

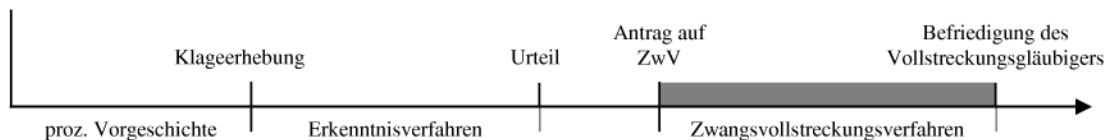
## Teil 1: Zwangsvollstreckung

### 1.1. Allgemeines

#### **Pflichtprüfungsstoff (vgl. § 18 II Nr. 7b JAPO):**

- allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen
- Arten der Zwangsvollstreckung
- Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung
- Vorläufiger Rechtsschutz

#### **Die Zwangsvollstreckung ist Teil des Zivilprozesses:**



#### **Definition Zwangsvollstreckung:**

„Zwangsvollstreckung“ ist ein staatliches Verfahren zur zwangsweisen Befriedigung eines Anspruchs

- Selbsthilfe ist nur ausnahmsweise erlaubt (§§ 229 ff. BGB, §§ 859 ff. BGB)
- Der Staat verhilft dem Gläubiger dafür zu seinem Recht.

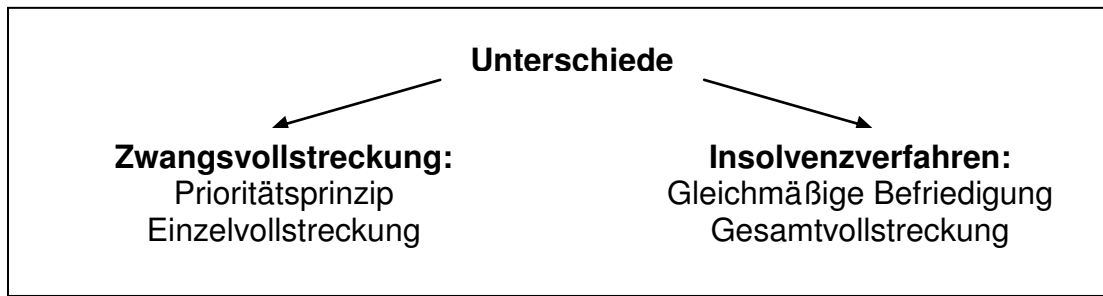
#### **Formalisiertes Verfahren**

In der Zwangsvollstreckung wird nicht geprüft, ob die vom Gläubiger geltend gemachte Forderung besteht. Die Vorlage eines Vollstreckungstitels (Urteil oder eine vergleichbare Urkunde) über seine Forderung reicht aus.

#### **Es gibt nur ein Insolvenzverfahren, aber verschiedene Vollstreckungsverfahren:**

1. Vollstreckungstitel der ordentlichen Zivilgerichte: Vollstreckungsverfahren nach der ZPO (= Zwangsvollstreckung i.e.S. → Pflichtprüfungsstoff: Grundzüge)
  2. Vollstreckung von Urteilen der Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der VwGO
  3. Vollstreckung von Steuerbescheiden nach der Abgabenordnung  
u.a.
- ⇒ Wegen der Verwandtschaft der Probleme und der weitgehenden Verweisungen auf die ZPO (vgl. u.a. § 62 II 1 ArbGG) findet man sich mit Kenntnissen aus der ZPO auch in den anderen Vollstreckungsarten zurecht.

## I. Zwangsvollstreckung und Insolvenzverfahren



### Zum Prioritätsprinzip:

Wer zuerst vollstreckt, wird zuerst befriedigt. Der Gerichtsvollzieher behandelt dabei nacheinander eingehende Anträge bis zur Pfändung als gleichzeitige (sog. Gruppenprinzip).

Folge: Spätere Vollstreckungsgläubiger stehen schlechter, da vollstreckungsfähiges Vermögen vorrangig für die Befriedigung des zuerst vollstreckenden Gläubigers verwendet wird. Daher besteht eine erhöhte Gefahr, dass sie leer ausgehen.

### Zur gleichmäßigen Befriedigung:

Forderungen bei gleichem Rang sollten gleichmäßig befriedigt werden und nicht nach der mehr oder weniger zufälligen Reihenfolge des Vollstreckungszugriffs. Besteht daher die Gefahr, dass der Schuldner nicht mehr alle Gläubiger voll befriedigen kann, muss das Prioritätsprinzip dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung weichen (→ Insolvenzverfahren).

Diese Gefahrenmarke ist im Falle der Zahlungsunfähigkeit (= Insolvenz) erreicht. Zahlungsunfähig ist ein Schuldner nach § 17 II 1 InsO, „wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen“.

Gleichmäßig meint, dass die Gläubiger nach dem Verhältnis der geschuldeten Beträge befriedigt werden.

### Exkurs: Insolvenzverfahren

Das Insolvenzverfahren wird **auf Antrag** des Schuldners oder eines Gläubigers mittels Gerichtsbeschluss eröffnet. Infolge des Beschlusses ist das ganze vollstreckungsfähige Vermögen des Schuldners beschlagnahmt (sog. Insolvenzmasse). Ein vom Gericht ernannter Insolvenzverwalter verwaltet und verwertet dieses Vermögen und befriedigt die Gläubiger aus dem Erlös.

Die InsO kennt sieben Rangklassen. Die InsO stuft bestimmte Forderungen als nachrangig ein, vgl. § 39 InsO. Gleichmäßige Befriedigung gilt somit nur innerhalb derselben Rangklasse.

#### Zur Verdeutlichung der unterschiedlichen Verteilung folgendes Beispiel:

S schuldet G1 1.000,- €, G2 2.000,- € und G3 3.000,- €. Insgesamt schuldet er seinen Gläubigern damit 6.000,- €. S hat aber nur ein vollstreckungsfähiges Vermögen von 1.500,- €. G1, G2 und G3 vollstrecken nacheinander gegen S.

(Verhältnis der Forderungen ist 1:2:3. Daher muss der zu verteilende Betrag durch 6 geteilt werden beim Insolvenzverfahren.)

**Exkurs:** Die Forderung von G1 gehört der Rangklasse 1 an, die Forderungen von G2 und G3 dagegen in die Rangklasse 2.

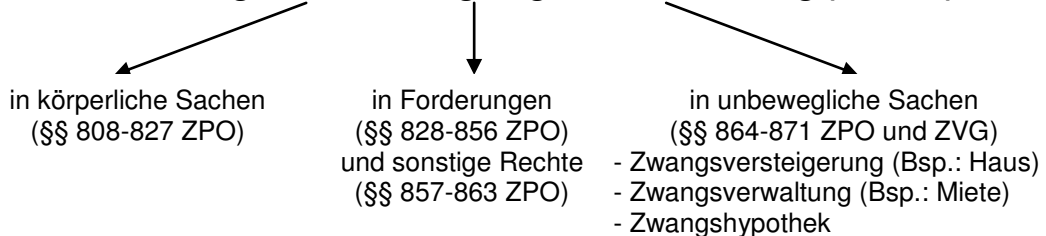
(Verhältnis der Forderungen in Rangklasse 2 ist 2:3)

	Forderungshöhe	Verteilung im Zwangsvollstreckungsverfahren	Verteilung im Insolvenzverfahren (bei gleichem Rang)	Verteilung im Insolvenzverfahren (bei unterschiedlichem Rang)
G1	1.000,- €	1.000,- €	250,- € (= 1/6 von 1.500,- €)	1.000,- € (Rangklasse 1)
G2	2.000,- €	500,- €	500,- € (= 2/6 von 1.500,- €)	200,- € (= 2/5, Rangklasse 2)
G3	3.000,- €	0,- €	750,- € (= 3/6 von 1.500,- €)	300,- € (= 3/5, Rangklasse 2)

## II. Arten der Zwangsvollstreckung

Es gibt verschiedene Arten der Zwangsvollstreckung. Dies hängt naturgemäß von der Art des durchzusetzenden Anspruchs ab. So verläuft die zwangsweise Durchsetzung wegen eines Räumungsanspruchs, eines Unterlassungsanspruchs oder einer Geldforderung verschieden.

### WICHTIG: Zwangsvollstreckung wegen Geldforderung (3 Arten)



<i>Körperliche Sache</i>	→ Pfändung durch Gerichtsvollzieher und Veräußerung zugunsten des Gläubigers
<i>Vermögensrechte</i>	→ Pfändung durch Vollstreckungsgericht und dem Gläubiger zur Geltendmachung überwiesen
<i>Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung</i>	→ Anordnung durch Vollstreckungsgericht
<i>Zwangshypothek</i>	→ Eintragung vom Grundbuchamt

### Beispiele:

#### 1.) Vollstreckung in körperliche Sachen:

S ist rechtskräftig zur Zahlung von mehreren hundert € Schadensersatz verurteilt, zahlt aber nichts. G beantragt daher bei dem zuständigen Gerichtsvollzieher, das Geld beizutreiben. Dieser geht zu S und fordert ihn zur Zahlung auf. S erklärt, er habe kein Geld. Daraufhin nimmt der Gerichtsvollzieher die Briefmarkensammlung des S mit und versteigert sie für 1.000,- €. Von diesem Erlös werden die Vollstreckungskosten und die Urteilssumme für G einbehalten; der Rest wird an S zurückgezahlt.

#### 2.) Vollstreckung in Forderungen

Im obigen Fall findet der Gerichtsvollzieher bei S keine pfändbaren Sachen vor. G beantragt deshalb beim zuständigen Amtsgericht als Vollstreckungsgericht in Höhe der Urteilssumme und der Vollstreckungskosten die Lohnforderung des S zu pfänden und ihm zur Einziehung zu überweisen. Dies geschieht auch. Durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Vollstreckungsgerichts wird der Arbeitgeber des S verpflichtet, den gepfändeten Teil des Lohns an G abzuführen. Kommt er dem nicht nach, so kann G ihn auf Leistung verklagen.

#### 3.) Vollstreckung in unbewegliche Sachen

Bei hohen Schuldsommen bleibt oft nur die Vollstreckung in das Grundeigentum. Möglichkeiten des Gläubigers:

- a.) *Zwangsversteigerung:* Hier versteigert das Vollstreckungsgericht das Grundstück des Schuldners und befriedigt den Gläubiger aus dem Erlös.  
→ Die Zwangsversteigerung führt somit zum endgültigen Verlust des Eigentums. Die Befriedigung des Gl erfolgt aus der Substanz des Grundstücks.
- b.) *Zwangsverwaltung:* Das Vollstreckungsgericht entzieht dem Schuldner nur die Verwaltung des Grundstücks und überträgt sie auf einen Zwangsverwalter (z.B. einem Rechtsanwalt). Dieser fordert dann beispielsweise Mieten ein und führt sie an den Gläubiger ab.  
→ Die Zwangsverwaltung führt also lediglich zum vorübergehenden Verlust des Verwaltungs- und Nutzungsrechts. Die Befriedigung erfolgt aus den Nutzungen des Grundstücks.
- c.) *Zwangshypothek:* Das Grundbuchamt trägt für den Gläubiger eine Hypothek ein. Dadurch wird der Gl jedoch nicht befriedigt, sondern – wie bei einer normalen Hypothek – nur sein Anspruch gesichert. Sinnvoll etwa, wenn erst zu einem späteren Zeitpunkt ein ausreichender Erlös aus der Versteigerung des Grundstücks zu erwarten ist, da es erst später bebaut werden darf.

### III. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

#### 1. Antrag (§ 753 I ZPO, § 795 S. 1 ZPO)

→ da die Durchsetzung privater Forderungen nicht im öffentlichen Interesse liegt

#### 2. Titel (§§ 704 I, 794 I ZPO)

→ durch den Titel wird die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner (= der „vollstreckbare Anspruch“) dem Vollstreckungsorgan nachgewiesen, da dieses den Anspruch nicht prüft

#### 3. Klausel (§§ 724, 725 ZPO, § 795 S. 1 ZPO)

#### 4. Namentliche Bezeichnung der Parteien (§ 750 I 1 ZPO, § 795 S. 1 ZPO)

#### 5. Zustellung (§ 750 I 1 ZPO, § 795 S. 1 ZPO)

#### 1. Antrag

Erste Voraussetzung ist ein Antrag des Gläubigers. Die ZPO setzt dieses Erfordernis als selbstverständlich voraus und erwähnt es nur nebenbei, z.B. in § 753 I ZPO. Mit „Auftrag“ meint die ZPO kein Auftragsverhältnis i.S.d. § 662 BGB, sondern den Antrag des Gläubigers, da zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher keine privatrechtliche Beziehung besteht, sondern ein öffentlich-rechtliches Verhältnis. Gerichtsvollzieher und Gericht sind Träger eines öffentlichen Amtes und werden daher nur auf Antrag tätig.

Grund: Die Durchsetzung privater Interessen liegt nicht im öffentlichen Interesse.

#### 2. Titel

Zweite allgemeine Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist ein Vollstreckungstitel (= Urkunde über die Forderung des Gläubigers). Dieser muss dem Vollstreckungsorgan zum Beweis der Forderung vorgelegt werden, da das Vollstreckungsgericht deren Bestehen nicht prüft (→ formalisiertes Verfahren). Zum einen ist zumindest der Gerichtsvollzieher für eine Prüfung nicht ausgebildet. Zum anderen muss das Vollstreckungsverfahren zügig durchgeführt werden und darf nicht durch eine Prüfung des Anspruchs aufgehalten werden, um seinen Zweck – die Befriedigung des Anspruchs – zu erfüllen.

#### Vollstreckungstitel

##### A) Endurteile (§ 704 I ZPO), Vss.:

1. Urteil beendet Prozess in der jeweiligen Instanz
2. Urteil ist formell rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt
3. Einschränkung: Nur Leistungsurteile sind vollstreckungsfähig

##### B) Weitere Vollstreckungstitel (§ 794 I ZPO)

- z.T. größere praktische Bedeutung als die Urteile i.S.d. § 704 I ZPO
- wichtig sind v.a. die Vollstreckungsbescheide i.S.d. § 794 I Nr. 4 ZPO, welche auf Grundlage eines Mahnbescheides ergehen (§ 699 I 1 ZPO)

#### Zur Beendigung des Prozesses in erster Instanz:

Beispiel: K klagt gegen B auf Zahlung von 1.000,- € Schadensersatz. Mögliche Endurteile:

1. Var.: Klage wird abgewiesen (als unzulässig oder unbegründet)  
→ Hier ist eine Zwangsvollstreckung nicht möglich, da bereits kein vollstreckbarer Titel vorliegt
2. Var.: Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.000,- € zu zahlen.
3. Var.: Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 600,- € zu zahlen; i.ü. wird die Klage abgewiesen.
4. Var.: Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Teilbetrag von 300,- € zu zahlen (etwa aufgrund eines Teilerkenntnisses). Es ergeht ein Teilurteil i.S.v. § 301 ZPO.  
→ Da das Teilurteil den Prozess jedenfalls zum Teil abschließt, liegt ein Endurteil insoweit vor.

**Keine** Endurteile sind die Zwischenurteile (§ 303 ZPO). Diese beenden den Prozess nicht teilweise, sondern entscheiden nur über eine Vorfrage (z.B.: Feststellung, dass der vom Beklagten erhobene Einwand der Rechtshängigkeit unbegründet ist.).

#### **Zur Einschränkung auf Leistungsurteile:**

Feststellungs- und Gestaltungsurteile sind keine tauglichen Vollstreckungstitel. Das Feststellungsurteil enthält keinen Leistungsbefehl und das Gestaltungsurteil wirkt unmittelbar gestaltend.

Ein Leistungsurteil erkennt man daran, dass der Beklagte – wie der Name schon besagt – zu einer Leistung verurteilt wird. Das Urteil muss exakt bestimmen, zu welcher Handlung, Duldung oder Unterlassung der Schuldner verpflichtet ist, ansonsten ist es nicht vollstreckbar.

z.B.: „Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.000,- € zu zahlen.“

#### **Zur formellen Rechtskraft:**

§ 704 I ZPO meint mit rechtskräftigen Endurteilen die formelle Rechtskraft nach § 705 ZPO. Formell rechtskräftig ist ein Urteil, wenn es nicht mehr durch ein Rechtsmittel oder einen Rechtsbehelf angefochten werden kann.

<b>Unterscheide:</b>	Rechtsmittel	▶	Suspensiveeffekt und Devolutiveffekt
	Rechtsbehelfe	▶	nur Suspensiveffekt
	Devolutiveffekt = die Wirkung, das Verfahren in eine höhere Instanz zu bringen, um es dort fortzusetzen		
	Suspensiveffekt = die Wirkung, den Eintritt der Rechtskraft des Urteils zu hemmen		
<i>Rechtsmittel:</i>			
In ZPO: Berufung (§ 511 ZPO), Revision (§ 542 ZPO), sofortige Beschwerde (§ 567 ZPO) und Rechtsbeschwerde (§ 574 ZPO)			
<i>Rechtsbehelfe:</i>			
z.B.: Einspruch gegen Versäumnisurteil (§ 338 ZPO) kein Rechtsmittel, da kein Devolutiveffekt (§ 342)			

- Urteile des BGH werden bereits mit ihrer Verkündung formell rechtskräftig, da der Rechtsmittelzug erschöpft ist.  
Ausnahme: erste Versäumnisurteile, die noch dem Einspruch unterliegen
- Versäumnisurteile werden grds. erst nach Ablauf der Einspruchsfrist, die übrigen Urteile erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig, sofern kein beidseitiger Rechtsmittelverzicht oder ein einseitiger Einspruchsverzicht erklärt wird.  
Diese Urteile werden für vorläufig vollstreckbar erklärt, damit die siegreiche Partei sofort aus ihnen vollstrecken kann und nicht erst die formelle Rechtskraft abwarten muss.  
**ABER:** Umfassender Schuldnerschutz zum einen durch Sicherheitsleistung des Gläubigers (§§ 709 ff. ZPO) und zum anderen aufgrund der Schadensersatzpflicht des Gläubigers bei aufhebenden oder abändernden Urteilen (§ 717 II ZPO).

### **3. Klausel**

Die Vollstreckungsklausel ist die amtliche Bescheinigung, dass der Titel vollstreckbar ist, zumal dies nicht immer aus dem Titel selbst hervor geht. Da das Original des Urteils in den Akten verbleibt, kann dem Vollstreckungsorgan nur eine Abschrift erteilt werden. Die Abschrift enthält in der Regel lediglich den Urteilskopf, die Urteilsformel und die Unterschriften, jedoch nicht den Tatbestand und die Entscheidungsgründe (§ 317 II 2 ZPO).

Gemäß § 724 I ZPO darf die Zwangsvollstreckung nur auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung durchgeführt werden. § 725 ZPO bestimmt die Anforderungen an eine solche Ausfertigung. Vor Erteilung der Vollstreckungsklausel prüft der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle, ob die formelle Rechtskraft eingetreten ist. Dieser ist kein Vollstreckungsorgan.

Die §§ 724 ff. ZPO gelten unmittelbar nur für Urteile. Aufgrund von § 795 S. 1 ZPO sind sie auf die anderen Vollstreckungstitel aber zumeist entsprechend anzuwenden.

#### **4. namentliche Bezeichnung der Parteien**

Aus einem Urteil kann selbstverständlich nur der im Urteil oder in der Klausel genannte Gläubiger gegen den dort genannten Schuldner vollstrecken, § 750 I 1 ZPO, § 795 I 1 ZPO.

#### **5. Zustellung**

Daneben muss das Urteil nach § 750 I 1 ZPO dem Schuldner zugestellt werden, damit dieser rechtzeitig Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung vorbringen kann. Die Zustellung erfolgt mittels einer weiteren Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift des Urteils. § 750 I 1 ZPO ist bei den weiteren Vollstreckungstiteln aufgrund von § 795 S. 1 ZPO entsprechend anzuwenden.

#### IV. Gliederung des Zwangsvollstreckungsrechts

Das Zwangsvollstreckungsrecht lässt sich in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil einteilen:

- A. Allgemeiner Teil
  - 1. Zwangsvollstreckung aus Urteilen (§§ 704-793 ZPO)
  - 2. Zwangsvollstreckung aus anderen Titeln (§§ 794-800a ZPO)
  - (3. Anhang (§§ 801, 802 ZPO))
- B. Besonderer Teil
  - 1. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen (§§ 803-882a ZPO)
  - 2. Zwangsvollstreckung wegen anderer Ansprüche (§§ 883-898 ZPO)
  - (3. Anhang (§§ 899-915h ZPO))

#### **Anmerkung:**

Mit den §§ 916 ff. ZPO, welche ebenfalls im 8. Buch „Zwangsvollstreckung“ stehen, werden neben der zwangsweisen Durchsetzung eines Arrestbefehls und einer einstweiligen Verfügung auch und vor allem das Erkenntnisverfahren geregelt, das zu diesem Titel hinführt. Zudem handelt es sich dabei grundsätzlich nicht um die endgültige Befriedigung, sondern nur um die vorläufige Sicherung eines Anspruchs. Dementsprechend kommt den §§ 916 ff. ZPO eine Sonderstellung zu und man spricht hier nicht von Zwangsvollstreckung, sondern von einstweiligem Rechtsschutz, der daher auch gesondert behandelt wird in diesem Skript (vgl. Teil 2).

#### V. Prüfungsschema für einen vollstreckungsrechtlichen Fall:

<b>Wann</b> wird vollstreckt	→	<b>allgemeine</b> Vollstreckungsvoraussetzungen
<b>Weswegen</b> wird vollstreckt	→	vollstreckbarer Anspruch
<b>Worein</b> wird vollstreckt	→	Vollstreckungsgegenstand
<b>Durch wen</b> wird vollstreckt	→	Vollstreckungsorgan
<b>Wie</b> wird vollstreckt	→	Vollstreckungsmaßnahme
<b>Wann</b> wird vollstreckt	→	<b>besondere</b> Vollstreckungsvoraussetzungen

## 2.2 Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen

### I. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen

#### A. Überblick

**Fall:** Der Student M ist aus der Wohnung der Witwe V ausgezogen, ohne die beiden letzten Mieten von zusammen 600,- € bezahlt zu haben. Frau V hat gegen M durch ihren Anwalt einen Mahn- und Vollstreckungsbescheid erwirken lassen. Da M auch jetzt noch nicht zahlt, will der Anwalt den VW des M pfänden lassen. Wie ist die Rechtslage?

