Seit 1881

# DEUTSCHE GERICHTSVOLLZIEHER ZEITUNG

ZEITSCHRIFT für VOLLSTRECKUNGS-, ZUSTELLUNGS- und KOSTENWESEN

DGVZ

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

JANUAR 2004 · 119. JAHRGANG · NR. 1/2004

## Die Vollstreckung aus Titeln auf Leistung Zug um Zug nach der Zweiten Zwangsvollstreckungsnovelle und dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Von Rechtsanwalt Dr. Frank Fichtner, Monschau*)

*1. Teil*

***Das Angebot der Gegenleistung nach § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO***

### A. Entstehungsgeschichte

Die ZPO, in Kraft getreten am 1. Oktober 1879, ist eines der Reichsjustizgesetze aus dem Jahre 1877. Ursprünglich enthielt die ZPO keine besondere Regelung für Zug-um-Zug-Leistungen. Trotz Erörterung im Gesetzgebungsverfahren wurde zur Vollstreckung von Titeln auf Leistung Zug um Zug letztlich von einer besonderen Regelung abgesehen. Durchgesetzt hatte sich damals die Auffassung, dass dieser Regelungsgegenstand „mit dem Zivilrecht zu eng verwachsen sei, um im Gesetz gelöst werden zu können“[1]). Zumindest, so bestand Einigkeit, könne die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für solche Titel nicht versagt werden[2]). 1896 wurde das BGB verabschiedet. Inkraftgetreten ist es im Jahre 1900. Mit der Einführung eines einheitlichen Gesetzbuchs für das materielle Zivilrecht war auch eine Überarbeitung der Zivilprozessordnung geboten. In der Novelle der ZPO von 1898 wurde dem § 726 ZPO der Abs. 2 hinzugefügt und mit den §§ 756, 765 ZPO eine an das materielle Recht des BGB anknüpfende Regelung getroffen[3]). Der Beginn der Zwangsvollstreckung sollte vom Angebot der Gegenleistung, dem Nachweis der Befriedigung oder doch wenigstens des Annahmeverzuges abhängen. Zuletzt wurde durch die Zweite Zwangsvollstreckungsnovelle die Regelung in § 756 ZPO um einen Abs. 2 ergänzt.

### B. Regelungszweck des § 756 Abs. 1 ZPO

Nach § 726 Abs. 2 ZPO wird bei Titeln auf Leistung Zug um Zug die vollstreckbare Ausfertigung sofort erteilt, soweit die dem Schuldner obliegende Leistung nicht in der Abgabe einer Willenserklärung besteht. Im Klauselerteilungsverfahren findet keine Überprüfung statt, ob die dem Schuldner gebührende Gegenleistung ordnungsgemäß erbracht worden ist. Zweck der Regelung in § 756 Abs. 1 ZPO ist es sicherzustellen, dass der Schuldner die ihm zustehende Gegenleistung mit Nachweis der Erfüllung oder des Annahmeverzuges unter gleichzeitiger Wahrung der Interessen des Gläubigers, die von ihm geschuldete Leistung bis zur Leistung des Schuldners zu behalten, erlangt[4]).

Mithin soll die im materiellen Recht begründete Verknüpfung und Abhängigkeit beider Leistungen zunächst auch in der Zwangsvollstreckung grundsätzlich gewahrt bleiben und einen Leistungsaustausch sicherstellen. Dies bedeutet, dass das Vollstreckungsorgan materiell-rechtliche Fragen bei der Vollstreckung beachten muss. Dadurch wird das Prinzip der Formalisierung des Zwangsvollstreckungsverfahrens durchbro-

*) Bei der hier abgedruckten Abhandlung handelt es sich um einen aus der Dissertation des Autors entnommenen Beitrag, der auf Grund seines Umfanges in drei Teilen veröffentlicht wird.

1) *Hahn*, Materialien, Abt. 1, S. 810 f.

2) *Hahn*, a. a. O., S. 439 = Motive, S. 411.

3) *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 16 1 b aa.

4) *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 1.

chen und das Vollstreckungsorgan bei der Prüfung der materiellen Rechtslage mitunter vor erhebliche Probleme gestellt[5]).

## C. Vollstreckung durch Gerichtsvollzieher

Durch § 756 ZPO wird die Vollstreckung von Titeln auf Leistung Zug um Zug durch den Gerichtsvollzieher geregelt[6]). Soweit ein anderes Vollstreckungsorgan zuständig ist, namentlich sind dies das Prozessgericht, das Vollstreckungsgericht oder das Grundbuchamt, richtet sich die Vollstreckung nach § 765 ZPO. Begründet ist die unterschiedliche Regelung der Vollstreckung mit der Tatsache, dass allein der Gerichtsvollzieher in der Lage ist, die geschuldete Gegenleistung dem Schuldner auch anzubieten. Diese Möglichkeit des Angebotes der geschuldeten Gegenleistung haben die anderen Vollstreckungsorgane nicht. Deshalb darf das nach § 765 ZPO zuständige Vollstreckungsorgan eine Vollstreckungsanordnung nur treffen, wenn gemäß Ziffer 1 der Norm die Befriedigung oder der Annahmeverzug des Schuldners durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen und eine Abschrift der Urkunde zugestellt worden ist, soweit nicht mit der Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher nach § 756 Abs. 1 ZPO begonnen wurde und der Beweis durch das Protokoll des Gerichtsvollziehers geführt wird. Vollstreckungsmaßregeln können darüber hinaus angeordnet werden, wenn der Gerichtsvollzieher eine Vollstreckungsmaßnahme nach § 756 Abs. 2 ZPO durchgeführt hat, die nicht oder nicht vollständig zur Befriedigung des Gläubigers geführt hat[7]), und diese durch das Protokoll des Gerichtsvollziehers nachgewiesen ist, § 765 Ziffer 2 ZPO.

## D. Titel auf Leistung Zug um Zug

### I. Allgemeines

Soweit der Gerichtsvollzieher zuständiges Vollstreckungsorgan ist, findet § 756 ZPO auf alle Titel Anwendung, aus denen Zug um Zug zu leisten und eine einfache Klausel nach § 724 ZPO zu erteilen ist. Titel sind deutsche rechtskräftige oder für vorläufig vollstreckbar erklärte Endurteile[8]), ausländische Urteile, wenn ein Vollstreckungsurteil nach § 722 ZPO ausgesprochen[9]) oder die Vollstreckung nach EuGVÜ, AVAG oder einem Staatsvertrag zulässig ist[10]). Weitere Titel sind in § 794 ZPO genannt. Daneben gibt es durch bundes- oder landesrechtliches Gesetz geschaffene Titel[11]). Eine Aufzählung aller in Betracht kommenden Titel findet sich in §§ 67 bis 71 GVGA. Auch wenn ein Titel auf Leistung Zug um Zug sowohl die geschuldete Leistung als auch die Gegenleistung bestimmt, kann die Partei, die durch den Titel zur Leistung verpflichtet ist, aus diesem Titel nicht auch auf Leistung der Gegenleistung vollstrecken. Die Gegenleistung wird nicht tituliert, eine Vollstreckung aus dem Titel in umgekehrter Richtung ist unzulässig[12]).

### II. Titel auf Leistung Zug um Zug

Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 756 ZPO ist ein Titel, der auf Leistung Zug um Zug lautet. Dies sind Titel, nach denen der Schuldner grundsätzlich nur zur Leistung verpflichtet ist, wenn der Gläubiger seinerseits bereit und im Stande ist, die von ihm geschuldete Leistung zu erbringen.

#### 1. Titel auf Zahlung gegen Aushändigung einer Urkunde

Kein Titel auf Leistung Zug um Zug liegt vor, wenn gegen die Aushändigung einer Urkunde zu leisten ist. Regelmäßig dienen Urkunden allein dazu, eine Vereinbarung schriftlich festzuhalten, um Klarheit über den Inhalt der Vereinbarung sowie eine eindeutige Beweislage zu schaffen und die Beteiligten vor übereilten Handlungen zu warnen. Ein eigener materiellrechtlicher Gehalt kommt der Urkunde nicht zu, die Urkunde ist selbst nicht Gegenstand eines zu leistenden Anspruchs.

Von dem Grundsatz, dass eine Leistung gegen Aushändigung einer Urkunde keine Leistung Zug um Zug im Sinne von § 726 ZPO ist, ist eine Ausnahme zu machen, wenn die Urkunde nicht allein dem Nachweis des Gläubigerrechts dient, sondern selbst Gegenstand eines Zug um Zug zu erfüllenden Austauschverhältnisses ist[13]).

Derartige Urkunden sollen nach einer Meinung vor allem Wertpapiere sein[14]). Da das Vollstreckungsorgan in derartigen Fällen nicht übersehen könne, welche Situation die titelerzeugende Stelle vor sich hatte, soll nach dieser Ansicht eine Verweigerung der Anwendung der §§ 756, 765 ZPO durch das Vollstreckungsorgan unzulässig sein[15]). Der Gerichtsvollzieher dürfe daher nur dann wegen einer Wechselforderung vollstrecken, wenn er auch zur Aushändigung des Wechsels in der Lage sei[16]). Aus der Formulierung des Art. 39 WG ergebe sich ein Zurückbehaltungsrecht, da der Bezogene vom Inhaber gegen Zahlung die Aushändigung des quittierten Wechsels verlangen könne[17]). Gleiches gelte nach Art. 50 WG für den Rückgriffsschuldner[18]). Auch Art. 39 WG gebe dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne von § 273 Abs. 1 BGB, so dass § 274 BGB anzuwenden sei. Würde eine Vollstreckung ohne Annahmeverzug des Wechselgläubigers zugelassen, würde der Wechselschuldner um sein Zurückbehaltungsrecht gebracht[19]). Eine dieses Ergebnis vermeidende Auslegung entspreche allein dem Gesetz und der gegenseitigen Interessenslage[20]).

Nach zutreffender herrschender Ansicht finden hingegen die §§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO auch bei den Wertpapieren keine Anwendung[21]). Dies betrifft alle legitimierenden Urkunden nach §§ 785, 797, 808 Abs. 2 BGB, § 364 Abs. 3 HGB. Hauptanwendungsfälle sind dabei Schecks nach Art. 34, 47 ScheckG und Wechsel nach Art. 39, 50, 77 WG. In den in Frage stehenden Fällen hat der Schuldner nur gegen Vorlage einer

---

5) *Schneider*, DGVZ 1978, 64, 67; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 I b aa.

6) Zum Aufgabenbereich des Gerichtsvollziehers in der Zwangsvollstreckung allgemein siehe *Blomeyer*, Vollstreckungsrecht, § 4 I; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 11.

7) *Thomas/Putzo*, § 765, Rdnr. 7; Gleiches muss gelten, wenn die Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher keinen Annahmeverzug herbeigeführt hat.

8) Dazu *Brox/Walker*, Rdnr. 47.

9) Dazu *Brox/Walker*, Rdnr. 50.

10) Dazu *Brox/Walker*, Rdnr. 51.

11) Dazu *Brox/Walker*, Rdnrn. 99, 100.

12) AG Wuppertal DGVZ 1991, 43; *Garbe*, DGVZ 1951, 5, 7; *Gottwald*, Zwangsvollstreckung, § 756, Rdnr. 2; *Musielak/Lackmann*, § 756, Rdnr. 1; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 1 b bb; *Werner/Pastor*, Bauprozess, Rdnr. 2725.

13) *Wieczorek/Schütze/Salzmann*, § 756, Rdnr. 3.

14) *Treysse*, DGVZ 1983, 36.

15) *Wieczorek/Schütze/Salzmann*, § 756, Rdnr. 3.

16) *Treysse*, DGVZ 1983, 36.

17) OLG Nürnberg BB 1965, 1293; *Treysse*, DGVZ 1983, 36.

18) *Treysse*, DGVZ 1983, 36.

19) *Treysse*, DGVZ 1983, 36, 37.

20) RGZ 36, 96, 105.

21) OLG Frankfurt DGVZ 1981, 84, 85; AG Villingen-Schwenningen DGVZ 1988, 122; LG Aachen DGVZ 1983, 75, 76; *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 39; *Hintzen/Wolf*, Mobiliarvollstreckung, Rdnr. 218; *Schuschke/Walker*, Zwangsvollstreckung, § 756, Rdnr. 2; *Schmidt-von Rhein*, in AK-ZPO, § 756, Rdnr. 5; *Thomas/Putzo*, § 756, Rdnr. 2; *Musielak/Lackmann*, § 756, Rdnr. 2; *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 4; *Zimmermann*, ZPO, § 756, Rdnr. 8; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 1 c; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 9 m. w. N.

legitimierenden Urkunde zu leisten. Er hat aber keinen eigenen Anspruch auf Herausgabe der Urkunde, denn es geht nicht um die Befriedigung eines selbständigen Gegenrechts, sondern um besondere Ausgestaltungen des Rechts auf Quittung, § 368 BGB[22]). Dieses Recht ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, ohne dass ein entsprechender Ausspruch im Titel erforderlich ist[23]). Es ist keine echte Gegenleistung, die ein Zurückbehaltungsrecht, das zur Verurteilung Zug um Zug führt, begründen kann[24]).

Anders verhält es sich bei dem Herausgabeanspruch des Grundstückseigentümers gegen den Gläubiger auf Aushändigung des Hypothekenbriefs aus § 1144 BGB. Da vor Befriedigung ein Zurückbehaltungsrecht des Eigentümers besteht, liegt eine Leistung Zug um Zug im Sinne der §§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO vor[25]). Dem nicht eingetragenen Erwerber einer Briefhypothek steht der Schutz der §§ 891 bis 899 BGB in gleicher Weise wie einem eingetragenen Erwerber zu[26]). Der Eigentümer muss deshalb in der Zeit zwischen Befriedigung und Urkundsaushändigung vor Verfügungen des Hypothekars geschützt werden[27]). Hieraus ergibt sich ein besonderes Interesse des Eigentümers an der Urkunde, das über eine bloße Quittungserteilung hinausgeht und deshalb ein echtes Zurückbehaltungsrecht begründet[28]).

Nach § 62 Nr. 3 Abs. 2 GVGA darf aus Titeln auf Leistung gegen Aushändigung einer Urkunde nur vollstreckt werden, wenn dem Gerichtsvollzieher vor Beginn der Vollstreckung neben dem Titel auch die Urkunde ausgehändigt worden ist, denn der Gerichtsvollzieher darf aus einem solchen Titel nur vollstrecken, wenn er in der Lage ist, die Originalurkunde an den Schuldner herauszugeben[29]). Grund dieser Regelung ist, dass der Schuldner nur gegen Aushändigung der Urkunde zur Leistung verpflichtet ist[30]).

### 2. Vollstreckung wegen Kosten

Prozesskosten sind nicht in das Zug-um-Zug-Verhältnis der nach dem Urteil zu erbringenden Hauptleistungen einbezogen[31]). Deshalb sind auch bei einem Titel auf Leistung Zug um Zug die festgesetzten Kosten nicht nach § 756 ZPO zu vollstrecken.

## III. Hinreichende Bestimmtheit des Titels

### 1. Allgemeines

Der Titel muss Leistung und Gegenleistung nach Art und Umfang so genau beschreiben, dass der Gerichtsvollzieher vor Beginn der Vollstreckung feststellen kann, ob die dem Schuldner angebotene Leistung die diesem gebührende Leistung ist[32]). Die Gegenleistung muss im Titel derart bestimmt sein, dass diese selbst Gegenstand eines Leistungstitels sein könnte[33]). Das Vollstreckungsorgan muss ohne Schwierigkeiten beurteilen können, ob die besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen des § 756 ZPO gegeben sind[34]). Ist die Gegenleistung nicht hinreichend bestimmt, so ist der Titel nicht vollstreckungsfähig[35]).

