



Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung

**Zeitschrift für Vollstreckungs-, Zustellungs-
und Kostenrecht**

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

123. Jahrgang · Dezember 2008

12 | 08

Probleme bei der Vollstreckung von Zug-um-Zug-Urteilen aufgrund der Verklammerung von Leistung und Gegenleistung

Vereinfachung der Vollstreckung auf der Ebene des Erkenntnisverfahrens – Schicksal der Gegenleistung in der Vollstreckung

Von Andreas Günther, Passau*)

A. Einleitung

Im Rahmen der Zug-um-Zug-Vollstreckung können sich erhebliche Probleme und Schwierigkeiten ergeben. Diesen ist gemeinsam, dass sie in der materiell-rechtlichen Verklammerung von Leistung und Gegenleistung wurzeln. Denn dieser Verklammerung wird auch auf der Ebene der Vollstreckung Rechnung getragen.

Zum einen haben diese Schwierigkeiten mit der Erhebung des materiellrechtlich geregelten Annahmeverzugs zur Vollstreckungsvoraussetzung zu tun. Der Gerichtsvollzieher darf nach § 756 Abs. 1 ZPO mit der Vollstreckung nur beginnen, wenn der Annahmeverzug oder die Befriedigung des Vollstreckungsschuldners nachgewiesen ist beziehungsweise wenn er den Vollstreckungsschuldner durch Angebot der Gegenleistung in Annahmeverzug gesetzt hat.

Zum anderen wirkt sich die Verklammerung von Leistung und Gegenleistung auch noch nach Beginn der Vollstreckung aus. Hierbei geht es um das Schicksal der Gegenleistung in und nach der Vollstreckung.

In einem ersten Teil (B) geht es um die Möglichkeiten, den Beginn der Vollstreckung schon auf erkenntnisrechtlicher Ebene zu vereinfachen. Der zweite Teil (C) widmet sich dem weiteren Schicksal der Gegenleistung im Verlauf der Vollstreckung.

B. Möglichkeit der Vereinfachung der Vollstreckung auf erkenntnisrechtlicher Ebene

I. Problematik

Die Vollstreckung von Urteilen auf Leistung Zug um Zug kann sich mitunter als nicht unkompliziert darstellen. Nach den §§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO erfolgt die Vollstreckung Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung oder aber, wenn die Befriedigung oder der Annahmeverzug des Vollstreckungsschuldners nachgewiesen ist, ohne Erfüllung der Gegenleistung. Im Verfahren nach § 756 ZPO hat daher der Gerichtsvollzieher als das zuständige Vollstreckungsorgan zu beurteilen, ob sich der Schuldner im Verzug der Annahme befindet.

Aufgrund dieser Durchbrechung der Formalisierung des Vollstreckungsverfahrens muss der Gerichtsvollzieher unter Umständen schwierige materiellrechtliche Erwägungen anstellen. Der Gläubiger dagegen ist an einer schleunigen Durchführung der Vollstreckung interessiert. Der rasche und wenn möglich unkomplizierte Zugriff auf das Schuldnervermögen ist für ihn gerade bei einer Vielzahl von Gläubigern zur Realisierung seiner Ansprüche entscheidend.

Abhängig von der Art der Gegenleistung und der räumlichen Entfernung zum Erfüllungsort kann sich das Angebot der Gegenleistung unter Umständen als sehr aufwendig und teuer erweisen. Es stellt sich daher die Frage nach einer Möglichkeit, die Vollstreckung von Zug-um-Zug-Urteilen auf Grundlage des geltenden Rechts zu vereinfachen und gegebenenfalls zu beschleunigen.

*) Der Autor ist Doktorand bei Professor Dr. Wolfgang Hau, Universität Passau.

II. Rechtslage

1. Erkenntnisrechtliche Ebene

Nach § 274 Abs. 1 BGB bewirkt die erfolgreiche Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB) im Erkenntnisverfahren, dass der Beklagte nur zur Leistung Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung zu verurteilt ist. Für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 Abs. 1 BGB) regelt § 322 Abs. 1 BGB, dass ein Urteil auf Leistung Zug um Zug ergeht. Im Gegensatz zu anderen dilatorischen Einreden bewirkt die Geltendmachung dieser beiden Einreden daher nicht die Abweisung der Klage, sondern lediglich die eingeschränkte Verurteilung zur Leistung Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung¹⁾.

2. Vollstreckungsrechtliche Ebene

Die Vorschrift des § 274 Abs. 2 BGB beschäftigt sich hingegen mit den vollstreckungsrechtlichen Folgen einer Zug-um-Zug-Verurteilung²⁾. Es wird bestimmt, dass der Gläubiger die von ihm beanspruchte Leistung in der Vollstreckung ohne Erbringung der Gegenleistung verfolgen kann, wenn sich der Schuldner hinsichtlich der Gegenleistung im Verzug der Annahme befindet. Aufgrund der Verweisung des § 322 Abs. 3 BGB auf § 274 Abs. 2 BGB gilt dies auch für die Vollstreckung eines nach Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags erlassenen Zug-um-Zug-Urteils. Das Schuldrecht nimmt so mit § 274 Abs. 2 BGB die vollstreckungsrechtlichen Regelungen der §§ 726, 756, 765 ZPO vorweg, nach denen bei einer Zug-um-Zug-Verurteilung der Annahmeverzug des Schuldners Voraussetzung für die Vollstreckung der Leistung ist³⁾. Dass nach den §§ 756, 765 ZPO die Vollstreckung auch dann möglich ist, wenn der Vollstreckungsschuldner im Hinblick auf die ihm zustehende Gegenleistung befriedigt ist, stellt keine Unstimmigkeit im Verhältnis zu der Vorschrift des § 274 Abs. 2 BGB dar⁴⁾. Denn sofern der Schuldner bereits befriedigt ist, steht ihm hinsichtlich der Gegenleistung kein Zurückbehaltungsrecht mehr zu, so dass es nicht zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung, sondern zu einem Urteil auf Leistung schlechthin kommt. Aus diesem Grund fällt die Möglichkeit der Befriedigung nicht in den von § 274 Abs. 2 BGB geregelten Bereich⁵⁾.

III. Möglichkeit unbedingter Verurteilung

Es stellt sich aber die Frage, ob es aufgrund der Regelung der §§ 274, 322 Abs. 1 BGB bei vor Urteilserslass feststehendem Annahmeverzug des Vollstreckungsschuldners hinsichtlich der Gegenleistung möglich wäre, diesem sein Leistungsverweigerungsrecht zu nehmen und ihn folglich statt zur Leistung Zug um Zug zur Leistung schlechthin zu verurteilen. Zum Teil wird die Möglichkeit der unbeschränkten Verurteilung bei bestehendem Annahmeverzug bejaht⁶⁾. Die weit überwiegende Meinung jedoch lehnt die Möglichkeit der unbedingten Verurteilung ab⁷⁾. Nach ihr kann sich der Schuldner

auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags beziehungsweise auf ein Zurückbehaltungsrecht auch in dem Fall berufen, dass der Annahmeverzug schon bei Urteilserslass feststeht⁸⁾. Bestehender Annahmeverzug führt danach nicht zum Verlust der Einrede. Um zu entscheiden, ob eine unbedingte Verurteilung bei bestehendem Annahmeverzug möglich ist, sind die relevanten Vorschriften genau zu analysieren.

1. Keine gesetzliche Regelung des Wegfalls der Einrede

Gegen den Verlust der Einrede des nicht erfüllten Vertrags beziehungsweise des Zurückbehaltungsrechts spricht, dass diese vermeintliche Rechtsfolge des Annahmeverzugs nicht in den §§ 300 ff. BGB aufgeführt ist. Dies stellt jedoch ein eher schwaches Argument dar, da auch andere, anerkannte Rechtsfolgen des Annahmeverzugs nicht ausdrücklich in den §§ 300 ff. BGB geregelt sind⁹⁾. Es kann beispielsweise bei der Rückabwicklung eines Kaufvertrags der Käufer gegenüber dem Verkäufer, der sich im Annahmeverzug hinsichtlich des Kaufgegenstandes befindet, mit seiner an sich einredebehafteten¹⁰⁾ Forderung auf Rückzahlung des Kaufpreises entgegen § 390 BGB doch aufrechnen¹¹⁾.

2. Wortlaut des § 274 BGB

Auf erkenntnisrechtlicher Ebene regeln § 274 Abs. 1 BGB für das Zurückbehaltungsrecht und § 322 Abs. 1 BGB für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, dass die erfolgreiche Geltendmachung dieser Leistungsverweigerungsrechte zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führt. Darauf aufbauend ermöglicht § 274 Abs. 2 BGB im Falle des Annahmeverzugs die Vollstreckung eines solchen Urteils ohne Erbringung der Gegenleistung. Der Wortlaut des § 274 BGB beziehungsweise der des § 322 Abs. 1 BGB erfordert aus diesem Grund nicht zwingend eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, erlaubt vielmehr auch eine Verurteilung zur Leistung schlechthin¹²⁾. Die Bestimmungen der §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB beziehen sich nämlich nicht ausdrücklich auch auf den Fall, dass der Annahmeverzug schon vor Urteilserslass besteht und der Beklagte aus diesem Grund das Leistungsverweigerungsrecht schon verloren hat¹³⁾.

Diese Auslegung würde den Regelungsinhalt der §§ 274, 322 Abs. 1 BGB auch nicht sinnlos erscheinen lassen. Sie würde lediglich den Anwendungsbereich der §§ 274, 322 Abs. 1, Abs. 3 BGB auf die Fälle des nach Urteilserslass eintretenden Annahmeverzugs beschränken¹⁴⁾. Der Wortlaut der Vorschriften steht daher einer unbedingten Verurteilung bei bestehendem Annahmeverzug nicht explizit entgegen.

SchuldR I, 14. Auflage (1987), § 14 Abs. 4, S. 200 f.; *Soergel/Gsell*, BGB 5/2, 13. Auflage (2005), § 322 Rdnr. 13; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB (o. Fn. 1), § 274 Rdnr. 7; *Staudinger/Bittner*, BGB II, §§ 255–314, 2004, § 274 Rdnr. 5; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Auflage (2008), § 274 Rdnr. 2; *Unberath*, in: *Bamberger/Roth*, BGB I, 2. Auflage (2007), § 274 Rdnr. 3, 7; vgl. auch *Wieczorek/Schütze/Salzmann*, ZPO IV 1, 3. Auflage (1999), § 756 Rdnr. 17; BGHZ 90, 344 (358) = NJW 1984, 1679; RGZ 84, 228 (230); RGZ 51, 367 (368 f.).

⁸⁾ *Hüffer* (o. Fn. 7), S. 195; *Larenz* (o. Fn. 7), § 14 Abs. 4, S. 200 f.; *Soergel/Wiedemann* (o. Fn. 3), § 322 Rdnr. 13; *Soergel/Wolf* (o. Fn. 3), § 274 Rdnr. 2; BGHZ 90, 344 (358) = NJW 1984, 1679.

⁹⁾ *Schilken*, AcP 181 (1981), 355 (377).

¹⁰⁾ Der Verkäufer muss nach §§ 348, 320 Abs. 1 BGB den Kaufpreis nur Zug um Zug gegen Rückgabe des Kaufgegenstandes herausgeben.

¹¹⁾ BGH, MDR 1959, 386; RGZ 94, 309 (311); *Staudinger/Otto*, BGB II, §§ 315–326, 2004, § 320 Rdnr. 41.

¹²⁾ *Schilken*, AcP 181 (1981), 355 (376).

¹³⁾ *Schilken*, AcP 181 (1981), 355 (376).

¹⁴⁾ *Gabius*, NJW 1971, 866 (870 f.).

¹⁾ *Krüger*, in: MünchKomm-BGB II, 5. Auflage (2007), § 274 Rdnr. 7; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB (Fn. 1), § 322 Rdnr. 4; *Christmann*, DGVZ 1990, 1.

²⁾ *Krüger*, in: MünchKomm-BGB (o. Fn. 1), § 274 Rdnr. 10.

³⁾ *Soergel/Wolf*, BGB II, 12. Auflage (1990), § 274 Rdnr. 6; *Christmann*, DGVZ 1990, 1 f.

⁴⁾ *Christmann*, DGVZ 1990, 1 (2).

⁵⁾ *Christmann*, DGVZ 1990, 1 (2).

⁶⁾ *Kirn*, JZ 1969, 327; *Gabius*, NJW 1971, 866 (871); *Schilken*, AcP 181 (1981), 355 (381); *Christmann*, DGVZ 1990, 1 (3).

⁷⁾ *Dieckman*, in: Gedächtnisschr. f. Peter Arens, 1993, S. 43 (45); *Hüffer*, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, 1976, S. 195 f.; *Larenz*,

Aber auch wenn der Wortlaut der §§ 274, 322 Abs. 1 BGB eine derartige Auslegung der Vorschriften nicht ausdrücklich verbietet, so spricht er doch eher für den Erhalt der Leistungsverweigerungsrechte¹⁵). Die Vorschrift des § 274 BGB bestimmt ganz allgemein, dass die erfolgreiche Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung führt und „auf Grund einer solchen Verurteilung“ die Verklammerung von Leistung und Gegenleistung erst in der Vollstreckung gelöst wird und der Gläubiger bei Annahmeverzug des Vollstreckungsschuldners ohne Bewirkung der Gegenleistung vollstrecken kann¹⁶). Die Vorschriften der §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB sind daher in ihrer Anwendbarkeit nicht auf die Konstellation des nach Urteilserlass eintretenden Annahmeverzugs beschränkt.

3. Wille des Gesetzgebers

Hinzukommend spricht die Entstehungsgeschichte der §§ 274, 322 BGB eindeutig gegen die Möglichkeit einer unbedingten Verurteilung. Dazu ist in den Motiven zu § 365 des 1. Entwurfs (= § 322 BGB) zu lesen, dass in der Regelung „verordnet ist, dass, wenn und solange der zur Erfüllung Zug um Zug verurteilte Kontrahent hinsichtlich der ihm gebührenden Gegenleistung in *Annahmeverzug* ist, er in der Exekutionsinstanz zu der ihm obliegenden Leistung gezwungen werden kann, ohne Rücksicht darauf, dass nur Zug um Zug zu erfüllen ist ...“¹⁷).

In den Motiven steht weiter geschrieben, „diese Modifikation des § 362 (= § 320 BGB) ist notwendig, um den renitenten Schuldner auf einfachem Wege zur Erfüllung seiner Obliegenheit zu zwingen“¹⁸). Der historische Gesetzgeber war der Überzeugung, die Versagung der Einrede „müsste zu großen Härten namentlich in den Fällen führen, in welchen die mora accipiendi auf dem guten Glauben beruht, zur Annahme nicht verpflichtet zu sein“¹⁹). Wie sich daher aus den Motiven zu § 365 des 1. Entwurfs (= § 322 BGB) ergibt, geht der Gesetzgeber von dem Fortbestehen der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und daraus folgend von einer generellen Verurteilung zur Leistung Zug um Zug aus.

