumsordnung ...), die einer rechtlichen Ordnung bedürfen, nach der sich die einzelnen zu richten haben“.⁹ Grundstufe ist diese Ebene deswegen, weil sie in der weit aus überwiegenden Anzahl der Fälle die ausreichende Rechtsvorgabe enthält; unbeschadet der wachsenden Prozeßfreudigkeit in Deutschland ist es nach wie vor so,

² Dazu etwa *Detterbeck* Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch, AcP 192 (1992) 325, sowie Einl. Rdn. 104.

³ Vgl. Einl. Rdn. 95.

⁴ Für die Anwendbarkeit des achten Buches der ZPO ist nicht die Rechtsnatur des zu vollstreckenden Anspruchs maßgeblich, sondern, daß ein Titel vorliegt, der aufgrund Bundes- oder Landesgesetzes (§ 801) nach der ZPO zu vollstrecken ist, vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken* § 4 I.

⁵ Besonderheiten gelten, wenn Vollstreckungsschuldner der Staat ist, § 882 a. Für einen ausländischen Staat vgl. BVerfGE 64, 22.

⁶ *V. Seuffert* 11. Aufl., Anm. 1 Vor § 704.

⁷ Zum Verhältnis materielles Recht zu Prozeßrecht vgl. aus der überreichen Literatur insbes. *Henckel* Prozeßrecht und materielles Recht, 1970; *Zöllner* Materielles Recht und Prozeßrecht, AcP 190 (1990) 471. S. zum Folgenden auch *Paulus*, Zivilprozeßrecht, Rdn. 8 f.

⁸ Vgl. nur *Kausch* in: *Grimm* (Hrsg.) Einführung in das Recht, 1985, 1 ff; *Rehbinder* Rechtssoziologie, 3. Aufl., 141 ff.

⁹ *F. Weber* Zur Methodik des Prozeßrechts, Studium Generale 1960, 187.

daß nur ein minimaler Prozentsatz von Sozialkontakten Anlaß zur gerichtlichen Durchsetzung gibt.

Die zweite Stufe bildet sodann das Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses. In ihm geht es um die Konkretisierung des abstrakt formulierten materiellen Rechts auf die je individuellen Parteien. „Das Prozeßrecht hat ... trotz der notwendig generellen Fassung seiner Normen das Anliegen, ein Verfahren zu regeln, in dem gerade der einzelne rechtliche Konfliktfall seiner Aufklärung und Entscheidung zugeführt wird“. ¹⁰ Die „Reibungsverluste“, die bei dieser Umsetzung auftreten und damit das Bild einer sich nach oben hin verjüngenden Pyramide evozieren, sind (abgesehen von der vorerwähnten statistischen Minderzahl der Prozesse) im wesentlichen durch das Beweisrecht bedingt. ¹¹ Die in diesem Umstand liegende Härte versucht man derzeit bevorzugt durch materiell-rechtliche Informationsrechte, bzw. -pflichten zu mildern, ¹² wobei man über die Geeignetheit dieses Vorgehens freilich streiten kann.

Auf der dritten Stufe kommt es schließlich zur **Vollstreckung**; ihrer bedarf es in den Fällen, in denen der Schuldner trotz titulierten Leistungsbefehls sich nach wie vor weigert, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Auf dieser Stufe wird der Leistungsbefehl in die Tat umgesetzt, um den in der zweiten Stufe konkretisierten Sollzustand des materiellen Rechts zu verwirklichen. Terminologisch drückt sich diese Verbindung des Vollstreckungs- mit dem materiellen Recht darin aus, daß dort aus der Prozeßpartei (Kläger, Beklagter) wieder ein ‚Gläubiger‘ oder ‚Schuldner‘ wird. Weil aber der eigentliche Zwangseingriff von den staatlichen Vollstreckungsorganen vorgenommen wird, wird aus der materiell-rechtlichen Zweierbeziehung eine den Hoheitsträger einbeziehende Dreierbeziehung, das sog. Vollstreckungsrechtsverhältnis. ¹³ Diese letzte Stufe ist in ihrem Anwendungsbereich gegenüber der Vorstufe nicht nur deswegen kleiner, weil in der Hauptsachenentscheidung allein die Leistungsurteile, Rdn. 55, (die weiteren Titel des § 794 können bei dieser systematisierenden Betrachtung unberücksichtigt bleiben), der Vollstreckung überhaupt zugänglich sind, sondern auch deswegen, weil es innerhalb dieses begrenzten Anwendungsbereichs noch Vorschriften wie § 721 oder § 765 a gibt, die den Zugriff verzögern, vgl. Rdn. 18.

Diese Dreiteilung ist **mehr als nur ein Schematisierungsversuch**. Indem den einzelnen Schichten verschiedene Aufgaben zugewiesen sind, lassen sich unbeschadet der (notwendigen) Behutsamkeit bei der Herleitung juristischer Ergebnisse aus bloßen Rechtskonstruktionen doch einige Schlußfolgerungen ziehen. Deren wichtigste ist die jüngst vom Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die ‚Bürgschaftsrechtssprechung‘ des 9. BGH-Senats angemahnte, stärkere Auslotung des materiellen Rechts, um die Härten des Einzelfalls abzumildern. ¹⁴ Aus der Literatur wurde demgegenüber bisweilen vorgeschlagen, im Wege des § 765 a für Ausgleich zu sorgen. ¹⁵ Für letzteres spricht zwar die Einzelfallbezogenheit des Vollstreckungsrechts, dage-

¹⁰ F. Weber, aaO.

¹¹ Es dürfte eine zulässige Unterstellung sein, daß die mangels Beweisbarkeit gar nicht erst erhobenen oder verlorenen Klagen zahlenmäßig etwa die Versaumnisklagen bei weitem überragen, die einem – materiell-rechtlich gesehen – nicht existierenden Anspruch stattgeben.

¹² Zur gleichen Zielrichtung von materiell-rechtlichen Aufklärungspflichten und Beweiserleichterungen BGHZ 118, 312 sowie Paulus Discovery, Deutsches Recht und das Haager Beweisüberein-

kommen, ZZP 104 (1991) 397 ff. Zur Problematik auch W. Habscheid Das Recht auf ein faires Verfahren, FS O. Vogel, 1992, 12.

¹³ Dazu Blomeyer II § 20; Rosenberg/Gaul/Schilken § 8.

¹⁴ BVerfG ZIP 1993, 1775 = NJW 1994, 36.

¹⁵ Etwa Frohm-Weinzierl Der moderne Schuldturn – Ein Beitrag aus der Sicht der Banken, AnwBl. 1991, 461; Medicus in der Anm. zu BGH EWiR § 138 BGB 1/93, 123.

gen – und entscheidend – jedoch, daß das materielle Recht die maßgeblichen Kriterien (etwa §§ 138, 310, 826 BGB etc.) für die Beurteilung von Bejahung oder Verneinung eines Anspruchs bereitstellt, vgl. § 765 a Rdn. 4 f. Im Vollstreckungsrecht geht es allein um dessen Durchsetzung; folglich kann sich die Sittenwidrigkeit des § 765 a auch nur gerade aus diesem Vorgang ergeben.

- 7** Die Zuweisung spezifischer Aufgabenbereiche zu den einzelnen Stufen widerspricht der oft gebrauchten Metapher von dem Prozeßrecht als ‚Diener des materiellen Rechts‘. Dies ist eine zusätzliche Folgerung aus der Dreiteilung. So prägnant die metaphorische Aussage auch ist, so gefährlich ist sie, wenn sich die Beschäftigung mit dem materiellen Recht von der Frage nach der jeweils praktischen Umsetzung im Zivilprozeß löst. Zwei Beispiele – eines aus dem Erkenntnisverfahren, das andere aus dem Vollstreckungsrecht – mögen als Beleg für die Gefahr genügen: So gewährt das materielle Recht dem Urheber eines Computerprogramms spätestens seit der Einfügung der §§ 69 a ff UrhG sämtliche Schutzrechte der §§ 97 ff UrhG. Wie er aber diese prozessual soll durchsetzen können, wenn er etwa den Verdacht hat, daß ein Konkurrent bestimmte files von ihm unerlaubt übernommen hat, ist nicht geklärt; denn weder materielles noch formelles Recht gewährt ihm eine Zugriffsmöglichkeit auf das Quellprogramm des Verletzers. Damit ist aber in der Praxis der Nachweis der Rechtsverletzung so gut wie ausgeschlossen.¹⁶
- 8** Das andere Beispiel ist der im Gesellschaftsrecht virulente Streit darum, ab welcher (faktischen) Erscheinungsform eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine der juristischen Person angenäherte Sonderbehandlung zukommen kann. Wählt man für diese Bestimmung Faktoren, die das Vollstreckungsorgan, insbes. der Gerichtsvollzieher, nicht umsetzen kann, so scheitert das materiell-rechtliche Bemühen gerade im kritischen Fall der Zwangsvollstreckung.¹⁷ Beide Beispiele gemahnen nachdrücklich, bei der Schaffung materiell-rechtlicher Positionen die Frage ihrer prozessualen Durchsetzbarkeit nicht als selbstverständlich funktionierendes Anhängsel auszuklammern, sondern jene Rechtsposition nach Maßgabe einer Zusammenschau mit dem formellen Recht auszugestalten.¹⁸

2. Einzel- und Gesamtvollstreckung

- 9** Der Zweck des Vollstreckungsrechts ist mit dem Voranstehenden jedoch noch nicht hinreichend präzisiert, weil die Rechtsordnung außer der im achten Buch der ZPO geregelten Individualvollstreckung auch noch ein Gesamtschuldenbereinigerungsverfahren in Gestalt des Insolvenzrechts zur Verfügung stellt. Aus diesem Nebeneinander ergibt sich zwangsläufig die Frage, womit es zu rechtfertigen ist und in welchem Verhältnis die beiden Verfahren stehen. Die Berechtigung zu dieser Frage ist aus historischer Perspektive umso größer, als am Anbeginn unserer Privatrechtsentwicklung, d.h. im römischen Recht, eine Unterscheidung der beiden Verfahrensarten noch nicht getroffen wurde: Die Vollstreckung war grundsätzlich ein Verfahren zur Regulierung sämtlicher Schulden.¹⁹ Am Anfang steht also das Insolvenzrecht. Aber auch wenn die Römer selbst schon im Laufe ihrer Rechtsentwicklung die Einzelzwangsvollstreckung eingeführt haben, gibt es noch heute bei aller Unter-

¹⁶ Zu dieser Problematik M. Karger Beweisermittlung im deutschen und U. S.-amerikanischen Software-Verletzungsprozeß, 1996.

¹⁷ Vgl. hierzu Paulus Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als Schuldner und Drittschuldner, DGVZ 1992, 65.

¹⁸ Vgl. nur Bruns Enzyklopädie der Geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, sub ‚Methodik des Prozeßrechts‘, 203; Zöllner Materielles Recht und Prozeßrecht, AcP 190 (1990) 474.

¹⁹ Kaser/Hackl Das Römische Zivilprozeßrecht, 1996, §§ 56 ff.

schiedlichkeit der Verfahrensgestaltung im einzelnen bemerkenswerte Verbindungslinien. Die auffälligste liegt im Arrestverfahren der §§ 916 ff.²⁰ Es knüpft auch heute noch in den §§ 917 und 918 – u.a. – an die Fluchtgefahr des Schuldners an. Die Flucht selber war aber seit dem Mittelalter bis in die Neuzeit – und ist es in einigen Insolvenzgesetzen (zB der Schweiz) bis zum jetzigen Zeitpunkt noch – ein Insolvenzeröffnungsgrund (act of bankruptcy).

Was die erwähnten Unterschiede anbelangt, so liegen sie zunächst einmal darin, daß der Schuldner auf eine wie auch immer zu bestimmende Art insolvent sein muß; regelmäßig also, daß sein Vermögen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten nicht mehr hinreicht. Demgegenüber spielt die Gesamtvermögenslage bei der Einzelvollstreckung grundsätzlich²¹ keine Rolle; die Gründe, warum der Schuldner nicht leistet, werden hier nicht hinterfragt. Damit hängt zusammen, daß der rigor iuris des Haftungsrechts, der sich im Insolvenzrecht vornehmlich in der Entziehung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ausdrückt, im Recht der Singularexekution, wenn überhaupt, dann nur eine untergeordnete Rolle spielt. Die Prämisse der Einzelvollstreckung ist nämlich, daß es im Schuldnervermögen den zu vollstreckenden Gegenstand noch gibt, bzw. daß die zu erbringende Geldleistung aus ihm noch erlöst werden kann.²² Hieraus wiederum erklären sich die weiteren Unterschiede: Während im Insolvenzverfahren grundsätzlich das gesamte Vermögen zum Zwecke der Befriedigung sämtlicher Forderungen aller Gläubiger verwertet wird, beschränkt sich die Einzelvollstreckung auf die Befriedigung einer Forderung eines Gläubigers aus einzelnen Vermögensgegenständen.

Daraus folgt, daß die Einzelvollstreckung eine Fortsetzung oder Ergänzung der im materiellen Vermögensrecht vorgegebenen Aktionsmuster ist. Die dort durch den Anspruchsbegriff vorgegebenen Zwei-Personen-Beziehungen²³ sowie der sachenrechtliche Prioritätsgrundsatz, Rdn. 40, setzen sich in der Zwangsvollstreckung nach dem achten Buch der ZPO fort. Da Voraussetzung hierfür aber die vorerwähnte Prämisse hinreichenden Vermögens ist, hebt die Rechtsordnung dieses Aktionsmuster auf, sobald Vermögensinsuffizienz vorliegt.²⁴ An die Stelle der Einzelabwicklung tritt die Gesamtabwicklung; der Prioritätsgrundsatz, § 804 Abs. 3, weicht der par condicio creditorum. So wie der Schuldner seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis enthoben wird, verlieren die Gläubiger das Recht, auf das Schuldnervermögen zuzugreifen.

Freilich sind die beschriebenen Unterschiede in der Theorie wesentlich deutlicher, als sie sich etwa für einen betroffenen Gläubiger tatsächlich darstellen. Denn wenn er davon erfährt, daß sein Schuldner nicht leisten will, kennt er ex ante regelmäßig den wahren, möglicherweise in der Insolvenz liegenden Grund dafür nicht. Die in dem Prioritätsgrundsatz („wer zuerst kommt, mahlt zuerst“) für ihn liegende Chance ist zugleich sein Risiko, wenn andere Gläubiger schneller sind. Von ihm wird er befreit, wenn er sich für die insolvenzrechtliche par condicio creditorum

²⁰ Vgl. nur *Planitz* Zur Geschichte des deutschen Arrestprozesses, 1922.

²¹ Eine Ausnahme stellt die in § 2 AnfG normierte Voraussetzung für eine Anfechtung dar.

²² Vgl. *Henckel* Zur Dogmatik der besitzlosen Mobiliarsicherheiten, FS Zeuner, 1994, 212.

²³ Dafür, daß diese oftmals zu eng sind, etwa *Pfister* Der mehrseitige Austauschvertrag, JZ 1971, 284; *Gernhuber* Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund in: 1. Larenz-FS,

1973, 455. Ein weiterer Beleg ist die große Schwierigkeit, die dogmatischen Strukturen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, §§ 705 ff BGB, befriedigend zu erklären; statt vieler *Wiedemann* Zur Selbständigkeit der BGB-Gesellschaft, FS A. Kellermann, 1991, 529 ff.

²⁴ Indem § 18 InsO auf die drohende Zahlungsunfähigkeit abstellt, wird die im Text beschriebene Grenzziehung zu Lasten des allgemeinen Vermögensrechts verändert.

entscheidet; doch ist dafür seine Befriedigungsaussicht drastisch reduziert. Soweit die vorerwähnte Grenzlinie zwischen Einzel- und Gesamtvollstreckung für ihn nicht erkennbar ist, trägt er das Risiko der richtigen Vollstreckungsart (dies stellt eine Variante des sog. prisoner's dilemma dar). Stellt man sich angesichts dessen die Frage, warum es überhaupt die Zweispurigkeit der Vollstreckungsverfahren gibt, wird man als pauschalisierende Antwort folgendes festhalten können: Das Insolvenzrecht ist ein Verfahren vornehmlich zum Schutze der Gläubiger,²⁵ das jenseits der vom allgemeinen Vermögensrecht vorausgesetzten Grenzen, der Vermögensinsuffizienz, eingreift. Dagegen zeigt die rechtshistorisch zu beobachtende Abspaltung der Einzelvollstreckung, daß sie innerhalb der besagten Grenzen dem Schutze des schuldnerischen Vermögens dient, indem sie sich auf den Zugriff auf nur einzelne Gegenstände beschränkt.²⁶

3. Verwirklichung des Vollstreckungszwecks

- 13** Liegt der Zweck des Vollstreckungsrechts nach dem Voranstehenden in der mittels staatlichem Zwang ermöglichten Befriedigung des Gläubigers, und kann dieser Zweck sowohl im Wege der Einzel- wie auch der Gesamtvollstreckung erreicht werden, ist nunmehr zu erörtern, wie dieser Zweck realisiert wird. Die Antwort hierauf – nämlich: durch den Zugriff auf die Vermögensgüter – ist bekannt, erneut aber keineswegs selbstverständlich, wenn man das Vollstreckungsrecht in seiner historischen Entwicklung betrachtet. Denn ursprünglich bedeutete Zwangsvollstreckung den Zugriff auf die Person des Schuldners, d.h. Schuldknechtschaft, die auch das Recht auf Leben und Tod umfassen konnte.
- 14** Demgegenüber stellen heutzutage die einzelnen Vermögensgegenstände das **Haftungssubstrat** dar. Darin liegt ein Wesensmerkmal der geltenden Wirtschaftsverfassung.²⁷ Sie gewährt dem Einzelnen nicht nur die Freiheit zur Disposition über seine Vermögensgüter, sondern sie ersetzt auch diese Freiheit durch Zwang, wenn der Rechtsinhaber sich nicht freiwillig zur Leistung bereit erklärt. Wie schon zuvor erwähnt, Rdn. 10, fragt das Recht der Einzelvollstreckung nicht nach den Gründen für die Leistungserweigerung; die Vermögensgüter sind grundsätzlich dem Gläubigerzugriff ausgesetzt, wenn nur die vom Gesetz vorausgesetzten Bedingungen – gemeinhin zu der einprägsamen Trias: ‚Titel, Klausel und Zustellung‘ zusammengefaßt – vorliegen. In dieser doppelten „Zuordnung“ der Vermögensgüter – einmal dem Rechtsinhaber, der frei disponieren kann, zum zweiten dessen Gläubigern, wenn er seinen Leistungspflichten nicht nachkommt – drückt sich das marktwirtschaftliche Prinzip aus, daß derjenige, der die Chance zu einer für ihn vorteilhaften Entscheidung bekommt, grundsätzlich auch ihr negatives Gegenstück, nämlich das Mißlingen, selbst zu tragen hat.
- 15** Allerdings nimmt das Vollstreckungsrecht selbst in den §§ 811 ff, 850 ff einzelne Güter von der Zuordnung an die Gläubiger aus. Üblicherweise wird dieser Schuldnerschutz damit begründet, daß soziale Gründe für den Verbleib dieser Güter beim Schuldner sprechen;²⁸ s. noch Rdn. 18. Das ist zwar durchaus zutr., aber insoweit zu kurz gegriffen, als der Schutz nur im Falle der Zwangsvollstreckung wegen einer

²⁵ Was nicht gleichbedeutend mit einer Ignorierung der schuldnerischen Bedürfnisse ist, wie gerade die Einführung der Restschuldbefreiung zeigt, §§ 286 ff InsO.

²⁶ Zum Schuldnerschutz insgesamt vgl. noch Rdn. 16 ff.

²⁷ Zur „Zwangsvollstreckung als Glied des Wirtschaftslebens“ vgl. auch Rosenberg/Gaul/Schilken § 1 V.

²⁸ Statt vieler Grunsky II, 100 ff.

Geldforderung vorgesehen ist; nicht dagegen bei einem Vorgehen nach den §§ 883 ff. Der Schutz richtet sich also gerade gegen die Geldgläubiger. Deren Benachteiligung gegenüber den sonstigen Gläubigern findet sich auch andernorts und enthält daher einen verallgemeinerungsfähigen Gedanken. So sehen etwa die §§ 112 ff UrhG vollstreckungsrechtliche Sonderregeln für den Fall vor, daß ein Gläubiger wegen einer Geldforderung auf ein urheberrechtlich geschütztes Werk zugreifen will: Er bedarf hierzu der Einwilligung des Urhebers.²⁹ Anders dagegen, wenn der Gläubiger einen sonstigen Erfüllungsanspruch hat. Diese urheberrechtliche Besonderheit verfolgt keine sozialen Schutzzwecke; sie ist vielmehr Ausdruck des Urheberpersönlichkeitsrechts.³⁰ Ihm kommt nach Ansicht der Rechtsordnung das wertende Übergewicht des geistigen Schöpfers, bzw. seines Werkes, über die Geldinteressen seiner Gläubiger zu. Infolgedessen darf man hieraus und aus der vorerwähnten Beschränkung der Unpfändbarkeit auf die Vollstreckung wegen einer Geldforderung auf eine gewisse Schwäche der Geldforderungen schließen. Allgemein formuliert kommt sie darin zum Ausdruck, daß die genannte Zuordnung der Vermögensgüter zu den Gläubigern aus höherwertigen, im Regelfall aus sozialen Gründen aufgehoben werden kann, s. auch § 54 SGB I.

II. Maximen des Vollstreckungsrechts³¹

1. Schonung des Schuldners

Angesichts der einseitigen Stoßrichtung auf den Schuldner und angesichts der herkömmlichen Bezeichnung ‚Zwangsvollstreckung‘ mag es verwundern, wenn die Schonung des Schuldners als eine Verfahrensmaxime deklariert wird. Doch rechtfertigen eine ganze Reihe von Faktoren diese Sichtweise – vor allem, wenn man sich die historischen Anfangsgründe des Vollstreckungsrechts vor Augen führt,³² s. bereits Rdn. 13. E. Ehrlich hat dies in rechtssoziologisch ausgerichteter Beobachtung so formuliert, daß die Modernisierung des Rechts darin liege, daß nicht mehr der Mensch als Ganzes erfaßt wird, „um ihm die Leistungen abzuwingen; (das moderne Recht) begnügt sich immer mehr, nur die einzelnen Leistungen von ihm anzusprechen, seine Persönlichkeit im übrigen nach Möglichkeit freilassend“.³³

Im Einklang hiermit steht, daß der Zwang des Vollstreckungsrechts heutzutage nicht mehr, zumindest nicht mehr hauptsächlich,³⁴ in der direkten Beeinflussung des Schuldners liegt; er kann als Person der Vollstreckung insgesamt sogar fernbleiben. Statt dessen nimmt das Vollstreckungsorgan regelmäßig³⁵ diejenigen Handlungen

16

17

²⁹ Zu den gerade bei neueren urheberrechtlich geschützten Werken wie bei Computerprogrammen notwendigen Einschränkungen dieser Regel Paulus Die Software in der Vollstreckung, in: M. Lehmann (Hrsg.) Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., 1993, XVII Rdn. 15 ff.

³⁰ Ein weiterer Grund für Unpfändbarkeit kann durch Bevölkerungspolitik motiviert sein: So wurde am 26.1.1839 in Texas die Unpfändbarkeit von Heimstätten (homesteads) deswegen garantiert, um Siedler in dieses Land zu locken. Zu dieser Form der Rechtspolitik vgl. Heldrich Profone Gedanken über die Hintergründe der Rechtsvergleichung, FS Kitagawa, 1992, 157.

³¹ Dazu vornehmlich Stürmer Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZZ 99 (1986) 291.

³² Zur Geschichte des Zivilprozeßrechts vgl. die Schrifttumsangaben am Beginn der Einl. vor Rdn. 1. Zur Geschichte des Vollstreckungsrechts etwa Münzberg Entwicklungen im Zwangsvollstreckungsrecht seit 1949 in: 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung, 1989, 99.

³³ Die Rechtsfähigkeit, 1909, 37f.

³⁴ Ausnahmen stellen etwa die §§ 888, 890 dar.

³⁵ Eine Ausnahme stellen etwa Duldungsurteile dar, weil ihnen keine Handlungspflicht zugrunde liegt, Lent Das Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung, ZZZ 70 (1957) 413; G. Paulus Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP 155 (1956) 302 (für das Anfechtungsrecht nach dem AnfG).

gen vor, die der Schuldner aufgrund des titulierten Leistungsbefehls zu tun verpflichtet ist. Hat der Schuldner etwa kein Geld, muß er notgedrungen andere Vermögensgüter versilbern, um seinen Gläubiger zu befriedigen. Weigert er sich, das zu tun, handelt an seiner Statt eben das Vollstreckungsorgan und händigt dem Gläubiger das Geld aus. Ähnlich verhält es sich bei einer Herausgabeverpflichtung nach § 883 oder der Vornahme einer vertretbaren Handlung gem. § 887.

18 Der Schuldner wird darüber hinaus auch hinsichtlich seiner Vermögensgüter geschont – und zwar vorwiegend **aufgrund sozialstaatlicher Erwägungen**, vgl. Rdn. 15. Um ihn nicht unter die Grenze des Existenzminimums absacken zu lassen und damit der Verantwortung der Allgemeinheit in Gestalt des Sozialrechts zu überbürden, normiert das Vollstreckungsrecht eine ganze Phalanx von Unpfändbarkeiten.³⁶ Zu nennen sind etwa die §§ 811 ff, 850 ff, aber auch die §§ 721, 794 a, 761, 900 Abs. 4, 765 a; oder § 30 a ZVG.³⁷ Unter dem Aspekt der Effizienz des Vollstreckungsrechts stellen diese Normen Störfaktoren dar, weil sie die Durchsetzbarkeit des bereits festgestellten und dem Kläger bescheinigten Rechts in Frage stellen und das prozessuale Vorgehen daher mit einem zusätzlichen Risiko belasten; s. dazu § 811 Abs. 2, von dem sich die zweite Zwangsvollstreckungsnovelle eine Effizienzsteigerung erhofft. Die oben genannten Vorschriften stellen aber auch insofern einen Störfaktor dar, als sie den Gläubigern einen Sozialschutz auferlegen, der primär in den Aufgabenbereich des Staates fällt.

19 Freilich sind dies Störungen allein aus dem Blickwinkel der Gläubigerinteressen. Die vorerwähnte historische Entwicklung zeigt, daß solch eine Einseitigkeit heutzutage nicht mehr angemessen ist; vor allem das Bundesverfassungsgericht hat sich in zunehmendem Maße zum Hüter des **Interessenausgleichs** gerade im Zwangsvollstreckungsrecht aufgeschwungen; zum Verfassungsrecht s. Rdn. 64 ff. Demzufolge hat der Gläubiger den Schuldnerschutz hinzunehmen, was ihm umso eher zuzumuten ist, als der Schutz vorhersehbar ist. Daran fehlt es allerdings bei der Generalklausel des § 765 a, der grundsätzlich bei jeder Vollstreckungsart Anwendung finden kann. Angesichts der rechtstatsächlichen (oder auch psychologischen) Gegebenheit, daß ein Gläubiger unbeschadet aller Humanisierungstendenzen des Vollstreckungsrechts wohl immer versuchen wird, das ihm Zugespochene gleichwohl zu erhalten – wenn nicht auf rechtlichen, dann eben auf sonstigen Wegen –, ist bei der Anwendung besonders des § 765 a jedoch Zurückhaltung geboten, indem nur in wirklich krassen Ausnahmefällen auf diesen Schutz zurückgegriffen wird. Andernfalls droht das Bemühen um Einzelfallgerechtigkeit in eine Erosion des Vollstreckungsrechts umzukippen, die für künftige Schuldner von allergrößtem Nachteil ist, weil die Verfahrensmäßigkeit der Schuldeintreibung unter solchen Umständen nicht mehr gewährleistet ist.

2. Dispositionsmaxime, gradus executionis

20 Die vorbesprochene Maxime: ‚Schonung des Schuldners‘ setzt zwangsläufig ein institutionelles Übergewicht des Gläubigers voraus. Das ergibt sich aus dem Zweck

³⁶ Zu den nach der *lex lata* gleichwohl noch erweiterungsfähigen Schutzbemühungen etwa G. Lüke Reform des Zwangsvollstreckungsrechts, Diskussionsbeitrag: Überlegungen zu § 825 ZPO, ZZP 105 (1992) 442; Paulus Umfang der Beschlagnahme bei der Vorpfindung und Pfändung von Geldforderungen, DGVZ 1993, 129.

³⁷ Dazu vor allem Fenge Die dogmatische Bedeutung des richterlichen Schuldnerschutzes in der Zwangsvollstreckung, Diss. Heidelberg 1961; Lippross Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, 7 ff.

des Vollstreckungsrechts, demzufolge es in diesem Verfahrensabschnitt einzig um die zwangsweise Durchsetzung der dem Gläubiger als zustehend anerkannten Forderung geht, vgl. Rdn. 1 ff. **Norwendigerweise steht das Interesse des Gläubigers daher im Mittelpunkt dieser Rechtsmaterie.**³⁸ Doch ist damit noch nichts über den Umfang der ihm eingeräumten Befugnisse ausgesagt, insbes. ob die Befugnis zur zwangsweisen Durchsetzung auch beinhaltet, daß sie tatsächlich, gegebenenfalls sogar von Amts wegen, zur Durchsetzung der gesollten Rechtsordnung vorgenommen werden muß, oder ob sich die Dispositionsfreiheit des materiellen Rechts auch im Vollstreckungsrecht fortsetzt. Letzteres ist – mit gewissen Einschränkungen, die sich aus Gründen des Schuldnerschutzes und der Rechtssicherheit ergeben – der Weg der ZPO.

a) **Gläubiger.** So ist schon die Einleitung der Zwangsvollstreckung grundsätzlich³⁹ an einen Antrag des Gläubigers⁴⁰ geknüpft, §§ 753, 834, 845, 857, 866 Abs. 2, 886 bis 888, 890; §§ 15, 16, 31 ZVG. Er kann mit der Folge zurückgenommen werden, daß die einzelne Vollstreckungsmaßnahme, § 111 Nr. 1 GVGA, oder auch die Vollstreckung insgesamt aufzuheben ist. Darüber hinaus räumt das deutsche Recht dem Gläubiger auch eine grundsätzliche Auswahl- und Kombinationsfreiheit hinsichtlich der einzelnen Vollstreckungshandlungen ein. Lediglich in den §§ 777, 806 a, 850 b Abs. 2 sowie in § 2 AnfG finden sich ansatzweise Vorschriften über eine vom Gläubiger einzuhaltende Zugriffsreihenfolge der jeweiligen Vollstreckungsobjekte.⁴¹ Einen solchen *gradus executionis* schrieb bereits Iustinian vor, vgl. § 777 Fn. 3, er wurde im gemeinen Recht praktiziert und existiert nach wie vor in einigen ausländischen Rechtsordnungen.⁴² Obgleich sich der Gesetzgeber des CPO bewußt von dem historischen Vorbild gelöst hat, um die Effizienz des Vollstreckungsverfahrens für den Gläubiger zu steigern, wird unter dem Einfluß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴³ seine Wiedereinführung bisweilen gefordert.

Einmal abgesehen davon, daß die ZPO dafür keine gesetzliche Grundlage bietet,⁴⁴ der *gradus executionis* also allenfalls aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip, s. noch Rdn. 66, hergeleitet werden kann, wird man der Sache nach nichts Grundsätzliches gegen diesen Vorschlag einwenden können; er hat sich hierzulande und auch andernorts durchaus bewährt. Doch muß bei einem entsprechenden Vorschlag mehreres bedacht werden: Erstens, daß jede Regel – etwa Forderungen, Mobilien, Immobilien – im Einzelfall wiederum zu Härten führen kann;⁴⁵ zum zweiten, daß die Befolgung einer solchen Regel erfahrungsgemäß häufig zur

³⁸ Vgl. nur *Gaul* Treu und Glauben sowie gute Sitten in der Zwangsvollstreckung oder Abwägung nach Verhältnismäßigkeit als Maßstab der Härteklausele des § 765 a ZPO, FS Baumgärtel, 1990, 100 mwN.

³⁹ Eine Ausnahme stellt § 894 dar.

⁴⁰ Zum Gläubiger als „Herrn des Verfahrens“ etwa *Rosenberg/Gaul/Schilken* § 5 VI 3; s. auch *Stürner* Die Parteiherrschaft und Parteiverantwortung im Vollstreckungsverfahren, FS Hanisch, 1994, 257 ff.

⁴¹ Vgl. noch § 131 Nr. 2 GVGA.

⁴² Nachw. bei *Stürner* Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZZ 99 (1986) 303 f.

⁴³ Insbes. durch das Sondervotum des Richters *Böhmer* in der Entscheidung des BVerfGE 49,

238. Dagegen zurecht *Götte* Zur Wiedereinführung einer Rangfolge der Zwangsvollstreckungsmittel, ZZZ 100 (1987) 412; vgl. auch *Stürner* Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZZ 99 (1986) 304.

⁴⁴ Die genannten Normen erlauben methodologisch, auch in Verbindung mit § 803, lediglich einen Umkehr-, nicht aber einen Analogie- oder Erstrecht-Schluß.

⁴⁵ Vgl. etwa *Vortmann* EWIR § 781 BGB 1/89, 984 (Anm. zu OLG Celle), der zutr. darauf hinweist, daß selbst eine Grundstücksversteigerung für den Schuldner im Einzelfall durchaus vorzugswürdig gegenüber einer sonstigen Vollstreckung sein kann.

zeitlichen Streckung des Vollstreckungsverfahrens führt und dem Schuldner damit einen wie auch immer von ihm genutzten oder nutzbaren Aufschub gewährt;⁴⁶ drittens, daß ein solcher Vorschlag immer im Kontext mit den bereits vorhandenen Schuldnerschutzvorschriften zu sehen ist,⁴⁷ s. auch Rdn. 65. Wird dieser Schutz insgesamt zu weit vorgetrieben, kommt nicht nur der Punkt nachlassender oder aufgehender Akzeptanz gegenüber dem Vollstreckungsrecht, s. schon Rdn. 19, sondern es wird darüber hinaus der fundamentale Grundsatz des Vermögensrechts ‚pacta sunt servanda‘ beeinträchtigt.

23 Schließlich aber und am wichtigsten: Eine von Gesetzes wegen vorgeschriebene Reihenfolge, die bei dem Zugriff auf Vollstreckungsobjekte einzuhalten wäre, würde das bestehende Gesamtgefüge von materiellem und Vollstreckungsrecht zerstören. Die Aufhebung der **Auswahlfreiheit des Gläubigers ist erst ab Eintritt der schuldnerischen Insolvenz** gerechtfertigt, weil erst dann eine gesetzlich statuierte Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme für die Gläubiger besteht. Davor gibt es eine solche Pflicht aus wohl erwogenen Gründen gerade nicht: Denn der (der gesetzlichen Konzeption nach, Rdn. 10, als leistungsfähig angesehene) Schuldner soll durch das Unsicherheitsmoment gewissermaßen einen letzten Anstoß erhalten, die Leistung freiwillig zu erbringen. Damit setzt sich das Wertungsmuster des materiellen Vermögensrechts fort, Rdn. 11; es würde durch einen vorgeschriebenen gradus executionis beseitigt.

24 b) **Schuldner.** Die Dispositionsfreiheit des Schuldners besteht natürlich einmal darin, daß er Beginn wie Fortführung der Vollstreckung durch Leistung des Geschuldeten verhindern kann, § 775.⁴⁸ Darüber hinaus hat er aber auch die Möglichkeit, die Anwendung der Schutzvorschriften wie §§ 721, 765 a, 794 a; 30 a ZVG etc. zu beantragen, gegebenenfalls auch darauf zu verzichten.⁴⁹ Daß dieser Schutz darüber hinaus in mehreren Fällen auch von Amts wegen gewährt werden kann, stellt eine Durchbrechung der Dispositionsfreiheit zugunsten der *Offizialmaxime* dar, von der angesichts des auch im Vollstreckungsrecht geltenden § 139 nur behutsamer Gebrauch gemacht werden sollte.⁵⁰ Eine mehr faktische als rechtliche Dispositionsbefugnis ergibt sich für den Schuldner schließlich daraus, daß er von den ihm reichlich eingeräumten Rechtsschutzmöglichkeiten keinen Gebrauch macht (und damit auf rechtliches Gehör verzichtet, Rdn. 42), bzw. daß er, soweit es sich dabei um Klagen handelt, diese durch ein Anerkenntnis beendet, § 307.

25 c) **Parteien.** Innerhalb der Grenzen, die den Dispositionsfreiheitsraum jeweils der einen Partei abstecken, sind **Parteivereinbarungen** durch Gläubiger und Schuldner grundsätzlich möglich.⁵¹ Dabei sind vollstreckungsbeschränkende Verträge eher zulässig als -erweiternde, da der Gläubiger als Betroffener seine Befugnisse freiwillig

⁴⁶ Die CPO hat ebenfalls in bewußter Abkehr von ihren historischen Vorläufern die Erfüllungsfrist zwischen Urteilserlaß und Vollstreckungsbeginn abgeschafft, vgl. § 724 Rdn. 1. Man sollte auch nicht die Augen vor der Tatsache verschließen, daß manch ein Schuldner die Zeit dazu nutzt, seine Güter vor dem Zwangszugriff in Sicherheit zu bringen.

⁴⁷ Das schränkt die Aussagefähigkeit historischer oder ausländischer Vergleichsfälle ein.

⁴⁸ Dazu *Schünemann* Befriedigung durch Zwangsvollstreckung, JZ 1985, 49.

⁴⁹ Das ist aus Gründen des Sozialschutzes bei § 765 a im vorhinein nicht möglich, ebenda Rdn. 19. Ebenso nach allseitiger Ansicht bei den §§ 811, 850 ff.

⁵⁰ *Stürmer* Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZZ 99 (1986) 299.

⁵¹ Statt vieler *Schlosser* Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, 1968; *Scherf* Vollstreckungsverträge, 1971.

begrenzen kann (,volenti non fit iniuria'). Infolgedessen können die Parteien etwa einen gradus executionis vereinbaren, der Schuldner – soweit ihm das nicht aus anderweitigen Gründen untersagt ist, vgl. zB § 765 a Rdn. 19 – auf die Stellung eines Vollstreckungsschutzantrages verzichten oder der Kreis der unpfändbaren Gegenstände erweitert (nicht aber verringert⁵²) werden. Es ist auch möglich, daß der Gläubiger dauerhaft auf die zwangsweise Durchsetzung seines Anspruchs verzichtet;⁵³ allerdings nimmt eine solche, noch vor dem Erkenntnisverfahren getroffene Vereinbarung der Leistungsklage das Rechtsschutzbedürfnis.

Andersherum gesagt sind Parteivereinbarungen ausgeschlossen, soweit Interessen **26**
Dritter oder gar Verfahrensvoraussetzungen betroffen sind. So ist etwa der Verzicht auf die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner ebenso unwirksam wie die Vereinbarung über eine Erweiterung oder Verringerung der Trias: ‚Titel, Klausel, Zustellung‘. Ein weiteres Beispiel ist der vorherige und generelle⁵⁴ Verzicht des Schuldners, die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe geltend zu machen; das käme einem Verzicht auf das rechtliche Gehör, Rdn. 42, gleich und ist deswegen unwirksam.

Die überaus streitige Frage, wie die Nichtbeachtung eines Vollstreckungsvertrages **27**
im Verfahren geltend zu machen ist,⁵⁵ läßt sich nicht einheitlich beantworten. So ist dieser Einwand präkludiert, wenn der Vertrag vor dem Schluß der mündlichen Verhandlung geschlossen, jedoch nicht mehr dem Richter vorgetragen worden ist. Für den Rest der Fälle stehen als Alternativen die Erinnerung nach § 766 oder die Vollstreckungsgegenklage nach § 767⁵⁶ zur Debatte. Statt allzu begrifflich auf die verpflichtende oder verfügende Natur eines Prozeßvertrages abzustellen,⁵⁷ sollten funktionale Überlegungen den Ausschlag geben. Will etwa der Schuldner die Nichtbeachtung einer vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarung rügen, so muß er die – temporäre oder sachliche – Unpfändbarkeit vortragen; der dafür passendste Rechtsbehelf ist wie in den Fällen der §§ 811, 850 ff die Erinnerung gem. § 766, vgl. auch § 785 Rdn. 7. Liegt dagegen eine vollstreckungserweiternde Vereinbarung vor, wird die regelmäßige Ausgangssituation ein vom Schuldner eingeleitetes Verfahren sein. In ihm muß der Gläubiger die Vereinbarung vortragen. Im übrigen ist auch hier die Erinnerung der vorzugswürdigere Behelf:⁵⁸ Denn eine Vollstreckungsvereinbarung bezieht sich gerade auf die dritte Stufe des oben dargestellten Pyramidenaufbaus, Rdn. 2 ff, für deren ordnungsgemäßen Ablauf die Erinnerung bestimmt ist. Die Vollstreckungsgegenklage dient dagegen dazu, den Gleichlauf von unterster und oberster Stufe herzustellen.