1. **Wann** wird vollstreckt? (= **allgemeine** Vollstreckungsvoraussetzungen)
  - Antrag: ist noch zu stellen
  - Titel: § 794 Nr. 4 ZPO (+)
  - Klausel: §§ 795 S. 1, 796 I ZPO (+)
  - Zustellung: § 699 IV 1 ZPO (+)
  - Namentliche Bezeichnung von Vollstr.-Gl. und Vollstr.-Schuldner (+)
  
2. **Weswegen** soll vollstreckt werden? (= vollstreckbarer Anspruch)
  - Wegen der Mietzinsforderung der Witwe V gegen M, somit wegen einer Geldforderung.
  
3. **Worin** soll vollstreckt werden? (= Vollstreckungsgegenstand)
  - In den VW des M und somit in eine bewegliche Sache
  
4. **Durch wen** soll vollstreckt werden? (= Vollstreckungsorgan)
  - Durch den Gerichtsvollzieher, § 753 I ZPO. Bei Zwangsvollstreckungen wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen fehlt eine Zuweisung an die Gerichte.
  - **Zuständigkeit:** Zuständig ist der Gerichtsvollzieher desjenigen Amtsgerichtsbezirks, in welchem vollstreckt werden soll. Hier somit dort, wo der VW des M sich befindet. Sind mehrere Gerichtsvollzieher in einem Amtsgerichtsbezirk tätig, weist der dienstaufsichtsführende Richter jedem von ihnen einen örtlich begrenzten Bezirk zu. Eine Vollstreckungserinnerung nach § 766 I 1 ZPO ist aber erst möglich, sobald der Gerichtsvollzieher seinen Amtsgerichtsbezirk verlässt.
  
5. **Wie** wird vollstreckt? (= Vollstreckungsmaßnahme)
  - Da wegen einer Geldforderung in eine bewegliche Sache und somit in bewegliches Vermögen vollstreckt werden soll durch Pfändung, §§ 803 I 1, 808 I, II ZPO. Der Gerichtsvollzieher hat dabei zwei Möglichkeiten:
    - 1.) Er kann die Sache wegschaffen, § 808 I ZPO.
    - 2.) Er kann die Sache im Gewahrsam des Schuldners belassen, aber die Pfändung ersichtlich machen, z.B. durch Pfandsiegelmarke (= „Kuckuck“), § 808 II ZPO.
  - Dies richtet sich nach § 808 II 1 ZPO, wonach andere Sachen als Geld, Kostbarkeiten und Wertpapiere im Gewahrsam des Schuldners zu belassen sind, sofern nicht hierdurch die Befriedigung des Gläubigers gefährdet wird. Kostbarkeiten sind Gegenstände, deren Wert im Verhältnis zu ihrem Umfang besonders hoch ist, insbesondere Schmuckstücke.
  - Im Fall wäre der VW also im Gewahrsam des M zu belassen, sofern nicht hierdurch die Befriedigung der Witwe V gefährdet würde. Eine solche Gefährdung ist jedoch i.d.R. schon deshalb gegeben, weil immer damit zu rechnen ist, dass der VW durch einen Verkehrsunfall zerstört wird. Nach den §§ 157 ff. GVGA (Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher) wird daher ein Kfz i.d.R. samt Fahrzeugschein mitgenommen. Der Fahrzeugbrief wird in jedem Fall mitgenommen, § 808 II 2 ZPO.
  - Auf sonstige Weise ersichtlich gemacht wird die Pfändung z.B. bei einem Warenlager mit einem Schriftstück, welches die Pfändung anzeigt.



## 6. Wann wird vollstreckt? (= **besondere** Vollstreckungsvoraussetzungen)

→ hier: besondere Voraussetzungen und Hindernisse der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen

### **Zur Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen:**

#### **A) Gegenstand dieses Vollstreckungsverfahrens:**

Gegenstand dieses Vollstreckungsverfahrens sind grundsätzlich alle beweglichen Sachen. Ausnahmsweise können aber auch Bestandteile des unbeweglichen Vermögens Gegenstand dieses Verfahrens sein, nämlich noch nicht vom Boden getrennte Früchte frühestens einen Monat vor der Reife, vgl. § 810 I ZPO (Stichwort: Früchte auf dem Halm.).

Bewegliche Sachen und Rechte können aber auch der Zwangsvollstreckung über Grundstücke unterliegen, soweit sie wirtschaftlich eng mit dem Grundstück verbunden sind. Sie müssen dazu der hypothekarischen Haftung unterliegen (§§ 1120 ff. BGB) und entweder Zubehör (§§ 97 f. BGB) oder nach Grundstücksrecht beschlagnahmt worden sein (§ 865 ZPO).

Beispielsweise gilt ein Traktor als Zubehör eines Landgutes nach §§ 97 I S. 1, 98 Nr. 2 BGB und fällt daher u.U. unter die hypothekarische Haftung nach § 1120 BGB. Ist der Landwirt Eigentümer des Traktors und erstreckt sich die Hypothek auf ihn wegen der engen wirtschaftlichen Verbundenheit, so soll er auch vollstreckungsrechtlich wie ein Teil des Grundstücks behandelt werden. Folglich unterliegt der Traktor als bewegliche Sache nicht der Pfändung, sondern der Zwangsversteigerung, der Zwangsverwaltung oder der Zwangshypothek.

**Wichtig:** Bei § 865 I ZPO muss an dem konkreten Grundstück eine Hypothek nicht bestehen. Es genügt, dass die Gegenstände abstrakt unter die Regelung der §§ 1120 ff. BGB fallen könnten. Bereits dann ist der Gerichtsvollzieher unzuständig und eine Pfändung nicht gestattet.

#### **B) Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen und –hindernisse dieses Verfahrens:**

- a) Verbot der Überpfändung (§ 803 I 2 ZPO)
- b) Verbot der zwecklosen Pfändung (§ 803 II ZPO)
- c) Gewahrsam des Schuldners, des Gläubigers oder eines herausgabebereiten Dritten (§§ 808 I, 809 ZPO).
- d) Unpfändbarkeit (§ 811 ZPO)
- e) Durchsuchungsanordnung (§ 758 a ZPO)
- f) Richterliche Erlaubnis bei Vollstreckung zur Nachtzeit (§§ 758a IV ZPO)

a) Verbot der Überpfändung: § 803 I 2 ZPO

**Grund:** Ein hoheitlicher Eingriff in die Rechte des Bürgers darf nur soweit gehen, wie sein Zweck es erfordert. (Vergleichbar dem Prinzip der Erforderlichkeit im Verwaltungsrecht. Somit: Verhältnismäßigkeitsprinzip i.w.S.)

→ Im Fall dürfte daher der Gerichtsvollzieher den VW nicht im Wert von mehreren tausend Euro pfänden um der Frau V Befriedigung wegen ein paar hundert Euro zu verschaffen, es sei denn es gibt kein anderes taugliches Pfandobjekt.

b) Verbot der zwecklosen Pfändung: § 803 II ZPO

**Grund:** Der Gläubiger würde nichts bekommen und die Pfändung wäre somit sinnlos. (Vergleichbar dem Prinzip der Geeignetheit im Verwaltungsrecht.)

Beispiel: Der VW ist schon so desolat, dass seine Versteigerung lediglich die Kosten der Versteigerung oder noch nicht einmal diese decken würde.

c) Gewahrsam (= tatsächliche Sachherrschaft) des Schuldners, des Gläubigers oder eines herausgabebereiten Dritten, §§ 808 I, 809 ZPO

<b>Wichtig:</b>	Der Gerichtsvollzieher prüft <b>nur</b> die Gewahrsamsverhältnisse, <b>nicht</b> die Eigentumsverhältnisse!!! → Nur wenn offensichtlich ist, dass die zu pfändende Sache einem Dritten gehört hat der Gerichtsvollzieher von einer Pfändung abzusehen, es sei denn der Vollstreckungsläubiger besteht auf der Pfändung. (Der Streit zwischen dem Dritten und dem Gläubiger ist dann gem. § 771 ZPO auszutragen.)
<b>Grund:</b>	Der formalisierte Zugriffstatbestand der Zwangsvollstreckung beruht darauf, dass die Gewahrsamsverhältnisse für den Gerichtsvollzieher leicht festzustellen sind, er die Eigentumslage dagegen oft nicht zuverlässig prüfen kann. Zudem darf dem Prozessgericht nicht die Entscheidung über den Herausgabeanspruch entzogen werden.
<b>Schutz:</b>	Der Eigentümer einer beim Gewahrsamsinhaber gepfändeten Sache kann eine Drittwiderspruchsklage geltend machen, § 771 ZPO.

**Aber:** Sonderregelungen bei Eheleuten (vgl. § 739 ZPO, § 1362 BGB) und Lebenspartnern (vgl. § 8 I LPartG) bezüglich der Gewahrsamsverhältnisse.

→ Diese sind aber nur Beweislastregeln und verändern nicht die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse.

**P:** Ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft diesen Sondervorschriften anzugleichen?

→ tw.: § 739 ZPO ist analog anzuwenden.

→ tw.: Keine analoge Anwendung des § 739 ZPO, die Sondervorschriften sind im Hinblick auf Art. 6 GG jedoch verfassungswidrig.

→ h.M.: Keine analoge Anwendung, die Sondervorschriften sind nicht verfassungswidrig.

**Pro:** Die Ehe ist eine „Paketlösung“ mit Vergünstigungen und Benachteiligungen.

d) Unpfändbarkeit: § 811 ZPO

Das Pfändungsverbot des § 811 ZPO will verhindern, dass die Zwangsvollstreckung dem Schuldner die Möglichkeit zur Führung eines menschenwürdigen Lebens nimmt. Da bei einer sog. Kahlpfändung des Schuldners die Sozialhilfe einspringen müsste und somit letzten Endes die öffentliche Hand den Anspruch des Gläubigers befriedigen würde, liegt dieser Schuldnerschutz auch im öffentlichen Interesse.

Im Fall kommt lediglich § 811 Nr. 1 Hs. 1 ZPO in Betracht, da der VW eine dem persönlichen Gebrauch des Schuldners dienende Sache ist und nicht etwa ein Betriebsfahrzeug i.S.v. § 811 Nr. 5 ZPO. Dafür müsste der M das Auto für eine seiner Berufstätigkeit und seiner Verschuldung angemessenen und bescheidenen Lebens- und Haushaltsführung bedürfen. Dies hängt vom Einzelfall ab. So könnten die öffentlichen Verkehrsverbindungen so ungünstig sein, dass der M schon mehrere Stunden vor Beginn der Vorlesung fahren müsste oder abendliche Lehrveranstaltungen nicht mehr besuchen könnte ohne Auto, was für eine Unpfändbarkeit spräche. Bei ausreichenden öffentlichen Verkehrsverbindungen oder bei kurzen Fußwegstrecken zur Universität wäre dagegen der VW unstreitig pfändbar. (Bei Fahrzeugen ist somit i.d.R. von der Pfändbarkeit auszugehen. Nur in extremen Fällen – etwa aufgrund eines individuellen behindertengerechten Umbaus – kann Unpfändbarkeit angenommen werden.)

Unpfändbar nach § 811 Nr. 1 ZPO sind u.a. der Staubsauger, das Radio, der Fernseher, der Kühlschrank oder die Waschmaschine.

Pfändbar sind dagegen der Anrufbeantworter, die Stereoanlage oder der DVD-Spieler. Über § 811 Nr. 5 ZPO werden auch Studenten geschützt (unpfändbar sind z.B. Hard- und Software.)

e) Durchsuchungsanordnung: § 758 a ZPO

Aufgrund von Art. 13 II GG benötigt der Gerichtsvollzieher zur Durchsuchung der Wohnung des Schuldners einer richterlichen Erlaubnis (§ 758a I S. 1 ZPO), welche auf Antrag des Gläubigers beim zuständigen Richter des Amtsgerichts erteilt wird.

- Einer Erlaubnis bedarf es nicht, wenn der Schuldner mit der Untersuchung einverstanden ist. Daher wird i.d.R. verlangt, dass der Gerichtsvollzieher mindestens einmal Zutritt gesucht und zu normaler Zeit (nach Vorankündigung) niemanden angetroffen hat.
- Ebenso bedarf es bei Gefahr im Verzuge keiner richterlichen Erlaubnis, § 758a I 2 ZPO. Eine solche ist gegeben, wenn durch die Verzögerung, die mit der Einholung verbunden ist, der Vollstreckungserfolg gefährdet wird.
- Wohnung ist Wohnraum i.S.d. bürgerlichen Rechts, einschließlich der Garage, sowie von Geschäfts-, Arbeits- und Betriebsräumen (wgn. der weiten Auslegung des Art. 13 I GG). Nicht erfasst werden dagegen während der Geschäftszeit zugängliche Läden und Verkaufsräume.

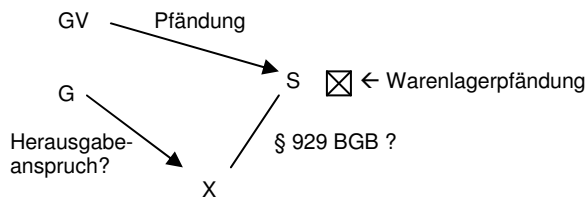
f) Richterliche Erlaubnis bei Vollstreckung zur Nachtzeit: § 758a IV ZPO

Die Nachtzeit umfasst die Stunden von 21 Uhr bis 6 Uhr, § 758 IV ZPO.

Eine unbillige Härte i.S.v. § 758a IV ZPO ist nicht bereits die bloße Störung der Nacht- oder Feiertagsruhe, sie kann dagegen bei einer Erkrankung vorliegen. Die Vollstreckung darf zu keiner anderen Zeit Erfolg versprechen. Ob ein Missverhältnis vorliegt ist an den konkreten Umständen zu messen. Für die Vollstreckung zur Nachtzeit ist eine gesonderte Anordnung erforderlich, welche zwar gleichzeitig mit der Durchsuchungsanordnung erfolgen kann, davon aber getrennt ergehen muss.

## B. Verfügung des Schuldners über die Pfandsache

**Fall:** Der Gerichtsvollzieher pfändet für G Waren bei S, indem er in dem Warenlager eine hinreichend bestimmte Pfandanzeige anbringt. Diese entfernt S und veräußert die Waren an den gutgläubigen X. Den Erlös verbraucht S. Kann G von X Herausgabe der Waren verlangen?



### Anmerkung:

Durch die Pfändung wird der Vollstreckungsgläubiger nicht Eigentümer der gepfändeten Sache. Dagegen erwirbt er ein Pfandrecht daran, § 804 I, II Hs. 1 ZPO, weswegen er im Verhältnis zu ungesicherten Gläubigern vorrangig zu befriedigen ist und im Verhältnis zu gesicherten Gläubigern grundsätzlich nach der zeitlichen Reihenfolge in welcher die Pfandrechte begründet wurden.

### Pfandrechte:

1. Faustpfandrecht: § 1204 BGB (Gesetzlicher Inhalt des Pfandrechts an beweglichen Sachen)
2. Gesetzliche Pfandrechte: Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB), Vermieterpfandrecht (§ 562 BGB) und Verpächterpfandrecht (§§ 581 II, 562 BGB)
3. Pfändungspfandrecht: § 804 ZPO

### Grundsatz:

Ein Pfändungspfandgläubiger ist gegenüber Dritten im Prinzip genauso schutzwürdig wie ein Vertragspfandgläubiger.

**P:** § 804 ZPO regelt nur das Verhältnis des Vollstreckungsgläubigers zu anderen Gläubigern, aber nicht den Fall, dass ein Dritter von einem Schuldner die Pfandsache gutgläubig erwirbt.

### Anspruchsgrundlagen beim gutgläubigen Erwerb eines Dritten:

#### 1. Schadensersatzansprüche:

Ein Pfändungspfandrecht an einer beweglichen Sache wird nach allgemeiner Meinung als sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB angesehen.

#### 2. Herausgabe-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche

→ Anspruchsgrundlagen streitig (vgl. StJ § 804 Fn. 39)

→ Vorzugswürdig: Analoge Anwendung der Vorschriften über das Vertragspfandrecht und somit von § 1227 BGB analog i.V.m. § 985 bzw. § 1004 BGB (vgl. Schönke-Baur, § 25 III 4).

Im Fall: Herausgabeanspruch des G gegen X nach § 985 BGB in Verbindung mit § 1227 BGB analog.

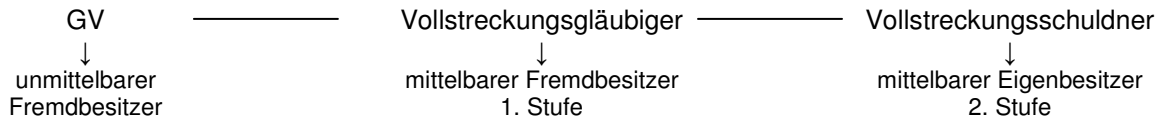
#### Wichtig:

Der Pfändungspfandgläubiger erlangt durch die Pfändung keinen unmittelbaren Besitz und kann deshalb nur Herausgabe an den Gerichtsvollzieher verlangen!

### Besitzverhältnisse bei der Pfändung nach h.M.

**1. Besitzkette:**

Vss.: Der Gerichtsvollzieher schafft die Sache weg.



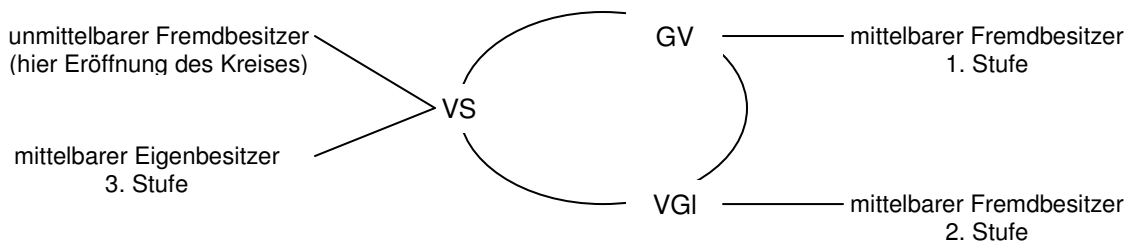
→ Der VS erhält somit seinen Besitz über den VGI. gemittelt.

→ Durch die Pfändung entsteht ein öffentlich-rechtliches BMV für den GV und den VGI.

**2. Besitzkreis:**

Vss.: Die Sache bleibt beim Schuldner.

→ Ausnahme aufgrund von § 808 II ZPO!



**Falllösung:**

Dem G könnte gegen X ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB in Verbindung mit § 1227 BGB analog zustehen. Dazu müsste G Inhaber eines Pfandrechtes und der X Besitzer ohne ein Recht zum Besitz sein.

Der GV pfändete beim S Waren für den G. Durch die Pfändung wurde der Vollstreckungsgläubiger G nicht Eigentümer der gepfändeten Sachen. Es entstand aber ein Pfändungspfandrecht nach § 804 I, II Hs. 1 ZPO. Aufgrund von § 804 II Hs. 1 ZPO gelten die Vorschriften über das Faustpfandrecht entsprechend, weswegen ein Herausgabeanspruch des G an den GV begründet wäre.

Das Pfandrecht des G könnte aber durch die Veräußerung der Waren von S an X erloschen sein, § 936 I 1 BGB analog. Da ein Pfändungspfandrecht wie ein Vertragspfandrecht behandelt wird ist § 936 BGB analog anwendbar. Dazu müsste X das Eigentum an den Waren erworben haben, § 929 I 1 BGB. Einigung und Übergabe sind erfolgt, der Veräußerer S war auch Eigentümer. Durch die Pfändung hat der Gerichtsvollzieher jedoch ein Veräußerungsverbot erlassen, das die Übereignung der Pfandsache grundsätzlich unwirksam macht, jedenfalls gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger, §§ 136, 135 I 1 BGB. Die Übereignung der Waren von S an X verstößt somit gegen das Veräußerungsverbot des Gerichtsvollziehers und ist deshalb dem G gegenüber unwirksam.

Der X könnte die Waren aber gutgläubig erworben haben nach § 135 II i.V.m. § 932 I BGB analog. Durch die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift wird der Erwerber ungeachtet des Veräußerungsbotes auch dem Gläubiger gegenüber Eigentümer, es sei denn, dass er in Bezug auf das Veräußerungsverbot nicht in gutem Glauben war. Somit ist entscheidend, ob der X wusste oder ohne weiteres wissen konnte, dass die an ihn veräußerten Sachen gepfändet waren. Laut Sachverhalt war X gutgläubig. Daher ist X auch gegenüber G Eigentümer geworden.

Daraus folgt, dass das Pfändungspfandrecht des G nach § 936 I 1 BGB analog erloschen ist. Da X nicht nur in Ansehung des Veräußerungsbotes sondern ebenso in Bezug auf das Pfändungspfandrecht in gutem Glauben war, greift auch § 936 II BGB analog nicht.

Somit kann G die Herausgabe der Waren nicht von X verlangen, da er durch den gutgläubigen Erwerb des X sein Pfändungspfandrecht verloren hat.

## C. Wirkungen und Wirksamkeit der Pfändung

### Wirkung der Pfändung

- Der Akt der Pfändung führt zunächst zur Beschlagnahme oder „Verstrickung“ des gepfändeten Gegenstandes (s.o.).
  
- Die Verstrickung hat wiederum drei Folgen:
  1. Pfändungspfandrecht
  2. Verfügungsverbot nach § 136 BGB
  3. Strafbarkeit des Verstrickungsbruchs nach § 136 StGB

**Wichtig:** Alle drei Pfändungsfolgen setzen die Wirksamkeit der Pfändung voraus.

### Wirksamkeit der Pfändung

- Die Wirksamkeit der Pfändung hängt **nicht** von der Einhaltung **sämtlicher** Vollstreckungsvoraussetzungen und -formen ab
  
- Umstritten ist, welche Mängel die Pfändung unwirksam (nichtig) machen. Genannt werden allgemein besonders schwerwiegende **und** offenkundige Fehler, § 44 I VwVfG analog:
  - Fehlen eines Titels
  
  - Funktionelle Unzuständigkeit des Vollstreckungsorgans  
(z.B.: GV pfändet Forderung, obwohl er nur bewegliche Sachen pfänden darf oder der Rechtspfleger pfändet eine Sache.)
  