4. Rechtliche Auswirkungen

Der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung im gegenseitigen Vertrag wird mit der Möglichkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 Abs. 1 BGB) Rechnung getragen²⁰). Beim Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) stehen die zu erbringenden Leistungen in weniger enger Abhängigkeit, sie müssen lediglich konnex sein²¹). Die Verurteilung zur Leistung schlechthin würde diese Verklammerung der gegenseitig geschuldeten Leistungen nicht erst im Rahmen der Vollstreckung, sondern bereits eine Stufe früher auf der Ebene des Erkenntnisverfahrens lösen²²). Denn mit diesem Leistungstitel könnte der Gläubiger seinen Anspruch auf Leistung im Wege der Vollstreckung verfolgen, ohne dass es zur Anwendung des § 756 ZPO käme. Der Schuldner hingegen

müsste seinen Anspruch auf die Gegenleistung selbstständig einklagen und dann gegebenenfalls ebenso im Wege der Vollstreckung durchsetzen. Diese vorgezogene Auflösung der Verknüpfung der Leistungen auf der Ebene des Erkenntnisverfahrens führt zu einer Belastung des Vollstreckungsschuldners. Denn die aus der Fortdauer des Leistungsverweigerungsrechts folgende Zug-um-Zug-Verurteilung ermöglicht es dem Vollstreckungsschuldner, noch im Vollstreckungsverfahren den Annahmeverzug durch Anzeigen der Annahmebereitschaft beziehungsweise der Bereitschaft zur Erbringung der Gegenleistung (§ 298 BGB) zu beenden und so den Vollstreckungsgläubiger zur Erbringung der Gegenleistung zu zwingen²³). Es darf nämlich nicht missachtet werden, dass die Vollstreckung ohne Erbringung der Gegenleistung den gleichzeitigen Annahmeverzug des Schuldners voraussetzt. Das bedeutet, dass der Schuldner entweder im Zeitpunkt der Vollstreckung erstmalig in Verzug gesetzt wird oder, wenn er schon vor Urteilserlass im Annahmeverzug war, dieser Zustand im Zeitpunkt der Vollstreckung noch fort dauert²⁴). Die Voraussetzung der Fortdauer des Annahmeverzugs entspricht auch dem Willen des historischen Gesetzgebers. In den Motiven heißt es dazu, dass „wenn und solange“ der Schuldner im Annahmeverzug ist, der Gläubiger die Leistung ohne Bewirkung der Gegenleistung vollstrecken kann²⁵). Der Wille des Gesetzgebers fand in den Beratungen keinen Widerspruch und ist auch mit dem Wortlaut („ist“) der Vorschrift des § 274 Abs. 2 BGB vereinbar²⁶). Das nachträgliche Anzeigen der Annahmebereitschaft bewirkt daher, dass der Gläubiger nunmehr nur noch Zug um Zug vollstrecken darf²⁷).

Nach *Schilken* hingegen führt die unbedingte Verurteilung zu keiner unangemessenen Benachteiligung des Schuldners. Dieser könne nun statt mit der Erinnerung mit der Vollstreckungsabwehrklage den Wegfall des Annahmeverzugs geltend machen²⁸). Es ist jedoch zu beachten, dass bei der Zug-um-Zug-Verurteilung der Fortbestand des Annahmeverzugs Vollstreckungsvoraussetzung ist²⁹). Fällt diese Vollstreckungsvoraussetzung weg, darf der Gerichtsvollzieher nur noch Zug um Zug vollstrecken. Das bedeutet, dass der Gerichtsvollzieher nach § 756 ZPO zu vollstrecken hat. Nach § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO muss er den Schuldner mit dem Angebot der Gegenleistung in Annahmeverzug setzen, bevor er mit der Vollstreckung beginnen darf. Der Schuldner muss aber den Wegfall der Vollstreckungsvoraussetzung mit der Erinnerung nur dann rügen, wenn der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung nicht unterlässt beziehungsweise es versäumt, die Gegenleistung gemäß § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO anzubieten³⁰). Es wird daher regelmäßig genügen, wenn der Schuldner seine Annahmebereitschaft anzeigt. Im Falle der unbeschränkten Verurteilung ist der Schuldner aber stets gezwungen, einen

²³ Hüffer (o. Fn. 7), S. 196; Larenz (o. Fn. 7), § 14 Abs. 4, S. 200 f.; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO VII, 22. Auflage (2002) § 756 Rdnr. 11, 19 f., Wieczorek/Schütze/Salzmänn (o. Fn. 7), § 756 Rdnr. 17; Soergel/Gsell (o. Fn. 7), § 322 Rdnr. 43; a. A. Heßler, in: MünchKomm-ZPO II, 3. Auflage (2007), § 756 Rdnr. 46, wonach der Schuldner den Wegfall des Annahmeverzugs nach § 767 ZPO rügen muss.

²⁴ Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage (1997), § 16 V 1 b) dd); Stein/Jonas/Münzberg (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 11; a. A. Christmann, DGVZ 1990, 1 (3).

²⁵ Motive II, S. 203.

²⁶ Stein/Jonas/Münzberg (o. Fn. 23), § 726 Rdnr. 17.

²⁷ Larenz (o. Fn. 7), § 14 Abs. 4, S. 200 f.

²⁸ Schilken, AcP 181 (1981), 355 (379).

²⁹ Wieczorek/Schütze/Salzmänn (o. Fn. 7), § 756 Rdnr. 17; Stein/Jonas/Münzberg (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 11; Hüffer (o. Fn. 7), S. 196.

³⁰ Stein/Jonas/Münzberg (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 19 f.

¹⁵ Schilken, AcP 181 (1981), 355 (376).

¹⁶ Schilken, AcP 181 (1981), 355 (376).

¹⁷ Motive II, S. 201.

¹⁸ Motive II, S. 203.

¹⁹ Motive II, S. 201.

²⁰ Larenz (o. Fn. 7), § 14 Abs. 4, S. 200 f.; Schilken, AcP 181 (1981), 355 (378).

²¹ Schilken, AcP 181 (1981), 355 (379).

²² Soergel/Gsell (o. Fn. 7), § 322 Rdnr. 13.

formellen Rechtsbehelf einzulegen. Weiter wirkt sich für ihn nachteilig aus, dass er nur nachträglich tätig werden kann, mithin die Vollstreckung nicht verhindern, sondern lediglich die bereits erfolgte Vollstreckung rückgängig machen kann. Die von *Schilken* vorgeschlagene Möglichkeit, eine einstweilige Anordnung nach § 769 ZPO zu erwirken³¹⁾, stellt keinen adäquaten Ausgleich dar.

Zum einen wird der Schuldner dadurch in die aktive Rolle des Klägers gedrängt³²⁾. Zum anderen wird der Schuldner die einstweilige Anordnung in der Regel nur gegen Sicherheitsleistung erwirken können. Damit trägt er aber das Insolvenzrisiko des Gläubigers³³⁾. Die Veränderung der Rollenverteilung in der Zwangsvollstreckung würde sich so zulasten des Schuldners auswirken. Die Möglichkeit einer unbeschränkten Verurteilung zur Leistung würde den Schuldner insgesamt unangemessen belasten³⁴⁾.

5. Ergebnis

Der Wortlaut der §§ 274, 322 Abs. 1 BGB mag zwar eine unbedingte Verurteilung zur Leistung erlauben, ohne dass die Vorschriften dadurch ihren Sinn verlören. Jedoch spricht der Wortlaut eher für eine generelle Verurteilung zur Leistung Zug um Zug. Im Gesetzestext wird nämlich nicht danach differenziert, ob der Schuldner vor oder nach Urteilserslass in Annahmeverzug gerät. Wie sich aus den Motiven zum BGB eindeutig ergibt, lehnt auch der Gesetzgeber die Möglichkeit der unbedingten Verurteilung bei bestehendem Annahmeverzug ab³⁵⁾.

Darüber hinaus belasten die sich aus einer unbedingten Verurteilung ergebenden Konsequenzen den Schuldner in unangemessener Weise. Zum einen würde der Schuldner in die aktive Rolle des Klägers gedrängt, wenn er den Wegfall des Annahmeverzugs geltend machen wollte. Zum anderen würde ihm das Insolvenzrisiko des Gläubigers aufgebürdet. Die mit der Möglichkeit einer unbedingten Verurteilung erreichte Vereinfachung und Beschleunigung des Vollstreckungsverfahrens ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Auf Grundlage des geltenden Rechts, gegen den Willen des historischen Gesetzgebers und zulasten des Schuldners ist eine solche Verurteilung aber nicht möglich.

IV. Nachweis des Annahmeverzugs durch das Zug-um-Zug-Urteil

Zwar ist eine unbedingte Verurteilung zur Leistung nicht möglich. Jedoch kann das Urteil auf Leistung Zug um Zug als Nachweis des Annahmeverzugs im Sinne der §§ 756 Abs. 1, 765 Nr. 1 ZPO dienen³⁶⁾. Dem Gläubiger bietet sich auf diese Weise die Möglichkeit, das Vollstreckungsverfahren zu vereinfachen und den Zugriff auf das Schuldnervermögen zu beschleunigen. Der Annahmeverzug muss sich „liquide“ aus dem Urteil ergeben, so dass dem Gerichtsvollzieher keine schwierigen rechtlichen Überlegungen abverlangt werden³⁷⁾.

Da die genauen Anforderungen aber umstritten sind³⁸⁾, empfiehlt es sich, neben dem Antrag auf Leistung auch einen Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs des Schuldners nach § 256 ZPO zu stellen³⁹⁾. Die Feststellung des Annahmeverzugs erlaubt dem Gläubiger, von einem weiteren Angebot der Gegenleistung im Vollstreckungsverfahren abzusehen⁴⁰⁾.

Christmann kritisiert an der Tenorierung des Annahmeverzugs, dass sich Zug-um-Zug-Verurteilung und Feststellung des Annahmeverzugs gegenseitig ausschließen⁴¹⁾. Dies sei der Fall, da es für den Nachweis des Annahmeverzugs keinen Raum mehr gäbe, wenn der Annahmeverzug bereits im Urteil festgestellt ist. Aus diesem Grunde hebe der tenorierte Annahmeverzug die Wirkung der Verurteilung auf Leistung Zug um Zug auf, so dass ein solches Zug-um-Zug-Urteil in gleicher Weise wie ein unbedingtes Leistungsurteil zu vollstrecken sei. Es ist dabei jedoch zu beachten, dass Vollstreckungsvoraussetzung der Annahmeverzug im Zeitpunkt der Vollstreckung ist⁴²⁾. Das bedeutet, dass im Falle des bei Urteilserslass bestehenden Annahmeverzugs der Schuldner zu Beginn der Vollstreckung immer noch im Verzug der Annahme sein muss⁴³⁾. Das Urteil dagegen weist aber nur den Annahmeverzug bei Erlass des Urteils nach, weil sich die Rechtskraft des Urteils nicht auf neu entstehende Tatsachen erstreckt⁴⁴⁾. Zwar folgt aus der Feststellung des Annahmeverzugs eine Vermutung für dessen Fortdauer⁴⁵⁾. Sollte der Schuldner später aber seine Annahmehbereitschaft beziehungsweise seine Bereitschaft zur Erbringung der Gegenleistung (§ 298 BGB) anzeigen und so den Annahmeverzug beenden, so darf der Gerichtsvollzieher nicht ohne Angebot der Gegenleistung vollstrecken⁴⁶⁾. Da sich die Rechtskraft des Feststellungsurteils nicht auf neu entstehende Tatsachen erstreckt, darf der Gerichtsvollzieher den Wegfall des Annahmeverzugs selbstständig berücksichtigen, so dass dies keine unzulässige Titelkorrektur darstellt⁴⁷⁾.

Wenn der Gerichtsvollzieher dennoch vollstreckt, ohne die Gegenleistung anzubieten, steht dem Schuldner der Rechtsbehelf der Erinnerung (§ 766 ZPO) zur Verfügung⁴⁸⁾. Auch wenn der Einwand des fehlenden Annahmeverzugs einen materiell-rechtlichen Einwand darstellt, so betrifft dieser das Vollstreckungsverfahren⁴⁹⁾. Durch die Verweisung in § 756 Abs. 1 ZPO, wird der Annahmeverzug zur Vollstreckungsvoraussetzung⁵⁰⁾. Durch Erklärung der Annahmehbereitschaft

³¹⁾ *Schilken*, AcP 181 (1981), 355 (379).

³²⁾ *Schilken*, AcP 181 (1981), 355 (379).

³³⁾ *Schilken*, AcP 181 (1981), 355 (379), Fn. 121.

³⁴⁾ Dies ist auch die Auffassung des historischen Gesetzgebers, Motive II, S. 201.

³⁵⁾ Motive II, S. 201.

³⁶⁾ *Hüßtege*, in: *Jauernig*, ZPO, 28. Auflage (2007), § 756 Rdnr. 10; *Doms*, NJW 1984, 1340; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 1088.

³⁷⁾ BGH, NJW, 1982, 1048 (1049); *Rosenberg/Gaul/Schilken* (o. Fn. 24), § 16 V 1 b) dd); *Heßler*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 47; *Stein/Jonas/Münzberg* (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 12.

³⁸⁾ KG, NJW 1972, 2052 f., wonach der Klageabweisungsantrag allein nicht ausreichend ist; *Lackmann*, in: *Musielak* ZPO, 6. Auflage (2008), § 756 Rdnr. 10 hält eine ausdrückliche Feststellung im Tenor oder den Gründen für erforderlich; *Schilken*, AcP 181 (1981), 355 (374) fordert dagegen einen klaren Ausspruch im Tenor.

³⁹⁾ *Doms*, NJW 1984, 1340; *Schibel*, NJW 1984, 1945.

⁴⁰⁾ *Dieckmann*, in: Gedächtnisschr. f. Peter Arens (o. Fn. 7), S. 43 (45); *Doms*, NJW 1984, 1340.

⁴¹⁾ *Christmann*, DGVZ 1990, 1 (2).

⁴²⁾ *Wieczorek/Schütze/Salzmann* (o. Fn. 7), § 756 Rdnr. 17.

⁴³⁾ Motive II, S. 203; *Stein/Jonas/Münzberg* (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 11.

⁴⁴⁾ *Wieczorek/Schütze/Salzmann* (o. Fn. 7), § 756 Rdnr. 17.

⁴⁵⁾ *Stein/Jonas/Münzberg* (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 11; *Wieczorek/Schütze/Salzmann* (o. Fn. 7), § 756 Rdnr. 17.

⁴⁶⁾ Vgl. *Wieczorek/Schütze/Salzmann* (o. Fn. 7), § 756 Rdnr. 17; *Soergel/Gsell* (o. Fn. 7), § 322 Rdnr. 43; a. A. *Heßler*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 1), § 756 Rdnr. 46.

⁴⁷⁾ *Wieczorek/Schütze/Salzmann* (o. Fn. 7), § 756 Rdnr. 17, 20.