Die Gegenleistung muss im Titel selbst hinreichend bestimmt sein. Nicht ausreichend ist es, wenn zur Überprüfung weitere Umstände, die sich nicht aus dem Titel selbst ergeben, herangezogen werden müssen[36]). Wird auf Urkunden Bezug genommen, die nicht Bestandteil des Titels sind, so fehlt es an einer hinreichenden Bestimmtheit des Titels, die Vollstreckung aus dem Titel ist unzulässig[37]). Ziel ist die effektive Gestaltung des Vollstreckungsrechts. Es soll dem Gerichtsvollzieher erspart werden, selbst umfangreiche rechtliche oder tatsächliche Überlegungen anstellen zu müssen, um herauszufinden, was geschuldet ist. Das ist allein Sache des Erkenntnisverfahrens.

### 2. Stückschuld

Bei einer Stückschuld muss der Gerichtsvollzieher in der Lage sein, die Identität von geschuldeter und angebotener Gegenleistung zu überprüfen[38]). Die Identität der Gegenleistung muss eindeutig feststehen[39]). Der Titel hat so bestimmt zu sein, dass Zweifel an der Identität des Objekts und jedwede Verwechslungsgefahr ausgeschlossen sind[40]).

Zu unbestimmt ist ein Titel, in dem der Betrag an Auslagen, Gebühren und Grunderwerbssteuer, den die Beklagte Partei Zug um Zug gegen Auflassung eines Grundstücks zahlen soll, nicht ziffernmäßig bestimmt ist[41]). Zu ungenau ist ein Titel auf Erstellung einer ordnungsgemäßen Nebenkostenabrechnung, da diese erst durch Belege, die nicht selbst Teil des Titels sind, erstellt werden kann[42]). Nicht ausreichend ist die

---

22) OLG Hamm DGVZ 1979, 122, 123; OLG Frankfurt Rpfleger 1981, 312; AG Villingen-Schwenningen DGVZ 1988, 122; *Sebode*, DGVZ 1959, 34, 39; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 1 c.

23) *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 1 c.

24) *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 39.

25) RGZ 55, 224, 227; BGH NJW 1991, 1953, 1954; OLG Köln Rpfleger 1983, 307, 308; MünchKomm/*Eickmann*, BGB, § 1144, Rdnr. 1; *Palandt/Bassenge*, BGB, § 1144, Rdnr. 2; *Staudinger/Mattern*, BGB, § 1144, Rdnr. 16.

26) RGZ 55, 224, 227.

27) RGZ 55, 224, 227; MünchKomm/*Eickmann*, BGB, § 1144, Rdnr. 1.

28) RGZ 55, 224, 227; ablehnend: OLG Hamm DGVZ 1979, 122, 123, da lediglich entsprechend den §§ 1144, 1167, 1192 BGB neben dem eigentlichen Zahlungsbeleg die Möglichkeit verschafft werden solle, das Grundpfandrecht im Umfang seiner Zahlung löschen zu lassen.

29) LG Hannover DGVZ 1991, 142.

30) *Schmidt-von Rhein*, in AK-ZPO, § 756, Rdnr. 5; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 9 m. w. N.; a. A. OLG Nürnberg BB 1965, 1293.

31) *Thomas/Putzo*, § 756, Rdnr. 3; *Musielak/Lackmann*, § 756, Rdnr. 3; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 10 m. w. N.

32) BGH MDR 1977, 133; LG Berlin DGVZ 1994, 8; *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 3; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 756, Rdnr. 3; *Werner/Pastor*, Bauprozess, Rdnr. 2727; *Garbe*, DGVZ 1951, 5, 7; *Gottwald*, Zwangsvollstreckung, § 756, Rdnr. 3; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 27.

33) BGHZ 45, 287, 288; BGH NJW 1993, 324, 325; OLG Frankfurt, JurBüro 1979, 1389; KG MDR 1994, 617; KG NJW-RR 1998, 434, 435; LG Hannover DGVZ 1951, 23; LG Düsseldorf DGVZ 1986, 139; AG Bonn und LG Bonn DGVZ 1991, 91, 92; LG Kleve NJW-RR 1991, 704; *Schmidt-von Rhein*, in AK-ZPO, § 756, Rdnr. 3; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 1 b bb; *Behr*, Zwangsvollstreckung, S. 119; *Werner/Pastor*, Bauprozess, Rdnr. 2728 m. w. N.

34) KG NJW-RR 1998, 424, 425.

35) BGH NJW 1993, 324, 325; 1993, 3206, 3207; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 756, Rdnr. 3; *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 35; *Baur/Stürner*, Rdnr. 21.11; *Werner/Pastor*, Bauprozess, Rdnr. 2725 m. w. N.

36) KG MDR 1994, 617, 618; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 1 b bb; *Hintzen/Wolf*, Mobiliarvollstreckung, Rdnr. 222; *Gottwald*, Zwangsvollstreckung, § 756, Rdnr. 3 m. w. N.

37) LG Berlin DGVZ 1994, 8; *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 3.

38) OLG Frankfurt DGVZ 1979, 452; LG Dortmund DGVZ 1977, 10; LG Heidelberg DGVZ 1977, 91, 92; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 27.

39) LG Kleve NJW-RR 1991, 704. Ebenso LG Hamburg DGVZ 1984, 115 und LG Frankenthal MDR 1982, 61 zur Identitätsprüfung des Gerichtsvollziehers.

40) LG Stuttgart DGVZ 1952, 72, 73; AG und LG Tübingen DGVZ 1991, 60, 61.

41) BGHZ 45, 287, 288; siehe auch LG Bonn NJW 1963, 721 zur Durchsetzung des Anspruchs auf Auflassung in der Zwangsvollstreckung.

42) AG Bonn und LG Bonn DGVZ 1991, 91, 92.

Bezeichnung der geschuldeten Gegenleistung mit „vier Reifen mit Felgen“[43]) oder die Verurteilung „Zug um Zug gegen Rückgabe eines Kachelofens“[44]). Gleiches gilt, wenn als Gegenleistung der dem „Beklagten gehörende Kühler“ herauszugeben ist[45]). Dagegen soll bei einem Kraftfahrzeug nach AG Groß-Gerau[46]) die Typenbezeichnung unter Umständen bestimmt genug sein[47]). Die Verurteilung Zug um Zug gegen Herausgabe von Druckplatten ist ebensowenig hinreichend bestimmt[48]). Zu den Anforderungen bei der Herausgabe eines Tieres hat LG Darmstadt[49]) ausgeführt, dass die Bezeichnung im Titel „Herausgabe einer schwarzen Katze“ nicht eindeutig ist. Bei Sachgesamtheiten bestehen besondere Probleme, wenn unklar ist, welche Sachen genau herauszugeben sind. Grundsätzlich können Sachgesamtheiten durch Sammelbezeichnungen ohne Nennung jedes einzelnen Gegenstandes hinreichend bestimmt werden[50]). Zu ungenau ist aber die „Rückgabe einer Zahnarztpraxis“[51]). Besondere Schwierigkeiten tauchen ferner bei der Rückabwicklung von Verträgen über die Lieferung von Computersoftware auf, da zwischen Daten und Datenträgern, die allein bewegliche Gegenstände darstellen, unterschieden werden muss[52]).

### 3. Gattungsschuld

Bei einer Gattungsschuld muss der Gerichtsvollzieher in die Lage versetzt worden sein, anhand des Titels festzustellen, ob die angebotene Gegenleistung nach § 243 BGB, § 360 HGB von mittlerer Art und Güte ist[53]). Dies wird bejaht vom AG Pirmasens[54]) für den Fall, dass „Zug um Zug gegen Rückgabe von 1205 Paar Schuhen, Artikel-Nr. 8846, Damenstiefel, gefüttert, Farbe schwarz“ zu leisten ist, da es allein auf die Artikelnummer ankomme. Zu unbestimmt ist dagegen ein Titel mit der Gegenleistung „Damenmäntel“ ohne Angaben von Größen[55]).

### 4. Nachbesserung

Problematisch sind Titel, nach denen die geschuldete Gegenleistung zur Zahlung der Vergütung in einer Nachbesserung eines Werkes besteht. Der Gerichtsvollzieher muss in der Lage sein, anhand des Titels zu überprüfen, ob die geschuldete Nachbesserung durchgeführt und der Mangel beseitigt worden ist[56]). Der Unternehmer muss eine abnahmefähige Nachbesserungsarbeit anbieten und nicht nur seine Bereitschaft, das Werk nunmehr in Angriff zu nehmen, erklären[57]). Das tatsächliche Angebot besteht mithin in einer vollständigen und abnahmefähigen Durchführung der vom Gläubiger geschuldeten Nachbesserungsarbeiten[58]). In diesen Fällen läuft eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf eine Vorleistungspflicht des nachbesserungspflichtigen Werkunternehmers hinaus[59]).

Der zu beseitigende Mangel des Werkes muss hinreichend genau bezeichnet sein. Zu unbestimmt ist ein Titel auf Zahlung Zug um Zug gegen Beseitigung der vom Sachverständigen X festgestellten Mängel. Hier muss jeder Mangel genau im Titel dargestellt werden. Jede Partei muss, auch für Dritte erkennbar, wissen, was sie zu tun hat[60]). Hinreichend bestimmt wäre dagegen ein Titel auf Zahlung Zug um Zug gegen Herausgabe der geprüften Statik für das Bauvorhaben Y und der dafür gefertigten Ausschreibungsunterlagen[61]). Nicht ausreichend ist wiederum, die Gegenleistung durch ein Schiedsgutachten noch nachträglich bestimmen zu lassen[62]).

## E. Das Angebot der Gegenleistung nach § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO

Die Vollstreckung nach § 756 Abs. 1 ZPO aus einem Titel auf Leistung Zug um Zug ist erst zulässig, wenn der Gläubiger der Gegenleistung befriedigt oder die Gegenleistung in Annahmeverzug begründender Weise angeboten worden ist. Der Gläubiger kann den Nachweis der Befriedung oder des Annahmeverzuges durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachweisen, § 756 Abs. 1 2. Alt. ZPO. Er kann aber auch den Gerichtsvollzieher beauftragen, die geschuldete Gegenleistung dem Schuldner anzubieten, § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO.

### I. Das Angebot durch den Gerichtsvollzieher

Ausweislich des Wortlauts von § 756 Abs. 1 ZPO erfolgt das Angebot der Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher und nicht durch den Gläubiger. Der Gerichtsvollzieher ist nach § 754 ZPO befugt, freiwillige Leistungen entgegenzunehmen. Er kann, soweit dies mit seiner Funktion als Hoheitsträger vereinbar ist, einen Beteiligten in der Zwangsvollstreckung auch rechtsgeschäftlich vertreten[63]).

Es fragt sich, ob der Gerichtsvollzieher bei Abgabe des Angebotes der Gegenleistung als Hoheitsorgan oder als Vertreter des Gläubigers tätig wird. Nach einer Ansicht ist der Gerichtsvollzieher zumindest auch Vertreter des Gläubigers[64]). Dies folge schon daraus, dass der Gerichtsvollzieher vom Gläubiger „beauftragt“ werden müsse, und nicht unmittelbar durch Gesetz, wie etwa bei der Annahme freiwilliger Leistungen nach § 754 ZPO, ermächtigt ist. Die Abgabe des Angebots sei

---

43) LG Hamm DGVZ 1978, 61.

44) LG Kleve NJW-RR 1991, 704.

45) LG Frankenthal MDR 1982, 61.

46) AG Groß-Gerau MDR 1981, 504.

47) *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 3.

48) LG Wuppertal DGVZ 1986, 90; siehe auch LG Düsseldorf DGVZ 1986, 139, wonach die Herausgabe „des zur Herstellung der Bucheinbanddeckel verwandten Klischees“ als Gegenleistung zu unbestimmt ist.

49) LG Darmstadt DGVZ 1989, 71, 72.

50) BGHZ 73, 253, 254 m. w. N.

51) KG NJW-RR 1998, 424, 425 gegen LG Berlin DGVZ 1998, 26, 27.

52) Dazu *Münzberg*, BB 1990, 1011; KG MDR 1994, 617; LG Berlin DGVZ 1994, 8; LG Landau DGVZ 1995, 87; LG Karlsruhe DGVZ 1998, 27; AG und LG Hildesheim DGVZ 2000, 93; LG Koblenz DGVZ 2000, 117.

53) MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 27; *Schmidt-von Rhein*, in AK-ZPO, Rdnr. 3; *Garbe*, DGVZ 1951, 5, 7; *Schmidt*, JurBüro 1964, 414, 416.

54) AG Pirmasens DGVZ 1998, 190.

55) OLG Frankfurt JurBüro 1979, 1389, 1390.

56) BGHZ 61, 42, 46; BGH MDR 1977, 133; OLG Stuttgart MDR 1982, 416; OLG Stuttgart DGVZ 1989, 11, 12; KG DGVZ 1989, 70; *Werner/Pastor*, Bauprozess, Rdnr. 2729; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 27.

57) LG Stuttgart DGVZ 1990, 92.

58) BGHZ 61, 42, 45; LG Stuttgart DGVZ 1990, 92.

59) BGHZ 61, 42, 46; OLG Stuttgart DGVZ 1989, 11, 12; *Gottwald*, Zwangsvollstreckung, § 756, Rdnr. 5; *Schmidt-von Rhein*, in AK-ZPO, § 756, Rdnr. 3; *Werner/Pastor*, Bauprozess, Rdnr. 2716; kritisch dazu *Schneider*, DGVZ 1978, 64, 67; ders., DGVZ 1982, 37, 38.

60) OLG Hamm MDR 1974, 238, 239; *Werner/Pastor*, Bauprozess, Rdnr. 2729.

61) KG OLGZ 74, 306, 310 = WM 1974, 1145.

62) BGH NJW 1993, 3206, 3207.

63) Dazu *Schneider*, Ermessensbefugnis, S. 16 f.; nach a. A. kann der Gerichtsvollzieher allenfalls als Bote der Beteiligten auftreten; vgl. *Fahland*, ZZP 92 (1979), 432, 458; *Brox/Walker*, Rdnr. 12; *Kerwer*, Die Erfüllung in der Zwangsvollstreckung, S. 297 m. w. N.

64) Vergl. etwa AG Lampertheim DGVZ 1980, 188, 189; OLG Köln NJW-RR 1991, 383, 384; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 756, Rdnr. 10; ders., FS Lüke, S. 525, 530.

zudem nicht staatlicher Zwang, sondern, zumindest auch, rechtsgeschäftliche Vertretung[65]). Zum Teil wird gar gefolgert, das Angebot des Gerichtsvollziehers sei überhaupt keine Vollstreckungshandlung[66]).

Nach der zu folgenden ganz herrschenden Ansicht wird der Gerichtsvollzieher hoheitlich in Ausübung seines Amtes tätig[67]). Das Angebot ist Teil des Vollstreckungsverfahrens und entfaltet vollstreckungsrechtliche Wirkungen[68]). Der Gerichtsvollzieher übermittelt nach dieser Ansicht das privatrechtliche Angebot des Gläubigers an den Schuldner als Bote[69]), im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner bleibt das Angebot des Gerichtsvollziehers trotz hoheitlicher Einschaltung aber ein rechtsgeschäftlicher Vorgang[70]). Dass der Gerichtsvollzieher „beauftragt" werden müsse, ändere daran nichts. Es bringe nur zum Ausdruck, dass der Gläubiger mit dem Antrag auf Vollstreckung auch das Anbieten der Gegenleistung beantragen müsse[71]). Zudem sei die Zahlungsaufforderung durch den Gerichtsvollzieher ein Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips, da die Ausübung staatlichen Zwanges unzulässig sei, wenn der Schuldner freiwillig zahlen wolle[72]). Die Annahme der angebotenen Gegenleistung durch den Schuldner bewirkt materiellrechtlich die Befriedigung des Anspruchs als Kombination hoheitlichen Handelns durch den Gerichtsvollzieher und privatrechtlichem Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Schuldner[73]). Bedeutsam ist der Streit[74]) für die Frage, auf welche Weise und zu welchem Zeitpunkt bei freiwilligen Leistungen des Schuldners Erfüllung eintritt[75]). Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, wann der Schuldner von seiner Zahlungsverpflichtung frei wird, nachdem er Geld an den Gerichtsvollzieher gegeben hat, dieses aber nicht beim Gläubiger ankommt. Auf die Frage, ob das Angebot der Gegenleistung in Annahmeverzug begründender Weise erfolgt ist, wirkt sich der Streit nicht aus. Dies richtet sich allein nach materiellem Recht, § 267 BGB. Soweit nicht in Person zu leisten ist, kann auch ein Dritter, also auch der Gerichtsvollzieher, die Leistung anbieten.