3. Formalisierung des Verfahrens

Die Zwangsvollstreckung ist ein in hohem Maße formalisiertes Verfahren.⁵⁹ Als **28**
solches ist es von den Verfassern der CPO von 1877 in bewußter Abkehr von ande-

⁵² Das gilt grundsätzlich auch für materiell-rechtliche Sicherungsgeschäfte, vgl. *Paulus* Grundfragen des Kreditsicherungsrechts, JuS 1995, 189.

⁵³ Str., aA BGH NJW 1968, 700; *Schiedermair* Vereinbarungen im Zivilprozeß, 1935, 90.

⁵⁴ Der Verzicht auf einen bestimmten Rechtsbehelf, etwa die Klage nach § 767, ist dagegen zulässig; BGH WM 1976, 907.

⁵⁵ *Emmerich* Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge, ZZZ 82 (1969) 413; *Gilles* Vollstreckungsgegenklage, sog. vollstreckbarer Anspruch und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung im Zwielficht prozessualer

und zivilistischer Prozeßbetrachtung, ZZZ 83 (1970) 61; *Gaul* JuS 1971, 347 (Anmerkung zu BGH v. 11.12.67 III ZR 115/67); *Bürck* Erinnerung oder Klage bei Nichtbeachtung von Vollstreckungsvereinbarungen durch die Vollstreckungsorgane? ZZZ 85 (1972) 391.

⁵⁶ So der BGH NJW 1968, 700; JR 1992, 283 mit Anm. *Schilken*.

⁵⁷ *Rosenberg/Gaul/Schilken* § 33 VI.

⁵⁸ *Baumbach/Lauterbach/Hartmann* Grundz. § 704 Rdn. 27.

⁵⁹ Statt aller *Rosenberg/Gaul/Schilken* § 5 IV.

ren Rechtsordnungen wie etwa vom französischen Recht, der bayerischen oder der hannoveranischen Prozeßordnung ausgestaltet worden (*Hahn* S. 433). In diesen Rechten oblag es dem Gerichtsvollzieher, auch „nach außerhalb der Urkunde selbst liegenden Voraussetzungen“ der Vollstreckbarkeit zu forschen, also nicht nur nach den Formalien wie ordnungsgemäßer Titel, Zustellung, etc. Genau hierauf ist aber der Aufgabenbereich des deutschen Vollstreckungsorgans – zumindest der gesetzgeberischen Intention nach – beschränkt.

- 29 Die Notwendigkeit zur Einführung dieser Maxime ergibt sich aus der grundsätzlichen,⁶⁰ verfahrensmäßigen wie **organisatorischen Trennung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren**. Davon versprach sich der Gesetzgeber Vorteile, die vornehmlich darin liegen, daß in dem neuen Verfahrensabschnitt die materiellen Rechtsprobleme des vorhergehenden unberücksichtigt bleiben können, so daß ferner auf diese Weise eine Verfahrensverschleppung unmöglich wird.⁶¹ Von einer mehr theoretischen Warte, s. allerdings Rdn. 6 ff, aus gesehen hat die Trennung darüber hinaus den Vorzug der Klarheit; die vornehmlich von *Windscheid* vorangetriebene Spaltung von materiellem und Prozeßrecht⁶² wird durch diese Abgrenzung noch weiter verfeinert, indem das Vollstreckungsverfahren als ein unselbständiger, gleichwohl aber separater Abschnitt behandelt wird. In ihm geht es nicht mehr um die Feststellung, ob ein Recht besteht, sondern um seine ganz konkrete Durchsetzung, bzw. Verwirklichung. Dadurch wird das oben, Rdn. 3 ff, gezeichnete Bild einer dreischichtigen Pyramide gerechtfertigt. In diesem Verfahrensabschnitt erst kommt es zu der zwangsweisen Vermögensverschiebung, deren grundsätzliche Rechtfertigung sich aus dem materiellen Recht ergibt, und deren konkrete Berechtigung im Erkenntnisverfahren festgestellt worden ist.
- 30 Die Formalisierung des Vollstreckungsverfahrens resultiert zum einen aus der vorgenannten Trennung. Denn indem für Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren unterschiedliche Zuständigkeiten statuiert sind, muß Gewähr dafür geboten werden, daß die Voraussetzungen für den tatsächlichen Zwangszugriff wirklich vorliegen. Außerdem muß die für die Vollstreckung zuständige Person (Organ) mit den notwendigen und hinreichenden Informationen versehen werden, damit sie, die am Erkenntnisverfahren nicht beteiligt gewesen und daher in Unkenntnis des Streitgegenstandes ist, die erforderlichen Vollstreckungshandlungen vornehmen kann (Formalisierung der Vollstreckungsvoraussetzungen).
- 31 Für das erstgenannte Problem trägt das trotz der Regelung im allgemeinen Vollstreckungsrecht zum Abschluß des Erkenntnisverfahren gehörende **Klauselerteilungsverfahren**, §§ 724 bis 730, Sorge, für das zweite insbes. der **vollstreckungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz**, der mit demjenigen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 korrespondiert. Weil der Richter nach § 308 Abs. 1 hinsichtlich seiner Entscheidung an das Beantragte gebunden ist, muß der Klageantrag grundsätzlich bereits die für das Vollstreckungsorgan notwendigen Informationen enthalten. Über das Urteil kommen diese in die vollstreckbare Ausfertigung, die das Vollstreckungsprogramm festlegt. Die Anforderungen, die man dabei an die Präzision dieser Informationen stellt, hängen hauptsächlich mit der Einschätzung der juristischen Fähigkeiten zusammen, die man von den Vollstreckungsorganen erwartet (oder ihnen zutraut). Daß heutz-

⁶⁰ Eine Ausnahme enthält etwa die Regelung des § 726 Abs. 1; vgl. dort Rdn. 8 ff.

⁶¹ *Wach* Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung, 2. Aufl., 1896, 299.

⁶² Die Actio des römischen Civilrechts, vom Stand-

punkte des heutigen Rechts, 1856. Hierzu etwa *Simshäuser* Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny, 1965, bes. 71 ff.

tage die Bestimmbarkeit des Titelinhalts zur Zwangsvollstreckung genügen soll,⁶³ ist das Eingeständnis der Unhaltbarkeit der früher vorherrschenden Vorstellung,⁶⁴ daß insbes. der Gerichtsvollzieher nichts weiter als ein mehr oder minder unreflektiert, den gegebenen Auftrag ausführender Amtsmann sein könne.

Es genügt, etwa die in § 58 GVGA aufgelisteten Beispiele für die eigenständige **Prüfungskompetenz des Gerichtsvollziehers** anzusehen: Ist eine Sache Zubehör oder wesentlicher Bestandteil einer anderen Sache? Ist der aktuelle Gewahrsamsinhaber Besitzdiener eines anderen? Ist die Zug um Zug anzubietende Leistung erfüllungstauglich?, um zu erkennen, daß bisweilen hoch komplizierte, juristische Fragen vom Vollstreckungsorgan beantwortet werden müssen.⁶⁵ Hinsichtlich einer eigenen Prüfungskompetenz dieser Organe läßt sich daher als Regel aufstellen: Grundsätzlich sind sie an die Vorgaben des erkennenden Gerichts gebunden. Doch ist die Bindung nicht die einer gewissermaßen blinden Ausführungspflicht, sondern in dem Sinne zu verstehen, daß sich das Vollstreckungsorgan mitdenkend um die Durchsetzung des Vollstreckungsbefehls bemüht.⁶⁶ Er kann also auch Ergänzungen solcher Informationen selbst vornehmen, die allgemein zugänglich oder leicht von ihm ermittelbar sind. **32**

Entsprechendes gilt für den Formalismus des Verfahrens insgesamt: Die Verfahrensvorschriften sind grundsätzlich strikt einzuhalten, weil sich nur so ihr eminenterer Vorzug realisieren läßt, der darin liegt, daß dem mit dem Prozeßvorgang und seinen Akten völlig unvertrautes Vollstreckungsorgan ein sicherer und nachvollziehbarer Wegweiser an die Hand gegeben ist.⁶⁷ Doch sind die Normen deswegen nicht von Auslegung und korrigierender Berichtigung ausgenommen. **33**

Die Notwendigkeit zur Formalisierung des Verfahrens ergibt sich zum zweiten aus der Tatsache, daß die Zwangsvollstreckung zu einem unmittelbaren Eingriff des Gläubigers in die Güter des Schuldners führt – notfalls unter Zuhilfenahme von Zwang und Gewalt. Allein ein streng geordnetes, d.h. also formalisiertes Verfahren kann hierbei die Gewähr eines rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Vorgehens bieten (**Formalisierung der Zugriffstatbestände**). Zur Absicherung dessen ist ein umfassendes Rechtsbehelfssystem erforderlich, das das achte Buch der ZPO tatsächlich bereithält – jedoch in einer Ausziselierung, die den Überblick nachhaltig erschwert, s. auch Rdn. 77. **34**

4. Sachverhaltsaufklärung

Im Bereich des Erkenntnisverfahrens wird die gerichtliche Sachverhaltsaufklärung unter dem antagonistischen Begriffspaar ‚Verhandlungsmaxime, Inquisitions- **35**

⁶³ Statt vieler *Brox/Walker* Rdn. 42 f; *Münzberg* Zur Bestimmbarkeit des Titels im Zwangsvollstreckungsrecht, RpfL 1995, 367.

⁶⁴ Vgl. allerdings *Eickmann* Vollstreckungssysteme und Gerichtsvollzieherstellung in Europa, DGVZ 1980, 135, der auf eine entgegenstehende Aussage aus dem Jahr 1865 verweist.

⁶⁵ Vgl. nur *H. Schneider* Form, Strenge und Wertung in der Vollstreckungstätigkeit des Gerichtsvollziehers, DGVZ 1986, 130; *ders.* Die Ermessens- und Wertungsbefugnis des Gerichtsvollziehers, DGVZ 1989, 145; *Zeiss* Vollstreckungsautomat oder Entscheidungsträger – ein Beitrag zum Beurteilungsspielraum des Gerichtsvollziehers, DGVZ 1987, 145; *Bischof* RpfL 1994, 154 (Anmerkung zu AG Kaiserslautern 26.8.93). Für

arbeitsrechtliche Titel etwa *Sibben* Besonderheiten bei der Zwangsvollstreckung aus arbeitsgerichtlichen Titeln, DGVZ 1989, 177. Die zweite Zwangsvollstreckungsnovelle von 1996 zielt ausdrücklich auf eine Kompetenzerweiterung des Gerichtsvollziehers ab: s. Begründung sub III der BT-Drucks. 13/341.

⁶⁶ Vgl. etwa BGH LM § 829 ZPO (Nr. 5); BGH NJW 1967, 821. Zu eng daher etwa OLG Frankfurt/M. RpfL 1979, 432 oder LG Bonn RpfL 1990, 83.

⁶⁷ Er liegt etwa dann nicht mehr vor, wenn ein „geordnetes“ Vermögensverzeichnis vorzulegen ist, ohne daß die aufzudeckende Zeitspanne angegeben wäre, OLG Frankfurt/M. FamRZ 1991, 1334. Dieses Defizit kann auch durch Interpre-

maxime' abgehandelt. Für das Vollstreckungsrecht paßt diese Alternative jedoch nur eingeschränkt. Denn dessen Leitvorstellung des Vollstreckungsvorgangs geht davon aus, daß sich das Vollstreckungsorgan an äußerlich erkennbaren, nur summarisch geprüften Merkmalen orientiert, und daß der dadurch geschaffene Zustand wenn überhaupt, dann im nachhinein durch einen Streit im Rechtsbehelfs-, also in einem Erkenntnisverfahren korrigiert wird. Soweit dem Schuldner dadurch die Klagelast aufgebürdet wird, mag dies aufgrund seiner strukturellen Benachteiligung im Vollstreckungsverfahren, Rdn. 20, grundsätzlich⁶⁸ angehen, hinsichtlich eines betroffenen Dritten ist dies jedoch nicht unproblematisch. Das Risiko des Rechtsverlustes durch Zwangsvollstreckung ist für ihn größer als im materiellen Recht durch gutgläubigen Erwerb, weil sich das Vollstreckungsrecht nicht an zusätzlichen, subjektiven Voraussetzungen orientiert⁶⁹.

- 36** Soweit das Verfahren demnach in eine kontradiktorische Verhandlung übergeführt wird, oder wenn bestimmte, nach dem Gesetz von einem Schuldnerantrag abhängige Einwendungen zu überprüfen sind – etwa § 765 a, 850 f Abs. 1 –, richtet sich die Sachverhaltsaufklärung nach dem Beibringungsgrundsatz. Wenn es aber um die Verwirklichung des Vollstreckungserfolges geht, insbes. um die vom Gerichtsvollzieher vorzunehmende Auswahl der zu pfändenden Objekte, dann zeigt schon § 806 a Abs. 1, daß diesem Vollstreckungsorgan eigenständige Auswahlkompetenzen eingeräumt sind, § 131 GVGA. Dies wird man mit *Stürner* dahin verallgemeinern können, daß insoweit der durch die Mitwirkungsbereitschaft (eventuell auch einmal -pflicht) der Parteien eingegrenzte Untersuchungsgrundsatz gilt.⁷⁰

5. Beschleunigungsmaxime, Effizienz

- 37** a) **Verfahrensdauer und Effizienz.** Obgleich die Klage von Praktikern über den sich allzu schleppend dahinziehenden Vollstreckungsvollzug – zumindest in Ballungsgebieten oder derzeit in den neuen Bundesländern⁷¹ – notorisch ist, hat sich auch die letzte, große Beschleunigungsnovelle von 1976 nur des Erkenntnis-, nicht aber des Vollstreckungsverfahrens angenommen. Daß der Gesetzgeber aber sehr wohl auf die Verfahrensdauer Einfluß nehmen kann, zeigen außer den diversen Einzeländerungen der letzten Jahre⁷² die Ausgestaltung des Vollstreckungsrechts der CPO von 1877 gegenüber seinen historischen Vorläufern. So wurden insbes. die im gemeinen Recht vielfach vorgesehenen Schonungsfristen zugunsten des Schuldners abgeschafft, vor allem um durch die damit erzielte Beschleunigung die Effizienz des Verfahrens für den Gläubiger zu steigern.⁷³ Zur weiteren Zwangsvollstreckungsnovelle s. noch Rdn. 80.

- 38** Freilich steht jedes Bemühen um eine schnellere Herbeiführung des Vollstreckungserfolges in einem heiklen Spannungsverhältnis zu den schuldnerischen Rechts-

tation des Vollstreckungsorgans nicht mehr korrigiert werden.

⁶⁸ Unsinnig ist diese Regelung jedoch im Bereich der §§ 780 ff, wenn das materiell-rechtlich notwendige Haftungsbeschränkungsverfahren bereits durchgeführt worden ist, vgl. § 785 Rdn. 2 ff. Vgl. auch *Gaul* Zur Struktur der Zwangsvollstreckung (III), Rpf. 1971, 91.

⁶⁹ Vgl. dazu auch *Nikolaou* Der Schutz des Eigentums an beweglichen Sachen Dritter bei Vollstreckungsversteigerungen, 1993, 23 et passim.

⁷⁰ AaO 309; vgl. zusätzlich *Schlosser* II Rdn. 33.

⁷¹ *Arnold* Probleme der Zwangsvollstreckung nach

der deutschen Einigung (I), DGVZ 1991, 165; *Bruckmann* Überlegungen zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts, ZRP 1994, 130.

⁷² Zuletzt vor allem das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz vom 17.12.1990 (BGBl. I, 2847). S. auch *Wilfinger* Das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention, 1994, passim.

⁷³ Dazu etwa *Wach* Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung, 2. Aufl., 1896, 298 ff. De lege lata *Blomeyer* II, § 23 II, 73; de lege ferenda *Schilken* Vereinfachung und Beschleunigung der Zwangsvollstreckung, Rpf. 1994, 138.

schutzmöglichkeiten. Sie nämlich sind es hauptsächlich, die das Verfahren in die Länge ziehen können. Dennoch ist bemerkenswert, daß es gleich mehrere Wege gibt, das Erkenntnisverfahren abzukürzen (Mahnverfahren, Urkundenprozeß,⁷⁴ Vergleich) oder gar zu umgehen (vollstreckbare Urkunde), während das Vollstreckungsrecht in seiner positiven Ausgestaltung keine einzige diesbezügliche Vorschrift enthält.⁷⁵ Es beschränkt sich vielmehr darauf, mehrere Möglichkeiten zu einem beschleunigten, aber nur vorläufig sichernden Zugriff anzubieten, um den Vollstreckungserfolg zu gewährleisten (§§ 720 a, 845, einstweiliger Rechtsschutz). In diesem Fehlen eines Beschleunigungsgebots – etwa in Gestalt von einzuhaltenden Fristen, der Präklusion verspätet vorgetragener Einwendung o.ä. – liegt eine Parallele des Vollstreckungsrechts zu dem materiellen Recht. Hier wie dort ist die Durchsetzung in zeitlicher Hinsicht lediglich an die Verjährungsvorschriften gebunden, § 218 BGB; die Dauer der freiwilligen wie der erzwungenen Anspruchsbefriedigung ist dagegen nicht geregelt – ein Phänomen übrigens, das im Insolvenzrecht (KO, VergIO, GesO, InsO) ebenfalls zu beobachten ist.

b) Effektivität.⁷⁶ Die Effizienz des Vollstreckungsverfahrens hängt aber nicht nur von der Verfahrensdauer ab, sondern auch von dem bei der Verwertung einzuhaltenden Verfahren, das einen **möglichst hohen Versilberungsertrag** gewährleisten soll. Auch hier enthält sich das Vollstreckungsrecht eines positiven Gebotes; es beschränkt sich vielmehr darauf, vornehmlich Minimalgrenzen zu statuieren, §§ 803 Abs. 2, 812, 813, 817 a; 30 c, 74 a, 85, 85 a ZVG. Bevor man darüber jedoch das Verdikt der Verfassungswidrigkeit ausspricht,⁷⁷ sollte bedacht werden, daß das Gesetz selbst schon in den §§ 825, 844; 65 ZVG Vorschriften zur Verfügung stellt, die eine effektivere, d.h. einen höheren Erlös versprechende Verwertungsart ermöglichen; von ihnen macht die Praxis jedoch nur spärlichen Gebrauch. **39**

6. Prioritätsgrundsatz

Wie schon erwähnt, Rdn. 10, basiert das Zwangsvollstreckungsrecht grundsätzlich⁷⁸ auf der Idee, daß der Schuldner **über das Zugriffsobjekt hinaus noch weiteres Vermögen besitzt.** Den Gegensatz dazu bildet das Insolvenzrecht, dessen Voraussetzung gerade die Vermögensinsuffizienz ist. Sobald dieses Tatbestandsmerkmal durch einen Antrag gerichtskundig gemacht worden ist, sieht sich die Rechtsordnung dazu veranlaßt, von den allgemeinen vermögensrechtlichen Verhaltensregeln und Freiheiten abzuweichen und an deren Stelle ein streng geordnetes, eigenständiges Maßstäben folgendes Verfahren zu setzen;⁷⁹ dazu gehört, daß die *par condicio creditorum* an die Stelle des Prioritätsgrundsatzes tritt. **40**

⁷⁴ Der einstweilige Rechtsschutz ersetzt weder das Erkenntnisverfahren, § 926, noch führt er – mit Ausnahme der sog. ‚Leistungsverfügung‘, dazu *Compensis* Die einstweilige Verfügung auf Unterhaltsleistung, 1991 – zur Befriedigung des Gläubigers.

⁷⁵ Zum Beschleunigungsgebot der GVGA für den Gerichtsvollzieher vgl. jedoch *Rosenberg/Gaull/Schilken* § 25 IV 1 a.

⁷⁶ *Stürmer* Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 99 (1986) 329.

⁷⁷ *Wieser* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung, ZZP 98 (1985) 84.

⁷⁸ Eine Ausnahme sind etwa die § 872 ff.

⁷⁹ Im materiellen Recht gibt es dazu in gewisser Hinsicht eine Parallele in der grundsätzlich gewährten Testierfreiheit, die ihre Grenze im Pflichtteilsrecht findet; zu den römisch-rechtlichen Anfängen dessen *Paulus* Die Verrechtlichung der Familienbeziehungen in der Zeit der ausgehenden Republik und ihr Einfluß auf die Testierfreiheit, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, rom. Abt., 111, 1994, 425. Freilich hebt das Pflichtteilsrecht im Gegensatz zum Insolvenzrecht die Freiheit nicht insgesamt auf.

- 41** Dieser Grundsatz, der in § 804 Abs. 3 seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, besagt, daß der schnellere Gläubiger das Anrecht auf vollständige Befriedigung aus den von ihm im Zwangswege ergriffenen Vollstreckungsobjekten hat. Vergleichbar der im materiellen Recht nach wie vor (wenn auch zunehmend eingeschränkt⁸⁰) geltenden *Maxime, traue, schau wem!* setzt das Vollstreckungsrecht einen eigenverantwortlich handelnden und informierten Gläubiger voraus. Das führt zu Benachteiligungen insbes. unfreiwilliger⁸¹ (etwa Delikts-)Gläubiger sowie zu Begünstigungen der gut informierten Gläubiger selbst bei Geltung der *par condicio*: dann nämlich, wenn der Gläubiger des im Inland insolvent gewordenen Schuldners auf Vermögen zugreift, das in einem Ausland belegen ist, dessen Recht den inländischen Universalitätsanspruch nicht anerkennt.⁸² Wer jedoch aus diesen Gründen (und/oder weiteren) für die Abschaffung des Prioritätsgrundsatzes plädieren wollte,⁸³ muß die Verwobenheit von materiellem und Vollstreckungsrecht beachten und muß insbes. für eine Abgrenzung gegenüber dem Insolvenzrecht Sorge tragen; denn Einzel- und Gesamtvollstreckung wieder in ein gemeinsames Verfahren überleiten zu wollen, hieße hinter mühsam erworbenen Schuldnerschutz zurückzufallen, vgl. Rdn. 16.⁸⁴

7. Rechtliches Gehör

- 42** Der durch Art. 103 Abs. 1 GG garantierte Anspruch auf rechtliches Gehör bezieht sich auf das Erkenntnisverfahren; und zwar auch dann, wenn es innerhalb einer Zwangsvollstreckung zu einem solchen kontradiktorischen Verfahren kommt (Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelverfahren). Für die eigentliche Vollstreckung besteht er dagegen nicht; er wird etwa in § 834 eigens und nachdrücklich untersagt (s. allerdings auch § 891). Der Grund dafür liegt in der bezweckten Effizienz des Vollstreckungsverfahrens; insbes. soll Verzögerungen durch den Schuldner vorgebeugt werden. Ihm wird also rechtliches Gehör nicht gewährt, sondern er muß bzw. kann es sich im nachhinein verschaffen, indem er sich gegen die vollzogene Vollstreckungsmaßnahme zur Wehr setzt.⁸⁵

III. Grundlagen des Vollstreckungsrechts

1. Vollstreckungsvoraussetzungen

- 43** Weil die Einleitung und Durchführung der Zwangsvollstreckung einen gravierenden Eingriff in die Vermögens- und Individualsphäre des Schuldners darstellt, ist es unabdingbar, daß die gesetzlich vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind. Zu ihnen gehört heutzutage – im Gegensatz zu früheren Rechten⁸⁶ – jedoch nicht mehr die

⁸⁰ Zum wachsenden Verbraucherschutzrecht etwa *Westermann* Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, 1983, 1 ff, sowie *Damm* Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht, JZ 1994, 161.

⁸¹ Betroffen sind freilich auch „freiwillige“, aber rechtlich ungewandte Personen, was in einer völlig neuen Größendimension im Rahmen der Wiedervereinigung Deutschlands zutage tritt; vgl. *Arnold* Probleme der Zwangsvollstreckung nach der deutschen Einigung (I), DGVZ 1991, 164.

⁸² Seit BGHZ 88, 147 muß der Gläubiger das im Ausland Erlangte jedoch zur Masse ausliefern.

⁸³ Etwa *Schlosser* Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz, ZZP 97 (1984) 121.

⁸⁴ Vgl. auch *Stürmer* Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 99 (1986) 326.

⁸⁵ *Blomeyer* II, § 21.

⁸⁶ Etwa preussische AGO I 24 § 3; § 851 Badische PrO; § 536 HannPrO.

Durchführung der Vollstreckung binnen bestimmter Fristen. Es ist lediglich möglich, daß der rechtskräftig festgestellte Anspruch gem. § 218 BGB nach dreißig Jahren **verjährt** ist; der entsprechende Einwand ist im Wege einer Klage nach § 767 zu erheben.

a) **Prozeßvoraussetzungen.** Das Trennungsprinzip hat zur Folge, daß sich das Vollstreckungsorgan um die allgemeinen, für das Erkenntnisverfahren unabdingbaren **Prozeßvoraussetzungen** weder zu kümmern braucht, noch überhaupt kümmern darf – vorausgesetzt, es handelt sich bei dem Titel um ein Urteil. So hat es die deutsche Gerichtsbarkeit ebenso hinzunehmen wie die Zulässigkeit des Rechtswegs. Dagegen hat es die eigene Zuständigkeit, Rdn. 58, selbständig zu prüfen wie auch Partei- und Prozeßfähigkeit sowie die Prozeßführungsbefugnis der beteiligten Parteien, weil diese personenbezogenen Prozeßvoraussetzungen auch für die Zwangsvollstreckung maßgeblich sind. **44**

Die **Parteifähigkeit** (wie auch die **Prozeßfähigkeit**) sowohl des Schuldners wie auch der Gläubigers muß in jeder Phase des Verfahrens vorliegen⁸⁷ – und nicht nur dann, wenn eine Partei eine positive Handlung vornehmen muß.⁸⁸ Das ergibt sich daraus, daß die in den §§ 50, 51 zum Ausdruck gebrachte, enge Verzahnung von materiellem und Prozeßrecht im Vollstreckungsrecht weitergeführt wird, weil auch hier eine große Affinität zum materiellen Recht besteht, Rdn. 11. **45**

Fehlt also die **Parteifähigkeit** zu Vollstreckungsbeginn oder fällt sie während des Verfahrens fort, ist dieses unwirksam und kann nicht gegen den Rechtsnachfolger fortgesetzt werden.⁸⁹ Freilich ergibt sich daraus eine entsprechende Prüfungspflicht für das Vollstreckungsorgan nur dann, wenn der zugrundeliegende Titel kein rechtskräftiges Urteil ist; die Rechtskraft nämlich überwindet den Mangel, der nurmehr analog § 579 Nr. 4 geltend gemacht werden kann.⁹⁰ Im übrigen ist § 779 als Ausnahmeregelung für die Überbrückung der Unsicherheit, wer überhaupt Erbe ist, § 779 Rdn. 2, nicht analogiefähig. **46**

Dasselbe gilt beim **Fehlen oder Fortfall der Prozeßfähigkeit**; hinsichtlich des Schuldners wird das üblicherweise mit einem entsprechenden Bedürfnis begründet;⁹¹ doch folgt dieses Ergebnis bereits aus der gesetzlichen Konzeption, indem die §§ 135 Abs. 1 S. 2, 161 Abs. 1 S. 2, 499 S. 2, 883 Abs. 2 S. 2, 2115 BGB eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung derjenigen des materiellen Rechts gleichsetzen.⁹² Danach muß die Prozeßfähigkeit Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vollstreckungszugriffs sein wie die Geschäftsfähigkeit für die einer Verfügung. Eine andere, zu behandelnde Frage ist die, ob das Fehlen durch einen Bevollmächtigten ersetzt werden kann, § 246. **47**

Die **Prozeßführungsbefugnis** muß ebenfalls in der Zwangsvollstreckung vorliegen; auch sie ist vom Vollstreckungsorgan von Amts wegen grundsätzlich⁹³ zu prü-

⁸⁷ Statt vieler *Arens* Die Prozeßvoraussetzungen in der Zwangsvollstreckung, FS Schiedermaier, 1976, 5; *Arens/Lüke* Rdn. 522.

⁸⁸ So aber die Vorauf. B V.

⁸⁹ Vgl. OLG Hamm OLGZ 1990, 209 = JurBüro 1990, 530 mwN. Eine Ausnahme wird man für den Fall einer „Umwandlung“ einer OHG in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts machen können, *Paulus* Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als Schuldner und Drittschuldner, DGVZ 1992, 69 f.

⁹⁰ *Rosenberg/Gaul/Schilken* § 23 II 4 b.

⁹¹ Vgl. nur *Brox/Walker* Rdn. 25.

⁹² Dazu *G. Paulus* Schranken des Gläubigerschutzes aus relativer Unwirksamkeit, FS Nipperdey I, 1965, 909.

⁹³ Eine Ausnahme gilt, wenn der Prozeßführungsbefugte bereits Partei des Rechtsstreits gewesen ist.

fen. Der praktisch wohl bedeutsamste Fall ist der Eintritt der Insolvenz. Sie führt, gleich ob ein inländisches oder ausländisches Verfahren eröffnet wurde, materiell-rechtlich zum Stop (automatic stay) aller Vollstreckungshandlungen, die sich auf massezugehörige Gegenstände beziehen. Wegen der auf den Verwalter übergegangenen Verfügungsbefugnis kann eine dennoch zulässige Vollstreckung (Aus-, Absonderung, § 4 Abs. 2 KO) nur nach Titelumschreibung auf ihn fortgesetzt bzw. von ihm vorgenommen werden.

- 49** Jeder Antrag auch im Vollstreckungsverfahren muß nach herrschender Ansicht durch ein **Rechtsschutzbedürfnis** gerechtfertigt sein. Ist er es nicht, wird der Hoheitsträger nicht tätig. Bei diesem Erfordernis ist allerdings die bereits erwähnte, Rdn. 20, einseitig auf die Interessenverwirklichung gerichtete Stoßrichtung des Zwangsvollstreckungsrechts zu beachten. Das bedeutet, daß grundsätzlich das Rechtsschutzbedürfnis bereits wegen des Umstands zu bejahen ist, daß der Schuldner nicht freiwillig zahlt. Das gilt insbes. für die sog. Minimalforderungen, deren Nichtvollstreckbarkeit gerne mit dem Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses begründet wird, vgl. Rdn. 68. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen.⁹⁴ Damit reduziert sich der Anwendungsbereich, innerhalb dessen ein Rechtsschutzbedürfnis zur Zwangsvollstreckung verneint werden kann, auf wenige, kraß gelagerte Einzelfälle: Es muß ein schikaneartiger Mißbrauch der Vollstreckungsmöglichkeit vorliegen, der gerade dann nicht vorliegt, wenn der Gläubiger nach § 901 vorgehen will, auch wenn nach Überzeugung des Gerichts die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners feststeht;⁹⁵ denn das herausfinden zu können ist Regelungsanlaß des § 901. Dagegen ist das Rechtsschutzbedürfnis etwa zu verneinen, wenn der Schuldner bereits geleistet hat und dem Gläubiger das bekannt ist.
- 50** b) **Besondere Voraussetzungen.** Zu ihnen zählen insbes. die im Gesetz nirgends in dieser Klarheit nebeneinandergestellte Trias ‚**Titel, Klausel und Zustellung**‘, der Antrag, vgl. Rdn. 77, sowie die Einhaltung eventueller Wartefristen, vgl. § 751 oder § 724 Rdn. 1.
- 51** Was den **Titel** anbelangt, so ist – dem gesetzgeberischen Regelungsplan und der Praxis nach – sein Prototyp das in § 704 genannte Endurteil, das seinerseits Bezug nimmt auf § 300. Daneben gibt es noch weitere Titel, deren wichtigste⁹⁶ in § 794 aufgelistet sind. Hinsichtlich der Urteile differenzieren die §§ 704 ff zunächst einmal danach, ob es sich um ein inländisches oder ein ausländisches, §§ 722, 723, Urteil handelt. Sofern es ein inländisches ist, muß weiterhin unterschieden werden, ob es vorläufig oder endgültig vollstreckbar ist. Immer ist aber die Vollstreckbarkeit Voraussetzung für die Anwendbarkeit des achten Buches der ZPO; s. dazu Rdn. 54 ff.
- 52** Die **Klausel** wird auf die Ausfertigung des Urteils oder auf den sonstigen Titel gesetzt; sie bezeugt die Vollstreckbarkeit des im Titel festgestellten Anspruchs. Titel und Klausel zusammen ergeben die vollstreckbare Ausfertigung, § 724 Abs. 1, die ihrerseits das Vollstreckungsprogramm für das mit dem Entstehungsprozeß des Titels nicht vertrauten Vollstreckungsorgan festschreibt. Hinsichtlich des sachlichen,

⁹⁴ Str., wie hier etwa Rosenberg/Gaul/Schilken § 23 II 8; Brox/Walker Rdn. 28.

⁹⁵ So aber BVerfGE 61, 134.

⁹⁶ Vgl. § 724 Rdn. 15 ff. Für einen verwaltungsgerichtlichen Vergütungsfestsetzungsbeschuß s. LG Heilbronn RpfL 1993, 252; für die Zwangsvollstreckung gemäß dem preussischen Gesetz

über die ZV aus Forderungen landschaftlicher Kreditanstalten vom 3.9.1897 OLG Hamm Jur-Büro 1989, 1178; für die Vollstreckung von alten DDR-Titeln OLG Hamm FamRZ 1991, 1078; für Verwaltungsakte nach dem BetrAVG BVerwG vom 22.11.1994 1 C 22/92. auch die VoraufL. § 704 B II b 1 ff.

§ 726, wie personenbezogenen, §§ 727 bis 729, Inhalts des Titels können in der Klausel noch Veränderungen vorgenommen werden. Auf alle Fälle muß sie die exakte Kennzeichnung der beteiligten Parteien enthalten, § 750 Abs. 1. Die Zustellung richtet sich generell⁹⁷ nach den §§ 166 ff.

Wird die Zwangsvollstreckung durchgeführt, obgleich überhaupt kein Titel vorliegt oder keine Klausel erteilt worden ist, § 724 Rdn. 6 ff, so ist sie insgesamt und unheilbar nichtig.⁹⁸ Werden dagegen die Vorschriften über die Zustellung, die Antragsbedürftigkeit oder die Einhaltung eines bestimmten Termins nicht beachtet, so ist die Vollstreckung solange wirksam, als sie nicht gem. § 766 angefochten wird. Zu den Zuständigkeitsüberschreitungen s. Rdn. 59.

53

2. Vollstreckbarkeit

a) **Im engeren Sinne.** § 704 erkennt die Vollstreckbarkeit jedem Urteil zu, ohne nach Leistungs- oder Feststellungs- bzw. Gestaltungsurteil zu differenzieren. Daß diese Diktion präzise ist, ergibt sich aus § 103, der die Geltendmachung eines Prozeßkostenerstattungsanspruchs von dem Vorliegen eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels abhängig macht. Weil Prozeßkosten in jedem Verfahren anfallen und weil in jedem Fall über sie zu entscheiden ist, § 308 Abs. 2, muß sich § 704 auf jedes Urteil beziehen. Das wird beispielsweise durch die in § 708 Nr. 3 oder Nr. 6 genannten Urteile bestätigt, die einen Einspruch oder einstweiligen Rechtsschutz abweisen. Ihre Hauptsacheentscheidung erschöpft sich in der ohne weiteres wirkenden Negation, so daß sich die ihnen gleichwohl zuerkannte vorläufige Vollstreckbarkeit nur auf die Kostenentscheidung beziehen kann.

54

Eine davon zu trennende Frage ist die, welche Urteile eine über den Kostenerstattungsanspruch hinausreichende Vollstreckbarkeit aufweisen. Hierfür hat sich die Unterscheidung einer Vollstreckbarkeit im engeren bzw. im weiteren Sinne eingebürgert.⁹⁹ Was die erstere betrifft, so ist sie **allein Leistungsurteilen** vorbehalten, weil nur sie ihrem (in engen Grenzen auslegungsfähigen, § 724 Rdn. 7)¹⁰⁰ Inhalt nach zur Erfüllung ihres Ausspruchs auf einen weiteren Vollzug angewiesen sind. Allerdings ist selbst diese Beschränkung noch zu eng; denn § 888 nimmt von der Vollstreckbarkeit im engeren Sinne diejenigen, auf die Vornahme einer unvertretbaren Handlung gerichteten Leistungsurteile aus, deren Erfüllung nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängen, sowie diejenigen, die auf die Eingehung einer Ehe, die Herstellung des ehelichen Lebens oder die Erbringung von Diensten gem. § 611 BGB gerichtet sind. Auch die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung bedarf keiner eigentlichen, d.h. positiven Herbeiführung des Erfolges; er tritt vielmehr im Wege einer Fiktion ein.

55

b) **Im weiteren Sinne.** Über diesen so eingegrenzten Bereich hinaus knüpft das Gesetz bisweilen Wirkungen an den Erlaß von (vorläufig oder endgültig) vollstreckbaren Titeln, die einer **zwangsweisen Durchsetzung** nicht zugänglich sind. Sie werden üblicherweise, wenn auch im Detail durchaus strittig, unter dem Begriff „Voll-

56

⁹⁷ In Einzelfällen können Einschränkungen geboten sein, vgl. *Paulus*, aaO, 71.

⁹⁸ Für das Fehlen der einfachen Klausel nach § 724 aA etwa *Rosenberg/Gaul/Schilken* § 31 III 3. Es kann jedoch nicht gravierendere Folgen haben, wenn die Klausel einer falschen Partei, als wenn sie gar nicht erteilt wird.

⁹⁹ Zur letzteren – fein differenzierend – *Wieser* Die Vollstreckbarkeit im weiteren Sinn, ZZZ 102 (1989) 261.

¹⁰⁰ BGH NJW 1986, 1440; KG NJW-RR 1988, 1406; OLG Köln RpfL 1992, 528. S. auch die VoraufL. § 704 C Ia ff.

streckbarkeit im weiteren Sinne⁴ zusammengefaßt. Meistens handelt es sich dabei um Befugnisse, die dem obsiegenden Kläger eingeräumt werden – etwa nach § 18 AGBG; § 1233 Abs. 2 BGB; §§ 775 Nr. 1, 776 Nr. 1 – oder um ipso iure entstehende Rechte wie in § 868 Abs. 1 oder § 895 S. 2.¹⁰¹ Darüber hinaus wird man ohne Schaden auch solche Wirkungen, die wie etwa § 894 oder § 146 Abs. 7 KO¹⁰² an den Eintritt der (formellen) Rechtskraft geknüpft sind, zur Vollstreckbarkeit im weiteren Sinne rechnen dürfen. Denn aus einer positiven oder negativen Zuordnung dürfen keine Schlußfolgerungen für die praktische Anwendung gezogen werden. Wollte man nämlich beispielsweise den Umfang der Wirkungen eines Vollstreckungsurteils nach § 722 von der Differenzierung nach ‚Vollstreckungswirkung im weiteren Sinne‘ oder ‚Zwangsvollstreckung im weiteren Sinne‘ abhängig machen, wäre dies eine abzulehnende begriffsjuristische Argumentation. Eine solche Entscheidung muß vielmehr nach anderen, sachgerechten Kriterien getroffen werden.

3. Vollstreckungsorgane

57 Nachdem das deutsche Recht verschiedene Vollstreckungsarten kennt, liegt es nahe, die Durchführung der Zwangsvollstreckung verschiedenen Organen zu überantworten.¹⁰³ Auf diese Weise wird die für den jeweiligen Zugriff zweckmäßigste Zuständigkeit bestimmt.