⁴⁸⁾ *Stein/Jonas/Münzberg* (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 11, 19 f.; *Wieczorek/Schütze/Salzmann* (o. Fn. 7), § 756 Rdnr. 17; *Musielak/Lackmann* (o. Fn. 38), § 756 Rdnr. 12; a. A. MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 46; *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Auflage (2008), § 756 Rdnr. 15.

⁴⁹⁾ *Stein/Jonas/Münzberg* (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 20.

⁵⁰⁾ *Wieczorek/Schütze/Salzmann* (o. Fn. 7), § 756 Rdnr. 20.

kann sich der Schuldner daher den Vorteil der Zug-um-Zug-Verurteilung erhalten⁵¹). Aus diesem Grund schließen sich die Zug-um-Zug-Verurteilung und der im Urteil festgestellte Annahmeverzug nicht aus.

V. Ergebnis

Eine unbedingte Verurteilung zur Leistung ist auf Grundlage des geltenden Rechts nicht möglich. Der Annahmeverzug des Schuldners bewirkt nicht den Wegfall des Leistungsverweigerungsrechts. Nach der gesetzlichen Systematik wird die Verklammerung von Leistung und Gegenleistung erst im Vollstreckungsverfahren gelöst. Allerdings kann der Gläubiger die Vollstreckung vereinfachen und beschleunigen, wenn er den Annahmeverzug im Zug-um-Zug-Urteil feststellen lässt. Die Feststellung des Annahmeverzugs im Urteil erleichtert dem Gläubiger die Vollstreckung insoweit, als dass sie den Gläubiger von einem weiteren Angebot der Gegenleistung im Rahmen der Vollstreckung befreit. Sofern der Schuldner den Annahmeverzug nicht noch im Vollstreckungsverfahren beendet, lässt sich das Urteil auf Leistung Zug um Zug wie ein unbedingtes Leistungsurteil vollstrecken⁵²).

C. Schicksal der Gegenleistung

I. Problematik

Auch wenn im Urteil auf Leistung Zug um Zug der bestehende Annahmeverzug des Vollstreckungsschuldners festgestellt wird, kann dieser den Annahmeverzug durch Anzeigen seiner Bereitschaft, die Gegenleistung anzunehmen, wieder beenden. Das führt dazu, dass der Gerichtsvollzieher dem Vollstreckungsschuldner die Gegenleistung nach § 756 Abs. 1 1. Alt. ZPO tatsächlich (§ 294 BGB) anzubieten hat. Die Leistung muss nur angeboten werden; sie ist daher im Falle von Sachleistungen so bereitzustellen, dass der Vollstreckungsschuldner von ihr Besitz ergreifen könnte⁵³). Die wirkliche Leistung des Vollstreckungsgläubigers hat nur zu erfolgen, wenn der Schuldner den titulierten Anspruch des Gläubigers vollumfänglich befriedigt und auch für die Vollstreckungskosten gänzlich aufkommt⁵⁴). Wenn der Vollstreckungsschuldner auf das tatsächliche Angebot hin die Annahme der Gegenleistung erklärt, seiner eigenen Leistungspflicht aber nicht nachkommt, gerät der Vollstreckungsschuldner in Annahmeverzug (§ 298 BGB), so dass der Gerichtsvollzieher vollstrecken kann. Es stellt sich dann die Frage nach dem weiteren Schicksal der Gegenleistung.

II. Erfolgreiche Vollstreckung

Wenn der Gerichtsvollzieher den Vollstreckungsschuldner in Annahmeverzug gesetzt hat, muss dieser die Vollstreckung dulden, ohne gleichzeitig die Gegenleistung zu erhalten. Dies ergibt sich aus § 274 Abs. 2 BGB⁵⁵). Denn die materielle Verklammerung von Leistung und Gegenleistung wird in der Zwangsvollstreckung aufgehoben⁵⁶). Es ist daher nicht Aufgabe des Gerichtsvollziehers, dem Vollstreckungsschuldner die Gegenleistung zu verschaffen⁵⁷). Der Gerichtsvollzie-

her hat vielmehr die von ihm im Falle des § 294 BGB tatsächlich mitgeführte Gegenleistung dem Vollstreckungsgläubiger zurückzugeben⁵⁸). Der Vollstreckungsschuldner kann aus dem Urteil nicht die ihm gebührende Gegenleistung vollstrecken⁵⁹). Da der Vollstreckungsgläubiger durch die Vollstreckung befriedigt wurde, ist dessen Anspruch auf Leistung erloschen. Der Vollstreckungsschuldner hat daher seinerseits gegen den Gläubiger einen unbedingten Anspruch auf die Gegenleistung. Diesen kann er vor Gericht einklagen und, sofern erforderlich, im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen. Daher ist dem Gläubiger zu raten, freiwillig die Gegenleistung zu erbringen.

III. Erfolgreiche Vollstreckung

Kann die Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher nicht erfolgreich abgeschlossen werden, muss dieser entscheiden, was mit der Gegenleistung geschieht. Es stellt sich die Frage, ob der Gläubiger aufgrund des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB) oder der Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 322 Abs. 1 BGB) die Gegenleistung weiterhin zurückbehalten kann oder ob diese dem Vollstreckungsschuldner übereignet werden muss. Weiter ist zu klären, ob der Gerichtsvollzieher in die dem Vollstreckungsschuldner gebührende Gegenleistung vollstrecken kann.

Wenn die Vollstreckung nicht zur vollständigen Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers führt, so besteht der Annahmeverzug des Schuldners für weitere Vollstreckungsmaßnahmen fort⁶⁰). Der Nachweis des Annahmeverzugs wird durch das Protokoll über die Vollstreckungsmaßnahme durch den Gerichtsvollzieher erbracht⁶¹). In dieser Situation muss der Gerichtsvollzieher die Gegenleistung dem Vollstreckungsschuldner nicht übergeben⁶²). Aufgrund seines durch die vorangegangene Vollstreckung noch immer nicht erfüllten Anspruchs hat der Vollstreckungsgläubiger weiterhin ein Zurückbehaltungsrecht; er kann daher die Gegenleistung weiterhin zurückbehalten. Für den Vollstreckungsgläubiger stellt sich aber nun die interessante Frage, ob er aufgrund seines Leistungstitels in die dem Vollstreckungsschuldner materiellrechtlich gebührende Gegenleistung vollstrecken kann⁶³). Sofern es sich bei der Gegenleistung um eine körperliche Sache handelt, ist an die Möglichkeit einer Pfändung nach den §§ 808 f. ZPO zu denken.

1. Pfändung nach § 808 Abs. 1 ZPO

Zu beachten ist, dass im Rahmen des § 808 ZPO die Eigentumslage grundsätzlich irrelevant ist⁶⁴). Der Gerichtsvollzieher hat daher nur den Gewahrsam zu prüfen. Dies entspricht dem Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung und dient darüber hinaus der Effektivität der Vollstreckung, da es dem Gerichtsvollzieher in der Regel leicht fällt, die Gewahrsamslage festzustellen⁶⁵). Der Gläubiger darf zwar nur auf das Schuldnervermögen zugreifen, doch spricht bei § 808 ZPO eine der Regelung des § 1006 entsprechende Vermutung für die Übereinstimmung von Gewahrsam und Eigentum. Rechte Dritter sind durch den Rechtsbehelf des § 771 ZPO

⁵¹ Larenz (o. Fn. 7), § 14 Abs. 4, S. 200 f.

⁵² Dieckmann, in: Gedächtnisschr. f. Peter Arens (o. Fn. 7), S. 43 (45 f.); Emmerich, in: MünchKomm-BGB (o. Fn. 1), § 322 Rdnr. 22.

⁵³ Stein/Jonas/Münzberg (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 5.

⁵⁴ Stein/Jonas/Münzberg (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 5.

⁵⁵ RGZ 84, 228, 230; Emmerich, in: MünchKomm-BGB (o. Fn. 1), § 274 Rdnr. 10.

⁵⁶ BGH, NJW 1979, 1203.

⁵⁷ Heßler, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 3, 24.

⁵⁸ Heßler, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 35.

⁵⁹ Soergel/Wolf (o. Fn. 3), § 274 Rdnr. 6.

⁶⁰ Heßler, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 35.

⁶¹ Heßler, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 35.

⁶² Heßler, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 756 Rdnr. 35.

⁶³ Paschold, DGfZ 1994, 107 ff.

⁶⁴ Gruber, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 808 Rdnr. 21.

⁶⁵ Gruber, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 808 Rdnr. 1 f.

hinreichend geschützt⁶⁶). Eine Ausnahme erfolgt nur für den Fall, dass für den Gerichtsvollzieher in der konkreten Situation vernünftigerweise keine Zweifel an einer Drittberechtigung bestehen⁶⁷). Eine Pfändung hat dann zu unterbleiben⁶⁸). Diese Ausnahme gilt aber nicht, wenn die Gegenleistung offensichtlich im Eigentum des Gläubigers steht⁶⁹). In diesem Fall bleibt es dabei, dass die Eigentumslage irrelevant ist.

Für eine Pfändung der Gegenleistung nach § 808 Abs. 1 ZPO müsste sich diese im Gewahrsam des Vollstreckungsschuldners befinden. Wie bereits dargelegt, übergibt der Gerichtsvollzieher dem Vollstreckungsschuldner die Gegenleistung nur, wenn dieser freiwillig leistet. Unabhängig davon, ob erfolgreich vollstreckt wird oder nicht, hat der Gerichtsvollzieher die Gegenleistung dem Vollstreckungsgläubiger zurückzugeben⁷⁰). Die Gegenleistung befindet sich daher nicht im Gewahrsam des Vollstreckungsschuldners.

Jedoch ist daran zu denken, dem Vollstreckungsschuldner Gewahrsam an der Gegenleistung zu verschaffen, um so die Anwendung des § 808 Abs. 1 ZPO zu ermöglichen⁷¹). So könnte der Gerichtsvollzieher die Gegenleistung dem Vollstreckungsschuldner übergeben, um sie anschließend sofort durch den Gerichtsvollzieher pfänden zu lassen⁷²). Es ist aber zu beachten, dass die ohne Besitzübertragungswillen lediglich zum Zweck des Angebots in den Gewahrsamsbereich des Schuldners mitgeführte Gegenleistung keinen Schuldnergewahrsam nach § 808 Abs. 1 ZPO begründet und daher in diesem Fall eine Pfändung nach dieser Vorschrift nicht möglich ist⁷³).

2. Pfändung nach § 809 ZPO

Nach § 809 ZPO findet die Vorschrift des § 808 entsprechende Anwendung auf die Pfändung von Sachen, die sich im Gewahrsam des Gläubigers befinden. Gänzlich unerheblich ist, wie der Gläubiger den Gewahrsam an der Sache begründet hat⁷⁴). Es stellt sich aber die Frage, ob es im Rahmen des § 809 ZPO auf die Eigentumslage ankommt. Denn von Rechts wegen darf der Gläubiger nur auf das Vermögen des Schuldners zugreifen. Der Wortlaut der Vorschrift, welche auf die Regelung des § 808 ZPO verweist, spricht gegen das Erfordernis, die Eigentumslage zu prüfen⁷⁵). Jedoch begründet der Gläubigergewahrsam im Gegensatz zum Schuldnergewahrsam im Rahmen des § 808 Abs. 1 ZPO kein Indiz dafür, dass die Sache im Eigentum des Schuldners steht⁷⁶). Daher hat der Gerichtsvollzieher zu überprüfen, ob die zu pfändende Gegenleistung zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners gehört⁷⁷). Dem Gerichtsvollzieher werden dabei keine eingehenden materiell-rechtlichen Überlegungen abverlangt; es

reicht, wenn er etwaige Anzeichen für eine anderweitige Vermögenszugehörigkeit beachtet⁷⁸). Als Indiz für die Zugehörigkeit der Gegenleistung zum Vermögen des Schuldners kann ein früherer direkter Gewahrsam des Schuldners dienen⁷⁹). Eine Sache, die der Gläubiger aufgrund vertraglicher Verpflichtung dem Schuldner noch zu übereignen hat, ist nicht dem Schuldnervermögen zuzurechnen⁸⁰). Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn ein Kaufvertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt wurde und der Gläubiger nun zur Rückübereignung verpflichtet ist⁸¹). Wenn der Vollstreckungsgläubiger den Gewahrsam aufgrund eines Zurückbehaltungsrechts ausübt, so ist auch dies als Indiz für die Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen zu werten⁸²).

3. Folgen der Verwertung

Sofern der Vollstreckungsgläubiger die Gegenleistung hat pfänden lassen können, stellt sich die Frage nach einer möglichen Verwertung zum Zwecke der Befriedigung. Der Gläubiger könnte die Gegenleistung nach den §§ 814 ff ZPO öffentlich versteigern lassen und sich aus dem Erlös befriedigen⁸³). Es ist jedoch zu beachten, dass das ursprüngliche Schuldverhältnis, aus dem sich die Gegenleistungspflicht des Vollstreckungsgläubigers ergibt, weiterhin besteht⁸⁴). Der Vollstreckungsgläubiger kann sich zwar teilweise oder zur Gänze aus dem Versteigerungserlös befriedigen. Er bleibt aber seinerseits zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet⁸⁵). Daher würde sich der Vollstreckungsgläubiger in Bezug auf die Gegenleistung schadensersatzpflichtig machen⁸⁶).

4. Schuldbefreiung

Wenn sich der Vollstreckungsgläubiger aus der Gegenleistung nicht befriedigt, stellt sich für ihn weiterhin die Frage, was er mit der Gegenleistung macht. Wenn er die Gegenleistung aufbewahrt, erfährt der Vollstreckungsschuldner aufgrund des weiterhin bestehenden Annahmeverzugs des Vollstreckungsschuldners einige Erleichterungen⁸⁷). Nach § 300 Abs. 1 BGB hat er nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Die Aufbewahrungs- und Erhaltungskosten muss ihm der Vollstreckungsschuldner nach § 304 BGB ersetzen. Dennoch kann es sein, dass der Vollstreckungsgläubiger wegen der ihm noch immer verbleibenden Pflichten nicht gewillt ist, die Gegenleistung weiter aufzubewahren. Jedoch knüpft das Gesetz an den Verzug nicht die Befugnis, den Besitz aufzugeben. Allerdings besteht für den Vollstreckungsgläubiger die Möglichkeit, die Gegenleistung beziehungsweise den sich im Falle von hinterlegungsunfähigen Sachen aus der Versteigerung nach § 383 BGB ergebenden Erlös nach den §§ 372 ff. BGB zu hinterlegen⁸⁸). Sofern der Vollstreckungsgläubiger die Rücknahme der hinterlegten Sache beziehungsweise des hinterlegten Erlöses ausschließt, hat die Hinterlegung nach § 378 BGB schuldbefreiende Wirkung.

⁶⁶ Gruber, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 808 Rdnr. 2.

⁶⁷ Gruber, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 808 Rdnr. 22.

⁶⁸ Zöller/Stöber, Zivilprozessordnung, 26. Auflage (2007), § 808 Rdnr. 3.