## II. Anbieten der dem Schuldner gebührenden Leistung

### 1. Gegenstand der Leistungsbestimmung bei Urteilen

Der Gerichtsvollzieher muss dem Schuldner die ihm gebührende Leistung anbieten. Angeboten werden muss eine Leistung, die zur Erfüllung des im Schuldtitel bezeichneten Anspruchs tauglich ist[76]). Welche Leistung der Gerichtsvollzieher dem Schuldner anzubieten hat, richtet sich nach dem Titel. Nun kann der Titel umfangreich sein. Dies gilt insbesondere für mehrseitige Urteile. Es stellt sich daher die Frage, in welchem Umfang der Gerichtsvollzieher ein Urteil durcharbeiten muss, um herauszufinden, welche Gegenleistung geschuldet ist. Umstritten ist dabei vor allem, ob der Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung aus einem Urteil allein auf den Tenor, oder aber auch auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des Urteils zurückgreifen muss.

#### a) Leistungsbestimmung anhand Tenor

Zum Teil wird vertreten, der Gerichtsvollzieher habe die Gegenleistung allein anhand des Tenors zu bestimmen[77]). Angeführt wird, eine praktisch eindeutig durchführbare Regelung ließe sich andernfalls nicht herstellen. Es sei völlig unklar, wann sich, wie nach gegenteiliger Ansicht vertreten, die Gegenleistung erkennbar aus dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen ergebe, denn eine „brauchbare Abgrenzung zwischen einfachen und schwierigen Fällen gibt es nicht"[78]). „Dass sich der Schuldner möglicherweise schon längstens (materiellrechtlich) in Annahmeverzug befindet, ändert daran nichts, weil eben der Annahmeverzug vollstreckungsrechtlich „greifbar" gemacht werden muss"[79]). Es könne auch nicht vom Vollstreckungsorgan verlangt werden, „schwierige (materiellrechtliche) Überlegungen anzustellen und daraus rechtliche Konsequenzen zu ziehen"[80]). Es sei aber erforderlich, dass dem Gerichtsvollzieher eine eindeutige Festlegung der geschuldeten Gegenleistung zur Hand gegeben werde. Eine Auslegung von Tatbestand und Gründen sei nicht mehr angemessen, um eine schnelle Prüfung zu gewährleisten. Um im Zweifel eine eindeutige Bestimmung der Gegenleistung zu erreichen, habe der Kläger daher auf Feststellung derselben zu klagen[81]).

#### b) Gesamter Titel

Nach gegenteiliger Ansicht kann und muss der Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung aus Urteilen nicht nur auf den Tenor, sondern auch Tatbestand und Entscheidungsgründe mit einbeziehen[82]). In der Praxis würden Urteile als Titel oftmals versagen, weil diese im Tenor nur unzureichende Angaben über die Gegenleistung enthielten[83]). Es sei ein Erfordernis der Praxis, auch die Begründung eines Urteils hinzuzuziehen, da es Urteile im Tenor oftmals an der hinreichenden Bestimmtheit fehlen ließen[84]).

#### c) Stellungnahme

Gegen eine Beschränkung der Bestimmung der Gegenleistung auf das, was tenoriert ist, spricht, dass sich eine solche Einschränkung weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte ergibt. Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb zwischen Urteilen und anderen Titeln, aus denen Zug um Zug

---

65) Vergl. OLG Köln NJW-RR 1991, 383, 384; ebenso LG Augsburg DGVZ 1995, 8, 9, das für das Angebot des Gerichtsvollziehers die Regeln der §§ 177 ff. BGB anwendet.

66) *Reuter*, Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, S. 93.

67) RGZ 82, 85, 86; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 15; *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 5; *Brox/Walker*, Rdnr. 12; *Gilleßen/Jakobs*, DGVZ 1981, 49, 51; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 V 1 b bb; *Fahland*, ZZP 92 (1979), 432, 460; *Kerwer*, S. 285.

68) *Kerwer*, a. a. O.

69) *Kerwer*, a. a. O.

70) *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 1 b cc; vergl. auch LG Bonn DGVZ 1983, 186.

71) *Fahland*, ZZP 92 (1979), 432, 460; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 15.

72) *Kerwer*, a. a. O.

73) MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 15.

74) Darstellungen etwa bei *Brox/Walker*, Rdnr. 313 ff.

75) Umfassend: *Kerwer*, S. 269 ff.

76) *Hintzen/Wolf*, Mobiliarvollstreckung, Rdnr. 221; *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 36; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 11; *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 8; *Baur/Stürner*, Rdnr. 21.11; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 756, Rdnr. 3; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 756, Rdnr. 3.

77) *Doms*, NJW 1984, 1340; *Baur/Stürner*, Rdnr. 21.11.

78) *Doms*, NJW 1984, 1340, 1341.

79) *Doms*, NJW 1984, 1340, 1341.

80) *Doms*, NJW 1984, 1340.

81) *Doms*, NJW 1984, 1340.

82) OLG Köln Rpfleger 1992, 527, 528; LG Berlin Rpfleger 1978, 63, 64; LG Berlin DGVZ 1986, 139; AG Kaiserslautern DGVZ 1990, 75; AG und LG Bonn DGVZ 1991, 91, 92; LG Mainz Rpfleger 1993, 253; *Thomas/Putzo*, § 765, Rdnr. 6; *Gottwald*, Zwangsvollstreckung, § 756, Rdnr. 3; *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 3; *Musielak/Lackmann*, § 756, Rdnr. 4; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 756, Rdnr. 3; *Garbe*, DGVZ 1951, 5, 7; *Gilleßen/Jakobs*, DGVZ 1981, 49, 53; *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 36.

83) *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 35.

84) OLG Köln NJW-RR 1991, 383, 384; LG Kleve NJW-RR 1991, 704; *Garbe*, DGVZ 1951, 5, 7.

zu vollstrecken ist, wo eine derartige Einschränkung mangels Tenor nicht erfolgt, unterschieden werden soll. Eine Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt. Auch ein sonstiger Titel kann umfangreich sein und ein vorheriges intensives Durchlesen erfordern. Zwar ist der ersten Ansicht Recht zu geben, wenn sie feststellt, dass bei der Bestimmung der Gegenleistung materiellrechtliche Probleme entstehen können. Es wird die Zwangsvollstreckung sicherlich erleichtert, wenn der Tenor eines Urteils ausreicht, um die Gegenleistung zu bestimmen. Jedoch sind in der Praxis einfache und kurze Umschreibungen der Gegenleistung oftmals gar nicht möglich. Es muss vielmehr ausgeführt werden, was genau Gegenleistung ist. Für derart breite Ausführungen ist im Tenor eines Urteils aber kein Raum. Dies spricht dafür, dass die Gegenleistung anhand des kompletten Titels zu bestimmen ist. Zudem führt eine Beschränkung der Bestimmung auf die Angaben des Tenors nicht zur Steigerung der Effektivität des Verfahrens. Es führt vielmehr zu einer Verkürzung der Rechtsposition des Gläubigers, wenn dieser, um vollstrecken zu können, erst erneut auf Feststellung der Gegenleistung klagen soll. Im Gegenteil wird das Verfahren beschleunigt, wenn die Klärung bereits im Vollstreckungsverfahren erfolgen kann.

#### d) Ergebnis

Mithin bleibt festzuhalten, dass für die Bestimmung der Gegenleistung auf den vollständigen Titel zurückzugreifen ist. Eine Unterscheidung zwischen Urteilen und sonstigen Titeln, sowie in Tenor auf der einen und sonstigen Urteilsinhalt auf der anderen Seite, ist nicht gerechtfertigt.

### 2. Annahmeverzug begründendes Angebot

Die geschuldete Leistung ist nach §§ 293 bis 299 BGB in Annahmeverzug begründender Weise anzubieten. Das Angebot der Gegenleistung gehört zu den formellen Voraussetzungen der Vollstreckung. Es ist ein Teil des Vollstreckungsverfahrens und entfaltet vollstreckungsrechtliche Wirkung[85]). Der Gerichtsvollzieher hat die Gegenleistung des Gläubigers so, wie sie nach dem Titel geschuldet wird, anzubieten[86]). Der Schuldner muss in der Lage sein, „nur noch zugreifen zu müssen“[87]).

Die geschuldete Gegenleistung muss, soweit nicht Teilleistungen nach § 266 BGB vereinbart sind, vollständig angeboten werden[88]). So gehört zum Angebot eines Autos, dass auch der Kfz-Brief vorgelegt wird[89]). Ein vollständiges Angebot liegt nach LG Itzehoe[90]) auch vor, wenn bei der Wandlung eines Kaufvertrages über ein PKW mit Motorschaden das Fahrzeug mit vom Sachverständigen ausgebauten und zerlegten Motor angeboten wird. Der Gläubiger muss die volle Gegenleistung selbst bei deren Teilbarkeit anbieten, wenn der Titel nur teilweise vollstreckt werden soll[91]). Es ist auch nicht § 320 BGB im Vollstreckungsverfahren anzuwenden, da es nicht Aufgabe der Vollstreckungsorgane ist, über Bestehen oder Nichtbestehen einer Forderung zu entscheiden[92]). Im Vollstreckungsverfahren geht es allein darum, ob die nach dem Titel geschuldete Gegenleistung erbracht ist[93]). Anders verhält es sich, wenn der Titel dem Gläubiger bei teilweiser Geltendmachung der zu vollstreckenden Forderung die teilweise Erbringung der eigenen Leistung erlaubt[94]).

Das Angebot muss zur rechten Zeit sein, § 271 BGB, es muss aber nicht weit vor Vollstreckungsbeginn liegen. Ausreichend ist, wenn zu Beginn der Vollstreckung die Gegenleistung tatsächlich angeboten wird[95]). Soweit der Gläubiger aus einer Gattung schuldet, muss das Angebot von mittlerer Art und Güte sein, §§ 243 BGB, 360 HGB. Schließlich ist erforderlich, dass in der rechten Weise gemäß §§ 294, 295 BGB angeboten wird. Nicht ausreichend ist daher, wenn, unter Verweis auf den Besitz eines Dritten, die Abtretung des Herausgabeanspruchs statt des unmittelbaren Besitzes angeboten wird[96]). Anders soll es sich nach LG Bochum verhalten, wenn ein sichergestelltes Fahrzeug herauszugeben ist. In diesem Fall soll die Abtretung des Herausgabeanspruchs genügen[97]).

Bei Vollstreckung eines Werklohntitels Zug um Zug gegen Durchführung von Nachbesserungsarbeiten muss der Unternehmer, um Annahmeverzug herzustellen, die Nachbesserungsarbeiten tatsächlich durchführen. Erst danach kann der Besteller in Annahmeverzug gelangen[98]). Dem Unternehmer steht es auch nicht zu, sich zur Vornahme der Nachbesserungsarbeiten bereit zu erklären und am Leistungsort zu erscheinen, vor Durchführung der Arbeiten aber Hinterlegung des Werklohnes zu verlangen[99]). Ist die Nachbesserung von einer Mitwirkungshandlung des Berechtigten abhängig, gerät dieser bereits in Annahmeverzug, wenn er erfolglos zur Mitwirkung bei der Mängelbeseitigung aufgefordert worden ist[100]). Kann der Annahmeverzug durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen, werden, kann nunmehr nach § 756 Abs. 1 2. Alt. ZPO vollstreckt werden.

### 3. Vollstreckungsausschluss wegen Mängeln

Grundsätzlich muss, um materiellrechtlich ein ordnungsgemäßes Angebot zu begründen, die Gegenleistung mangelfrei sein[101]). Umstritten ist bei der Zwangsvollstreckung nach § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO, ob die Gegenleistung dennoch in Annahmeverzug begründender Weise angeboten werden kann, obwohl sie mängelbehaftet ist.

#### a) Meinung für Vollstreckungsausschluss

Zum Teil wird vertreten, dass die Vollstreckung ausgeschlossen ist, soweit die geschuldete Gegenleistung wegen Mängeln nicht in Annahmeverzug begründender Weise angeboten werden kann[102]). Mängelfreiheit ist nach dieser Ansicht

---

85) *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 35; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 1 b cc; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 15.

86) *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 36; *Hintzen/Wolf*, Mobiliarvollstreckung, Rdnr. 221; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 12; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 756, Rdnr. 3.

87) BGHZ 90, 354, 359.

88) LG Wuppertal DGVZ 1986, 90; *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 36; *Gottwald*, Zwangsvollstreckung, § 756, Rdnr. 3; *Wieczorek/Schütze/Salzmann*, § 756, Rdnr. 10.

89) *Hintzen/Wolf*, Mobiliarvollstreckung, Rdnr. 221.

90) LG Itzehoe DGVZ 1987, 43, 44.

91) LG Wuppertal DGVZ 1986, 90; AG Schönau DGVZ 1990, 45, 46; *Garbe*, DGVZ 1951, 5, 7; *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 36; *Wieczorek/Schütze/Salzmann*, § 756, Rdnr. 2; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 13.

92) OLG Hamm NJW 1968, 1241, 1242; AG Schönau DGVZ 1990, 45, 4.

93) AG Schönau, a. a. O.

94) *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 36; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 756, Rdnr. 3; *Wieczorek/Schütze/Salzmann*, § 756, Rdnr. 3.

95) LG Hannover DGVZ 1995, 169, 170.

96) AG Cochem DGVZ 1973, 171.

97) LG Bochum DGVZ 1979, 123, 124.

98) OLG Stuttgart DGVZ 1989, 11, 12.

99) OLG Stuttgart DGVZ 1989, 11, 12; zur Vorleistungspflicht des vollstreckenden Unternehmers s. a. BGHZ 61, 42, 44.

100) OLG Köln DGVZ 1986, 117, 118; AG Köln DGVZ 1981, 41, 42; LG Köln DGVZ 1981, 42; LG Hamburg DGVZ 1984, 115, 116; *Werner/Pastor*, Bauprozess, Rdnr. 2736.

101) RGZ 111, 86, 89; *Garbe*, DGVZ 1951, 5, 7.

102) *Strehlau-Weise*, Rechtsstellung, S. 174; *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 7; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 12 m. w. N.

Vollstreckungsvoraussetzung[103]). Maßstab sei dabei, was materiellrechtlich nach dem Titel geschuldet werde, und das sei Mängelfreiheit[104]). Die gelte uneingeschränkt für eine geschuldete Nachbesserung. Im Zweifel sei auch im Übrigen, wenn keine besonderen Angaben gemacht sind, deshalb davon auszugehen, dass eine mangelfreie Sache anzubieten sei[105]).