58 a) **Zuständigkeiten.** Aus § 753 Abs. 1 ergibt sich die gesetzgeberische Konzeption, daß die primäre Vollstreckungszuständigkeit beim Gerichtsvollzieher¹⁰⁴ liegt,¹⁰⁵ s. noch Rdn. 79 f. Er ist bei einer Vollstreckung wegen einer Geldforderung zuständig für den Zugriff auf die körperlichen, beweglichen Sachen (einschließlich § 831) und die Durchführung der Vorpfändung nach § 845 sowie für die Herausgabevollstreckung der §§ 883 bis 885. Eine detaillierte Aufgabenumschreibung enthält die Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA). Hinsichtlich der den Ge-

¹⁰¹ Weitere Beispiele bei Wieser, aaO, 264 f mit Abweichungen gegenüber der hier vertretenen Ansicht.

¹⁰² Präziser insoweit § 183 InsO.

¹⁰³ Zu diesem System dezentralisierter Vollstreckung etwa Stürmer Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 99 (1986) 310, sowie Eickmann Vollstreckungssysteme und Gerichtsvollzieherstellung in Europa, DGVZ 1980, 130, 132.

¹⁰⁴ Rechtsvergleichend zum Gerichtsvollzieher Eickmann Vollstreckungssysteme und Gerichtsvollzieherstellung in Europa, DGVZ 1980, 129. Aus der sonstigen Literatur etwa Polzius Die Stellung des Gerichtsvollziehers als Beamter und als Vollstreckungsorgan gegenüber den Parteien, dem Vollstreckungsgericht und der Dienstaufsicht, DGVZ 1973, 161; Gaul Der Gerichtsvollzieher – ein organisationsrechtliches Stiefkind des Gesetzgebers, ZZP 87 (1974) 241; Dütz Freiheit und Bindung des Gerichtsvollziehers, DGVZ 1975, 49; ders. Vollstreckungsaufsicht und verwaltungsgemäße Kostenkontrolle gegenüber Gerichtsvollziehern, DGVZ 1981, 97; Niederée Zur Stellung des Gerichtsvollziehers, DGVZ 1981, 17; Hanke Erfolge oder Rückschläge? DGVZ 1986, 17; Zeiss Vollstreckungsautomat

oder Entscheidungsträger? – Ein Beitrag zum Beurteilungsspielraum des Gerichtsvollziehers, DGVZ 1987, 145; Stolte Der Gerichtsvollzieher – Vollstreckungsorgan zwischen Selbständigkeit und Weisungsgebundenheit, DGVZ 1987, 97; ders. Rechtsschutzkasuistik für Gerichtsvollzieher, DGVZ 1988, 99; Habscheid Der Rechtspfleger in Europa, Rpfl. 1989, 434; Schilken Der Gerichtsvollzieher als Vermittler zwischen Gläubiger und Schuldner bei der Realisierung titulierter Geldforderungen, DGVZ 1989, 161; Eich Mehr als eine Notwendigkeit: Die Reform der Gerichtsvollzieherzwangsvollstreckung, DGVZ 1989, 49; Grawert Die Ordnung des Gerichtsvollziehersamtes vor dem Grundgesetz, DGVZ 1989, 97.

¹⁰⁵ Zweifel an der rechtstatsächlichen Rechtfertigung dieser Konzeption ergeben sich u.a. aus der heutigen Entwicklung hin zu einer Dienstleistungsgesellschaft, in der die Mobilien mehr und mehr an Bedeutung gegenüber den Forderungen verlieren; eine Entwicklung, die im Insolvenzrecht die Ermöglichung eines Sanierungsverfahrens geradezu provoziert, vgl. Paulus in: M. Lehmann (Hrsg.) Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., 1993, XVII 48 f.

richten zugewiesenen Zuständigkeit für die anderen Vollstreckungsarten ist zu unterscheiden: für die Eintragung der Zwangshypothek, § 867, ist das Amtsgericht als **Grundbuchamt**, § 1 GBO, zuständig; für die Durchführung der „Zwangsausübung“ nach den §§ 887, 888, 890 das **Prozeßgericht**; ansonsten das Amtsgericht als **Vollstreckungsgericht**, § 1 ZVG, § 764. An die Stelle des Richters ist durch §§ 3 Nr. 1h, 20 Nr. 17 RpfVG weitgehend der Rechtspfleger getreten.

b) **Überschreitungen**. Sofern angesichts dieser vielschichtigen, in der Praxis nicht immer ganz leicht auseinanderzuhaltenden Zuständigkeitsverteilungen **Kompetenzüberschreitungen** auftreten, stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit der jeweiligen Maßnahme. Dabei ergibt sich aus § 802, daß das Gesetz hinsichtlich der sachlichen und örtlichen, vgl. § 802 Rdn. 5 f, Zuständigkeit auf einer strengen Trennung besteht. Es liegt nahe, diese Regelung auf die funktionelle Zuständigkeit zu übertragen. Grundsätzlich sind damit die von einem unzuständigen Vollstreckungsorgan vorgenommenen Vollstreckungsakte nichtig;¹⁰⁶ ein von einem Gerichtsvollzieher erlassener Pfändungs- und Überweisungsbeschluß ist daher ebenso wie eine vom Rechtspfleger vorgenommene Sachpfändung nichtig (hM).

Während man früher diese Rechtsfolge ganz pauschal anwandte,¹⁰⁷ pflegt man heutzutage zu differenzieren:¹⁰⁸ Solche Vollstreckungshandlungen, die nicht evident und ausnahmslos der Zuständigkeit des betroffenen Vollstreckungsorgans entzogen sind, sollen fehlerhaft, aber wirksam sein.¹⁰⁹ Hauptbeispiel hierfür sind Pfändungen, die der Gerichtsvollzieher an Grundstückszubehör, § 865 Abs. 2, anbringt. Weil der Gerichtsvollzieher nicht generell von der Pfändung beweglicher Sachen ausgeschlossen sei, soll eine solche Pfändung lediglich anfechtbar sein.

Mit dieser Begründung werden freilich die vom Gesetz exakt vorgegebenen Konturen verwischt, weil der Gerichtsvollzieher über § 845 an der Forderungspfändung beteiligt sein kann, man aber gleichwohl die von ihm vorgenommene Forderungspfändung für nichtig hält. Außerdem wirkt sich diese Abgrenzung grundsätzlich wohl nur im Verhältnis von Gericht zu Gerichtsvollzieher aus, weil die Zuständigkeitsüberschreitung zwischen Prozeß- und Vollstreckungsgericht nur zur Anfechtbarkeit führen soll,¹¹⁰ und weil § 8 Abs. 1 RpfVG eine gesetzliche Regelung für das Verhältnis zwischen Rechtspfleger und Richter enthält. Schließlich sind Fälle einer Mobiliarpfändung durch das Vollstreckungsgericht rein praktisch nur schwer vorstellbar,¹¹¹ so daß im Ergebnis das Schwergewicht der Abgrenzung auf Zuständigkeitsüberschreitungen durch den Gerichtsvollzieher liegt.¹¹²

Gleichwohl ist der neueren Lehre beizupflichten und die Annahme eines **nichtigen Vollstreckungsakts auf wenige, besonders eklatante Fälle zu beschränken**. Will man für deren nähere Umschreibung und Kennzeichnung das Kriterium des generellen Ausschlusses des jeweiligen Vollstreckungsorgans von dem in Frage stehenden Vollstreckungsakt beibehalten, ist zu bedenken, daß sowohl der Gerichtsvollzieher mit den §§ 831, 845 in den Tätigkeitsbereich des Vollstreckungsgerichts hineinagiert

¹⁰⁶ RGZ 59, 91; 135, 206; 153, 257.

¹⁰⁷ Vgl. *Blomeyer* II, § 42 II 1, 179.

¹⁰⁸ Statt aller *Gaul* Struktur der Zwangsvollstreckung, RpfL 1971, 88.

¹⁰⁹ Statt vieler *Rosenberg/Gaul/Schilken* § 24 II 2; *Baur/Stürmer* Rdn. 442; *Brox/Walker* Rdn. 207.

¹¹⁰ *Jauernig* Das fehlerhafte Zivilurteil, 1958, 170. Ein Argument dafür ist der neu gefaßte § 17 GVG.

¹¹¹ Vgl. auch *Gaul*, aaO, 89.

¹¹² So in der Tat die Vorauff. § 704 B IV a. Für die neuen Bundesländer ist Anl. I Kap. III Sachgeb. A Abschn. III zum Einigungsvertrag sub q) zu beachten; danach können die Aufgaben der Gerichtsvollzieher dort auch von Angestellten vorgenommen werden.

wie umgekehrt das Gericht mit der Pfändung der in § 865 angesprochenen Gegenstände in den angestammten Bereich des Gerichtsvollziehers. Diese Normen lassen sich so verstehen, daß die jeweiligen Zuständigkeitsregeln nicht so sehr einem Sachzwang als vielmehr Zweckmäßigkeitserwägungen entspringen, s. auch Rdn. 85. Die Annahme einer Nichtigkeit als Folge von Zuständigkeitsübertretungen würde unter diesen Umständen ein heute grundsätzlich nicht mehr gerechtfertigtes Mißtrauen vor allem gegenüber den juristischen Abgrenzungsfähigkeiten der Gerichtsvollzieher bedeuten.

- 63** Auf der anderen Seite geht es nicht an, die Nichtigkeitssanktion völlig zu eliminieren, weil dadurch in letzter Konsequenz die dezentralisierte Durchführung der Zwangsvollstreckung¹¹³ obsolet würde, für deren Beibehaltung aber die schon mehrfach erwähnten Zweckmäßigkeitsgründe sprechen. Nachdem das Kriterium des generellen Ausschlusses, wie gezeigt, nur wenig hilfreich ist, wird man diese Sanktion der Bestimmung des Einzelfalles vorbehalten und als abstrahierende Aussage allenfalls die Anleihe im Verwaltungsrecht machen müssen, nach der die Nichtigkeit eines Verwaltungsgaktes nur in ganz besonders offensichtlichen Fällen anzunehmen ist, § 44 VwVfG.

4. Verfassungsrecht und Zwangsvollstreckung

Schrifttum

Arens Aktuelle Probleme und neueste Entscheidungen aus dem Recht der Zwangsvollstreckung unter Ausschluß des Konkurses, in: Gilles (Hrsg.) Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung, 1983, 287; *Gerhardt* Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, speziell: Zwangsvollstreckung, ZZP 95 (1982), 467; *Hoeren* Der Pfändungs- und Überweisungsbeschuß: Praktikabilität vor Verfassungsrecht? NJW 1991, 410; *Kahke* Nochmals: Der Pfändungs- und Überweisungsbeschuß: Praktikabilität vor Verfassungsrecht? (Erwiderung auf *Hoeren*) NJW 1991, 2688; *Klüsener* Die Zwangsvollstreckung im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht, Gesetz und Praktikabilität; RpfL. Studienhefte 1992, 1; *Münzberg* Zwangsvollstreckung und Verfassungsrecht, DGVZ 1988, 81; *ders.* Entwicklungen im Zwangsvollstreckungsrecht seit 1949, in: 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung, 1989, 102; *Polzius* Staats- und verfassungsrechtliche Grundlagen der Rechte und Pflichten des Schuldners, DGVZ 1982, 97; Weitere Nachw. bei *Rosenberg/Gaul/Schilken* Vor § 3; *Schlosser* Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz, ZZP 97 (1984) 121; *Schumann* Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, ZZP 96 (1983) *Schwab/Gottwald*: in: dies. (Hrsg.) Verfassung und Zivilprozeß: Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung, 1983, 5; *K. M. Schwab* Zwangsvollstreckung wegen Bagatellforderungen, 1993; *Vollkommer* Verfassungsmäßigkeit des Vollstreckungszugriffs, RpfL. 1982, 1 sowie JA 1982, 286; 137.

- 64** a) **Bundesverfassungsgericht.** Seit nunmehr knapp dreißig Jahren spielt das Verfassungsrecht auf Grund der **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**¹¹⁴ eine ganz maßgebliche Rolle für die Interpretation des Vollstreckungsrechts. Normen wie etwa die §§ 758 a, 765 a oder 30 a ZVG sind ohne Kenntnis der verfassungsrichterlichen Vorgaben nicht mehr aus sich (oder auch nur ihrem Kontext) heraus versteh-

¹¹³ Dazu etwa *Eickmann* Vollstreckungssysteme und Gerichtsvollzieherstellung in Europa, DGVZ 1980, 130, sowie *Stürmer* Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 99 (1987) 311. Letzterer sieht in der Dezentralisierung ein Verfahrensprinzip; richtiger ist, diese Bestimmung der funktionellen Zuständigkeit lediglich als ein

Ordnungsprinzip zu verstehen, das auf das Verfahren als solches nur mittelbaren Einfluß ausübt; so auch *Rosenberg/Gaul/Schilken* § 5 VI 4 c.

¹¹⁴ Vor allem seit der Entscheidung BVerfGE 49, 220.

bar. Diese Entwicklung ist schon allein deswegen zwangsläufig, weil es sich bei dem Vollstreckungszugriff um den wohl stärksten Eingriff handelt, den es im Bereich des Zivilrechts gibt, und weil ein solches Ereignis angesichts der allgemein gestiegenen Prozessierfreudigkeit nicht mehr ohne weiteres hingenommen wird; sie ist aber auch deswegen notwendig, weil die allgemeine Anpassung der (insbes. der vorkonstitutionellen) Rechtsnormen an die grundgesetzlichen Anforderungen vor dem Vollstreckungsrecht nicht Halt machen kann und darf. Allerdings ist die hinter den jeweiligen Entscheidungen steckende Konzeption nicht immer ohne weiteres erkennbar; doch läßt sich so viel sagen, daß das Gericht insgesamt bemüht ist, den Schuldnerschutz auszudehnen.

Dazu ist freilich kritisch anzumerken, daß die auf der Waagschale des Gläubigers liegende **Eigentumsposition**, die sein titulierter Anspruch nun einmal ist, **nicht immer hinreichend berücksichtigt wird**, und daß das Bundesverfassungsgericht in seinem grundsätzlichen Bestreben nach Einzelfallgerechtigkeit bisweilen den Gesamtzusammenhang des vollstreckungsrechtlichen Verfahrens mit seinen ausbalancierenden Schutz- und Gebotsmechanismen allzu sehr vernachlässigt und dadurch der bereits genannten Erosion des Vollstreckungsrechts, Rdn. 19, Vorschub leistet, vgl. etwa § 758 Rdn. 3 ff oder § 765 a Rdn. 17 ff. Ein ineffektives Vollstreckungsrecht mündet nahezu zwangsläufig in außerrechtliche Befriedigungsversuche. Diese Gefahr zumindest sollte im Rahmen einer **Rechtsfolgenberücksichtigung**¹¹⁵ erkannt und in dem Entscheidungsfindungsprozeß berücksichtigt werden. Dabei ist vor allem hinsichtlich des vollstreckungsrechtlichen Gesamtzusammenhangs die schlichte, oben Rdn. 3 ff in pyramidenförmiger Gestalt dargestellte Tatsache im Auge zu behalten, daß es in diesem Verfahrensabschnitt – anders als in dem neutral vorgehenden Erkenntnisverfahren – per definitionem um die Rechtsdurchsetzung zugunsten des Gläubigers geht. Diese „Gläubigerlastigkeit“ ist schlechterdings Zweck des Vollstreckungsrechts, vgl. Rdn. 20, die dem einzelnen Gläubiger nicht zum Nachteil gereichen darf.

b) **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**. In diesem Zusammenhang wird oftmals der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (einschließlich seiner „Derivate“ Geeignetheit und Erforderlichkeit)¹¹⁶ bemüht. Obgleich die gesetzliche Regelung etwa in den §§ 758 a, 765 a, 803 Abs. 2, 818; §§ 75, 76 ZVG¹¹⁷ einige Ausprägungen dieser Grundsätze enthält, lassen sie sich nicht zu einer Maxime des Inhalts ausdehnen, daß der Zwangszugriff des Gläubigers generell den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen müsse. Ganz abgesehen von der praktischen Schwierigkeit, dies im Einzelfall jeweils im Vorhinein zu ermessen, und auch abgesehen von der damit verbundenen Effizienzbeeinträchtigung, Rdn. 37 ff, liefe diese Maxime in einseitiger Betonung des Schuldnerschutzes der Dispositionsfreiheit des

¹¹⁵ Dazu *Coles* Folgenorientierung im richterlichen Entscheidungsprozeß: ein interdisziplinärer Ansatz, 1991. Zur allgemeinen, gesellschaftspolitischen Bedeutung des Zwangsvollstreckungsrechts *Leipold* Reform des Zwangsvollstreckungsrechts, Einleitung, ZJP 105 (1992) 396 f.

¹¹⁶ Dazu *Götte* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Rangordnung der Zwangsvollstreckungsmittel, 1985; *Weyland* Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Zwangsvollstreckung, 1987; *Wieser* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung, ZJP 98

(1985) 50 (Verhältnismäßigkeit); *ders.* Der Grundsatz der Geeignetheit in der Zwangsvollstreckung, ZJP 98 (1985) 427 (Geeignetheit); *ders.* Der Grundsatz der Erforderlichkeit in der Zwangsvollstreckung, ZJP 100 (1987) 146 (Erforderlichkeit). Gegen *Wieser* zutr. *Münzberg* Zwangsvollstreckung und Verfassungsrecht, 1988, 81.

¹¹⁷ Diese Einzelfälle lassen sich durchaus noch erweitern und sogar ausdehnen, *Paulus* Umfang der Beschlagnahme bei der Vorpfindung und Pfändung von Forderungen, DGVZ 1993, 129.

Gläubigers zuwider. Mit der daraus resultierenden Beeinträchtigung, wenn nicht gar Aufhebung der Wahlfreiheit des Gläubigers würde sich das Vollstreckungsrecht des wohl wirksamsten Druckmittels begeben, den Schuldner zu freiwilliger Leistung anzuhalten.

67 Erneut lassen sich unschwer die Konsequenzen dieses Szenariums vorstellen: Der „gewitzte“ Schuldner kann, wenn es ihm von Vorteil erscheint, die Erfüllung seiner in einem Titel beurkundeten Pflicht in die Länge ziehen sowie den Gläubiger durch geeignete Manöver hinhalten und damit demjenigen Schuldner hohnsprechen, der sich rechtstreu um die sofortige Erfüllung bemüht und zu diesem Zweck etwa Sachen veräußert, die nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erst zuletzt dem Zugriff ausgesetzt wären.¹¹⁸ Darüber hinaus darf dem Gläubiger als Privatperson nicht eine für das Verhalten des Staates reservierte *Maxime* aufoktroiert werden, bloß weil er gezwungen ist, sich des staatlichen Instrumentariums zu bedienen. Anderenfalls würde der Schuldner über den ihm ohnedies schon eingeräumten speziellen Schuldnerschutz völlig unverdient und ungerechtfertigt den zusätzlichen Vorteil erlangen, von seinem auf gleicher Stufe stehenden Gläubiger ein Verhalten verlangen zu dürfen, das dem Staat deswegen auferlegt ist, weil er institutionell der Stärkere im Über-Unterordnungsverhältnis des öffentlichen Rechts ist.¹¹⁹

68 c) **Mindesthöhe der zu vollstreckenden Forderung.** Die soeben genannten Erwägungen muß auch in der weiteren, eng an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angelehnten Fallgruppe berücksichtigt werden, in der die Frage gestellt wird, ob für die Durchführung der Zwangsvollstreckung eine gewisse Mindestsumme der zu vollstreckenden Forderung bestehen muß. Das Bundesverfassungsgericht hat den Zugriff eines Gläubigers auf das schuldnerische Grundstück im Wert von ca. DM 41.000,- wegen einer Forderung in Höhe von DM 1.000,- nicht für zulässig erachtet.¹²⁰ Die Rechtsprechung der unteren Gerichte und die Literatur zu dieser Frage ist überaus kontrovers.¹²¹ Teilweise wird statt jenes verfassungsrechtlichen Grundsatzes das prozessuale Rechtsschutzbedürfnis bemüht (*minima non curat praetor*).

69 Die einzige gesetzliche Anordnung ist § 866 Abs. 3, der allerdings allein die Übersichtlichkeit des Grundbuchs gewährleisten will, indem er für die Eintragung einer Sicherungshypothek einen Mindestbetrag der zugrundeliegenden Forderung von DM 1.500,- verlangt. Methodologisch liegt angesichts dieses Normzweckes und der Singularität der Norm der Umkehrschluß nahe, daß ein Mindestbetrag

¹¹⁸ Vgl. auch *Stürner* Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 99 (1986) 331.

¹¹⁹ Vgl. auch *Gerhardt* Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, speziell: Zwangsvollstreckung, ZZP 95 (1982) 486 ff, insbes. 490 mwN in Fn. 88 ff.

¹²⁰ BVerfGE 49, 220.

¹²¹ Es lassen die Vollstreckung auch wegen einer noch so geringen Forderung etwa zu: AG München DGVZ 1975, 190; AG Staufien DGVZ 1978, 189; LG Lübeck DGVZ 1979, 73; *Olzen/Kerfack* Zur gerichtlichen Durchsetzung von Minimalforderungen, JR 1991, 133. AA dagegen AG Warendorf DGVZ 1969, 27; AG Bad Hersfeld DGVZ 1970, 78; LG Lübeck DGVZ 1974, 77; AG Dortmund DGVZ 1978, 121; AG Kamen DGVZ 1983, 190; ebenso E. *Schneider*

Vollstreckungsmissbrauch bei Minimalforderungen, DGVZ 1978, 166; *ders.* Bemerkungen zur kostenträchtigen Beitreibung von Minimalforderungen, DGVZ 1983, 132; *ders.* *Minima non curat praetor*, MDR 1990, 893 m.w. Rechtsprechungsnachweisen. Differenzierend *Mümmeler* Einige Zweifelsfragen aus der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers, DGVZ 1970, 165; *Noack* Die Kosten der Zwangsvollstreckung und ihre Vorbereitung, ihre Beitreibung ohne besonderen Titel und andere Einzelfragen aus § 788 ZPO, DGVZ 1975, 145; *Brehm* Ändern sich gesetzliche Entscheidungszuständigkeiten durch Treu und Glauben? JZ 1978, 262; *Braun* Die Vollstreckung von Minimalforderungen – Ein Verstoß gegen Treu und Glauben, DGVZ 1979, 109.

nicht erforderlich ist. Wenn jedoch Forderungen in Höhe von DM 0,05 (LG Lübeck DGVZ 1974, 77) oder DM 0,50 (AG Tostedt; LG Stade DGVZ 1978, 171¹²²) eingeklagt und vollstreckt werden, liegt die Vermutung nahe, daß der Staat in einen Streit hineingezogen wird, der sich in Wahrheit um ganz andere Dinge als die eingeklagte Summe dreht. Gegenüber dieser Argumentation ist jedoch andererseits zu bedenken, daß die zu einem Prozeß führende Motivation grundsätzlich nicht hinterfragt wird, und daß die Aufgabe zur Streitschlichtung gewissermaßen Bestandteil der Gegenleistung ist, die der Staat den Bürgern nach dem Gesellschaftsvertrag, vgl. Rdn. 1, für den Verzicht auf Selbsthilfe zu erbringen hat. Und auch hier darf der rechtstreu seine Fünfpfennig-Schuld freiwillig begleichende Schuldner nicht gegenüber seinem widerspenstigen Gegenpart benachteiligt werden.¹²³

Der Vollstreckungszugriff darf infolgedessen wenn überhaupt, dann **nur in evidenten Mißbrauchsfällen** versagt werden. Dann aber kann es wiederum keine Rolle spielen, wie hoch der zu vollstreckende Anspruch ist. Die Postulierung einer Mindestsumme¹²⁴ ist zwar zweckmäßig, praktikabel und angesichts der notorischen Überlastung der Gerichte und Vollstreckungsorgane vielleicht auch angebracht; sie ist aber ungerecht: Denn die DM 4,20-Forderung des Vermögensschwachen oder -armen entspricht womöglich der DM 1.000,- Forderung des Reichen. **70**

5. Pfändungspfandrecht

Das Prozeßrecht wird herkömmlicherweise dem öffentlichen Recht zugeordnet; doch wäre es überholte Begriffsjurisprudenz, wenn man hieraus weitergehende Schlußfolgerungen für die Auslegung und Anwendung der einzelnen Vorschriften ziehen würde, vgl. Einl. Rdn. 128. Gleichwohl hat das öffentliche Recht außer in Gestalt des soeben dargestellten Verfassungsrechts noch in einer weiteren Hinsicht auf das Vollstreckungsrecht eingewirkt; und zwar in einem Umfang, daß ein Autor feststellen konnte, das geltende Zwangsvollstreckungsrecht stamme nicht aus dem Jahre 1877, sondern von *Friedrich Stein*.¹²⁵ Eingeleitet wurde diese Entwicklung durch dessen 1913 erschienenen Buch ‚Grundfragen der Zwangsvollstreckung‘, in dem er das dem Gesetzgeber vorschwebende Konzept einer zivilrechtlichen Beziehung zwischen Gläubiger und Vollstreckungsorgan als überholt und mit der Würdigkeit des Staates nicht vereinbar deklarierte. Diese Ansicht wurde alsbald von der Rechtsprechung vornehmlich des Reichsgerichts aufgegriffen und in ihren Konsequenzen immer weiter umgesetzt. Dem Juristen genügt heutzutage das Stichwort ‚**Pfändungspfandrecht**‘, um die Assoziation zu dem damit verbundenen Theorienstreit (s. dazu die Kommentierung zu § 804) zu erhalten; doch reichen die Folgerungen aus der *Stein'schen* Ansicht wesentlich weiter.¹²⁶ **71**

Auch wenn diese Entwicklung, die dem ohnedies nicht ganz einfachen Zwangsvollstreckungsrecht eine Vielzahl von weiteren Komplikationen beschert hat, nicht **72**

¹²² Weitere Beispiele von minima in der eindrucksvollen Liste von *E. Schneider* *Minima non curat praetor*, MDR 1990, 894.

¹²³ Vgl. *E. Peters* Die richterliche Anordnung zur Zwangsvollstreckung nach § 758 ZPO – Wege und Irrwege, FS Baur, 1981, 550.

¹²⁴ *Schiffbauer* schlägt DM 10,- vor, Die Geltendmachung von Bagatellforderungen in der Zwangsversteigerung, ZIP 1981, 836.

¹²⁵ *Esser* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., 1964,

312; vgl. auch *G. Paulus* Schranken des Gläubigerschutzes aus relativer Unwirksamkeit, FS Nipperdey I, 1965, 926; *Säcker* Der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts, JZ 1971, 156.

¹²⁶ Vgl. zusätzlich zu den in der vorigen Fn. Genannten noch *G. Huber* Die Versteigerung gepfändeter Sachen, 1970, oder *Fahland* Das Verfügungsverbot nach §§ 135, 136 BGB in der Zwangsvollstreckung und seine Beziehung zu den anderen Pfändungsfolgen, 1976.

umkehrbar sein wird, läßt sich doch zumindest soviel sagen, daß die Ausgangsüberlegung von *Stein*, derzufolge der hoheitlichen Betätigung Mißachtung widerfahre, wenn sie privatrechtlich beurteilt würde, dem heutigen Verständnis vom Rang- und Wertverständnis von Zivil- und öffentlichem Recht nicht mehr entspricht; daß Zwangsvollstreckung die Ausübung staatlicher Zwangsgewalt ist, ist ebenso unbestreitbar wie – im Hinblick auf die nähere Bestimmung des Pfändungsvorgangs – unergiebig, s. die vorige Rdn. am Beginn. Nachdem überdies die **praktischen Auswirkungen** der unterschiedlichen Theorien – vor allem im Verhältnis zu dem intellektuellen Aufwand für ihre Rechtfertigung – **eher gering sind**,¹²⁷ lassen sich zwei grundsätzliche Möglichkeiten für den Umgang mit dem Theorienstreit anführen: Entweder man paßt das achte Buch der ZPO an das ZVG und die Insolvenzgesetze an, die in ihrem Bereich ohne die Annahme eines Pfandrechts auskommen, oder man versucht, sich unter den gegebenen Umständen so eng wie möglich an die *lex lata* zu halten; die erste Variante muß auf den Pfaden der öffentlich-rechtlichen, die zweite auf denen der gemischt privat-öffentlich-rechtlichen Theorie wandeln. Methodologisch sprechen jedoch die besseren Gründe für die zweite Alternative, weil es abgesehen von dem Bedürfnis nach Gleichlauf keine Rechtfertigung für das Ignorieren oder gar Negieren des Gesetzestextes gibt.

6. Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung

- 73** Trotz des in der Verfahrensformalisierung zum Ausdruck kommenden Bestrebens, die Zwangsvollstreckung nur bei Vorliegen aller Voraussetzungen durchzuführen, und trotz des zur Unterstützung dieses Bestrebens gewährten minutiösen Rechtsbehelfssystems lassen sich Fälle nicht ausschließen, in denen die Zwangsvollstreckung unerlaubterweise durchgeführt worden ist.¹²⁸ Denn Folge der Formalisierung ist es gerade, daß sich das Vollstreckungsorgan allein an den formellen Voraussetzungen („Titel, Klausel und Zustellung“) orientiert, daß aber der im Titel dokumentierte vollstreckbare Anspruch nicht zwangsläufig der materiellen Rechtslage zu entsprechen braucht. Für einige Sonderfälle sehen die §§ 302 Abs. 4, 641 g, 717 und 945 eine Schadensersatzpflicht vor. Doch erstreckt sich der Bereich der unerlaubten Zwangsvollstreckung darüber hinaus; wenn etwa der Gläubiger vollstreckt, obwohl der Anspruch zwischenzeitlich erloschen ist, oder wenn zu seinen Gunsten eine schuldnerfremde Sache verwertet worden ist, ohne daß sich der Berechtigte dagegen mit Hilfe der Klage aus § 771 zur Wehr gesetzt hätte.
- 74** Es ist allgemein anerkannt, daß dem Schuldner bzw. dem Dritten in diesen Fällen ein **bereicherungsrechtlicher Ausgleichsanspruch**, § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB („in sonstiger Weise“¹²⁹), zusteht und, sofern der Gläubiger schuldhaft oder gar vorsätzlich sittenwidrig schädigend handelt, ein **deliktischer Schadensersatzanspruch** gem. § 823 Abs. 1 BGB oder § 826 BGB.¹³⁰ Hierin zeigt sich erneut die Verwobenheit des Vollstreckungs- mit dem materiellen Vermögensrecht, Rdn. 11,

¹²⁷ Eine Einschätzung, die freilich nicht unumstritten ist; vgl. nur *Blomeyer* II § 41 I, 173; *Jauernig* II, § 16 B. Wie hier etwa *Schlösser* II, Rdn. 233, 234; *Brox/Walker* Rdn. 386 ff.

¹²⁸ Dazu etwa *Böhm* Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche, 1971; *Häsemeyer* Schadenshaftung und Zivilrechtsstreit, 1979; *Gerlach* Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Be-

reicherung, 1986; *Götz* Zivilrechtliche Ersatzansprüche bei schädigender Rechtsverfolgung, 1989; *Gaul* Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche, AcP 173 (1973) 323; *Hopt* Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, 1968.

¹²⁹ Vgl. nur *Blomeyer* II § 33 IX, 140; *Brox/Walker* Rdn. 470.

¹³⁰ *Rosenberg/Gaul/Schilken* § 7 II.

das sich unbeschadet der von einem öffentlichen Hoheitsträger vorgenommenen Handlung nach Abschluß des Verfahrens zwischen den beteiligten Privatpersonen fortsetzt. Allerdings besteht kein Anspruch gegen den Ersteigerer, weil dieser kraft Hoheitsaktes, und damit originär, das Eigentum erwirbt;¹³¹ das gilt grundsätzlich selbst dann, wenn der Gläubiger die fragliche Sache ersteigert hat.¹³² Dem Anspruchsberechtigten kann in diesen Fällen nicht als Mitverschulden angerechnet werden, daß er es versäumt oder unterlassen hat, nach Maßgabe des vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfssystems gegen die Zwangsvollstreckung vorzugehen.¹³³

IV. Die Systematik des achten Buches

Der Aufbau des achten Buches folgt einer logischen, fast schon zwingenden Grobstruktur. So stehen die bei jeder Vollstreckung zu beachtenden Vorschriften in dem von § 704 bis § 802 reichenden Allgemeinen Teil. Auch die nachfolgende Differenzierung zwischen der Vollstreckung wegen einer auf Geldleistung, §§ 803 ff, oder auf eine sonstige Leistung gerichtete Forderung, §§ 883 ff, ist der Sache nach zwingend, wenn sich das Recht nicht auf die *condemnatio pecuniaria*, d.h. die reine Geldverurteilung, beschränkt. Denn wenn das Vollstreckungsrecht letzten Endes dazu dient, diejenigen Handlungen im Wege staatlicher Gewalt vorzunehmen, die an sich der Schuldner aufgrund des titulierten Leistungsbefehls vorzunehmen hätte, müssen die beiden Vollstreckungsarten auseinandergehalten werden. Die Besonderheit des Geldes liegt schließlich darin, daß es – anders als sonstige Vermögensobjekte – nicht nur gegenständlich, d.h. in Gestalt konkreter Münzen oder Scheine, vorliegt und vorzuliegen braucht, sondern daß es als einheitlicher Wertmaßstab in jedem Vermögensgegenstand verkörpert ist. Mit anderen Worten: Jeder Vermögensgegenstand kann grundsätzlich zu Geld gemacht werden.¹³⁴ Weil somit die Geldvollstreckung nicht auf das Vorhandensein von Währung angewiesen ist, muß sie noch den Zugriff auf und die Verwertung von anderen Vermögensobjekten regeln, bevor der Gläubiger durch die Übergabe des daraus erzielten Geldes seine schließliche Befriedigung erlangt. Daß für den Zugriff und die Verwertung der unterschiedlichen Vermögensobjekte vernünftigerweise nach ihrer Beschaffenheit (körperlich – unkörperlich) differenziert wird, ist ein naheliegendes Gebot der Zweckmäßigkeit.

Auch die Einordnung der Eidesstattlichen Versicherung und Haft, §§ 899 ff, in das achte Buch ist wegen ihres Bezuges auf den Besonderen Teil der §§ 803 bis 898 einleuchtend und zweckmäßig. Das gilt jedoch nicht, zumindest nicht in dieser Eindeutigkeit, für den im fünften Abschnitt geregelten Einstweiligen Rechtsschutz, §§ 916 bis 945. Weil es sich nämlich bei Arrest und bei der Einstweiligen Verfügung jeweils um die Kombination von Erkenntnis- und Vollziehungsverfahren handelt, knüpft allenfalls letzteres an den Themenbereich des achten Buches an. Und auch dieser Bezug ist zumindest bei der Einstweiligen Verfügung recht lose, wie sich schon aus dem Maßnahmenkatalog des § 938 ergibt. Der Sache nach – und auch nach Maßgabe der praktischen Gepflogenheiten¹³⁵ etwa im Presse- oder Wettbewerbsrecht – stellen die Verfahren der §§ 916 ff eine eigene Verfahrensart dar.

¹³¹ RGZ 156, 395.

¹³² Zu den Ausnahmen *Brox/Walker* Rdn. 473 ff.

¹³³ AA KG NJW 1973, 660.

¹³⁴ Den umgekehrten Schluß, daß nämlich mit Geld nahezu jeder Vermögensgegenstand erworben werden kann, macht sich das Vollstreckungsrecht nicht zunutze. Statt dessen spielt er im materiellen Recht, bei der Verschaffungspflicht, eine

Rolle. Vollstreckungsrechtlich wäre ein solcher Anspruch grundsätzlich nach § 887 durchzusetzen, wenn sich der Gläubiger nicht schon von vornherein mit der Sekundärpflicht begnügt.

¹³⁵ *Weber* Die Verdrängung des Hauptsacheverfahrens durch den einstweiligen Rechtsschutz in Deutschland und Frankreich, 1993.

77 Neben dieser zuletzt genannten Ungenauigkeit in der Grobstruktur läßt auch die Feinstruktur eine in einiger Hinsicht durchaus erzielbare Exaktheit vermissen. So hätten, um nur einige, wenige Beispiele zu nennen, die drei Vollstreckungsvoraussetzungen ‚Titel, Klausel, Zustellung‘ eine klarere Hervorhebung als in § 750 geschehen verdient; oder es hätte das System der Haftungsbeschränkung in den §§ 778 ff eine wesentliche Vereinfachung und Effizienzsteigerung nötig, vgl. § 785 Rdn. 2 ff; eine Vereinfachung wäre auch für den in seiner überakribischen Detailversessenheit fast schon zur Undurchdringlichkeit verstrüppten Regelungskomplex der §§ 850 a ff wünschenswert – zumal er die wohl praxisrelevanteste Vollstreckungsmaterie enthält. Als ein ganz entscheidendes Defizit der Feinstruktur ist jedoch die Unübersichtlichkeit des Rechtsbehelfsystems der Zwangsvollstreckung hervorzuheben: Hier verliert sich bisweilen nicht nur der juristische Laie in den Fallstricken der fein- bis feinstzisierten Differenzierungen. So sehr diese auch von dem Gedanken der jeweils angemessenen Schutzmöglichkeit getragen sind, so sehr wirken sie in ihrer verwirrenden Vielfalt der Rechtsklarheit – und damit Rechtssicherheit – entgegen.

V. Reformbestrebungen

Schrifttum

Brehm Möglichkeiten der Reform der Zwangsvollstreckung, DGVZ 1986, 97; *Bruckmann* Überlegung zu einer Reform des Zwangsvollstreckungsrechtes, ZRP 1994, 129; *Eich* Mehr als eine Notwendigkeit: Die Reform der Gerichtsvollzieherzwangsvollstreckung, DGVZ 1989, 49; *Gaul* Reform des Zwangsvollstreckungsrechtes, JZ 1973, 473; *Goebel* Reform des Zwangsvollstreckungsrechtes im Spiegel dogmatischer Systemgerechtigkeit, KTS 1995, 143; *Gottschalk* Ist das heutige Zwangsvollstreckungsrecht noch zeitgemäß? DGVZ 1988, 35; *Schilken* in: Rechtswissenschaftliche Vorträge und Berichte des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück, Bd. 4, 1988; *ders.*: Vereinfachung und Beschleunigung der Zwangsvollstreckung, RpfL 1994, 138; *B. Schmidt* Die geplante zweite Zwangsvollstreckungsnovelle, ZRP 1995, 326; *Stürmer* Grundlinien der Entwicklung des Vollstreckungsrechtes, DGVZ 1985, 6; *Vultejus* Wer rastet, der rostet: Überlegungen zur Verbesserung der Zwangsvollstreckung, DGVZ 1988, 107; Reform des Zwangsvollstreckungsrechtes; Diskussionsbericht und Zusammenstellung der Tagung der Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer in Bonn 1992, ZZP 105 (1992) 393.

1. Allgemeines

78 Eine grundlegende Reform des Zwangsvollstreckungsrechtes ist – wie auch die zweite Zwangsvollstreckungsnovelle aus dem Jahr 1996 bestätigt – derzeit nicht zu erwarten; sie wird auch generell nicht gefordert.¹³⁶ Gleichwohl besteht offenbar ein weit verbreitetes und phasenweise aufkeimendes bzw. sich verstärkendes Unbehagen an diversen Detailregelungen. Grob vereinfachend geht es bei den jeweiligen Verbesserungsvorschlägen hauptsächlich um das Bestreben, den Schuldnerschutz weiter auszubauen bei gleichzeitiger Steigerung der Effizienz des Vollstreckungsverfahrens für den Gläubiger. Freilich ist hierbei stets das Gesamtsystem des Vollstreckungsrechtes im Auge zu behalten, insbes. dessen Maximen. So kann man sich gewißlich ein wirkungsvolleres Agieren des Gerichtsvollziehers vorstellen, wenn er von den

¹³⁶ Vgl. nur den Diskussionsbericht von *Stadlhofer-Wissinger* Reform des Zwangsvollstreckungsrechtes, ZZP 105 (1992) 393. Für Einzelreformen vgl. etwa *Brehm* Zur Reformbedürftigkeit des

Wohnpfändungsrechtes, FS Henckel, 1995, 41 ff; *Gaul* Grundüberlegungen zur Neukonzipierung und Verbesserung der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung, ZZP 108 (1995) 3 ff.

Begrenzungen der §§ 753 befreit würde. Doch wenn darüber (fast zwangsläufig) die Dispositionsbefugnis des Gläubigers reduziert würde, käme man schnell zu einem anders gearteten Vollstreckungsrecht, das mit dem bestehenden nicht mehr viel zu tun hat. Vor allem würde allzu leicht die Komplementarität von materiellem und Vollstreckungsrecht, Rdn. 11, zerstört und durch ein obrigkeitliches Verfahren ersetzt.