⁶⁹ Gruber, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 808 Rdnr. 23.

⁷⁰ BGH, NJW 1979, 1203.

⁷¹ Paschold, DGVZ 1994, 107, 108.

⁷² Paschold, DGVZ 1994, 107, 108.

⁷³ Paschold, DGVZ 1994, 107, 108.

⁷⁴ Rosenberg/Gaul/Schilken (o. Fn. 24), § 51 Abs. 1 S. 2; Gruber, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 809 Rdnr. 3; Stein/Jonas/Münzberg (o. Fn. 23), § 809 Rdnr. 1 m. Fn. 2.

⁷⁵ Gruber, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 809 Rdnr. 13.

⁷⁶ Musielak/Becker (o. Fn. 38), § 809 Rdnr. 6.

⁷⁷ Stein/Jonas/Münzberg (o. Fn. 23), § 809 Rdnr. 4; Musielak/Becker (o. Fn. 38), § 809 Rdnr. 6; Schuschke/Walker (o. Fn. 47), § 809 Rdnr. 6; Schilken, DGVZ 1986, 145, 146; Paschold, DGVZ 1994, 107, 108 f. a. A. Gruber, in: MünchKomm-ZPO (o. Fn. 23), § 809 Rdnr. 13; Wieczorek/Schütze/Salzmann (o. Fn. 7), § 809, Rdnr. 12.

⁷⁸ Stein/Jonas/Münzberg (o. Fn. 23), § 809 Rdnr. 4; Musielak/Becker (o. Fn. 38), § 809 Rdnr. 6; Paschold, DGVZ 1994, 107, 110.

⁷⁹ Paschold, DGVZ 1994, 107, 109.

⁸⁰ Musielak/Becker (o. Fn. 38), § 809 Rdnr. 6; Paschold, DGVZ 1994, 107, 109 f.

⁸¹ Paschold, DGVZ 1994, 107, 110.

⁸² Paschold, DGVZ 1994, 107, 110.

⁸³ Paschold, DGVZ 1994, 107, 108.

⁸⁴ Paschold, DGVZ 1994, 107, 108.

⁸⁵ Paschold, DGVZ 1994, 107, 108.

⁸⁶ Paschold, DGVZ 1994, 107, 108.

⁸⁷ Paschold, DGVZ 1995, 5.

⁸⁸ Paschold, DGVZ 1995, 5.

5. Möglichkeit der Verwertung und Schuldbefreiung

Die Pfändungsvorschriften der §§ 808 f. ZPO regeln, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger Zugriff auf die Gegenleistung hat. Für den Vollstreckungsgläubiger erweist es sich aber als problematisch, dass er weiterhin zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet bleibt. Denn wenn er sich nicht schadensersatzpflichtig machen will, muss er folglich auf die Möglichkeit der Pfändung und Verwertung verzichten. Auf der anderen Seite regeln die §§ 372, 379, 383 BGB, wann der Vollstreckungsgläubiger von seiner Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung frei wird. Danach kann der Vollstreckungsgläubiger, wenn der Vollstreckungsschuldner im Annahmeverzug ist, die Gegenleistung beziehungsweise deren Erlös hinterlegen und auf die Rücknahme verzichten, so dass er von der Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung befreit wird. Insbesondere bestimmt § 383 Abs. 1 BGB, dass nicht hinterlegungsfähige Sachen versteigert werden können. In diesen Fällen verliert somit der Vollstreckungsschuldner seinen Anspruch auf die konkrete Gegenleistung und erhält stattdessen einen Anspruch auf den Erlös dieser Gegenleistung. Durch das Erfordernis des Verzichts auf die Rücknahme wird gewährleistet, dass der Schuldner die Gegenleistung auch erhält. Dieser Zweck würde aber auch dann erreicht, wenn der Erlös der Gegenleistung der (teilweisen) Befriedigung des titulierten Anspruchs des Vollstreckungsgläubigers dienen könnte. Denn durch die (teilweise) Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers erlischt dessen titulierter Anspruch in gleicher Weise. Daher sollte es dem Vollstreckungsgläubiger auch möglich sein, in die Gegenleistung zu vollstrecken und gleichzeitig von der Erbringung der Gegenleistung befreit zu werden, als habe er den Erlös gemäß § 378 BGB hinterlegt. Diese Möglichkeit ist aber auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht gegeben. Denn das Vollstreckungsrecht erlaubt zwar unter den Voraussetzungen der §§ 808 f., 814 ZPO die Pfändung und Verwertung der Gegenleistung. Die Umwandlung des Anspruchs auf Erbringung der konkreten Gegenleistung in einen Anspruch auf den Erlös und die anschließende Befreiung von der Erbringung der Gegenleistung sieht aber nur das materielle Recht vor und macht dies nach § 378 BGB ausdrücklich von der Hinterlegung abhängig. Aus diesem Grund kann der Vollstreckungsgläubiger auch nicht mit der eigenen Forderung gegen den Anspruch des Vollstreckungsschuldners auf die Gegenleistung aufrechnen. Daher besteht für den Vollstreckungsgläubiger nicht die Möglichkeit, in die Gegenleistung zu vollstrecken und gleichzeitig von der Verpflichtung zur Erbringung derselben befreit zu werden.

6. Ergebnis

Wenn die Vollstreckung nicht oder nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers führt, kann dieser gegebenenfalls

falls in die Gegenleistung vollstrecken lassen. Sofern sich die Gegenleistung im Gewahrsam des Schuldners befindet, ist eine Pfändung nach § 808 Abs. 1 ZPO möglich. Nach § 809 ZPO kann gepfändet werden, wenn sich die Gegenleistung im Gewahrsam des Gläubigers befindet, aber dennoch dem Schuldnervermögen zugehörig ist. Dennoch ist dem Gläubiger davon abzuraten, sich aus dem Versteigerungserlös zu befriedigen, da er so Gefahr läuft, sich im Hinblick auf die nach wie vor bestehende Gegenleistungspflicht schadensersatzpflichtig zu machen. Will der Vollstreckungsgläubiger die Gegenleistung aber auch nicht weiter aufbewahren, bietet sich ihm nach § 378 BGB die Möglichkeit der schuldbefreienden Hinterlegung. In die Gegenleistung zu vollstrecken und gleichzeitig von der Verpflichtung zur Erbringung derselben befreit zu werden ist nach der geltenden Rechtslage nicht möglich.

C. Zusammenfassung

Die Möglichkeiten, die Vollstreckung eines Zug-um-Zug-Urteils bereits auf erkenntnisrechtlicher Ebene zu vereinfachen, sind begrenzt. So erlaubt die Regelung des § 274 Abs. 1 BGB auch bei bereits bestehendem Annahmeverzug des Schuldners nicht, diesen zur Leistung schlechthin zu verurteilen. Auch in diesen Fällen muss ein Urteil auf Leistung Zug um Zug ergehen. Allerdings hat der Gläubiger nach § 256 ZPO die Möglichkeit, in dem Urteil den Annahmeverzug des Schuldners feststellen zu lassen, so dass ein Angebot der Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher entbehrlich wird. Es ist jedoch zu beachten, dass der Schuldner auch noch nachträglich durch Anzeigen seiner Annahmebereitschaft den Annahmeverzug wieder beenden kann mit der Folge, dass ein Angebot erforderlich wird.

Das Schicksal der Gegenleistung nach der Vollstreckung ist weiter von der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung bestimmt. Sofern der Schuldner freiwillig leistet und es daher nicht zu Vollstreckungsmaßnahmen kommt, werden die gegenseitigen Ansprüche Zug um Zug erfüllt. Wird dagegen die Vollstreckung erforderlich, so hat der Gerichtsvollzieher die Gegenleistung nicht zu übergeben. Sofern die Vollstreckung nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt hat, kann dieser die Gegenleistung gegebenenfalls nach den §§ 808 f. ZPO pfänden lassen. Von der Verwertung der Gegenleistung zum Zwecke der eigenen Befriedigung sei dem Gläubiger aber abgeraten, da er so das Risiko eingeht, sich schadensersatzpflichtig zu machen. Um aber nicht länger zur Aufbewahrung der Gegenleistung gezwungen zu sein, kann der Gläubiger diese hinterlegen beziehungsweise den Erlös aus der Versteigerung der Gegenleistung hinterlegen und gleichzeitig die Rücknahme ausschließen. Dadurch wird er nach § 378 BGB von der Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung befreit.

Kosten-Mitvollstreckung rechtswidrig?

Von Professor Friedrich Lappe, Berlin

1. Mitvollstreckung

Nach § 788 Abs. 1 S. 1 ZPO sind die den Schuldner treffenden Kosten der Zwangsvollstreckung „zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beizutreiben“. Das bedeutet: Eines speziellen *Titels* bedarf es nicht. Und vollstreckt wird, gegen § 751 Abs. 1 ZPO, bereits vor der *Fälligkeit* (insbesondere die Anwaltsvergütung, § 8 Abs. 1 RVG).

2. Kostenfestsetzung

Das Mitbeitreibungsgebot erfasst nach allgemeinem Verständnis nicht nur die Kosten der gegenwärtigen, sondern auch *früherer* Vollstreckungsmaßnahmen. Alternativ stellt § 788 Abs. 2 für sie die Kostenfestsetzung zur Verfügung; ebenfalls mit einer Besonderheit: Es fehlt der „zur Zwangsvollstreckung geeignete Titel“ (§ 103 Abs. 1 ZPO), also die Kostengrundentscheidung.

3. Rechtliches Gehör: frühere Vollstreckung

Bereits vor fast dreißig Jahren habe ich Bedenken erhoben¹⁾. Zu den Kosten *früherer* Vollstreckungsmaßnahmen: „Die Mitvollstreckung geschieht zwangsläufig ohne vorherige Gewährung des rechtlichen Gehörs (Artikel 103 Abs. 1 Grundgesetz). Das ist sicher nicht mehr zulässig, sie bedürfen deshalb ausnahmslos der Kostenfestsetzung.“

Hinzu kommt: Der Gerichtsvollzieher prüft diese Kosten nach Entstehen und Notwendigkeit, obwohl solches im Regelfall bereits geschah, oft sogar mehrfach, ein unwirtschaftliches, „ineffektives“ Verfahren. Vor allem aber stellen sich Rechtsfragen: Bindung an die früheren (dokumentierten?) positiven oder negativen Entscheidungen, sei es des Gerichtsvollziehers oder des Vollstreckungsgerichts?

Dass meine damaligen Bedenken ohne „positive“ Resonanz geblieben sind (gegen sie 1985 *Christmann*²⁾), verwundert nicht. Es gibt Parallelen, gerade im Kostenrecht, wo erst die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts Abhilfe bewirkte³⁾.

4. Rechtliches Gehör: jetzige Vollstreckung

Zu den *aktuellen* Kosten habe ich damals ausgeführt: „Die Mitvollstreckung ohne vorherige Gewährung des rechtlichen Gehörs mag für die Kosten der gegenwärtigen Maßnahme zulässig sein, denn man kann den Schuldner mit dem Gehör nicht vor jeder Vollstreckungsmaßnahme warnen. Jedoch nur, wenn das rechtliche Gehör nachgeholt wird, ohne dass dem Schuldner ein Schaden entsteht. Da dies nicht gewährleistet ist, etwa durch eine § 835 Abs. 3 S. 2 ZPO entsprechende, umgehende Auszahlung des Vollstreckungserlöses verhin-dernde Vorschrift, verstößt die Mitvollstreckung gegen Artikel 19 Abs. 4 des Grundgesetzes, effektiver Rechtsschutz ist nicht gewährleistet.“

¹⁾ *Lappe*, MDR 1979, 795; Justizkostenrecht, München 1982, S. 223; Rpfleger 1983, 248.

²⁾ *Christmann*, DGVZ 1985, 147.

³⁾ Beispiel: *Lappe*, NJW 2007, 273 (unter IX 1).

5. Widerspruch des Schuldners

Aus der Praxis kommt die Frage nach der Bedeutung von Widerspruch oder Schweigen des Schuldners hinzu. Unser Rechtssystem antwortet: Der Widerspruch erfordert eine förmliche Entscheidung, mit „Darüberhinwegsetzen ist es nicht getan“. Umgekehrt lässt sich aus dem Schweigen nicht die Rechtmäßigkeit folgern, wie der Zivilprozess zeigt: Es gesteht behauptete *Tatsachen* zu, nicht aber die Rechtsfolge; dazu bedarf es des ausdrücklichen Anerkenntnisses.

6. Konsequenzen

Mit einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung sind die Probleme nicht zu lösen (weshalb ich von einer Erwiderung auf *Christmann* abgesehen habe und absehe). Vielmehr etwa so:

- Der Gerichtsvollzieher lehnt die Mitvollstreckung der Kosten früherer Vollstreckungsmaßnahmen ab und verweist den Gläubiger auf die Kostenfestsetzung. Im Rechtsweg, erforderlichenfalls bis zum Bundesverfassungsgericht, oder durch Gesetzesänderung ergibt sich bald eine Klärung.
- Die aktuellen Kosten werden mitvollstreckt, jedoch macht der Gerichtsvollzieher die Auszahlung des Erlöses an den Gläubiger insoweit vom Anerkenntnis des Schuldners abhängig. Verweigert dieser, setzt er ihm eine Frist (von zwei Wochen) zur Erinnerung (§ 766 ZPO) und wartet ggf. die Entscheidung des Gerichts ab. Alternative: Der Gerichtsvollzieher verlangt vom Gläubiger einen Kostenfestsetzungsbeschluss. Bringt dieser ihn nicht bei, „erhält der Schuldner sein Geld zurück“. Auch hier ist wegen der praktischen Bedeutung eine schnelle Reaktion durch Gesetzgebung oder Rechtsprechung zu erwarten.
- Nun geht es in der Praxis oft um sehr geringe Kostenbeträge, etwa die anwaltliche Mindestgebühr, die zudem noch nicht einmal ernsthaft streitig sind („freiwillige Zahlungen“); hier würden die obigen Vorschläge als „theoretisch“, gar „bürokratisch“ verstanden werden. Deshalb sollte von ihnen Gebrauch gemacht werden, wenn es tatsächlich und rechtlich „um was geht“, also um höhere, zweifelhafte Kosten. Die im geeigneten Einzelfall ausgelöste Rechtsentwicklung wird ohnehin generell wirken.

RECHTSPRECHUNG

§§ 756, 765, 829 ZPO

Erfolgt die Vollstreckung aus einem Titel, der verschiedene Forderungen zum Gegenstand hat, die jeweils Zug um Zug gegen Herausgabe unterschiedlicher Gegenstände zu erfüllen sind, lediglich wegen eines Teilbetrages, muss der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erkennen lassen, wegen welcher dieser Forderungen vollstreckt werden soll. Ein Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, der diesen Anforderungen nicht genügt, ist zurückzuweisen.*)

**BGH, Beschl. v. 8. 7. 2008
– VII ZB 39/07 –**

Gründe:

I.