  - Verstoß gegen die wesentlichsten Vorschriften über die Form der Pfändung, § 808 I, II 2 ZPO.  
(z.B.: GV ruft beim VS an, anstatt vor Ort zu pfänden.)
  
  - Verstoß gegen § 865 II ZPO (str.)

Rspr.: Wenn ein Haftungsverband der Hypothek in Bezug auf zugehörige Sachen besteht und der GV dennoch pfändet, so ist alles nichtig.

Lit.: Der Vollstreckungsakt ist nicht nichtig, sondern lediglich angreifbar.  
Arg.: Es bereits für einen Juristen schwer abzugrenzen, ob z.B. ein Traktor eine zum Grundstück zugehörige Sache darstellt oder eigenständig ist.

## D. Verwertung

Verwertet werden gepfändete bewegliche Sachen durch öffentliche Versteigerung, § 814 ZPO (→ von „Zwangsversteigerung“ spricht man nur bei Grundstücken).

Die öffentliche Versteigerung bringt i.d.R. nur einen Teil des objektiven Wertes ein (s. § 817a I 1 ZPO), weshalb die Vollstreckungsschuldner in 97 % der Pfändungsfälle zahlen, bevor es zu einer Versteigerung kommt.

## Anmerkungen zum Pfändungspfandrecht

### A) Bedeutung des Pfändungspfandrechts

1. Das Pfändungspfandrecht gibt dem Gläubiger einen absoluten Schutz gegen Einwirkungen auf die gepfändete Sache.
2. Das Pfändungspfandrecht ist aufgrund von § 804 II ZPO im Verhältnis zu anderen Gläubigern von Bedeutung (z.T. str.).
3. Ob dem Pfändungspfandrecht darüber hinaus Bedeutung zukommt ist umstritten.

### B) Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts (str.)

#### 1. Öffentlich-rechtliche Theorie

Vss.: Es bedarf ausschließlich einer **wirksamen** Pfändung, d.h. die Pfändung darf nicht nichtig sein.

→ Das PfPFR entsteht somit unabhängig von den Eigentumsverhältnissen an der gepfändeten Sache automatisch durch die Verstrickung (Schöne Darstellung der Theorien in BGHZ 119, 75 ff., 82 ff., 86 ff.).

→ Keine Wirksamkeitsvoraussetzungen der Pfändung sind:

- a) formelle Rechtskraft bzw. vorläufige Vollstreckbarkeit des Titels
- b) Klausel
- c) Zustellung
- d) Vollstreckungsbefugnis
- e) Örtliche Zuständigkeit des Vollstreckungsorgans
- f) Gewahrsam nach §§ 808, 809 ZPO
- g) § 811 ZPO

Konsequenz: Materielles Recht wird nicht berücksichtigt.

#### 2. Gemischt privatrechtlich-öffentlichrechtliche Theorie (h.L.)

Vss.:

- a) Eine **wirksame** Pfändung (= die Einhaltung der allerwichtigsten Vollstreckungsvoraussetzungen und -formen).
- b) Die Einhaltung aller anderen **wesentlichen** Voraussetzungen und -formen. Unwesentlich sind nur die Ordnungsvorschriften (= Soll- oder Kann-Vorschriften wie z.B. § 812 ZPO).
- c) Die in dem Titel festgestellte, „titulierte“ Forderung besteht wirklich. Dabei ist die materielle Rechtskraft des Titels zu beachten.
- d) Die gepfändete Sache muss dem Schuldner gehören.

→ Die Ausübung der Vollstreckungsgewalt durch den GV stellt eine hoheitliche Maßnahme dar und ist daher nach öffentlichem Recht zu beurteilen.

→ Das PfPFR kann aufgrund seines privatrechtlichen Charakters nur bei schuldneigenen Sachen entstehen.

#### 3. Privatrechtliche Theorie

Die gesamte Zwangsvollstreckungstätigkeit des GV ist privatrechtlich zu beurteilen.

D.h.: Die §§ 1204 ff. BGB sind anzuwenden, sofern die ZPO keine Sonderregelung enthält.

→ Diese Theorie wird heute nicht mehr vertreten, war aber die Auffassung der Verfasser der ZPO (vgl. § 753 ZPO: „Auftrag des Gläubigers“).

#### 4. Streitentscheidung:

Die Versteigerung stellt ebenfalls eine hoheitliche Tätigkeit dar, weshalb dafür lediglich die Verstrickung Grundlage ist. Der Ersteigerer erlangt daher bei wirksamer Verstrickung auch nach der gemischt privatrechtlich-öffentlichrechtlichen Theorie durch Ablieferung und Barzahlung (§ 817 II ZPO) Eigentum. Demzufolge kommen die beiden heute noch vertretenen Theorien bei einer wirksamen Verstrickung zum gleichen Ergebnis und es bedarf keiner Streitentscheidung. Fehlt die wirksame Verstrickung, so erwirbt der Ersteigerer kein Eigentum.

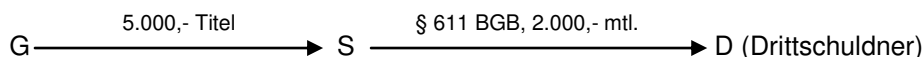
## II. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in Geldforderungen

### A. Pfändung

#### Überblick:

- A. Gegenstand dieses Vollstreckungsverfahrens sind grundsätzlich alle Geldforderungen, außer denen, die in abstracto der hypothekarischen Haftung unterliegen (§§ 1123 ff. BGB), sofern die Zwangsversteigerung bzw. Zwangsverwaltung angeordnet ist (§ 865 ZPO).
- B. Zuständig ist das Vollstreckungsgericht (§§ 828, 13 ff., 802 ZPO). Zuständiges Organ ist der Rechtspfleger (§§ 3 Nr. 3a, 20 Nr. 17 RPfG).
- C. Vollstreckt wird durch Pfändung (§ 803 I 1), d.h. hier durch einen Beschluss, der vor allem den vom Gläubiger zu fordernden Betrag zuzüglich der Vollstreckungskosten (§ 788 ZPO) angibt.

**Fall:** G hat gegen S aus Würzburg ein rechtskräftiges Urteil auf Zahlung von 5.000,- € erwirkt. Eine Sachpfändung in diesem Umfang erscheint ihm nicht durchführbar. Er weiß aber, dass S bei D beschäftigt ist und 2.000,- € netto verdient. Kann G auf diese Lohnforderung des S Zugriff nehmen, ggf. wie?



**Prüfungsschema:** Wann wird vollstreckt – weswegen – wovon – durch wen – wie und wann?

1. Antrag, Titel, Klausel, usw. (= allg. Vollstreckungsvoraussetzungen).
2. Vollstreckung wegen einer Geldforderung.
3. Vollstreckung in eine Geldforderung.
4. Zuständig ist das Vollstreckungsgericht, § 828 I, II ZPO. Der allgemeine Gerichtsstand bestimmt sich nach § 13 ZPO bei S als natürlicher Person (= Wohnsitz). Nach § 7 I BGB wird der Wohnsitz an dem Ort begründet, wo eine Person sich ständig niederlässt. Folglich ist das Amtsgericht Würzburg als Vollstreckungsgericht zuständig. Zuständiges Organ ist dabei nicht der Richter, sondern der Rechtspfleger, §§ 3 Nr. 3 a, 20 Nr. 17 RPfG.
5. Da in bewegliches Vermögen vollstreckt werden soll, erfolgt die Zwangsvollstreckung durch Pfändung, § 803 I 1 ZPO.
6. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen.

#### Besonderheiten der Pfändung bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in Geldforderungen:

- Die Pfändung erfolgt nicht wie bei beweglichen Sachen durch Besitznahme, sondern durch einen Beschluss des Vollstreckungsgerichts, §§ 829, 835 I ZPO.
- Der Pfändungsbeschluss führt aber ebenfalls zur „Verstrickung“ (= Beschlagnahme der gepfändeten Forderung) mit der dreifachen Folge: Verfügungsverbot nach § 136 BGB, Pfändungspfandrecht und in Ausnahmefällen Strafbarkeit des Verstrickungsbruchs nach § 136 StGB (wegen des Analogieverbots nur ausnahmsweise, etwa bei § 831 ZPO).
- Der Pfändungsbeschluss bezeichnet den Gläubiger und die Höhe seiner Forderung. Die Vollstreckungskosten sind zusammen mit der Forderung des Gläubigers beizutreiben, § 788 I 1 ZPO. Die Vollstreckungskosten sind abhängig von der Höhe der Forderung.
- Der Pfändungsbeschluss muss genau angeben, welche Forderung bis zu welchem Betrag gepfändet wird. Manche Geldforderungen sind überhaupt nicht pfändbar, andere nur unter bestimmten Voraussetzungen oder nur in einer bestimmten Höhe, vgl. §§ 850 – 852 ZPO (→ *Pfändungsschutz*).
- Ausspruch von Inhibitorium und Arrestatorium (vgl. unten).
- Zustellung des Pfändungsbeschlusses an Schuldner und Drittschuldner. Erforderlich für die Wirksamkeit des Pfändungsbeschlusses ist aber nur die Zustellung an den Drittschuldner, § 829 III ZPO.



**Inhibitorium und Arrestatorium:**

- a) Die Verstrickung wird bewirkt durch ein Zahlungsverbot an den Schuldner des Schuldners (sog. Drittschuldner), § 829 I 1 ZPO. Dies bezeichnet man als „arrestatorium“. Wird das Arrestatorium nicht ausgesprochen, so ist die Pfändung unwirksam.
- b) Mit Inhibitorium bezeichnet man das Gebot an den Schuldner, sich jeder Verfügung über die Forderung zu enthalten, § 829 I 2 ZPO. Der Ausspruch des Inhibitoriums ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung des Pfändungsbeschlusses.

**Vollstreckungskosten im Fall:**

Höhe der Forderung: 5.000,- € (= Gegenstandswert).

Eine volle Gebühr für den Rechtsanwalt bei 5.000,- € beträgt 301,- € (vgl. RVG Anlage 2).

<b>Angefallene Kosten:</b>	<b>Summe:</b>
Die Verfahrensgebühr für den Rechtsanwalt beträgt 0,3 Gebühr: (vgl. RVG Vergütungsverzeichnis Nr. 3309)	90,30 € (= 0,3 x 301,- €)
Pauschale für Entgelte für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen i.H.v. 20% der Gebühren (höchstens 20,- €) für Rechtsanwalt: (vgl. RVG Vergütungsverzeichnis Nr. 7002)	18,06 € (= 90,30 € x 20 %)
Rechtsanwaltsgebühren gesamt (netto):	108,36 € (= 90,30 € + 18,06 €)
<b>Rechtsanwaltsgebühren gesamt (brutto, MwSt: 19 %):</b>	<b>128,94 €</b> (= 108,36 € x 1,19)
Kosten für Verfahren über den Antrag auf Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung (§ 733 ZPO): (vgl. GKG Kostenverzeichnis Nr. 2110)	15,- €
Pauschale für Zustellungen mit Zustellungsurkunde, Einschreiben gegen Rückschein oder durch Justizbedienstete nach § 169 Abs. 1 ZPO je Zustellung (im Fall zwei Zustellungen): (vgl. GKG Kostenverzeichnis Nr. 9002)	7,- € (= 3,50 € x 2)
<b>Gerichtskosten gesamt:</b>	<b>22,- €</b> (= 15,- € + 7,-€)
<b>Vollstreckungskosten insgesamt im Fall:</b>	<b>150,94 €</b> (= 22,- € + 128,94 €)

**Pfändungsschutz im Fall:**

Vorliegend könnte der Pfändungsschutz für Arbeitseinkommen eingreifen, § 850 I, II ZPO. Hier soll der Lohn eines Arbeiters gepfändet werden. Dieser stellt Arbeitslohn im Sinne des § 850 II ZPO dar. Die §§ 850a, b ZPO sind nicht anwendbar. Nach § 850c I 1 ZPO sind 985, 15 € unpfändbar. Mangels Sachverhaltsangaben ist davon auszugehen, dass S eltern-, ehe- und kinderlos ist. Somit ist S frei von gesetzlichen Unterhaltspflichten, § 850c I 2 ZPO. Das Arbeitseinkommen des S übersteigt somit den unpfändbaren Betrag in Höhe von 1014, 85 €. Nach § 850c II 1 ZPO ist dieser überschüssige Betrag in Höhe von drei Zehnteln unpfändbar. Damit sind weitere 304, 45 € (1014, 85 € x 3/10) des Arbeitseinkommens unpfändbar. Somit sind insgesamt 1.289, 60 € unpfändbar. Als pfändbarer Betrag verbleibt schließlich 710, 40 €.

**Hinweis:** Im Schönfelder befindet sich auf den S. 280 ff. eine Anlage zu § 850c ZPO, aus welchem sich der pfändbare Betrag herauslesen lässt.

**Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen und –hindernisse der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in Geldforderungen:**

- Verbot der Überpfändung, § 803 I 2 ZPO
- Verbot der zwecklosen Pfändung, § 803 II ZPO
- Unpfändbarkeit, §§ 850 ff. ZPO
- Die zu pfändende Forderung ist im Antrag möglichst genau zu bezeichnen, nach Gläubiger und Schuldner, Schuldgegenstand und Schuldgrund, damit sie von anderen Forderungen unterschieden werden kann („Musteranträge“: In handelsüblichen Prozessformularbüchern enthalten).  
**Grund:** Im Gegensatz zur Pfändung bei beweglichen Sachen, bei welcher der Gerichtsvollzieher in die Wohnung oder die Geschäftsräume des Schuldners geht und sieht, was an pfändbaren Sachen vorhanden ist, pfändet der Rechtspfleger in seinem Amtszimmer, in welchem er nicht die nötigen Unterlagen hat, aus denen sich die Rechte des Schuldners ergeben.
- Der Rechtspfleger prüft nicht, ob die zu pfändende Forderung wirklich besteht. Daher ist es möglich, dass eine nicht existierende Forderung gepfändet wird. Die Forderungspfändung geht damit ins Leere, ist also gegenstandslos und damit nichtig. Der Drittschuldner braucht in einem solchen Fall aber nicht an den Gläubiger zu leisten. Nur wenn sicher ist, dass die Forderung nicht besteht, fehlt das Rechtsschutzbedürfnis und der Rechtspfleger lehnt den Pfändungsantrag ab.
- Forderungen können auch der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, was eine Pfändung ausschließt.  
*Bsp.:* S ist Eigentümer eines Hauses, dessen Wohnungen vermietet sind. G will die Mietzinsforderungen pfänden lassen. An dem Grundstück muss in concreto keine Hypothek bestehen, entscheidend ist vielmehr, ob der fragliche Gegenstand in abstracto, also nach dem BGB, der hypothekarischen Haftung unterliegt, § 1123 I BGB. Zwar kann eine Forderung nicht Zubehör sein i.S.v. § 865 II 1 ZPO, vgl. § 97 I 1 BGB. Die Mietzinsforderungen können aber nicht mehr gepfändet werden, nachdem die Zwangsverwaltung angeordnet ist. Ab diesem Zeitpunkt sollen die Mietzinsen nach den Grundsätzen der Zwangsverwaltung eingezogen und verteilt werden.

## B. Überweisung

Bei einer gepfändeten Forderung wird die Verwertung dem Gläubiger überlassen und ihm die Forderung zu diesem Zweck überwiesen. Dafür erlässt das Vollstreckungsgericht einen zweiten Beschluß, den Überweisungsbeschluß. In der Praxis wird der Überweisungsbeschluß allerdings mit dem Pfändungsbeschluß verbunden und es ergeht ein einheitlicher Pfändungs- und Überweisungsbeschluß („PfÜB“). Das Gesetz kennt mit der Überweisung an Zahlungs Statt und der Überweisung zur Einziehung zwei Arten der Überweisung, vgl. § 835 I ZPO.

### **Überweisung an Zahlungs Statt**

Durch die Überweisung an Zahlungs Statt gilt der Gläubiger als befriedigt, ohne Rücksicht darauf, ob er von dem Drittschuldner etwas erhält, vgl. § 835 I, II ZPO. Deshalb wird diese Überweisungsform praktisch kaum beantragt.

### **Überweisung zur Einziehung**

Die Gläubiger beantragen in der Praxis fast ausschließlich die gepfändete Forderung zur Einziehung zu überweisen. Dadurch wird der Drittschuldner berechtigt und verpflichtet, an den Gläubiger zu zahlen, der Gläubiger andererseits berechtigt, zu kündigen, zu mahnen, aufzurechnen und zu klagen. Die Klagebefugnis ist wichtig, falls der Drittschuldner nicht freiwillig leistet, da der Gläubiger dann den Drittschuldner verklagen muss. Erst aus dem klagestattgebenden Urteil kann er dann gegen den Drittschuldner vollstrecken. Der Gläubiger kann also nicht einfach den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß als Vollstreckungstitel gegen den Drittschuldner verwenden. Grund hierfür ist, dass dieser ohne Prüfung der Frage ergeht, ob die Forderung gegen den Drittschuldner besteht.

**Vorteil:** Der Schuldner behält die gepfändete Forderung, so dass er weiterhin gegen den Drittschuldner klagen kann, allerdings nur auf Leistung an den Gläubiger. Der Gläubiger erwirbt lediglich eine Einziehungsberechtigung, § 836 I ZPO.

Das bedeutet:

1. Der Drittschuldner kann mit befreiender Wirkung an den Gläubiger leisten. Die Einwilligung des Schuldners zur Leistung an den Gläubiger nach § 362 II i.V.m. § 185 I BGB wird nach § 836 I ZPO ersetzt.
  2. § 836 I ZPO begründet daneben die Pflicht des Drittschuldners zur Leistung an den Gläubiger.
  3. Aus § 836 I ZPO folgt auch die Befugnis des Gläubigers zu kündigen zu mahnen, aufzurechnen und zu klagen. Dabei kann dahin stehen, welche Vorschriften des bürgerlichen Rechts einschlägig sind, da die umfassende Einziehungsbefugnis des Gläubigers im Ergebnis außer Streit steht.
- Der Schuldner hat nur Prozessführungsbefugnis auf Feststellung des Bestehens der Forderung und auf Leistung an den oder die Gläubiger nach Rangfolge (§ 804 III ZPO, vgl. BGH NJW 01, 2178). Dagegen hat er keine Prozessführungsbefugnis in Bezug auf Klagen auf Leistung an sich. Eine Klage auf Hinterlegung für den Gläubiger und sich gemeinsam ist aber statthaft. Der Gläubiger hat demgegenüber die Prozessstandschaft des Schuldners (h.M., a.A.: keine Prozessstandschaft).
- Der Gläubiger kann aber auch auf seine Rechte aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß zur Einziehung unbeschadet seines Anspruchs verzichten (§ 843 S. 1 ZPO) und danach andere Vermögensobjekte des Schuldners pfänden lassen, wenn es ihm zu umständlich erscheint gegen den Drittschuldner gerichtlich vorzugehen. Die Verzichtleistung erfolgt durch eine dem Schuldner zuzustellende Erklärung, § 843 S. 2 ZPO.

### Nachteile der Forderungspfändung gegenüber der Sachpfändung:

→ Bei der Sachpfändung ist es nur noch erforderlich, dass der Gerichtsvollzieher die gepfändete Sache veräußert und der Gläubiger kann befriedigt werden. Bei der Forderungspfändung kommt es dagegen auf die Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Drittschuldners an. Ist der Drittschuldner leistungsunfähig, hat es keinen Sinn, gegen ihn vorzugehen. Ist er dagegen lediglich leistungsunwillig und bestreitet, dass die gepfändete Forderung besteht, so muss der Gläubiger gegen ihn Leistungsklage erheben. Hat die Klage Erfolg, aber der Drittschuldner zahlt immer noch nicht, so muss der Gläubiger gegen ihn vollstrecken. Dies kann zu einer endlosen Kette von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren führen.

*Bsp.:*

1. G klagt gegen S auf Zahlung von 5.000,- €. Aus dem der Klage stattgebenden Urteil lässt er eine Geldforderung des S gegen D1 pfänden und sich überweisen. D1 weigert sich an G zu zahlen.
2. Daraufhin klagt G gegen D1 auf Zahlung von 5.000,- €. Aus dem der Klage stattgebenden Urteil lässt er ein Geldforderung des D1 gegen D2 pfänden und sich überweisen. D2 weigert sich an G zu zahlen.
3. G klagt daher im folgenden gegen D2 auf Zahlung von 5.000,- €. Aus dem der Klage stattgebenden Urteil lässt er eine Geldforderung des D2 gegen D3 pfänden und sich überweisen ...

→ Selbst bei Leistungswilligkeit und -fähigkeit des Drittschuldners kann die Forderungspfändung nachteiliger sein als die Sachpfändung, weil der Gläubiger nur ratenweise befriedigt wird. So muss der Gläubiger oft viele Monate warten, bis er vollständig befriedigt ist.

### Bedeutung der Forderungspfändung in der Praxis:

Trotz der aufgeführten Nachteile überwiegt die Forderungspfändung in der Praxis. Der Hauptgrund hierfür ist, dass viele Schuldner weder Grundstücke noch nennenswerte pfändbare bewegliche Sachen besitzen. Dagegen haben sie regelmäßig Forderungen, insbesondere Lohn- und Gehaltsforderungen aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis, welche den Hauptbestandteil ihres Vermögens darstellen.

Daneben kann auch im Einzelfall die Forderungspfändung schneller und zielgerichteter zur Befriedigung führen.

### Problem:

Bei einer Lohnpfändung sind die §§ 836 III, 840 I ZPO von besonderer Bedeutung, da für den Vollstreckungsgläubiger eine detaillierte Auskunft des Drittschuldners oder eine aktuelle Lohnabrechnung unverzichtbar ist für eine substantiierte Leistungsklage gegen den Drittschuldner (Zum Problem vgl. Scherer, RPfleger 1995, 446 ff.). Die Rechtsprechung bejaht die Herausgabe der Lohnabrechnung über § 836 III ZPO; hinsichtlich der Auskunftspflicht des Drittschuldners aus § 840 I ZPO wird überwiegend nur eine eingeschränkte Auskunftspflicht bejaht.