Wenn man sich dieses Gesamtzusammenhangs bewußt bleibt, lassen sich eine ganze Reihe von Verbesserungsvorschlägen denken,¹³⁷ deren grundlegendster ist, das Vollstreckungsrecht an die gewandelten Umstände anzupassen. Dazu zählt außer den nachfolgend erörterten technologischen Neuerungen vor allem die **veränderte Priorität der Vollstreckungsobjekte**. Trotz der nach wie vor beeindruckenden Ertragssumme der von den Gerichtsvollziehern durchgeführten Vollstreckungen¹³⁸ gehen ihr heute die Forderungsvollstreckungen vor allem in Gestalt der Lohnpfändung an Umfang und Bedeutung vor. Hierin drückt sich ein Wandel wohl der Berufsstruktur (ständiges Einkommen statt fester Werte) wie auch der Finanzierungsform (besitzlose Mobiliarsicherheiten) aus.

Diesem Wandel läßt sich dadurch Rechnung tragen, daß der Zugriff auf die Forderungen und sonstige Rechte des Schuldners erleichtert wird: entweder in der Weise, daß die zwangsweise Nachforschung nach existierenden Forderungen des Schuldners verstärkt wird (so jetzt in der Tat § 836 Abs. 3) – und sei es in Erweiterung der in § 806 a vorgesehenen Möglichkeiten oder durch ein effizienteres Offenbarungsverfahren¹³⁹ –, oder daß dem Schuldner Anreize zu freiwilliger Offenlegung geschaffen werden – etwa durch erleichternde Abzahlungs- bzw. Ratenzahlungen (vgl. den neuen § 813 a) oder durch stärkere Geheimhaltung, als dies nach § 807 der Fall ist.

2. Zwangsvollstreckung und technologischer Fortschritt

In kaum einem anderen Rechtsgebiet zeigt sich die klassische, aus dem römischen Recht übernommene Dreiteilung¹⁴⁰ des Vermögensrechts in **Immobilien, Forderungen und Mobilien** so deutlich wie in dieser Rechtsmaterie. Die Regelung der Vollstreckung wegen einer Geldforderung in den §§ 803–871 basiert auf dieser Unterscheidung, indem die §§ 803–827 den Zugriff auf bewegliche Sachen, die §§ 864–871 einschließlich dem ZVG denjenigen auf unbewegliche Sachen sowie die mithaftenden Mobilien und die §§ 828–863 solche in Forderungen und andere Vermögensrechte zum Gegenstand haben. Andere Rechte werden zwar nicht ignoriert, erscheinen aber nur als Annex zur Forderungspfändung; dort ist ihnen mit § 857 eine allgemeine Norm gewidmet, deren Rechtsfolge die Verweisung auf die entsprechend anzuwendenden Vorschriften über die Forderungspfändung ist. Auf diese Weise wird einer Versteinerung derjenigen Rechte entgegengewirkt, die pfändbar sind; § 857 bildet daher der Intention nach das notwendige Ventil, um den durch faktische Neuerungen zwangsläufig entstehenden Druck auf das Leistungsvermögen des Vollstreckungsrechts auszugleichen.

¹³⁷ Vgl. nur die in dem in der vorigen Fn. genannten Aufsatz zusammengefaßten Einzelbeiträge.

¹³⁸ Vgl. die Nachweise bei *Seip* Die Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher, NJW 1994, 352.

¹³⁹ Das ist der berechtigte Ansatz von *Bruckmann*, aaO. Zum Offenbarungsverfahren als Zwangsvollstreckung *Wieser* Das Offenbarungsverfahren als Zwangsvollstreckung, RpfI. 1990, 97.

¹⁴⁰ Zu den möglichen Hintergründen des (nicht nur innerhalb der Jurisprudenz) häufig anzutreffenden Phänomens, eine Dreiteilung zu erreichen vgl. etwa *Marti* Geprägtes Recht, in: *Zollinger* (Hrsg.) C. G. Jung im Leben und Denken unserer Zeit, Vorträge zum 100. Geburtstag an der ETH Zürich, 1975, 58 ff. Zum folgenden s. auch *Paulus* Software in Vollstreckung und Insolvenz, ZIP 1996, 4 f.

- 82** Bislang hat dieses System durchwegs zufriedenstellend funktioniert; das kann sich möglicherweise jedoch auf Grund der zunehmenden Computerisierung unserer Gesellschaft ändern. Denn was früher und auch noch überwiegend heute etwa in Büchern enthalten ist, wird zukünftig mehr und mehr eine magnetisch oder optisch festgehaltene Information sein, die gegebenenfalls auf einer der Datenautobahnen hin und hergeschoben werden kann. Was also früher Bestandteil einer beweglichen Sache (Buch) gewesen ist, ist nunmehr ein auf binär ausgerichtete Befehlssequenzen reduzierter Magnetisierungszustand, der im Einzelfall dann auch wieder einer beweglichen Sache (Chip) als nicht mehr veränderbarer Inhalt (PROM) eingebrannt werden kann, aber nicht sein muß. Denn ein Programm kann heutzutage bereits so flüchtig sein, daß man bei dessen Erwerb nichts mehr „zu fassen“ bekommt, weil das Programm samt Anleitung vom Veräußerer gleich via Telephon (Modem) auf den Computer des Erwerbers überspielt wird. Ein und dieselbe Vermögensposition vermag also in verschiedenen „rechtlichen Gewändern“ aufzutreten und je nachdem die Vollstreckung zu erleichtern oder zu erschweren. Man denke zum Vergleich nur an die Probleme, die die Pfändung des Anwartschaftsrechts seit langem schon bereitet; auch hier changiert eine Vermögensposition zwischen verschiedenen Rechtsformen.
- 83** Für die computerisierte Vermögensposition bürgert sich allmählich der Begriff ‚**informationelles Gut**‘ ein.¹⁴¹ Der rechtstechnischen Systematik entsprechend müßte es in der Zwangsvollstreckung nach § 857 behandelt werden, d.h. das Computerprogramm müßte im Wege eines vom Vollstreckungsgericht ausgestellten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses verwertet werden. Das ist jedoch angesichts der faktischen Gegebenheiten ein vollkommen inadäquates Vorgehen. Das zeigt sich bereits, wenn der Gläubiger auf ein Programm oder eine Datei zugreifen will, die der Schuldner etwa auf der (egal, ob magnetisch oder optisch operierenden) Festplatte seines Computers hat, die er aber nicht herausgeben will. Schwierigkeiten können sich hier schon beim Zugang zum Computer ergeben, wenn er nämlich durch ein Paßwort „verschlossen“ ist, oder auch beim Auffinden des Programms, wenn es irgendwo im Speicherbereich „versteckt“ ist. Auch wenn das letztgenannte Problem möglicherweise schon heute mit Hilfe von teilweise schon entwickelten, speziellen „Suchprogrammen“ gelöst werden könnte, lassen die Beispiele dennoch die Ahnung aufkommen, daß das herkömmliche vollstreckungsrechtliche Instrumentarium nicht mehr ausreichen wird.
- 84** Anstatt angesichts dieser Situation vor der vermeintlichen Untauglichkeit des achten Buches der ZPO zu kapitulieren und völlig neue Instrumente zu fordern,¹⁴² erscheint es angemessener, den Kern der neuartigen Probleme herauszuschälen und ihn mit den bekannten Phänomenen zu vergleichen, um dann in **behutsamer Anpassung** die neue Vermögenskategorie allmählich herauszukristallisieren. Bis es soweit ist, mag ein Vorgehen nach Maßgabe der §§ 808 ff zulässig sein, selbst wenn die Einordnung von einem Computerprogramm auf der Festplatte als bewegliche Sache gekünstelt wirkt. Von den Zugriffsmöglichkeiten her gesehen ist sie aber die einzig praktikable Alternative.
- 85** Als Rechtfertigung dafür mag die Überlegung dienen, daß die vermögensrechtliche Dreiteilung nicht so sehr eine beschreibende Klassifizierung der Vollstreckungsobjekte ist, sondern die **funktionelle Umschreibung für verschiedene Zugriffs-**

¹⁴¹ Paulus in: M. Lehmann (Hrsg.) Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., 1993, XVII 6. Dort auch zur Vollstreckungsproblematik insgesamt.

¹⁴² So, der Tendenz nach Koch Software in der

Zwangsvollstreckung, KTS 1988, 47. Wie hier dagegen Roy/Palm Zur Problematik der Zwangsvollstreckung in Computer, NJW 1995, 690 ff.

und Verwertungsarten, vgl. Rdn. 62. Die Beweglichkeit einer Sache besagt funktionell, daß der Gegenstand dem Schuldner weggenommen und ohne seine Hilfe versilbert werden kann; eine Forderung kann eingezogen werden und für Immobilien existiert das ausgeklügelte System des Grundbuchs. Von diesem Blickwinkel aus bieten die drei Kategorien nach wie vor eine brauchbare Einteilung, die sich nur hinsichtlich der Einordnung des sonstigen Rechts bei Forderungspfändung als zu eng erweist. Damit wird der als Öffnung des Systems gedachte § 857 in seinem Anwendungsbereich sogleich wieder eingeschränkt. Wenn nämlich die Wegnahme und Verwertung eines sonstigen Rechts in entsprechender Anwendung der §§ 828 ff nicht durchführbar ist, sondern wie etwa besagtes Programm auf der Festplatte allenfalls nach Maßgabe der §§ 808 ff, ist der Rechtsanwender genötigt, das sonstige Recht in eine bewegliche Sache umzudeuten. Die funktionale Sichtweise erspart ein solches Manöver.

De lege ferenda läßt sich das Problem jedoch schon dadurch lösen, daß eine dem § 857 entsprechende Vorschrift in den allgemeinen Teil der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, §§ 803–807, eingefügt wird; damit wäre zwar die Immobiliervollstreckung nicht miterfaßt, doch läßt sich bei ihr wegen des numerus clausus der eintragungsfähigen Rechte ohnedies kaum ein sonstiges Recht denken. 86

§ 704

(1) Die Zwangsvollstreckung findet statt aus Endurteilen, die rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind.

(2) Urteile in Ehe- und Kindschaftssachen dürfen nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

Schrifttum

Bachmann Fremdwährungsschulden in der Zwangsvollstreckung (1994); *Büttner* Durchsetzung von Auskunfts- und Rechnungslegungstiteln, FamRZ 1992, 629; *Busch* Die Feststellung des Inhalts vollstreckbarer Titel in der Zwangsvollstreckung, ZZP 53 (1928) 84; *Münch* Ausländische Tenorierungsgewohnheiten kontra inländische Bestimmtheitsanforderungen, RIW 1989, 18; *Schüler* Die Problematik hinsichtlich der Vollstreckungsfähigkeit von Schuldtiteln, die fehlerhaft oder ungenau sind, DGVZ 1982, 65; *Sibben* Besonderheiten der Zwangsvollstreckung aus arbeitsgerichtlichen Titeln, DGVZ 1989, 177; *Stürner/Münch* Die Vollstreckung indexierter ausländischer Unterhaltstitel, JZ 1989, 178; *von Falck* Implementierung offener ausländischer Vollstreckungstitel (1998); *Wieser* Die Vollstreckbarkeit im weiteren Sinn, ZZP 102 (1989) 261.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Endurteile als Vollstreckungstitel	1	3. Die Auslegung von Urteilen	8
II. Anforderungen an den Urteilsinhalt	6	4. Einzelfragen	11
1. Die Urteilsformel als Grundlage der Zwangsvollstreckung.	6	III. Urteile in Ehe- und Kindschaftssachen (Abs. 2)	18
2. Die Bestimmtheit des Vollstreckungstitels	7		

I. Endurteile als Vollstreckungstitel

Nach der Systematik des 8. Buchs ist das richterliche Urteil der Grundtypus des Vollstreckungstitels. Dementsprechend stellt § 704 I das Urteil an die Spitze des Vollstreckungsrechts und unterstreicht damit die Bedeutung des Titels als Grundlage

der Zwangsvollstreckung. Die §§ 704–720 a regeln die für die Vollstreckung wichtigsten Eigenschaften des Urteils: formelle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit, die §§ 722 und 723 die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile. Im Anschluß hieran behandeln die §§ 724–802 allgemeine Vollstreckungsbestimmungen. Weitere Vollstreckungstitel der ZPO sind in § 794 aufgeführt, die §§ 795–800 enthalten Abweichungen und Sonderregelungen für die Vollstreckung dieser Titel.¹

- 2** Der Begriff des **Endurteils** ergibt sich aus § 300. Es muß ein Streit- und Instanzbeendendes Urteil eines ordentlichen Gerichts vorliegen. Erweiterungen dieses Begriffs ergeben sich ausdrücklich aus § 301 für das Teil-, aus §§ 302 III, 599 III für das Vorbehaltsurteil. Auch Versäumnis- (§§ 330, 331, nicht aber § 347 II)² und Anerkenntnisurteile (§ 307) sind Endurteile. Nach §§ 62, 64 VII ArbGG sind die Urteile der Arbeitsgerichte den Endurteilen der ZPO gleichgestellt. Landesrechtliche Titel können nach § 801 in der gesamten Bundesrepublik vollstreckt werden. Zahlreiche andere Gesetze verweisen für die Vollstreckung auf das 8. Buch der ZPO.³ Ob ein Endurteil oder ein sonstiger Vollstreckungstitel (das ist der Regelfall) vorliegt, ergibt sich aus dem jeweiligen Gesetz.
- 3** Mit **Vollstreckbarkeit** bezeichnet das Gesetz die Eigenart des Urteils, als Titel Grundlage der Zwangsvollstreckung zu sein (sog. Vollstreckbarkeit iES). Die obsiegende Partei ist nunmehr berechtigt, die Verwirklichung des Urteils von den zuständigen Vollstreckungsorganen zu verlangen. Der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers wurzelt im Justizgewährungsanspruch als Teil des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 III GG).⁴ Die Vollstreckbarkeit iES besteht nur bei Leistungs- und Haftungsurteilen. Rechtsprechung und Literatur⁵ leiten aus § 704 einen Begriff der Vollstreckbarkeit iwS ab. Diese soll die weiteren Folgen des Urteils bezeichnen, das Grundlage anderer Staatshandlungen sein kann (zB die Berichtigung der Konkurstabelle nach § 183 II InsO, Eintragungen ins Grundbuch nach § 25 GBO, Einstellung der Zwangsvollstreckung nach Vorlage des Urteils in den Fällen der §§ 775 Nr. 1, 776, Kostenfestsetzung nach §§ 103 ff Rdn. 6). Aus § 704 ergibt sich, daß Vollstreckbarkeit iES und iwS im Zweifel zu demselben Zeitpunkt eintreten. Da aber die Vollstreckbarkeit iwS mit der Durchführung der Zwangsvollstreckung nach dem 8. Buch der ZPO wenig gemein hat, sollte man besser von Tatbestandswirkungen (des Urteils) sprechen.⁶ Zum Außerkrafttreten der (vorläufigen) Vollstreckbarkeit s. § 717 Rdn. 4 ff.
- 4** Die formelle Rechtskraft (§ 705 Rdn. 1) des Endurteils führt eo ipso zur Vollstreckbarkeit.⁷ Anderes kann sich aus dem Urteilsinhalt ergeben, insbes. bei der Verurteilung zu einer zukünftigen Leistung, s. §§ 257–259 und im Fall des § 510 b. Nicht rechtskräftige Urteile sind nur vollstreckbar, wenn die vorläufige Vollstreckbarkeit ausdrücklich im Tenor angeordnet wurde (Vor 708 Rdn. 2 ff). Dies kann auch nach Erlaß des Urteils nachgeholt (§ 716) oder vom nächstinstanzlichen Ge-

¹ Entsprechendes gilt für andere Prozeßrechte, vgl. für Frankreich: Art. 500, 501 NCPC; für England: O 42 RSC. Art. 474 Codice di Procedura Civile (Italien) und § 1 II österreichische Exekutionsordnung zählen am Beginn des Vollstreckungsrechts sämtliche Titel auf und nennen das Urteil ebenfalls an erster Stelle. Zum österreichischen Recht: *Klicka* Bestimmtheit des Begehrens bei Leistungsklagen (1989).

² BGH VersR 1974, 1100; BayObLG Rpfleger 1982, 466.

³ Eine Zusammenstellung findet sich in § 68 GVGA.

⁴ Rosenberg/*Gaul* § 6 I.

⁵ Stein/*Jonas/Münzberg* Vor § 704 Rdn. 51f; *Wieser* ZJP 102 (1989), 164 und die stRspr. seit RGZ 16, 420, 421.

⁶ So die frühere Lehre, *Hellwig/Oertmann* § 267, 3 mwN. Auf die Unterscheidung verzichten u.a. *MünchKomm/Krüger* Rdn. 6; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 149 III, V.

⁷ Besonderheiten bestehen bei § 629 d: Die Vollstreckbarkeit der Folgesache tritt nicht vor Rechtskraft des Scheidungsausspruchs ein. Zur bedingten Verurteilung s. § 726.

richt durch Beschluß vorab angeordnet werden (§§ 534, 560). Ein Endurteil, das einem selbständig anfechtbaren Zwischen- (§ 280), Grund- (§ 304) oder Vorbehaltsurteil (§§ 599, 302) nachfolgt, kann vollstreckt werden, wenn es für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde oder wenn auch das vorhergehende Urteil rechtskräftig ist.⁸ Eine abschließende Bestandswirkung tritt erst mit der Rechtskraft der vorhergehenden Entscheidung ein.⁹ Urteile der Arbeitsgerichte sind per Gesetz vorläufig vollstreckbar, ohne daß es eines gesonderten Ausspruchs in der Formel bedarf (§§ 62 I, 64 VII ArbGG).¹⁰ Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen sind ihrer Natur nach ohne besondere Anordnung vorläufig vollstreckbar, s. §§ 922, 936. Dasselbe gilt für Urteile, die den Arrest oder die einstweilige Verfügung anordnen s. §§ 926, 936.

Nur Urteile deutscher Gerichte, d.h. staatlicher Gerichte, die im Geltungsbereich der ZPO Recht sprechen, sind Titel iSv. § 704.¹¹ Urteile, die in der früheren DDR erlassen wurden, sind gem. Art. 18 Einigungsvertrag ebenfalls nach Maßgabe der ZPO zu vollstrecken,¹² eine vorherige Anerkennung analog §§ 328, 722 f ist aufgrund dieser positivrechtlichen Regelung ausgeschlossen.¹³ Weitergehende Aufhebungsmöglichkeiten können nur vom Gesetzgeber in Restitutionsregelungen angeordnet werden.¹⁴ Geldbeträge müssen die Vollstreckungsorgane seit dem 1.7.1990 nach Art. 7 § 1 Anlage I Staatsvertrag im Verhältnis 1:1 selbständig umrechnen; für vor dem 1.7.1990 begründete Verbindlichkeiten gilt ein Umrechnungsverhältnis von 2:1 Mark DDR/DM.¹⁵

Urteile ausländischer Gerichte werden nach Vollstreckbarerklärung im Inland vollstreckt. Diese richtet sich inhaltlich nach den Staatsverträgen nebst Ausführungsgesetzen (insbes. EuGVÜ, LugÜbk, AVAG), andernfalls nach autonomen Recht, §§ 328, 722 f. Im Vollstreckbarerklärungsverfahren sind ausländische Tenorierungen an inländische Bestimmtheitsanforderungen anzupassen.^{15a}

II. Anforderungen an den Urteilsinhalt

1. Urteilsformel als Grundlage der Zwangsvollstreckung

Der vollstreckungsfähige Inhalt muß sich aus der Urteilsformel (§ 313 I Nr. 4) ergeben, diese muß auf ein Handeln oder Unterlassen lauten. Vollstreckungsfähig sind nur Leistungsurteile; Feststellungs- und Gestaltungsurteile sind nur im Kosten-

⁸ Zur Rechtskraft des Vorbehaltsurteils s. § 705 Rdn. 1.

⁹ RGZ 107, 330; KG OLG Rspr. 18, 387; MünchKomm/Krüger Rdn. 14; Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 3.

¹⁰ BAGE 57, 120 = BB 88, 843 m. abl. Anm. Fischer 2039 – bezogen auf die Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG.

¹¹ Die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs ergibt sich aus dem Vollstreckungsurteil bzw. -beschluß, §§ 1042 ff, 794 Nr. 4 a.

¹² Nach Anlage I Kap. III A Abschn. III 5 j Einigungsvertrag sind die Urteile der Gesellschaftlichen Gerichte (§ 78 DDR-ZPO) nicht mehr für vollstreckbar zu erklären.

¹³ In Betracht kommt lediglich eine Aufhebung nach §§ 578 ff, 826 BGB, Heß Intertemporales Privatrecht (1998) § 5 IV 1 a, gegen BGH FamRZ 1997, 490; OLG Jena OLG-NL 1997, 136 f; OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 176,

177 f, die bei Statusurteilen eine negative Feststellungsklage zulassen.

¹⁴ Heß Intertemporales Privatrecht, § 6 II 2 d mwN; aA (negative Feststellungsklage) Stein/Jonas/Münzberg Vor § 704 Rdn. 146.

¹⁵ LG Berlin DGVZ 1992, 11; BezG Gera FamRZ 1992, 851; LG Konstanz Rpfleger 1992, 530; Brüggemann FamRZ 1992, 280; Vultejus DGVZ 1991, 72. Wiederkehrende Leistungen sind ab dem 1.7.1990 im Verhältnis 1:1 umzurechnen; MünchKomm/v. Maydell § 244 BGB Rdn. 5 a. Rechtsbehelf bei fehlerhafter Berechnung: § 766. Zum früheren Recht Vorauf. § 704 K.

^{15a} BGH NJW 1986, 1440; Münch RIW 1989, 18 ff; OLG Frankfurt, RIW 1998, 475 – Ergänzung eines französischen Urteils ohne Zinsanspruch nach Maßgabe des gesetzlichen Zinssatzes der lex causae; ausführlich von Falck, Implementierung, S. 143 ff.

ausspruch – und zwar aufgrund der Kostenfestsetzung, § 103 – vollstreckbar.¹⁶ Einzige Ausnahme hiervon ist die Kostenfestsetzung im Vollstreckungsbescheid, § 699 III.¹⁷ Eine weitere Ausnahme sollte für Feststellungsurteile dort zugelassen werden, wo eine negative Feststellungsklage als unbegründet abgewiesen wurde und sich Bestehen und Betrag des Anspruchs als kontradiktorisches Gegenteil eindeutig aus den Urteilsgründen ergeben. Es wäre eine bloße Förmelerei, den Gläubiger in diesem Fall auf eine erneute (Leistungs-)Klage zu verweisen,¹⁸ nur um das Urteil um den „Leistungsbefehl“ zu komplettieren. Ein Verstoß gegen § 308 liegt hierin nicht, weil der obsiegende Gläubiger durch eigene Entscheidung das Urteil zur Vollstreckungsgrundlage macht und sich der Umfang der Vollstreckung eindeutig aus dem Urteil ergibt.¹⁹ Ein Urteil, das auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, hat keinen vollstreckungsfähigen Inhalt.²⁰

2. Bestimmtheit des Vollstreckungstitels

- 7 Der Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung verbietet es, den Inhalt des Urteils aus Umständen zu ermitteln, die nicht in der Urteilsurkunde niedergelegt sind.²¹ Die Vollstreckungsorgane sollen ohne materielle Prüfung aufgrund der im Titel getroffenen Anordnungen ohne Rückgriff auf weitere Unterlagen die erforderlichen Vollstreckungsmaßnahmen vornehmen. Daher ist im Vollstreckungsverfahren eine Beweisaufnahme zur Klärung des Urteilsinhalts (etwa durch Befragung des Richters, der das Urteil erlassen hat) ausgeschlossen.²² Zudem ist die Durchsetzung von Sanktionen mittels staatlichem Vollstreckungszwang nur dann zu rechtfertigen, wenn das dem Schuldner auferlegte Verhaltensgebot eindeutig bestimmt ist. Das Erfordernis der Bestimmtheit (nicht ausreichend: Bestimmbarkeit) des Vollstreckungstitels ist unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) herzuleiten.²³ Der Titel ist hinreichend bestimmt, wenn er aus sich hieraus für jeden Dritten erkennen läßt, zu welchem Verhalten die unterliegende Partei verurteilt wurde.²⁴ Der Bestimmtheitsgrundsatz korrespondiert mit dem Erfordernis des bestimmten Klageantrags, § 253 II Nr. 2. Er bezieht sich bei einer Verurteilung Zug um Zug auch auf die Gegenleistung,²⁵ da der Gerichtsvollzieher als eventuell zuständiges Vollstreckungsorgan diese dem Schuldner anbieten muß, § 756.

3. Die Auslegung von Urteilen

- 8 Die Vollstreckungsorgane müssen den Titel gegebenenfalls auslegen.²⁶ Die Auslegung des Urteils hat zweierlei zu gewährleisten: Zum einen muß der genaue Sinn

¹⁶ AA Wieser ZZZ 102 (1989) 268, der unter Hinweis auf den Wortlaut des § 103 die Vollstreckbarkeit des Bescheides bejaht. Da aber eine Vollstreckung der Kostengrundentscheidung von ihrem Inhalt her nicht möglich ist (sie weist keinen beizutreibenden Geldbetrag auf), kann sich die Vollstreckbarkeit nur aus dem Festsetzungsbeschuß ergeben; dies besagt § 794 I Nr. 2 auch explizit.

¹⁷ Wie hier Rosenberg/Gaul § 10 I 3.

¹⁸ AA die ganz hA, die überwiegend auf das Erfordernis des Leistungsbefehls als Vollstreckungsgrundlage abstellt. BAG JZ 1992, 184 (m. zust. Anm. Münzberg). Gegen den Leistungsbefehl zutr. Rosenberg/Gaul § 1 I 1 aE.

¹⁹ Zur Begrenzung der Eingriffsbefugnisse der Vollstreckungsorgane durch den Titel s.u. Rdn. 8.

²⁰ BGH NJW-RR 1992, 450 (Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung über einen Vorgang, der

nachweislich nicht stattgefunden hatte); Zöller/Stöber Rdn. 2.

²¹ BGH NJW 1986, 1440 (zu § 722); BGHZ 22, 54 = NJW 1957, 23 (zu § 794 I Nr. 5); RGZ 81, 303; OLG Nürnberg Rpfleger 1990, 306 (zu § 794 I Nr. 5); OLG Karlsruhe OLGZ 1974, 341; Schüler DGVZ 1982, 69; Stürner/Münch JZ 1987, 178.

²² MünchKomm/Krüger Rdn. 8.

²³ OLG Nürnberg Rpfleger 1990, 306; OLG Hamm NJW 1974, 652.

²⁴ BGHZ 22, 54 = NJW 1957, 23 (zu § 794 I Nr. 5); OLG Hamm NJW 1974, 652 und FamRZ 1988, 1307.

²⁵ BGHZ 45, 287 = NJW 1966, 1755.

²⁶ BGHZ 122, 16, 17 f; von Falck, Implementierung S. 113 f.

und die exakte Tragweite der Urteilsformel ermittelt werden.²⁷ Zum anderen muß die Auslegung zu einem Ergebnis führen, das eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme nach Maßgabe der gesetzlichen Typisierung §§ 808, 883 ff ermöglicht.²⁸ Die **Auslegung erfolgt aufgrund des Tenors**, die Urteilsgründe können ergänzend herangezogen werden.²⁹ Bei Versäumnis- und Anerkenntnisurteilen ist die Klagebegründung heranzuziehen,³⁰ im Fall eines vereinfachten Urteils nach § 495 a II das Verhandlungsprotokoll; dagegen darf auf außerhalb der Urteilsurkunde liegende Umstände nicht zurückgegriffen werden. Das gilt auch dann, wenn die Urteilsgründe auf derartige Umstände ausdrücklich Bezug nehmen.³¹ Offenkundige Tatsachen müssen hingegen nicht im Titel angegeben werden. Offenkundig sind solche Tatsachen, die sich aus amtlichen Verlautbarungen ergeben und auf die die Vollstreckungsorgane ohne größere Umstände zugreifen können.³²

Bei der Auslegung gelten die allgemeinen Auslegungsgrundsätze. Doch gilt auch **9** in der Vollstreckung der **Gedanke des § 308**:³³ Grenze der Auslegung muß der Wortlaut des Tenors sein. Es darf nicht ein Ergebnis erzielt werden, das von der Verurteilung inhaltlich nicht mehr getragen wird. Denn nur im Rahmen der Verurteilung sind die Vollstreckungsorgane zur Anwendung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber dem Schuldner befugt.³⁴ Einwendungen gegen die Auslegung des Urteils durch die Vollstreckungsorgane sind nach §§ 766, 793³⁵ oder im Klauselerteilungsverfahren nach § 732 geltend zu machen.³⁶ Angesichts der Bindungswirkung des Tenors können die Parteien nicht durch Anerkenntnis (§ 138 III) oder Geständnis (§ 288) die Vollstreckungsorgane im Hinblick auf die Auslegung des Titels binden³⁷ – das wäre im Ergebnis eine unzulässige, erweiternde Parteivereinbarung über die Zwangsvollstreckung (Vor § 704 Rdn. 25).

Läßt sich die Unbestimmtheit nicht aus dem Titel klären, ist die **Auslegung im 10 Erkenntnisverfahren** vorzunehmen.³⁸ Wenn eine Ergänzung nach § 319 ausscheidet, ist im Wege der Leistungsklage vorzugehen. Da sich nach hM die Vollstreckungsfähigkeit speziell aus der Anordnung des Leistungstenors ergibt,³⁹ ist die Feststellungsklage nicht die geeignete Rechtsschutzform, um die fehlende Vollstreckbarkeit des Titels herzustellen.⁴⁰ Eine Feststellungsklage ist dort zuzulassen, wo die Voll-

²⁷ BGH NJW 1967, 821, 822; RGZ 147, 27, 29.

²⁸ BGH NJW 1986, 1440 (zu § 722).

²⁹ BGHZ 122, 16, 18; OLG Köln NJW 1985, 274; Stein/Jonas/Münzberg Vor § 704 Rdn. 27; aA Thomas/Putzo Vor § 704 Rdn. 22 (nur der Tenor maßgebend).

³⁰ BGH NJW 1972, 2268; enger OLG Köln Rpfleger 1992, 527, 528 (nur die Urteilsformel).

³¹ OLG Karlsruhe OLGZ 1984, 341 (Bezugnahme auf Bafög-Bescheid); OLG Saarbrücken OLGZ 1967, 34; OLG Hamburg MDR 1959, 767; Zöller/Stöber Rdn. 5.

³² BGHZ 22, 54, 63; BGH Rpfleger 1995, 366; Baur/Stürner Rdn. 16.16; Schüler DGVZ 1982, 71; Wagner FamRZ 1996, 705, 708.

³³ So wie der Klageantrag wegen § 308 die Kognitionsbefugnis des Gerichts begrenzt, begrenzt der Urteilsausspruch die Vollstreckungsgewalt der Vollstreckungsorgane.

³⁴ Ähnl. Stürner/Münch JZ 1987, 182; zur Ausnahme bei der Abweisung einer negativen Feststellungsklage s.o. Rdn. 6.

³⁵ Zöller/Stöber § 766 Rdn. 20.

³⁶ OLG Karlsruhe OLGZ 1991, 227; OLG Düsseldorf DNotZ 1988, 243, 246.

³⁷ Eine Anwendung dieser Vorschriften käme zudem nur in Betracht, wenn über die Vollstreckungsvoraussetzungen im kontradiktorischen Verfahren zu entscheiden ist. Büttner FamRZ 1992, 629, 631; Münzberg NJW 1992, 201, 206 (zum Klauselerteilungsverfahren).

³⁸ BGH NJW 1962, 109, 110; OLG Hamm OLGZ 1974, 59, 64; LG Mainz Rpfleger 1993, 253.

³⁹ Oben Rdn. 8 mwN.

⁴⁰ Busch ZZP 53 (1928) 86 f; aA die ganz hA, BGHZ 36, 14; BGH NJW 1972, 2268; RGZ 147, 29; RGZ 82, 162; Bruns/Peters § 5 III 2; Blomeyer II § 9 II 2 b; Rosenberg/Gaul § 10 III 2; MünchKomm/Krüger Rdn. 8 läßt dem Gläubiger die Wahl zwischen Leistungs- und Feststellungsklage.

streckungsfähigkeit dem Grunde nach feststeht, deren Reichweite aber im Vollstreckungsverfahren nicht ermittelt werden kann.⁴¹ Gegebenenfalls ist die materielle Rechtskraft des (im Tenor) unbestimmten Urteils präjudiziell zu berücksichtigen.⁴² Bei einer konkretisierenden Leistungsklage ist im neuen Urteil zugleich gem. § 767 analog die Unzulässigkeit der Vollstreckung aus dem ersten Titel festzustellen, um eine doppelte Vollstreckung auszuschließen.⁴³

4. Einzelfragen

- 11** a) Bei **Zahlungsurteilen** muß der Betrag im Tenor erscheinen oder sich ohne weiteres errechnen lassen;⁴⁴ das gilt auch für Nebenleistungen⁴⁵ und bei der Gegenleistung im Fall der Verurteilung Zug um Zug (§§ 322, 274 BGB).⁴⁶ Bei Zinsen genügt jedoch die Bezugnahme auf den jeweiligen Diskontsatz der Bundesbank, bzw. auf den Basiszinssatz gem. § 1 I Diskontsatzüberleitungsgesetz.⁴⁷ Da dieser im Bundesanzeiger veröffentlicht wird,⁴⁸ ist er als offenkundige Tatsache nicht gesondert in den Titel aufzunehmen.⁴⁹ Dasselbe gilt für eine Gleitklausel, die auf den jeweiligen Lebenshaltungskostenindex des Statistischen Bundesamts verweist.⁵⁰ Zulässig ist auch die Verurteilung zur Zahlung eines Betrags in der Höhe eines spezifizierten „Beamtengehalts“, da sich dieses aus den gesetzlichen Besoldungsregelungen eindeutig ergibt.⁵¹ Das Kindesunterhaltsgesetz hat dynamisierte Unterhaltstitel eingeführt (§§ 1612 a I BGB, 649, 794 Nr. 2 a), die eine Verurteilung zur Unterhaltszahlung unter Bezugnahme auf einen jährlich im BGBl. veröffentlichten Unterhaltsatz aussprechen.⁵² Der Unterhaltstenor lautet dahin, daß Unterhalt in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes des jeweils geltenden Regelsatzes der betreffenden Altersstufe zu zahlen ist (§ 649 I 2),⁵³ die Berechnung erfolgt durch die Vollstreckungsorgane und – höchst bedenklich – die Arbeitgeber als Drittschuldner.^{53a}

⁴¹ BGH NJW 1997, 2320 (Umfang der von der Sicherheit erfaßten Ansprüche bei einer vollstreckbaren Grundschuld); BGH MDR 1958, 215, 216 (umfaßt Verbotstitel über „Surex“ auch „Sarex“ mit offenem „a“?); BGH NJW 1962, 109 (Bedeutet eine Verurteilung in „DM“ DM-West oder DM-Ost?). Eine Feststellungsklage ist auch bei unbestimmter Gegenleistung zuzulassen, BGH BauR 1976, 431 (Zahlung Zug um Zug gegen Nachbesserung, deren Umfang erst in der ZV streitig wurde). Problematisch hingegen BGH NJW 1972, 2268 (Falschbezeichnung des herauszugebenden Sparbuchs aufgrund unzutreffenden Antrags des Klägers).

⁴² BGH NJW 1972, 2268.

⁴³ Stein/Jonas/Münzberg Vor § 704 Rdn. 31.

⁴⁴ BGHZ 88, 62, 65 = NJW 1983, 2262 (zu § 794 I Nr. 5).

⁴⁵ BGH DNotZ 1980, 307, 310 (zu § 794 I Nr. 5); OLG Frankfurt/M Rpfleger 1992, 206.

⁴⁶ BGHZ 45, 287 = NJW 1966, 1755.

⁴⁷ Art. 1 Gesetz zur Einführung des Euro, EuroEG, v. 9.6.1998, BGBl. I S. 1242, dazu BT-Drucks. 13/9347 und 13/10334. Der Basiszinssatz soll in der Übergangszeit v. 1.1.1999–31.12.2001 die Referenz auf den Diskontsatz der Bundesbank ersetzen.

⁴⁸ §§ 15, 33 BundesbankG vom 26.07.1957, BGBl. I 795.

⁴⁹ BGHZ 22, 61; Schüler DGVZ 1982, 69.

⁵⁰ Relevant vor allem bei Titeln nach § 794 I Nr. 5. OLG Düsseldorf NJW 1971, 436; OLG Braunschweig FamRZ 1979, 928, 929; Schüler DGVZ 1982, 71; Brox/Walker Rdn. 42. Einschr. OLG Karlsruhe OLGZ 1991, 227 in bezug auf eine Verweisung auf den Lebenshaltungskostenindex in einem einzelnen Bundesland.

⁵¹ Anders der Fall BGHZ 22, 54, 57 f („Hälfte der Höchstpension eines bayerischen Notars“, da diese nicht amtlich verlautbart wird); aA OLG Nürnberg NJW 1957, 1286 („A 9 der 8. Dienstaltersstufe“); OLG Köln FamRZ 1986, 1018, 1019; Schüler DGVZ 1982, 65, 70. Wie hier Rosenberg/Gaul § 10 III 1b.

⁵² KindUG v. 6.4.1998, BGBl. I 666, dazu Schumacher/Grün FamRZ 1998, 778, 781 ff.; Klüsener Rpfleger 1998, 221 ff.

⁵³ AA Thomas/Putzo § 649 Rdn. 5 – betragsmäßiger Zahlungsausspruch, dieser gilt jedoch nur für die Beträge nach § 1612 b und c BGB. Tenorierungsbeispiel: Klüsener Rpfleger 1998, 221, 227.

^{53a} Schumacher/Grün FamRZ 1998, 778, 781.

Dagegen ist die Verurteilung zur Zahlung eines Betrags „abzüglich des bereits erhaltenen Arbeitslosengeldes“⁵⁴ oder des „hälftigen Kindergeldes“⁵⁵ unzulässig, wenn sich der erhaltene Betrag nicht aus den Urteilsgründen ziffernmäßig bestimmen läßt. Dasselbe gilt für eine Bezugnahme auf die Unterhaltsrichtlinien der „Düsseldorfertabelle“ u.ä.⁵⁶ Hier liegt keine amtliche Verlautbarung vor, die allein Offenkundigkeit im Rechtssinn begründet.⁵⁷

b) Hinreichende Bestimmtheit liegt bei Urteilen vor, die auf Zahlung des Bruttolohns lauten.⁵⁸ Denn nach § 38 II EStG ist der Arbeitnehmer Schuldner des Steueranspruchs, die Abführung der Lohnsteuer im Wege des Abzugsverfahrens nach §§ 38 III, 41 a EStG führt lediglich zu einer verfahrenstechnischen Erleichterung. Die Abführung von Sozialabgaben wird hingegen nur vom Arbeitgeber geschuldet, § 28 e SGB IV. Dies steht einer Verurteilung zur Zahlung der Bruttosumme jedoch nicht entgegen, da der Bruttolohn als Arbeitsentgelt geschuldet wird.⁵⁹ Der Arbeitnehmer ist nach der Beitreibung der Bruttosumme seinerseits zur Abführung an die Finanzbehörden (§ 38 IV EStG) und an die Sozialversicherungsträger verpflichtet.⁶⁰ Hat der Arbeitgeber bereits diese Beträge abgeführt, kann er dies nach § 775 Nr. 4, 5 unter Vorlage des Lohnkontos des vollstreckenden Arbeitnehmers⁶¹ oder unter Vorlage der Quittung geltend machen, andernfalls muß er nach § 767 vor dem Prozeßgericht klagen.⁶² Die Vollstreckungsorgane benachrichtigen im Fall der Beitreibung von Bruttobetragen die jeweils betroffenen Finanzämter und Sozialversicherungsträger, § 86 GVO.⁶³ Zulässig ist auch die Verurteilung zur Zahlung eines Bruttobetragtes „abzüglich eines bereits bezahlten Nettobetragtes“, wenn dieser sich eindeutig aus den Urteilsgründen ergibt; der zu vollstreckende Anspruch errechnet sich aus der Differenz.⁶⁴ Unbestimmt ist dagegen eine Verurteilung zur Zinszahlung „aus dem Nettoeinkommen“, wenn das Gericht in der Hauptsache zur Zahlung des Brut-

⁵⁴ BAG NJW 1979, 2634.