Der Gläubiger betreibt gegen die Schuldnerin, die Republik A., die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil des

*) amtlicher Leitsatz

Landgerichts F., durch das die Schuldnerin zur Zahlung von 112 995,51 Euro, zur Zahlung von 10 481,48 Euro und zur Zahlung von 6 495,96 Euro (insgesamt 129 972,95 Euro) an den Gläubiger, der Staatsanleihen der Schuldnerin gezeichnet hat, jeweils nebst Zinsen und Zug um Zug gegen Aushändigung von Inhaberschuldverschreibungen bzw. Zinsscheinen, verurteilt wurde.

Der Gläubiger bot durch einen Gerichtsvollzieher die im Urteil aufgeführten Inhaberschuldverschreibungen und Zinsscheine am 23. Mai 2005 dem Prozessbevollmächtigten der Schuldnerin, am 29. Juni 2006 der in den Anleihebedingungen bezeichneten Hauptzahlstelle der Schuldnerin und am 10. März 2007 der Gesandten der Schuldnerin an. Alle Angebotsempfänger erklärten, dass die Forderung nicht bezahlt werden könne. Der Gerichtsvollzieher stellte in allen drei Fällen den Annahmeverzug der Schuldnerin fest.

Auf Antrag des Gläubigers hat das Amtsgericht – Vollstreckungsgericht – am 21. Februar 2006 die Pfändung von

angeblichen Forderungen der Schuldnerin gegen den Drittschuldner wegen eines Teilbetrages in Höhe von 10 000,- Euro zuzüglich Vollstreckungskosten angeordnet und die Ansprüche an den Gläubiger überwiesen.

Sowohl die hiergegen gerichtete Erinnerung der Schuldnerin als auch deren später eingelegte sofortige Beschwerde sind erfolglos geblieben. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Schuldnerin die Aufhebung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses weiter.

II.

Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, die Voraussetzungen für den Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses lägen vor. Insbesondere genüge die auf einen Teilbetrag von 10 000,- Euro beschränkte Vollstreckungsforderung dem Bestimmtheitserfordernis.

III.

Die statthafte (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO) und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ist aufzuheben, da die Forderung, wegen derer der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt, nicht hinreichend bestimmt ist.

Die Forderung des Gläubigers muss nach Hauptsache, Zinsen, Prozess- und Vollstreckungskosten zumindest bestimmbar dargestellt sein (BGH, Beschluss vom 27. Juni 2003 – IX a ZB 119/03, NJW-RR 2003, 1437). Die Vollstreckung kann auf einen Teilbetrag der titulierten Forderung beschränkt werden (*Musielak/Becker*, ZPO, 5. Aufl., § 829 Rdnr. 3).

Erfolgt die Vollstreckung eines Teilbetrages aus einem Titel, der verschiedene Forderungen zum Gegenstand hat, die Zug um Zug gegen Herausgabe unterschiedlicher Inhaberschuldverschreibungen bzw. Zinsscheine zu erfüllen sind, muss der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erkennen lassen, wegen welcher dieser Forderungen vollstreckt werden soll. Sonst ließe sich bei einer erfolgreichen Vollstreckung nicht feststellen, hinsichtlich welcher Forderung(en) der Gläubiger befriedigt worden ist und welche Inhaberschuldverschreibungen oder Zinsscheine die Schuldnerin im Hinblick darauf herausverlangen kann.

Diesen Anforderungen genügt der angefochtene Beschluss nicht. Der Gläubiger vollstreckt einen Teilbetrag von 10 000,- Euro aus einem Urteil, mit dem ihm drei eigenständige Forderungen (112 995,51 Euro, 10 481,48 Euro und 6 495,96 Euro) zugesprochen wurden, die von der Schuldnerin jeweils Zug um Zug gegen Herausgabe unterschiedlicher Inhaberschuldverschreibungen bzw. Zinsscheine zu erfüllen sind. Es ist nicht ersichtlich, welcher Forderung oder welchen Forderungen dieser Teilbetrag zuzuordnen ist.

Die Entscheidungen des Beschwerdegerichts und des Vollstreckungsgerichts sowie der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss waren daher aufzuheben. Der Antrag des Gläubigers auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses war zurückzuweisen, da auch er die erforderlichen Angaben nicht enthält.

Anmerkung der Schriftleitung:

Das Gleiche gilt entsprechend für einen Pfändungsauftrag an den Gerichtsvollzieher.

§ 788 ZPO; VV Nr. 1000 zu § 2 RVG; § 109 GVGA

1. Der Gerichtsvollzieher hat im Rahmen seiner Zuständigkeit selbstständig zu prüfen, ob eine Einigungsgebühr entstanden ist. Auf das Festsetzungsverfahren nach § 788 Abs. 2 ZPO kann nicht verwiesen werden.
2. Für das Entstehen einer Einigungsgebühr reicht es aus, wenn Ungewissheiten über die Erfolgsaussichten von Vollstreckungsmaßnahmen, die Zahlungsfähigkeit oder Zahlungswilligkeit des Schuldners vorlagen.

LG Wuppertal, Beschl. v. 3. 7. 2006
– 6 T 347/06 –

Gründe:

Die Gläubigerin betreibt die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid. Sie hat am 24. März 2006 unter Überreichung des Titels und einer Forderungsaufstellung den weiteren Beteiligten über die Verteilungsstelle beauftragt, die Mobiliarzwangsvollstreckung wegen einer Restforderung in Höhe von 440,76 Euro zu betreiben. In der Forderungsaufstellung enthalten sind zwei unter dem 29. Mai 2002 und dem 11. Januar 2006 gebuchte „Einigungsgebühren“ in Höhe von 387,50 und 81,- Euro als Kosten verbucht.

Diese macht die Gläubigerin geltend aufgrund einer Teilzahlungsvereinbarung mit der Schuldnerin vom 24. April 2002 und eines Einigungsvertrages vom 7. Dezember 2005. Auf die vorgelegten Schriftstücke wird insofern Bezug genommen.

Zunächst vorläufig mit Schreiben vom 30. März 2006 und alsdann endgültig durch das im Tenor genannte Schreiben hat der weitere Beteiligte zunächst die Einigungsgebühren abgesetzt und alsdann den Auftrag kostenpflichtig zurückgewiesen, weil diese in Ermangelung einer Festsetzung der schuldnerischen Gesamtforderung nicht zugerechnet werden könnten, sodass nach der vorgelegten Forderungsaufstellung kein Restbetrag mehr verbleibe.

Durch die angefochtene Entscheidung, auf die im Übrigen verwiesen wird, hat das Amtsgericht die hiergegen gerichtete Erinnerung der Gläubigerin auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Gläubigerin mit ihrer rechtzeitig bei Gericht eingegangenen Rechtsmittelschrift, auf die verwiesen wird und mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt.

Das Rechtsmittel hat auch Erfolg in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang.

Die Gläubigerin verweist zu Recht auf die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, nach der vom Schuldner übernommene Kosten eines im Zwangsvollstreckungsverfahren geschlossenen Vergleiches regelmäßig notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung sind, wobei dies auch für die durch die Einschaltung eines Rechtsanwaltes entstandene Vergleichs- oder Einigungsgebühr gilt (BGH, 7. Zivilsenat, Beschluss vom 24. Januar 2006, NJW 2006, 1598 ff. = DGVZ 2006, 68 f.).

Die Kammer folgt nunmehr dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Danach hat der Gerichtsvollzieher im Rahmen seiner Zuständigkeit selbstständig nach § 788 Abs. 1 ZPO zu prüfen, ob eine Vergleichsgebühr nach § 23 BRAGO bzw. Nr. 1000 VV RVG entstanden ist. Auf das Festsetzungs-

verfahren nach § 788 Abs. 2 ZPO kann insoweit nicht verwiesen werden.

Ferner stellen, wenn die Gebührentatbestände vorliegen, die insoweit entstandenen Anwaltskosten regelmäßig notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung dar, wenn der Schuldner im Vergleich die Kosten übernommen hat.

Nach diesen Grundsätzen konnte der weitere Beteiligte die Gläubigerin vorliegend nicht pauschal auf das Festsetzungsverfahren nach § 788 Abs. 2 ZPO verweisen. Er war daher anzuweisen, von den geäußerten Bedenken Abstand zu nehmen.

Für das weitere Verfahren weist die Kammer jedoch auf Folgendes hin: Im Hinblick auf die pauschale Beanstandung des weiteren Beteiligten ist die Prüfung der einzelnen geltend gemachten Gebühren, insbesondere die Frage, ob die Kostentatbestände von § 23 BRAGO bzw. Nr. 1000 VV RVG gegeben sind, nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

Jedoch bestehen insoweit ersichtlich nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hinsichtlich der Teilzahlungsvereinbarung vom 24. April 2002 keine Bedenken. Denn es liegt ein Vergleich mit gegenseitigem Nachgeben vor. Die Gläubigerin hat sich mit Ratenzahlungen begnügt, die Schuldnerin hat ihr zur Sicherheit den pfändbaren Teil ihres Arbeitseinkommens (und andere Ansprüche) abgetreten, so dass insofern die Aufgabe einer echten Rechtsposition durch die Schuldnerin vorliegt (vgl. BGH, a. a. O., LG Kassel, JurBüro 1980, 1029).

Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen der Einigungsgebühr nach dem RVG wird der weitere Beteiligte zu beachten haben, dass ein gegenseitiges Nachgeben nicht mehr Tatbestandsvoraussetzung dieser Gebührenvorschrift ist. Insofern bestehen hinsichtlich des Einigungsvertrages vom 7. Dezember 2005 nämlich auch Bedenken, da dort die Schuldnerin unter Ziffer 5 der Vereinbarung zwar eine erneute Sicherungsabtretung vorgenommen hat, deren Notwendigkeit und Sinn aber fraglich erscheint, da sie den gleichen Wortlaut wie die Sicherungsabtretung vom 24. April 2002 hat.

Insoweit reicht es nämlich zum Entstehen einer Einigungsgebühr aus, wenn Ungewissheiten über die Erfolgsaussichten von Vollstreckungsmaßnahmen, die Zahlungsfähigkeit oder die Zahlungswilligkeit der Schuldnerin vorlagen, was Anlass für die Vereinbarung war (vgl. *Gerold-Schmitt-von Eicken-Madert-Müller-Raabe*, RVG, 16. Auflage, Rdnr. 23 zu VV 1000). Insoweit wird der weitere Beteiligte zu prüfen haben, ob eine solche Ungewissheit bestand, obwohl bereits ein Ratenzahlungsvergleich existierte, worauf allerdings die Herabsetzung der Rate hinweisen könnte.

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, da Fragen von grundsätzlicher Bedeutung nicht zur Entscheidung anstanden, vielmehr die Kammer nunmehr ihre Rechtsprechung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, die auf Rechtsbeschwerde hin ergangen ist, angepasst hat.

Anmerkung der Schriftleitung:

Andere Ansicht vergleiche Lappe, in diesem Heft, Seite 183, der mindestens davon ausgeht, dass eine Beitreibung strittiger Vollstreckungskosten rechtswidrig ist und hierfür das Festsetzungsverfahren zur Titelschaffung erforderlich wäre.

Anderer Ansicht ist auch das AG Hanau – nachfolgend auf dieser Seite.

§ 788 ZPO; VV Nr. 1000 zu § 2 RVG; § 109 GVGA

- 1. Die in einem Teilzahlungsvergleich übernommenen Kosten können nicht unmittelbar im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben werden. Dies setzt eine Titulierung des zu vollstreckenden Anspruches voraus.**
- 2. Eine Ratenzahlungsvereinbarung stellt keine notwendigen Zwangsvollstreckungskosten dar, weil sie weder der Vorbereitung noch der Durchführung der Zwangsvollstreckung dient.**

**AG Hanau, Beschl. v. 25. 4. 2008
– 81 M 2538/08 –**

Gründe:

Die Gläubigerin betreibt aus den vollstreckbaren Ausfertigungen des Anerkenntnisurteils des LG Hanau vom 18. Juni 2007 und des Kostenfestsetzungsbeschlusses des LG Hanau vom 31. Juli 2007 (Az.: 4 O 585/07) gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung, nachdem der Schuldner sich an den zwischen den Parteien geschlossenen Teilzahlungsvergleich vom 30. Juli 2007 nicht gehalten hatte. Nach Erteilung des Vollstreckungsauftrages hat der zuständige Gerichtsvollzieher die Gebühr für den geschlossenen Teilzahlungsvergleich in Höhe von 693,18 Euro abgesetzt. Hiergegen wendet sich die Gläubigerin und macht geltend, dass es sich bei diesen Kosten um notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung i. S. d. § 788 ZPO handle. Im Übrigen habe der Schuldner die Kosten für den Teilzahlungsvergleich ausdrücklich übernommen, deshalb seien sie auch erstattungsfähig.

Die Erinnerung der Gläubigerin gemäß § 766 ZPO ist zulässig; sie ist jedoch unbegründet.

Mit dem Rechtsbehelf der Erinnerung kann die Art und Weise der Durchführung der Zwangsvollstreckung oder die Verletzung des bei der Zwangsvollstreckung zu beachtenden Verfahrens angegriffen werden. Eine fehlerhafte Sachbehandlung durch den Gerichtsvollzieher ist hier jedoch nicht gegeben.

Bedenken bestehen bereits hinsichtlich der Frage, ob die geltend gemachte Einigungsgebühr vorliegend entstanden ist. Zwar kann in einer Ratenzahlungsvereinbarung – im Gegensatz zur alten Rechtslage, § 23 BRAGO – seit Inkrafttreten des RVG die Erfüllung des Tatbestandes für die Entstehung einer Einigungsgebühr zu sehen sein. Zweifelhaft ist allerdings, ob die Einigungsgebühr Nr. 1000 VV-RVG auch für Ratenzahlungsvereinbarungen in der Zwangsvollstreckung entsteht, da hierdurch ein Streit oder eine Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis nicht beseitigt wird. Schließlich liegt bereits ein Titel gegen den Schuldner vor, der im Rahmen der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden kann.

Jedenfalls aber handelt es sich bei den Kosten der Ratenzahlungsvereinbarung nicht um Kosten der Zwangsvollstreckung i. S. d. § 788 ZPO.

Gemäß § 788 Abs. 1 S. 1 ZPO fallen die Kosten der Zwangsvollstreckung, soweit sie notwendig waren, dem Schuldner zur Last. Schon ihrem Wortsinn nach betrifft die Vorschrift nur solche Aufwendungen, die unmittelbar zur Vorbereitung oder Durchführung der Vollstreckung entstanden sind (LG München, Rpfleger 1998, 531; LG Münster, DGVZ 1995, 168), wohingegen die Kosten einer nach rechtskräftigem Abschluss des Erkenntnisverfahrens geschlossenen Ratenzahlungsvereinbarung allenfalls aus Anlass der Zwangsvollstreckung an-

gefallen sind. Denn der Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung dient weder der Vorbereitung noch der Durchführung der Zwangsvollstreckung, sondern vielmehr der Vermeidung weiterer Vollstreckungsmaßnahmen durch freiwillige Befriedigung des Gläubigers (LG Wiesbaden, DGVZ 2000, 60; AG Wiesbaden, DGVZ 2007, 159).