Soweit nach dieser Ansicht nach altem Recht ein gebrauchter Gegenstand, vor allem ein gebrauchter PKW, nach Rücktritt vom Vertrag angeboten werden musste, kam es darauf an, ob nachträglich erhebliche Mängel, die der Gläubiger zu vertreten hat, entstanden waren[106]). Begründet wurde dies mit der gesetzlichen Regelung in den §§ 346 ff. a. F. BGB. Der Rücktritt war nach § 351 S. 1 a. F. BGB ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe zu vertreten hatte. Nach LG Bonn[107]) war kein Annahmeverzug begründendes Angebot bei evidenten nachträglichen Unfallschäden am herauszugebenden Auto möglich. Die Vollstreckung wäre mithin ausgeschlossen gewesen. Ebenso war nach LG Hannover[108]) die Ablehnung der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher berechtigt, wenn an einem PKW ein Unfallschaden und ein Riss in der Windschutzscheibe entstanden waren und der Gläubiger diese Schäden verursacht hatte. Umgekehrt war nach dieser Meinung die Vollstreckung nicht ausgeschlossen, wenn der Schuldner den Mangel zu vertreten hatte[109]). Nach LG Itzehoe[110]) musste sich der Verkäufer eines Fahrzeuges wegen eines von ihm zu vertretenden Motorschadens zurechnen lassen, dass der Motor im Laufe des gerichtlichen Verfahrens ausgebaut sowie zerlegt worden war und in diesem Zustand zurückgegeben worden ist. Da der Schuldner den Motorschaden zu vertreten habe, seien ihm auch, wie sich aus dem materiellen Recht ergebe, die Folgen, die durch die Ursachenermittlung entstanden sind, zuzurechnen.

Bei Nachbesserung als Gegenleistung ist nach dieser Ansicht die Vollstreckung ausgeschlossen, wenn der Gläubiger Nachbesserung schuldet und diese nicht ordnungsgemäß tatsächlich erbracht hat[111]). Dies folge aus der sich aus dem Gesetz ergebenden Vorleistungspflicht des Werkunternehmers, dem erst dann die Vergütung zusteht, wenn er ein mangelfreies Werk erbracht hat[112]).

### b) Unbeachtlichkeit von Mängeln

Nach weiterer Ansicht kann der Schuldner die Mangelhaftigkeit der Gegenleistung nur eingeschränkt bei geschuldeter Mängelbeseitigung und im Übrigen gar nicht geltend machen[113]). Bei fehlenden Angaben zum Zustand der Sache soll allein die Identität, nicht aber die Mangelfreiheit maßgeblich sein[114]). Der Gerichtsvollzieher kann nach dieser Ansicht also auch eine mangelhafte Sache anbieten und den Schuldner in Annahmeverzug setzen, wenn nicht gerade Mängelbeseitigung geschuldet ist.

Nach dieser Ansicht hat der Gerichtsvollzieher bei unvertretbaren Sachen nur zu überprüfen, ob ein herauszugebender Gegenstand der im Titel bezeichnete ist, ohne zu prüfen, ob so angeboten wird, wie zu erbringen ist[115]). Maßgeblich sei allein, ob die Gegenleistung identifizierbar und vorhanden ist[116]). Dies folge daraus, dass der Gerichtsvollzieher „bei unvertretbaren Sachen nur die Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes erzwingen, nicht aber die Leistung oder Lieferung eines solchen (§ 883 Abs. 1 ZPO, § 884 ZPO)“ durchsetzen kann[117]). Etwaige Mängel seien zudem unbeachtlich, da dem Gerichtsvollzieher vor Ort nicht die Möglichkeit zustehe, streitige Behauptungen der Beteiligten zu klären[118]). Es entspreche dem Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung, wenn bei Streit über Mängel der Leistung allein festgestellt werde, ob die Vollstreckung zulässig ist, je nach dem, ob der titular zu beseitigende Mangel auch beseitigt ist. Eine Entscheidung darüber, ob ein Mangel dem Grunde nach eingewendet werden könne, sei aber nicht zu treffen[119]). Enthält der Titel mithin keine Angaben über den Zustand der Sache, sei deren konkreter Zustand unbeachtlich[120]). Die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, dass im Vollstreckungsverfahren Beweis darüber zu erheben wäre, in welchem Zustand die Sache ursprünglich gewesen ist und wer die Verschlechterung zu vertreten hat. Dazu sei das Vollstreckungsverfahren aber nicht geeignet[121]). Etwas anderes gelte nur, wenn ein Mangel so gravierend ist, dass er zu einer Identitätsänderung führt[122]).

Bei geschuldeter Mängelbeseitigung gelte, dass Mängel des Werkes, zu deren Beseitigung der Gläubiger nach dem Titel nicht verpflichtet ist, die Zwangsvollstreckung nicht hindern[123]). Der Gläubiger soll nicht verpflichtet sein, über die im Titel festgelegten Nachbesserungsarbeiten hinauszugehen. Weitere Mängel, die der Schuldner im Nachhinein geltend mache, seien mithin unbeachtlich[124]).

### c) Stellungnahme unter Berücksichtigung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes

Für die zweite Ansicht spricht, dass sie, dem Ziel einer schnellen und effektiven Zwangsvollstreckung folgend, eine einfache und praktikable Handhabe bietet. Die gesetzliche Re-

---

103) *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 7; *Schmidt-von Rhein*, in AK-ZPO, § 756, Rdnr. 3.

104) *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 7.

105) AG Bremen DGVZ 1977, 157; LG Bonn DGVZ 1983, 187, 188; LG Hannover DGVZ 1984, 152, 153; *Schneider*, DGVZ 1978, 65, 66.

106) LG Bonn DGVZ 1983, 187, 188; LG Hamburg DGVZ 1984, 10; LG Itzehoe DGVZ 1987, 43, 44; *Schneider*, DGVZ 1978, 65, 67; *Gilleßen/Jakobs*, DGVZ 1981, 49, 54.

107) LG Bonn DGVZ 1983, 187.

108) LG Hannover DGVZ 1984, 152, 153.

109) LG Itzehoe DGVZ 1987, 43, 44; *Schneider*, DGVZ 1978, 65, 67; *Gilleßen/Jakobs*, DGVZ 1981, 49, 54; ebenso auch LG Hamburg DGVZ 1984, 10, 11 und LG Hannover DGVZ 1984, 152, 153.

110) LG Itzehoe DGVZ 1987, 43, 44.

111) BGH NJW 1973, 1792, 1793; OLG Hamm DGVZ 1995, 182, 183; OLG Stuttgart DGVZ 1989, 11, 12; AG Gütersloh DGVZ 1983, 78, 79; LG Arnsberg DGVZ 1983, 151; *Noack*, DGVZ 1972, 149, 150; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 29; *Thomas/Putzo*, § 756, Rdnr. 9; *Hintzen/Wolf*, Mobiliarvollstreckung, Rdnr. 227.

112) LG Arnsberg DGVZ 1983, 151, 152; OLG Stuttgart DGVZ 1989, 11, 12.

113) LG Stuttgart DGVZ 1952, 72, 73; LG Bremen DGVZ 1977, 157, 158; AG Darmstadt DGVZ 1979, 126; LG Karlsruhe DGVZ 1998, 27; OLG Stuttgart DGVZ 1991, 8, 9; AG Pirmasens DGVZ 1998, 190; *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 37; *Lipross*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 64; *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 6; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 756, Rdnr. 4.

114) AG Darmstadt DGVZ 1979, 126; *Schmidt*, JurBüro 1964, 413, 415; *Musielak/Lackmann*, § 756, Rdnr. 4.

115) *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 37.

116) *Thomas/Putzo*, § 765, Rdnr. 7; *Lipross*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 64.

117) *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 37.

118) AG Darmstadt DGVZ 1979, 126, 127; *Hintzen/Wolf*, Mobiliarvollstreckung, Rdnr. 226.

119) *Lipross*, a. a. O.

120) *Lipross*, a. a. O.

121) *Lipross*, a. a. O.

122) *Schuschke/Walker*, § 756, Rdnr. 7.

123) LG Bonn DGVZ 1989, 12, 13.

124) Ebenso LG Bremen DGVZ 1977, 157, 158.

gelung in § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO verlangt aber ein Annahmeverzug begründendes Angebot der Gegenleistung. Wie dies beschaffen sein muss, kann sich nur aus dem materiellen Recht ergeben. Die Gegenleistung muss nach §§ 293 ff. BGB so angeboten werden, wie sie zu bewirken ist.

Die gesetzlichen Regelungen des materiellen Rechts bringen zum Ausdruck, was Parteien, die keine besondere Regelung getroffen haben, im Zweifel vereinbaren. Das ist das Angebot einer fehlerfreien Sache. Ist eine neue Sache geschuldet, so muss diese nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz beim Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 1 S. 2 BGB eindeutig fehlerfrei sein. Zu beachten ist dabei, dass das Gesetz weiterhin in den §§ 434, 435 BGB zwischen Rechts- und Sachmängeln sowie zwischen fehlerhafter Erfüllung und aliud unterscheidet, deren Vorliegen aber nunmehr zu einheitlichen Rechtsfolgen führt, § 437 BGB[125]). Bietet der Verkäufer nicht fehlerfrei an, tritt keine Erfüllung ein. Der Käufer hat nunmehr gemäß § 439 Abs. 1 BGB Anspruch auf Nacherfüllung durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung. Dabei soll auch beim Stückkauf grundsätzlich ein Anspruch auf Ersatzlieferung einer wirtschaftlich gleichwertigen und dem Leistungsinteresse des Käufers entsprechenden Ersatzleistung bestehen, es sei denn, die Ersatzleistung ist im Verhältnis zur Nachbesserung für den Verkäufer nach § 439 Abs. 3 BGB unzumutbar[126]).

Erst wenn die Nachleistung gescheitert ist, kann der Käufer nach § 440 BGB vom Vertrag zurücktreten oder nach § 441 BGB den Kaufpreis mindern[127]). Ein Werk muss so hergestellt werden, dass es fehlerfrei ist, § 633 Abs. 1 BGB. Eine vermietete Sache muss ebenfalls nach § 537 Abs. 1 BGB fehlerfrei sein. Gleichfalls muss eine Gattungsschuld nach § 243 BGB mittlerer Art und Güte sein. Das bedeutet auch Mängelfreiheit. Aus den Änderungen aufgrund des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ergibt sich mithin, dass die angebotene Gegenleistung nunmehr grundsätzlich fehlerfrei sein muss.

In welchem Zustand eine gebrauchte Sache bei der Rückabwicklung eines Vertrages anzubieten ist, ergibt sich aus den durch das Schuldrechtmodernisierungsgesetz grundlegend umgestalteten §§ 346 ff. BGB. Die Vorschriften sind nunmehr sowohl auf das vertragliche als auch auf das gesetzliche Rücktrittsrecht unmittelbar anzuwenden. Nach § 346 Abs. 1 BGB sind die Parteien grundsätzlich verpflichtet, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Ist dies nicht mehr möglich, gilt nunmehr ein Modell der Rückabwicklung dem Werte nach[128]). Die §§ 350 bis 353 a. F. BGB wurden durch § 346 Abs. 2 und Abs. 3 BGB ersetzt. Die in § 347 a. F. BGB enthaltene Verweisung auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis wurde ersetzt durch eine eigene Nutzungs- und Entschädigungsregelung in den §§ 346, 347 BGB. Soweit der Rücktrittsberechtigte die Verschlechterung der herauszugebenden Leistung zu vertreten hat, führt dies nach neuem Recht nicht zum Ausschluss des Rücktrittsrechts, sondern zum Schadensersatzanspruch neben dem Wertersatzanspruch aus § 346 Abs. 2 BGB. Der Umfang des Schadensersatzes ergibt sich jetzt aus §§ 346 Abs. 4, 280 BGB. Nach § 346 Abs. 2 BGB bestimmt sich, wann die Rückgabe in Natur nicht möglich ist. Verschlechterungen führen grundsätzlich zum Wertersatz, es sei denn, der bestimmungsgemäße Gebrauch ist Grund für die Verschlechterung, § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Ist die Rückgabe in Natur aus einem der in § 346 Abs. 2 BGB genannten Gründen nicht möglich, besteht ein Wertersatzanspruch, soweit nicht gemäß § 346 Abs. 3 BGB der Wertersatzanspruch entfällt. Soweit die Herausgabe unmöglich ist, reduziert sich das Rückabwicklungsschuldverhältnis nach neuem Recht somit auf einen saldierten Zahlungsanspruch.

Bei geschuldeter Nachbesserung als Gegenleistung gehen beide Meinungen übereinstimmend davon aus, dass nur die Beseitigung der im Titel genannten Mängel geschuldet ist. Etwaige weitere, vorher oder nachher entstandene Mängel sind auch nach neuem Recht unbeachtlich. Dies ist zutreffend, da die Gegenleistung sich nach dem Titel bestimmt. Nur wegen der geltend gemachten Mängel ist ein Zurückbehaltungsrecht wirksam erklärt worden, und auch nur insoweit besteht eine Leistungsverpflichtung Zug um Zug. Die Ordnungsgemäßheit der Gegenleistung ergibt sich in diesem Fall nicht aus der gesetzlichen Wertung, die von Mängelfreiheit ausgeht, sondern aus der im Titel festgestellten, dem Gesetz vorgehenden individuellen Bestimmung der Gegenleistung, die auf die Beseitigung der dort genannten Mängel begrenzt ist. Weitere Zurückbehaltungsrechte können in der Zwangsvollstreckung nicht geltend gemacht werden[129]).

Dies entspricht auch dem Zweck der Regelung. Es soll der Austausch der geschuldeten Leistungen durchgesetzt werden. *Sebodes*[130]) aus den §§ 883, 884 ZPO gewonnenes Argument, wonach nur die Herausgabe, nicht aber Leistung einer Sache erreicht werden könne, überzeugt nicht. Die §§ 883, 884 ZPO gelten nur für die Herausgabevollstreckung, die Erbringung der Gegenleistung ist aber gerade nicht, was durch Vollstreckung nach §§ 883, 884 ZPO erreicht werden kann. Aus den Regelungen zur Herausgabevollstreckung lässt sich mithin nicht ableiten, dass der Zustand der Gegenleistung grundsätzlich unbeachtlich sein soll. Es geht gerade um den Erhalt der materiellrechtlich geschuldeten Leistung, die im Zweifel fehlerfrei sein muss. Zutreffend ist daher der ersten Ansicht zu folgen. Aufgrund der materiellrechtlichen Regelungen muss die Gegenleistung mangelfrei sein.

### d) Ergebnis

Die Zwangsvollstreckung nach § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO setzt ein Annahmeverzug begründendes Angebot der Gegenleistung voraus. Wie die Gegenleistung beschaffen sein muss, ergibt sich aus dem materiellen Recht. Nach diesem muss eine Leistung grundsätzlich fehlerfrei sein. Mithin bleibt festzuhalten, dass regelmäßig nur eine mangelfreie Sache in Annahmeverzug begründender Weise angeboten werden kann. Dies ergibt sich aus dem materiellen Gewährleistungsrecht, das Grundlage der Zwangsvollstreckung ist. Bei Rücktritt sind die gegenseitig gewährten Leistungen zurückzugeben. Ist die Rückgabe in natura nicht möglich, besteht ein Wertersatzanspruch. Der Rücktritt ist nicht mehr dadurch ausgeschlossen, dass der Berechtigte die Verschlechterung der Leistung zu vertreten hat, § 351 a. F. BGB. Soweit Mängelbeseitigung als Gegenleistung geschuldet ist, bestimmt sich der Umfang der Gegenleistung allein nach dem Titel. In Abweichung vom materiellgesetzlich vorgegebenen Regelfall sind hier allein die im Titel festgestellten Mängel maßgeblich. Anderweitige Mängel sind unbeachtlich.

---

125) Zur Neuregelung von Falschlieferungen beim Stückkauf: *Musielak*, NJW 2003, 89.

126) LG Ellwangen NJW 2003, 517; *Palandt/Putzo*, § 439, Rdnr. 15.