⁵⁵ OLG Frankfurt/M FamRZ 1981, 70; dies gilt auch für die nach § 1612 b und c BGB abzuziehenden Beträge. Sie sind spezifiziert zu bezeichnen, § 647 I Nr. 1 c).

⁵⁶ OLG München FamRZ 1979, 1057.

⁵⁷ OLG Frankfurt/M Rpfleger 1992, 246 (Verurteilung zur Zinszahlung nach Maßgabe des Dreimonats-Libor-Zinssatzes ist unzulässig, da es sich hierbei um einen Londoner Marktzins handelt).

⁵⁸ BAGE 15, 227 = NJW 1964, 1338; NJW 1985, 464; BGH DB 1966, 1198; LG Berlin DGVZ 1993, 27; LG Freiburg Rpfleger 1982, 347; LG Giessen NJW 1961, 410. Ausf. Schäfer Die Dreiecksbeziehungen zwischen Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Finanzamt beim Lohnsteuerabzug (1990) 152 ff. Außerdem: Berner Rpfleger 1964, 258; von Bockelmann DGVZ 1970, 6; Müller DB 1978, 935; Mümmeler JurBüro 1992, 380; Sibben DGVZ 1989, 178, 181 ff.

⁵⁹ AllGA, freilich wird auf die unterschiedliche Rechtslage bzgl. der Steuer- und der Sozialforderungen nicht eingegangen.

⁶⁰ LAG Berlin EWiR 1/1991 zu § 28 g SGB IV – Der Arbeitgeber hat gegen den Arbeitnehmer einen Rückforderungsanspruch aus §§ 683, 670; 826, 249 S. 1 BGB, wenn er nach Zahlung des Bruttobetragtes seinerseits an die Sozialversiche-

rungsträger leisten muß, weil der Arbeitnehmer nicht die beigetriebenen Sozialversicherungsbeiträge abgeführt hat.

⁶¹ Vgl. §§ 7 LStDV, § 41 I S. 6 EStG, es handelt sich hierbei um eine öffentliche Urkunde iSv. § 415, die der Arbeitgeber als Beliehener der öffentlichen Finanzverwaltung ausstellt, Schäfer Dreiecksbeziehung (1990) 158 f.

⁶² Sibben DGVZ 1989, 181 f. Anders OLG Frankfurt/M OLGZ 1991, 227, das eine Auslegung des Bruttolohnurteils auch im Hinblick auf die Höhe der zu leistenden Versicherungsbeiträge im Wege der Feststellungsklage klären lassen will. In diesem Fall muß aber der Gläubiger von Anfang an auf die Nettosumme (beziffert) klagen. Dagegen kann der Schuldner im Rahmen des § 767 II die spätere Zahlung der Beiträge geltend machen; abgeführte Zahlungen vor der Rechtskraft des Ersturteils sind bereits im Erstprozeß geltend zu machen und stehen dann einer „Brutto“-Verurteilung entgegen.

⁶³ Ab einem beigetriebenen Betrag von 80.– DM. Einzelheiten ergeben sich aus den Anlagen Nr. 3 a und 3 b zur GVO. Entsprechendes gilt für die Maßnahmen des Vollstreckungsgerichts nach §§ 828 ff.

⁶⁴ OLG Frankfurt OLGZ 1990, 327; LG Lüneburg DGVZ 1978, 115.

togehalts verurteilt und die Höhe des Nettogehalts in den Urteilsgründen nicht feststellt.⁶⁵

- 14** c) Die **Einführung des Euro** als europäische Währung zum 1.1.1999 (Art. 109 j IV EGV) hat keine unmittelbare Auswirkung auf die Zwangsvollstreckung:⁶⁶ In der Übergangszeit⁶⁷ können Titel, die in DM denominated sind, weiterhin in DM vollstreckt werden.⁶⁸ Ab diesem Zeitpunkt kann auch auf Euro geklagt werden (Art. 8 I 2 Euro-VO); dem Schuldner steht es frei, die in Euro denominierte Forderung in DM zu befriedigen (Art. 8 III Euro-VO). Die Umrechnung erfolgt durch die Vollstreckungsorgane anhand der nach Art. 209 e IV S. 1 EGV, Art. 3 Euro-VO definitiv festgelegten Umrechnungskursen. Ab dem 1.1.2002 können in DM nominierte Urteile nur noch in Euro befriedigt werden. Eine Umschreibung der Altitel erfolgt nicht (Art. 14 Euro-VO). Die Umrechnung der Altitel erfolgt durch die Vollstreckungsorgane anhand der festgelegten Umrechnungskurse (Art. 209 e IV 1 EGV), ohne daß ein entsprechender Antrag des Gläubigers erforderlich ist.
- 15** d) Hinreichend bestimmt ist ein Urteil, das auf **Zahlung in fremder Währung** lautet.⁶⁹ Es ist nicht erforderlich, daß im Tenor angegeben wird, ob eine echte oder unechte Valutaschuld vorliegt. Im Zweifel liegt eine unechte Valutaschuld vor. Valutaschulden werden einheitlich nach §§ 803 ff begetrieben.⁷⁰ Bei echten Valutaschulden ist dies freilich bedenklich, da ausschließlich Zahlung in ausländischer Währung geschuldet wird.⁷¹ Dennoch läßt die Praxis aus Praktikabilitätsgründen die Vollstreckung in DM zu.⁷² Die Umrechnung ist von den Vollstreckungsorganen vorzunehmen, es gilt der Umtauschkurs zum Kurswert am Zahlungsort zur Zeit der tatsächlichen Zahlung, vgl. § 130 Nr. 4 GVGA.⁷³ Ab dem 1.1.1999 müssen Urteile, die in einer teilnehmenden Währung des Euro denominated sind, nach den festen Umrechnungskursen des Art. 109 e IV S. 1 EGV umgerechnet werden. Die Umrechnungsmodalitäten, einschließlich eventueller Rundungen, ergeben sich aus Art. 4 der VO Nr. 1103/97.⁷⁴ Sofern eine echte Geldsortenschuld vorliegt, muß sich dies aus

⁶⁵ Ide DB 1968, 803, 805 – notfalls ist der Zinsbetrag nach § 287 zu schätzen.

⁶⁶ Dazu Heß Die Auswirkungen der Einführung des Euro auf das Privat- und Prozeßrecht, in: La Coopération Franco-Allemande à l'Aube du XXI^e Siècle (Aix en Prov. 1998), S. 237, 249 ff.

⁶⁷ Vom 1.1.1999 bis 31.12.2001, vgl. zum zeitlichen Ablauf Sandrock BB 1997, Beilage 9, 2 ff.

⁶⁸ Allerdings handelt es sich bei der DM-Verbindlichkeit lediglich um eine Euro-Verbindlichkeit, die in DM als teilnehmender Währungseinheit ausgedrückt ist, Art. 109 g EGV, Art. 3 des Vorschlags der Kommission für eine Verordnung des Rates über einige Bestimmungen der Einführung des Euro v. 16.10.1996, ABl. EG-C 1997 Nr. 236, S. 8 – im folgenden zitiert als Euro-VO –, dazu Schefold WM, Sonderbeilage Nr. 4/1996, 2 ff.

⁶⁹ Bachmann Fremdwährungsschulden, 25 ff. Zur (zulässigen) Verurteilung in ECU vor dem 1.1.1999, Siebelt/Häde NJW 1992, 10, 15; Bachmann Fremdwährungsschulden, 7 ff, 28 Fn. 12; nach dem 1.1.1999 entspricht 1 ECU ex lege 1 Euro, so daß eine Umrechnung durch die Vollstreckungsorgane nicht erforderlich ist, Art. 2 I 1 VO 1103/97 vom 17.6.1997, ABl. EG vom 19.6.1998, Nr. L 162/1.

⁷⁰ RGZ 106, 74, 77 f; BGH NJW 1962, 109; OLG Düsseldorf NJW 1988, 2185; Staudinger/K. Schmidt § 244 BGB Rdn. 113; Bachmann Fremdwährungsschulden, 61 ff (mit ausf. Begründung).

⁷¹ Staudinger/K. Schmidt § 244 BGB Rdn. 114.

⁷² RGZ 106, 77; OLG Düsseldorf NJW 1988, 2185; Staudinger/K. Schmidt § 244 BGB Rdn. 114.

⁷³ OLG Düsseldorf NJW 1988, 2185; Stein/Jonas/Münzberg Vor § 704 Rdn. 162; aA K. Schmidt ZJP 98 (1985) 47 f; Kurswert zur Zeit der Gläubigerbefriedigung. Rechtsbehelf bei fehlerhafter Berechnung: § 766.

⁷⁴ Vom 17.6.1997, ABl. EG, Nr. L 162/1. Da angesichts der festen Umrechnungskurse ein später Umrechnungszeitpunkt zum Schutz des Vollstreckungsgläubigers nicht erforderlich ist, sollte die Umrechnung eines ausländischen Titels, der in ausländischen Untereinheiten des Euro denominated ist, bereits im Klauselerteilungsverfahren (Art. 31 EuGVÜ, § 8 AVAG) erfolgen. Dies entlastet die Vollstreckungsorgane von Tätigkeiten, die nach der Systematik des Zwangsvollstreckungsrechts eigentlich in das Klauselerteilungsverfahren gehören.

dem Tenor eindeutig ergeben, d.h. dieser muß auf Leistung oder Herausgabe bestimmter Banknoten oder Münzen lauten.⁷⁵

e) Bei **anderen Handlungsurteilen** muß der Tenor auf eine konkrete Leistungs- oder Herausgabepflicht lauten. Der Urteilsinhalt ist so abzufassen, daß konkrete Vollstreckungshandlungen nach Maßgabe der gesetzlichen Typisierung §§ 883 ff vorgenommen werden können.⁷⁶ Zudem muß sich der Umfang der Vollstreckung eindeutig aus dem Titel ermitteln lassen. Beispielsweise genügt eine Verurteilung zur Herausgabe „der Bilder des Gläubigers“ dem Bestimmtheitsgebot nicht, weil sich nicht identifizieren läßt, welche Bilder dem Gerichtsvollzieher herauszugeben sind.⁷⁷ Dasselbe gilt für eine pauschale Verurteilung zur „Entfernung eines Überbaus“⁷⁸ oder zur „Beseitigung der Baumängel“.⁷⁹ Zweifelsfragen treten insbes. bei der **Herausgabevollstreckung in bezug auf Computersoftware** auf:⁸⁰ Ist eine bestimmte Software herauszugeben, muß diese im Tenor eindeutig bezeichnet sein.⁸¹ Im übrigen ist eine Verurteilung zur Herausgabe einer Software dahin auszulegen, daß die auf einem Datenträger (Festplatte) gespeicherten Dateien auf eine Diskette/Magnetband zu überspielen und die Datei auf der Festplatte zu löschen ist (Vollstreckung nach § 887). Hinreichend bestimmt ist ein Urteil, das auf „**Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses**“ lautet. Denn anhand der Definition des § 630 S. 2 BGB ist es dem Gerichtsvollzieher ohne weiteres möglich festzustellen, ob das bei der Erzwingung der Vollstreckung (§ 888) vorgelegte Zeugnis den gesetzlichen Anforderungen genügt.⁸² Bei einer Verurteilung zur **Auskunft** muß der Tenor die Hauptsache und den Zeitraum für die Auskunft genau bezeichnen.⁸³ Sofern die Verurteilung auf die Vorlage von Belegen lautet, sind diese genau zu beschreiben: Die „Vorlage entsprechender bzw. vorhandener Belege“ ist als Umschreibung nicht ausreichend.⁸⁴

f) Besondere Schwierigkeiten bereitet der Bestimmtheitsgrundsatz bei **Unterlassungsansprüchen**. Die verbotene Handlung muß jedem Dritten eindeutig erkennbar sein. Bei **Wettbewerbsachen**⁸⁵ müssen die wettbewerbswidrigen Handlungen spezifiziert im Tenor erscheinen. Allerdings ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, daß sich eine letzte Bestimmtheit nicht erreichen läßt, weil sich nicht alle Handlungsvariationen voraussehen lassen. Daher sind gewisse Verallgemeinerungen im Urteilstenor zulässig, sofern das Charakteristische der Verletzungshandlung zum Ausdruck kommt⁸⁶ und der erstrebte Erfolg eindeutig erkennbar bleibt.⁸⁷ Zulässig ist eine Verurteilung durch einen weitgefaßten Obersatz, der durch erläuternde Zusätze („insbesondere“) konkretisiert wird;⁸⁸ unzureichend dagegen ein Verbot der

⁷⁵ Es handelt sich um eine echte Sachschuld, die Vollstreckung erfolgt nach §§ 847, 883 ff; MünchKommLw. *Maydell* § 244 BGB Rdn. 10.

⁷⁶ OLG Hamm MDR 1983, 849 (Verurteilung zur Auflösung einer BGB-Gesellschaft genügt nicht, da keine konkrete Vollstreckungshandlung ersichtlich ist).

⁷⁷ *Brox/Walker* Rdn. 42.

⁷⁸ OLG Köln NJW 1985, 274.

⁷⁹ OLG Hamm NJW 1974, 652; OLG München NJW-RR 1988, 22.

⁸⁰ *Redeker* in: Bartsch (Hrsg.) *Softwareüberlassung und Zivilprozeß* (1991) 116.

⁸¹ OLG Nürnberg NJW 1989, 987; AG Offenbach NJW-RR 1989, 445.

⁸² *Geißler* DGVZ 1988, 17, 21 f; aA AG Stuttgart DGVZ 1986, 121.

⁸³ Ausf. *Büttner* FamRZ 1992, 629, 630 f.

⁸⁴ BGH FamRZ 1989, 731, 732; OLG Köln MDR 1993, 83.

⁸⁵ Ausf. *Teplitzky* Anmerkungen zur Formulierung von Unterlassungsansprüchen, FS Oppenhoff (1985) 487 ff.

⁸⁶ BGH MDR 1963, 27; KG WRP 1990, 518, 520.

⁸⁷ OLG Stuttgart NJW-RR 1990, 1082.

⁸⁸ KG GRUR 1988, 78; OLG Koblenz GRUR 1978, 555. Vgl. auch BGH NJW 1991, 196 – Flacon – das Verbot einer „markenmäßigen Verwendung“ ist hinreichend bestimmt.

Erbringung einer Leistung „ohne marktgerechten Gegenwert“⁸⁹ oder das Verbot „ähnlicher Behauptungen“.⁹⁰

Besonderheiten gelten allerdings bei **immissionsschutzrechtlichen Unterlassungsklagen**. Hier sind Klageanträge mit dem Gebot, allgem. Störungen bestimmter Art, beispielsweise „Geräusche und Gerüche“ zu unterlassen, zulässig.⁹¹ Es muß dann im Vollstreckungsverfahren nach § 890 anhand der Gründe des Unterlassungstitels entschieden werden, ob eine wesentliche Beeinträchtigung vorliegt.⁹² Bei Lärmimmissionen muß aber im Unterlassungsurteil auf eine bestimmte Maßeinheit, zB db (A), verwiesen werden.⁹³ Diese Grundsätze sind streng auf das Immissionsschutzrecht beschränkt,⁹⁴ die Rechtsprechung ist angesichts der Vermengung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren bedenklich.⁹⁵

Zur Unbestimmtheit der Parteien § 727 Rdn. 2.

III. Urteile in Ehe- und Kindschaftssachen (Abs. 2)

- 18** Das Verbot des Abs. 2 bezweckt, im sensiblen Bereich des Ehe- und Familienrechts die Schaffung irreparabler Zustände durch voreilige Vollstreckungshandlungen zu vermeiden, und will die Möglichkeiten für einvernehmliche Regelungen erhalten.⁹⁶ Da es sich bei den Urteilen in Ehe- (§ 606) und Kindschaftssachen⁹⁷ (§ 640 II) um Gestaltungs- bzw. Feststellungsurteile handelt,⁹⁸ ist in **Abs. 2** nur die sog. **Vollstreckbarkeit iW** gemeint. Dem Wortlaut nach betrifft das Verbot das Urteil in seiner Gesamtheit, auch hinsichtlich des Kostenauspruchs⁹⁹ und auch im Fall der Klageabweisung als unzulässig.¹⁰⁰ Im Scheidungsverbund wird die Regelung durch § 629 d ergänzt, wonach die Folgesachen vor der Rechtskraft des Scheidungsausspruchs nicht wirksam werden. Doch sind Folgesachen für die Zeit ab Rechtskraft des Scheidungsurteils für vorläufig vollstreckbar zu erklären.¹⁰¹ Vorläufige Regelungen trifft das Familiengericht durch einstweilige Anordnungen nach §§ 620 ff.
- 19** Abs. 2 S. 2 a. F. wurde zum 1.7.1998 durch das Kindesunterhaltsgesetz aufgehoben und durch eine entsprechende Regelung an systematisch richtiger Stelle (§ 653 II) ersetzt.¹⁰²

⁸⁹ BGH WM 1979, 1190.

⁹⁰ BGH NJW 1991, 1114 – unbestimmter Unterlassungsantrag (zu § 253 II Nr. 2).

⁹¹ BGHZ 121, 251.

⁹² BGH aaO.

⁹³ MünchKomm/Krüger Rdn. 12.

⁹⁴ Schuschke/Walker Vor §§ 704–707 Rdn. 8.

⁹⁵ Dies gilt insbes. im Hinblick auf das Verschuldenserfordernis bei § 890.

⁹⁶ Schuschke/Walker Rdn. 5.

⁹⁷ Die frühere Streitfrage, ob § 704 II auch auf ein Urteil auf Herausgabe des Kindes durch einen Dritten (§ 1632 BGB) entsprechend anwendbar ist (dazu OLG Zweibrücken OLGZ 1975, 451), ist aufgrund der Neuregelung des Sorgerechts seit dem 1.1.1980 obsolet. Die Kindesherausgabe wird nunmehr einheitlich nach § 33 FGG vollstreckt, Geißler DGVZ 1997, 148 ff; Schüler

DGVZ 1980, 97; MünchKommBGB/Hinz § 1632 Rdn. 32; MünchKomm/Krüger Rdn. 19; Schuschke/Walker Rdn. 5; aA Zöller/Stöber Rdn. 12.

⁹⁸ Bei den Leistungsklagen auf Eingehung der Ehe (materiellrechtlich ausgeschlossen nach § 1297 BGB) und auf Herstellung des ehelichen Lebens (§ 1353 BGB) ist die Vollstreckbarkeit iW durch § 888 II ausgeschlossen. § 704 II ist ein Relikt aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB, als derartige Klagen nach Landesrecht möglich waren, MünchKomm/Krüger Rdn. 17.

⁹⁹ OLG Köln JR 1964, 64.

¹⁰⁰ OLG Bremen ZZP 69 (1956) 215.

¹⁰¹ OLG Bamberg FamRZ 1990, 184; Geißler FamRZ 1986, 958; Stein/Jonas/Schlosser § 629 d Rdn. 2.

¹⁰² Art. 3 KindUG vom 6.4.1998, BGBl. I 666.

§ 705

Die Rechtskraft der Urteile tritt vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen Einspruchs bestimmten Frist nicht ein. Der Eintritt der Rechtskraft wird durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels oder des Einspruchs gehemmt.

Schrifttum

Gelhaar Die Vollstreckung aus einem Betragsurteil vor Rechtskraft des Grundurteils, *VersR* 1964, 206; *Gerhardt* Zur formellen Rechtskraft von Scheidungsurteilen, *FS Beitzke* (1979) 191; *Münzberg* Rechtskräfteintritt bei oberlandesgerichtlichen Urteilen, *NJW* 1978, 2058; *Petermann* Erteilung des Rechtskraftzeugnisses bei Rechtsmittelverzicht, *Rpfleger* 1962, 268; *Prittling* Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, *NJW* 1980, 361; *Rimmelspacher* Die Wirkungen des Rechtsmittelverzichts im Zivilprozeß, *JuS* 1988, 953; *Schiedermair* Die Wirkung der Anfechtung von Zwischenurteilen nach §§ 275, 304 ZPO auf das Endurteil, *JuS* 1961, 212; *H. Schmidt* Innenbindungswirkung, formelle und materielle Rechtskraft, *Rpfleger* 1974, 177; *E. Schneider* Eintritt der Rechtskraft oberlandesgerichtlicher Urteile, *DRiZ* 1977, 114; *Schweizer* Der Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsausspruchs bei Teilanfechtung im Verbundverfahren, 1991; *Tiedemann* Rechtskraft von Vorbehaltsurteilen, *ZZP* 93 (1980) 23; *Werner* Rechtskraft und Innenbindung zivilprozessualer Beschlüsse im Erkenntnis- und summarischen Verfahren, 1983.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Wesen der formellen Rechtskraft	1	3. Versäumnisurteile	11
II. Wirkungen der formellen Rechtskraft	4	4. Beschlüsse	12
III. Zeitpunkt des Eintritts	8	5. Rechtsbehelfsverzicht	13
1. Grundsatz	8	IV. Teilanfechtung und Teilrechtskraft	14
2. Kontradiktorische Urteile	9	V. Beseitigung der formellen Rechtskraft	17

I. Wesen der formellen Rechtskraft

Der Begriff wird in § 705 nicht definiert, die Vorschrift betrifft nur den Zeitpunkt, zu dem die formelle Rechtskraft eintritt. Nach hM bezeichnet die formelle Rechtskraft die Unanfechtbarkeit des Urteils,¹ d.h. den Moment, zu dem es nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten und damit vom nächsthöheren Gericht² überprüft und evtl. aufgehoben werden kann. Aus § 19 II EGZPO ergibt sich, daß unter Rechtsmittel im Sinne von § 705 nur fristgebundene Rechtsbehelfe fallen, also Berufung (§§ 511, 516), Revision (§§ 545, 552) und die sofortige Beschwerde (§ 577). Gleichgestellt ist der Einspruch nach Versäumnisurteil und Vollstreckungsbescheid, §§ 338, 700. Dagegen hindern die außerordentlichen Rechtsbehelfe der Wiedereinsetzung, §§ 233 ff, der Wiederaufnahmeklage, § 578, und der Restitutionsklage, § 580, sowie die Verfassungsbeschwerde (§ 90 BVerfGG)³ nicht den Eintritt der Rechtskraft. Dasselbe gilt für das Nachverfahren, §§ 302, 600 II, 605 a. Das Vorbehaltsurteil wird unabhängig hiervon formell rechtskräftig, es ist

¹ BGHZ 69, 270, 273; BGH BB 1977, 1571; *Rosenberg/Gaul* § 11 II mwN; abw. *H. Schmidt* *Rpfleger* 1974, 174 und *Tiedemann* *ZZP* 93 (1980) 31, die auf die Prozeßbeendigung bzw. die „Bestandssicherheit des Urteils“ abstellen.

² Im Fall des § 338 verbleibt es bei einer Nachprüfung durch den iudex a quo.

³ BVerfG *NJW* 1996, 1736.

freilich auflösend bedingt durch die anderweitige Entscheidung des Nachverfahrens.⁴ Zwischenurteile, die selbständig anfechtbar sind, §§ 280, 304, sind rechtskraftfähig. Die Rechtskraft eines vor Abschluß des Zwischenverfahrens ergangenen Endurteils ist auflösend bedingt (§ 158 II BGB) für den Fall der Aufhebung des angefochtenen Zwischenurteils.⁵ Zwischenurteile nach § 303, die nur zusammen mit der endgültigen Entscheidung angefochten werden können, sind nicht rechtskraftfähig.⁶

- 2** Die formelle Rechtskraft bezweckt den Schutz der obsiegenden Partei vor einer endlosen Verfahrensfortsetzung und dient so der Rechtsbefriedigung. Diese Funktion erfüllt sie im Zusammenwirken mit der innerprozessualen Bindung, §§ 318, 577 III, und der materiellen Rechtskraft, § 322. Dabei schützt die formelle Rechtskraft den Bestand des Urteils vor rechtsförmigen Angriffen der Parteien, die Innenbindung es vor jeglicher Abänderung durch das Gericht. Die materielle Rechtskraft schützt dagegen die Feststellungen des Urteilstenors in anderen Verfahren mit demselben Streitgegenstand. Mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft ist der Prozeß beendet und der Bestand der ergangenen Entscheidung garantiert.⁷
- 3** § 705 steht in engem systematischen Zusammenhang zu § 706: Nach dieser Vorschrift erfolgt die Feststellung des Rechtskrafteintritts regelmäßig durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle auf der Grundlage der ihm vorliegenden Prozeßakten. Wegen dieser Verfahrensausgestaltung verlangt das Gesetz eine einfache handhabbare Prüfung, die an das Vorliegen oder Fehlen förmlicher Prozeßhandlungen (nämlich das Vorhandensein bzw. Fehlen von Rechtsbehelfen) anknüpft. Die rechtlichen Anforderungen des Rechtskrafteintritts sind so ausgestaltet, daß seine Feststellung ohne größere tatsächliche und rechtliche Prüfungsvorgänge erfolgt.⁸ Be ruft sich eine Partei auf den Rechtskrafteintritt aufgrund besonderer Umstände (insbesondere wegen eines Rechtsmittelverzichts s. Rdn. 13), so sind diese eindeutig nachzuweisen, § 706 Rdn. 2 ff.
- 4** Über den Wortlaut des § 705 hinaus sind auch Beschlüsse der formellen Rechtskraft fähig: Nach allgemeiner Ansicht⁹ zumindest dann, wenn sie unanfechtbar sind oder mit der sofortigen (§ 577) oder befristeten (§ 621e) Beschwerde angefochten werden können. Darüberhinaus sind aber auch mit der einfachen Beschwerde anfechtbare Beschlüsse der formellen Rechtskraft fähig, wenn auf den Rechtsbehelf verzichtet, dieser verwirkt oder der Instanzenzug ausgeschöpft wurde. Dann ist der Bestand dieser Entscheidungen ebenso gesichert wie bei nicht (mehr) anfechtbaren Urteilen und Beschlüssen.¹⁰ Daß im Fall von Verwirkung oder Verzicht der Eintritt der formellen Rechtskraft nur schwer zu ermitteln ist, unterscheidet diese Beschlüsse insofern nicht von den qualifiziert anfechtbaren Entscheidungen. Daher ist der Gegenansicht,¹¹ die die formelle Rechtskraft bei unbeschränkt anfechtbaren Beschlüssen aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit verneint,¹² nicht zu folgen.

⁴ BGHZ 69, 270, 272. AA Tiedemann ZJP 93 (1980) 31 unter einer andersartigen Begriffsbildung hinsichtlich der „Rechtsmittel“. Nach dieser vereinzelt gebliebenen Ansicht wäre aber § 707 nF nicht mehr verständlich.

⁵ Gelhaar VersR 1964, 206 f; MünchKomm/Krüger Rdn. 2; aA Schiedermaier JuS 1961, 212, 216.

⁶ Baumbach/Lauterbach/Hartmann Rdn. 2; MünchKomm/Krüger Rdn. 2.

⁷ Werner Rechtskraft, 31 ff.

⁸ Vor diesem Hintergrund ist die Diskussion um

die Rechtskraftfähigkeit von Beschlüssen zu beurteilen, dazu s. Rdn. 4.

⁹ MünchKomm/Krüger Rdn. 3; Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 1a; Zöller/Stöber Rdn. 3.

¹⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald § 150 II 3 b; Schuschke/Walker Rdn. 6; Werner Rechtskraft, S. 46 ff.

¹¹ Baumbach/Lauterbach/Hartmann Rdn. 1; MünchKomm/Krüger Rdn. 3; Schmidt Rpfleger 1974, 180; Thomas/Putzo Rdn. 1; Zöller/Stöber Rdn. 3.

¹² Aus § 19 Abs. 2 EGZPO folgt nichts anderes:

II. Wirkungen der formellen Rechtskraft

Mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft wird die Entscheidung unangreifbar. **5**
 Eine Abänderung aufgrund von Rechtsmitteln oder Rechtsbehelfen, aber auch aufgrund einer Gegenvorstellung ist damit ausgeschlossen.¹³ Die Rechtshängigkeit, § 261, endet.¹⁴ Die formell rechtskräftige Entscheidung ist endgültig vollstreckbar. Die vorläufige Vollstreckbarkeit entfällt mit der Folge, daß die Vollstreckung nunmehr ohne vorherige Sicherheitsleistung fortgesetzt werden kann – die Gläubigersicherheit kann nach § 715 (dort Rdn. 5 f) zurückgefordert werden. Auf eine vom Schuldner zur Abwendung der Vollstreckung geleistete Sicherheit kann der Gläubiger nunmehr zugreifen.¹⁵ Hat der Schuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung an den Gläubiger die geschuldete Leistung erbracht, so steht mit dem Rechtskrafteintritt die materiellrechtliche Erfüllungswirkung definitiv fest, Vor § 708 Rdn. 18 f.

Die formelle Rechtskraft ist Voraussetzung der materiellen Rechtskraft (§ 322). **6**
 Aber auch andere Tatbestandswirkungen des Urteils (Gestaltungswirkung, Feststellungswirkung etc.) treten nunmehr definitiv ein. Praktisch relevant ist der Rechtskrafteintritt bei Gestaltungsurteilen: Die Ehescheidung wird wirksam (§ 704 II, dort Rdn. 17); die Gesellschaft aufgelöst (vgl. zB §§ 133 HGB, 61 GmbHG); der Gesellschafter scheidet aus (vgl. zB §§ 140, 161 II HGB). Der Eintritt der formellen Rechtskraft hat zahlreiche materiellrechtliche Wirkungen (vgl. zB §§ 211, 283, 864, 1052, 1470, 1496, 1542, 1561, 1564 S. 2, 1587 p, 2128, 2193, 2342 BGB). Der Eintritt dieser Urteilswirkungen wird mit dem Rechtskraftzeugnis nach § 706 I nachgewiesen.

III. Zeitpunkt des Eintritts

1. Der Grundsatz

§ 705 regelt den Eintritt der Rechtskraft unvollständig, nämlich nur bei anfechtbaren Urteilen und nur negativ dahin, daß auf den Ablauf der Rechtsmittelfristen (S. 1) bzw. auf die Einlegung eines statthaften Rechtsbehelfs (S. 2) abgestellt wird. Positiv bestimmt sich der Eintritt der formellen Rechtskraft danach, ob überhaupt ein ordentliches Rechtsmittel statthaft ist,¹⁶ und – sofern dies der Fall ist – daß die jeweils im Gesetz angeordnete Anfechtungsfrist abgelaufen ist. Der Eintritt der formellen Rechtskraft wird vom Gesetz nicht einheitlich, sondern willkürlich festgesetzt.¹⁷ **7**

Sofern ein Rechtsmittel überhaupt statthaft ist, wird der Rechtskrafteintritt **8**
 durch die rechtzeitige Einlegung des Rechtsbehelfs gehemmt. Die Beantragung von Prozeßkostenhilfe oder der Antrag auf Wiedereinsetzung für den statthaften Rechtsbehelf bewirken hingegen keine Hemmung.¹⁸ Da insbesondere im Fall der Urteilszustellung die Anfechtungsfristen für die Parteien unterschiedlich laufen, kann die Rechtskraft erst eintreten, nachdem für beide Parteien die Anfechtungsfrist abgelaufen

Die Vorschrift betraf als Übergangsrecht das Verhältnis der landesrechtlichen Rechtsbehelfe zum Rechtsmittelsystem der ZPO. Sie enthält keine weitergehenden Aussagen, *Tiedemann ZZP* 93 (1980) 27 f.

¹³ MünchKomm/Krüger Rdn. 14; *Schmidt* Zulässigkeit der Gegenvorstellung, *JurBüro* 1975,

1311; aA *Stein/Jonas/Grunsky* § 577 Rdn. 26; *Thomas/Putzo* Vorbem. § 567 Rdn. 15.

¹⁴ BGH NJW 1992, 296; NJW 1984, 353.

¹⁵ BGHZ 69, 270, 273 = NJW 1978, 43.

¹⁶ BGHZ 88, 353 = NJW 1984, 1027.

¹⁷ Vorauf. Anm. A III.

¹⁸ BGHZ 100, 205.

fen ist. Denn die andere Partei kann sich auch nach Ablauf der Frist der zulässigen Anfechtung der Gegenseite anschließen, §§ 521, 556, 577 a.¹⁹ Bei der notwendigen Streitgenossenschaft (§ 62) tritt formelle Rechtskraft erst mit dem Ablauf der Anfechtungsfristen für alle Streitgenossen ein.²⁰ Allerdings erwächst ein verfahrenswidrig gegenüber einem einzelnen aus materiell-rechtlichen Gründen notwendigen Streitgenossen ergangenes Teilurteil (nur) im Verhältnis zu diesem in formelle und materielle Rechtskraft.²¹ Zum vorzeitigen Eintritt der formellen Rechtskraft kommt es bei Rechtsmittelverzicht und bei Rechtsbehelfsverwirkung (Rdn. 13).

2. Kontradiktorische Urteile

- 9** a) **Nicht anfechtbare Urteile** werden mit Verkündung, § 310 I, rechtskräftig. Nicht anfechtbar sind solche Urteile, gegen die ein Rechtsmittel an sich nicht statthaft ist. Dabei kommt es nur auf die generelle Möglichkeit an, ein Rechtsmittel einlegen zu können, nicht aber darauf, ob im konkreten Fall das Rechtsmittel zulässig ist.²² Der Begriff „zulässig“ in § 705 S. 1 ist als „statthaft“ zu verstehen.²³

Nicht anfechtbar sind: Alle letztinstanzlichen Urteile, d. h. die Berufungsurteile der Landgerichte und die Revisionsurteile des BGH oder des BayObLG, ferner die reinen Kostenurteile (§§ 99 II, 567 IV) und die Arresturteile der Oberlandesgerichte (§§ 567 III, 545 II); Zwischenurteile, die die Klageänderung verneinen oder zulassen, § 268, oder eine nicht mehr überprüfbare Zuständigkeit bejahen, §§ 512 a, 549 I.

Dagegen sind Urteile der Oberlandesgerichte nach § 708 Nr. 10 und § 713 für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Das bedeutet, daß bei diesen die formelle Rechtskraft auch dann nicht eintritt, wenn eine Revision nicht zugelassen wurde oder bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Beschwerdewert unterhalb der Erwachsenheitssumme, § 546, festgesetzt wurde. Denn über die Zulässigkeit der Revision entscheidet auch in diesen Fällen ausschließlich das Revisionsgericht, so daß die Revision auch in den Fällen offensichtlicher Erfolglosigkeit generell statthaft bleibt.²⁴ In Familiensachen beginnt die Rechtskraft des Berufungsurteils, das die Revision nicht zugelassen hat, erst, nachdem die Rechtsmittelfrist ungenutzt verstrichen ist.²⁵

- 10** b) Bei **anfechtbaren Urteilen** tritt die Rechtskraft mit ungenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist ein; hierzu gehört auch der Fall, daß ein Rechtsmittel zurückgenommen und nicht wieder neu eingelegt wird.²⁶ Sofern ein Rechtsmittel eingelegt wird, beginnt die Rechtskraft mit dessen rechtskräftiger Verwerfung als unzulässig.²⁷ Andernfalls wird der Prozeß mit der formellen Rechtskraft der Rechtsmittelentscheidung oder – im Fall der Zurückverweisung – mit Eintritt der Rechtskraft der abschließenden Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts beendet.

¹⁹ Zöllner/Stöber Rdn. 4.

²⁰ Etwas anderes gilt nur bei einem (zulässigen) Prozeßurteil gegen einen Streitgenossen, Münch-Komm/Schilken § 62 Rdn. 47, 53.

²¹ BGHZ 131, 376, 382.

²² BGHZ 88, 353; 109, 211, 213 = NJW-RR 1990, 323.

²³ BGHZ 109, 211, 213.

²⁴ HM BGHZ 109, 211, 213; BGHZ 4, 294; OLG Celle FamRZ 1977, 132; OLG München

FamRZ 1979, 34, 36; OLG Bamberg FamRZ 1982, 317; Gerhardt FS Beitzke (1979) 191, 197 ff; Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 3; Thomas/Putzo Rdn. 6; aA OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 620; OLG Frankfurt FamRZ 1977, 715; Leppin MDR 1975, 900.

²⁵ BGHZ 4, 294 = NJW 1952, 425; BGHZ 109, 211, 213 = NJW-RR 1990, 323, 326.

²⁶ Thomas/Putzo Rdn. 8.

²⁷ BGHZ 109, 211, 212.

3. Versäumnisurteile

Die formelle Rechtskraft tritt mit dem Ablauf der Einspruchsfrist (§§ 338, 340), ein, sofern von dem Rechtsbehelf kein Gebrauch gemacht wird.²⁸ Ist der Einspruch wegen § 345 oder § 238 II S. 2 nicht statthaft, so wird das Versäumnisurteil mit Ablauf der Berufungsfrist rechtskräftig.²⁹ In der landgerichtlichen Berufungs- und in der Revisionsinstanz werden derartige Urteile mit der Verkündung rechtskräftig.³⁰ Sofern der Einspruch gem. § 345 nicht mehr statthaft ist, beginnt die formelle Rechtskraft erst mit ungenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist (§§ 513 II, 566).³¹ **11**

4. Beschlüsse

Bei Unanfechtbarkeit (§§ 567 III S. 1, 568) erfolgt der Eintritt der formellen Rechtskraft mit dem Erlaß des definitiven Beschlusses. Ist Beschwerdefähigkeit gegeben, werden Beschlüsse, die mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind, mit ungenutztem Ablauf der Beschwerdefrist, andernfalls mit rechtskräftiger Verwerfung der sofortigen Beschwerde als unzulässig rechtskräftig. Unterliegt der Beschluß der unbefristeten Beschwerde, tritt die formelle Rechtskraft ein mit Verwirkung, Verzicht oder Erschöpfung des Beschwerdewegs.³² **12**

5. Rechtsbehelfsverzicht

Nur wenn beide Parteien dem Gericht gegenüber auf die Einlegung von Rechtsbehelfen verzichten, wird die formelle Rechtskraft unabhängig von den Anfechtungsfristen bewirkt. Ein Verzicht auf den materiellen Anspruch genügt hingegen nicht, er führt nur zur Unbegründetheit des Rechtsmittels.³³ Ähnliches gilt für einen außergerichtlich erklärten Verzicht: Dieser gibt lediglich eine prozeßhindernde Einrede.³⁴ Nicht genügend ist ein Verzicht der allein beschwerten Partei: Zwar kann die nicht beschwerte Gegenpartei mangels Anschlußanfechtungsmöglichkeit das Urteil nicht mehr angreifen, doch wäre ihr eingelegtes Rechtsmittel nicht schlechthin unstatthaft sondern (nur) unzulässig, was aber nach § 705 S. 2 die Hemmung des Rechtskrafteintritts nicht hindert. Ein einseitiger Rechtsmittelverzicht genügt jedoch im Fall des § 556 I, weil nach Ablauf der dort statuierten Einmonatsfrist ein Anschlußrechtsmittel generell nicht mehr statthaft ist.³⁵ Dasselbe gilt für den Fall, daß die Rechtsmittelfrist der anderen Partei abgelaufen ist.³⁶ Wird der Rechtsbehelfsverzicht gegenüber dem erkennenden Gericht erklärt, so ist in analoger Anwendung der §§ 269 III S. 3, 515 III 2 die Wirksamkeit des Verzichts vom Prozeßgericht festzustellen.³⁷ Andernfalls stellt das Rechtsmittelgericht die Wirksamkeit des Verzichts im Verfahren nach §§ 515 III S. 2, 554 a, 567 durch Beschluß fest. Wird entgegen dem Verzicht dennoch ein Rechtsbehelf eingelegt, so führt dies nach § 705 S. 2 zur Hemmung der Rechtskraft. Denn es ist allein Sache des nächstinstanzlichen Gerichts (und nicht Aufgabe des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bei der Erteilung des Rechtskraftzeugnisses), die Unzulässigkeit des Rechtsmittels oder die Unwirksamkeit des Verzichts festzustellen.³⁸ **13**

²⁸ LAG München MDR 1994, 834.

²⁹ Zöller/Stöber Rdn. 5.

³⁰ MünchKomm/Krüger Rdn. 10.

³¹ Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 11.

³² Rosenberg/Schwab/Gottwald § 150 II 3 b.

³³ BGH NJW 1989, 170.