Letztlich handelt es sich bei den Kosten eines Ratenzahlungsvergleichs auch nicht um notwendige Kosten i. S. d. § 788 ZPO, da der Gläubiger auch ohne den Abschluss des Vergleichs gegen den Schuldner vollstrecken kann (LG Bonn, DGVZ 2006, 29 f.).

Auch mit der Argumentation, der Schuldner habe die Kosten für den Teilzahlungsvergleich ausdrücklich übernommen, deshalb seien sie auch erstattungsfähig, vermag die Gläubigerin nicht durchzudringen. Denn aus einer solchen Vereinbarung kann nicht unmittelbar die Zwangsvollstreckung betrieben werden. Die Zwangsvollstreckung ist ein Eingriff der Staatsgewalt in grundrechtlich geschützte Rechte des Schuldners. Sie setzt mit gutem Grund eine Titulierung des zu vollstreckenden Anspruchs in einem Verfahren voraus, das dem Schuldner zumindest die Möglichkeit bietet, sich gegen seine Inanspruchnahme zu verteidigen. Den Gerichten und Organen der Zwangsvollstreckung aber ist die Prüfung und Feststellung von materiellen Ansprüchen grundsätzlich versagt; dies bleibt dem Erkenntnisverfahren vorbehalten (BGH, NJW 2003, 515; LG Bonn, DGVZ 2006, 29 f.).

Anmerkung der Schriftleitung:

Zur Erfordernis der Titulierung vergleiche Lappe, in diesem Heft, Seite 183; andere Ansicht vergleiche LG Wuppertal, vorstehend in diesem Heft sowie zur Mitvollstreckung einer anerkannten Teilzahlungsvergleichsgebühr, BGH, DGVZ 2006, S. 68 sowie hierzu Seip, DGVZ 2006, S. 105 ff.

§§ 5, 7 GvKostG; § 766 Abs. 2 ZPO; § 66 GKG; § 133 GVG

Gegen eine Entscheidung des Gerichtsvollziehers über die Nichterhebung von Gerichtsvollzieherkosten wegen unrichtiger Sachbehandlung ist die Rechtsbeschwerde zum BGH unzulässig. Gegen die Entscheidung über die Erinnerung findet die unbefristete Beschwerde und hiergegen die weitere Beschwerde zum OLG statt.

**BGH, Beschl. v. 11. 9. 2008
– I ZB 22/07 –**

Gründe:

I.

Das Landgericht Berlin hatte die Schuldner verurteilt, eine in einer Kleingartenanlage gelegene Parzelle zu räumen und herauszugeben. Der Gläubiger beauftragte den Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung. Dieser stellte dem Gläubiger nach der Räumung Vollstreckungskosten von 44 014,54 Euro in Rechnung und teilte mit, gemäß § 2 Abs. 1 GvKostG seien davon 38 818,11 Euro zu überweisen. Der Gläubiger zahlte den angeforderten Betrag.

Auf Antrag des Gläubigers setzte das Amtsgericht die von den Schuldnern beizutreibenden Kosten der Zwangsvollstreckung auf 44 028,18 Euro (44 014,54 Euro gemäß der Kostenrechnung des Gerichtsvollziehers zuzüglich 13,64 Euro Rechtsanwaltskosten für den Zwangsvollstreckungsauftrag) fest. Auf die sofortige Beschwerde der Schuldner setzte das Landgericht die von den Schuldnern zu erstattenden Zwangs-

vollstreckungskosten auf 3 204,09 Euro herab. Die vom Landgericht zugelassene Rechtsbeschwerde des Gläubigers blieb ohne Erfolg (BGH, Beschluss vom 19. März 2004 – IX a ZB 328/03, NJW-RR 2005, 212).

Der Gläubiger forderte den Gerichtsvollzieher ohne Erfolg auf, ihm die nicht notwendigen Vollstreckungskosten in Höhe von 35 627,66 Euro wegen unrichtiger Sachbehandlung gemäß § 7 Abs. 1 GvKostG zu erstatten. Auf die Erinnerung des Gläubigers stellte das Amtsgericht durch Beschluss fest, dass die vom Gerichtsvollzieher in seiner Kostenrechnung geltend gemachten Gebühren und Kosten zu Unrecht erhoben und dem Gläubiger zu erstatten sind, soweit sie einen Betrag von 3 190,45 Euro übersteigen.

Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Bezirksrevisors ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom Landgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt der Bezirksrevisor weiterhin die Zurückweisung der Erinnerung. Der Gläubiger beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

II.

Hinsichtlich der Entscheidung des Gerichtsvollziehers über die Nichterhebung von Gerichtsvollzieherkosten wegen unrichtiger Sachbehandlung ist nach § 7 Abs. 2 Satz 2 GvKostG die für die Erinnerung und die Beschwerde des Kostenschuldners und der Staatskasse gegen den Kostenansatz des Gerichtsvollziehers geltende Bestimmung des § 5 Abs. 2 GvKostG entsprechend anwendbar. Gegen die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts über den Kostenansatz des Gerichtsvollziehers ist nicht die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof (dazu unter 1), sondern allein die weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht (hierzu unter 2) statthaft. Dementsprechend ist auch gegen die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts über die Nichterhebung von Gerichtsvollzieherkosten nicht die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof, sondern allein die weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht eröffnet. Die Rechtsbeschwerde ist daher in eine weitere Beschwerde umzudeuten und die Sache ist zur Entscheidung über die weitere Beschwerde an das Oberlandesgericht (hier: Kammergericht) abzugeben (dazu unter 3).

1. Gegen die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts über den Kostenansatz des Gerichtsvollziehers ist die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof nicht statthaft.

a) Für die Erinnerung und die Beschwerde gegen den Kostenansatz des Gerichtsvollziehers gilt nach § 5 Abs. 2 Satz 2 GvKostG die Regelung in § 66 Abs. 2 bis 8 GKG entsprechend. Nach § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG findet eine Beschwerde an einen Obersten Gerichtshof des Bundes nicht statt. Damit ist auch eine Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof ausgeschlossen (BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2002 – IX ZB 271/02, NJW 2003, 70; vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, Bundestagsdrucksache 14/4722, S. 139 zu Artikel 32 Nr. 1 a).

b) Dieser Ausschluss gilt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde auch hinsichtlich des Ansatzes von Gerichtsvollzieherkosten, die – wie hier – Vollstreckungskosten sind. Aus dem in § 5 Abs. 2 Satz 1 GvKostG geregelten Vorrang des § 766 Abs. 2 ZPO folgt nicht, dass sich die Entscheidung über die Erinnerung gegen den Ansatz von Zwangsvollstreckungskosten durch den Gerichtsvollzieher allein nach dieser Vorschrift richtet und damit der gegen die Entscheidung über die Erinnerung nach § 766 Abs. 2 ZPO vorgesehene Rechtsmittelweg eröffnet ist. Soweit § 5 Abs. 2 Satz 1 GvKostG auf § 766

Abs. 2 ZPO verweist, ist damit allein die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Erinnerung geregelt. Der Rechtsweg gegen Entscheidungen über die Erinnerung richtet sich dagegen nach den gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 GvKostG entsprechend anzuwendenden Regelungen in § 66 Abs. 2 bis 8 GKG.

aa) Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 GvKostG entscheidet über die Erinnerung des Kostenschuldners und der Staatskasse gegen den Kostenansatz das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Gerichtsvollzieher seinen Amtssitz hat, soweit nicht nach § 766 Abs. 2 ZPO das Vollstreckungsgericht zuständig ist. Gemäß § 766 Abs. 2 ZPO ist das Vollstreckungsgericht unter anderem für die Entscheidung über Erinnerungen wegen der von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten zuständig. Damit sind, wie sich aus der Stellung dieser Regelung in § 766 ZPO („Erinnerung gegen Art und Weise der Zwangsvollstreckung“) und im 8. Buch der Zivilprozessordnung („Zwangsvollstreckung“) ergibt, die Kosten der Zwangsvollstreckung gemeint.

Zur Entscheidung über Erinnerungen gegen den Kostenansatz des Gerichtsvollziehers ist demnach das Vollstreckungsgericht – also regelmäßig das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat (§ 764 Abs. 2 ZPO) – zuständig, wenn es sich um Kosten der Zwangsvollstreckung handelt. Geht es nicht um Kosten der Zwangsvollstreckung, sondern beispielsweise um Gerichtsvollzieherkosten für Zustellungen oder Versteigerungen außerhalb der Zwangsvollstreckung, entscheidet das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Gerichtsvollzieher seinen Amtssitz hat.

Die Bestimmung des § 5 Abs. 2 Satz 1 GvKostG regelt demnach allein, welches Gericht für die Entscheidung über Erinnerungen gegen den Kostenansatz des Gerichtsvollziehers zuständig ist. Sie weist die Entscheidung über Erinnerungen gegen den Ansatz von Kosten der Zwangsvollstreckung in Übereinstimmung mit § 766 Abs. 2 ZPO – aus Gründen des Sachzusammenhangs – dem nach § 764 Abs. 1 ZPO für die Anordnung von und für die Mitwirkung bei Vollstreckungshandlungen zuständigen Vollstreckungsgericht zu und belässt es ansonsten – mit Rücksicht auf die Ortsnähe – bei der Zuständigkeit des Amtsgerichts, in dessen Bezirk der Gerichtsvollzieher seinen Amtssitz hat.

bb) Im Übrigen sind auf die Erinnerung und die Beschwerde nach § 5 Abs. 2 Satz 2 GvKostG unter anderem die Regelungen in § 66 Abs. 2 bis 8 GKG entsprechend anzuwenden. Danach findet gegen die Entscheidung über die Erinnerung nach Maßgabe des § 66 Abs. 2 GKG die (unbefristete) Beschwerde statt. Ferner ist gegen die Entscheidung über die Beschwerde unter den Voraussetzungen des § 66 Abs. 4 GKG die weitere Beschwerde zulässig, ohne dass es darauf ankommt, ob sich die Erinnerung oder die Beschwerde gegen den Ansatz von Vollstreckungskosten oder gegen den Ansatz von anderen Kosten richtet.

Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts über eine Erinnerung gegen den Ansatz von Zwangsvollstreckungskosten durch den Gerichtsvollzieher ist daher weder nach § 567 Abs. 1 Nr. 1, § 793 ZPO die sofortige Beschwerde zum Landgericht (§ 72 GVG) statthaft, noch kann das Landgericht gegen seine Beschwerdeentscheidung nach § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 1 ZPO die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof (§ 133 GVG) zulassen (a. A. *Schröder-Kay/Gerlach*, Das Kostenwesen der Gerichtsvollzieher, § 5 GvKostG Rdnr. 18 ff.; *Meyer*, GvKostG, § 5 Rdnr. 12 und Vor § 5 Rdnr. 15; *Gerlach*, DGVZ 2003, 74 f.; vgl. auch *Hartmann*, Kostengeset-

ze, 38. Aufl., § 5 GvKostG Rdnr. 5: Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde nach § 793 ZPO, aber Unzulässigkeit der Rechtsbeschwerde nach § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG; vgl. weiter LG Gießen, DGVZ 1989, 184). Soweit dem Beschluss des Senats vom 17. November 2005 (I ZB 45/05, DGVZ 2005, 23) etwas anderes entnommen werden kann (vgl. *Schröder-Kay/Gerlach* a. a. O. § 5 GvKostG Rdnr. 20), wird daran nicht festgehalten.

Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber beabsichtigt hat, den Rechtsweg bei Erinnerungen und Beschwerden gegen den Kostenansatz des Gerichtsvollziehers unterschiedlich zu gestalten, je nachdem, ob es um den Ansatz von Vollstreckungskosten oder um den Ansatz von anderen Kosten geht. Dagegen spricht, dass der Gesetzgeber zur Vereinheitlichung der Beschwerdeverfahren in den Kostengesetzen und der Kostenrechtsprechung mit den § 66 GKG, § 33 RVG, § 4 JVEG und § 14 KostO Regelungen getroffen hat, die – unter Ausschluss der Rechtsbeschwerde – übereinstimmend die unbefristete Beschwerde und die weitere Beschwerde als Rechtsmittel vorsehen (vgl. Begründung zum Entwurf eines Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes, Bundestagsdrucksache 15/1971, S. 156 f. zu § 66 GKG), und dass die Regelung des Erinnerungs- und Beschwerdeverfahrens im Gerichtskostengesetz nach den Erwägungen des Gesetzgebers – ohne Modifikationen – in das Gerichtsvollzieherkostenrecht übernommen werden sollte (vgl. Begründung zum Entwurf eines Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes, Bundestagsdrucksache 15/1971, S. 237 zu Absatz 30 Nummer 1).

Soweit der Gesetzgeber die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof, wie die Rechtsbeschwerde geltend macht, gerade auch zur Entscheidung von rechtlichen Grundsatzfragen im Kostenrecht geschaffen hat (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, Bundestagsdrucksache 14/4722, S. 116 zu § 574), soll die Vereinheitlichung der Rechtsprechung ersichtlich auch nach der Vorstellung des Gesetzgebers im Kostenfestsetzungsverfahren erfolgen (BGH, NJW 2003, 70). Zur Klärung von Grundsatzfragen im Kostenansatzverfahren hat der Gesetzgeber dagegen die weitere Beschwerde eingeführt und die Rechtsbeschwerde ausdrücklich ausgeschlossen (vgl. Begründung zum Entwurf eines Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes, Bundestagsdrucksache 15/1971, S. 156 f. zu § 66 GKG).

c) Die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdegericht bindet den Bundesgerichtshof nicht. Die Bindungswirkung des § 574 Abs. 3 Satz 2 ZPO tritt nur hinsichtlich des Vorliegens eines Zulassungsgrundes nach § 574 Abs. 2 ZPO ein, eröffnet aber nicht ein gesetzlich nicht vorgesehenes Rechtsmittel (BGHZ 154, 102 m. w. N.).

2. Gegen die Entscheidung, die das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht über die Erinnerung gegen den Ansatz von Gerichtsvollzieherkosten der Zwangsvollstreckung getroffen hat (§ 5 Abs. 2 Satz 1 GvKostG i. V. m. § 766 Abs. 2 ZPO), war demnach gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 GvKostG i. V. m. § 66 Abs. 2 GKG die (unbefristete) Beschwerde zum Landgericht (§ 72 GVG) statthaft. Das Vollstreckungsgericht hat die Beschwerde in seinem Beschluss zwar nicht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassen; der Wert des Beschwerdegegenstands überstieg jedoch 200,- Euro. Gegen die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts ist nach § 5 Abs. 2 Satz 2 GvKostG i. V. m. § 66 Abs. 4 GKG die weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht (hier: zum Kammergericht) zulässig, da das Landgericht sie in seinem Beschluss wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassen hat.