### Beachte:

Nach § 836 II ZPO gilt der Überweisungsbeschluss auch dann, wenn er mit Unrecht erlassen ist, zugunsten des Drittschuldners dem Schuldner gegenüber so lange als rechtsbeständig, bis er aufgehoben wird und die Aufhebung zur Kenntnis des Drittschuldners gelangt. § 836 II ZPO ist aber unanwendbar bei nichtiger Überweisung (BGHZ 121, 98 ff.), jedoch nur, wenn die Nichtigkeit offenkundig ist (BGHZ 127, 146 ff.): Der Drittschuldner kann Vertrauensschutz in Anspruch nehmen, wenn er keinerlei Anhaltspunkt hatte, dass „etwas nicht stimmt“ (BGHZ 127, 146 ff.).

### C. Einwendungen des Drittschuldners

**Fall:** Die angebliche Gehaltsforderung von S gegen D ist in dem angegebenen Umfang gepfändet und G zur Einziehung überwiesen worden (vgl. Ausgangsfall). D weigert sich an G zu zahlen. Daraufhin klagt G gegen ihn vor dem örtlich zuständigen Arbeitsgericht auf Zahlung der gepfändeten Bezüge. Welche Einwendungen kann D gegen diese Klage vorbringen?

1.) Die Forderung bestehe nicht, da

- a) das Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde
- b) das Arbeitsverhältnis nie entstanden sei
- c) schon gegenüber S erfüllt worden wäre (P: Dauerschuldverhältnis im Fall, daher keine dauerhafte Einwendung)

Die Forderung muss nicht fällig, sie kann bedingt und sogar eine künftige sein. Besteht sie aber nicht oder ist sie nach materiellem Recht zum Zeitpunkt der Zustellung an den Drittschuldner erloschen (z.B.: § 362 I, § 389 BGB), so ist die Pfändung gegenstandslos.

→ Der PfÜB verpflichtet den Drittschuldner nur dazu, eine wirklich geschuldete Leistung an den Vollstreckungsgläubiger abzuführen.

2.) Die Forderung wurde bereits vor der Pfändung abgetreten

→ Die Forderung besteht dann nicht mehr im Verhältnis von S zu D. Der Drittschuldner kann sich „freisprechen“. Da eine pfändbare Forderung des S nicht mehr besteht, geht die Pfändung ins Leere.

→ Die Pfändung ist daher unwirksam (BGH NJW 02, 755 f.; BAG NJW 93, 2699 ff.) und wird auch nicht durch Rückabtretung oder eine erfolgreiche Gläubigeranfechtung nachträglich wirksam (BGH 100, 36 ff., 42 ff.; a.A.: Tiedtke JZ 93, 73).

**Ausnahme:** Wegen § 832 ZPO wird bei laufenden Bezügen die Pfändung bei Rückabtretung wirksam (vgl. BAG NJW 93, 2699 ff.).

3.) Prioritätsprinzip

= Die Forderung wurde bereits vorher von einem anderem Gläubiger gepfändet.  
Folge: G wird nur nachrangig befriedigt.

4.) Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss sei unwirksam

**P:** PfÜB muss unwirksam sein, also unter einem schwerwiegenden und offenkundigen Mangel leiden. Dabei gelten dieselben Nichtigkeitsgründe wie bei der Pfändung beweglicher Sachen: Fehlen eines Titels, Verstoß gegen § 865 II ZPO, Vollstreckungsorgan ist funktionell unzuständig (GV pfändet Forderung) oder Verstoß gegen die wesentlichsten Vorschriften über die Form der Pfändung (PfÜB wurde nicht ordnungsgemäß dem Drittschuldner zugestellt)

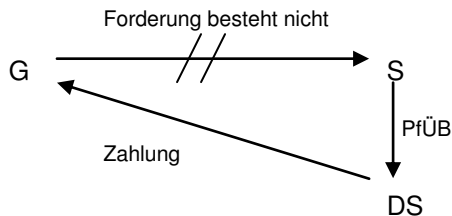
→ Ist der PfÜB nicht wirksam, dann ist der Gläubiger nicht einziehungsberechtigt und seine Klage daher unbegründet.

## Exkurs: Bereicherungsausgleich

### Problemstellung:

Der Drittschuldner leistet an den Gläubiger, obwohl die Forderung des Gläubigers oder (auch) die des Schuldners nicht besteht.

**Fall 1:** Drittschuldner zahlt an Gläubiger, obwohl dieser tatsächlich keine Forderung gegen den Schuldner hat (vgl. BGHZ 82, 28 ff., 32).



### a) DS gegen G

Anspruch des DS gegen G aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB?

- etwas erlangt? (+), G hat das Geld erlangt
- durch Leistung des DS? (+), da bewusste und zweckgerichtete Zuwendung des DS an G  
**P:** Freiwilligkeit fehlt bei PfÜB (S weist den DS nicht freiwillig an)  
 → Der Drittschuldner will aber nicht nur gegenüber dem jeweiligen Vollstreckungsschuldner erfüllen, sondern auch das Einziehungsrecht eines jeden Vollstreckungsgläubigers zum Erlöschen bringen.
- ohne rechtlichen Grund? (-)  
 → wegen der Forderung von S gegen DS, die G zur Einziehung überwiesen ist. Diese Forderung besteht.

**Ergebnis:** Kein Anspruch des D gegen G.

### b) S gegen D

Anspruch des S gegen G aus § 816 II BGB?

#### 1) Ist G Nichtberechtigter?

**P:** Pfändungspfandrecht des G?

→ Stünde G ein Pfändungspfandrecht zu, wäre er Berechtigter

**h.M. (gemischt öffentlich-privatrechtliche Theorie):** Kein Pfändungspfandrecht.

**BGH (öffentlich-rechtliche Theorie):** Zwar Pfändungspfandrecht, aber kein Verwertungsrecht.

⇒ Nach beiden Ansichten ist G daher als Nichtberechtigter i.S.d. § 816 II BGB anzusehen.

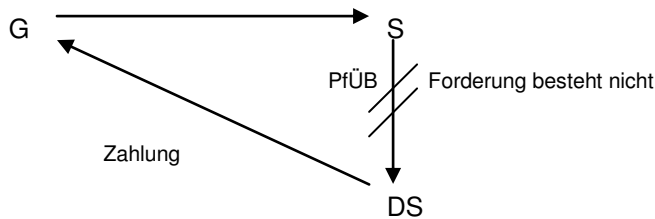
**ABER:** Ist aufgrund eines Titels bereits materielle Rechtskraft eingetreten, kann sich S wegen § 322 I ZPO nicht darauf berufen. Konsequenz daraus ist, dass selbst wenn der Anspruch nach materiellem Recht begründet ist, er prozessual nicht durchgesetzt werden kann, weil der Wahrheit zuwider festgestellt ist, dass die Forderung des G gegen S besteht.

#### 2) Ist die Leistung des DS an den Nichtberechtigten G dem Berechtigten S gegenüber wirksam?

Die Leistung des DS ist wirksam, wenn sie die Forderung S – DS zum Erlöschen bringt, § 362 II BGB i.V.m. § 185 I BGB. Der Berechtigte S hätte also in die Zahlung an den Nichtberechtigten G einwilligen müssen. Eine Einwilligung von S erfolgte nicht. Diese Einwilligung könnte aber durch den Überweisungsbeschluss ersetzt worden sein, § 836 I ZPO. Dazu bedarf es eines wirksamen Überweisungsbeschlusses. Der Überweisungsbeschluss ist nach § 836 II ZPO unwirksam, wenn eine allgemeine oder besondere Vollstreckungsvoraussetzung fehlt. Die Wirksamkeit hängt dagegen nicht vom Bestehen der titulierten Forderung G-S ab, vielmehr genügt insoweit ein Titel. Da keine Unwirksamkeitsgründe bezüglich des Überweisungsbeschlusses vorliegen, war somit die Leistung des DS an G gegenüber dem Berechtigten S wirksam.

#### 3) **Ergebnis:** G ist dem S nach § 816 II BGB zur Herausgabe des Geldes verpflichtet. An dieser Feststellung ist das Gericht aber in der Regel aufgrund der entgegenstehenden materiellen Rechtskraft des Titels gehindert.

**Fall 2:** Der Drittschuldner zahlt an den Gläubiger, obwohl die Forderung zwischen dem Drittschuldner und dem Schuldner nicht besteht.

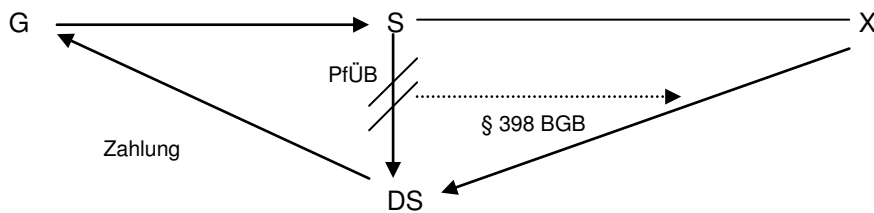


Anspruch des DS gegen G aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB?

- etwas erlangt? (+), G hat das Geld erlangt
- durch Leistung des DS? (+), da bewusste und zweckgerichtete Zuwendung des DS an G
- **P:** Freiwilligkeit fehlt bei PfÜB (S weist den DS nicht freiwillig an)  
→ Der Drittschuldner will aber nicht nur gegenüber dem jeweiligen Vollstreckungsschuldner erfüllen, sondern auch das Einziehungsrecht eines jeden Vollstreckungsgläubigers zum Erlöschen bringen.
- ohne rechtlichen Grund? (+)  
→ Da die Forderung, auf die DS leistet, nicht besteht (vgl. BGHZ 82, 33).

**Ergebnis:** DS steht ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 I 1 BGB zu.

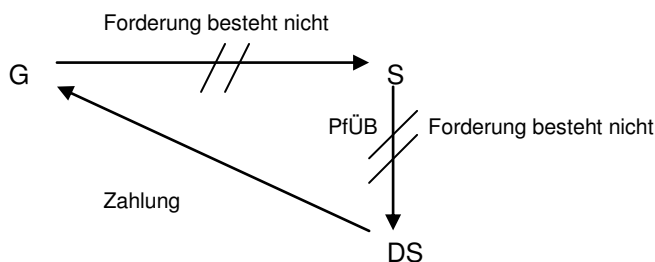
**Abwandlung zu Fall 2:** Die bestehende Forderung S-DS wurde bereits an X abgetreten.



Anspruch des DS gegen G aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB?

- etwas erlangt? (+), G hat das Geld erlangt
- durch Leistung des DS? (+), da bewusste und zweckgerichtete Zuwendung des DS an G, s.o.
- ohne rechtlichen Grund? (+/-)  
Entscheidend hierfür ist, ob DS den Schuldnerschutz der §§ 407 ff. BGB genießt oder nicht. Nach § 408 II BGB i.V.m. § 407 I BGB muss, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluss einem Dritten überwiesen wird, der frühere Erwerber die Leistung gegen sich gelten lassen, es sei denn dass der Schuldner die Abtretung bei der Leistung kannte. Greift der Schuldnerschutz, so ist G Nichtberechtigter und X Berechtigter i.S.v. § 816 II BGB, weshalb ihm gegenüber die Leistung wirksam ist. Ist die Leistung des DS an G dem X gegenüber wirksam, stellt dies einen rechtlichen Grund dar. DS kann in diesem Falle nicht bei G kondizieren (vgl. BGHZ 82, 28 ff., 32 ff.; BGH NJW 02, 2871 ff.).  
Besteht der Schuldnerschutz dagegen nicht, erfolgte die Leistung ohne rechtlichen Grund.

**Fall 3:** Der Drittschuldner zahlt an den Gläubiger, obwohl weder die Forderung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, noch die Forderung zwischen dem Drittschuldner und dem Schuldner besteht.



Vgl. Lösung Fall 2

### III. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in andere Vermögensrechte

#### 1. Geldvollstreckung in Herausgabeansprüche

**Fall:** G hat bei einer erfolglosen Pfändung aus einem Urteil auf Zahlung von 1.000,- € erfahren, dass S sein Klavier bei A untergestellt hat. A ist nicht zur Herausgabe bereit. Wie kann G auf das Klavier zugreifen?

→ G muss den Anspruch des S gegen A auf Herausgabe des Klaviers aus § 695 BGB pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, vgl. § 846 ZPO. Es ergeht also ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluss. Aufgrund des PfÜB ist A zur Herausgabe des Klaviers an den Gerichtsvollzieher verpflichtet, § 847 ZPO.

→ Der Gerichtsvollzieher versteigert das Klavier des S und befriedigt G mit dem Versteigerungserlös.

→ Weigert sich der Schuldner trotz des PfÜB das Klavier an den Gerichtsvollzieher herauszugeben, so muss G gegen ihn auf Herausgabe klagen. Die Klage ist kraft seines Einziehungsrechts begründet.

#### 2. Geldvollstreckung in Leistungsansprüche

Auch Leistungsansprüche (§ 433 I 1 BGB, etc.) kann sich der Gläubiger pfänden und zur Einziehung überweisen lassen, vgl. §§ 846, 847 ZPO. Die Besonderheit hierbei ist, dass die Herausgabe an den Gerichtsvollzieher nicht eine bloße Besitzverschaffung, sondern eine Übereignung an den Gerichtsvollzieher als Vertreter des Schuldners darstellt, vgl. § 848 II 1 ZPO. Daher erlangt der Schuldner mit der Herausgabe des (z.B. Kauf-) Gegenstandes seitens des Dritten an den Gerichtsvollzieher Eigentum. Die nunmehr dem Schuldner gehörende Sache wird alsdann zugunsten des Gläubigers versteigert.

#### 3. Geldvollstreckung in andere Vermögensrechte

Andere Vermögensrechte (z.B. Anteilsrechte, §§ 725, 730 BGB) werden – wie Geldforderungen, Herausgabe- oder Leistungsansprüche auch – durch Beschluss des Vollstreckungsgerichts gepfändet und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen, es sei denn es handelt sich um unbewegliches Vermögen, § 857 I ZPO.

#### 4. Geldvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (= Immobiliervollstreckung)

Zum unbeweglichen Vermögen zählen insbesondere das Grundstückseigentum und die Erbbaurechte, § 864 I ZPO. Aber auch manche bewegliche Sachen und Rechte, nämlich solche die mit dem Grundstück eine wirtschaftliche Einheit bilden und deshalb nur zusammen mit ihm Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein sollen, gehören zum unbeweglichen Vermögen.

Die Immobiliervollstreckung erfolgt durch Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung und Eintragung einer Zwangshypothek, § 866 I ZPO.

	<b>Zwangsversteigerung</b> (vgl. ZVG, Nr. 108 im Schönfelder)	<b>Zwangsverwaltung</b> (vgl. ZVG, Nr. 108 im Schönfelder)	<b>Zwangshypothek</b>
<b>Vorgehen:</b>	Das Vollstreckungsgericht „zwangsversteigert“.	Das Vollstreckungsgericht bestimmt einen Zwangsverwalter.	Die „Zwangshypothek“ ist eine Sicherungshypothek (§ 1184 BGB), die vom Grundbuchamt eingetragen wird, § 866 I ZPO.
<b>Befriedigung:</b>	Der Gläubiger wird aus dem Vollstreckungserlös befriedigt.	Der Zwangsverwalter zieht z.B. bei einem Mietshaus den Mietzins ein und führt ihn an den Gläubiger ab.	Nach den Regeln der Sicherungshypothek.



### 1.3. Weitere Vollstreckungsarten

#### A) Herausgabevollstreckung

**Fall:** Vermieter G hat gegen Wohnungsmieter S ein Räumungsurteil erwirkt. Als S auch nach Ablauf der gerichtlich bewilligten Räumungsfrist nicht auszieht, beauftragt G den Gerichtsvollzieher mit der Räumung. Welche Schritte wird der Gerichtsvollzieher einleiten?

Der Gerichtsvollzieher entfernt S und dessen Familie aus der Wohnung, notfalls mit polizeilicher Hilfe, §§ 885 I, 758 III ZPO. Das Mobiliar des Schuldners lässt der Gerichtsvollzieher von einem Spediteur abtransportieren, sofern der Gläubiger hierfür die Kosten vorschießt. Besteht die Gefahr, dass der Schuldner obdachlos wird, verständigt der Gerichtsvollzieher die zuständige Behörde, welche anordnen kann, dass der Schuldner einstweilen in der Wohnung verbleiben kann, § 181 Nr. 2, 3 GVGA.

**P:** Genügt ein Titel gegen den Mieter oder ist ein Titel gegen alle Bewohner erforderlich?

→ Grundsätzlich muss der Titel gegen jeden Gewahrsamsinhaber gerichtet sein. Regelmäßig genügt aber ein Titel gegen den Mieter um auch andere Personen, die nicht Mitbesitzer sind und die keinen eigenen Gewahrsam haben, aus der Wohnung zu setzen (sog. zugehörige Personen, insb. Kinder und Gäste). Nicht im Vollstreckungstitel aufgeführte Ehegatten oder Lebenspartner des Mieters, welche Mitbesitzer sind, dürfen jedoch nicht wie zugehörige Personen aus der Wohnung gesetzt werden. Gegen mitbesitzende Dritte, Ehegatten und Lebenspartner bedarf es daher stets eines Titels.

**P:** Dem Vermieter entstehen regelmäßig hohe Kosten durch die Räumung (Speditionskosten, etc.).

Grund: Der Vermieter haftet dem Gerichtsvollzieher als Auftraggeber für die Kosten.

→ In der Praxis wird daher das „Berliner Modell“ (vgl. hierzu BGH NJW 2006, 848 ff.) bevorzugt. Der Vermieter macht hierbei sein Vermieterpfandrecht geltend und die Sachen bleiben in der Wohnung, selbst wenn das Vermieterpfandrecht bestritten ist. Da es sich um einen materiellen Anspruch handelt prüft ihn der Gerichtsvollzieher nicht. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob die Sachen unpfändbar sind. Der Vermieter kann dann die Sachen auf eigene Kosten abtransportieren.

#### B) Handlungsvollstreckung

Bei der Handlungsvollstreckung muss zwischen vertretbaren und unvertretbaren Handlungen unterschieden werden.

Vertretbare Handlungen	Unvertretbare Handlungen
<p><b>Bsp.:</b> Abriss einer Mauer.</p> <p>→ Die Zwangsvollstreckung richtet sich nach § 887 I ZPO.</p> <p>→ Prozessgericht des ersten Rechtszuges ist das Gericht, das über die Klage des G in erster Instanz entschieden hat. Von diesem zuständigen Gericht lässt sich der Gläubiger ermächtigen, auf Kosten des Schuldners selbst für die erforderliche Handlung zu sorgen.</p> <p>→ Anfallende Vorschusskosten kann er als Kosten der Zwangsvollstreckung betreiben, § 788 I 1 ZPO.</p> <p>→ Zweckmäßigerweise geht der Gläubiger nach § 887 II vor. Er erwirkt dann einen doppelten Beschluss des zuständigen Gerichts:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ermächtigung nach § 887 I ZPO.</li> <li>2. Verurteilung zum Kostenvorschuss nach § 887 II ZPO.</li> </ol>	<p><b>Bsp.:</b> Erteilung einer Auskunft.</p> <p>→ Die Zwangsvollstreckung richtet sich nach § 888 I 1 ZPO.</p> <p>→ Der Schuldner wird entweder zu Zwangsgeld, ersatzweise hierzu zu Zwangshaft, <b>oder</b> von vornherein zu Zwangshaft verurteilt. Zwangsgeld von mind. 5,-€ und höchstens 25.000,- € darf so oft verhängt werden, bis der Schuldner die Handlung vornimmt, § 888 I 2 ZPO, Art. 6 EGStGB. Ebenso darf die Zwangshaft von mindestens einem Tag mehrfach verhängt werden, begrenzt auf insgesamt sechs Monate, § 888 I 3 i.V.m. § 913 S.1 ZPO.</p> <p><b>ABER:</b> Nicht vollstreckbar sind nach § 888 III ZPO:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Eingehung einer Ehe (deklaratorisch).</li> <li>2. Wiederherstellung des ehelichen Lebens.</li> <li>3. Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag (<b>Achtung:</b> Abgrenzung unvertretbare/vertretbare Handlung. Unvertretbar ist z.B. der Einsatz eines Profi-Fußballers. Da es dem Verein auf dessen spezielle Fähigkeiten ankommt, kann seine geschuldete Handlung nicht von einem Dritten ersetzt werden. Dagegen ist das Fahren einer Straßenbahn eine vertretbare Handlung, weshalb § 887 ZPO greift).</li> </ol>

## C) Unterlassungsvollstreckung

**Beispiel:** S benutzt in seinem Betrieb widerrechtlich ein Marke des G. G klagt mit Erfolg auf Unterlassung, § 14 V MarkenG. S benutzt die Marke dennoch weiter.

→ S kann wegen jeder Zuwiderhandlung von dem Prozessgericht des ersten Rechtszugs zu einem Ordnungsgeld zwischen 5,- € (Art. 6 EStGB) und 250.000,- € verurteilt werden, ersatzweise hierzu zu Ordnungshaft von jeweils höchstens sechs Monaten, **oder** von vornherein zu Ordnungshaft, § 890 I, II ZPO. Die Androhung des Ordnungsgeldes wird gewöhnlich bereits in das Unterlassungsurteil aufgenommen.

### „Kernbereichstheorie“

= Ein Unterlassungstitel umfasst nicht nur dasjenige zu unterlassen, was wortwörtlich untersagt wurde, sondern es muss auch dasjenige unterlassen werden, was nur sinngemäß mitumfasst ist.

## D) Erzwingung einer Willenserklärung

Bei einer Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung wird der Schuldner nicht durch Zwangsgeld oder Zwangshaft zu der Erklärung gezwungen, sondern die Erklärung wird vom Gesetz fingiert sobald das Urteil formell rechtskräftig geworden ist, § 894 I 1 ZPO.

### I. Übereignung einer beweglichen Sache

→ *Übergabe:*

Die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes wird dadurch erzwungen, dass der Gerichtsvollzieher die Sache dem Schuldner wegnimmt und dem Gläubiger übergibt, § 883 I ZPO.

→ *Übereignung:*

Zur Verschaffung des Eigentums verlangt § 929 S. 1 BGB neben der Übergabe (§§ 883 I, 897 ZPO) die vertragliche Einigung über den Eigentumsübergang. Die Einigungserklärung des Schuldners wird aufgrund seiner rechtskräftigen Verurteilung zur Übereignung der beweglichen Sache fingiert. Der Gläubiger gibt seine Einigungserklärung dadurch ab, dass er den Schuldner zur Übereignung der beweglichen Sache auffordert.