³⁴ RGZ 161, 350, 351; BGH NJW 1985, 2334; AK/Schmidt-von-Rhein Rdn. 6; Zöller/Stöber

Rdn. 9; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 150 II 1 c; aA Baumbach/Lauterbach/Hartmann Rdn. 4; Rimmelspacher JuS 1988, 955.

³⁵ Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 9.

³⁶ Rimmelspacher JuS 1988, 954.

³⁷ Rimmelspacher JuS 1988, 954.

³⁸ Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 9; unklar BGH FamRZ 1994, 301.

Beim Einspruch gegen das Versäumnisurteil (§ 338) oder gegen den Vollstreckungsbescheid (§ 700) genügt der einseitige Verzicht des Einspruchsberechtigten zur Herbeiführung der formellen Rechtskraft.

IV. Teilanfechtung und Teilrechtskraft

- 14** Nach allgemeiner Ansicht führt die Teilanfechtung zur Hemmung der Rechtskraft in bezug auf das ganze Urteil.³⁹ Denn bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz kann das Rechtsmittel im Rahmen der Beschwer erweitert werden. Zudem kann die gegnerische Partei im Wege eines Anschlußrechtsmittels (§§ 521 I, 556 I, 577 a) die Anfechtung auf das ganze Urteil erstrecken.⁴⁰ Der nicht angefochtene Teil wird daher erst rechtskräftig, wenn eine derartige Anschließung bzw. Erweiterung des Rechtsmittels generell nicht mehr möglich ist.⁴¹ In der Berufungsinstanz mit dem Ende der letzten mündlichen Verhandlung;⁴² in der Revision mit Ablauf der Monatsfrist nach Zustellung der Revisionsbegründung, § 556 I.
- 15** Die Notwendigkeit einer exakten Bestimmung des Rechtskrafteintritts (die vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle anhand der Akten vorzunehmen ist, s. Rdn. 3) erlaubt nur selten den Eintritt einer Teilrechtskraft. Die Nachteile dieser Regelung werden durch die §§ 534, 560 ausgeglichen, wonach der nicht angefochtene Urteils- teil ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann.⁴³ Teilrechtskraft tritt aber ein, wenn eine Rechtsmittelbeschränkung zugleich hinsichtlich des nicht angefochtenen Teils einen Rechtsmittelverzicht enthält, der eine spätere Erweiterung des Rechtsmittels ausschließt.⁴⁴ Ein solcher Verzicht ist ohne das Hinzutreten besonderer Umstände nicht anzunehmen.⁴⁵ Teilrechtskraft ist auch möglich bei objektiver Klagehäufung (§ 260) im Hinblick auf einen nicht angefochtenen, selbständigen Teil des Urteils.
- 16** In Familiensachen enthält § 629 a III eine begrenzte Sonderregelung. Die Vorschrift modifiziert zwar nicht den Grundsatz des einheitlichen Rechtskrafteintritts bei Teilanfechtungen (auch) im Verbund; sie statuiert aber einheitliche Anfechtungsfristen, kombiniert mit einem speziellen Beschleunigungsgebot.⁴⁶ Daher hindert auch im Verbund die Anfechtung einer Folgesache den Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsausspruchs, da dann insofern die Rechtsmittelanschließung statthaft ist.⁴⁷ Aus diesem Grunde ermöglicht § 629 a IV einen vorzeitigen Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsausspruchs durch beiderseitigen (insofern) beschränkten Rechtsmittelverzicht.

³⁹ BGH NJW 1994, 659; BGH NJW 1992, 2296; BGH NJW-RR 1988, 1465; BGH NJW 1985, 3079; BGH NJW 1981, 2360, 2361; Münch-Komm/Krüger Rdn. 9; Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 4.

⁴⁰ BGH NJW 1994, 659; BGH LM Nr. 2 zu § 318 ZPO; BGH NJW 1989, 170; BGH NJW 1958, 343; Baumbach/Lauterbach/Hartmann Rdn. 5; Zöllner/Stöber Rdn. 11.

⁴¹ BGH NJW 1994, 659; BGH NJW-RR 1988, 1465.

⁴² Bei Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung ist der letzte Verhandlungstermin der Termin,

der dem Erlaß des Urteils unmittelbar vorausgeht.

⁴³ Diese Regelung erklärt sich aus dem gesetzgeberischen Anliegen, den Eintritt der Teilrechtskraft möglichst auszuschließen, MünchKomm/Krüger Rdn. 9.

⁴⁴ BGHZ 7, 143 = NJW 1952, 1295; NJW 1958, 343; NJW 1981, 2360, 2361; NJW 1992, 2296.

⁴⁵ BGH MDR 1988, 1033.

⁴⁶ Ausf. Schweizer Eintritt der Rechtskraft, 42 ff.

⁴⁷ OLG München FamRZ 1980, 379; OLG Hamburg FamRZ 1990, 185.

V. Die Beseitigung der formellen Rechtskraft

Sie erfolgt durch die außerordentlichen Rechtsbehelfe der Wiedereinsetzung, Wiederaufnahme und Restitution. Im weiteren Sinne zählen hierzu auch die Aufhebung gerichtlicher Entscheidungen wegen gravierender Verfassungsverstöße (insbesondere Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs), sei es aufgrund einer Verfassungsbeschwerde oder aufgrund einer außerordentlichen Beschwerde/Gegenvorstellung, § 567. Dabei führt nicht die Einlegung des außerordentlichen Rechtsbehelfs zur Kassation der formellen Rechtskraft, sondern erst die stattgebende Entscheidung des erkennenden Gerichts.⁴⁸ Mit der Wiedereinsetzung bzw. Restitution wird das Verfahren in die Lage zurückversetzt, in der es sich vor dem beanstandeten Fehler befand. Erst nach Beseitigung der Rechtskraft durch die Gewährung der Wiedereinsetzung kann eine Verweisung des Rechtsstreits (§§ 17, 17 a GVG; 281) erfolgen.⁴⁹ Eventuelle Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche wegen zwischenzeitlich durchgeführter Vollstreckungsmaßnahmen richten sich nach materiellem Recht, Vor § 704 Rdn. 73.

§ 706

(1) Zeugnisse über die Rechtskraft der Urteile sind auf Grund der Prozeßakten von der Geschäftsstelle des Gerichts des ersten Rechtszuges und, solange der Rechtsstreit in einem höheren Rechtszuge anhängig ist, von der Geschäftsstelle des Gerichts dieses Rechtszuges zu erteilen.

(2) Insoweit die Erteilung des Zeugnisses davon abhängt, daß gegen das Urteil ein Rechtsmittel nicht eingelegt ist, genügt ein Zeugnis der Geschäftsstelle des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichts, daß bis zum Ablauf der Notfrist eine Rechtsmittelschrift nicht eingereicht sei. Eines Zeugnisses der Geschäftsstelle des Revisionsgerichts, daß eine Revisionschrift nach § 566 a nicht eingereicht sei, bedarf es nicht.

Schrifttum

Keßler Die Vollstreckbarkeit und ihr Beweis gemäß Art. 31 und 47 EuGVÜ (1998); *Lappe* Die beschränkte Rechtskraft, insbesondere im Hinblick auf die Zulässigkeit eines beschränkten Notfrist- und Rechtskraftzeugnisses, *Rpfleger* 1956, 4; *Petermann* Die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses bei Rechtsmittelverzicht, *Rpfleger* 1962, 368; *Rohlf* Rechtskraft und Wiedereinsetzung beim einseitig kontradiktorischen Verfahren gem. § 618 IV [aF], *FamRZ* 1971, 622; *Serick* Südafrikanischer final-Vermerk und deutsche Vollstreckungsklage, *FS Weber* (1975) 383; *Wieczorek* Zur formellen Rechtskraft der Entscheidungen, insbesondere in ihrer Bedeutung für Rechtskraftatteste und Verfassungsbeschwerden, *MDR* 1952, 6; vgl. i.ü. die Literaturangaben bei § 705.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Bedeutung der Vorschrift	1	V. Rechtsbehelfe	14
II. Rechtskraftzeugnis	3	VI. Kosten.	16
III. Notfristattest	9	VII. Ausländische Rechtskraftzeugnisse	18
IV. Neue Bundesländer	11		

⁴⁸ BGHZ 1, 200, 203; 100, 205 (zur Wiedereinsetzung).

⁴⁹ LAG München MDR 1994, 834.

I. Bedeutung

- 1** Das **Rechtskraftzeugnis (Abs. 1)** ist in der Zwangsvollstreckung nur selten wichtig,¹ denn diese erfolgt aufgrund der vollstreckbaren Ausfertigung, § 724. Das Rechtskraftzeugnis hat den Zweck, als öffentliche Urkunde (§ 415) den Eintritt der formellen Rechtskraft, der für zahlreiche prozessuale und materiellrechtliche Vorschriften wichtig ist, § 705 Rdn. 5 f, mit der Beweiskraft des § 418 I zu bezeugen. Es ist freilich kein ausschließliches Beweismittel für den Nachweis der Rechtskraft.² Die Unrichtigkeit kann gem. § 418 II im Wege des Gegenbeweises festgestellt werden.³ Inhaltliche Bindungswirkungen entfaltet das Zeugnis hingegen nicht,⁴ es ist allein als ein leicht beschaffbares, mit erhöhter Beweiskraft ausgestattetes Beweismittel von Bedeutung. Daher ist eine Amtshaftung für die unrichtige Erteilung des Rechtskraftzeugnisses nur in wenigen Fällen denkbar.⁵ Über den Wortlaut des § 706 I hinaus ist das Rechtskraftzeugnis für alle gerichtlichen Entscheidungen, die der formellen Rechtskraft fähig sind, zu erteilen.⁶

Für die internationale **Urteilsanerkennung nach dem AVAG** enthalten die §§ 25 II, 26 II AVAG eine entsprechende Regelung für die Erteilung von Rechtskraftzeugnissen in bezug auf die Anerkennungsbeschlüsse deutscher Gerichte. Zuständig ist jeweils der Urkundsbeamte des Gerichts, das über die Erteilung der Vollstreckungsklausel zu entscheiden hat.

- 2** Das **Notfristattest (Abs. 2)** ist Beweismittel (mit der Beweiskraft des § 418) für den ungenutzten Ablauf der Rechtsmittel- und Einspruchsfrist. Es erleichtert die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses in den Fällen, in denen letzteres von der Geschäftsstelle eines anderen Gerichts zu erteilen ist. Das ist bei der Berufung und bei der Revision der Fall, weil die Rechtsmittelschrift beim iudex ad quem einzureichen ist, §§ 518, 553 I S. 1.⁷ Bei der Beschwerde wird ein Notfristattest nur benötigt, wenn beim iudex a quo eine Beschwerdeschrift nicht eingegangen ist.⁸ Da bei der Sprungrevision die Geschäftsstelle des Revisionsgerichts die des Landgerichts binnen 24 Stunden von der Revisionseinlegung zu benachrichtigen hat (§ 566 a VII), bedarf es in diesem Fall keines gesonderten Notfristzeugnisses, § 706 II S. 2.⁹

II. Rechtskraftzeugnis

- 3** Das Rechtskraftzeugnis wird nur auf **Antrag** erteilt. **Antragsberechtigt** sind alle Prozeßbeteiligten, d.h. die Parteien und ihre Streithelfer; in Ehe- und Familiensachen

¹ Bedeutung hat es vor allem für den Übergang von der vorläufigen zur unbeschränkten Vollstreckung, § 705 Rdn. 5; § 715 Rdn. 5 ff.

² Beispielsweise kann die Rechtskraft auch mit der Vollstreckungsklausel, soweit diese nach Rechtskraft eintritt erteilt wurde, nachgewiesen werden, Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 2. Anderes kann sich aus den jeweiligen prozessualen oder materiellrechtlichen Normen ergeben, die auf das Rechtskraftzeugnis Bezug nehmen, zB aus § 1561 II Nr. 1 BGB.

³ BGHZ 100, 205 f; BGH BB 1953, 690 = LM Nr. 1 zu § 706 ZPO.

⁴ BGH FamRZ 1971, 635.

⁵ Drittgerichtete Amtspflichten iSv. § 839 BGB bestehen nur gegenüber den Prozeßparteien, BGHZ 31, 289, 391; zum Vertrauensschutz der

Partei bei inhaltlich falschen Zeugnis im Hinblick auf § 209 BGB vgl. BGH FamRZ 1997, 804 ff.

⁶ AllgM Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 1, 13 mwN.

⁷ Im Fall des Einspruchs (§ 338) ist die Erteilung des Notfristattests ausnahmsweise in analoger Anwendung des Abs. 2 geboten, wenn sich die Prozeßakten aufgrund eines anderen Rechtsmittels beim Rechtsmittelgericht befinden und der Urkundsbeamte ein Rechtskraftzeugnis der unteren Instanz benötigt, MünchKomm/Krüger Rdn. 7 Fn. 31; Beispiel: KG FamRZ 1989, 1206.

⁸ MünchKomm/Krüger Rdn. 6.

⁹ Da für die Einlegung der Sprungrevision die Zustimmung des Gegners erforderlich ist, wird in diesem Fall kaum ein Rechtskraftzeugnis beantragt werden, MünchKomm/Krüger Rdn. 4.

darüber hinaus auch die Rentenversicherungsträger.¹⁰ Da das Zeugnis an sich Ausfluß des Prozeßrechtverhältnisses zwischen den Parteien (und deren Rechtsnachfolgern¹¹) ist, kann es einem unbeteiligten Dritten nur erteilt werden, wenn dieser ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht.¹²

Der Antrag ist formlos zu stellen, nach § 78 III besteht kein Anwaltszwang. Ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis ist nicht nachzuweisen, der Urkundsbeamte hat nicht zu prüfen, zu welchem Zweck das Rechtskraftzeugnis verwendet werden soll.¹³

Zuständig ist der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle (§ 153 GVG)¹⁴ des Gerichts, das die jeweilige Entscheidung erlassen hat. Das ist idR die Geschäftsstelle des erstinstanzlichen Gerichts. Sobald eine Rechtsmittelschrift eingereicht wurde, beginnt die Zuständigkeit der Geschäftsstelle des nächstinstanzlichen Gerichts – denn diesem obliegt die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsmittels. Im Rahmen des § 706 ist die Zuständigkeit freilich aus der Sicht der Geschäftsstelle zu beurteilen: Es soll – aus Praktikabilitätsgründen – diejenige Geschäftsstelle entscheiden, bei der sich die Prozeßakten befinden. **4**

Daher genügt auch die Einreichung eines PKH-Gesuchs beim nächstinstanzlichen Gericht zur Begründung der Zuständigkeit der nächstinstanzlichen Geschäftsstelle: Da diese den Vorgang aufgrund der Prozeßakten unschwer beurteilen kann, wäre es eine unpraktikable Lösung, weiterhin von der Entscheidungsbefugnis der erstinstanzlichen Geschäftsstelle auszugehen.¹⁵ Die Gegenansicht verweist darauf, daß das Rechtsmittelgericht nach § 576 im Fall der Zurückweisung des Antrags über die Rechtskraft zu befinden hätte, obwohl an sich das Verfahren mangels Devolutiv-effekt noch beim Instanzgericht anhängig ist. Dieser Gesichtspunkt kann aber vernachlässigt werden, da das Rechtsmittelgericht aufgrund des PKH-Antrags sowieso mit der Prüfung (der Rechtskraft) des ergangenen Urteils (d.h. bei Beurteilung der Erfolgsaussichten des PKH-Antrags) befaßt ist. **5**

Dieselben Grundsätze gelten für die Zeugniserteilung, wenn nur ein Streitgenosse **6** Rechtsmittel eingelegt hat oder eine Teilanfechtung vorliegt:¹⁶ Da sich die Prozeßakten beim nächstinstanzlichen Gericht befinden, erteilt dieses das Rechtskraftzeugnis.¹⁷ Diese Zuständigkeit besteht solange fort, wie sich die Akten bei diesem Gericht befinden. Insofern ist der Rechtsgedanke des § 797 I ergänzend heranzuziehen.¹⁸ Wird der Antrag beim unzuständigen Urkundsbeamten eingereicht, ist er nach formloser Anhörung des Antragstellers an das zuständige Gericht weiterzuleiten.¹⁹ Zur Rechtslage in den neuen Bundesländern s. Rdn. 11f.

¹⁰ OLG Stuttgart Justiz 1979, 384; OLG München FamRZ 1985, 502; zu Überlegungen de lege ferenda das Rechtskraftzeugnis in Ehe- und Kindersachen von Amts wegen zu erteilen, vgl. BT-Drucks 14/163, v. 8.12.1998.

¹¹ LG Wiesbaden KTS 1963, 125 (Konkursverwalter als Antragsteller).

¹² Offen gelassen in BGHZ 31, 388, 390; wie hier *Schuschkel/Walker* Rdn. 5; weitergehend *Baumbach/Lauterbach/Hartmann* Rdn. 2; *Stein/Jonas/Münzberg* Rdn. 11 (ein besonderes Interesse sei nicht glaubhaft zu machen); aA *MünchKomm/Krüger* Rdn. 2; *Zöller/Stöber* Rdn. 3.

¹³ BGHZ 31, 388; RGZ 30, 336; OLG München FamRZ 1985, 502. Ausnahme: Beantragung des Zeugnisses durch Dritte, die nicht am Prozeß beteiligt sind.

¹⁴ Der Rechtspfleger ist nicht zuständig, doch berührt sein Tätigwerden nicht die Wirksamkeit des Zeugnisses, § 8 V RPfG; Rechtsbehelf ist in diesem Fall die einfache Erinnerung nach § 11 RPfG.

¹⁵ Wie hier *Vorauf.* Anm. B II b; aA die ganz hM, seit BGH LM Nr. 2 zu § 706 ZPO = Rpfleger 1956, 97 m. zust. Anm. *Lappe*.

¹⁶ OLG München FamRZ 1979, 445; 943; KG FamRZ 1979, 728; *dass.* 1989, 1206.

¹⁷ RG SeuffArch 36, 122; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann* Rdn. 4.

¹⁸ AA BGH LM Nr. 2 zu § 706 ZPO, wo mit der unterschiedlichen Formulierung von § 779 I und §§ 706, 724 die ausgreifende Zuständigkeit der Geschäftsstelle erster Instanz begründet wurde.

¹⁹ *Lappe* Rpfleger 1956, 7.

- 7** Der Urkundsbeamte nimmt die **Prüfung**, ob die formelle Rechtskraft eingetreten ist (§ 705 Rdn. 7 ff), auf der Grundlage der Prozeßakten selbständig vor. In der Regel werden die Akten für eine Entscheidungsfindung genügen.²⁰ Fehlende Nachweise muß der Antragsteller beibringen, hierauf ist in entsprechender Anwendung von § 139 hinzuwirken. Sämtliche Beweismittel sind zulässig.²¹ Maßstab der Prüfung sind die in § 705 Rdn. 7–16 aufgezeigten Kriterien zum Rechtskräfteintritt. Inhaltlich beschränkt sich die Prüfung darauf, ob die jeweiligen Nachweise für die Vornahme der Prozeßhandlungen vorliegen: Also, ob sich die Zustellungsnachweise (§§ 212 b, 213) bei den Akten befinden; ob eine Rechtsmittelschrift eingelegt wurde, oder ob ein Rechtsmittelverzicht vorliegt etc. Dauer und Ablauf der Rechtsmittelfristen sind zu berechnen. Dagegen ist es dem Urkundsbeamten versagt, die Wirksamkeit der betreffenden Prozeßhandlungen zu überprüfen.

Sind die erforderlichen Nachweise erbracht, ist das Zeugnis zu erteilen. Angesichts der formalen Ausgestaltung des Verfahrens, die komplizierte rechtliche Nachforschungen nicht ermöglicht, ist der Urkundsbeamte in Zweifelsfällen (zB bei der Beurteilung, ob einfache oder notwendige Streitgenossenschaft vorliegt) gehalten, die Erteilung des Zeugnisses zu verweigern. Dies ergeht durch Beschluß. Dann kann der Antragsteller im Wege der Erinnerung (§ 576) die Entscheidung des Prozeßgerichts ersuchen²², s. Rdn. 16. Eine Anhörung des Gegners erfolgt im Verfahren vor dem Urkundsbeamten nicht.

- 8** **Form:** Das Rechtskraftzeugnis wird unmittelbar auf die Entscheidungsausfertigung gesetzt und vom Urkundsbeamten unterschrieben. Möglich ist auch eine selbständige Bescheinigung.²³ **Wortlaut:**

„*Vorstehendes Urteil ist rechtskräftig.*
 _____ *den* _____ *Urkundsbeamter der Geschäftsstelle.*“

Bei Urteilen in Ehe- und Kindschaftssachen ist der genaue Tag des Eintritts der Rechtskraft zu vermerken („*Rechtskräftig seit* _____“).²⁴ Sofern nach dem Erlaß des Vorbehaltsurteils ein Nachverfahren anhängig ist, kann dies zusätzlich vermerkt werden; entsprechend ist zu verfahren, wenn ein außerordentlicher Rechtsbehelf (Wiedereinsetzung, Wiederaufnahme) eingelegt wurde.²⁵ Das Teilrechtskraftzeugnis ist als solches ausdrücklich zu kennzeichnen, der rechtskräftige Teil ist zu spezifizieren („_____ *ist im Hinblick auf Ziffer* _____ *des Urteils rechtskräftig*“). In den Akten ist die Erteilung des Zeugnisses formlos zu vermerken.²⁶

III. Notfristattest

- 9** **Antragsberechtigt** ist jeder, der ein Rechtskraftzeugnis beantragen kann, s. Rdn. 3. **Zuständig** ist der Urkundsbeamte des Gerichts, bei dem das Rechtsmittel einzulegen ist. Die **Prüfung** beschränkt sich inhaltlich ausschließlich darauf, ob vor Ablauf der Notfrist eine Rechtsmittel- bzw. Einspruchsschrift eingegangen ist. Dazu

²⁰ OLG Celle NdsRpflger 1979, 49.

²¹ Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 6; MünchKomm/Krüger Rdn. 6.

²² OLG Karlsruhe OLGZ 1989, 77.

²³ Das Rechtskraftzeugnis kann auf Antrag auch auf dem Kostenfestsetzungsbeschluß angebracht werden, OLG Frankfurt Rpflger 1956, 198.

²⁴ Vgl. § 38 Vc AktO, KG FamRZ 1993, 1221 für Versorgungsausgleichssachen.

²⁵ Eine Versagung der Zeugniserteilung kommt erst nach erfolgreicher Wiedereinsetzung bzw. Kassation in Betracht, § 705 Rdn. 17.

²⁶ Von diesem Vermerk ist der Rechtskraftvermerk nach § 7 Nr. 1 AktO zu unterscheiden: Er ist am Kopf der Urschrift vom Urkundsbeamten einzutragen und zu unterzeichnen, sobald er die Rechtskraft des Urteils festgestellt hat, Zöller/Stöber Rdn. 6.

sind der Zeitpunkt des Fristbeginns und dessen Dauer festzustellen. Dagegen ist es nicht Sache des Urkundsbeamten, die Wirksamkeit einer Zustellung o.ä. zu prüfen. Vielmehr fällt dies in die Prüfungsbefugnis des für die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses zuständigen Urkundsbeamten; dieser hat dann in Zweifelsfällen die Erteilung des Zeugnisses zu verweigern, damit eine Entscheidung des Prozeßgerichts herbeigeführt werden kann, s. Rdn. 7. Eine Prüfung der Erfolgsaussichten des eingelegten Rechtsmittels ist nicht vorzunehmen. Denn das Notfristattest gibt nur Auskunft darüber, ob überhaupt ein Rechtsmittel fristgerecht eingelegt wurde. Deshalb ist die Erteilung eines **Teilnotfristzeugnisses** ausgeschlossen.²⁷ Legen im Fall einfacher Streitgenossenschaft einzelne Streitgenossen Rechtsmittel ein und andere nicht, so ist für jedes Teilurteil ein eigenständiges Notfristzeugnis zu erteilen.²⁸

Form: In das Notfristzeugnis sind das Datum des Fristablaufs sowie die Tatsache, daß in dieser Frist kein Rechtsmittel eingelegt wurde, aufzunehmen. Ist das Datum des Fristbeginns zweifelhaft, so ist das Notfristattest dahin zu erteilen, daß bis zum Zeitpunkt der Erteilung kein Rechtsmittel eingelegt wurde.²⁹ Sofern ein Rechtsmittel verspätet – eventuell mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung, §§ 233 ff – eingelegt wurde, ist dies zusätzlich zu vermerken. **10**

IV. Neue Bundesländer

Nach § 83 III DDR-ZPO war die Rechtskraft der DDR-Urteile auf dem Urteilsoriginal durch den Gerichtssekretär von Amts wegen zu vermerken (sog. Rechtskraftvermerk); auf den den Parteien zugestellten Ausfertigungen wurde die Rechtskraft nur auf Antrag bescheinigt (sog. **Rechtskraftbescheinigung**).³⁰ Die vor dem 3.10.1990 erteilten Bescheinigungen sind seit dem Stichtag im ganzen Bundesgebiet zu beachten und entfalten ebenso wie ein Rechtskraftzeugnis vollen Beweis iSd. § 418. **11**

Für frühere Urteile der DDR-Gerichte (diese bleiben gem. Art. 18 EV rechtsverbindlich)³¹ sind Rechtskraft- und Notfristzeugnisse zu erteilen. Denn der Grundsatz, daß auf laufende Verfahren das neue intertemporale Prozeßrecht Anwendung findet (Art. 8 EV iVm. Anh I Kap. III Sachgeb. A Abschn. III Nr. 28³²), gilt auch für die Erteilung der Rechtskraft- und Notfristzeugnisse.³³

Die Rechtskraft- und Notfristzeugnisse sind gem. § 706 beim Urkundsbeamten des Amts- oder Landgerichts zu beantragen, das an die Stelle der früheren Kreis- und Bezirksgerichte getreten ist, § 15 I RPflegeAnpG.³⁴ **12**

V. Rechtsbehelfe

Da die Erteilung von Rechtskraft- und Notfristzeugnissen nicht zur Zwangsvollstreckung gehört, finden die allgemeinen Rechtsbehelfe Anwendung: Gegen die Ver- **13**

²⁷ *Lappe* Rpfleger 1956, 7.

²⁸ AA OLG Karlsruhe OLGZ 1989, 77 – es sei ein Teilnotfristzeugnis zu erteilen.

²⁹ OLG München ZZP 52 (1927), 338 m. zust. Anm. *Schultz*.

³⁰ *Autorenkollektiv* Zivilprozeßrecht der DDR (1987), § 83 DDR-ZPO Anm. 3.3.

³¹ Das gilt auch für Urteile der Gesellschaftlichen Gerichte, sofern diese vor dem 3.10.1990 für vollstreckbar erklärt wurden.

³² Allg. dazu BGH DrZ 1991, 409.

³³ Eine inhaltliche Nachprüfung der Urteile ist nach Art. 18 EV generell ausgeschlossen; die Anfechtung dieser Titel erfolgt nach den allg. Rechtsbehelfen der ZPO (Anl. I Kap. III Sachg A Abschn. II lit. 5 b EV), dazu KG DrZ 1991, 348 (zu § 726); *Arnold* DGVZ 1992, 21.

³⁴ BGBl. 1992 I 1149, dazu *Rieß* DrZ 1992, 226.

sagung wie gegen die Erteilung des Zeugnisses hat die beschwerte Partei die **Erinnerung nach § 576**, die bei dem Gericht einzulegen ist, dessen Geschäftsstelle tätig wurde. Daneben ist die Beschwerde nach § 567 nicht eröffnet.³⁵ Der gegnerischen Partei ist rechtliches Gehör zu gewähren. Anwaltszwang besteht nicht.³⁶

- 14** Hinsichtlich der Rechtsbehelfe gegen die Erinnerung ist zu unterscheiden:³⁷ Bei einer Zurückweisung des Antrags auf Zeugniserteilung ist die Beschwerde in den Grenzen des § 567 III, IV gegeben. Dagegen steht dem Gegner, der gegen die Erteilung des Zeugnisses vorgehen will, die Beschwerde nicht zu: Nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen ist diese nämlich nur eröffnet, wenn ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wurde. Die Erteilung des Zeugnisses beinhaltet aber keine solche Zurückweisung.³⁸ Stellt der Gegner stattdessen einen Antrag auf Einziehung des Zeugnisses, so steht ihm im Fall der Zurückweisung die Beschwerde ebenfalls nicht zu, da er vom Rechtsschutzziel nur gegen die Erteilung des Zeugnisses vorgeht.³⁹ Anderes gilt nur bei greifbarer Gesetzwidrigkeit, § 576.

VI. Kosten

- 15** Da die Zeugniserteilung Bestandteil des Erkenntnisverfahrens ist, sind die **Gerichtskosten** durch die allgemeine Prozeßgebühr abgegolten, § 1 I GKG. Auch eine Erstattung der Portogebühr für die Zusendung des Zeugnisses und der Schreibauslagen erfolgt nicht.⁴⁰

Anwaltsgebühren entstehen nur, wenn eine Beauftragung ausschließlich zur Erwirkung der Zeugnisse erfolgt; dann erhält der Anwalt eine $\frac{3}{10}$ Gebühr nach § 57 BRAGO. Andernfalls ist die Erwirkung des Zeugnisses durch die Prozeßgebühr (§ 37 Nr. 7 BRAGO) oder durch die Gebühr für das Betreiben der Zwangsvollstreckung abgegolten, § 58 II Nr. 1 BRAGO. Nach § 3 ist der Streitwert auf einen Bruchteil des Hauptverfahrens zu schätzen, idR ist von $\frac{1}{10}$ auszugehen.⁴¹

- 16** Im Erinnerungsverfahren nach § 576 fallen ebenfalls keine gesonderten Gerichts- und Anwaltskosten an, da dieses integraler Bestandteil des Verfahrens auf Attesterteilung ist.⁴² Für das Beschwerdeverfahren nach § 567 gelten die allgemeinen Kostenregeln.⁴³

VII. Ausländische Rechtskraftzeugnisse

- 17** Das autonome Recht erfordert für die Anerkennung die Bestandskraft des anerkennenden Urteils, §§ 328, 723 II. Damit ist die formelle Rechtskraft gemeint.⁴⁴ Dieser Nachweis kann mit dem ausländischen Rechtskraftzeugnis geführt werden. Nach dem EuGVÜ, dem LugÜ und den Haager Unterhaltsübereinkommen (1973)⁴⁵ können auch vorläufig vollstreckbare Urteile anerkannt und vollstreckt

³⁵ MünchKomm/Krüger Rdn. 9; aA Baumbach/Lauterbach/Hartmann Rdn. 14.

³⁶ OLG Karlsruhe OLGZ 1989, 77; OLG Stuttgart FamRZ 1983, 84.

³⁷ Roblff FamRZ 1971, 622.

³⁸ OLG Bamberg FamRZ 1983, 519; aA OLG Stuttgart Justiz 1979, 384.

³⁹ So bereits RG JW 1898, 389 Nr. 15; GruchBeitr 45, 1152; RGZ 46, 366; Roblff FamRZ 1971, 622.

⁴⁰ RGZ 131, 151; MünchKomm/Krüger Rdn. 11.

⁴¹ OLG Bamberg FamRZ 1983, 519, 520.

⁴² Schuschke/Walker Rdn. 13.

⁴³ OLG Hamburg FamRZ 1979, 532.

⁴⁴ Serick FS Weber (1975) 383, 385; Schack IZPR, Rdn. 821.

⁴⁵ BGBl. 1986 II 826.

werden,⁴⁶ §§ 20 ff AVAG.⁴⁷ Doch ist der Nachweis der Rechtskraft auch in diesem Fall wichtig, weil erst nach Eintritt der Rechtskraft des ausländischen Urteils die Vollstreckung über die Sicherungsmaßnahmen nach §§ 20 ff AVAG hinaus fortgesetzt werden kann.

Ob und inwieweit ein ausländisches Rechtskraftzeugnis beigebracht werden kann, richtet sich nach dem jeweiligen ausländischen Prozeßrecht.⁴⁸ Sieht dieses eine dem § 418 entsprechende Beweiswirkung vor, kann sie auch im Inland zuerkannt werden, § 438. Erleichterungen für den Echtheitsnachweis ausländischer Rechtskraftzeugnisse ergeben sich zudem aus Art. 1 II Nr. 1 a Haager Übereinkommen v. 5.10.1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation.⁴⁹ Danach genügt die Apostille zum Nachweis der Echtheit der ausländischen Urkunde (Artt. 3, 4). Doch ist die Beibringung des ausländischen Rechtskraftzeugnisses zum Nachweis der Rechtskraft nicht zwingend erforderlich: Nach § 6 II AVAG kann die Rechtskraft der ausländischen Entscheidung im Anerkennungsverfahren auch mit anderen Beweismitteln festgestellt werden.⁵⁰ Entsprechendes gilt für das autonome Recht.

§ 707

(1) Wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder eine Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt oder wird der Rechtsstreit nach der Verkündung eines Vorbehaltsurteils fortgesetzt, so kann das Gericht auf Antrag anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung statfinde und daß die Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung ist nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist und die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

(2) Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Schrifttum

Baur Studien zum einstweiligen Rechtsschutz (1967); *Dütz* Einstweilige Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen in der Arbeitsgerichtsbarkeit, DB 1980, 1069, 1120; *Gießler* Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einer einstweiligen Unterhaltsanordnung noch während der anhängigen Ehesache, FamRZ 1982, 129; *Haas* Beginn der Sicherungsvollstreckung nach Art. 39 Abs. 1 EuGVÜ, IPRax 1995, 223; *Hellhake* Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 707, 719 I ZPO in direkter und analoger Anwendung (1998); *Hertel* Der Urkundenprozeß unter besonderer Berücksichtigung von Verfassung und Vollstreckungsschutz (1992); *Heß* Einwirkungen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EGV auf das deutsche Zivilprozeßrecht, ZZZ 108 (1995) 59; *Kirberger* Vollstreckungsverfahren nach Einstellung der Zwangsvollstreckung durch das Prozeßgericht, Rpfleger 1976, 8; *Klette* Zur (regelmäßig nicht zulässigen) einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Unterlas-

⁴⁶ Zu weiteren Ausnahmen *Matscher* ZZZ 95 (1982) 170.

⁴⁷ Für die Anerkennung ausländischer Unterhaltsbeschlüsse nach § 10 I AUHG, BGBl. 1986 I 2563, ist die formelle Rechtskraft ebenfalls nicht erforderlich.

⁴⁸ Instrukтив zum final-Vermerk des südafrikanischen Rechts *Serick*, FS Weber (1975) 383.

⁴⁹ BGBl. 1965 II 875.

⁵⁰ Dazu *Kropholler* EuZPR, Art. 47 EuGVÜ Rdn. 2; *Kefler*, Vollstreckbarkeit, 48 ff.

sungs-Urteilsverfügungen, GRUR 1982, 471; *Künkel* Die Anfechtbarkeit von Einstellungsbeschlüssen nach §§ 707, 719 ZPO, MDR 1989, 309; *Maurer* Einstweilige Anordnungen in der Zwangsvollstreckung nach Einlegung zivilprozessualer Rechtsbehelfe, Diss. Tübingen 1981, *Messer* Die Anfechtung einstweiliger Anordnungen in der Zwangsvollstreckung, JuS 1969, 116; *Moeller* in: *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier/Wetekamp*, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes³ (1999), 901 ff (Teil J); *E. Schneider* Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 707, 719 I ZPO, MDR 1973, 356; *ders.* Die Rechtsmittelfähigkeit von Einstellungsbeschlüssen nach §§ 707, 719 ZPO, MDR 1980, 529; *ders.* Zulässigkeit und Begründetheit der Einstellungsbeschwerde, MDR 1985, 547; *Walker* Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren (1992).

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Allgemeines	1	3. Rechtliches Gehör	16
1. Normzweck	1	4. Form der Entscheidung.	17
2. Antrag und Entscheidungsformel.	3	IV. Entscheidung	18
II. Anwendungsbereich	5	1. Formelle Voraussetzungen	18
1. Einstweiliger Rechtsschutz in der Zwangsvollstreckung.	5	2. Materielle Entscheidungskriterien	20
2. Anwendbarkeit aufgrund gesetzlicher Anordnung.	8	3. Inhalt der Entscheidung	23
3. Entsprechende Anwendbarkeit	9	a) Einstellung der Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung des Schuldners	23
4. Keine entsprechende Anwendbarkeit	10	b) Einstellung der Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung des Schuldners	24
5. Einstweiliger Vollstreckungsschutz bei internationalen Verfahren	11	c) Einstellung der Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung des Gläubigers	25
a) Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile	11	d) Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen	26
b) Vorabentscheidung nach Art. 177 EGV	12	e) Andere Schutzmaßnahmen	27
c) Menschenrechtsbeschwerde nach Art. 25 EMRK	13	4. Wirkung des Beschlusses	28
III. Verfahren	14	V. Rechtsbehelfe	30
1. Zuständigkeit	14	1. Abänderbarkeit	30
2. Antragstellung	15	2. Beschwerde	31
		VI. Kosten	34

I. Allgemeines

1. Normzweck

1 Die Zwangsvollstreckung kann zum Nachteil des Schuldners unabweichliche Tatsachen schaffen, die dann nicht zu rechtfertigen sind, wenn der Bestand des Urteils sich im nachhinein als hinfällig erweisen sollte. Aus diesem Grund gibt § 707 dem Schuldner die Möglichkeit, eine vorläufige Beschränkung oder **Einstellung der Vollstreckung** zu beantragen, wenn der Bestand des Titels zweifelhaft ist. Voraussetzung hierfür ist freilich, daß ein entsprechender Rechtsbehelf zur Titelbeseitigung erhoben wurde; neben den in § 707 unmittelbar genannten Fällen sind dies vor allem die in § 719 geregelten Rechtsmittel der Berufung und Revision gegen das vorläufig vollstreckbare Urteil. Die eigentliche Bedeutung des § 707 als genereller Einstellungsrechtsbehelf ergibt sich aus den zahlreichen Verweisungen auf die Vorschrift s. Rdn. 8.

2 Die einstweilige Einstellung steht im Schnittpunkt widerstreitender **Gläubiger- und Schuldnerinteressen**: Prinzipiell schutzwürdiger ist der Gläubiger, der bereits einen Titel erstritten hat und auf dessen Vollstreckungsfähigkeit baut. Seine Position ist deshalb stärker, weil das verbrieftete Recht zuvor im justizförmigen Verfahren

festgestellt wurde.¹ Aus diesem Grund kennt die ZPO keinen Vollstreckungsaufschub bei der Einlegung von Rechtsbehelfen. Diese gesetzliche Wertung ändert sich freilich, wenn die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs evident und die Aufhebung des Titels absehbar ist. Dann ist die Vollstreckung vorläufig nach §§ 707, 719 einzustellen; den beiderseitigen Vermögensinteressen wird durch die Stellung von Sicherheiten Rechnung getragen. Schließlich will § 707 den Schuldner vor solchen Vollstreckungsfolgen bewahren, die durch die Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche nach § 717 nicht mehr ausgeglichen werden können. Allerdings ist nur bei wirklich schweren, irreversiblen Folgen die gänzliche Einstellung der Vollstreckung angezeigt, hier gilt ein strenger Maßstab.²

2. Antrag und Entscheidungsformel

Erforderlich ist ein Antrag des Schuldners, der nicht auf eine der Entscheidungsalternativen des § 707 lauten muß.³ Eine pauschale Beantragung der „Einstellung der Zwangsvollstreckung“ ist zulässig, weil der Erlaß der in § 707 bezeichneten Maßnahmen im Ermessen des Gerichts steht. Dieses Ermessen bedeutet, daß das Gericht zwar nur auf Antrag des Schuldners Schutzmaßnahmen erlassen kann, in der Auswahl der Maßnahmen aber nicht nach § 308 an den Antrag gebunden ist.⁴ Werden bestimmte Einstellungsmaßnahmen beantragt, so sind diese als Anregung an das Gericht zu berücksichtigen.