3. Die Rechtsbeschwerde ist mit Rücksicht darauf, dass gegen die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts nicht die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof, sondern nur die weitere Beschwerde zum Kammergericht statthaft ist, nicht als unzulässig zurückzuweisen, sondern in eine weitere Beschwerde umzudeuten. Bei Rechtsmittelerklärungen ist eine Umdeutung unter der Voraussetzung zulässig, dass es sich um vergleichbare Prozessklärungen handelt, die sich in ihrer Intention und rechtlichen Wirkung entsprechen (BGH, Beschluss vom 6. März 1986 – I ZB 12/85, VersR 1986, 785, 786). So verhält es sich hier. Die weitere Beschwerde zielt ebenso wie die Rechtsbeschwerde auf die Änderung einer Beschwerdeentscheidung des Landgerichts durch ein übergeordnetes Gericht; die weitere Beschwerde setzt zudem wie die Rechtsbeschwerde voraus, dass das Landgericht die Beschwerde wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage in dem Beschluss zugelassen hat. Die Sache ist danach zur Entscheidung über die weitere Beschwerde an das Kammergericht abzugeben.

§§ 807, 900 Abs. 4 ZPO; § 1902 BGB; § 185 a GVGA

Wenn für die Vermögenssorge des Schuldners ein Vertreter bestellt, nicht aber ein Einwilligungsvorbehalt gemäß § 1903 BGB angeordnet ist, hat das Vollstreckungsgericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen, ob der Vertreter oder der Schuldner die Eidesstattliche Offenbarungsversicherung abzugeben hat.*)

**BGH, Beschl. v. 14. 8. 2008
– I ZB 20/08 –**

Gründe:

I.

Die Rechtsbeschwerdeführerin ist die Betreuerin der Schuldnerin bei der Vermögenssorge. Ein Einwilligungsvorbehalt gemäß § 1903 BGB ist nicht angeordnet.

Die Gerichtsvollzieherin hat die Betreuerin wegen einer titulierten Forderung gegen die Schuldnerin zur Abgabe der Eidesstattlichen Offenbarungsversicherung über deren Vermögen geladen. Die von der Betreuerin hiergegen eingelegte Erinnerung hat das Amtsgericht zurückgewiesen. Die gegen seine Entscheidung eingelegte sofortige Beschwerde der Betreuerin ist ebenfalls ohne Erfolg geblieben.

Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt die Betreuerin weiterhin die Aufhebung der an sie gerichteten Ladung zur Abgabe der Eidesstattlichen Offenbarungsversicherung über das Vermögen der Schuldnerin.

Die Gläubigerin hat sich im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht geäußert.

II.

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Rechtsbeschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Beschluss beschwert, weil er ihre von der Gerichtsvollzieherin und vom Amtsgericht angenommene Offenbarungspflicht

bestätigt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 28. September 2006 – I ZB 35/06, NJW-RR 2007, 185 Tz. 8 m. w. N.).

2. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist jedoch in der Sache nicht begründet.

a) Nach Auffassung des Beschwerdegerichts trifft den zur Vermögenssorge bestellten Vertreter die Verpflichtung zur Abgabe der Eidesstattlichen Offenbarungsversicherung auch dann anstelle des Schuldners, wenn kein Einwilligungsvorbehalt entsprechend § 1903 BGB angeordnet ist, also auch dann, wenn der Betreute grundsätzlich noch ohne Einwilligung des Betreuers Erklärungen abgeben kann. Entscheidend seien die dem Betreuer, dem die Vermögenssorge obliege, von Gesetzes wegen übertragene Rechtsmacht sowie das Wesen und der Zweck der Zwangsvollstreckung. Die Bestimmung des § 53 ZPO gelte insoweit auch im Zwangsvollstreckungsverfahren. Es erscheine sachgerecht und damit auch verhältnismäßig, für die Verpflichtung zur Abgabe der Eidesstattlichen Offenbarungsversicherung an die dem Betreuer von Gesetzes wegen eingeräumte Rechtsmacht anzuknüpfen, ohne dass es eines Beitritts des Betreuers zum Offenbarungsverfahren bedürfe. Zwar seien bei vermögenssorgender Betreuung ohne Einwilligungsvorbehalt Wissensdefizite auf Seiten des Betreuers nicht auszuschließen. Solche Defizite seien aber in zumindest gleichem Umfang auf Seiten des Betreuten zu erwarten.

b) Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

aa) Die für die Vermögenssorge bei der Schuldnerin bestellte Betreuerin war, auch wenn kein Einwilligungsvorbehalt i. S. d. § 1903 BGB angeordnet war, gemäß § 1902 BGB berechtigt, für die Schuldnerin die Eidesstattliche Offenbarungsversicherung abzugeben (vgl. *Staudinger/Bienwald*, BGB [2006], § 1902 Rdnr. 56 m. w. N.).

bb) Wenn mehrere Vertreter des Schuldners einzeln zu seiner Vertretung bei der Abgabe der Offenbarungsversicherung berechtigt, verpflichtet und geeignet sind, kann das Gericht nach wohl überwiegender Ansicht in entsprechender Anwendung der § 455 Abs. 1 Satz 2, § 449 ZPO nach pflichtgemäßem Ermessen bestimmen, dass einer von ihnen die Offenbarungsversicherung abzugeben hat (vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 807 Rdnr. 52; *Wieczorek/Schütze/Storz*, ZPO, 3. Aufl., § 807 Rdnr. 91, jeweils m. w. N.). Die Gegenauffassung, wonach in einem solchen Fall alle Vertreter das verwaltete Vermögen offenbaren müssen, vernachlässigt, dass die Vertreter jeweils einzeln zur Vertretung berechtigt sind.

cc) Nicht anders zu beurteilen ist der Fall, dass sowohl der Schuldner selbst als auch ein Vertreter zur Abgabe der Offenbarungsversicherung berechtigt, verpflichtet und geeignet sind. Dies ist in Fällen der rechtlichen Betreuung i. S. d. §§ 1896 ff. BGB insbesondere dann der Fall, wenn der Betreuer seinerseits in das Verfahren eingetreten ist (vgl. LG Osnabrück, DGVZ 2005, 128, 129). Nichts Abweichendes hat aber auch im Streitfall zu gelten; denn die Bestimmung des § 1902 BGB begründet nicht allein eine Berechtigung, sondern zugleich auch eine Verpflichtung des Betreuers zur Vertretung des Betreuten.

dd) Die Bestimmung der Betreuerin als derjenigen, die die Eidesstattliche Offenbarungsversicherung über das Vermögen der Betreuten abzugeben hat, lässt keinen im Verfahren der Rechtsbeschwerde beachtlichen Ermessensfehler erken-

*) amtlicher Leitsatz

nen. Die Rechtsbeschwerde macht in dieser Hinsicht auch nichts geltend.

III.

Danach ist die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

Anmerkung der Schriftleitung:

Der amtliche Leitsatz der Entscheidung ist missverständlich. Zuvorderst entscheidet der Gerichtsvollzieher, welche Person er bei Vorliegen einer gesetzlichen Betreuung lädt. Das Gericht entscheidet nur im Falle des Widerspruchs, wie im zugrunde liegenden Fall.

§§ 899 Abs. 1, 901 ZPO; § 22 a GVO

- a) Wird der Auftrag zur Pfändung zusammen mit einem Antrag zur Bestimmung eines Termins zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung für den Fall gestellt, dass die Pfändung nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers führt, ist der Zeitpunkt des Pfändungsversuchs für die Bestimmung der Zuständigkeit zur Abnahme der Eidesstattlichen Versicherung nach § 899 Abs. 1 ZPO maßgeblich.**
- b) Zur Begründung eines Aufenthaltsorts i. S. d. § 899 Abs. 1 ZPO reicht eine kurzfristige Anwesenheit des Schuldners aus.**
- c) Eine Ausdehnung des Verfahrens zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung auf weitere titulierte Forderungen ist nach dem Offenbarungstermin nicht mehr zulässig.*)**

**BGH, Beschl. v. 17. 7. 2008
– I ZB 80/07 –**

Gründe:

I.

Der Schuldner wurde vom Oberlandesgericht München zur Zahlung von 1 999 800,- US-Dollar an den Gläubiger verurteilt. Die Verfahrenskosten setzte das Landgericht München I mit Kostenfestsetzungsbeschluss in Höhe von 79 200,- Euro gegen den Schuldner fest.

Der Schuldner, der seinen Wohnsitz in Großbritannien hat, war für den 15. Dezember 2006 als Zeuge in das Ziviljustizgebäude in Hamburg geladen.

Der Gläubiger, der in der Schweiz wohnt, beauftragte den Gerichtsvollzieher am 8. Dezember 2006, wegen eines Teilbetrags von 50 000,- Euro aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss eine Sachpfändung durchzuführen. Für den Fall der Erfolglosigkeit der Pfändung beantragte der Gläubiger, Termin zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung des Schuldners zu bestimmen und Haftbefehl zu erlassen, falls der Schuldner zum Termin nicht erscheinen oder die Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung verweigern sollte.

Nachdem ein Pfändungsversuch am 15. Dezember 2006 im Ziviljustizgebäude in Hamburg erfolglos verlaufen war, lud der Gerichtsvollzieher den Schuldner zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung auf den 15. Januar 2007. Am 20. Dezember 2006 erteilte der Gläubiger einen Vollstreckungsauftrag zur Pfändung aus dem Urteil des Oberlandesgerichts München und beantragte, in dem Termin zur Abgabe der

Eidesstattlichen Versicherung am 15. Januar 2007 erneut eine Pfändung beim Schuldner vorzunehmen und gegebenenfalls einen weiteren Termin zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung zu bestimmen sowie bei einer Weigerung des Schuldners oder im Falle seines Nichterscheinens im Termin Haftbefehl zu erlassen.

Unter Berufung auf seinen Wohnsitz und Aufenthalt im Ausland machte der Schuldner geltend, der Gerichtsvollzieher sei unzuständig. Zum Termin zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung am 15. Januar 2007 erschien der Schuldner nicht. Im Hinblick auf den Haftbefehlsantrag legte der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckungsakte dem Amtsgericht Hamburg vor.

Das Amtsgericht hat sich für örtlich unzuständig erklärt. Die hiergegen gerichtete Erinnerung des Gläubigers hat das Amtsgericht zurückgewiesen. Auf die sofortige Beschwerde des Gläubigers hat das Landgericht den Beschluss des Amtsgerichts aufgehoben und es angewiesen, gegen den Schuldner Haftbefehl zu erlassen; die weitergehende sofortige Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Schuldners. Der Gläubiger beantragt, die Rechtsbeschwerde des Schuldners zurückzuweisen. Er beantragt weiterhin im Wege der Anschlussrechtsbeschwerde, die Zwangsvollstreckung entsprechend seinem Antrag vom 20. Dezember 2006 auszudehnen. Der Schuldner beantragt, die Anschlussrechtsbeschwerde zurückzuweisen.

II.

Die Rechtsbeschwerde des Schuldners und die Anschlussrechtsbeschwerde des Gläubigers sind zulässig (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 4, § 575 ZPO). In der Sache haben sie keinen Erfolg.

1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Das Amtsgericht Hamburg sei nach § 899 Abs. 1, § 802 ZPO örtlich zuständig. Maßgeblich sei für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit der Aufenthaltsort des Schuldners, weil dieser keinen Wohnsitz im Bundesgebiet habe. Der Schuldner habe sich zum Zeitpunkt des Pfändungsversuchs am 15. Dezember 2006 im Bezirk des Amtsgerichts Hamburg aufgehalten. Davon sei auch auszugehen, wenn für einen Aufenthaltsort i. S. d. § 899 Abs. 1 ZPO erforderlich sei, dass der Schuldner sich in der maßgebenden Zeit dort überwiegend aufzuhalten pflege und dass dort seine Interessen zusammenliefen, deretwegen er sich im Bundesgebiet aufhalte.

Der Antrag des Gläubigers auf Ausdehnung der Zwangsvollstreckung habe dagegen keinen Erfolg. Das Schreiben des Gläubigers vom 20. Dezember 2006 habe keine Ausdehnung der bereits laufenden Zwangsvollstreckung, sondern einen davon unabhängigen weiteren Zwangsvollstreckungsauftrag zum Gegenstand gehabt. Die unter dem 24. Januar 2007 nachgesuchte Ausdehnung der Zwangsvollstreckung sei unzulässig. Sie sei erst nach dem Termin zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung vom 15. Januar 2007 beantragt worden.

2. Die Rechtsbeschwerde des Schuldners ist nicht begründet, weil das Beschwerdegericht das Amtsgericht zu Recht angewiesen hat, einen Haftbefehl gegen den Schuldner zu erlassen (§§ 899, 900, 901 ZPO). Das Amtsgericht Hamburg ist für den Erlass des Haftbefehls zuständig.

*) amtlicher Leitsatz

a) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeerwiderung folgt diese Zuständigkeit jedoch nicht aus Artikel 39 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22. Dezember 2000 (ABl. EG 2001, Nr. L 12, S. 1 – im Folgenden: Brüssel-I-VO). Die Vorschrift betrifft die örtliche Zuständigkeit für einen Antrag auf Vollstreckbarerklärung der in einem anderen Mitgliedstaat ergangenen Entscheidung (vgl. Artikel 38 Abs. 1, Artikel 39 Abs. 1 Brüssel-I-VO). Sie berührt nicht die internationale und die örtliche Zuständigkeit für Vollstreckungsmaßnahmen aufgrund einer von einem deutschen Gericht erlassenen vollstreckbaren Entscheidung im Inland (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 6. Aufl., § 899 Rdnr. 4).

b) Die Zuständigkeit des Amtsgerichts Hamburg für den Erlass des Haftbefehls nach § 901 ZPO folgt vielmehr mittelbar aus § 899 Abs. 1 ZPO. Nach dieser Vorschrift ist für die Abnahme der Eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO der Gerichtsvollzieher bei dem Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner im Zeitpunkt der Auftragserteilung seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthaltsort hat. Da der Schuldner in Deutschland keinen Wohnsitz hat, richtet sich die Zuständigkeit grundsätzlich nach dem Aufenthaltsort des Schuldners bei der Auftragserteilung nach § 900 Abs. 1 Satz 1 ZPO (vorliegend: 8. Dezember 2006). Wird der Auftrag zur Pfändung zusammen mit einem Antrag zur Bestimmung eines Termins zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung für den Fall gestellt, dass die Pfändung nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers führt, ist der Zeitpunkt des Pfändungsversuchs maßgeblich (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 899 Rdnr. 2), weil erst zu diesem Zeitpunkt über die Verpflichtung zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung zu entscheiden ist und eine dann begründete Zuständigkeit ausreicht. Zu diesem Zeitpunkt (vorliegend: 15. Dezember 2006) hatte der Schuldner seinen Aufenthaltsort i. S. d. § 899 Abs. 1 ZPO im Bezirk des Amtsgerichts Hamburg.