### II. Übereignung und Übergabe eines Grundstücks

→ *Übergabe:*

Die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes wird dadurch erzwungen, dass der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitz des Grundstücks setzt und den Gläubiger in den Besitz einweist, § 885 I ZPO.

→ *Übereignung:*

- a) Zur Verschaffung des Eigentums verlangt § 873 I BGB zunächst die vertragliche Einigung über den Eigentumsübergang, die sog. Auflassung. Die Einigungserklärung des Schuldners wird aufgrund seiner rechtskräftigen Verurteilung zur Übereignung des Grundstücks fingiert. Dabei muss § 925 I 1, 2 BGB beachtet werden. Eine nach § 894 ZPO fingierte Willenserklärung ist automatisch in der erforderlichen Form abgegeben. Daher ist § 925 BGB nur noch für die Einigungserklärung des Gläubigers erheblich. Der Gläubiger muss seine Einigungserklärung vor dem Notar abgeben. Die gleichzeitige Anwesenheit beider Parteien wird dadurch hergestellt, dass der Gläubiger das Urteil über die Erklärung des Schuldners mit einem Zeugnis über die Rechtskraft des Urteils (§ 706 ZPO) dem Notar vorlegt.
- b) Der Eigentumserwerb des Gläubigers setzt daneben seine Eintragung als neuer Eigentümer in das Grundstück voraus (§ 873 I ZPO). Den dazu erforderlichen Eintragungsantrag kann der Gläubiger selbst stellen, § 13 I GBO. Der Gläubiger wird den Antrag auch selbst stellen, weil der Schuldner als Verkäufer die Eintragung nur gegen Erstattung der Kosten zu erwirken braucht, § 448 II BGB i.V.m. § 894 I 2 ZPO.

## 2.3 Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung

### I. Vollstreckungsabwehrklage

#### **Zweck der Vollstreckungsabwehrklage:**

Mit der Vollstreckungsabwehrklage können die Einwendungen des Schuldners gegen den vollstreckbaren Anspruch beurteilt werden. Dazu muss der Schuldner gegen den Gläubiger Klage erheben mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung aus dem angegriffenen Urteil für unzulässig zu erklären. Erst die klagestattgebende Entscheidung macht die Zwangsvollstreckung unzulässig und nimmt dem angegriffenen Urteil die Vollstreckbarkeit.

Dieses richterliche Erkenntnisverfahren ist nötig, da der Gerichtsvollzieher oder Rechtspfleger nicht im Vollstreckungsverfahren über die Einwendungen entscheiden kann.

#### **Fall:**

G hat gegen S vor dem Amtsgericht Würzburg wegen einer Kaufpreisforderung aus dem Jahre 2006 ein Urteil über 5.000,- € erstritten. S überweist den Betrag auf ein Bankkonto des G. In dem Überweisungsauftrag gibt er als Zahlungsgrund die Rechnung aus dem Jahre 2006 an. G verlangt weitere 2.000,- € aufgrund eines Kaufvertrages aus dem Jahre 2007. S bestreitet diese Schuld. Daraufhin lässt ihm G durch seinen Rechtsanwalt mitteilen, wenn S nicht zahle, werde G aus dem Titel des Amtsgerichts Würzburg gegen ihn vollstrecken. Wie ist die Rechtslage?

→ Der titulierte Anspruch von G aus dem Kaufvertrag ist mit der Gutschrift der Kaufpreissumme auf dem Konto des G erloschen, § 362 I BGB. Dieses Erlöschen ist dem Vollstreckungstitel jedoch nicht anzusehen. Folglich weiß das vom Gläubiger angegangene Vollstreckungsorgan nichts davon. Der Schuldner kann zwar dem Vollstreckungsorgan seine Leistung nachweisen (z.B. durch Quittung). Wenn der Gläubiger aber die Leistung bestreitet, muss der Streit entschieden werden. Für eine solche Entscheidung ist das Vollstreckungsverfahren, das zügig durchgeführt werden muss, nicht eingerichtet. Das Vollstreckungsorgan (Gerichtsvollzieher, Rechtspfleger) ist auch nicht sachkundig genug. Daher muss der Streit in einem richterlichen Erkenntnisverfahren ausgetragen werden. Dies geschieht durch die sogenannte Vollstreckungsabwehrklage (auch Vollstreckungsgegenklage genannt), § 767 I ZPO, welche der Schuldner gegen den Gläubiger erheben muss.

→ S wendet zwar ein, er habe den titulierten Kaufpreisanspruch durch Zahlung befriedigt. Diese Einwendung betrifft aber den durch das Urteil des AG Würzburg festgestellten Kaufpreisanspruch selbst, weil sie bedeutet, dass der Anspruch erloschen ist. Daher ist die Einwendung von dem Schuldner S im Wege der Klage bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges geltend zu machen. Prozessgericht des ersten Rechtszuges ist das AG Würzburg, weil es im ersten Rechtszug über den titulierten Kaufpreisanspruch entschieden hatte.

#### **Einordnung der Vollstreckungsabwehrklage**

→ Mit der Abwehrklage beantragt der Schuldner die Zwangsvollstreckung aus dem angegriffenen Urteil für unzulässig zu erklären. Dementsprechend besagt die klagestattgebende Entscheidung, dass die Zwangsvollstreckung aus dem angegriffenen Urteil für unzulässig erklärt wird.

„Die Zwangsvollstreckung wird für unzulässig erklärt“ bedeutet, dass sie nicht schon kraft Gesetzes unzulässig ist, sondern wird es erst durch die der Abwehrklage stattgebenden Entscheidung.

→ Diese Entscheidung ist daher eine Gestaltungsentscheidung. Als Gestaltungsentscheidung ist sie zwar nicht vollstreckbar im engeren Sinn – das sind nur Leistungsurteile – wohl aber vollstreckbar in dem weiteren Sinn, dass sie vollzogen werden kann.

Vollzogen wird sie dadurch, dass

- entweder eine noch nicht begonnene Zwangsvollstreckung abgelehnt,
- oder eine begonnene eingestellt wird, § 775 Nr. 1 Var. 3 ZPO.

→ „Vollstreckbar“ ist eine Entscheidung, die der Abwehrklage stattgibt, wenn sie formell rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist (vgl. § 704 I ZPO analog, § 776 S. 1 ZPO).

**Fazit:** Dass S das Urteil des AG Würzburg erfüllt hat, macht die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil nicht unzulässig und nimmt dem Urteil somit nicht seine Vollstreckbarkeit. Daher kann das Urteil in der Tat zur Zwangsvollstreckung wegen eines anderen Anspruchs verwendet werden. S kann das nur verhindern, indem er Vollstreckungsabwehrklage erhebt.

### A) Zulässigkeit der Vollstreckungsabwehrklage

Sachlich und örtlich zuständig ist das Prozessgericht des ersten Rechtszuges, § 767 I ZPO. Nach § 802 ZPO ist dieser Gerichtsstand ein ausschließlicher. Im übrigen gelten dieselben Voraussetzungen wie bei jeder anderen Klage. Prozessgericht ist dasjenige Gericht, das in dem Prozess, in dem das angegriffene Urteil erlassen wurde, im ersten Rechtszug entschieden hat.

*Bsp.:* Das AG Würzburg weist die Klage des G ab und erst das LG Würzburg als Berufungsgericht gibt der Klage statt. Zwar ist das Urteil, gegen das sich die Abwehrklage richtet vom LG Würzburg erlassen worden. Prozessgericht des ersten Rechtszuges ist jedoch das AG Würzburg.

**Grund:** Würde der Prozess der Abwehrklage gleich beim LG Würzburg beginnen, so ginge dem Kläger eine Instanz verloren.

### B) Begründetheit der Vollstreckungsabwehrklage

→ Begründet ist die Abwehrklage, wenn der vollstreckbare (= titulierte) Anspruch nicht besteht oder gehemmt ist. Dies wurde bereits geprüft, bevor der angegriffene Titel erlassen wurde. Um das Verfahren nicht in vollem Umfang neu aufzurollen, werden nur solche Gründe berücksichtigt, die **vor Erlass** des angegriffenen Urteils **noch nicht** geltend gemacht werden konnten, weil sie **damals noch nicht vorhanden** waren. Das ist der Sinn des § 767 II Hs. 1 ZPO. Die mündliche Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, ist die letzte mündliche Verhandlung vor Erlass des angegriffenen Urteils, soweit es um Tatsachen geht die letzte Tatsachenverhandlung.

**D.h.:** Es werden nur noch solche Tatsachen berücksichtigt, die nach der letzten, dem angegriffenen Urteil vorausgehenden Tatsachenverhandlung entstanden sind.

Dabei kann es sich nur um anspruchvernichtende Tatsachen, besonders die nachträgliche Befriedigung des vollstreckbaren Anspruchs, oder um anspruchshemmende Tatsachen handeln, wie die nachträgliche Entstehung eines Zurückbehaltungsrechts.

**Grund:** Anspruchshindernde Tatsachen wie die Nichtigkeit des Vertrages, aus dem der vollstreckbare Anspruch hergeleitet wird, lagen ja zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung schon vor. Ob der Kläger sie bereits damals kannte oder beweisen konnte, ist nach herrschender Meinung gleichgültig.

### P: Behandlung von Gestaltungsrechten des Schuldners

(Anfechtungs-, Rücktritts-, Kündigungs- und Aufrechnungsrecht)

#### Rspr.:

→ **Existenz** des Gestaltungsrechts ist entscheidend.  
*d.h.:* Wann ist das Gestaltungsrecht entstanden?  
 Vor der letzten Tatsachenverhandlung: Geltendmachung nicht mehr möglich.  
 Nach der letzten Tatsachenverhandlung: Geltendmachung möglich.  
**ABER:** Bei vertraglich eingeräumten Optionen verfolgt der BGH diese Rechtsprechung nicht!

#### h.L.:

→ **Abgabe** der Gestaltungserklärung ist maßgebend.  
*d.h.:* Wann wurde das Gestaltungsrecht geltend gemacht?  
 → Ist die Gestaltungserklärung erst nach der letzten Tatsachenverhandlung des früheren Prozesses abgegeben worden, kann die Abwehrklage noch darauf gestützt werden.

#### Contra Rspr.:

##### 1. *Schwerwiegende Folgen:*

- a) Auf die tatsächliche Unmöglichkeit für den Schuldner, ein ihm noch unbekanntes Gestaltungsrecht auszuüben, wird keine Rücksicht genommen, so dass objektive Ausschluss- und Verjährungsfristen des materiellen Rechts praktisch verkürzt werden.
- b) Die Rechtsprechung schmälert die Rechte des Schuldners insoweit, als sie ihn zur Ausübung von Gestaltungsrechten zwingt, bevor er genügend Beweismaterial gesammelt hat. Folge hiervon ist, dass das Gestaltungsrecht, weil es noch nicht bewiesen werden kann, endgültig verneint wird.

##### 2. *Missachtung des praktischen und systematischen Zusammenhangs, in den das BGB die Aufrechnung gestellt hat:*

→ Die Aufrechnung soll neben Erfüllung, Hinterlegung und Erlass ein gleichwertiges Mittel sein, um Schuldverhältnisse zum Erlöschen zu bringen. Es ist daher nicht einzusehen, warum der Schuldner nach der letzten mündlichen Verhandlung zwar noch erfüllen und hinterlegen, aber nicht mehr aufrechnen können soll, während der Gläubiger sich dafür nach Belieben Zeit lassen darf. Die Konzentrationsmaxime darf nicht dazu führen, ein materiell garantiertes Recht auf prozessualen Wege zu schmälern oder die Chancengleichheit der Parteien ohne Not zu gefährden. Wenn man davon ausgeht, dass die Konzentrationsmaxime wegen des engen Zusammenhangs mit dem Vorprozess auch auf die Vollstreckungsgegenklage hinüberwirken muss, sollte auf verzögerte Aufrechnungen die Vorschriften der §§ 282 I, 296 II ZPO, etc., entsprechend angewendet werden.

## C) Verhältnis der Vollstreckungsabwehrklage zu anderen Rechtsbehelfen

### I. Verhältnis zum Einspruch nach § 338 ZPO:

Die Abwehrklage ist nicht der einzige Rechtsbehelf gegen das angegriffene Urteil. Gegen ein Versäumnisurteil steht dem Schuldner der Einspruch zu, § 338 ZPO.

→ solange der Einspruch zulässig, ist die Abwehrklage unzulässig, § 767 II ZPO

### II. Verhältnis zur Berufung nach § 511 ZPO:

Gegen ein Urteil, das nach streitiger Verhandlung ergangen ist (sog. kontradiktorisches Urteil), kann die Berufung gegeben sein, vgl. § 511 ZPO.

→ Der Schuldner hat zunächst die Wahl, ob er Abwehrklage erhebt oder in Berufung geht:

1. Schuldner erhebt Abwehrklage:

→ Die Berufung bleibt zulässig, da mit ihr die Aufhebung des ganzen Urteils erreicht werden kann, mit der Abwehrklage dagegen nur die Beseitigung der Vollstreckbarkeit.

2. Schuldner erhebt Abwehrklage, legt anschließend Berufung ein:

→ Die ursprünglich zulässige Abwehrklage wird unzulässig (a.A.: Lösung nach § 148 ZPO).

**Begründung:** Der Schuldner kann jetzt die Beseitigung der Vollstreckbarkeit auch im Berufungsverfahren erreichen, so dass es sich vermeiden lässt, dass seine Einwendungen auch noch im Prozess der Abwehrklage geprüft und möglicherweise beschieden werden.

3. Schuldner legt zuerst Berufung ein:

→ Die Abwehrklage ist von Anfang an unzulässig (vgl. Begründung zu 2.).

### III. Verhältnis zur Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO:

→ Mit der Erinnerung kann der Schuldner nur geltend machen, dass die Zwangsvollstreckung bereits unzulässig ist. Das Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs allein macht die Zwangsvollstreckung aber noch nicht unzulässig. Unzulässig wird die Zwangsvollstreckung erst, nachdem sie aufgrund einer Abwehrklage des Schuldners durch Urteil für unzulässig erklärt worden ist. Will der Schuldner daher mit Erfolg geltend machen, dass der vollstreckbare Anspruch erloschen sei, so muss er die Abwehrklage erheben. Mit der Erinnerung dringt er nicht durch.

→ Umgekehrt kann die schon vorhandene Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung nur mit der Erinnerung geltend gemacht werden. Daher kann der Schuldner genötigt sein, beide Rechtsmittel zu ergreifen.

*Bsp.:* S hat den vollstreckbaren Anspruch befriedigt. Dennoch betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung. Hiergegen ist die Abwehrklage gegeben. In der Zwangsvollstreckung pfändet der Gerichtsvollzieher eine unpfändbare Sache. Hiergegen ist die Erinnerung gegeben.

## D) Vorlage einer Urkunde

**Fall:** S hat die Kaufpreisschuld von 2006 durch Überweisung auf ein Bankkonto des G getilgt (vgl. Ausgangsfall). Besteht ein einfacherer Weg als die Abwehrklage, um die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil über jene Kaufpreisschuld zu verhindern?

→ *Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung nach § 775 ZPO?*

### Regelungszweck des § 775 Nr. 4 und Nr. 5 ZPO:

→ In den Fällen des § 775 Nr. 4 und Nr. 5 ZPO ist eine noch nicht begonnene Zwangsvollstreckung abzulehnen, eine begonnene einzustellen, wobei die bereits getroffenen Vollstreckungsmaßregeln bestehen bleiben bis der Gläubiger in ihre Aufhebung einwilligt (§ 776 S. 2 ZPO).

→ Erkennt der Gläubiger aber die vorgelegte Urkunde nicht als Hinderungsgrund an und beharrt er auf Durchführung der Zwangsvollstreckung, muss die Zwangsvollstreckung ohne Rücksicht auf die Urkunde durchgeführt werden. Der Streit um den Fortbestand des vollstreckbaren Anspruchs ist dann nach § 767 ZPO auszutragen. Erst wenn in diesem Verfahren die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ist, wird sie auch gegen den Widerspruch des Gläubigers eingestellt.

- § 775 Nr. 4 ZPO?

→ Die Zwangsvollstreckung ist einzustellen oder zu beschränken, wenn eine öffentliche Urkunde oder eine von dem Gläubiger ausgestellte Privaturkunde vorgelegt wird, aus der sich ergibt, dass der Gläubiger nach Erlass des zu vollstreckenden Urteils befriedigt ist oder Stundung bewilligt hat. Eine Privaturkunde aus der sich die Befriedigung des Gläubigers ergibt ist etwa eine unterschriebene Quittung des Gläubigers. Eine solche Quittung hat S nicht.

- § 775 Nr. 5 ZPO?

→ Die Zwangsvollstreckung ist einzustellen oder zu beschränken, wenn der Einzahlungs- oder Überweisungsnachweis einer Bank oder Sparkasse vorgelegt wird, aus dem sich ergibt, dass der zur Befriedigung des Gläubigers erforderliche Betrag zur Auszahlung an den Gläubiger oder auf dessen Konto eingezahlt oder überwiesen worden ist. Umfasst sind alle Banken und Sparkassen. Der Kontoauszug des Schuldners genügt (vgl. Th/P, § 775, Rn. 15).

→ Hat S ein Konto bei einer Sparkasse und dieser den Überweisungsauftrag erteilt, dann kann er die Überweisungsbescheinigung vorlegen. Damit kann der Schuldner nicht nur erreichen, dass eine bereits begonnene Zwangsvollstreckung eingestellt wird, sondern auch, dass eine drohende Zwangsvollstreckung von vornherein unterbleibt, vgl. § 776 S. 2 ZPO.

- Bestreitet der Gläubiger jedoch trotz der Überweisungsbescheinigung (bzw. bei einer Quittung nach § 775 Nr. 4 ZPO), dass der vollstreckbare Anspruch erloschen sei, so muss dieser Streit entschieden werden. Das Gesetz sieht für den Streit um den Bestand des vollstreckbaren Anspruchs den Prozess der Vollstreckungsabwehrklage vor. Daher muss S, wenn G die Überweisungsbescheinigung (bzw. Quittung) nicht anerkennt und die Durchführung der Zwangsvollstreckung verlangt, einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragen, § 769 I ZPO. Ohne eine solche Entscheidung wird die Zwangsvollstreckung trotz der Abwehrklage fortgesetzt.

**Fazit:** Wenn der Gläubiger die vom Schuldner vorgelegte Urkunde nicht anerkennt und auf Zwangsvollstreckung besteht, muss die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden. § 775 Nr. 4 und Nr. 5 ZPO sollen daher lediglich für den Fall Vorsorge treffen, dass der Gläubiger es versehentlich unterlassen hat, das Vollstreckungsorgan von seiner Befriedigung zu verständigen. Hier soll der Schuldner nicht zu einer Abwehrklage genötigt sein, sondern sich durch Vorlage einer Urkunde helfen können. Wenn der Gläubiger dagegen auf der Durchführung der Vollstreckung besteht, bleibt dem Schuldner nur die Abwehrklage.

## II. Drittwiderspruchsklage

### Fall:

Der Gerichtsvollzieher pfändet bei S einen DVD-Spieler, den sich S von E geliehen hatte. Was kann E gegen die Zwangsvollstreckung in seinen DVD-Spieler unternehmen?

- ⇒ In Betracht kommt hier möglicherweise die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO als Rechtsbehelf. Dafür müsste die Art und Weise der Zwangsvollstreckung unzulässig gewesen sein. Die Vollstreckung wegen einer Geldforderung gegen den Schuldner soll nur in das Vermögen des Schuldners erfolgen. Gegenstände, die nicht zum Vermögen des Schuldners gehören, sollen dem Vollstreckungszugriff letztlich entzogen sein. Im Vollstreckungsverfahren kann aber nicht darüber entschieden werden, ob ein Gegenstand zum Vermögen des Schuldners gehört, insbesondere da das Vollstreckungsverfahren zügig durchgeführt werden soll. Um dem Beschleunigungsgebot gerecht zu werden müssen die Vollstreckungsorgane die Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung schnell feststellen können. Diese dürfen nicht willkürlich sein, sondern müssen es wahrscheinlich machen, dass der Gegenstand, in den vollstreckt werden soll, zum Vermögen des Schuldners gehört. Bei beweglichen Sachen ist dies der Gewahrsam des Schuldners, des Gläubigers oder eines herausgabebereiten Dritten, vgl. §§ 808 I, 809 ZPO. Im Fallbeispiel befindet sich der DVD-Spieler im Gewahrsam des Schuldners S. Daher war die Pfändung zulässig. Folglich versagt die Erinnerung nach § 766 ZPO als Rechtsbehelf, da diese nur bei Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung begründet ist.

### A) Regelung der Drittwiderspruchsklage

Zweck des § 771 ZPO ist, dass nur das Schuldnervermögen für die Befriedigung des Gläubigers zur Verfügung stehen soll und nicht das Vermögen eines Dritten.

Mit der Drittwiderspruchsklage *beantragt* der Kläger (= vorgeblicher Eigentümer), die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand für unzulässig zu erklären. Mit Erlass des Urteils, das der Klage stattgibt, wird die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand unzulässig. Es handelt sich hierbei ebenso wie bei der Vollstreckungsabwehrklage somit um ein *Gestaltungsurteil*.

<b>Unterscheide:</b>	
<i>Vollstreckungsabwehrklage</i>	<i>Drittwiderspruchsklage</i>
→ Die Zwangsvollstreckung aus dem angegriffenen Titel wird vollumfänglich für unzulässig erklärt. → Die Zwangsvollstreckung wird in vollem Umfang eingestellt, § 775 Nr. 1 Var. 3 ZPO.	→ Nur die Vollstreckung in den Gegenstand, an dem der Kläger ein Recht zu haben behauptet, wird für unzulässig erklärt. → Die Zwangsvollstreckung wird auf andere Gegenstände beschränkt, § 775 Nr. 1 Var. 3 ZPO.