Prüfungsmaßstab bei der Ermessensausübung sind einerseits das Schutzbedürfnis der Parteien (insbes. der Eintritt irreparabler Vollstreckungsfolgen) und andererseits die Erfolgsaussichten des eingelegten Rechtsbehelfs: Je wahrscheinlicher eine Aufhebung des Titels ist, desto berechtigter ist eine einstweilige Anordnung.⁵ Die Entscheidung ergeht per Beschluß, der nach §§ 775 Nr. 2, 776 zur Einstellung bzw. Beschränkung der Vollstreckung oder zur Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen führt. Wird Sicherheitsleistung des Gläubigers angeordnet, gelten §§ 751 II, 752. Die Vollstreckungsorgane müssen den Beschluß von Amts wegen beachten.⁶

II. Anwendungsbereich

1. Einstweiliger Rechtsschutz in der Zwangsvollstreckung

Neben § 707 ermöglichen auch die §§ 769, 770 und 732 II, 766 I S. 2 sowie §§ 572 II, III und 620 e eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung; daneben besteht die generelle Einstellungs- bzw. Beschränkungsmöglichkeit nach § 765 a. Dennoch ist der einstweilige Rechtsschutz in der Zwangsvollstreckung kei-

¹ *Raab-Gaudin* WuB VI E § 769 ZPO 1.92. Dementsprechend gilt nach § 719 I S. 2 für das Versäumnisurteil und den Vollstreckungsbescheid wegen der vorgängigen, eingeschränkten gerichtlichen Prüfung ein anderer Maßstab § 719 Rdn. 6 ff.

² BGH LM Nr. 1 zu § 109; OLG Frankfurt MDR 1989, 462.

³ AA MünchKomm/Krüger Rdn. 6; v. *Stackelberg jun.* MDR 1986, 110; *Thomas/Putzo* Rdn. 6, die einen spezifizierten Antrag verlangen, Hilfsanträge jedoch für zulässig halten.

⁴ *Baur* Einstweiliger Rechtsschutz, 66 f; ähnl. *Schneider* MDR 1973, 358; *Thomas/Putzo*

Rdn. 10 (jeweils ohne Bezugnahme auf § 308). Dies wird in Rechtsprechung und Literatur nicht immer deutlich so gesehen. Zum Teil werden die Entscheidungsalternativen in ein Stufenverhältnis gesetzt, um einen möglichst praktikablen Spielraum des Gerichts zu eröffnen, so OLG Braunschweig NJW 1974, 2138. Gegen jegliches Ermessen *Hertel* Urkundenprozeß, 167. Für eine Bindung an § 308 MünchKomm/Krüger Rdn. 6.

⁵ AllgA, so bereits *Hahn* Materialien II, S. 426 f; zuletzt BGH NJW 1992, 1458, anders noch Voraufl. D II.

⁶ Sogar schon vor Bekanntgabe an die Parteien, *Kirberger* Rpfleger 1976, 8.

neswegs lückenlos garantiert, so daß eine **Abgrenzung der Einstellungsmöglichkeiten** – auch zur Ermittlung möglicher analoger Anwendbarkeit – nötig ist. Dabei ist vom Grundsatz auszugehen, daß der einstweilige Rechtsschutz in Ausgestaltung und Anwendungsbereich dem jeweiligen Rechtsbehelf im Hauptsacheverfahren folgt und sich somit nach der Abgrenzung dieser Rechtsbehelfe richtet.⁷ Andererseits zeigen die zahlreichen gesetzlichen Verweisungen auf § 707, daß diese Bestimmung die „Grundregelung“ für den einstweiligen Rechtsschutz im Vollstreckungsverfahren beinhaltet. Soweit weitere prozessuale (zB negative Feststellungsklage) oder materiellrechtliche (zB § 826 BGB) Rechtsbehelfe zur Ergänzung des Vollstreckungsrechtsschutzes eingesetzt werden, ist eine analoge Anwendung der vollstreckungsrechtlichen Einstellungsmöglichkeiten allgemein akzeptiert. Angesichts der unterschiedlichen Voraussetzungen und Ausgestaltungen der Einstellungsbehelfe ist eine Gesamtanalogie der Vorschriften jedoch nicht möglich.⁸ Unzulässig ist auch ein Rückgriff auf § 707 zur Erweiterung gerichtlicher Anordnungsspielräume in speziellen Parallelvorschriften.⁹

- 6** § 707 ermöglicht eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung immer dann, wenn der Bestand des Titels fraglich ist, weil dieser im Hauptsacheverfahren mit materiellrechtlichen oder prozessualen Einwendungen bekämpft wird. Die eigentliche Bedeutung erhält die Vorschrift durch den Verweis in § 719. Eine vergleichbare Einstellungsmöglichkeit eröffnen §§ 769, 770: Doch beziehen sich diese Vorschriften auf Hauptsacheverfahren, in denen Einwendungen gegen den Titel geltend gemacht werden, die erst nach Titelerlaß aufgetreten sind (§ 767 II). Daneben geht es um Eingriffe in die Rechte Dritter, §§ 771, 805.¹⁰ Da insofern keine erhöhte Richtigkeitsgewähr des Titels besteht, kann eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung unter erleichterten Voraussetzungen erlangt werden, § 769 Rdn. 15. Die Abgrenzung zu §§ 732 II, 766 I S. 2 läßt sich problemlos danach vornehmen, daß die jeweiligen Hauptsacheverfahren sich auf die formell fehlerhafte Zwangsvollstreckung, nicht aber auf die Unrichtigkeit des Titels an sich beziehen. § 572 II, III enthält für die Beschwerde eine spezielle Regelung, die sowohl die von §§ 707, 719 als auch die von § 769 erfaßten Fallgestaltungen betrifft. Dasselbe gilt für § 620 e.¹¹ Die allgemeine Schuldnerschutzklausel des § 765 a ist im Verhältnis zu den speziellen Rechtsbehelfen subsidiär,¹² einstweiliger Rechtsschutz wird iRv. § 765 a nach §§ 732 II, 766 I S. 2 analog gewährt.¹³
- 7** Dagegen bestehen Überschneidungen zur **Regelungsverfügung nach § 940**.¹⁴ Grundsätzlich kann Vollstreckungsschutz auch mittels einer Regelungsverfügung erzielt werden, doch fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für die einstweilige Verfügung, soweit die speziellere und einfachere vorläufige Einstellung nach § 707 möglich ist.¹⁵ Unzulässig ist auch eine einstweilige Verfügung auf Aufhebung von Schutz-

⁷ Messer JuS 1969, 116 f; Raab-Gaudin WuB VI E § 769 ZPO 1.92.

⁸ Künkel MDR 1989, 309; Rosenberg/Gaul § 11 IV 1., aA Bruns/Peters § 6 III 3 (Analogie anhand der „leitenden Gedanken“ dieser Vorschriften) und die überwiegende Rspr., zB BGH NJW 1983, 1330 (Analogie nach §§ 707, 769).

⁹ BGH NJW 1983, 1980 zu Art. § 25 II AGEuGVÜ (jetzt § 24 II AVAG, dazu Rdn. 11); BGH WM 1965, 1023 (zu § 719 II); BayObLG NJW-RR 1990, 26 (zu § 44 III WEG).

¹⁰ Messer JuS 1969, 116.

¹¹ Zur negativen Feststellungsklage gegen die Unterhaltsanordnung nach § 620 I Nr. 6 Rdn. 9.

¹² LG Mannheim MDR 1968, 590 – solange ein Antrag nach § 707 möglich ist, fehlt dem Schutzantrag nach § 765 a das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis.

¹³ Brox/Walker Rdn. 1482, 1485.

¹⁴ OLG Karlsruhe FamRZ 86, 1141; KG NJW 1958, 873; ausf. Maurer Einstweilige Anordnungen, S. 6 ff.

¹⁵ Stein/Jonas/Münzberg Vor § 704 Rdn. 96.

maßnahmen; hier ist im Wege der Gegenvorstellung bzw. der Beschwerde vorzugehen, s. Rdn. 31. Aus der grundsätzlichen Trennung von Hauptsache- und Verfügungsverfahren folgt aber, daß eine Regelungsverfügung auch dann beantragt werden kann, wenn die Zwangsvollstreckung nach § 707 vorläufig eingestellt wurde,¹⁶ die weitere Vollstreckung beruht dann auf dem Verfügungstitel. Wird gegen den Verfügungstitel im Hauptsache-(Widerspruchs-)verfahren vorgegangen, ist eine einstweilige Anordnung nach §§ 924 III S. 2, 707 möglich;¹⁷ eine analoge Anwendung der Vorschriften ist in den Verfahren nach §§ 926, 927 und 942 akzeptiert.¹⁸ Allerdings ist bei Unterlassungsverfügungen in Wettbewerbssachen auf das erhöhte Schutzbedürfnis des Gläubigers gesondert Rücksicht zu nehmen: Die Einstellung der Zwangsvollstreckung kann zur Perpetuierung des mit der Verfügung bekämpften, rechtswidrigen Zustandes führen.¹⁹

2. Anwendbarkeit aufgrund gesetzlicher Anordnung

Im **originären Anwendungsbereich** bezieht sich § 707 nur auf formell rechtskräftige, also grundsätzlich unabänderbare Titel, § 705 Rdn. 1. Nur wenn nach Einlegung der Rechtsbehelfe nach §§ 233 ff und 578 ff der Bestand des Titels nicht mehr sicher ist, kommt eine einstweilige Anordnung in Betracht. Seit 1977 umfaßt § 707 auch das Vorbehaltsurteil gem. §§ 302, 600, – auch bei vorläufiger Vollstreckbarkeit –, wenn das Nachverfahren betrieben wird. Damit hat sich der Gesetzgeber die bis dahin von der Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretene Anwendbarkeit des § 707 auf diese Fallgestaltung²⁰ zu eigen gemacht – obwohl eine Zuordnung zu § 719 I systematisch mehr befriedigt hätte.²¹ Die eigentliche Bedeutung des § 707 ergibt sich aus der **Erweiterung in § 719**. Danach ist eine einstweilige Einstellung auch nach Einlegung von Berufung und Einspruch (gegen Versäumnisurteil oder Vollstreckungsbescheid) sowie nach Revisionseinlegung möglich. Im Arrestverfahren verweist § 924 III S. 2 auf § 707, dasselbe gilt nach § 936 für einstweilige Verfügungen.²² Nach § 1064 II ist der Beschluß des OLG, der einen Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt, seinerseits für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Wird der BGH im Wege der Rechtsbeschwerde nach § 1065 I angerufen, so kann er nach §§ 1605 II, 707 eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung anordnen. Nach § 221 BauGB gilt § 707 auch für Verfahren in Baulandsachen.²³ Wird gem. § 186 InsO Wiedereinsetzung beantragt, richtet sich der einstweilige Vollstreckungsschutz nach § 707.²⁴

¹⁶ BGH LM Nr. 14 zu § 719 = NJW 1957, 1193.

¹⁷ KG MDR 1994, 727 für einstweilige Verfügung.

¹⁸ *Maurer* Einstweilige Anordnungen, S. 105 ff; *Walker* Einstweiliger Rechtsschutz, Rdn. 602 aE. Zu § 927 OLG Braunschweig MDR 1956, 567; OLG Zweibrücken FamRZ 1981, 698. Zu § 926 OLG Düsseldorf NJW 1970, 254; OLG Karlsruhe OLGZ 1973, 486, 488. Zu § 942 OLG Düsseldorf NJW 1970, 254.

¹⁹ BGH JZ 1965, 541 f m. Anm. *Baur* – allg. zum Unterlassungsurteil. Doch schließt die Rechtsnatur der einstweiligen Verfügung eine vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht generell aus, OLG Koblenz WRP 1981, 545; OLG Köln GRUR 1982, 504; MünchKomm/Krüger

Rdn. 3; ausf. *Walker* Einstweiliger Rechtsschutz, Rdn. 603–605; aA *Klette* GRUR 1982, 473.

²⁰ Zur früheren Rechtslage BGHZ 69, 270.

²¹ *Rosenberg/Gaul* § 11 III 2, Fn. 43.

²² KG MDR 1994, 727, ghM; aA OLG Nürnberg GRUR 1983, 489 bei Unterlassungsansprüchen. Der BGH NJW RR 1997, 1155 hat eine außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzswidrigkeit nicht zugelassen.

²³ OLG Karlsruhe MDR 1983, 943 zu § 161 BBauG (der mit § 221 BauGB sachlich übereinstimmt).

²⁴ *Moeller* in: *Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier/Wetkamp* Handbuch vorl. Rechtsschutz J Rdn. 3 (mit überholtem Verweis auf § 165 KO).

3. Entsprechende Anwendbarkeit

- 9 Eine analoge Anwendung der §§ 707, 719 ist möglich, wenn der eingelegte Hauptsacherechtsbehelf sich auf die materielle Unrichtigkeit des Titels gründet, s.o. Rdn. 6. Die analoge Anwendung ist geboten, wenn nach Abschluß eines Prozeßvergleichs dessen Unwirksamkeit durch Fortsetzung des Verfahrens im alten Prozeß²⁵ geltend gemacht wird;²⁶ dasselbe gilt für einen vollstreckbaren Zwischenvergleich nach (noch nicht rechtskräftiger) Klageabweisung.²⁷ Wurde im Urteil über die vorläufige Vollstreckbarkeit nur unvollständig entschieden und ist gem. §§ 716, 321 Ergänzung beantragt, kann eine einstweilige Schutzmaßnahme nach §§ 707, 719 verfügt werden.²⁸ Die analoge Anwendung von § 707 ist auch bei der Klage aus § 826 BGB geboten, wenn die materielle Unrichtigkeit des Titels behauptet und die Herausgabe des Titels verlangt wird. Das ergibt sich aus der restitutionrechtlichen Natur dieser Klage, die die Rechtsbehelfe der §§ 578 ff ergänzt.²⁹

4. Keine entsprechende Anwendbarkeit

- 10 Wird der Titel mit einem Rechtsbehelf bekämpft, der sich auf Umstände nach dessen Erlaß gründet, ist § 769 analog anwendbar. Das gilt insbes. für den Fall, daß gegen eine einstweilige Unterhaltsanordnung nach § 620 Nr. 6 im Wege der negativen Feststellungsklage vorgegangen wird, nachdem über den nachehelichen Unterhalt im Scheidungsverbund entschieden wurde.³⁰ Ebenso wie bei §§ 767, 769 geht es nämlich darum, aufgrund neuer, nach Erlaß der angefochtenen Entscheidung aufgetretener Umstände, die Vollstreckbarkeit des Titels zu beseitigen (bzw. ihr Fehlen festzustellen). Für die Analogie spricht auch die Vergleichbarkeit zu § 323. Dort ist die entsprechende Anwendbarkeit von § 769 anerkannt.³¹ Vor Rechtskraft des Verbundurteils kann gegen eine einstweilige Anordnung hingegen nur nach §§ 620 b und 620 e vorgegangen werden; für die Analogie zu §§ 707 oder 769 fehlt es an der Regelungslücke.³² Hat der Gläubiger eine einstweilige Verfügung erwirkt, so genügt die Verteidigung des Schuldners im Hauptverfahren zur analogen Anwendung des § 707 nicht. Es wäre mit der Selbständigkeit beider Verfahren und dem Sicherungszweck des vorläufigen Rechtsschutzes nicht vereinbar, wenn die Vollzie-

²⁵ Zum Meinungsstreit s. § 794 Rdn. 56 f.

²⁶ BGHZ 28, 171, 175 (freilich eine Gesamtanalogie zu §§ 707, 719, 769 befürwortend). Wie hier die hM, MünchKomm/Krüger Rdn. 4 Fn. 6; Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 28; Zöller/Herget Rdn. 3.

²⁷ OLG Hamm FamRZ 1985, 306; MünchKomm/Krüger Rdn. 4 mwN.

²⁸ LG Hannover MDR 1980, 408.

²⁹ Raab-Gaudin WuB VI E § 769 1.92; Rosenberg/Gaul § 11 IV 3 d; AK/Schmidt von Rhein Rdn. 1; KG (Ost) NJ 1951, 236; BGH MDR 1961, 307 (zu § 209 BEG 1953). Für eine analoge Anwendung von § 769 OLG Zweibrücken NJW 1991, 3041; OLG München NJW 1976, 1748; MünchKomm/Krüger Rdn. 5; Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 28. Für die Anwendung des § 940 RGZ 61, 359; BGHZ 50, 115, 122 (obiter dictum); OLG Frankfurt NJW-RR 1992, 511; OLG Hamm MDR 1987, 505 = EWIR § 769 ZPO 1/87 m. abl. Anm. E. Schneider; OLG

Karlsruhe OLGZ 1976, 333; OLG Stuttgart NJW-RR 1998, 70; Baumbach/Lauterbach/Hartmann Rdn. 22, 32.

³⁰ BGHZ 93, 183, 189; OLG Hamm FamRZ 1981, 396; OLG Hamburg FamRZ 1990, 431, Nr. 236 und 237; OLG Stuttgart FamRZ 1992, 203; MünchKomm/K. Schmidt § 769 Rdn. 3; unentschieden Gießler FamRZ 1982, 130 (Gesamtanalogie zu §§ 707, 719, 769). Für § 707 OLG Frankfurt FamRZ 1990; MünchKomm/Krüger Rdn. 4.

³¹ BGH NJW 1986, 2057 = LM Nr. 1 zu § 323.

³² OLG Bremen FamRZ 1981, 981; OLG Köln FamRZ 1981, 379; OLG Hamm NJW 1983, 1330; aA OLG Frankfurt NJW 1984, 1630; OLG Koblenz FamRZ 1985, 1272; KG FamRZ 1985, 952; OLG Hamburg FamRZ 1990, 431; OLG Stuttgart FamRZ 1992, 203; Zöller/Philippi § 620 f Rdn. 15 b; Baumbach/Lauterbach/Hartmann Rdn. 25.

hung allein im Hinblick auf das anhängige Hauptverfahren ausgesetzt wird.³³ Unzulässig ist auch eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem Unterhaltstitel (insbes. einer vollstreckbaren Urkunde) bei Anfechtung der Vaterschaft nach § 1600 b BGB, § 640 II Nr. 1 u. 2. Denn die Vaterschaft wird bis zur Rechtskraft des aberkennenden Urteils vermutet.³⁴ Bei der Verfassungsbeschwerde ist § 32 BVerfGG vorrangig.³⁵ Nach § 21 II Nr. 3 InsO kann das Insolvenzgericht schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner untersagen oder einstweilen einstellen, soweit nicht unbewegliche Gegenstände betroffen sind. Die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen kann nach § 30 d ZVG auf Antrag (auch des vorläufigen, Abs. IV) Insolvenzverwalters einstweilen eingestellt werden. Während des Insolvenzverfahrens ist die Einzelzwangsvollstreckung zugunsten einzelner Konkursgläubiger ausgeschlossen (§ 89 I InsO).

5. Einstweiliger Vollstreckungsschutz bei internationalen Verfahren

a) Bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile im autonomen Recht ergeben sich keine Besonderheiten, da die Vollstreckbarkeit auf dem Gestaltungsurteil nach §§ 722, 723 beruht. Auf dieses sind die §§ 707, 719 anwendbar. Im Anwendungsbereich des EuGVÜ und des LugÜ ist der einstweilige Vollstreckungsschutz zudem durch das AVAG gesondert geregelt: Solange die inländische Vollstreckbarerklärung angefochten werden kann, ist nur eine Sicherungsvollstreckung möglich, Art. 39 EuGVÜ, §§ 20–23 AVAG, § 720 a Rdn. 5.³⁶ Das OLG kann nach Einlegung der Beschwerde gem. Art. 37 I, III EuGVÜ, § 24 II AVAG eine vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung veranlassen.³⁷ Bereits erlassene Vollstreckungsmaßnahmen können nicht aufgehoben werden, da angesichts des abschließenden Charakters der Regelung in Art. 39 EuGVÜ, § 24 II AVAG eine analoge Anwendung des § 707 ausscheidet.³⁸ Wird das anzuerkennende Urteil im Erlaßstaat angefochten, so kann³⁹ das Beschwerdegericht nach Art. 38 EuGVÜ, § 37 AVAG die (weitere) Vollstreckung von der Sicherheitsleistung des Gläubigers abhängig machen oder seine Entscheidung aussetzen mit der Folge, daß nur eine Sicherungsvollstreckung nach Art. 39 EuGVÜ zulässig ist.⁴⁰ Bei der Prüfung ist auf die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfsverfahrens im Urteilsstaat abzustellen.⁴¹ Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung analog §§ 719, 707 ist wegen des abschließenden Charakters der Art. 38 f EuGVÜ, § 37 AVAG ausgeschlossen.⁴²

³³ OLG Karlsruhe OLGZ 1973, 486; MünchKomm/Krüger Rdn. 5. Eine einstweilige Anordnung kommt nach § 926 III 2 nur im Widerspruch- oder vergleichbaren Verfahren in Betracht.

³⁴ OLG Saarbrücken DAVorm 1985, 155; krit. MünchKomm/K. Schmidt § 769 Rdn. 4; § 1600 c BGB.

³⁵ KG FamRZ 1960, 155; LG Mannheim NJW 1960, 1624. Beispiel: BVerfG NJW 1991, 2307 (Aussetzung der Räumungsvollstreckung bei existentieller Gesundheitsgefahr).

³⁶ In der Literatur wird zumeist unmittelbar auf die §§ 938 ff verwiesen, ohne die in § 720 a nunmehr ausdrückliche geregelte Sicherungsvollstreckung zu berücksichtigen, vgl. Kropholler

EuZPR Art. 39 EuGVÜ Rdn. 6; Schlosser Art. 39 EuGVÜ Rdn. 3 f (für eine Verwertung „in besonderen Fällen“); wie hier Prütting IPRax 1985, 138; Geimer/Schütze EuZVR, Art. 39 Rdn. 1, 10; Haas IPRax 1995, 226.

³⁷ OLG Hamm MDR 1978, 151.

³⁸ BGH NJW 1983, 1980; zust. Prütting IPRax 1985, 137, 138.

³⁹ BGH NJW 1994, 2157.

⁴⁰ MünchKomm/Gottwald IZPR Art. 38 GVÜ Rdn. 1; Kropholler EuZPR Art. 38 EuGVÜ Rdn. 1.

⁴¹ BGH NJW 1994, 2157; Grunsky IPRax 1995, 218; Stadler IPRax 1995, 220.

⁴² Schack IZVR Rdn. 954; OLG Düsseldorf MDR 1985, 151.

- 12** b) Wird der EuGH im **Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177/234 EGV**⁴³ angerufen, verbleibt dem vorlegenden (Berufungs- oder Revisions-)Gericht die Befugnis zur vorläufigen Einstellung der Vollstreckung nach §§ 719, 707. Aufgrund der Ausgestaltung des Verfahrens nach Art. 177 EGV als objektivem Auslegungsverfahren ist es dem Gerichtshof verwehrt, selbst einstweilige Anordnungen zu treffen. Vielmehr ist einstweiliger Vollstreckungsschutz durch die vorlegenden Gerichte zu gewähren; dabei muß das nationale Verfahrensrecht am Maßstab der Art. 185 EGV und Art. 83 Verfahrensordnung des Gerichtshofs europarechtskonform ausgelegt werden.⁴⁴ Das bedeutet, daß die vorlegenden Gerichte einerseits auf die Dringlichkeit einstweiligen Rechtsschutzes (Gefahr eines unabwendbaren Schadens für den Antragsteller) und auf die Notwendigkeit der Maßnahme (diese ergibt sich aus einer summarischen Prüfung der Hauptsache) abstellen müssen. Von der Prüfungsstruktur her entspricht § 707 den europarechtlichen Anforderungen.⁴⁵ Wird der EuGH gem. Art. 2 Auslegungsprotokoll zum EuGVÜ⁴⁶ angerufen, richtet sich der einstweilige Vollstreckungsschutz nach Art. 37 ff EuGVÜ, §§ 24, 37 AVAG.
- 13** c) Einstweiliger Vollstreckungsschutz kommt hingegen nach der Anrufung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Wege der **Menschenrechtsbeschwerde nach Art. 34 EMRK**⁴⁷ (idF des Protokolls Nr. 11 v. 11. Mai 1994⁴⁸) nicht in Betracht.⁴⁹ Das ergibt sich aus Art. 41 und 46 EMRK, wonach der Gerichtshof keine Befugnis zur Kassation nationaler Hoheitsakte hat, sondern nur eine Verletzung der Konvention durch den Vertragsstaat feststellen und dem Geschädigten eine Entschädigung zusprechen kann. Es ist vielmehr Sache der Vertragsstaaten, der Vertragsverletzung abzuhelpfen. Richtigerweise sollte dann im Zivilprozeß analog § 579 Nr. 4 die Wiederaufnahme möglich sein,⁵⁰ so daß nach Einleitung des Wiederaufnahmeverfahrens einstweiliger Vollstreckungsschutz gem. § 707 gewährt werden kann.

III. Verfahren

1. Zuständigkeit

- 14** Da das Anordnungsverfahren ein unselbständiger Teil des Hauptsacheverfahrens ist, ist das in diesem Verfahren zuständige Gericht auch zum Erlaß der Anordnung ausschließlich zuständig. Im Fall des § 719 ist dies das Rechtsmittelgericht, bei

⁴³ IdF des Maastricht-Vertrages v. 7.2.1992, BGBl. 1992 II, S. 1251 ff; *Heß* ZZZ 108 (1995) 59, 72 ff.

⁴⁴ EuGH Rs C-143/88 Slg. 1991 I, 415, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen – zur Aussetzungsbefugnis der Verwaltungsgerichte nach § 80 VwGO*, dazu *Klein* RIW 1992, 440, 444; *Heß* ZZZ 108 (1995) 59, 90 ff; EuGH Rs C-465/93 Slg. 1995 I, 3761, *Atlanta – Verwerfungskompetenz der nationalen Gerichte von Gemeinschaftsrecht im einstweiligen Rechtsschutz*.

⁴⁵ Dazu *Münzberg* in: *Wege zum Europäischen Zivilprozeßrecht* (1992) 69, 80 f; *Heß* ZZZ 108 (1995) 59, 92 f.

⁴⁶ ABl. EG 1975 L 204/28, BGBl. 1975 II 1138; Anh. § 328.

⁴⁷ Seit dem 3.11.1998 idF des Protokolls Nr. 11 v.

11. Mai 1994, BGBl. II 1995, 579; vgl. *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 1999, 1165.

⁴⁸ Zur alten Fassung: BGBl. 1952 II, 685; 953; BGBl. 1994 II, 491; 3624.

⁴⁹ *Baur/Stürner* Rdn. 14.26, befürworten die Zuständigkeit des letztinstanzlichen inländischen Gerichts analog §§ 707, 769 schon während des Verfahrens nach Art. 25 ff EMRK. Bei dieser Prämisse würde sich eine Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts analog § 769 II anbieten.

⁵⁰ *Schlosser* ZZZ 79 (1966) 186 ff; *Stein/Jonas/Schumann* Einl. XIV D Rdn. 684; *Zöller/Geimer* Einl. Rdn. 112. Die Wiederaufnahme ist nunmehr in § 359 Nr. 6 StPO idF des Gesetzes v. 9.7.1998, BGBl. I, 1802, vorgesehen. Anders noch BVerfG NJW 1986, 1425.

§ 707 das Gericht, welches über die Wiedereinsetzung⁵¹ oder Wiederaufnahme entscheidet. Wird gegen das Vorbehaltsurteil Rechtsmittel eingelegt, so kommt sowohl eine einstweilige Einstellung der Vollstreckung nach §§ 719, 707 durch das Rechtsmittelgericht in Betracht als auch eine einstweilige Einstellung nach § 707 I durch das im Nachverfahren zuständige Gericht. Beide Verfahren sind voneinander unabhängig; es bestehen wegen § 719 I S. 2 II auch teilweise abweichende Einstellungsbeugnisse.⁵² Zuständig ist jeweils der Spruchkörper, der auch in der Hauptsache entscheidet: Beim LG idR die Kammer, nach Übertragung auf den Einzelrichter (§ 348) dieser; bei der Kammer für Handelssachen entscheidet nach § 349 II Nr. 10 der Vorsitzende fakultativ neben der Kammer.

2. Antrag

Eine einstweilige Anordnung kann nur auf Antrag ergehen; dieser unterliegt als Prozeßhandlung den Voraussetzungen der allgemeinen Grundsätze. Er kann schriftlich, im Verfahren vor dem AG gem. § 496 auch zu Protokoll, oder in der mündlichen Verhandlung⁵³ gestellt werden; im Anwaltsprozeß gilt § 78. Weit verbreitet und oft beklagt ist eine „formularmäßige“ Beantragung des Vollstreckungsschutzes, insbes. im Zusammenhang mit der Berufung.⁵⁴ Doch liegt auch in diesem Fall eine wirksame Antragstellung vor: Allein die (konkret nur schwer nachweisbare) Tatsache, daß der Antrag nach §§ 707, 719 bisweilen vorgeschoben wird, um die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs zu testen, kann nur in Extremfällen das Rechtsschutzbedürfnis entfallen lassen. Andernfalls müssen die Anträge sachlich verbeschieden werden, wobei zur Vermeidung von Mißbräuchen primär auf die Schutzbedürftigkeit des Antragstellers und weniger auf die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs abgestellt werden sollte (ergänze aber Rdn. 21). Es empfiehlt sich, mit dem Antrag die Begründung des Rechtsbehelfs zu verbinden, da der Erlaß von Vollstreckungsmaßnahmen neben dem Schutzbedürfnis des Schuldners auch vom Erfolg des eingelegten Rechtsbehelfs abhängt, s. Rdn. 21. Die Bezeichnung bestimmter Schutzmaßnahmen im Antrag ist hingegen nicht erforderlich, da deren Erlaß im Ermessen des Gerichts steht. § 308 ist nicht anwendbar, s.o. Rdn. 3. Eine Beantragung bestimmter Schutzmaßnahmen ist jedoch als Anregung an das Gericht zu verstehen, von der nur aus sachlichen Gründen abzuweichen ist.⁵⁵ Eine derartig spezifizierte Antragstellung umreißt das Rechtsschutzziel und ist für die Beschwer im Falle einer Anfechtung von Bedeutung.⁵⁶

3. Rechtliches Gehör

Zu entscheiden ist aufgrund freigestellter mündlicher Verhandlung (Abs. 2 S. 1); doch ist dem Gläubiger rechtliches Gehör (Art. 103 GG) zu gewähren.⁵⁷ Bei besonderer Eilbedürftigkeit kann eine befristete Anordnung⁵⁸ ohne vorherige Anhörung

⁵¹ Wurde die Wiedereinsetzung abgelehnt und die Berufung verworfen, so kommt eine einstweilige Einstellung nur nach § 719 II in Betracht, Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 2.

⁵² OLG Nürnberg NJW 1982, 392; MünchKomm/Krüger Rdn. 7.

⁵³ Zur Abgrenzung zum Antrag nach § 718 s. dort Rdn. 4.

⁵⁴ MünchKomm/Krüger Rdn. 6.

⁵⁵ AA die hM, die einen bestimmten Antrag fordert, MünchKomm/Krüger Rdn. 6 mwN.

⁵⁶ Baur Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 66 f.

⁵⁷ OLG Celle MDR 1986, 62; E. Schneider MDR 1973, 356 f. Anderes gilt nur bei Zurückweisung des Antrags.

⁵⁸ Nach OLG Köln JurBüro 1988, 1086 ist eine Befristung nicht notwendig, da der Gläubiger jederzeit eine Abänderung der Anordnung beantragen könne. Wie hier MünchKomm/Krüger Rdn. 10 Fn. 25.

ergehen, doch ist diese unverzüglich nachzuholen.⁵⁹ Die Notwendigkeit der Anhörung ergibt sich auch daraus, daß andernfalls die von § 707 geforderte Abwägung der Belange von Gläubiger und Schuldner nicht durchführbar wäre. Führt die nachträgliche Anhörung des Gläubigers zu einer anderen Einschätzung der schutzwürdigen Interessen, so ist die Anordnung abzuändern.⁶⁰ Die tatsächlichen Voraussetzungen (insbes. die Gefahr unabänderlicher Nachteile) sind von den Parteien glaubhaft zu machen, § 294; es gelten die allgemeinen Regeln zur Darlegungs- und Beweislast.⁶¹

4. Form der Entscheidung

- 17** Die einstweilige Anordnung ergeht durch zu begründenden Beschluß.⁶² Sofern der Beschluß nicht verkündet wurde, ist er nach § 329 II den Parteien mitzuteilen.⁶³ Die Begründung ist wegen der grundsätzlichen Anfechtbarkeit s. Rdn. 31 notwendig.⁶⁴ Eine gesonderte Kostenentscheidung ergeht nicht.

IV. Entscheidung

1. Formelle Voraussetzungen

- 18** Die Einbettung des einstweiligen Vollstreckungsschutzes in das Hauptsacheverfahren erfordert die wirksame Einleitung dieses Verfahrens. Daher muß der Wiedereinsetzungsantrag gestellt sein; die Wiederaufnahme beantragt;⁶⁵ im Fall des § 719 müssen Einspruch, Berufung oder Revision eingelegt sein. Eine Zustellung der Rechtsmittelschrift ist nicht erforderlich,⁶⁶ doch müssen die Voraussetzungen für die Zustellung vorliegen, insbes. der Prozeßkostenvorschuß nach § 65 GKG einbezahlt sein.⁶⁷ Die Beantragung von Prozeßkostenhilfe genügt hingegen nicht, da dieser Antrag nicht die Instanz eröffnet. Der Hauptsacherechtsbehelf muß nicht zulässig sein. Es genügt die allgemeine Statthaftigkeit; doch wird dann im Regelfall dem Anordnungsantrag mangels Erfolgsaussicht der Hauptsache nicht stattzugeben sein, s. Rdn. 21.
- 19** Der Einstellungsantrag erfordert ein **Rechtsschutzbedürfnis**.⁶⁸ Dieses ist bereits mit dem Erlaß des vollstreckbaren Titels gegeben – die Einleitung der Vollstreckung ist nicht erforderlich⁶⁹ – und besteht bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung fort. Es entfällt auch dann nicht, wenn das Urteil nur gegen vorherige Sicherheitsleistung des Gläubigers für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde (§§ 709, 712). In diesem Fall kann der Schuldner im Wege der §§ 719, 707 eine Erhöhung der Sicher-

⁵⁹ BVerfG NJW 1982, 2234.

⁶⁰ OLG Celle MDR 1970, 243.

⁶¹ OLG Frankfurt FamRZ 1989, 88 (zu § 769); Baumbach/Lauterbach/Hartmann Rdn. 7.

⁶² AA die hM, welche nur im Fall der Antragszurückweisung und bei der Einstellung ohne Sicherheitsleistung eine Begründung für erforderlich hält. OLG Frankfurt MDR 1969, 69; MünchKomm/Krüger Rdn. 10; Schuschke/Walker Rdn. 7; Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 5; Schneider MDR 1973, 357; Thomas/Putzo Rdn. 10. Wie hier OLG Düsseldorf FamRZ 1989, 89 (zu § 769); Baumbach/Lauterbach/Hartmann Rdn. 7; Dütz DB 1980, 1069, 1074.

⁶³ Soweit eine Anfechtbarkeit nach §§ 793, 577 angenommen wird s. Rdn. 32, bedarf es einer förmlichen Zustellung nach § 329 III.

⁶⁴ Baumbach/Lauterbach/Hartmann Rdn. 7.

⁶⁵ RGZ 50, 405 wendet im Wiederaufnahmeverfahren § 769 II analog an und läßt eine Anordnung nach Klageeinreichung zu, macht den Vollzug aber vom Nachweis der Zustellung abhängig, zustimmend Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 2.

⁶⁶ Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 3.

⁶⁷ OLG Hamburg EZ FamR ZPO § 769 Nr. 2.

⁶⁸ OLG Bamberg NJW-RR 1989, 576.

⁶⁹ AA Lücke JuS 1973, 45, 48; Thomas/Putzo Rdn. 7: Ab Klauselerteilung.

heitsleistung oder die vorläufige Einstellung begehren.⁷⁰ Wenn der Schuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung unter Vorbehalt gezahlt hat, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis, da dann die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 Nr. 4, 5 auf einfacherem Weg erreicht werden kann.⁷¹ Kein Rechtsschutzbedürfnis besteht im Fall einer Schuldnerschutzanordnung im Urteil nach § 712 I S. 2 Alt. 1, es sei denn, das Rechtsmittelgericht verfährt nach § 534.

2. Materielle Entscheidungskriterien

Ob und welche Anordnung zu treffen ist, liegt im Ermessen des Gerichts. Die **Ermessensausübung** hat dabei einerseits die **schutzwürdigen Belange des Schuldners** zu berücksichtigen, insbes. die Gefahr nicht wieder gut zu machender Vollstreckungsfolgen. Ist der Titel vorläufig vollstreckbar, bieten freilich primär die §§ 709–714, 717, 721 dem Schuldner hinreichenden Schutz vor wirtschaftlichen Nachteilen. Auf der anderen Seite ist das **Recht des Gläubigers auf Vollstreckung** aus dem Titel zu gewährleisten; dieses Interesse ist grundsätzlich vorrangig, weil der Bestand des materiellen Rechts bereits festgestellt wurde.⁷² Seine Durchsetzung garantiert der Justizgewährungsanspruch.⁷³ Die einstweilige Einstellung steht im Spannungsfeld zwischen Bestandskraft des Titels und Schuldnerschutz: Ist der Titel unabänderlich, reduziert sich der Schuldnerschutz auf die Bewahrung elementarer, absoluter Rechte (§ 765 a). Übliche Vermögensnachteile der Vollstreckung sind hinzunehmen. Solange der Titel hingegen noch aufhebbar ist, werden auch sonstige Vermögensinteressen des Schuldners geschützt, die Rechte des Gläubigers durch die Sicherheitsleistung des Schuldners gewahrt.

Von wesentlicher Bedeutung ist daher die **Erfolgsprognose** des vom Schuldner eingelegten Rechtsbehelfs: Je wahrscheinlicher die Aufhebung des Titels zu erwarten ist, desto weniger berechtigt ist das Vollstreckungsinteresse des Gläubigers und umso notwendiger ist der Erlaß einer einstweiligen Anordnung zum Schutz des Schuldners.⁷⁴ Die in der Praxis oft übliche „formulärmäßige“ Einstellung der Zwangsvollstreckung wird der Prüfungspflicht des Gerichts nicht gerecht.⁷⁵

Vor diesem Hintergrund hat das Gericht vor allem die **Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs** summarisch zu prüfen.⁷⁶ Zwar braucht die Prüfung nicht in Einzelheiten zu gehen wie bei der Entscheidung über die Gewährung von Prozeßkostenhilfe; andererseits ist auch in der summarischen Prüfung eine antezipierte Beweiswürdigung zulässig. Grundlage der Prüfung ist die Begründung des Haupt-

⁷⁰ OLG Düsseldorf MDR 1966, 932; OLG Celle MDR 1987, 505. AA OLG Bamberg NJW-RR 1989, 576.

⁷¹ AA OLG München MDR 1985, 1034; MünchKomm/Krüger Rdn. 9. Ausnahme: Beantragung der Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen.

⁷² IRv. §§ 926 II 2, 707 ergibt sich das Gläubigerinteresse aus dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes (der vorläufigen Sicherung des Gläubigers), Walker Einstweiliger Rechtsschutz, Rdn. 603 ff.

⁷³ BGH NJW 1967, 566: „Die gesetzlich gegebene Vollstreckbarkeit darf nicht durch einen Federstrich beseitigt werden“, ähnl. OLG Schleswig SchlHA 1976, 184; SchlHA 1982, 196; OLG Köln MDR 1975, 850; OLGZ 1979, 113; NJW-

RR 1987, 189; OLG Braunschweig NJW 1974, 2138.

⁷⁴ OLG Köln OLGZ 1979, 113; MünchKomm/Krüger Rdn. 12; Zöller/Herget Rdn. 10; ausführlich Hellhake, 30 ff.

⁷⁵ BGH NJW 1967, 566; KG FamRZ 1978, 413; AK/Schmidt von Rhein Rdn. 5; Rosenberg/Gaul § 11 III 2c; Baumbach/Lauterbach/Hartmann Rdn. 6. Die Entscheidung ist dann vom Beschwerdegericht s. Rdn. 31 ff regelmäßig aufzuheben.