Zur Begründung eines Aufenthaltsorts reicht eine nur vorübergehende kurzfristige Anwesenheit des Schuldners aus; eine Durchreise kann genügen (vgl. zu § 16 ZPO: Musielak/Heinrich a. a. O. § 16 Rdnr. 3; Wieczorek/Schütze/Hausmann, ZPO, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 6; zu § 73 Abs. 1 FGG: KG OLGZ 1973, 149, 150; BayObLG, NJW 2003, 596). Dagegen ist zur Begründung eines Aufenthaltsorts nicht erforderlich, dass der Schuldner sich in der fraglichen Zeit an dem in Rede stehenden Ort überwiegend aufzuhalten pflegt und seine Interessen in der Hauptsache dort zusammenlaufen (a. A. OLG Frankfurt am Main, JurBüro 1978, 131; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 899 Rdnr. 5 Fn. 22). Die Bestimmung des § 899 Abs. 1 ZPO setzt für die Begründung der Zuständigkeit keinen längeren oder gewöhnlichen Aufenthalt voraus (zu diesen Erfordernissen: § 20 ZPO und § 606 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Nach diesen Maßstäben genügte die Anwesenheit des Schuldners im Ziviljustizgebäude in Hamburg, um dort einen Aufenthaltsort i. S. d. § 899 Abs. 1 ZPO anzunehmen.

Anders als die Rechtsbeschwerde meint, kommt es auch nicht darauf an, ob der Schuldner sich an dem fraglichen Ort freiwillig aufhält (vgl. BGH MDR 1987, 829; BayObLG VersR 1985, 742; MünchKomm.ZPO/Patzina, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 6; Wieczorek/Schütze/Hausmann a. a. O. § 16 Rdnr. 6; Zöller/Vollkommer a. a. O. § 16 Rdnr. 7).

c) Das Beschwerdegericht hat festgestellt, dass auch die weiteren Voraussetzungen für den Erlass des Haftbefehls

vorliegen. Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde nicht. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

3. Die Anschlussrechtsbeschwerde ist ebenfalls unbegründet.

a) Entgegen der Ansicht der Anschlussrechtsbeschwerde ist eine Ausdehnung der Zwangsvollstreckung vor dem Termin zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung am 15. Januar 2007 durch den Gläubiger nicht erfolgt. Sein Schreiben vom 20. Dezember 2006 enthält keine Ausdehnung der laufenden Vollstreckungsmaßnahme, sondern einen weiteren Auftrag zur Vollstreckung aus dem Urteil des Oberlandesgerichts München.

Ohne Erfolg macht die Anschlussrechtsbeschwerde weiterhin geltend, dem Gerichtsvollzieher sei in zahlreichen Telefonaten der Hintergrund des Antrags vom 20. Dezember 2006 erläutert und eine Ausdehnung der Zwangsvollstreckung beantragt worden. In Anbetracht des eindeutigen Wortlauts des Vollstreckungsauftrags vom 20. Dezember 2006 und des nur vage gehaltenen Vortrags des Gläubigers konnte das Beschwerdegericht zu Recht davon ausgehen, dass eine Ausdehnung der laufenden Zwangsvollstreckung um die Hauptforderung sowie um Zinsen und weitere Kosten bis zum Termin zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung nicht erfolgt war. Danach kommt es auch nicht darauf an, unter welchen Voraussetzungen eine Ausdehnung der Zwangsvollstreckung zwischen Anberaumung des Termins zur Abgabe der Offenbarungsversicherung und dem Termin selbst zulässig ist (vgl. hierzu LG Bonn, JurBüro 1998, 102; Musielak/Voit a. a. O. § 900 Rdnr. 4).

b) Eine Ausdehnung des Verfahrens zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung auf weitere titulierte Forderungen nach dem Offenbarungstermin war nicht mehr zulässig (Stein/Jonas/Münzberg a. a. O. § 900 Rdnr. 22). Der Verpflichtung zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung und der Terminsbestimmung liegt eine bestimmte zu vollstreckende Forderung zugrunde (vgl. § 900 Abs. 3 ZPO). Der Erlass des Haftbefehls setzt voraus, dass der Schuldner dem Termin zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung unentschuldig fern bleibt oder die Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung grundlos verweigert. Die Verpflichtung des Schuldners zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung muss danach im Termin bestanden haben (Schuschke in: Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl., § 901 ZPO Rdnr. 5; Zöller/Stöber a. a. O. § 901 Rdnr. 3; Wieczorek/Schütze/Storz a. a. O. § 901 Rdnr. 10). Denn der Haftbefehl dient der Erzwingung nur einer zulässigerweise abverlangten Eidesstattlichen Versicherung. Damit nicht zu vereinbaren ist eine Auswechslung der titulierten Forderung oder eine Ausdehnung auf andere vollstreckbare Forderungen nach dem Termin zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung.

Hinweis der Schriftleitung:

*Der BGH hat mit Beschluss vom 14. August 2008 – I ZB 39/08 die Entscheidung des LG Lübeck vom 23. April 2008 in DGVZ 2008, Seite 172 (Heft 11) aufgehoben und erfordert danach ausdrücklich, **eine Räumungsvollstreckung nur gegen den Titel- oder Klauselschuldner** durchzuführen. Der BGH knüpft das Erfordernis eines eigenen Titels aber an den Besitz des Räumungsschuldners an den Räumen. Zur Klärung dieser Frage wurde die Sache an das LG zurück verwiesen. (Zur Veröffentlichung vorgesehen, vgl. vorab ggf. www.bundesgerichtshof.de/Entscheidungen).*

■ AKTUELLES

Beteiligung der Gerichtsvollzieher bei Auslandszustellung

Seit 13. November 2008 gilt die Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des europäischen Parlaments und des Rates über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den EU-Mitgliedstaaten. Nach Artikel 15 der neuen Verordnung, die durch Änderungen der §§ 1067 bis 1069 ZPO in nationales Recht umgesetzt wurde, können nunmehr aus jedem Mitgliedsstaat gerichtliche und außergerichtliche Schriftstücke direkt durch einen Gerichtsvollzieher im Inland zugestellt werden. Zulässig ist der Zustellungsauftrag allerdings nur, wenn auch nach deutschen Verfahrensrecht eine Parteizustellung zulässig wäre. Die Anträge müssen in deutscher oder englischer Sprache erfolgen. Empfangsstelle im Sinne des Artikel 2 der Verordnung ist das Amtsgericht am Ort des Zustellungsempfängers. Jedoch ist auch die direkte Beauftragung des örtlich zuständigen Gerichtsvollziehers möglich.

Stefan Mroß

■ BUCHBESPRECHUNG

Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz nach dem achten und elften Buch der ZPO einschließlich der europarechtlichen Regelungen

Kommentar, herausgegeben von Dr. *Winfried Schuschke*, vorsitzender Richter am OLG Köln a. D. und Dr. *Wolf-Dietrich Walker*, Universitätsprofessor an der Justus-Liebig-Universität, Gießen, 4. Auflage 2008, Carl-Heymanns-Verlag Köln-München, 2269 Seiten, gebunden, 248,- Euro, ISBN 978-3-452-26315-5.

In der Neuauflage mit Stand vom 1. Mai 2008 kommentieren acht Autoren auf fast 2 000 Seiten die Zwangsvollstreckung und den einstweiligen Rechtsschutz der ZPO. Aufgrund der wachsenden Bedeutung der grenzüberschreitenden Zwangsvollstreckung in Europa wurde als neuer Schwerpunkt zusätzlich die Kommentierung des europäischen Vollstreckungsrechts, insbesondere die EuGVVO und das AVAG gewählt. Der Leser findet sich mit diesem Kommentar sofort zurecht. Sein Aufbau ist herkömmlich, nach den §§ der ZPO mit Vorbemerkungen, deutlicher Gliederung der einzelnen Kommentierungen mit Überschriften und Randziffern aufgebaut. Hervorstechend ist ohne Zweifel die Fülle der verarbeiteten Literatur und Rechtsprechung. Grundlegende Aufsätze werden zu jeder Vorschrift in einer Übersicht dargestellt, des Weiteren nochmals Literatur und Rechtsprechung zur jeweiligen Kommentierung in Fußnoten. Die erheblich gestiegene Bedeutung des BGH für das Zwangsvollstreckungsrecht findet ihren Niederschlag in einer lückenlosen und vertieften Einarbeitung dieser Rechtsprechung. Gerade in der Darstellung wesentlicher Entwicklungslinien, in seiner Klarheit und Systematik liegt trotz der Ausführlichkeit der ganz große Verdienst dieses Werks. Bereits die Einführung zur Zwangsvollstreckung bereitet dem Leser eine erhellende Standortbestimmung. Dies wird deutlich durch die Darstellung der Unterschiede zwischen Gesamt- und Einzelvollstreckung und die Bedeutung des Grundgesetzes für die ZV. Die Autoren schließen sich der herrschenden Meinung an, dass die Zwangsvollstreckung zwar in erster Linie dem Zivilverfahrensrecht der streitigen Gerichtsbarkeit zuzuordnen ist, jedoch dem öffentlichen Recht sehr nahe kommt. Zumeist erschließen sich Zusammenhänge dem Leser der sehr schnell, dogmatisch fundiert und auch dort schlüssig, wo eigene Meinungen vorgetragen werden.

Nicht von ungefähr wurde die Voraufgabe häufig vom BGH in seinen Entscheidungen zitiert. Hervorragend ist der Überblick zur Vollstreckung aus ausländischen Titeln zu § 722 ZPO. Deutlicher gewünscht hätte sich der Rezensent eine Aussage zu § 727 ZPO, wann eine bloße Klauselumschreibung auf einen plötzlich auftretenden Unter-Mieter einer räumungsbefangenen Wohnung möglich ist. Die altbewährten, als Hauptautoren auftretenden Herausgeber können es sich leisten, eine eigene Meinung zu vertreten: Die Ungleichbehandlung nichtehelicher Lebensgemeinschaften mit der Ehe bei der Gewahrsamsvermutung zu § 839 ZPO wird dadurch unterstützt, dass ansonsten eine Gleichbehandlung zu anderen häuslichen Gemeinschaften fehlt. Die Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher wird in einer eigenen Übersicht vor § 753 behandelt. Die GVO als eine auf § 154 GVG beruhende Ermächtigung zu bezeichnen, dürfte allerdings weit hergeholt zu sein. Explizit spricht sich der Mitherausgeber gegen die Einführung eines Beleihungsmodells aus. Die Vollstreckung zur Nachtzeit außerhalb von Wohnungen wird an eine materielle Ermessensentscheidung des GV geknüpft. Deutlich setzen sich die Autoren auch mit den Protokollabschriften auseinander: Anspruch des Gläubigers besteht auf eine bloße kostenfreie Mitteilung des Vollstreckungsergebnisses, Einzelheiten erfolgen nur auf Antrag des Gläubigers durch Abschrift. In der Vorbemerkung zum Rechtsbehelfssystem fehlen nicht deutliche Hinweise auf die ausnahmsweise Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus § 826 BGB. Zu § 765 a ZPO lässt *Walker* offen, ob nicht aufgrund des öffentlich-rechtlichen Charakters der Vollstreckung das Vollstreckungsorgan von Amts wegen, also auch ohne Antrag des Schuldners, bestimmte Vollstreckungsmaßnahmen beschränken muss, die eine sittenwidrige Härte bedeuten könnten. Der Umfang ermöglicht es, auch Gegenmeinungen zumindest in den Fußnoten zu erwähnen, wenn nicht sogar im Text darzustellen. Keine Erwähnung findet allerdings die Verwertung gepfändeter Sachen im Internet, wäre ein solcher doch zumindest zu § 825 ZPO zu erwarten gewesen. Folgerichtig ist die Ansicht, dass das mehrfache Absetzen von einer Zwangsräumung den Abschluss eines neuen Mietvertrages darstellen könnte, dies jedoch der Schuldner nur nach § 767 ZPO geltend machen kann (§ 885 Rdnr. 3). Deutlich und woanders vielfach vermisst ist der wertvolle Hinweis, dass der Gläubiger bei Räumung keinen Anspruch auf eine besenreine Übergabe hat (ebd., Rdnr. 7). Für die Unterbringung von Tieren sieht *Walker* allerdings das Ordnungsamt für zuständig, die Erkenntnisse von *Sues*, DGVZ 2008, 129, konnten noch nicht eingearbeitet werden. Widersprüchlich ist der Hinweis, dass ohne gesonderten Titel ein neuer Besitzer geräumt werden kann (ebd., Rdnr. 11), wird doch an späterer Stelle das Thema auf der Basis der bisherigen BGH-Rechtsprechung differenziert behandelt. Wertvoll ist es, auf die Haftungsträchtigkeit für den Gläubiger bei Anwendung des Berliner Modells hinzuweisen (ebd., Rdnr. 28). Bei §§ 887, 890, 892 ZPO wird die Zählerwegnahme nicht behandelt. Die bisherigen Unklarheiten bleiben offen. Sehr ausführlich sind die Hinweise zum Hinausschieben der Abgabe der EV bei glaubhaften Tilgungsbemühungen.

Wer eine vollständige Darstellung von Literatur und Rechtsprechung in klarer Einordnung der rechtlichen Dogmatik wünscht, ist mit diesem Kommentar bestens bedient. Zum bevorstehenden Weihnachtsfest sollten sich auch Gerichtsvollzieher den Luxus dieses Kommentars gönnen. Sie werden es nicht bereuen.

Stefan Mroß

HERAUSGEBER:

Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V. (DGVB) – www.dgvb.de – 17454 Zinnowitz, Holunderweg 19. **Verantwortlich:** Schriftleiter Gerichtsvollzieher Stefan Mroß in 77815 Bühl, Aloys-Schreiber-Straße 8; Stellvertreter: Gerichtsvollzieher Rainer Jung in 35410 Hungen, Bahnhofstraße 31.

VERLAG:

Heenemann Verlagsgesellschaft mbH, 12103 Berlin, Bessemerstraße 83–91.

DRUCK:

H. Heenemann GmbH & Co. KG, 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 %.

ABONNEMENT UND ABO-SERVICE:

Kassenführer der DGVZ, Ingo Stollenwerk, 52249 Eschweiler, Arndtstraße 3, Telefon (0 24 03) 78 59 68, Telefax (0 24 03) 78 59 67, E-Mail: gv-stollenwerk@web.de.

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 beigelegt.

CHEFREDAKTION:

Einsendungen von Aufsätzen und Entscheidungen an den Schriftleiter der DGVZ, Stefan Mroß, Aloys-Schreiber-Straße 8, 77815 Bühl, Telefon (0 72 23) 80 76 25, E-Mail: SMross.GV-Buero@t-online.de. 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, elektronischen oder ähnlichen Verfahrens.

ANZEIGENAUFTRÄGE UND ANZEIGENABWICKLUNG:

Stellvertretender Schriftleiter, Rainer Jung, Bahnhofstraße 31, 35410 Hungen, Telefon und -fax (0 64 02) 4 05 38, E-Mail: Rainerjung27@aol.com. Es gelten unsere Mediadaten- und Preisliste vom 1. Oktober 2007 und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Anzeigen und Fremdbeilagen in der Fassung vom 1. Juli 2006.