- Die Entscheidung, die der Widerspruchsklage stattgibt, ist nach § 704 I ZPO vollstreckbar.  
 → Die der Widerspruchsklage stattgebende Entscheidung enthält keinen Leistungsbefehl, da sie nur die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt. Daher ist sie nur im weiteren Sinne vollstreckbar.  
 → Beachte auch § 776 S. 1 ZPO (Aufhebung von Vollstreckungsmaßregelungen).

## B) Zulässigkeit der Drittwiderspruchsklage

- Die sachliche Zuständigkeit für die Entscheidung über die Widerspruchsklage richtet sich nach den allgemeinen Regeln, vgl. §§ 23, 71 GVG. Sie ist folglich streitwertabhängig.
- Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 771 ZPO und ist nach § 802 ZPO eine ausschließliche Zuständigkeit.
- Passivlegitimiert (=Klagegegner) ist der Vollstreckungsgläubiger.

**Beachte:** Der Wortlaut des § 771 II ZPO ist insoweit irreführend. Danach sind Gläubiger und Schuldner als Streitgenossen anzusehen, wenn die Klage gegen sie gerichtet ist. Damit ist der Fall gemeint, dass der Dritte eine *andere* Klage, die im Zusammenhang mit der Widerspruchsklage steht, gegen den Schuldner richtet. Zum Beispiel die Klage auf Feststellung, dass das Eigentum an der gepfändeten Sache dem Dritten und nicht dem Schuldner zusteht. Streitgenossenschaft bedeutet im Falle des § 771 II ZPO lediglich, dass verschiedene Prozesse zur gleichzeitigen Verhandlung, Beweisaufnahme und Entscheidung kraft Gesetzes verbunden sind.

## C) Begründetheit der Drittwiderspruchsklage

- ⇒ Begründet ist die Widerspruchsklage nach § 771 I ZPO, wenn dem Kläger an dem Gegenstand der Vollstreckung ein „die Veräußerung hinderndes Recht“ zusteht.

**Ein die Veräußerung hinderndes Recht ist ein Recht, kraft dessen das Vollstreckungsobjekt nicht zum Vermögen des Schuldners, sondern des Dritten gehört.  
Grund: Nur das Schuldnervermögen soll zur Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers zur Verfügung stehen, nicht das Vermögen eines Dritten.**

### 1. Eigentum

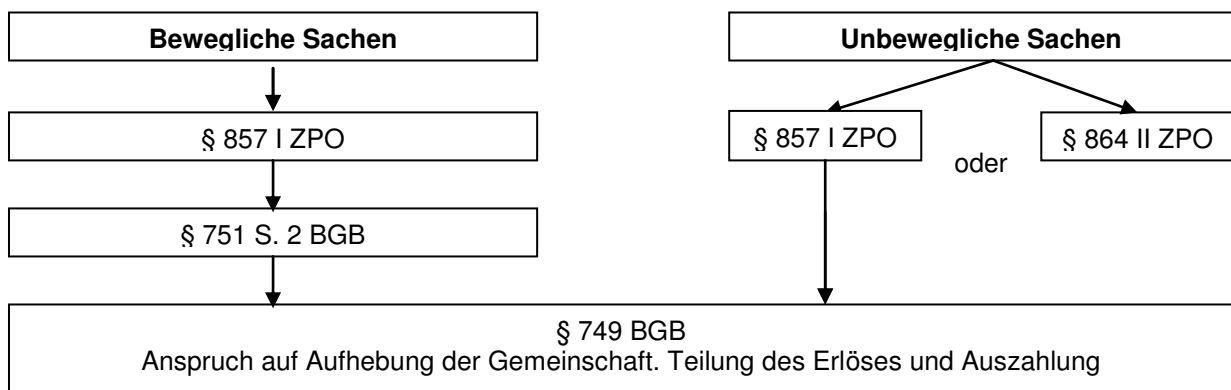
Das Eigentum des Klägers ist ein die Veräußerung hinderndes Recht i.S.d. §. Die Sache gehört dann zum Vermögen des Klägers (→ problematisch bei Sicherungseigentum und Vorbehaltseigentum). Im Fallbeispiel ist die Widerspruchsklage daher begründet, wenn dem Kläger E das Eigentum an der Sache tatsächlich zusteht.

### 2. Miteigentum

Wird in eine Sache vollstreckt, die dem Schuldner und einem Dritten als Miteigentümer nach Bruchteilen gehört, so kann der Dritte widersprechen. Unangreifbar ist hier nur die Zwangsvollstreckung in den Anteil des Schuldners.

Bei beweglichen Sachen wird der Miteigentumsanteil gepfändet und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen, § 857 I ZPO. Der Gläubiger kann dann den gepfändeten Miteigentumsanteil entweder versteigern lassen oder die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft betreiben nach § 751 S. 2 BGB.

Die Zwangsvollstreckung in den Miteigentumsanteil an einem Grundstück erfolgt nach den Regeln der Immobiliervollstreckung, § 864 II ZPO. Der Miteigentumsanteil kann hier nicht gepfändet werden (vgl. § 864 II ZPO), wohl aber der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft (§ 749 BGB) und auf Auszahlung des Erlösanteils (nach h.M., vgl. Blomeyer § 86 I 4). Die Zwangsvollstreckung in Anteile an Forderungen und Rechten unterliegt den gleichen Regeln, wie sie für Anteile an beweglichen Sachen gelten.





### 3. Gesamthandsgemeinschaft

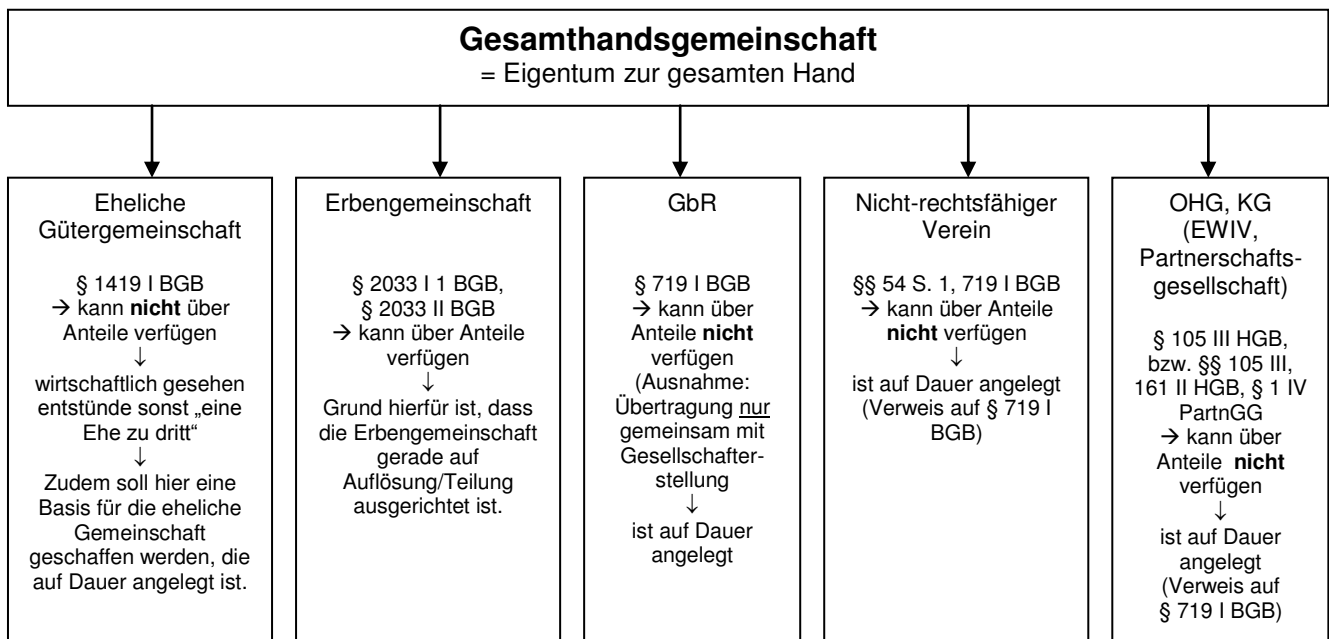
#### I. Überblick Gesamthandsgemeinschaften

Charakteristisch für alle Gesamthandsgemeinschaften ist ein Gesamthandsvermögen (Vereinsvermögen des nichtrechtsfähigen Vereins, Gesellschaftsvermögen, Gesamtgut, Nachlass oder Erbschaft). Das Gesamthandsvermögen ist als *Sondervermögen* vom Privatvermögen des einzelnen Gesamthänders (bzw. bei der Gütergemeinschaft: Vorbehalts- und Sondergut) zu unterscheiden.

Über seinen Anteil am Gesamthandsvermögen kann der einzelne Gesamthänder in der Regel nicht verfügen (vgl. §§ 54 S. 1, 719 I, 1419 I BGB, §§ 105 III, 161 II HGB).

Eine Ausnahme gilt für die Erbengemeinschaft, weil sie eine Zufalls- und keine Zweckgemeinschaft ist, § 2033 I 1 BGB. Hier muss jedoch beachtet werden, dass der Miterbe nur seine vermögensrechtliche Position überträgt und nicht seine gesamte Stellung als Miterbe. Er bleibt daher Miterbe. Auf ihn wird weiter der Erbschein ausgestellt und er behält gewisse unveräußerliche Rechte wie das Anfechtungsrecht aus §§ 2078 ff. BGB.

Zu unterscheiden vom Gesamthandsvermögen sind die einzelnen Vermögensgegenstände (bewegliche Sachen, Grundstücke, Forderungen und andere Vermögensrechte). Über seinen Anteil an diesen Gegenständen kann ein Gesamthänder *niemals* verfügen, vgl. §§ 54 S. 1, 719 I, 1419 I, 2033 II BGB § 105 III, 161 II HGB.

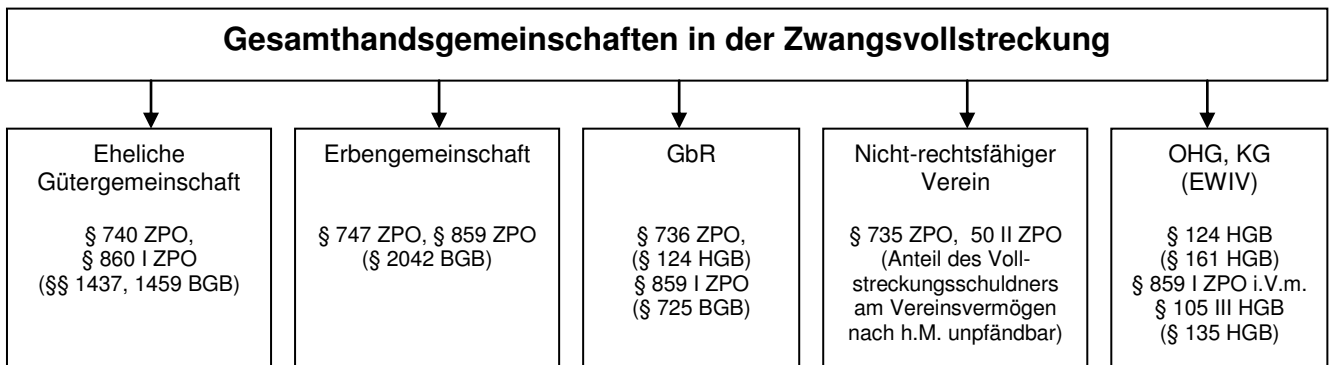


*Beispiel:*

Zum Vermögen der Gesellschaft A und B gehört ein Grundstück. A und B sind also Eigentümer. Könnte A seinen Grundstücksanteil auf X übertragen, so würde das Grundstück jetzt X und B gehören. Das Eigentum an dem Grundstück stünde anderen Personen zu als das übrige Gesellschaftsvermögen, das A und B gehört. Wegen dieser anderen Eigentumsverhältnisse könnte das Grundstück nicht mehr zum Gesellschaftsvermögen von A und B gehören. A hätte also durch das Rechtsgeschäft mit X das Grundstück aus dem Gesellschaftsvermögen herausgenommen. Dazu aber soll ein einzelner Gesellschafter nicht in der Lage sein.

## II. Gesamthandsgemeinschaften und Zwangsvollstreckungsrecht

Das Zwangsvollstreckungsrecht enthält für die einzelnen Gesamthandsgemeinschaften unterschiedliche Regeln.



### A) Gütergemeinschaft

Die Zwangsvollstreckung bei der Gütergemeinschaft regelt § 740 ZPO.

Der Gläubiger benötigt entweder einen Titel gegen den Verwalter aufgrund eines Anspruchs gegen den Verwalter (§ 1437 BGB) oder einen Titel gegen beide Gatten aufgrund eines Anspruchs gegen beide (§ 1459 BGB).

Da der Gläubiger eines Gatten regelmäßig in das ganze Gesamtgut vollstrecken kann, kann er nicht in den Gesamtgutsanteil eines Gatten vollstrecken, § 860 I 1 ZPO.

#### Beispiel:

Der Mann verwaltet das Gesamtgut allein. Die Ehefrau macht sich schadensersatzpflichtig. Um in das Gesamtgut vollstrecken zu können, benötigt der Geschädigte einen Titel gegen den Verwalter und damit einen Anspruch gegen den Verwalter. Diesen Anspruch gibt ihm § 1437 II 1 BGB.

### B) Erbengemeinschaft

Die Zwangsvollstreckung bei der Erbengemeinschaft regelt § 747 ZPO.

Der Gläubiger benötigt einen Titel gegen alle Erben und somit einen Anspruch gegen alle. Diesen Anspruch gibt ihm § 2058 BGB. Liegt keine gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeit, sondern nur die Verbindlichkeit eines einzelnen Erben vor, so hat der Gläubiger nur einen Anspruch gegen seinen Schuldner. Folglich erhält er nur einen Titel gegen diesen und kann daher auch nur in das Privatvermögen seines Schuldners vollstrecken.

Er kann aber den Anteil des Miterben an dem Nachlass pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, vgl. § 859 II ZPO. Der Gläubiger nimmt dann anstelle des schuldnerischen Miterben an der Auseinandersetzung teil, § 2042 BGB.

### C) Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR)

Die Zwangsvollstreckung bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts regelt § 736 ZPO. Danach benötigt der Gläubiger einen Titel gegen alle Gesellschafter und daher einen Anspruch gegen alle. Diesen Anspruch gibt ihm § 128 HGB analog. Ein Titel gegen die Gesellschaft ist für § 736 BGB aber bereits ausreichend. Diesen Anspruch gibt ihm § 124 HGB analog. Hat der Gläubiger nur einen Anspruch gegen einen einzelnen Gesellschafter, so erhält er nur einen Titel gegen seinen Schuldner. Er kann folglich nur in dessen Privatvermögen vollstrecken. Der Gläubiger kann den Anteil des Schuldners an dem Gesellschaftsvermögen pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, vgl. § 859 I 1 ZPO. Aufgrund der Pfändung kann der Gläubiger die Gesellschaft fristlos kündigen, § 725 I BGB. Nach der Kündigung kann der Gläubiger den Anspruch des Schuldners auf das Auseinandersetzungsguthaben geltend machen, sofern ihm der Gesellschaftsanteil auch überwiesen ist. Schon vor der Kündigung kann der Gläubiger den Anspruch auf den Gewinnanteil geltend machen, § 725 II BGB.

Der Gläubiger kann den Guthaben- und den Gewinnanspruch auch isoliert pfänden. Dann hat er aber kein Kündigungsrecht – anders als nach § 135 HGB – und ist auch nicht gegen eine nachfolgende (aber vorrangige!) Pfändung des Gesellschaftsanteils geschützt.

#### *D) Nichtrechtsfähiger Verein*

Die Zwangsvollstreckung beim nichtrechtsfähigen Verein regelt § 735 ZPO. Der nichtrechtsfähige Verein kann als solcher verklagt werden, § 50 II ZPO. Daher kann ein Vereinsgläubiger durch eine Klage gegen den Verein einen Titel gegen den Verein erwerben. Dazu benötigt er allerdings einen Anspruch gegen den Verein. Hat er nur einen Anspruch gegen ein Vereinsmitglied, so kann er nur in das Privatvermögen seines Schuldners vollstrecken. Der Anteil des Schuldners am Vereinsvermögen ist nach h.M. unpfändbar.

#### *E) OHG, KG*

Nach § 124 II HGB ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schultitel erforderlich.

Die OHG ist parteifähig und kann mithin als solche verklagt werden, § 124 I HGB. Daher kann ein Gläubiger durch eine Klage gegen die OHG einen Titel gegen die OHG erwirken. Dazu benötigt er allerdings einen Anspruch gegen die OHG. Hat er nur einen Anspruch gegen einen einzelnen Gesellschafter, so kann er nur in das Privatvermögen des Gesellschafters vollstrecken. Er kann auch den Anteil des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, § 859 I 1 ZPO i.V.m. § 105 III HGB. Aufgrund dieses Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses kann der Gläubiger die Auseinandersetzung der Gesellschaft betreiben. Er tritt dabei an die Stelle seines Schuldners. Das Kündigungsrecht richtet sich hier jedoch nach § 135 HGB. Die Kündigung ist also – im Gegensatz zu § 725 I BGB – nur befristet möglich. Die in § 135 HGB vorausgesetzte Pfändung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben kann isoliert erfolgt sein oder im Rahmen der Pfändung des Gesellschaftsanteils (Anspruch „im Anteil“).

Nach § 161 II HGB gilt für die KG dasselbe wie für die OHG.

### **4. Nießbrauch**

Durch den Nießbrauch ist die Sache zur vorrangigen Nutzung des Nießbrauches bestimmt. Daher stellt der Nießbrauch ein Recht dar, das zur Drittwiderspruchsklage berechtigt.

### **5. Pfandrecht**

Macht der Dritte ein Pfandrecht an der gepfändeten beweglichen Sache geltend, so ist entscheidend, ob er im Besitz der Sache ist oder nicht.

**Beachte:** Hat der Dritte ein älteres Pfändungspfandrecht, so wird er ohnehin vorrangig befriedigt. Bei Streit kommt es zum Verteilungsverfahren, §§ 827 II, 872 ff. ZPO. Ist das Verteilungsverfahren noch nicht eingeleitet und hat der Gerichtsvollzieher den Besitz verloren, so hat der gleichfalls besitzlose Dritte die Klage aus § 805 ZPO.

#### *a) Dritter ist nicht im Besitz der Pfandsache*

Befindet sich der Dritte weder im unmittelbaren noch im mittelbaren Besitz der Sache (z.B. Inhaber eines Vermieterpfandrechts), so hat er kein Recht zur Drittwiderspruchsklage. Er kann also die Zwangsvollstreckung nicht für unzulässig erklären lassen. Hier kann er nur verlangen, dass er aus dem Versteigerungserlös entsprechend dem Rang seines Pfandrechts vorzugsweise befriedigt wird, § 805 I ZPO. Die Gestaltungsklage ist gegen die der Auszahlung widersprechenden Partei (Gläubiger und/oder Schuldner) zu richten.

#### *b) Dritter hat Gewahrsam an der Pfandsache*

Hat der Dritte die zu pfändende Sache im Gewahrsam (z.B. Inhaber eines Vertragspfandrechts i.d.R.), so kann er die Zwangsvollstreckung schon dadurch abwehren, dass er die Herausgabe verweigert. Dann ist die Pfändung gemäß § 809 ZPO unzulässig. Wird die Sache trotzdem gepfändet, so kann der

Dritte Vollstreckungserinnerung nach § 766 I 1 ZPO einlegen. Daneben belässt ihm die h.M. die Klage aus § 771 ZPO, die hier darauf zu richten ist, dass die Veräußerung (bzw. Wegnahme) für unzulässig erklärt wird, weil eine nachrangige Pfändung den Dritten nicht benachteiligt.

## 6. Vorbehalts- und Sicherungseigentum

Nach einer Mindermeinung berechtigen Vorbehalts- und Sicherungseigentum nur zur Klage auf vorzugsweise Befriedigung. Argument hierfür ist, dass sie wirtschaftlich einem Pfandrecht näher stünden als dem normalen Eigentum. § 805 I ZPO schließt die Widerspruchsklage aber nur bei einem besitzlosen Pfandrecht aus. Vorbehalts- und Sicherungseigentümer sind jedoch mittelbare Besitzer. Außerdem sollen sie als Eigentümer selbst bestimmen können, ob ihre Sache schon jetzt im Vollstreckungsverfahren veräußert wird und dabei unter Umständen einen erheblichen Wertverlust erleidet oder ob sie zu einem späteren Zeitpunkt unter günstigeren Bedingungen mit einem höheren Erlös veräußert wird. Deshalb gestattet die h.M. dem Vorbehalts- wie dem Sicherungseigentümer die Drittwiderspruchsklage.

Andererseits kann aber auch der Vorbehaltskäufer aufgrund seines Anwartschaftsrechts widersprechen, falls ausnahmsweise gegen den Vorbehaltseigentümer vorgegangen wird. Ebenso kann der Sicherungsgeber aufgrund seines Rechts widersprechen, falls gegen den Sicherungseigentümer vollstreckt wird. Voraussetzung ist aber, dass noch nicht Verwertungsreife eingetreten ist (vgl. BGHZ 72, 141 ff., 144 ff.).

Im Ergebnis ist daher Vorbehalts- und Sicherungsgut der Zwangsvollstreckung zugunsten dritter Personen gänzlich entzogen.

*Unterschied zum Insolvenzverfahren:*

Im Insolvenzverfahren hat der Sicherungsnehmer nur ein Absonderungsrecht, § 51 Nr. 1 InsO. Grund hierfür ist, dass in der Einzelzwangsvollstreckung auf alle anderen Vermögensgegenstände des Schuldners zugegriffen werden kann, im Insolvenzverfahren aber nicht.

Hat der Schuldner eine bewegliche Sache vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter Eigentumsvorbehalt verkauft und dem Käufer den Besitz an der Sache übertragen, so kann der Käufer aber die Erfüllung des Kaufvertrages verlangen, § 107 I 1 InsO.

## 7. Obligatorische Herausgabeansprüche

Obligatorische Herausgabeansprüche sind ebenfalls veräußerungshindernde Rechte, falls mit ihnen geltend gemacht wird, dass die Sache nicht zum Vermögen des Schuldners gehört, z.B. beim Herausgabeanspruch des Vermieters oder Verleihers. Der Verleiher bzw. Vermieter kann also auch der Pfändung widersprechen ohne Eigentümer zu sein.