127) Der Anspruch auf Schadensersatz ergibt sich nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aus den allgemeinen Regeln der § 437 Nr. 3 i. V. m. §§ 440, 280 ff. BGB. Dabei wurde die Haftung des Verkäufers erheblich erweitert. Während er nach § 463 a. F. BGB lediglich für Arglist haftete, haftet er nach neuem Recht bereits für Fahrlässigkeit.

128) *Palandt/Heinrichs*, vor § 346, Rdnr. 3.

129) OLG Hamm NJW 1968, 1241, 1242.

130) *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 37.

## III. Tatsächliches Angebot

Zum ordnungsgemäßen Angebot durch den Gerichtsvollzieher gehört, dass es am rechten Ort erfolgt, § 269 BGB. Um den Schuldner in Annahmeverzug zu setzen, hat der Gläubiger die Gegenleistung so anzubieten, dass der Schuldner nur noch zugreifen braucht[131]). Dies setzt ein Angebot der Gegenleistung am Erfüllungsort voraus[132]). Zu übergeben hat der Gerichtsvollzieher die Gegenleistung aber erst dann an den Schuldner, wenn dieser seinerseits voll geleistet hat[133]).

### 1. Die Art der Schuld, § 269 BGB

Nach § 269 BGB ist Leistungsort der Ort, an dem der Schuldner die Leistungshandlung vorzunehmen hat. Bei einer Holschuld ist Leistungsort der Wohnsitz des Schuldners, bei einer Bring- oder Schickschuld ist es der Wohnsitz des Gläubigers. Gemäß § 269 BGB hat der Gerichtsvollzieher in letzteren Fällen die Leistung des Gläubigers dem Schuldner am Erfüllungsort, nämlich an seinem Wohn- oder Geschäftslokalort, nach § 294 Abs. 1 BGB tatsächlich anzubieten[134]). Ist nach dem Titel ein anderer Ort Leistungsort, so muss der Gerichtsvollzieher die Gegenleistung dort dem Schuldner anbieten[135]). Der Gläubiger kann den Gerichtsvollzieher auch begleiten und eine etwa geschuldete Nachbesserung oder Reparatur selbst vor Ort durchführen[136]). Soweit es sich um eine höchstpersönliche Leistungspflicht handelt, muss der Gläubiger den Gerichtsvollzieher gar begleiten.

Bei Schickschulden bringt der Gerichtsvollzieher den geschuldeten Gegenstand in der Regel ebenfalls selbst zum Schuldner, um ordnungsgemäß anzubieten. Das tatsächliche Angebot kann jedoch auch dadurch erfolgen, dass der Gerichtsvollzieher die Versendung der geschuldeten Leistung bewirkt und sich von deren Ankunft beim Schuldner überzeugt[137]). Diese Verfahrensweise bietet sich jedoch nicht an, da der Gerichtsvollzieher die Gegenleistung nur zu übergeben hat, wenn der Schuldner seinerseits vollständig geleistet hat.

Bei Bring- und Schickschulden muss regelmäßig tatsächlich angeboten werden. Dagegen genügt es bei Holschulden, wenn der Gerichtsvollzieher die beim Gläubiger bereitstehende Gegenleistung wörtlich anbietet, § 295 S. 1 2. Alt. BGB[138]).

### 2. Die Bestimmung des Leistungsortes

Maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des Leistungsortes ist der Zeitpunkt des Entstehens des Schuldverhältnisses[139]). Ist jedoch eine Änderung des Wohnsitzes eingetreten und die Einhaltung des Leistungsortes mit großen wirtschaftlichen Schwierigkeiten verbunden, kann der neue Wohnort Leistungsort werden[140]). Soweit es auf die Natur des Schuldverhältnisses ankommt, oder aus besonderen Umständen des Einzelfalls zu ermitteln ist, wo der Leistungsort liegt, ist auf die Verkehrssitte und den Handelsbrauch Rücksicht zu nehmen[141]).

Leistungsort bei Rückabwicklung eines Vertrages ist der Ort, an dem sich die Sache dem Vertrage gemäß befindet[142]). Regelmäßig ist der Wohnort des Gläubigers der Ort, an dem die Sache dem Vertrage nach sein soll[143]). Hat der Verkäufer die Rückabwicklung des Vertrages zu vertreten, so muss er die Sache abholen[144]). Dies ergibt sich jetzt aus § 437 Nr. 2 BGB[145]).

Grundsätzlich ist für jede Leistung gesondert der Leistungsort festzulegen. Bei Zug-um-Zug-Leistungen soll nach neuerer Rechtsprechung und Literaturmeinung wegen der Natur des Schuldverhältnisses aber ein einheitlicher Leistungsort gegeben sein[146]). Der Leistungsort soll danach zu bestimmen sein, wo diejenige Leistung zu erbringen ist, welcher nach dem Inhalt des Vertrages die größere Bedeutung zukommt, und die deshalb dem Vertrag das Gepräge gibt[147]). Dies soll auch gelten, wenn es um die Rückabwicklung eines nichtigen Vertrages geht, da allein diese Lösung den Bedürfnissen der Praxis entgegen komme[148]).

## IV. Wörtliches Angebot nach § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO

### 1. Bisherige Rechtslage, § 756 Abs. 1 S. 1 ZPO, § 295 BGB

Ungeachtet der Regelung des wörtlichen Angebots nach dem neu eingefügten § 756 Abs. 2 ZPO konnte bereits nach alter Rechtslage unter den Voraussetzungen des § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO in Verbindung mit § 295 BGB ein wörtliches Angebot als Voraussetzung der Vollstreckung ausreichen.

#### a) Mitwirkungshandlung des Schuldners, § 295 S. 1 2. Alt. BGB

Dies gilt zum einen für Holschulden oder wenn eine sonstige Mitwirkungshandlung des Schuldners erforderlich ist, denn dann steht nach § 295 S. 2 BGB die Aufforderung, die Mitwirkungshandlung vorzunehmen, dem Angebot gleich.

---

131) RGZ 85, 415, 416; BGHZ 90, 354, 359; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 17.

132) *Thomas/Putzo*, § 756, Rdnr. 5; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 1 b cc; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 756, Rdnr. 2; *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 6; *Schmidt-von Rhein*, in AK-ZPO, § 756, Rdnr. 2; *Musielak/Lackmann*, § 756, Rdnr. 5.

133) MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 17.

134) LG Aachen DGVZ 1977, 88; LG Berlin Rpfleger 1978, 63, 64; LG Bochum DGVZ 1979, 123, 124; LG Dortmund DGVZ 1977, 10; LG Düsseldorf DGVZ 1980, 187; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 16.

135) LG Berlin Rpfleger 1978, 63, 64; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 16.

136) MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 17 m. w. N.

137) MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 17.

138) Dazu LG Bochum DGVZ 1979, 123, 124; LG Berlin Rpfleger 1978, 63, 64; LG Freiburg DGVZ 1979, 182; *Gilleßen/Jakobs*, DGVZ 1981, 49, 55; *Gottwald*, Zwangsvollstreckung, § 756, Rdnr. 4; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 1 b cc; *Schmidt-von Rhein*, in AK-ZPO, § 756, Rdnr. 2; *Lipross*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 63.

139) *Alisch*, DGVZ 1984, 85.

140) *Alisch*, DGVZ 1984, 85.

141) LG Bochum DGVZ 1979, 123, 124; *Alisch*, DGVZ 1984, 85, 86.

142) RGZ 55, 105, 112; 57, 12, 16; LG Bochum DGVZ 1979, 123, 124; LG Freiburg DGVZ 1979, 182, 183; AG Lampertheim DGVZ 1980, 188; AG Hamburg DGVZ 1980, 189; AG Hannover DGVZ 1981, 45, 46; AG Euskirchen DGVZ 1981, 188; LG Bonn DGVZ 1981, 188; LG Bonn DGVZ 1983, 185, 186; LG Lübeck und OLG Schleswig-Holstein DGVZ 1992, 56, 57; *Alisch*, DGVZ 1984, 85, 86.

143) AG Hannover DGVZ 1981, 45, 46 m. w. N.

144) LG Bochum DGVZ 1979, 123, 124; LG Freiburg DGVZ 1979, 182, 183.

145) Eingehend dazu *Canaris*, JZ 2001, 499; 516; *Altmeppen*, DB 2001, 1399, 1401; zu § 467 a. F. BGB: AG Hamburg DGVZ 1980, 189, 190 m. w. N.; nach *Alisch* soll unabhängig davon, wer den Rücktritt zu vertreten hat, der Leistungsort stets beim wegen einer Forderung vollstreckenden Gläubiger sein, schon um eine aufwendige Prüfung des Vertretenmüssens und hohe Transportkosten zu vermeiden; vergl. *Alisch*, DGVZ 1984, 85, 86.

146) OLG Stuttgart NJW 1982, 529; OLG Celle NJW 1990, 777, 778; KG NJW-RR 1998, 424, 426; Münch-Komm/*Keller*, § 269, Rdnr. 10 m. w. N.

147) KG NJW-RR 1998, 424, 426.

148) KG NJW-RR 1998, 424, 426; a. A. OLG Hamm NJW-RR 1995, 187, 188.

Hier genügt grundsätzlich ein wörtliches Angebot[149]). Wie beim tatsächlichem Angebot muss die geschuldete Gegenleistung bereitstehen, so dass der Schuldner nur noch zuzugreifen braucht[150]).

### b) Zuvor erklärte Ablehnung, § 295 S. 1 1. Alt. BGB

Zum anderen gilt dies, wenn der Schuldner von vornherein erklärt hat, er nehme die Gegenleistung nicht an, § 295 S. 1 1. Alt. BGB[151]). Diese Annahmeverweigerung muss durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden, § 77 Nr. 4 GVGA[152]).

Ist mit der Weigerung der Annahme durch den Schuldner zu rechnen, so kann auch trotz fehlenden urkundlichen Nachweises der Gerichtsvollzieher von einem tatsächlichen Angebot absehen und zunächst die Ablehnungserklärung des Schuldners bei diesem protokollieren, um unnötige Kosten zu vermeiden[153]). Nach der dann urkundlich nachgewiesenen Ablehnungserklärung genügt ein wörtliches Angebot der Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher[154]).

Bei vorangehender fehlender und erklärter Annahmebereitschaft des Schuldners kann der Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung beginnen. Die Annahmebereitschaft des Schuldners fehlt auch, wenn dieser selbst nicht in der Lage ist, die von ihm geschuldete Leistung zu erbringen und diese nicht anbietet, § 298 BGB[155]). Auch die fehlende Leistungsbereitschaft des Schuldners ist vom Gerichtsvollzieher vor Beginn der Vollstreckung zu protokollieren[156]). Ist der Schuldner bei Abgabe des wörtlichen Angebotes durch den Gerichtsvollzieher anschließend aber nachträglich doch selbst bereit und fähig, die von ihm geschuldete Leistung oder Mitwirkungshandlung zu erbringen, ist er nicht mehr in Annahmeverzug. Dann muss ihm die geschuldete Gegenleistung tatsächlich angeboten werden[157]).

## 2. Wörtliches Angebot zur Kostenvermeidung

Umstritten war, ob allein zur Vermeidung erheblicher, durch den Transport oder Abbau der geschuldeten Gegenleistung entstehender Kosten ein wörtliches Angebot zulässig war. Dafür war AG Düsseldorf[158]). Dies müsse gelten, wenn der Transport der Gegenleistung „eine vollkommen fruchtlose Formalität bedeuten würde, da die Schuldner, wie sich aus dem Schreiben vom 15. Februar 1951 ergibt, doch nicht in der Lage sind, den Schuldbetrag auf einmal zu zahlen“[159]). Mit ähnlicher Argumentation meinte das AG Lampertheim[160]), dass ein wörtliches Angebot bei einer Holschuld zweckmäßig sei, da so „unwirtschaftliche Güterbewegungen“ vermieden werden könnten.

Diese Ansicht ist mangels gesetzlicher Grundlage vereinzelt geblieben. Der vom AG Düsseldorf entschiedene Fall wäre zutreffend über § 298 BGB zu lösen gewesen. Allein aus Kostengründen lässt das materielle Recht ein wörtliches Angebot, das in Annahmeverzug setzt, nicht zu. Denn die Kosten, die ein Angebot verursacht, müssen zum Leistungsaustausch sowieso aufgebracht werden. Außer in den in den §§ 293 ff. BGB vorgesehenen Fällen des wörtlichen oder überflüssigen Angebotes kann nach zutreffender und herrschender Meinung nicht ohne ein tatsächliches Angebot in Annahmeverzug begründender Weise angeboten werden[161]).

## F. Ergebnis

Durch § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO wird die Zwangsvollstreckung aus Titeln auf Leistung Zug um Zug durch den Gerichtsvollzieher geregelt. Bei der Zwangsvollstreckung nach § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO besteht eine enge Verknüpfung von materiellem und formellem Recht. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Annahmeverzugs sind zugleich formellrechtliche Voraussetzung der Zwangsvollstreckung.

Ein Titel auf Leistung Zug um Zug liegt nur vor, wenn die vom Vollstreckungsgläubiger geschuldete Leistung in der Erfüllung eines ein Zurückbehaltungsrecht begründenden Anspruchs des Vollstreckungsschuldners liegt. Dies trifft nicht zu bei der Aushändigung einer Urkunde sowie bei der Vollstreckung wegen Kosten. Der Titel muss Leistung und Gegenleistung hinreichend bestimmen. Zur Feststellung, was als Gegenleistung geschuldet wird, ist der gesamte Titel heranzuziehen. Urkunden und sonstige Angaben außerhalb des Titels sind dagegen zur Bestimmung der Gegenleistung unbeachtlich.

Das Angebot des Gerichtsvollziehers ist ein hoheitlicher Vollstreckungsakt, der im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner privatrechtliche Wirkung entfaltet. Es muss in Annahmeverzug begründender Weise erfolgen. Ob dies gegeben ist, richtet sich nach materiellem Recht. Im Zweifel muss die Gegenleistung deshalb fehlerfrei sein. Soweit Nachbesserung geschuldet ist, sind allein die Mängel maßgeblich und zu beseitigen, die nach dem der gesetzlichen Regelung vorgehenden Individualentscheidung im Titel zu beseitigen sind. Schließlich sind es gerade die Mängelbeseitigungsansprüche des Schuldners, die zur Zug-um-Zug-Verurteilung geführt haben. Grundsätzlich ist die Gegenleistung vom Gerichtsvollzieher tatsächlich anzubieten. Ein Annahmeverzug begründendes wörtliches Angebot genügt als besondere Vollstreckungsvoraussetzung, soweit dies vom materiellen Recht vorgesehen ist, § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO, § 295 BGB. Allein aus Kostengründen kann ein wörtliches Angebot ein tatsächliches Angebot nicht in Annahmeverzug begründender Weise ersetzen.

*(Fortsetzung im nächsten Heft)*

149) *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 37; *Gilleßen/Jakobs*, DGVZ 1981, 49, 55; *Wieczorek/Schütze/Salzmann*, § 756, Rdnr. 14; *Hintzen/Wolf*, Mobiliarvollstreckung, Rdnr. 228.

150) LG Bonn DGVZ 1981, 188; LG Freiburg DGVZ 1979, 182; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 21; *Schmidt-von Rhein*, in AK-ZPO, § 756, Rdnr. 2; *Lipross*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 63; nach *Gilleßen/Jakobs*, DGVZ 1981, 49 braucht sich der Gerichtsvollzieher aber nicht davon zu überzeugen, dass die Leistung tatsächlich bereit steht; a. A. insoweit *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 37.

151) *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 37; *Gilleßen/Jakobs*, DGVZ 1981, 49, 55; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 19; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 16 1 b cc; *Schmidt-von Rhein*, in AK-ZPO, § 756, Rdnr. 2; *Lipross*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 63; *Gottwald*, Zwangsvollstreckung, § 756, Rdnr. 10.

152) *Sebode*, DGVZ 1958, 34, 37; *Gilleßen/Jakobs*, DGVZ 1981, 49, 55; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 22 m. w. N.