⁷⁶ BGH NJW 1992, 1458 (zu § 719 II). AA Baur Studien, 21 f: Auf die Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs komme es grundsätzlich nicht an.

sacherechtsbehelfs (bei § 719 die Berufungsbegründung), daher kommt der Erlaß einer Anordnung vor deren Eingang idR nicht in Betracht.⁷⁷

- 22** Bei hinreichender Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs sind die widerstreitenden **Interessen von Schuldner und Gläubiger abzuwägen**. Nach der Systematik des § 707 sind zwei Situationen zu unterscheiden: (1) Soweit der Titel ohne Abwendungsbefugnis vollstreckbar ist, ist die Anordnung einer Sicherheitsleistung des Schuldners zur Abwendung der Zwangsvollstreckung geboten und ausreichend:⁷⁸ Eine nicht wiedergutmachungsfähige Schädigung der Vermögensinteressen des Gläubigers ist ausgeschlossen.⁷⁹ (2) Geht hingegen das Vollstreckungsinteresse des Gläubigers weiter (Beispiel: Presserechtliche Gegendarstellung), kommt eine einstweilige Einstellung gegen Sicherheitsleistung des Schuldners nicht in Betracht.⁸⁰ Bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverfügungen ist deshalb regelmäßig zu fragen, ob der Verlust der Handlungsfreiheit für den Schuldner den zu erwartenden Schaden überwiegt und ob dem Gläubiger ein Festhalten am rechtswidrigen Zustand trotz Titulierung seines Anspruchs zumutbar ist.⁸¹

Drohen dem Schuldner irreparable Nachteile, die durch einen eventuellen Zugriff auf die Sicherheitsleistung des Gläubigers (§§ 709, 711) nicht ausgeglichen werden können, so ist die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung des Schuldners einzustellen. Die Tendenz der Rechtsprechung geht dahin, die Gefahr eines nicht wiedergutmachungsfähigen Nachteils für den Schuldner idR zu verneinen. Doch sollte eine solche Abwendungsbefugnis bei Erbringung einer Sicherheitsleistung großzügig gewährt werden, wenn die Vermögensinteressen des Gläubigers durch die Zugriffsmöglichkeit auf die Sicherheit des Schuldners nach Beendigung des Rechtsbehelfsverfahrens hinreichend gewahrt bleiben.⁸² Zur Einstellung ohne Sicherheitsleistung des Schuldners nach Abs. 1 S. 2, s. Rdn. 24.

3. Inhalt der Entscheidung

- 23** a) **Einstellung der Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung des Schuldners**. Sie kommt vor allem dort in Betracht, wo eine Abwendungsbefugnis des Schuldners nicht vorgesehen ist, also bei § 708 Nr. 1–3, § 709⁸³ und dann, wenn Schutzmaßnahmen nicht angeordnet wurden. Im Fall des § 711 kann angeordnet werden, daß der Gläubiger durch die Erbringung einer eigenen Sicherheitsleistung die Abwendungsbefugnis des Schuldners nicht mehr überspielen kann. Die Art der Sicherheitsleistung richtet sich nach § 108. Die Höhe der Sicherheitsleistung bemißt sich nach dem vermutlichen Schaden, den der Gläubiger durch eine einstweilige Unterbre-

⁷⁷ MünchKomm/Krüger Rdn. 12; *Schneider* MDR 1973, 358. Ausnahme: Dringende Gefahr einer existenzbedrohenden Vollstreckungsfolge für den Schuldner.

⁷⁸ Möglich ist auch eine Erhöhung der Sicherheitsleistung.

⁷⁹ OLG Celle MDR 1987, 505.

⁸⁰ OLG Köln JMBINRW 1972, 141; *Schuschkel/Walker* Rdn. 8; *Walker* Einstweiliger Rechtsschutz, Rdn. 604.

⁸¹ BGH WRP 1979, 715; BGH JZ 1965, 541 f m. Anm. *Baur*. Zugunsten des Gläubigers kann auch auf den Rechtsgedanken des § 939 zurückgegriffen werden, wonach im Verfügungsverfahren eine Einstellung gegen Sicherheitsleistung regelmäßig nicht tunlich ist, OLG Frankfurt MDR

1983, 585. Zur Ermessensausübung bei einer Einstellung nach §§ 924 III 2, 707 I vgl. *Walker* Einstweiliger Rechtsschutz, Rdn. 603–605.

⁸² OLG Celle MDR 1987, 505. Anders MünchKomm/Krüger Rdn. 13; *Schneider* EWIR § 719 ZPO 2/1986; OLG Hamburg MDR 1990, 931; OLG Frankfurt MDR 1984, 764; OLG Frankfurt MDR 1985, 62; OLG Schleswig SchHA 1976, 184, die auf den primär im Verfahren nach §§ 708 ff zu erlangenden Schuldnerschutz abstellen und eine Einstellung gegen Sicherheitsleistung des Schuldners dort ablehnen, wo der Gläubiger gegen Sicherheitsleistung vollstrecken kann (§§ 709, 711).

⁸³ Einschränkung LG Hannover MDR 1994, 730.

chung der Vollstreckung erleidet. Da der Gläubiger schlimmstenfalls mit der Forderung insgesamt ausfallen kann, sind neben der Forderung auch die Zinsen (Verzögerungsschaden) und die Kosten einzubeziehen.⁸⁴ Wurden bereits Gegenstände gepfändet, so liegt insofern eine Sicherung des Gläubigers vor. Die Höhe der Sicherheitsleistung ist dann entsprechend zu reduzieren.⁸⁵

b) Die Einstellung der Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung des Schuldners **24** kommt nach Abs. 1 S. 2 nur ausnahmsweise, nämlich dann in Betracht, wenn (kumulativ) dem Schuldner ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht und er zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist. Nach allgemeiner Ansicht ist eine derartige Einstellung nur bei schwerwiegenden Nachteilen veranlaßt, weil der Schutz des Schuldners hier unmittelbar auf Kosten des materiell berechtigten Gläubigers erfolgt, der seinerseits keine Sicherung erhält. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls, insbes. ist die Einwirkung der Grundrechte auf das Vollstreckungsverfahren (Existenzschutz des Schuldners, Art. 1, 2 I GG, aber auch das Eigentumsrecht des Gläubigers, Art. 14, 20 III GG), Vor § 704 Rdn. 65, zu beachten.⁸⁶ Unersetzbar sind nur solche Nachteile, die man nicht nachträglich beseitigen oder ausgleichen kann.⁸⁷ Ein irreparabler Nachteil liegt vor, wenn die Vollstreckung das Dasein des Schuldners bedroht, wenn beispielsweise die bei Alter oder Krankheit lebensnotwendige Wohnung entzogen,⁸⁸ die wirtschaftliche Grundlage eines Unternehmens durch die Blockade sämtlicher Guthaben bzw. Konten⁸⁹ oder durch die kurzfristige Räumung des Betriebsgrundstücks gefährdet wird.⁹⁰ Irreparable Folgen drohen idR nur bei einer Handlungs- bzw. Unterlassungsvollstreckung nach §§ 887, 888, 890. Dagegen müssen die üblichen Folgen der Zwangsvollstreckung (zB eventuelle Abgabe des Offenbarungseides,⁹¹ Bekanntwerden von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen im Kundenkreis) hingenommen werden, sofern sie nicht existenzgefährdend sind.⁹²

Die Erbringung der Sicherheitsleistung ist dem Schuldner nicht möglich, wenn er über keine hinreichenden Geldmittel verfügt und mangels Kreditwürdigkeit auch keine Prozeßbürgschaft stellen kann. Dies muß der Schuldner nach § 294 glaubhaft machen.⁹³

c) Eine Einstellung der Vollstreckung bis zur Erbringung einer Sicherheitsleistung des Gläubigers (vgl. § 751 II) ist nur dort veranlaßt, wo nicht bereits nach §§ 709, 711 eine solche Sicherheitsleistung vom erstinstanzlichen Gericht festgesetzt wurde, also vor allem in den Fällen des § 708 Nr. 1–3. Wurde dem Gläubiger nach § 710 die Stellung der Sicherheitsleistung vom Prozeßgericht erlassen, so ist deren

⁸⁴ MünchKomm/Krüger Rdn. 14.

⁸⁵ OLG Celle NJW 1959, 2268; OLG Schleswig SchlHA 1969, 121.

⁸⁶ Insofern kann inhaltlich auf den Maßstab des § 765 a (Vermeidung besonders unbilliger Härten) abgestellt werden.

⁸⁷ OLG Frankfurt BB 1985, 833.

⁸⁸ BVerfG NJW 1991, 3207 (zu § 765 a); Bindokat NJW 1992, 2872; Dorn Rpfleger 1989, 262, 263. Freilich ist in diesen Fällen zumeist Vollstreckungsschutz nach §§ 721, 794 a möglich.

⁸⁹ BGHZ 18, 219; 18, 299. Doch gilt in letzterem Fall ein strenger Maßstab: Eine in Liquidation befindliche Gesellschaft erleidet durch den Vollstreckungszugriff auf ihre Vermögenswerte keine

unersetzbaren Nachteile. BGH NJW-RR 1987, 62; OLG Frankfurt JurBüro 1985, 782; ähnliches gilt bei einer reinen Beteiligungsgesellschaft ohne werbende Tätigkeit, OLG Frankfurt MDR 1982, 239.

⁹⁰ Da insofern § 721 nicht eingreift, ist (einstweiliger) Vollstreckungsschutz nach § 712 oder nach § 707 sowie – notfalls – nach § 765 a zu gewähren.

⁹¹ BGH LM Nr. 1 zu § 109; OLG Celle OLGZ 1969, 458; OLG Frankfurt MDR 1989, 462.

⁹² OLG Düsseldorf GRUR 1979, 189; MünchKomm/Krüger Rdn. 17.

⁹³ LAG Düsseldorf JurBüro 1992, 499.

Erbringung anzuordnen, wenn die Aufhebung des Urteils wahrscheinlich ist.⁹⁴ Möglich ist auch die Anordnung einer weiteren Sicherheitsleistung, wenn sich die ursprünglich festgesetzte als zu niedrig erwiesen hat.

- 26** d) Eine **Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen** kommt nur gegen Sicherheitsleistung in Betracht, da dem Gläubiger eine gesicherte Rechtsposition wieder entzogen wird.⁹⁵ Die Aufhebung setzt eine vorherige oder parallele Einstellung der Zwangsvollstreckung voraus. Sie ist insbes. bei Kontenpfändungen geboten, die dem Schuldner die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit nehmen; ähnliches gilt bei Sachpfändungen, bei denen dem Schuldner der Vollstreckungsgegenstand nicht belassen wird.⁹⁶
- 27** e) § 707 enthält nur eine exemplarische, **keine abschließende Aufzählung** möglicher Schutzmaßnahmen. Im Interesse des Gläubigers kann es geboten sein, anstatt einer Einstellung (ohne Sicherheitsleistung) eine Beschränkung der Vollstreckung auf bestimmte Handlungen oder Gegenstände anzuordnen. So kann beispielsweise die Vollstreckung in Geschäftskonten eines Rechtsanwalts untersagt werden, während die Vollstreckung in Grundbesitz zulässig bleibt;⁹⁷ im Fall der Auskunftsklage kann die Einsichtnahme durch einen vereidigten Buchprüfer angeordnet werden, um eine Preisgabe des Kundenkreises an den Konkurrenten auszuschließen.⁹⁸ Das Gericht kann auch mehrere parallele Maßnahmen anordnen; bei teilweiser Erfolgsaussicht des eingelegten Hauptsacherechtsbehelfs kann die Vollstreckung teilweise beschränkt werden.⁹⁹

4. Wirkung des Beschlusses

- 28** Der Einstellungsbeschuß wird bereits mit seinem Erlaß, nicht erst mit der Bekanntgabe an die Parteien, wirksam.¹⁰⁰ Er ist von den Vollstreckungsorganen von Amts wegen zu beachten.¹⁰¹ Nach § 775 Nr. 2 führt seine Vorlage zur Einstellung der Zwangsvollstreckung. Das hat nach § 776 I S. 2 zur Folge, daß die Vollstreckung nunmehr in dem Zustand verbleibt, in dem sie sich gerade befindet. Nur wenn eine Aufhebung der Pfändungsakte angeordnet wurde, sind nach §§ 775 Nr. 2, 776 I S. 2 die Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben. Ist die Fortsetzung der Vollstreckung von der Sicherheitsleistung des Gläubigers abhängig gemacht, so ist die Zwangsvollstreckung ebenfalls nach § 775 Nr. 2 einzustellen. Wird die Erbringung der Sicherheit nachgewiesen, kann gem. § 751 II die Vollstreckung fortgesetzt werden. Ist dem Schuldner die Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung erlassen, so kommt es nach § 775 Nr. 3 erst dann zur Einstellung, wenn der Schuldner die Erbringung der Sicherheitsleistung nachweist.

Die Einstellung beseitigt die Vollstreckbarkeit des Urteils in vollem Umfang.¹⁰² Sie betrifft bei der Forderungspfändung auch den Drittschuldner, da dieser nicht mehr an den Gläubiger leisten darf; idR ist ihm die Leistung an den Schuldner

⁹⁴ OLG Hamburg MDR 1990, 931; OLG Celle MDR 1987, 505; OLG Celle OLGZ 1993, 476.

⁹⁵ RGZ 86, 36, 39 f.

⁹⁶ MünchKomm/Krüger Rdn. 19 – freilich sind hier die speziellen Wertungen des Vollstreckungsschutzes nach § 811 ff zu beachten.

⁹⁷ BGHZ 18, 219 = LM Nr. 10 zu § 719 (Pagedarm).

⁹⁸ BGH WRP 1979, 715; Zöller/Herget § 719, Rdn. 7.

⁹⁹ Schneider MDR 1973, 358.

¹⁰⁰ BGHZ 25, 60; Schneider JurBüro 1974, 584; Kirberger Rpfleger 1976, 8.

¹⁰¹ Es besteht aber keine Amtsermittlungspflicht der Vollstreckungsorgane, Kirberger Rpfleger 1976, 9.

¹⁰² Auch die Kostenfestsetzung ist mitumfaßt, Zöller/Herget Rdn. 20.

wegen der Pfändung nach § 829 verwehrt. Freilich kann er sich gegenüber dem Schuldner auf § 836 II berufen, wenn er in Unkenntnis von der Einstellung an den Gläubiger leistet. Deshalb empfiehlt es sich, den Einstellungsbeschluß dem Drittschuldner zuzustellen.¹⁰³ Vollstreckungsakte, die trotz der Einstellung ergehen, können nach § 766 angefochten werden.

Ist die Anordnung befristet, so erlischt sie mit Fristablauf. Andernfalls kommt es auf den Ausgang des Hauptsacheverfahrens an: Wird der Hauptsacherechtsbehelf zurückgenommen oder rechtskräftig abgewiesen tritt die einstweilige Anordnung eo ipso außer Kraft;¹⁰⁴ dasselbe gilt, wenn der Vollstreckungstitel im Rechtsbehelfsverfahren aufgehoben wird.¹⁰⁵ Die Rückgabe der Abwendungssicherheit an den Schuldner richtet sich nach § 109.¹⁰⁶

V. Rechtsbehelfe

1. Abänderbarkeit

Die einstweilige Anordnung kann wegen ihres vorläufigen Charakters entsprechend § 927 jederzeit bis zum Erlaß des Endurteils auf Antrag abgeändert werden;¹⁰⁷ dem steht der Rechtsmittelausschluß nach Abs. 2 S. 2 nicht entgegen.¹⁰⁸ Eine Abänderung und Überprüfung kommt nicht nur bei veränderten tatsächlichen Umständen in Betracht, sondern auch aufgrund neuer Rechtserkenntnis, insbes. bei Fortschritten im Erkenntnisstand der Hauptsache.¹⁰⁹ Überprüfung und (eventuelle) Abänderung sind auch geboten, wenn dem Gläubiger wegen besonderer Eilbedürftigkeit zunächst kein rechtliches Gehör gewährt wurde s. Rdn. 16. In diesem Fall bedarf es keines ausdrücklichen Abänderungsantrags.¹¹⁰

2. Beschwerde

Obwohl nach Abs. 2 S. 2 eine Anfechtung des Beschlusses ausgeschlossen ist, ist nach nunmehr fast einhelliger Ansicht eine **Anfechtung in bestimmten Fallgruppen zuzulassen**.¹¹¹ Begründet wird dies mit dem Normzweck des Rechtsmittelausschlusses: Er soll die Ermessensfreiheit des erkennenden Gerichts wahren und verhindern, daß das nächstinstanzliche Gericht sein Ermessen an die des erstinstanzlichen Gerichts setzt.¹¹² Soweit sich die Beschwerde jedoch nicht auf einen zweckwidrigen, sondern auf einen rechtswidrigen Ermessensgebrauch richtet, greift der Rechtsmittelausschluß nicht ein.¹¹³ Doch ist die Anfechtbarkeit wegen des weitergehenden Normzwecks des § 707 II S. 2 auch dahin einzuschränken, daß eine Nachprüfung der Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs durch das Beschwerdegericht ausgeschlossen ist: Der Rechtsmittelausschluß will nämlich verhindern, daß die

¹⁰³ RGZ 128, 81. MünchKomm/Krüger Rdn. 20 Fn. 65 wendet §§ 407, 408 BGB analog an.

¹⁰⁴ RG SeuffArch. 84, 96.

¹⁰⁵ Rosenberg/Gaul § 11 III 6.

¹⁰⁶ Deubner JuS 1978, 409.

¹⁰⁷ Messer JuS 1969, 119 f; Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 22 mwN.

¹⁰⁸ Vielmehr hat der historische Gesetzgeber den Rechtsmittelausschluß mit der Abänderbarkeit begründet, *Hahn* Materialien II, 426.

¹⁰⁹ MünchKomm/Krüger Rdn. 22. Zur ähnlichen Problematik bei § 769 dort Rdn. 27.

¹¹⁰ OLG Celle MDR 1970, 243; MünchKomm/Krü-

ger Rdn. 22; Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 22; aM AK/Schmidt von Rhein Rdn. 10.

¹¹¹ Ausf. *Schneider* MDR 1980, 529; *ders.* MDR 1985, 547; *Künkel* MDR 1989, 309; *ders.* FuR 1991, 349.

¹¹² MünchKomm/Krüger Rdn. 23. Der historische Gesetzgeber hat sich von dieser Motivation freilich nicht leiten lassen; *Hahn* Materialien II, 427, dazu *Hellhake* Einstweilige Einstellung, 95 ff.

¹¹³ *Baumbach/Lauterbach/Hartmann* Rdn. 17; MünchKomm/Krüger Rdn. 23 mwN.

Hauptsacheentscheidung durch die Rechtsansicht des übergeordneten Beschwerdegerichts präjudiziert wird.¹¹⁴ **Funktionell** ist die Beschwerde damit der im fG-Verfahren anerkannten **Rechtsbeschwerde angenähert**:¹¹⁵ Zu prüfen ist nur, ob der Anwendungsbereich des § 707 erkannt, das Verfahren beachtet wurde, Schuldner und Gläubigerinteressen zutreffend abgewogen wurden, s. Rdn. 22. Auf eine „greifbare Gesetzeswidrigkeit“¹¹⁶ des Beschlusses kommt es hingegen nicht an, weil die Statthaftigkeit der Beschwerde nicht an die Schwere der Rechtsverletzung anknüpft.¹¹⁷

32 Statthafter Rechtsbehelf ist die **allgemeine Beschwerde nach § 576**, nicht die sofortige Beschwerde nach § 793.¹¹⁸ Denn über die einstweilige Anordnung wird nicht im Vollstreckungs-, sondern in Zusammenhang mit dem Hauptsacherechtsbehelf, also im Erkenntnisverfahren entschieden,¹¹⁹ so daß § 793 nicht anwendbar ist.¹²⁰ Zudem sprechen praktische Gründe für die Anwendung des § 567: Angesichts der allgemein anerkannten Abänderungsbefugnis bei § 707 muß die hM recht umständlich erklären, warum hier § 577 III nicht gelten soll.¹²¹ Das Anfechtungsrecht richtet sich nach den allgemeinen Regeln. Der Beschwerdeführer muß eine anfechtbare Rechtsverletzung behaupten, andernfalls ist die Beschwerde zu verwerfen.¹²² Gem. § 568 ist die weitere Beschwerde nicht zulässig, da nicht vorgesehen; gegen die Entscheidung des Landgerichts als Berufungsgericht und gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist die Beschwerde nach § 567 III, IV ausgeschlossen. Doch sind die allgemeinen Anfechtungsregeln dahin zu modifizieren, daß auch dem Gläubiger ein Anfechtungsrecht zuzubilligen ist.¹²³ Dies ergibt sich daraus, daß die einstweilige Anordnung unter Abwägung der Interessen beider Parteien ergeht. Das Antragsrecht des Schuldners bei §§ 707, 719¹²⁴ kann daher dem Gläubiger die Anfechtungsbefugnis nicht nehmen.¹²⁵

33 Die Beschwerde ist begründet, wenn das erstinstanzliche Gericht die Anwendbarkeit des § 707 nicht erkannt hat (Ermessensunterschreitung) oder die Grenzen seines Ermessens verkennt (Ermessensüberschreitung, zB Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung ohne Prüfung des Abs. 1 S. 2).¹²⁶ Eine Aufhebung

¹¹⁴ Hahn Materialien II 427; RGZ 47, 419, 420; 144, 86, 88; Hellhake Einstweilige Einstellung, 95–99; Messer JuS 1969, 119; Schneider MDR 1980, 530.

¹¹⁵ Insoweit ähnl. Schneider MDR 1985, 548. Zur Rechtsbeschwerde Habscheid Freiwillige Gerichtsbarkeit⁷ (1983) § 35 I 2.

¹¹⁶ Darauf stellt die überwiegende Rechtsprechung ab: BGH NJW 1994, 2363; OLG Hamburg ZMR 1991, 26; OLG Karlsruhe ZMR 1994, 324; BGH NJW 1994, 2363; OLG Hamm ZMR 1991, 26; OLG Hamm MDR 1988, 241; OLG Frankfurt MDR 1988, 61; OLG Köln NJW-RR 1987, 189; OLG Hamm FamRZ 1990, 1267. Brox/Walker Rdn. 177; Rosenberg/Gaul § 11 III 7 (nur Gegenvorstellung); Schneider MDR 1980, 530; Baumbach/Lauterbach/Hartmann Rdn. 17; krit. Stein/Jonas/Münzberg Rdn. 23; Zöller/Herget Rdn. 22.

¹¹⁷ Insofern ähnl. MünchKomm/Krüger Rdn. 24; Künkel MDR 1989, 311; OLG Nürnberg WRP 1983, 177; OLG Karlsruhe OLGZ 1973, 486.

¹¹⁸ So aber OLG Karlsruhe ZMR 1994, 324; OLG Schleswig FamRZ 1990, 303; OLG Frankfurt FamRZ 1987, 393; KG FamRZ 1988, 313; LG

Koblenz NJW-RR 1987, 506; OLG Hamburg FamRZ 1990, 431 Nr. 237.

¹¹⁹ OLG Hamburg MDR 1989, 269; OLG Hamburg FamRZ 1990, 431 (1. Senat); Künkel MDR 1989, 310 f; ders. FuR 1991, 351; Schuschke/Walker Rdn. 17.

¹²⁰ AA Schneider MDR 1985, 547; Hellhake Einstweilige Einstellung, 104.

¹²¹ Schneider MDR 1985, 549; dazu Künkel FuR 1991, 351.

¹²² MünchKomm/Krüger Rdn. 24.

¹²³ Ebenso die hM zur sofortigen Beschwerde nach §§ 793, 577, Thomas/Putzo Rdn. 19.

¹²⁴ Es erklärt sich aus der gesetzlichen Ausgestaltung von Vollstreckbarkeit und Vollstreckungsschutz, hat aber darüber hinaus keinen eigenständigen Gerechtigkeitsgehalt s. Rdn. 2, 3.

¹²⁵ AA aus allgemeinen Erwägungen zu § 567 Künkel MDR 1989, 311; ders. FuR 1991, 351, der dem Gläubiger deshalb die außerordentliche Beschwerde eröffnen will. Wie hier OLG Hamm NJW-RR 1990, 1277 (zu § 724).

¹²⁶ Beispiele: OLG Frankfurt MDR 1986, 62; OLG Koblenz WRP 1990, 366.

des Beschlusses ist aber auch bei schweren Verfahrensfehlern geboten, etwa bei fehlender Gewährung rechtlichen Gehörs,¹²⁷ Verstoß gegen den gesetzlichen Richter,¹²⁸ Einstellung ohne Antrag¹²⁹ oder fehlender Begründung.¹³⁰ Freilich wird das Erstgericht derartigen Verfahrensfehlern idR nach § 571 abhelfen. Angesichts seines eingeschränkten Prüfungsrechts kann das Beschwerdegericht selbst in der Sache entscheiden, sondern nur den angefochtenen Beschluß aufheben und das Ausgangsgericht anweisen, den Antrag unter Beachtung seiner Entscheidung neu zu verbescheiden.¹³¹

VI. Kosten

Gesonderte Gerichtsgebühren für den Antrag nach Abs. 1 fallen nicht an; die **34** Anwaltsgebühren werden idR gem. § 37 Nr. 3 BRAGO von der Prozeßgebühr mit umfaßt. Wird über den Antrag in gesonderter Verhandlung entschieden, erhält der Anwalt nach § 49 I BRAGO $\frac{3}{10}$ der Gebühren nach § 31 BRAGO.

Der Streitwert berechnet sich nach dem Wert des vollstreckbaren Anspruchs, ohne Nebenforderung und Kosten (§ 22 GKG). Er ist aber wegen der vorläufigen Wirkung der Anordnung auf einen Bruchteil zu begrenzen, der nach § 3 zu schätzen ist. Dabei ist von $\frac{1}{5}$ auszugehen.¹³² Eine gesonderte Kostenentscheidung ist nicht veranlaßt.

Vorbemerkungen zu §§ 708–720

Schrifttum

Baur Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967; *Blomeyer* Vorläufig vollstreckbares Urteil: Wird der Klageanspruch durch die Vollstreckung oder ihre Abwendung erfüllt?, JR 1979, 490; *Braun* Erfüllung, Verzugsbeendigung und Verzugszinsen bei Abwehrleistung und vorläufiger Vollstreckung, AcP 184 (1984) 152; *Czub* Die schuldtilgende Wirkung der Beitreibung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel, ZZZ 102 (1989) 273; *Furtner* Die vorläufige Vollstreckbarkeit, 1953; *Guntau* Die rechtliche Wirkung der an den Gerichtsvollzieher geleisteten freiwilligen Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus für vorläufig vollstreckbar erklärten Zahlungstiteln, DGVZ 1984, 17; *Kerameus* Provisional Enforceability of Judgments, FS Gaul (1997), 277 ff. *Kerwer* Die Erfüllung in der Zwangsvollstreckung, 1996; *Kreutz* Die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung nach einem vorläufig vollstreckbaren Urteil, 1994; *Krüger* Die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung im Spannungsfeld zwischen materiellem und formellem Recht, NJW 1990, 1208; *Oetker* Die Festsetzung der Sicherheitsleistung bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen, ZZZ 102 (1989) 449; *Pape* Unzulässige Konkursanträge aufgrund vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel?, NJW 1993, 297; *Schilken* Grundfragen der vorläufigen Vollstreckbarkeit, JuS 1990, 641; *Schlosser* Wann ist ein Urteil aufgehoben?, FS Nakamura (1996) 515; *Schneider* Kostenentscheidung im Zivilurteil, §§ 36–38; *ders.* Anfechtbarkeit von Entscheidungen nach § 108 ZPO, MDR 1983,

¹²⁷ OLG Köln AnwBl. 1985, 381; LG Saarbrücken DAVorm 1986, 87; OLG Schleswig SchlHA 1984, 164 – sofern dadurch die Ermessensgrundlage verfälscht wird, was aber idR der Fall sein wird s. Rdn. 16.

¹²⁸ OLG Frankfurt MDR 1988, 63; aA Münch-Komm/Krüger Rdn. 24 Fn. 77.

¹²⁹ OLG Hamm FamRZ 1990, 1267.

¹³⁰ OLG Stuttgart MDR 1998, 620; LG Kiel SchlHA 1984, 164, idR wird die fehlende Begründung

einen Ermessensfehler indizieren, AK/Schmidt von Rhein Rdn. 13; aA OLG Zweibrücken Jur-Büro 1987, 298; Baumbach/Lauterbach/Härtmann Rdn. 20; differenzierend MünchKomm/Krüger Rdn. 23; Schneider MDR 1985, 548 f.

¹³¹ OLG München OLGZ 1985, 474; Schuschkel Walker Rdn. 18.

¹³² BGH MDR 1991, 1205; OLG Köln Rpfleger 1976, 138; OLG Hamm FamRZ 1980, 476; KG WM 1983, 968.

905; *Schünemann* Befriedigung durch Zwangsvollstreckung, JZ 1985, 49; *Vogg* Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit: Gemeinsamkeiten und Wertungswidersprüche, 1991; *Wieser* Die Vollstreckbarkeit im weiteren Sinn, ZZP 102 (1989), 261.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Allgemeines	1	1. Amtswegige Anordnung und Parteianträge	9
1. Normzweck	1	2. Entscheidungsformel	10
2. Sicherung des Schuldnerinteresses	2	3. Sicherheitsleistung	11
3. Verfassungsrechtliche Implikationen	3	4. Rechtsbehelfe	16
4. Rechtsvergleichung	4	IV. Die Wirkungen der vorläufigen Vollstreckbarkeit	17
5. Reformbedürftigkeit	5	1. Prozessuale Wirkungen	17
II. Anwendungsbereich	6	2. Materiell-rechtliche Wirkungen	19
1. Urteile	6	V. Dauer der vorläufigen Vollstreckbarkeit	21
2. Abgrenzungen	8	VI. Neue Bundesländer	22
III. Verfahren	9		

I. Allgemeines

1. Normzweck

1 Die vorläufige Vollstreckbarkeit dient dem **Gläubigerinteresse**: Sie ermöglicht ihm einen Zugriff auf das Schuldnervermögen und die Befriedigung seiner Forderung durch dessen Verwertung vor Eintritt der formellen Rechtskraft. Damit räumt der Gesetzgeber dem Gläubigerinteresse auf rasche Zwangsvollstreckung den Vorrang vor dem Sicherungsinteresse des Schuldners ein.¹ Dieser Vorrang ist durch die Richtigkeitsgewähr der gerichtlichen Entscheidung, die den Urteilsausspruch trägt, legitimiert.² Daneben will das Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit die Rechtsmittelgerichte vor unberechtigter Inanspruchnahme bewahren: Da die Anfechtung des Urteils keinen Suspensiveffekt für die Vollstreckung auslöst, kommt eine Rechtsmittel einlegung zum Zweck des Vollstreckungsaufschubes nicht in Betracht.³ Freilich steht der Vollstreckungszugriff des Gläubigers unter der auflösenden Bedingung einer Aufhebung des Urteils im Rechtsbehelfsverfahren.⁴

2. Gewährleistung des Schuldnerschutzes

2 Der Schuldner muß vor einem materiell-rechtlich nicht berechtigten Zwangsvollstreckungszugriff des Gläubigers geschützt werden. Wird das Urteil im Rechtsmittelweg aufgehoben, so steht ihm nach § 717 II (und III) gegen den Gläubiger ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch zu. Der Gläubiger betreibt also die Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel auf eigenes Risiko.⁵ Das Gesetz garantiert diesen Schutz durch die Notwendigkeit einer Sicherheitsleistung des Gläubigers (§§ 709, 711). Ihre Erbringung ist Voraussetzung der Zwangsvollstreckung (§ 751 II) und bewahrt den Schuldner vor dem Insolvenzrisiko des

¹ BPatG GRUR 1986, 46.

² *Gilles* Rechtsmittel im Zivilprozeß (1985) 251; ebenso bereits *Hahn* Motive II/1, 421 in bezug auf die Zuverlässigkeit amtsgerichtlicher Entscheidungen.

³ *Hahn* Motive II/1, 427; BT-Drucks. 7/2729, 45; *Stein/Jonas/Münzberg* § 708 Rdn. 1; *Vogg* Einstweiliger Rechtsschutz, 31.

⁴ *Furtner* Vorläufige Vollstreckbarkeit, 2.

⁵ BGHZ 85, 110, 113.

Gläubigers.⁶ Die Höhe bemißt sich nach dem zu erwartenden Schadensersatzanspruch (Rdn. 10). Dieser primäre Schuldnerschutz wird durch § 712 dahin ergänzt, daß der Schuldner eine Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen eigene Sicherheitsleistung beantragen kann, wenn ihm irreparable Vollstreckungsnachteile drohen. Sowohl Gläubiger als auch Schuldner können den Erlaß der Sicherheitsleistung beantragen, wenn sie zur Aufbringung nicht in der Lage sind (§§ 710, 712). Die Regelung wird ergänzt durch die Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 707, 719, die von der Erfolgsaussicht der Urteilsanfechtung abhängen.

3. Verfassungsrechtliche Implikationen

Besondere verfassungsrechtliche Vorgaben, die über die allgemeinen Einwirkungen der Verfassung auf das Zwangsvollstreckungsrecht hinausgehen, bestehen für die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht. Zwar erfordern die Effektivität des Rechtsschutzes und der Justizgewährungsanspruch eine zügige Verwirklichung der Gläubigerrechte aus Art. 2 I und 14 GG.⁷ Bei der Ausgestaltung im einzelnen verbleiben dem Gesetzgeber aber große Handlungsspielräume.⁸ Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben ist der Gesetzgeber sowohl durch die Schaffung der vorläufigen Vollstreckbarkeit als auch durch die Einrichtung einstweiligen Rechtsschutzes im Arrest- und Verfügungsverfahren nachgekommen. Dem vermögensrechtlichen Schuldnerschutz wird durch die Schaffung der Ersatzansprüche aus §§ 717, 945 Rechnung getragen. Die konkrete Handhabung des Verfahrens nach §§ 708 ff durch die Gerichte erfordert zudem, daß sowohl die Gläubigerrechte aus Art. 14 GG als auch der Schuldnerschutz aus Art. 1, 2 GG (Existenzschutz) und Art. 2 und 14 GG (Vermögensschutz) berücksichtigt werden. Insbesondere darf die vorläufige Vollstreckung für den Schuldner keine irreparablen Rechtsverluste schaffen. Die Gerichte müssen allerdings auch vermeiden, daß dem Gläubiger die Rechtsverwirklichung durch zu hohe Anforderungen (zB überhöhte Sicherheitsleistung) vereitelt wird. Das Gesetz hat für diese Fallgestaltungen Schutzanträge von Gläubiger und Schuldner nach §§ 710, 711 S. 2 und 712 vorgesehen und dem erkennenden Gericht weitreichende Ermessensspielräume eingeräumt.

4. Rechtsvergleichung

Die deutsche Regelung ermöglicht im internationalen Vergleich die weitestreichende Bevorzugung des Gläubigerinteresses:^{8a} Die §§ 648, 649 CPO [1877] hatten zum Vorbild die *exécution provisoire* des französischen Rechts.⁹ Freilich ist die aktuelle Regelung der vorläufigen Vollstreckbarkeit in Frankreich enger: Art. 515 NCPC stellt deren Bewilligung (von den Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes abgesehen, Art. 514 NCPC) in das Ermessen des Gerichts. Eine vorherige Sicherheitsleistung des Gläubigers ist regelmäßig erforderlich, Art. 516 NCPC. Die vorläu-

⁶ Im Fall des § 711 steht dem Schuldner eine Abwendungsbefugnis gegen Sicherheitsleistung zu, die der Gläubiger durch Erbringung einer eigenen Sicherheitsleistung überwinden kann, § 711 Rdn. 4 ff.

⁷ BVerfGE 46, 166, 178 zu § 198 SGG; zur Abgrenzung von Eigentums- und Vermögensschutz BVerfGE 94, 267, 300 f – LPG – Altschulden.

⁸ Vogg *Einstweiliger Rechtsschutz*, 52; *Walker* *Einstweiliger Rechtsschutz* (1993) Rdn. 42 ff.

^{8a} Umfassender, rechtsvergleichender Überblick bei *Kerameus* FS Gaul (1997), 277 ff.

⁹ Art. 457 cpr. civ. aF, vgl. *Hahn* *Motive* II/1, 396 ff. Der historische Gesetzgeber hatte freilich die generelle Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit für das deutsche Recht nicht vorgesehen; die heutige Regelung basiert im wesentlichen auf der Novelle 1924 (RGBl. 1924 I 135).

fige Vollstreckung nur wegen der Kosten ist ausgeschlossen, Art. 515 Abs. 2 S. 2 NCPC.¹⁰ In Österreich ist nach §§ 370 ff EO eine vorläufige Exekution von Geldforderungen als sog. Sicherungsvollstreckung möglich (vgl. § 374 EO), jedoch vor dem Hintergrund einer weitreichenden Beschränkung der Berufungsinstanz.¹¹ Die Schweiz kennt keine vorläufige Vollstreckbarkeit von Urteilen.¹² Geldforderungen können jedoch vereinfacht – ohne Titulierung – im Wege der Schuldbetreibung (Art. 67 ff SchKG) durchgesetzt werden, sofern der Schuldner die Forderung nicht bestreitet (Rechtsvorschlag). Einstweiliger Rechtsschutz erfolgt für Geldforderungen im Arrestverfahren nach Art. 271 ff SchKG, ansonsten nach kantonalem Recht.¹³ Das italienische Recht kennt ebenfalls keine vorläufige Vollstreckbarkeit, einstweiliger Rechtsschutz für Geldforderungen wird nach Art. 670 ff CPC im Wege des Arrestes gewährt. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist der Begriff der formellen Rechtskraft nicht gebräuchlich. Urteile sind deshalb sofort vollstreckbar. Doch kann nach Einlegung der Berufung ohne erhöhte Voraussetzungen eine Einstellung der Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung erreicht werden.¹⁴ Zur Situation in der früheren DDR s. Rdn. 22.

5. Reformbedürftigkeit

- 5 Die §§ 708 ff enthalten eine sehr differenzierte, freilich im einzelnen unübersichtliche Regelung, die nur historisch durch die zahlreichen Gesetzesnovellen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit erklärbar ist.¹⁵ Rechtspolitisch wäre eine Vereinfachung folgender Punkte wünschenswert:¹⁶ Nach dem geltenden Recht muß die vorläufige Vollstreckbarkeit im Urteilstenor jeweils ausdrücklich angeordnet werden (Rdn. 10). Das ist unnötig, weil seit der Novelle von 1924¹⁷ sämtliche Zivilurteile für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind, sofern nicht besondere Schuldnerschutzmaßnahmen nach § 712 (dort Rdn. 13) ergehen. Insofern erscheint eine generelle gesetzliche Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit aller Zivilurteile (vgl. die Regelung des § 62 I 1 ArbGG) sachgerechter. Zudem ist die Gesetzssystematik überholt, soweit sie die Fallgruppen der §§ 708, 711 und § 709 danach unterscheidet, ob die Vollstreckung von der vorherigen Sicherheitsleistung des Schuldners abhängt.¹⁸ Wegen des im Jahre 1977 eingefügten § 720 a hat diese Unterscheidung heute nämlich keine größeren Auswirkungen mehr.¹⁹ In beiden Fallgruppen kann der Gläubiger ohne Erbringung der eigenen Sicherheitsleistung die Zwangsvollstreck-

¹⁰ Nach § 708 Nr. 11 ist hingegen die vorläufige Vollstreckbarkeit in diesem Falle sogar erleichtert.

¹¹ Rosenberg/Gaul § 14 I 1; Holzhammer Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴ (1993) 410 ff.

¹² Ausnahmen ergeben sich bisweilen aus den kantonalen Prozeßordnungen, *Habscheid Droit judiciaire privé suisse*² (1981) 334, 378.

¹³ Gaul ZZP 85 (1972), 251, 282 (Anm. 149); *Fritzsche/Walder* Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht I, 232 f.

¹⁴ England: O. 47 r. 1 RSC, dazu *Casson Ogdes* on High Court Pleading and Practice (1991) 429 ff; Schottland: *Böttger* Schottisches Zivilprozeßrecht² (1982) 96; USA: *Schack* Einführung in das US-Prozeßrecht (1996); *Kerameus* FS Gaul (1997), 277, 282 f.

¹⁵ Knapper Überblick bei *Vogg* Einstweiliger Rechtsschutz, 36 f; fehlende, innere Abstimmung bemängelte bereits *Wach* Vorträge zur Reichs-Civilprozeßordnung (2. Aufl. 1896), S. 303 ff in bezug auf die ursprüngliche Gesetzesfassung (1879).

¹⁶ Für eine Vereinfachung auch *AK/Schmidt von Rhein* Rdn. 6.

¹⁷ RGBl. 1924 I 146.

¹⁸ Ein Sonderfall sind lediglich die in § 708 Nr. 1–3 genannten Urteile, für die § 711 nicht gilt.

¹⁹ Eine Ausnahme gilt nur für die Urteile, die nicht auf eine Geldforderung lauten, da § 720 a auf sie nicht anwendbar ist.