Da auch ein obligatorischer Herausgabeanspruch genügt, braucht das veräußerungshindernde Recht nicht im sachenrechtlichen Sinn an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung bestehen.

Ein Anspruch auf Übereignung („Verschaffungsanspruch“), wie der des Käufers, gibt dagegen kein Widerspruchsrecht, weil die Sache hier noch nicht zum Vermögen des Klägers gehört und auch nicht zu seiner vorrangigen Befriedigung bestimmt ist (Ausnahme: Rückübereignungsanspruch des Sicherungsgebers bei Pfändung der sicherungsübereigneten Sache, die sich (ausnahmsweise) beim Sicherungsnehmer befindet, s.o. 6.).

## 8. Forderungen und andere Vermögensrechte

Bei einer Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte ist in erster Linie der wahre Inhaber des gepfändeten Rechtes widerspruchsberechtigt. Da jedoch die Pfändung eines fremden Rechtes – anders als die Pfändung einer fremden Sache – *nichtig* ist, hat die Widerspruchsklage nur klarstellende Bedeutung. § 805 ZPO ist hier nicht anwendbar, weil er nur für die Pfändung einer Sache gilt.

## D) Verlauf ohne Erhebung der Drittwiderspruchsklage

Wird eine bewegliche Sache gepfändet, die nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gehört, so ist die Pfändung deshalb weder unzulässig noch unwirksam. Erhebt der Dritte keine Widerspruchsklage, so wird die Sache öffentlich versteigert, § 814 ZPO. Die Sache wird an den Meistbietenden „verkauft“ und übereignet.

### 1. „Verkauf“

Der „Verkauf“ erfolgt durch das Gebot des Meistbietenden und den Zuschlag des Gerichtsvollziehers. Es liegt kein Kaufvertrag i.S.d. Bürgerlichen Rechts vor.

- ⇒ Nach MM. ist er ein kaufähnlicher öffentlich-rechtlicher Vertrag.
- ⇒ Nach h.M. erfolgt der Verkauf durch den einseitigen Hoheitsakt des Zuschlags, § 817 ZPO.

Gewährleistungsansprüche bestehen nicht, § 806 ZPO.

### 2. Übereignung

Die Übereignung erfolgt ebenfalls nicht nach dem BGB, sondern dadurch, dass der Gerichtsvollzieher die zugeschlagene Sache dem Ersteher abgeliefert, § 817 II ZPO.

- ⇒ Nach MM muss er ihm die Sache übergeben und sich mit ihm über den Eigentumsübergang einigen.
- ⇒ Nach h.M. genügt Übergabe und einseitiger Übereignungswille des Gerichtsvollziehers (Eigentumsverschaffung durch Hoheitsakt, BGHZ 55, 20 ff., 25; 119, 75 ff., 76 f.).

Der Ersteher erwirbt originäres Eigentum. Guter Glaube oder Abhandenkommen sind nicht zu berücksichtigen (BGHZ 55, 20 ff., 25; 119, 75 ff., 76 f.).

- ⇒ Der Ersteher erwirbt jedoch kein Eigentum, wenn er durch den Erwerb den Dritten vorsätzlich-sittenwidrig i.S.d. § 826 BGB schädigt.
- ⇒ Nach MM schadet schon einfache Kenntnis.
- ⇒ Nach MM. schadet bereits grobe Fahrlässigkeit analog § 1244 BGB.

Die Übereignung ist jedenfalls unwirksam, wenn die Pfändung unwirksam ist. Daneben ist sie unwirksam, wenn die wesentlichsten Versteigerungsbestimmungen (z.B. über die Öffentlichkeit) nicht eingehalten wurden. Nach a.A. nur bei Kenntnis des Erwerbers.

### 3. Dingliche Surrogation

Der von dem Ersteher gezahlte Geldbetrag tritt an die Stelle der veräußerten Sache, geht aber in das Eigentum des Dritten über, dem die Sache gehört hatte, sog. dingliche Surrogation (Rechtsgedanke des § 1247 BGB).

- ⇒ Der Dritte kann deshalb *auch jetzt noch Widerspruchsklage erheben*, bis zur Auszahlung des Geldbetrages an den Gläubiger.

Wird der Geldbetrag an den Gläubiger ausgezahlt, so ist zwar die Übereignung des fremden Geldes – da sie hoheitlich erfolgt – ohne weiteres wirksam. Jedoch hat der Gläubiger in diesem Fall das Geld i.S.d. § 812 I 1 Alt. 2 BGB in sonstiger Weise auf Kosten des Dritten ohne rechtlichen Grund erlangt und muss ihm deshalb den entsprechenden Wert herausgeben, wobei er jedoch nach h.M. vorgeschossene Vollstreckungskosten abziehen darf. Die Kosten seien „Aufwendungen“.

Folglich ist der Gläubiger im Verhältnis zum Schuldner noch nicht befriedigt. § 819 ZPO ist nach h.M. dagegen lediglich eine Gefahrtragungsregelung.

Nach einer Gegenansicht setze der Bereicherungsanspruch lediglich § 771 ZPO fort und der Gläubiger könne die Kosten daher nicht abziehen.

### III. Vollstreckungserinnerung

Vollstreckungserinnerung ist die formlose Anrufung des Vollstreckungsgerichts um Einwendungen gegen „die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das vom Gerichtsvollzieher bei ihr zu beobachtende Verfahren“ geltend zu machen (§ 766 ZPO). Folglich umfasst es die Rüge von Verfahrensfehlern, die von den Vollstreckungsorganen begangen werden.

#### Fall:

Der Gerichtsvollzieher hat im November bei S neun Säcke Holzpellets gepfändet. Der S noch verbleibende zehnte Sack reicht gerade für eine Woche. Deshalb beschwert sich die Frau von S beim Amtsgericht. Wie ist die Rechtslage?

#### A) Allgemeines

Die Beschwerde der Frau des S richtet sich gegen eine Vollstreckungsmaßnahme des Gerichtsvollziehers. Die Beschwerde im technischen Sinn findet aber nur gegen gerichtliche Entscheidungen statt, § 793 ZPO. Als Beschwerde im technischen Sinn wäre der Rechtsbehelf der Frau des S daher unzulässig. Jedoch ist von den Bürgern, die keine Juristen sind, nicht zu erwarten, dass sie einen Antrag an das Gericht zutreffend bezeichnen. Daher genügt es für einen Rechtsbehelf, wenn zu erkennen ist, welche Maßnahme gerichtlich überprüft werden soll. Das Gericht hat dann von sich aus zu untersuchen, welcher Rechtsbehelf gegen diese Maßnahme stattfindet (⇒ **Auslegung**). Gegen die Vollstreckungsmaßnahme eines Gerichtsvollziehers ist die Erinnerung gegeben, § 766 I 1 ZPO. Das Gesetz spricht hier von Anträgen, Einwendungen und Erinnerungen. Damit bringt es zum Ausdruck, dass es auf die genaue Bezeichnung des Rechtsbehelfs nicht ankommt, bestätigt also das eben erwähnte Prinzip für den Fall, dass sich der Rechtsbehelf gegen eine Maßnahme des Gerichtsvollziehers wendet. In Rechtslehre und Rechtsprechung wird der Rechtsbehelf des § 766 ZPO jedoch nur als Erinnerung oder genauer als Vollstreckungserinnerung bezeichnet.

⇒ **Die Beschwerde der Frau des S ist demnach als Vollstreckungserinnerung auszulegen.**

Bei jedem Rechtsbehelf gegen eine gerichtliche oder behördliche Maßnahme ist zu prüfen:

1. Ist der Rechtsbehelf zulässig?
2. Ist der Rechtsbehelf begründet?

Dabei spielt es keine Rolle, um welche Art von Rechtsbehelf es sich handelt.

Begründet ist der Rechtsbehelf, wenn die angefochtene Maßnahme nach formellem oder materiellem Recht nicht getroffen werden durfte. Die Erinnerung der Frau des S ist danach begründet, wenn der Gerichtsvollzieher die Holzpellets ganz oder teilweise nicht pfänden durfte. Auf diese Kernfrage des Erinnerungsverfahrens geht das Gericht jedoch erst ein, nachdem es die Zulässigkeit der Erinnerung bejaht hat.

#### B) Zulässigkeit

##### Zulässigkeitsprüfung der Erinnerung:

1. Statthaftigkeit
2. Form
3. Frist
4. Zuständigkeit
5. Erinnerungsbefugnis (bei § 766 ZPO)  
→ Erinnerungsbefugnis ist Unterfall des Rechtsschutzbedürfnisses

## 1. Statthaftigkeit

Vollstreckungsorgan	Ablehnung des Vollstreckungsaktes	Vornahme des Vollstreckungsaktes nach Anhörung	Vornahme des Vollstreckungsaktes vor Anhörung
Gerichtsvollzieher	§ 766 II ZPO	§ 766 I ZPO	§ 766 I ZPO
Richter des Vollstreckungsgerichts	§ 793 ZPO	§ 793 ZPO	§ 766 I ZPO (sonst entfiel 1. Instanz)
Rechtspfleger	§ 11 I RPflG i.V.m. § 793 ZPO	§ 11 I RPflG i.V.m. § 793 ZPO	§ 11 I RPflG i.V.m. § 766 I ZPO
Prozessgericht des 1. Rechtszuges	§ 793 I ZPO i.V.m. § 891 ZPO	§ 793 I ZPO i.V.m. § 891 ZPO	§ 793 I ZPO i.V.m. § 891 ZPO
Grundbuchamt	§§ 71 ff. GBO	§§ 71 ff. GBO	§§ 71 ff. GBO

Zunächst muss die Erinnerung an sich statthaft, d.h. gegen die angefochtene Maßnahme überhaupt gegeben sein. Das beurteilt sich nach § 766 ZPO.

### a) Gerichtsvollzieher

Die Erinnerung ist sowohl gegen die Vornahme (§ 766 I 1 ZPO) wie gegen die Ablehnung (§ 766 II ZPO) eines Vollstreckungsaktes durch den Gerichtsvollzieher gegeben. (Auf den Kostenansatz des Gerichtsvollziehers wird hier nicht näher eingegangen.)

### b) Vollstreckungsgericht

Vollstreckungsorgan kann auch das Vollstreckungsgericht sein, insbesondere bei der Rechtspfändung, § 828 I ZPO. Das Vollstreckungsgericht handelt i.d.R. durch einen Rechtspfleger. Es kann aber auch durch einen Richter handeln.

#### aa) Richter

Handelt ein Richter, kommt es zunächst darauf an, ob der Richter einen Vollstreckungsakt ablehnt oder vornimmt.

**Bei Ablehnung:** Die Ablehnung eines Vollstreckungsakts durch den Richter ist eine Entscheidung i.S.d. § 793 ZPO. Dass die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts ohne mündliche Verhandlung ergehen kann folgt aus § 128 IV ZPO. Gegen die Ablehnung eines Vollstreckungsakts durch den Amtsrichter findet also die sofortige Beschwerde statt (→ AG: § 567 ZPO, P: Verweis auf § 572 ZPO).

**Bei Vornahme:** Nimmt der Richter einen Vollstreckungsakt vor, so kommt es nach h.M. darauf an, ob er vorher dem Vollstreckungsschuldner rechtliches Gehör gewährt, d.h. Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat, oder nicht.

#### Vornahme des Vollstreckungsaktes durch einen Richter:

##### 1) Beschwerde (§ 793 ZPO) als richtiger Rechtsbehelf bei Gewährung rechtlichen Gehörs

Wurde rechtliches Gehör gewährt, dann ist die sofortige Beschwerde der richtige Rechtsbehelf. Die h.M. stellt auf das tatsächlich gewährte Gehör ab. Daher ist in den Fällen, in denen die Anhörung gesetzlich verboten ist (z.B. § 834 ZPO), ebenfalls die Beschwerde einschlägig. Die Gewähr rechtlichen Gehörs führt also dazu, dass der gerichtliche Beschluss als „Entscheidung“ aufzufassen ist.

**Grund:** Als „Entscheidung“ i.S.d. § 793 ZPO sind solche Akte anzusehen, die nach Abwägung der Gründe erlassen worden sind, die für und gegen den Antrag sprechen. Das Vollstreckungsgericht würde hier über seine eigene Entscheidung befinden müssen, wenn der Rechtsbehelf der Erinnerung einschlägig wäre. Daher ist es sinnvoll, dass die nächsthöhere Instanz die Entscheidung überprüft.

##### 2) Erinnerung (§ 766 ZPO) als richtiger Rechtsbehelf bei Ausfall des rechtlichen Gehörs

Dagegen ist die Vollstreckungserinnerung der richtige Rechtsbehelf, wenn kein rechtliches Gehör gewährt wurde. Das Ausbleiben des rechtlichen Gehörs lässt den gerichtlichen Beschluss daher zu einem Vollstreckungsakt werden.

**Grund:** Hier erfolgte noch keine umfassende Prüfung aller Gesichtspunkte durch das Vollstreckungsgericht. Daher muss ihm die Gelegenheit zu einer Entscheidung erst noch gegeben werden. Diese Möglichkeit gibt dem Gericht die Erinnerung, § 766 ZPO, da bei einer Beschwerde das Verfahren in die nächsthöhere Instanz ginge.

##### 3) Ausnahme

Wenn eine gesetzlich vorgeschriebene Anhörung unterblieben ist (z.B. § 891 S. 2 ZPO), so ist ebenfalls die sofortige Beschwerde der richtige Rechtsbehelf.

### **bb) Rechtspfleger**

Im Normalfall wird das Vollstreckungsgericht nicht durch den Richter, sondern durch den Rechtspfleger tätig. In diesem Fall gilt § 11 RPfIG. Nach § 11 I RPfIG ist gegen die Entscheidung des Rechtspflegers das Rechtsmittel gegeben, das nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften zulässig ist.

- 1) Wenn gegen eine Entscheidung des Richters ein Rechtsmittel gegeben wäre (z.B. die sofortige Beschwerde), dann ist dieses Rechtsmittel einschlägig.  
→ § 11 I RPfIG i.V.m. § 793 ZPO, wenn sofortige Beschwerde gegeben wäre.  
→ § 11 I RPfIG i.V.m. § 766 I ZPO, wenn Vollstreckungserinnerung gegeben wäre.

**Grund:**

Der Rechtspfleger ist lediglich an die Stelle des Richters getreten.

- 2) Wenn gegen eine Entscheidung des Richters kein Rechtsmittel gegeben wäre, ist die *befristete* Erinnerung, die keine Durchgriffserinnerung mehr ist, einschlägig, vgl. § 11 II RPfIG. Die *befristete* Erinnerung nach § 11 II RPfIG ist von der Vollstreckungserinnerung insoweit zu unterscheiden.

**Anmerkung:**

Die Vollstreckungserinnerung ist kein „Rechtsmittel“ im technischen Sinn, weil ihr der Devolutiveffekt fehlt. Sie wird dennoch von der Regelung des § 11 I RPfIG umfasst. Der Ausdruck „Rechtsmittel“ wird hier untechnisch im Sinne von „Rechtsbehelf“ verstanden.

- ⇒ Hielte man am Wortlaut fest, so würde § 11 II RPfIG gelten und somit eine *befristete* Erinnerung statthaft sein.

### **c) Prozessgericht des ersten Rechtszuges**

Neben Gerichtsvollzieher und Vollstreckungsgericht kommt das Prozessgericht des ersten Rechtszuges als drittes Vollstreckungsorgan in Betracht. Prozessgericht des ersten Rechtszuges ist dasjenige Gericht, das in erster Instanz über die Klage des Gläubigers gegen den Schuldner entschieden hat (z.B. § 890 I 1 ZPO). Daher kann neben dem Amtsgericht auch das Landgericht Prozessgericht des ersten Rechtszuges sein.

Nach § 766 ZPO wäre das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht für die Überprüfung der Entscheidung zuständig. Da aber keine untere Instanz eine Entscheidung einer höheren Instanz überprüfen können soll, wird weitgehend vertreten, dass die Vollstreckungserinnerung gegen die Entscheidungen des Prozessgerichtes nicht gegeben ist. Richtiger Rechtsbehelf ist danach die sofortige Beschwerde, § 793 I i.V.m. § 891 ZPO.

### **d) Grundbuchamt**

Viertes Vollstreckungsorgan ist das Grundbuchamt, § 867 I ZPO. Gegen seine Maßnahmen ist aber nicht die Erinnerung nach § 766 ZPO gegeben, sondern – in beschränktem Umfang – die Beschwerde nach der Grundbuchordnung (vgl. §§ 71 ff. GBO).



## 2. Form

Die Zulässigkeit jedes Rechtsbehelfs setzt voraus, dass er formgerecht eingelegt ist. Da die ZPO insoweit keine Bestimmung enthält, kann die Vollstreckungserinnerung formlos eingelegt werden (z.B. auch zu Protokoll der Geschäftsstelle).

## 3. Frist

Der Rechtsbehelf muss fristgerecht eingelegt worden sein, falls eine Frist vorgesehen ist. Zwar ist für die Vollstreckungserinnerung keine Frist vorgesehen, aber auch sie muss innerhalb eines bestimmten Zeitraumes eingelegt werden.

### a) „Fristbeginn“

Als Rechtsbehelf gegen Vollstreckungsakte ist die Erinnerung grundsätzlich erst zulässig, wenn der Vollstreckungsakt vorgenommen ist. Ausnahmsweise ist die Erinnerung bereits bei drohendem Vollstreckungsakt zulässig, wenn vornherein nur ein ganz *bestimmter* Vollstreckungsakt (z.B. die Vollstreckung eines Räumungsurteils) in Frage steht und eine nachträgliche Erinnerung die erlittenen Nachteile nicht voll ausgleichen würde. Sonst aber kann eine Erinnerung frühestens eingelegt werden, nachdem der Vollstreckungsakt vorgenommen bzw. verweigert worden ist.

### b) „Fristende“

Trotz des Fehlens einer bestimmten Frist gibt es für die Erinnerung auch einen spätesten Zeitpunkt, bis zu dem sie eingelegt und somit dem Vollstreckungsgericht zugegangen sein muss. Die Erinnerung wird nämlich unzulässig, wenn die angefochtene Vollstreckungsmaßnahme beendet ist.

- ⇒ Bei einer Sachpfändung ist die Erinnerung unzulässig, nachdem der Versteigerungserlös an den Gläubiger abgeliefert ist.
- ⇒ Bei einer Rechtspfändung ist die Erinnerung unzulässig, nachdem der Drittschuldner gezahlt hat.

Daneben kann die Erinnerungsbefugnis verwirkt werden.

## 4. Zuständigkeit

Als vierte Voraussetzung muss die angerufene Stelle für die Entscheidung über den Rechtsbehelf zuständig sein. Bei einem Rechtsbehelf prüft man zunächst die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts.

### Prüfungsschritte:

- 1) Zunächst prüft man die funktionelle Zuständigkeit. Die funktionelle Zuständigkeit bei einem Rechtsbehelf stellt das Pendant zur sachlichen Zuständigkeit bei einer Klage dar. Somit wird hier als erstes die Zuständigkeit des Gerichts der Sache nach geprüft.
- 2) Als zweites prüft man die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts.
- 3) Zuletzt prüft man die Zuständigkeit des tätig werdenden Gerichtsorgans, die sogenannte funktionelle Organzuständigkeit.

Funktionell zuständig im Sinne der Gerichtszuständigkeit ist bei der Vollstreckungserinnerung das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht, § 766 I 1, § 764 II ZPO. Ein anderes Amtsgericht bezeichnet das Gesetz in § 766 ZPO nicht. Daher ist örtlich zuständig dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattfindet. Funktionell zuständig i.S.d. der Organzuständigkeit ist nicht der Rechtspfleger, sondern der Richter, vgl. § 20 Nr. 17 a RPflG.

## 5. Erinnerungsbefugnis

Schließlich muss der Rechtsbehelfsführer zur Einlegung des Rechtsbehelfs befugt sein. Auch darüber enthält § 766 ZPO keine nähere Bestimmung. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass nun jedermann erinnerungsbefugt wäre. Die Erinnerung ist kein Popularrechtsbehelf. Erinnerungsbefugt ist vielmehr nur, wer durch die angefochtenen Maßnahmen beschwert ist.

Für die Erinnerungsbefugnis muss ebenfalls zwischen der Ablehnung und der Vornahme einer Vollstreckungsmaßnahme differenziert werden.

### a) Ablehnung der Vollstreckungsmaßnahme

Wurde eine Vollstreckungsmaßnahme abgelehnt, so steht die Erinnerung nur demjenigen zu, der die abgelehnte Maßnahme beantragt hatte. Somit können andere Gläubiger, Dritte oder der Schuldner selbst keine Vollstreckungserinnerung erheben.

### b) Vornahme einer Vollstreckungsmaßnahme

Wurde eine Vollstreckungsmaßnahme vorgenommen, so steht die Erinnerung jeder Person zu, die ein berechtigtes Interesse an der Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahme hat. Ein berechtigtes Interesse hat insbesondere derjenige, der durch die Vollstreckungsmaßnahme **möglicherweise** in seinen Rechten verletzt wird.

#### Erinnerungsbefugt können daher bei der Vornahme einer Vollstreckungsmaßnahme sein:

1. Der Schuldner alleine.  
→ Regelfall
2. Ein Dritter alleine.  
→ z.B. Pfändung einer Sache, die sich bei einem Dritten befindet, der zur Herausgabe nicht bereit ist, § 809 ZPO.
3. Sowohl der Schuldner als auch ein Dritter.  
→ Bei Verstoß gegen eine Vorschrift, die sowohl den Schutz des Schuldners als auch den des Dritten bezweckt und damit beiden ein Recht auf Beachtung einräumt (z.B. § 811 I Nr. 2 ZPO, da hier Schutz des Schuldners und seiner Familien- und sonstigen Hausangehörigen).

#### Zum Fall:

Der Frau des S könnte ein Recht auf Beachtung der Vorschrift des § 811 I Nr. 2 ZPO zustehen, welches durch die Vollstreckungsmaßnahme verletzt ist. Als Familienangehörige wäre die Frau des S dann erinnerungsbefugt. Für die Erinnerungsbefugnis genügt bereits die Möglichkeit einer Verletzung des § 811 I Nr. 2 ZPO. Dies ist vorliegend zu bejahen. Ob diese Vorschrift tatsächlich verletzt wurde, untersucht das Vollstreckungsgericht erst im Rahmen der Begründetheit.