153) AG Neukölln DGVZ 1951, 24; *Gilleßen/Jakobs*, DGVZ 1981, 49, 55; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 22.

154) *Gilleßen/Jakobs*, DGVZ 1981, 49, 55; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 22.

155) Dazu LG Augsburg DGVZ 1995, 8, 9; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 22.

156) MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 23; *Hintzen/Wolf*, Mobiliarvollstreckung, Rdnr. 228; *Werner/Pastor*, Bauprozess, Rdnr. 2736.

157) *Wieczorek/Schütze/Salzmann*, § 756, Rdnr. 19; *Zöller/Stöber*, § 756, Rdnr. 14; MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 22. Hat der Schuldner seine Leistung freiwillig erbracht, nachdem er in Annahmeverzug geraten ist, ist es seine Sache, an die ihm gebührende Gegenleistung zu gelangen; vgl. nur MüKo/*Heßler*, § 756, Rdnr. 24.

158) AG Düsseldorf DGVZ 1953, 75.

159) AG Düsseldorf DGVZ 1953, 75, 76.

160) AG Lampertheim DGVZ 1980, 188.

161) LG Berlin DGVZ 1978, 25, 26 f; *Schneider*, JurBüro 1966, 817, 819 f.; *Werner/Pastor*, Bauprozess, Rdnr. 2735.

# RECHTSPRECHUNG

**§ 133 Abs. 1 InsO**

**a) Eine Zahlung, die der Schuldner zur Abwendung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen an den Gerichtsvollzieher leistet, ist eine Rechtshandlung des Schuldners.**

**b) Gewährt der Schuldner dem Gläubiger auf eine fällige Forderung eine Leistung früher als drei Monate vor dem Eröffnungsantrag, so stellt sie sich nicht bereits deshalb als inkongruente Deckung dar, weil sie zur Vermeidung einer unmittelbar bevorstehenden Zwangsvollstreckung erfolgt.**

**c) Für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz genügt auch bei einer kongruenten Deckung bedingter Vorsatz.**

**d) Einem Schuldner, der weiß, dass er nicht alle seine Gläubiger befriedigen kann, und der Forderungen eines einzelnen Gläubigers vorwiegend deshalb erfüllt, um diesen von der Stellung eines Insolvenzantrages abzuhalten, kommt es nicht ein erster Linie auf die Erfüllung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten, sondern auf die Bevorzugung dieses einzelnen Gläubigers an; damit nimmt er die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen in Kauf.** *)

**BGH, Urteil v. 27. 5. 2003**
**– IX ZR 169/02 –**

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Klägers auf Rückgewähr gemäß § 143 Abs. 1, § 133 Abs. 1 InsO in Höhe von 11 266,39 Euro (= 22 035,15 DM) mit folgender Begründung angenommen: Die Zahlungen des Schuldners vom 8. Oktober, 26. Oktober und vom 23. November 1999 an den Gerichtsvollzieher seien als „Rechtshandlungen des Schuldners“ im Sinne des § 133 Abs. 1 InsO anzusehen. Es habe sich bei den Leistungen nicht um Pfändungen, sondern um freiwillige Zahlungen des Schuldners gehandelt, der Vollstreckungsmaßnahmen – mit der befürchteten weiteren Folge eines Insolvenzantrages der Beklagten – gerade habe vermeiden wollen. Die Zahlungen könnten daher weder als Vollstreckungsmaßnahmen angesehen noch solchen gleichgestellt werden; sie seien vielmehr Rechtshandlungen des Schuldners im Sinne des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO. Der Schuldner habe diese Zahlungen auch mit dem Vorsatz geleistet, seine Gläubiger zu benachteiligen. Da der Schuldner zur Abwendung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen auf eine fällige Forderung der Beklagten geleistet habe, sei eine inkongruente Deckung gegeben, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein Beweisanzeichen für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners sei. Der Fall, dass der Schuldner trotz Gewährung einer inkongruenten Deckung angenommen habe, mit Sicherheit alle seine Gläubiger befriedigen zu können, sei hier nicht gegeben. Die gewährte inkongruente Deckung sei auch ein Beweisanzeichen dafür, dass der Beklagten im Zeitpunkt der Zahlungen der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners bekannt gewesen sei. Dass diese Kenntnis bei der Beklagten vorhanden gewesen sei, könne im Übrigen auch aus den gesamten Umständen geschlossen werden.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten im Ergebnis einer rechtlichen Überprüfung stand.

1. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei den angefochtenen Zahlungen um Rechtshandlungen des Schuldners im Sinne des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO handelt.

a) Zwar unterliegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern als solche regelmäßig nicht der Anfechtung gemäß § 133 InsO, weil diese Norm eine Rechtshandlung des Schuldners voraussetzt. Nach § 133 InsO anfechtbar ist eine im Rahmen oder aus Anlass einer Zwangsvollstreckung erfolgte Vermögensverlagerung jedoch dann, wenn dazu zumindest auch Rechtshandlungen des Schuldners beigetragen haben (vgl. MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, § 133 Rdnr. 8; *Paulus*, in: Kübler/Prütting, InsO § 133 Rdnr. 3; vgl. auch BGHZ 143, 332, 333 f.).

b) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte die ihr aufgrund der Zahlungen des Schuldners an den Gerichtsvollzieher gutgeschriebenen Beträge nicht durch Pfändung und Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher (§ 808 Abs. 1, § 815 Abs. 3 ZPO) oder durch sonstige Vollstreckungsmaßnahmen erlangt. Vielmehr hat der Schuldner die Teilzahlungen auf die Beitragsforderungen der Beklagten nach der Mitteilung des Gerichtsvollziehers, es liege ein Vollstreckungsauftrag der Beklagten vor, erbracht, bevor es zur Vornahme von Vollstreckungsmaßnahmen kam. Der Schuldner wollte durch die Teilzahlungen Vollstreckungsmaßnahmen gerade verhindern, weil er befürchtete, dass er die eidesstattliche Versicherung würde abgeben müssen und die Beklagte sodann Insolvenzantrag stellen würde. Zahlungen, die ein Schuldner freiwillig oder zur Abwendung der Zwangsvollstreckung an den Gerichtsvollzieher erbringt, sind aber selbst keine Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern (vgl. §§ 754, 755 ZPO).

c) Der Umstand, dass ein Schuldner nur unter dem Druck der drohenden Zwangsvollstreckung zahlt, rechtfertigt keine Gleichsetzung dieser Leistungen des Schuldners mit Vermögenszugriffen, die durch Vornahme von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erfolgen. Ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Beurteilung besteht schon darin, dass bei der Zahlung durch den Schuldner die Verminderung des allen Gläubigern zur Verfügung stehenden Schuldnervermögens auf einer Handlung des Schuldners beruht. Entgegen der Meinung der Revision stellt es keinen Widerspruch dar, dass die Leistung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung in der „kritischen Zeit“ inkongruent im Sinne von § 131 InsO, gleichwohl aber eine Rechtshandlung des Schuldners im Sinne des § 133 InsO ist. Ob der Gerichtsvollzieher in jedem Falle auf die Barmittel, mit denen der Schuldner die Teilzahlungen erbracht hat, auch im Wege der Zwangsvollstreckung hätte zugreifen können, ist nicht erheblich.

d) Der vom Senat in der Entscheidung vom 11. April 2002 – IX ZR 211/01, WM 2002, 1193, 1194 angesprochene Grundsatz, dass die Befugnis des Gläubigers, sich mit Hilfe hoheitlicher Zwangsmittel eine rechtsbeständige Sicherung oder Befriedigung der eigenen fälligen Forderungen zu verschaffen, hinter dem Schutz der Gläubigergesamtheit zurücktritt, gilt für Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers nach dem System der Anfechtungsregeln der Insolvenzordnung lediglich für den von § 131 InsO erfassten Zeitraum (dazu unten unter

*) amtlicher Leitsatz

II 3 der Entscheidungsgründe; zum alten Recht vgl. BGHZ 136, 309, 312 f. sowie § 33 KO). Wenn es aber wie hier nicht bloß um Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers geht, sondern (auch Mitwirkungs-)Handlungen des Schuldners in Rede stehen, erweitert § 133 Abs. 1 InsO den Anfechtungszeitraum auf die letzten zehn Jahre vor dem Eröffnungsantrag. Die Wertung des Gesetzes, das die vorsätzliche Benachteiligung der Gläubigergesamtheit durch den Schuldner innerhalb einer längeren Frist zur Anfechtung befugt, gilt auch für solche Rechtshandlungen, die der Schuldner aus Anlass oder im Rahmen der Zwangsvollstreckung vornimmt.

2. Das Berufungsgericht hat das Vorliegen einer objektiven Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO) als Voraussetzung eines jeden anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruches nicht ausdrücklich bejaht. Sie ergibt sich aber aus den sonstigen Feststellungen des Berufungsgerichts.

Die Insolvenzordnung versteht den Begriff der Gläubigerbenachteiligung nicht anders als das bisherige Recht (BGH, Urt. v. 11. April 2002 a. a. O.). Danach werden die Insolvenzgläubiger benachteiligt, wenn die Insolvenzmasse durch die anfechtbare Handlung verkürzt worden ist, wenn sich also die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger ohne die fragliche Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätten (vgl. BGHZ 124, 76, 78 f.). Hinsichtlich der Zahlungen, für die der Schuldner nach dem – nicht bestrittenen – Vortrag des Klägers von seinen Auftraggebern stammende Geldmittel verwendet hat, bestehen an dem Vorliegen einer zumindest mittelbaren Gläubigerbenachteiligung, die für § 133 Abs. 1 InsO genügt (Münch-Komm-InsO/ *Kirchhof*, § 133 Rdnr. 11), keine Zweifel. Entgegen der Auffassung der Revision sind die Gläubiger aber auch durch diejenigen Zahlungen, für die der Schuldner ihm von seiner Mutter überlassene Geldmittel verwendet hat, durch eine Verkürzung der Insolvenzmasse benachteiligt worden.

a) Die Revision ist der Ansicht, es könne insoweit keine Gläubigerbenachteiligung eingetreten sein, weil Privatvermögen eingesetzt worden sei, das den Gläubigern niemals zur Verfügung gestanden hätte. Diese Auffassung geht schon deshalb fehl, weil die Zahlungen nicht unmittelbar aus dem Vermögen der Mutter an die Beklagte oder den Gerichtsvollzieher erfolgt sind, sondern dem Schuldner die Geldmittel in einer Größenordnung von etwa 12 000 DM von seiner Mutter darlehensweise überlassen worden waren. Nach der von der Revision in Bezug genommenen Bekundung des Schuldners in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat ihm seine Mutter ab August 1999 einen Gesamtbetrag von etwa 12 000 DM zur Verfügung gestellt, „damit es weitergehen sollte“. Der Schuldner hat die Zahlungen an den Gerichtsvollzieher teils in dessen, teils in seinem Büro bar geleistet und mit dem Gerichtsvollzieher abgesprochen, dass die Zahlungsbeträge auf einzelne Gläubiger aufgeteilt werden sollten. Dem Vorschlag des Gerichtsvollziehers, zunächst die kleineren Forderungen zu erfüllen, hat der Schuldner zugestimmt.

b) Danach sind die dem Schuldner von seiner Mutter darlehensweise überlassenen Geldmittel zunächst in sein Vermögen gelangt. Die Zahlungen an den Gerichtsvollzieher erfolgten sodann aus dem haftenden Vermögen des Schuldners. Die darin liegende Gläubigerbenachteiligung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Geldmittel dem Schuldner von seiner Mutter zu dem Zweck zur Verfügung gestellt wurden, durch Teilzahlungen an Gläubiger weitere Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und einen eventuellen Insolvenzantrag zu vermeiden. Ob ein Darlehen einem bestimmten Zweck dienen soll, ist anfechtungsrechtlich grundsätzlich unerheblich, solange die Zweckvereinbarung nicht aus Gründen treuhänderischer Bindung zur Unpfändbarkeit des Darlehensanspruchs und der ausgezahlten Darlehensvaluta führt (Senat, Urt. v. 7. Februar 2002 – IX ZR 115/99, ZIP 2002, 489, 490). Die Annahme einer solchen treuhänderischen Bindung scheidet nach den tatsächlichen Umständen des vorliegenden Falles aber schon deshalb aus, weil die Mutter des Schuldners es offensichtlich ihm überlassen hat, in welcher Höhe und an welche Gläubiger er mit den ihm darlehensweise zur Verfügung gestellten Geldmitteln Zahlungen leistet.

3. Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Schuldner habe die Zahlungen an den Gerichtsvollzieher mit dem Vorsatz vorgenommen, seine Gläubiger zu benachteiligen. Die dagegen von der Revision erhobenen Rügen bleiben im Ergebnis gleichfalls ohne Erfolg.

a) Die Revision beanstandet allerdings zu Recht, dass das Berufungsgericht von einer inkongruenten Deckung ausgegangen ist. Das Berufungsgericht hat unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Senats vom 11. April 2002, a. a. O., gemeint, es sei hier eine inkongruente Deckung im Sinne des § 131 Abs. 1 InsO gegeben, da der Insolvenzschuldner zur Abwendung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen auf eine fällige Forderung der Beklagten Zahlungen geleistet habe. Wie die Revision zutreffend anführt, hat der erkennende Senat in der genannten Entscheidung aber nur für den von § 131 InsO erfassten Zeitraum der letzten drei Monate vor dem Eröffnungsantrag ausgesprochen, dass eine Leistung, die der Schuldner dem Gläubiger auf eine fällige Forderung zur Vermeidung einer unmittelbar bevorstehenden Zwangsvollstreckung gewährt hat, eine inkongruente Deckung darstellt. Nur für diesen Zeitraum wird durch § 131 InsO der die Einzelzwangsvollstreckung beherrschende Prioritätsgrundsatz zugunsten der Gleichbehandlung der Gläubiger verdrängt (a. a. O., S. 1194).

b) Soweit in der Rechtsprechung zur Konkursordnung eine während der „kritischen Zeit“ im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung oder Befriedigung als inkongruent angesehen wurde (BGHZ 136, 309, 311 ff.), kamen als Beginn der „kritischen Zeit“ zwar nicht nur die Stellung des Eröffnungsantrages und der Zeitraum der letzten zehn Tage zuvor, sondern außerdem der Zeitpunkt der Zahlungseinstellung in Betracht. Dies hatte seinen Grund darin, dass bei der besonderen Konkursanfechtung nach § 30 Nr. 1 Fall 2, Nr. 2 KO auch für solche vor dem Eröffnungsantrag vorgenommenen Rechtshandlungen von Dritten auf den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung abzustellen war, sofern diese Rechtshandlungen nicht früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt waren, § 33 KO.

Nach der Insolvenzordnung sind Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern als Rechtshandlungen, an denen der Schuldner nicht mitgewirkt hat, dagegen nur anfechtbar, wenn sie in den letzten drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen wurden, selbst wenn der Schuldner schon vor diesem Zeitraum zahlungsunfähig war oder seine Zahlungsunfähigkeit drohte (§§ 130, 131 InsO).

Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern vor diesem Zeitraum können daher nicht mit der Begründung als inkongruent angesehen werden, die Befugnis des Gläubigers, sich mit Hilfe hoheitlicher Zwangsmittel eine rechtsbeständige Sicherung oder Befriedigung der eigenen fälligen Forderungen zu verschaffen, trete hinter dem Schutz der Gläubigergesamtheit zurück. Dasselbe gilt dann aber auch für Leistungen des Schuldners, die dieser mehr als drei Monate vor dem Eröffnungsantrag auf eine fällige Forderung zur Vermeidung einer unmittelbar bevorstehenden Zwangsvollstreckung erbracht hat.

c) Auf das Beweisanzeichen einer inkongruenten Deckung durfte das Berufungsgericht daher den Nachweis eines Gläu-

bigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners nicht stützen. Die übrigen Feststellungen des Berufungsgerichts tragen die Annahme eines Benachteiligungsvorsatzes aber auch dann, wenn man von einer kongruenten Deckung ausgeht. Denn der Schuldner wusste, dass sein Vermögen nicht ausreichte, um über Teilzahlungen an einzelne Gläubiger hinaus alle Gläubiger befriedigen zu können. Soweit er für seinen insolventen Hauptauftraggeber noch bis Anfang November 1999 weiterarbeitete, bestanden keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass von Seiten seines Hauptauftraggebers noch Zahlungen geleistet würden. Nach seinen Angaben hat der Schuldner in dem fraglichen Zeitraum von Oktober bis Dezember 1999 „immer dort bezahlt …, wo es am dringendsten war". Am dringendsten waren aus seiner Sicht (Teil-)Zahlungen an Gläubiger, von denen er die Stellung eines Insolvenzantrages befürchtete. Der Schuldner erbrachte die angefochtenen Teilzahlungen an die Beklagte, weil er unter allen Umständen die Stellung eines Insolvenzantrages vermeiden wollte. Einem Schuldner, der Forderungen eines Gläubigers vorwiegend deshalb teilweise erfüllt, um diesen dadurch von der Stellung eines Insolvenzantrages abzuhalten, kommt es aber nicht in erster Linie auf die Erfüllung seiner vertraglichen oder – wie hier – gesetzlichen Pflichten, sondern auf die Bevorzugung dieses einzelnen Gläubigers an. Damit nimmt er die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen in Kauf. Für den Benachteiligungsvorsatz reicht auch bei kongruenten Deckungsgeschäften die Feststellung aus, der Schuldner habe sich eine Benachteiligung nur als möglich vorgestellt, sie aber in Kauf genommen, ohne sich durch die Vorstellung dieser Möglichkeit von seinem Handeln abhalten zu lassen (*Kreft*, in HK-InsO, 2. Aufl. § 133 Rdnr. 10; MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, § 133 Rdnr. 13; *Nerlich* in: Nerlich/Römermann InsO § 133 Rdnr. 23; zur bisherigen Rechtsprechung vgl. BGHZ 133, 189, 195; BGH, Urt. v. 2. April 1998 – IX ZR 332/96, ZIP 1998, 830, 835). Im vorliegenden Fall schließt daher die bloße Hoffnung des Schuldners, er werde von seinem in wirtschaftliche Nöte geratenen Hauptauftraggeber die in erheblichem Umfange noch ausstehenden Zahlungen erhalten, den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nicht aus, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat.

4. Die Kenntnis der Beklagten von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners hat das Berufungsgericht nicht nur aus der – von ihm rechtlich fehlerhaft angenommenen – Inkongruenz der Deckung hergeleitet, sondern im Übrigen auch aus den gesamten Umständen geschlossen. Diese Beurteilung hält gleichfalls den Angriffen der Revision stand.

a) Gemäß § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO wird die Kenntnis des anderen Teils vermutet, wenn er wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. Beides hat das Berufungsgericht bejaht. Dass die wirtschaftliche Lage des Insolvenzschuldners schlecht gewesen sei und seine Zahlungsunfähigkeit drohte, habe die Beklagte daraus entnehmen können, dass es bereits im Januar 1999 zu einer Rücklastschrift gekommen sei, dass Mitte September 1999 ein vom Insolvenzschuldner an die Beklagte gegebener Scheck über 12 000 DM rückbelastet worden sei und dass der Insolvenzschuldner auch nach dem ersten Besuch des Gerichtsvollziehers nur schleppend Teilzahlungen geleistet habe. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt habe, sei die drohende Zahlungsunfähigkeit des Insolvenzschuldners insbesondere daraus zu schließen gewesen, dass der Insolvenzschuldner selbst zur Begleichung für die Existenz des Betriebes notwendiger Betriebskosten wie Sozialversicherungsbeiträgen, die in der Regel nicht gestundet werden könnten, nicht mehr in der Lage gewesen sei. Es habe zudem auf der Hand gelegen, dass diese Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten, einem Sozialversicherungsträger, nicht annähernd die einzigen des gewerblich tätigen Insolvenzschuldners gewesen seien. Sichtbar sei hier das typische Bild eines Unternehmens in der Krise gewesen, in der nur noch Forderungen derjenigen Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt würden, die bereits Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet oder sonstige Druckmittel gegen den Schuldner in der Hand hätten.

b) Diese Erwägungen des Berufungsgerichts tragen in Verbindung mit seinen übrigen Feststellungen die Annahme einer Kenntnis der Beklagten von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners. Die Beklagte kannte die Höhe ihrer gesamten jeweils offen stehenden Beitragsforderungen. Die Beitragsrückstände des Schuldners bei der Beklagten waren von 5 284,05 DM am 12. Mai 1999 über 21 544,16 DM am 15. Juli 1999, 28 216,47 DM am 12. August 1999 auf 31 418,14 DM am 24. September 1999 angestiegen. Ein vom Insolvenzschuldner an die Beklagte gegebener Scheck über 12 000 DM wurde am 15. September 1999 mangels Deckung nicht eingelöst. Trotz der Teilzahlungen vom 8. und 22. Oktober 1999 über 9 790,35 DM und vom 26. Oktober und 10. November 1999 über 9 972,50 DM konnte die Beitragsschuld nicht wesentlich zurückgeführt werden, sondern belief sich am 22. November 1999 wiederum auf 31 243,28 DM. Am 17. Dezember 1999 betrug sie 34 861 DM.

Der Beklagten war daher in dem maßgeblichen Zeitraum ab Anfang Oktober 1999 bekannt, dass Zahlungsunfähigkeit mindestens drohte, wenn sie nicht schon eingetreten war (vgl. BGHZ 149, 178, 186 f.). Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, war es ferner für die Beklagte offensichtlich, dass die Verbindlichkeiten des gewerblich tätigen Schuldners gegenüber der Beklagten und anderen Sozialversicherungsträgern nicht annähernd die einzigen waren (vgl. BGHZ 149, 100, 111).

Angesichts der partiellen Strafbewehrtheit seiner Forderungen muss sich weiter gerade einem Sozialversicherungsträger die allgemeine Erfahrung aufdrängen, dass seine Ansprüche oft vorrangig vor anderen befriedigt werden, deren Nichterfüllung für den insolvenzreifen Schuldner weniger gefährlich ist (BGHZ 149, 100, 113; 149, 178, 191). Die Beklagte wusste folglich auch, dass infolge der Teilzahlungen des Schuldners andere Gläubiger benachteiligt wurden. Nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO besteht somit eine Vermutung für die Kenntnis der Beklagten von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners. Dass der Beklagten der ihr offen stehende Beweis des Gegenteils nicht gelungen ist, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen. Die Hoffnung des Schuldners, er werde demnächst die Außenstände gegenüber seinem Hauptauftraggeber realisieren und dann die Beitragsrückstände begleichen können, schließt seinen Benachteiligungsvorsatz nicht aus (oben unter II 3). Der nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO zu vermutenden Kenntnis der Beklagten von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners steht demnach nicht entgegen, dass der Schuldner sich gegenüber dem bei der Beklagten angestellten Zeugen K. davon überzeugt gezeigt hat, seine Außenstände einziehen zu können.

**§ 788 Abs. l Satz 1, Abs. 2 Satz 1 ZPO**

**Ist ein Vollstreckungsbescheid, aus dem die Zwangsvollstreckung betrieben worden ist, durch einen Prozessvergleich ersetzt worden, kann der Gläubiger grundsätzlich die Erstattung der Vollstreckungskosten in der Höhe verlangen, in der sie angefallen wären, wenn er von vornherein die Vollstreckung auf den Vergleichsbetrag beschränkt hätte.***)

**BGH, Beschl. v. 10. 10. 2003**
**– IXa ZB 204/03 –**

*) amtlicher Leitsatz

Aus den Gründen:

Aufgrund eines Vollstreckungsbescheides über eine Hauptforderung von 17 014,92 Euro erwirkte der Gläubiger gegen die Schuldnerin beim Amtsgericht Leutkirch den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses. Nach Einspruch der Schuldnerin gegen den Vollstreckungsbescheid schlossen die Parteien am 12. Juli 2002 vor dem Landgericht Ravensburg folgenden Vergleich:

1. Die Beklagte bezahlt an den Kläger 9 000 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. August 2002.

2. Damit ist die Werklohnforderung des Klägers und sind die von der Beklagten in den Rechtsstreit eingeführten Gewährleistungsansprüche und sonstigen Gegenansprüche erledigt.

3. Der Kläger verzichtet auf die Rechte aus dem Vollstreckungsbescheid …

4. Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

5. …

Der Gläubiger hat beim Amtsgericht – Vollstreckungsgericht – Leutkirch beantragt, die Kosten der Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid mit 258 Euro festzusetzen. Mit Beschluss vom 26. September 2002 hat das Amtsgericht diese auf 198,90 Euro festgesetzt, wobei es für die $^{3}/_{10}$-Rechtsanwaltsgebühr gemäß § 57 Abs. 1 BRAGO einen Gegenstandswert in Höhe des Vergleichsbetrages von 9 000 Euro angenommen hat. Die Beschwerde der Schuldnerin gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss hat das Landgericht Ravensburg mit Beschluss vom 23. Juni 2002 zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Schuldnerin mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Das gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts enthält der Prozessvergleich keine Regelung über die Kosten der Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid. Diese gehörten nicht zu den Kosten des Rechtsstreits. Der Gläubiger könne von der Schuldnerin die Vollstreckungskosten in der Höhe ersetzt verlangen, in der sie angefallen wären, wenn er die Zwangsvollstreckung von vornherein auf die Vergleichssumme beschränkt hätte. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Umstand, dass in Höhe des Vergleichsbetrages die Vollstreckung zu Recht erfolgt sei, weil die Parteien durch den Abschluss des Prozessvergleichs das Bestehen eines entsprechenden Anspruchs verbindlich zum Ausdruck gebracht hätten.

2. Demgegenüber vertritt die Rechtsbeschwerde die Meinung, dass der Vollstreckungsbescheid durch den Prozessvergleich ersetzt worden und damit gegenstandslos geworden sei, wodurch die Grundlage der Zwangsvollstreckung und die Erstattungsfähigkeit der bisher angefallenen Vollstreckungskosten entfallen sei. Die Parteien hätten durch den Abschluss des Vergleichs ihre Rechtsbeziehungen neu geordnet mit der Folge, dass der Rückgriff auf die frühere Rechtslage verboten sei. Es stehe nicht fest, inwieweit der Vergleichsbetrag identisch sei mit dem Anspruch, der mit dem Vollstreckungsbescheid geltend gemacht worden sei. Der Inhalt des Prozessvergleichs allein sei dafür maßgebend, welche Partei die bereits entstandenen Vollstreckungskosten tragen müsse. Diese könnten nur dann als Kosten des Rechtsstreits angesehen werden, wenn sich dafür aus dem Vergleichstext eindeutige Anhaltspunkte ergäben. Das treffe hier nicht zu.

3. Die Meinung der Rechtsbeschwerde vermag nicht zu überzeugen.

a) Zur Frage, ob der Gläubiger bereits entstandene Kosten der Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid, der später durch einen Prozessvergleich ersetzt wurde, gemäß § 788 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 ZPO gegen den Schuldner vom Vollstreckungsgericht festsetzen lassen kann, werden unterschiedliche Meinungen vertreten.

Eine Meinung lehnt die Erstattungsfähigkeit ab, soweit diese nicht dem Inhalt des Prozessvergleichs zu entnehmen ist. Dies wird vor allem damit begründet, dass der Vollstreckungsbescheid keine Grundlage für die Festsetzung von Vollstreckungskosten bilden könne, weil der Prozessvergleich die Rechtslage zwischen den Parteien neu geregelt und den Vollstreckungsbescheid ersetzt habe. Es stehe nicht fest, inwieweit der Vergleich den Vollstreckungsbescheid bestätige oder nicht, da die Erwägungen, die zum Vergleichsschluss und zur Festlegung der Vergleichssumme geführt hätten, ganz anderer Natur gewesen sein könnten als die Überzeugung von der Berechtigung des mit dem Vollstreckungsbescheid geltend gemachten Anspruchs (vgl. KG NJW-RR 2000, 518 f.; OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 943; OLG Hamm MDR 1993, 917).

Nach der herrschenden Meinung hindert der Umstand, dass der Vollstreckungsbescheid durch den Prozessvergleich gegenstandslos geworden ist, die Festsetzung der bis dahin entstandenen Vollstreckungskosten nicht. Allerdings könnten diese nur in der Höhe festgesetzt werden, in der sie entstanden wären, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung von vornherein auf den nach dem Vergleich endgültig zu bezahlenden Betrag beschränkt hätte (vgl. OLG München NJW-RR 1999, 798; OLG Zweibrücken JurBüro 1999, 552; OLG Stuttgart Rpfleger 1994, 118; OLG Hamburg JurBüro 1991, 1132; *Münzberg* in Stein/Jonas, ZPO 22. Aufl. § 788 Rdnr. 48; Zöller/*Stöber*, ZPO 23. Aufl. § 788 Rdnr. 14).

b) Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass die Parteien in dem Prozessvergleich keine Regelung für die aufgrund der Vollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid angefallenen Kosten getroffen haben. Von der Kostenaufhebung gemäß Nr. 4 des Vergleichs werden sie nicht umfasst, da sie keine Kosten des Rechtsstreits sind (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 943; OLG Karlsruhe MDR 1994, 733; Zöller/*Stöber*, a. a. O. § 788 Rdnr. 14). Der in Nr. 3 des Vergleichs enthaltene Verzicht des Klägers auf die Rechte aus dem Vollstreckungsbescheid regelt lediglich, dass für die Zukunft nur der Prozessvergleich Vollstreckungstitel ist. Insbesondere nimmt er dem Vollstreckungsbescheid die Wirkung für die in der Vergangenheit bereits durchgeführten Vollstreckungsmaßnahmen in dem durch den Prozessvergleich bestätigten Umfang nicht (vgl. Stein/Jonas/*Münzberg*, ZPO 22. Aufl. § 717 Rdnr. 64). Das gilt insbesondere deshalb, weil nach dem Inhalt des Vergleichs alles dafür spricht, dass dem Vollstreckungsbescheid und dem Prozessvergleich derselbe Anspruch zugrunde liegt.

c) Mit Recht hat sich das Beschwerdegericht der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur angeschlossen. Ist ein Vollstreckungsbescheid, auf dessen Grundlage die Zwangsvollstreckung betrieben wurde, durch einen Prozessvergleich ersetzt worden, kann der Gläubiger Vollstreckungskosten in der Höhe festsetzen lassen, die entstanden wären, wenn er von vornherein die Vollstreckung auf den Vergleichsbetrag beschränkt hätte.

Dass der Vollstreckungsbescheid durch den Prozessvergleich gegenstandslos geworden ist, steht der Festsetzung der Vollstreckungskosten gemäß § 788 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2

Satz 1 ZPO nicht entgegen. Dasselbe gilt für den Umstand, dass durch den Vergleich die Rechtslage zwischen den Parteien neu geordnet wurde und deshalb ein Rückgriff auf die frühere (ungewisse oder streitige) Rechtslage unzulässig ist (vgl. Thomas/Putzo, ZPO 25. Aufl. § 794 Rdnr. 30; *Häsemeyer*, ZZP 108, 289, 297). Diese Vorschrift stellt nämlich auf die Vollstreckbarkeit des zugrunde liegenden Anspruchs und nicht auf die Kontinuität des Vollstreckungstitels ab (vgl. OLG Zweibrücken JurBüro 1999, 552, 553; OLG Stuttgart Rpfleger 1994, 118; Münzberg in Stein/Jonas, a. a. O. § 788 Rdnr. 48). Entscheidend ist, dass der Gläubiger im Hinblick auf die Vergleichssumme im Ergebnis zu Recht vollstreckt hat. Der dem Vollstreckungsbescheid zugrunde liegende Anspruch wurde insoweit durch die verbindliche Regelung der Parteien in dem Prozessvergleich zwar nicht formal, aber der Sache nach bestätigt (vgl. OLG Hamburg JurBüro 1991, 1132).

Gemäß § 788 Abs. 2 Satz 1 ZPO können die Kosten der Vollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid in Höhe des Vergleichsbetrages vom Vollstreckungsgericht festgesetzt werden, obwohl der Vollstreckungsbescheid durch den Prozessvergleich aufgehoben wurde (vgl. OLG Stuttgart Rpfleger 1994, 118).

**§§ 367 BGB, 788 Abs. 1 S. 1 ZPO; 130 Abs. 3 GVGA**

**Werden in einem Vollstreckungsauftrag nicht titulierte Forderungen geltend gemacht, so hat der Gerichtsvollzieher die Notwendigkeit dieser Forderungen zu prüfen. Hierzu kann er vom Gläubiger die Vorlage einer entsprechenden Forderungsaufstellung verlangen.**

**LG Aurich, Beschl. v. 26. 8. 2003**
**– 4 T 374/03 –**

Aus den Gründen:

Der Gläubiger hat mit dem hiermit in Bezug genommenen Schriftsatz vom 20. 6. 2002 dem Gerichtsvollzieher einen Vollstreckungsauftrag erteilt und für den Fall der fruchtlosen Vollstreckung den Antrag zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung gestellt. Mit Schreiben vom 11. 7. 2002 hat er dem Gerichtsvollzieher mitgeteilt, dass sich „die Forderung" um 1 094,46 Euro reduziere, weil Waren zurückgegeben worden seien. Mit Schreiben vom 14. 8. 2002 hat der Gläubiger den Gerichtsvollzieher um Aufhebung des Termins zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung gebeten, weil mit der Schuldnerin eine Ratenzahlungsvereinbarung getroffen sei. Mit Schreiben vom 18. 11. 2002 beantragt der Gläubiger, „die Vollstreckung wieder aufzunehmen" und trägt vor, der Schuldner habe zwar Raten in Höhe von 100 Euro und 200 Euro gezahlt, letztlich aber die Ratenzahlungsvereinbarung nicht eingehalten.

Der Gerichtsvollzieher hat die Erledigung des Auftrags von der Hergabe einer Forderungsaufstellung gem. § 367 BGB abhängig gemacht. Hiergegen richtet sich die Vollstreckungserinnerung des Gläubigers. Das Amtsgericht Norden hat durch Beschluss vom 16. 7. 2003 diese Erinnerung zurückgewiesen. Gegen diesen ihm am 18. 7. 2003 zugestellten Beschluss richtet sich die am 23. 7. 2003 eingelegte sofortige Beschwerde des Gläubigers, der das Amtsgericht nicht abgeholfen hat.

Die sofortige Beschwerde ist gemäß § 793 ZPO zulässig, jedoch nicht begründet. In dem noch zu erledigenden Auftrag zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ist die Gläubigerforderung anzugeben, weil die Vermögensoffenbarung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung dient, bei der der Gläubiger mit seinem Auftrag nicht nur Beginn und Art, sondern auch Ausmaß des Vollstreckungsverfahrens bestimmt (Zöller, ZPO, 23. Aufl., § 900 Rdnr. 3). Dementsprechend verlangt der Gerichtsvollzieher zu Recht eine Forderungsaufstellung, zumal der Gläubiger in Abweichung von seinem Auftrag vom 20. 6. 2002 nunmehr nur noch wegen eines Teilbetrages der titulierten Forderung vollstreckt. Hauptforderung, Zinsen, Kosten und Leistungen der Schuldnerin sind deshalb in einer Forderungsaufstellung darzustellen. Erst wenn diese vorliegt, ist es gemäß § 788 Abs. 1 S. 1 ZPO Aufgabe des Vollstreckungsorgans, hier des Gerichtsvollziehers, die Notwendigkeit der geltend gemachten Kosten der Zwangsvollsteckung zu prüfen, wenn sich denn der Vollstreckungsauftrag auf die Vollstreckung von nicht titulierten Kosten ersteckt. Dazu gehört auch die Prüfung, ob eine etwa entstandene Vergleichsgebühr zu den notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung gehört (vgl. LG Arnsberg, Beschluss vom 30. 7. 1987, Az. 6 T 330/87).

**§§ 807 Abs. 1 Nr. 4 ZPO; 185 a Abs. 2 d) GVGA**

**Die Voraussetzung für die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 807 Abs. 1 Nr. 4 ZPO sind gegeben, wenn die zwei Wochen vorher angekündigte Vollstreckung auf einen bestimmten Zeitrahmen (hier zwei Stunden) beschränkt wurde. Die Bestimmung eines genauen Termins ist nicht erforderlich.**

**AG Ulm, Beschl. v. 14. 8. 2002**
**– 1 M 4958/02 –**

Aus den Gründen:

Am 12. 7. 2002 beantragte die Gläubigerin die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung durch den zuständigen Gerichtsvollzieher. Den Vollstreckungsunterlagen war ein Schreiben der Stadt Ulm, Vollstreckungsstelle, vom 17. 6. 2002 beigefügt, in dem der Schuldner unter anderem gemäß § 807 ZPO aufgefordert wurde, am 5. 7. 2002 zwischen 10 und 12 Uhr in seiner Wohnung anwesend zu sein. Der Gerichtsvollzieher lehnte mit Schreiben vom 26. 7. 2002 die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung ab, da die Angabe der Uhrzeit zu unpräzise sei, dem Schuldner hätte eine exakte Uhrzeit benannt werden müssen.

Die Erinnerung ist zulässig und begründet. Gemäß § 807 Abs. 1 Nr. 4 ZPO ist Vorausetzung für die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung, dass der Gerichtsvollzieher den Schuldner wiederholt in seiner Wohnung nicht angetroffen hat, nachdem er einmal die Vollstreckung mindestens zwei Wochen vorher angekündigt hatte. Die allgemeine Ankündigung zu vollstrecken ohne Terminangabe und dann ein erfolgloser Versuch frühestens nach Ablauf von zwei Wochen genügt zwar nicht, da der Schuldner die konkrete Möglichkeit haben soll, sich auf den Besuch des Gerichtsvollziehers einzustellen. Es kann von ihm nicht erwartet werden, sich permanent bereitzuhalten (AG Stuttgart DGVZ 1999, 139, 140).

Anders als etwa in § 900 Abs. 1 Satz 1 ZPO wird aber die Bestimmung eines Termins, der entsprechend § 216 ZPO die Wahl von Terminstag und die Stunde voraussetzt, nicht verlangt. § 807 Abs. 1 Nr. 4 ZPO spricht lediglich von einer Ankündigung der Zwangsvollstreckung. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, wenn lediglich der beabsichtigte Vollstreckungstag genannt wird, kann dahin stehen. Jedenfalls bei Beschränkung der angekündigten Vollstreckung auf den Zeitraum von zwei Stunden kann vom Schuldner verlangt werden, sich in diesem Zeitraum bereitzuhalten.

## ■ BUCHBESPRECHUNG

**Das Gesamtschuldverhältnis**

**Entstehung – Wirkung – Ausgleich**

Von Prof. Dr. *Ulrike Schwedhelm*, Universität Duisburg-Essen. 2003. 228 Seiten. 15,8 × 23,5 cm, kartoniert. 38,– Euro (D). ISBN 3 503 07428 7. Erich Schmidt Verlag, Berlin – Bielefeld – München (www.erich-schmidt-verlag.de).

„Nicht zuletzt die Vielzahl von höchstrichterlichen Entscheidungen belegen, wie umstritten das Gesamtschuldverhältnis in der Praxis sein kann, jedoch hat es in der juristischen Ausbildung, vor allem an der Universität, eher ein Schattendasein", so der herausgebende Verlag. Aber nicht nur an der Universität hat das Thema Gesamtschuldverhältnis in der Ausbildung ein Schattendasein, auch bei der Ausbildung der Gerichtsvollzieher wird diese Materie, obwohl diese Berufsgruppe täglich in der Praxis damit zu tun hat, nur peripher berührt. Allein schon diese Tatsache macht dieses Buch auch für Gerichtsvollzieher interessant.

Im ersten Teil des Werkes beschreibt die Autorin die einzelnen möglichen Schuldnermehrheiten, wobei Begriffe wie kumulierte Schulden, Teilschulden, Gesamtschulden, Schuldnermehrheiten mit abgestufter Leistungspflicht, gemeinschaftliche Schuld, Gesamthandschuld beschrieben werden. Weiter werden die Tatbestandmerkmale der Gesamtschuld erörtert.

In einem weiteren Kapitel eingehend auf die Entstehung der Gesamtschuld, wird die vertragliche Entstehung der Gesamtschuld und die Entstehung kraft gesetzlicher Anordnung unterschieden.

Das Kapitel „Wirkungen der Gesamtschuld" beschreibt unter anderem Probleme, wie etwa die Wirkung des Erlasses der Schuld durch den Gläubiger gegenüber nur einem der Gesamtschuldner, sowie die damit entstehenden Variationsmöglichkeiten. Auch in der Praxis eher seltene Vorkommnisse wie beispielsweise Konfusionen, etwa wenn ein Gesamtschuldner den Gläubiger beerbt und dadurch dessen Rechtsnachfolger wird, lässt die Autorin nicht unerwähnt.

Der logischen Chronologie folgend wird das letzte Kapitel des Buches dem Gesamtschuldnerausgleich gewidmet, wobei hier die wesentliche Unterscheidung des Außen- und Innenverhältnisses getroffen wird.

Dem Inhalt des Buches ist ein umfangreiches Literaturverzeichnis angehängt.

Spätestens nach Betrachtung des Buches wird dem Leser das komplexe Ausmaß des Themas „Gesamtschuldverhältnis" klar. Die Autorin versteht es hervorragend, durch den klaren Aufbau ihrer Arbeit und das Einfügen vieler Beispielfälle dem Leser diese komplexe Materie zugänglich zu machen. Grundlegende wissenschaftlich streitige Probleme hat sie lediglich referiert. Auf eigene Stellungnahmen wurde von ihr bewusst weitgehend verzichtet, so ihre Aussage im Vorwort des Buches.

## ■ HINWEIS AUF ANDERE SCHRIFTEN

Borg, Reinhard, *„Gläubigersicherung im vorläufigen Insolvenzverfahren."* In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2003,32. S. 1421–1425.

Elssner, Christof; Martin Schirmbacher, *„Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als Verbraucher? Zur Verbrauchereigenschaft anderer als natürlicher Personen."* In: Verbraucher und Recht. 2003,7. S. 247–253.

Fischer, Thomas, *„Rechtsschutz bei Kontopfändungen durch öffentliche Gläubiger."* In: Insolvenz und Vollstreckung. 2003,8. S. 301–305.

Gottwald, Uwe, *„Pfändungsvorteile durch Nichtberücksichtigung unterhaltsberechtigter Personen."* In: Zeitschrift für die Anwaltspraxis. 2003,14=Fach 14, S. 471–482.

Gundlach, Ulf; Volkhard Frenzel; André Schirrmeister, *„Die Zahlungsunfähigkeit als Haftungsfalle für den GmbH-Geschäftsführer."* In: Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung. 2003,26. S. 418–421.

Hornung, Anton, *„Das Schwimmdock in der Register- und Vollstreckungspraxis."* In: Der Deutsche Rechtspfleger. 2003,5. S. 232–238.

Liegmann, Jörg, *„Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen: Auswirkungen und rechtliche Bewertung aus der Sicht des Handwerks."* In: Gewerbearchiv. 2003,7. S. 274–282.

Marotzke, Wolfgang, *„Das Erbenglück des insolventen Schuldners."* In: Zeitschrift für Verbraucher-Insolvenzrecht. 2003,7. S. 309–319.

Otto, Gerhard, *„Vom Nutzen der historischen Auslegung: dargestellt am Problem des Erwerbs schuldnerfremder Sachen in der Zwangsversteigerung."* In: Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. 2003. S. 385–395.

PEBB§Y II, *„Erarbeitung eines Systems der Personalbedarfsberechnung für den mittleren und Kanzleidienst sowie für den einfachen Dienst in der ordentlichen Gerichtsbarkeit"* hrsg. vom Justizministerium Baden-Württemberg. Köln: Bundesanzeiger, 2003. 612 S. (Bundesanzeiger: Beilage; Jg. 55, Nr. 79a)

Rebmann, Thilo, *„Die Anfechtung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nach § 131 InsO und die Vollstreckungssperren (v. a. § 88 InsO)."* – Tübingen, Diss., 2003. – IX, 239 S.

Wehdeking, Silke, *„Reform des Internationalen Insolvenzrechts in Deutschland und Österreich."* In: Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht. 2003,4. S. 133–143.

**Herausgeber:** Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V. (DGVB) – 50672 Köln, Goebenstraße 3. **Verantwortlich:** Schriftleiter Obergerichtsvollzieher Werner Blaskowitz; Stellvertreter: Gerichtsvollzieher Stefan Mroß in 77815 Bühl, Aloys-Schreiber-Str. 8, Telefon (0 72 23) 80 76 25.
**Verlag:** Heenemann Verlagsgesellschaft mbH, 12103 Berlin, Bessemerstraße 83–91. **Druck:** H. Heenemann GmbH & Co., 12103 Berlin, Bessemerstraße 83–91. Erscheinungsweise: monatlich 1 Heft, Versand als Postvertriebsstück. Bezugspreis: jährlich 35,– € einschließlich Versandkosten und Mehrwertsteuer. Einzelheft 4,– €. Für Mitglieder des DGVB Preisermäßigung. Buchhändler-Rabatt 20 %.
Beiträge zur Veröffentlichung werden nur unter der Bedingung angenommen und honoriert, dass sie keiner anderen Zeitschrift angeboten worden sind oder angeboten werden. Mit der Annahme erwirbt die DGVZ dauernd das alleinige Nutzungsrecht.
Alle Rechte sind vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der weiteren Vervielfältigung im Wege des fotomechanischen oder ähnlichen Verfahrens.
**Einsendungen und Zuschriften, die den Inhalt der Zeitung (Aufsätze, Entscheidungen etc.) betreffen, sind nur zu richten an den Schriftleiter der DGVZ, Obergerichtsvollzieher Werner Blaskowitz.**
**Bestellungen** und Zuschriften, die den **Bezug** der Zeitschrift betreffen, sind an den Kassenführer der DGVZ, Ingo Stollenwerk, Eschweiler Straße 199, 52222 Stolberg, Telefon (0 24 03) 78 59 68, Telefax (0 24 03) 78 59 67, E-Mail: gv-stollenwerk@web.de, zu richten. **Anzeigenaufträge** sind an den stellvertretenden Schriftleiter, Stefan Mroß, Aloys-Schreiber-Straße 8, 77815 Bühl, Telefax (0 72 23) 80 76 26, E-Mail: SMross.GV-Buero@t-online.de, zu richten. **Vergriffene Jahrgänge** (ab 1949) sind im Reprintverfahren bei der Firma Auvermann & Keip GmbH, Bayernstraße 9, 63773 Goldbach, erhältlich.
**Einbanddecken** sind zu beziehen bei Firma Grit und Mathias Wenig GbR, Montanstraße 6, 13407 Berlin, Telefon (030) 4 64 45 48, Telefax (030) 41 40 46 41.
Das **Jahres-Inhaltsverzeichnis** wird jeweils der Februar-Ausgabe des folgenden Jahres beigefügt.