## C) Begründetheit

Die Begründetheit der Erinnerung hängt wiederum davon ab, ob sie sich gegen die Ablehnung oder die Vornahme eines Vollstreckungsaktes wendet, da hieran verschiedene Voraussetzungen geknüpft sind.

### 1) Ablehnung der Vollstreckungsmaßnahme

Die Erinnerung gegen die Ablehnung eines Vollstreckungsaktes ist begründet, wenn der Akt vorgenommen werden muss und somit zulässig war.

### 2) Vornahme der Vollstreckungsmaßnahme

Die Erinnerung gegen die Vornahme eines Vollstreckungsaktes ist begründet, wenn der Akt nicht vorgenommen werden durfte und somit unzulässig war wegen Verletzung einer Vorschrift über Gegenstand, Zuständigkeit, Form oder allgemeiner und besonderer Vollstreckungsvoraussetzungen.

#### Zum Fall:

In Betracht kommt nur eine Erinnerung wegen Verletzung des § 811 I Nr. 2 ZPO und somit wegen Nichtbeachtung einer besonderen Zulässigkeitsvoraussetzung der Sachpfändung. Der Gerichtsvollzieher hatte im November neun Säcke Holzpellets gepfändet. Der noch verbleibende zehnte Sack reicht gerade für eine Woche. Daher war die Pfändung von drei der neun Säcke unzulässig, da nach § 811 I Nr. 2 ZPO Feuerungsmittelvorräte für vier Wochen unpfändbar sind. Soweit ist die Erinnerung begründet, im übrigen unbegründet.

## D) Exkurs Referendare: Entscheidung

Die Entscheidung über die Erinnerung ergeht durch Beschluss.

### 1) Ablehnung eines Vollstreckungsbescheides und Gericht hält Erinnerung für begründet

→ hält das Gericht die Erinnerung gegen die Ablehnung eines Vollstreckungsaktes für begründet, so weist es den Gerichtsvollzieher bzw. den Rechtspfleger an, den Vollstreckungsakt vorzunehmen. Bei Zuständigkeit des Rechtspflegers kann es den Vollstreckungsakt auch selbst vornehmen.

### 2) Vornahme eines Vollstreckungsbescheides und Gericht hält Erinnerung für begründet

→ hält das Gericht die Erinnerung gegen die Vornahme eines Vollstreckungsaktes für begründet, weil die Form des Vollstreckungsaktes nicht gewahrt ist oder eine besondere Zulässigkeitsvoraussetzung dieses Aktes fehlt, so erklärt es **diesen Akt für unzulässig**. Dann ist die Zwangsvollstreckung auf andere Maßregeln zu beschränken (§ 775 Nr. 1, 3. Alt. ZPO, der Beschluss des Vollstreckungsgerichtes ist im weiteren Sinn vollstreckbar nach §§ 794 I Nr. 3, 793, 764 III ZPO) und die unzulässige Vollstreckungsmaßregel aufzuheben (§ 776 S. 1).

*Beispiele:* Entfernung der Pfandsiegel von der gepfändeten Sache oder im Falle der Veräußerung der Sache durch Aushändigung des Erlöses an den Schuldner.

→ Eine eigene Vollstreckungsmaßregel hebt das Vollstreckungsgericht selbst auf.

→ Hält das Gericht die Erinnerung gegen die Vornahme eines Vollstreckungsaktes für begründet, weil eine allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung fehlt (z.B. die Vollstreckungsklausel), so erklärt es die Zwangsvollstreckung **insgesamt für unzulässig**. Es entscheidet somit, dass die Zwangsvollstreckung aus dem näher bezeichneten Titel wegen des Mangels einer Klausel unzulässig sei. Dann ist die Zwangsvollstreckung einzustellen (§ 775 Nr. 1 ZPO) und die unzulässige Vollstreckungsmaßregel aufzuheben (§ 776 S. 1 ZPO).

### 3) Kosten

Die Kosten des Erinnerungsverfahrens sind keine Kosten der Zwangsvollstreckung i.S.d. § 788 ZPO (str.). Über sie entscheidet das Vollstreckungsgericht daher nach den §§ 91 ff. ZPO.

### 4) Entscheidung im Fall

Das Gericht wird die Zwangsvollstreckung in drei der neun Säcke für unzulässig erklären und im übrigen die Erinnerung als unbegründet zurückweisen.

Der Gerichtsvollzieher hat nach § 775 Nr. 1 ZPO die Vollstreckung auf die verbleibenden sechs Säcke Holzpellets zu beschränken, wenn die Frau des S die Ausfertigung des Beschlusses vorlegt, aus dem sich ergibt, dass die Vollstreckung in drei der neun Säcke für unzulässig erklärt ist. Vollstreckbar ist der Beschluss des Gerichtes ohne weiteres, weil gegen ihn das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet, § 794 I 3, § 793, § 764 III ZPO. Allerdings enthält der Beschluss des Vollstreckungsgerichtes keinen Leistungsbefehl, sondern spricht nur die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus. Daher ist er im engeren Sinne nicht vollstreckbar. Er ist aber im weiteren Sinne vollstreckbar, da die Folgerungen, die sich aus ihm ergeben, hier die Beschränkung der Zwangsvollstreckung, gezogen werden dürfen.

Aufgrund von § 775 Nr. 1 ZPO muss daher zwischen der Vollstreckbarkeit im engeren und im weiteren Sinne unterschieden werden. Im Beispielsfall genügt es aber nicht, dass der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung auf sechs Säcke beschränkt, vgl. § 776 S. 1 ZPO. Der Gerichtsvollzieher muss somit drei Säcke freigeben indem er die Pfandsiegel entfernt. Erst dadurch ist die Verstrickung beseitigt und nicht schon durch die Entscheidung des Vollstreckungsgerichtes.

#### **Anmerkung:**

Vollstreckung im engeren Sinn ist die Durchsetzung eines Leistungsbefehls mit den Mitteln der Zwangsvollstreckung. Vollstreckbar im engeren Sinn können daher nur Titel sein, die einen Leistungsbefehl enthalten. Vollstreckung im weiteren Sinn ist jede gerichtliche oder behördliche Verwirklichung eines Titels. Vollstreckbar im weiteren Sinn kann daher auch eine Entscheidung sein, die nur eine Feststellung oder rechtsgestaltende Verfügung enthält. § 775 Nr. 1 ZPO meint die Vollstreckbarkeit im weiteren Sinn.

#### *Hauptsacheentscheidung:*

Die Pfändung von drei der neun Säcke Holzpellets, die der Gerichtsvollzieher ... am ... bei dem Schuldner beschlagnahmt hat, wird für unzulässig erklärt. Im übrigen wird die Erinnerung als unbegründet zurückgewiesen.

#### *Kostenentscheidung (hier nach § 91 I 1 ZPO):*

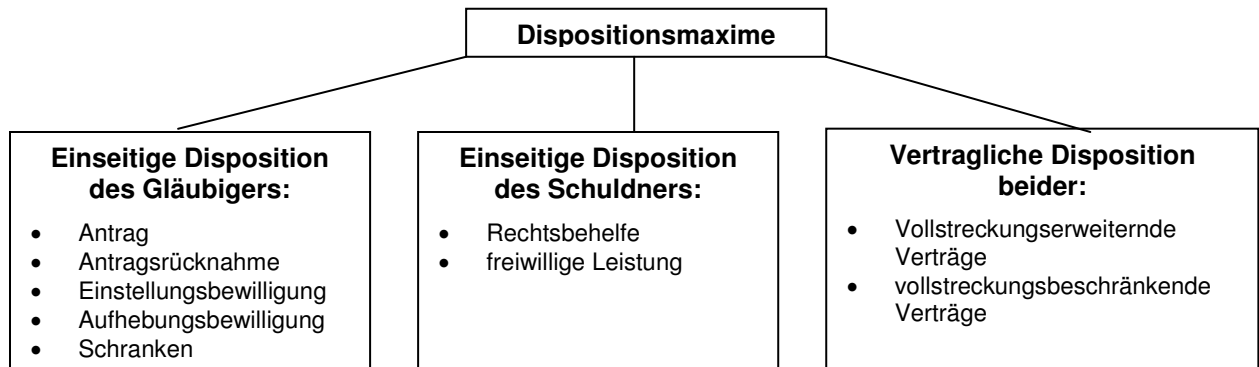
Die Kosten des Erinnerungsverfahrens trägt zu einem Drittel der Erinnerungsgegner, zu zwei Dritteln die Erinnerungsführerin.

## 1.5 Grundsätze der Zwangsvollstreckung

Grundsätze der Zwangsvollstreckung	
I.	<b>Dispositionsmaxime</b>
II.	<b>Summarische oder volle Sachverhaltsaufklärung</b>
III.	<b>Rechtliches Gehör</b>
IV.	<b>Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz</b>
V.	<b>Grundsatz der Formalisierung</b>
VI.	<b>Prioritätsprinzip</b>
VII.	<b>Grundsatz der Verhältnismäßigkeit</b>

### I. Dispositionsmaxime

Die Dispositionsmaxime gilt sowohl im Erkenntnisverfahren als auch in der Zwangsvollstreckung. Sie besagt, dass die Parteien des Vollstreckungsverfahrens über Anfang, Durchführung und Ende des Verfahrens verfügen (=disponieren) können. Dies kann einseitig oder vertraglich geschehen.



### A) Die einseitige Disposition des Gläubigers

#### 1. Antrag

Der Antrag bestimmt im einzelnen:
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>in welchem Umfang</i> vollstreckt werden soll <ul style="list-style-type: none"> <li>⇒ ob z.B. die ganze titulierte Geldforderung beigeschrieben werden soll oder nur ein Teilbetrag</li> </ul> </li> <li>• <i>gegen welche Person</i> vollstreckt werden soll <ul style="list-style-type: none"> <li>⇒ ob z.B. ein Urteil, das gegen die Gesamtschuldner A, B und C ergangen ist, zunächst nur gegen A vollstreckt werden soll</li> </ul> </li> <li>• <i>in welches</i> von mehreren <i>Schuldnervermögen</i> vollstreckt werden soll <ul style="list-style-type: none"> <li>⇒ ob z.B. bei einem Erben nur in den Nachlass oder auch in das Eigenvermögen vollstreckt werden soll.</li> </ul> </li> <li>• Bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung – „<i>Geldvollstreckung</i>“ – entscheidet der Gläubiger durch seinen Antrag ferner <i>über die Art</i> der Zwangsvollstreckung, nämlich ob der Gerichtsvollzieher bewegliche Sachen pfänden soll oder das Vollstreckungsgericht ein Vermögensrecht oder ob das Vollstreckungsgericht die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung anordnen oder das Grundbuchamt eine Zwangshypothek eintragen soll.</li> </ul>

- a) Der Gläubiger disponiert einseitig über Anfang und Durchführung des Verfahrens, indem er die Zwangsvollstreckung beantragt. Jedes Vollstreckungsverfahren setzt einen Antrag voraus. Das ergibt sich z.B. für die Zwangsvollstreckung durch Gerichtsvollzieher aus § 753 I ZPO. Mit „Auftrag“ ist nichts anderes gemeint als ein Antrag. Denn der Gerichtsvollzieher wird nicht aufgrund eines privatrechtlichen Auftragsverhältnisses für den Gläubiger tätig, sondern – wie die anderen Vollstreckungsorgane – aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Antragsverhältnisses.
- b) Dem Gerichtsvollzieher braucht der Gläubiger nicht zu sagen, welche Sachen gepfändet werden sollen. Er kann es ihm aber vorschreiben. Dann dürfen nur die vom Gläubiger bezeichneten Sachen gepfändet werden, es sei denn, dass ihre Pfändung unzulässig ist. Ebenso kann der Gläubiger bestimmen, dass gewisse Sachen nicht gepfändet werden dürfen. § 58 Nr. 2 GVGA besagt ausdrücklich, dass der Gerichtsvollzieher eine Weisung des Gläubigers insoweit zu berücksichtigen hat, als sie mit den Gesetzen oder der Geschäftsweisung nicht in Widerspruch steht. Natürlich kann sich der Gläubiger auch darauf beschränken, einen Wunsch zu äußern (§ 104 II GVGA), z.B. zu erklären, dass er die Pfändung gewisser Sachen gern sähe, die Entscheidung aber dem sachkundigen Gerichtsvollzieher überlassen wolle.
- c) Der Gläubiger kann schließlich in vielfältiger Weise Einfluss auf die Verwertung des beschlagnahmten Vermögensobjektes nehmen. So hat z.B. bei einer gepfändeten Geldforderung der Gläubiger die Wahl zwischen der Überweisung zur Einziehung und der Überweisung an Zahlungs Statt (§ 835 I ZPO).

## 2. Antragsrücknahme

Der Gläubiger kann nicht nur durch seinen Antrag über den Beginn und die Durchführung des Vollstreckungsverfahrens disponieren, sondern auch durch die Rücknahme des Vollstreckungsantrags das Verfahren beenden.

Dass der Gläubiger das Recht hat seinen Antrag zurückzunehmen ist nur für die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung gesetzlich bestimmt (§§ 29, 161 IV ZVG). Für die übrigen Arten der Zwangsvollstreckung ist das Recht des Gläubigers zur Antragsrücknahme aber gleichfalls unbestritten. Es folgt hier aus der Erwägung, dass grundsätzlich nichts dagegen spricht, dem Gläubiger die Entscheidung darüber, ob die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll, auch nach der Antragsstellung zu belassen.

### **Ausnahme:**

Der Antrag kann nicht mehr wirksam zurückgenommen werden, nachdem der Zuschlag erteilt ist, weil der Ersteher durch den Zuschlag ein Recht erworben hat, das ihm nicht mehr durch eine Antragsrücknahme entzogen werden soll. Bei der Versteigerung eines Grundstücks erwirbt der Ersteher durch den Zuschlag das Eigentum (§ 90 ZVG), bei der Versteigerung einer beweglichen Sache einen Anspruch auf Übereignung durch Ablieferung (§ 817 II ZPO).

Bei der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung führt die zulässige Antragsrücknahme kraft Gesetzes dazu, dass die Beschlagnahme des Versteigerungsgutes erlischt, soweit nicht andere Gläubiger das Verfahren weiter betreiben. Die im Gesetz vorgesehene Aufhebung des Verfahrens hat daher *nur deklaratorische Bedeutung*, vgl. § 29 ZVG. Für die übrigen Arten der Zwangsvollstreckung ist es noch ungeklärt, ob die bereits getroffenen Vollstreckungsmaßregeln im Falle der Antragsrücknahme kraft Gesetzes wirkungslos werden (§ 269 III 1 ZPO analog) oder mit konstitutiver Wirkung aufgehoben werden müssen, so wie bei der Pfändung beweglicher Sachen. Ein zurückgenommener Vollstreckungsantrag kann wiederholt werden. Bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs kann dies *sogar mehrfach* geschehen.

### 3. Einstellungsbewilligung

Mit welchen Worten der Gläubiger seinen Antrag zurücknimmt spielt keine Rolle. Häufig findet sich die Formulierung, dass der Gläubiger die endgültige Einstellung des Verfahrens bewillige. Das ist nichts anderes als eine Antragsrücknahme.

Von der endgültigen Einstellung zu unterscheiden ist die einstweilige Einstellung, welche auch der Gläubiger bewilligen kann. Dann kommt das Verfahren nicht zum Abschluss, sondern zum Stillstand (→ es versinkt in einen „Dornröschenschlaf“). Der Gerichtsvollzieher nimmt z.B. keine weiteren Pfändungen vor und unterlässt die Versteigerung der bereits gepfändeten Sachen. Erst auf einen neuen Antrag des Gläubigers wird das Verfahren fortgesetzt.

Dass der Gläubiger eine einstweilige Einstellung bewilligen kann ist für alle Vollstreckungsarten herrschende Meinung, aber nur für den Fall der Zwangsverwaltung gesetzlich geregelt, vgl. § 30 I 1 ZVG.

Die ZPO kennt keine Einstellungsbewilligung, sondern nur eine Stundungsbewilligung, § 775 Nr. 4 ZPO. Die Stundung setzt einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner voraus (§ 311 I BGB). Die Stundungsbewilligung des Gläubigers ist daher ein Vertragsangebot, das der Schuldner stillschweigend annimmt, wenn er nicht widerspricht. Für die Zeit der Stundung werden keine Verzugszinsen geschuldet. Die Zwangsvollstreckung wird von Amts wegen einstweilen eingestellt.

Unterscheide:	
Stundungsbewilligung	Einstellungsbewilligung
- materiellrechtliche Willenserklärung	- Prozesshandlung
- Vertragsangebot	- einseitige Handlung
- Einstellung von Amts wegen, § 775 Nr. 4 ZPO	- Einstellung kraft Bewilligung
- keine Verzugszinsen	- Verzugszinsen laufen weiter

Stundungs- und Einstellungsbewilligung können zusammentreffen. Es kann aber auch sein, dass der Gläubiger nur Stundung bewilligt und die vollstreckungsrechtlichen Konsequenzen dem Vollstreckungsorgan überlässt oder umgekehrt nur die Einstellung bewilligt, aber keine Stundung, damit die Verzugszinsen weiterlaufen.

**Im Zweifel ist eine bloße Einstellungsbewilligung anzunehmen, auch wenn der Gläubiger von „Stundung“ spricht.**

#### 4. Aufhebungsbewilligung

Bewilligt der Gläubiger die einstweilige Einstellung des Verfahrens, so bleiben die bereits getroffenen Vollstreckungsmaßregeln bestehen. Eine Pfändung z.B. fällt nicht von selbst weg. Sie muss vielmehr eigens aufgehoben werden. Das geschieht bei beweglichen Sachen durch Abnahme der Pfandsiegelmarke. Erst damit endet die Verstrickung (sog. Entstrickung).

Die Aufhebung erfolgt jedoch nur aufgrund einer Bewilligung des Gläubigers, der Aufhebungsbewilligung. Der Gläubiger hat daher die Wahl, ob er die bereits getroffene Vollstreckungsmaßregel bestehen lässt oder ob er neben der Einstellung auch die Aufhebung bewilligt.

- ⇒ Ist das Verfahren aufgrund einer Bewilligung des Gläubigers einstweilen eingestellt worden, so bedarf es auch zur Aufhebung der bereits getroffenen Vollstreckungsmaßregeln einer Bewilligung des Gläubigers. Neben die Einstellungsbewilligung tritt daher die Aufhebungsbewilligung. Der Gläubiger kann die Aufhebung einer einzelnen Vollstreckungsmaßregel aber auch isoliert dann bewilligen, wenn das Verfahren weiter läuft.

*Beispiel:*

Der Gerichtsvollzieher hat einen Pkw gepfändet, der nicht dem Schuldner, sondern aufgrund einer Sicherungsübereignung einer Bank gehört. Nachdem die Bank ihr Sicherungseigentum nachgewiesen hat, bewilligt der Gläubiger die Aufhebung der Pfändung. Man spricht von Freigabe des Pkw. Aufgrund dieser Freigabe oder Aufhebungsbewilligung gibt der Gerichtsvollzieher dann den Pkw an den Schuldner zurück. Im übrigen geht das Verfahren weiter.

**Zu unterscheiden sind daher drei Fälle:**

- a) Einstellungsbewilligung ohne Aufhebungsbewilligung  
(Regelfall bei der einstweiligen Einstellung)
- b) Einstellungsbewilligung mit Aufhebungsbewilligung
- c) Aufhebungsbewilligung ohne Einstellungsbewilligung  
(typischer Fall der Freigabe eines schuldnerfremden Gegenstandes)

#### 5. Schranken der Dispositionsbefugnis

Begrenzt wird die Dispositionsbefugnis des Vollstreckungsgläubigers – wie die rechtsgeschäftliche Privatautonomie – durch zwingendes Recht.

- ⇒ Zwingend für den Gläubiger sind alle diejenigen Normen des Vollstreckungsrechts, die den Schutz des Schuldners oder dritter Personen bezwecken oder dem öffentlichen Interesse dienen sollen. Ein einfaches Beispiel sind die Pfändungsverbote des § 811 ZPO. Beantragt daher der Gläubiger eine bestimmte Sache zu pfänden, die unpfändbar ist, so ist sein Antrag unzulässig, weil er gegen zwingendes Recht verstößt.
- ⇒ Dispositiv für den Gläubiger sind demgegenüber solche Normen des Vollstreckungsrechts, die lediglich den Schutz des Gläubigers selbst bezwecken, wie z.B. die Norm des § 808 II 1 ZPO, nach der auch andere Sachen als Geld, Kostbarkeiten und Wertpapiere nicht im Gewahrsam des Schuldners zu belassen sind, sofern hierdurch die Befriedigung des Gläubigers gefährdet wird. Da diese Norm lediglich den Schutz des Gläubigers bezweckt, kann der Gläubiger den Gerichtsvollzieher von ihrer Befolgung dispensieren. Er kann also z.B. bestimmen, dass ein Kraftfahrzeug im Gewahrsam des Schuldners bleiben soll.

## B) Die einseitige Disposition des Schuldners

Die einseitige Disposition des Schuldners über das Vollstreckungsverfahren beschränkt sich im wesentlichen auf die Rechtsbehelfe (vgl. 1.4) und die freiwillige Leistung.

Von einer freiwilligen Leistung des Schuldners spricht man in der Zwangsvollstreckung auch dann, wenn der Schuldner unter dem Druck der Zwangsvollstreckung leistet. Mehr als 90 % der Pfändungsfälle führen nicht zu einer Versteigerung, sondern enden dadurch, dass der Schuldner schließlich doch noch zahlt, um die gepfändeten Sachen zu behalten. Zu unterscheiden ist diese Zahlung von der zwangsweisen Zahlung, die *durch* die Versteigerung bewerkstelligt wird.

- ⇒ Bevor der Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung beginnt, fordert er den Schuldner zur freiwilligen Zahlung auf. Der Schuldner hat dann die Wahl, ob er an den Gerichtsvollzieher oder unmittelbar an den Gläubiger zahlen will.
- ⇒ Zahlt der Schuldner an den Gerichtsvollzieher, so wird ihm die vollstreckbare Ausfertigung neben einer Quittung ausgeliefert, vgl. § 757 I Hs. 1 ZPO. Das Geld des Schuldners leitet der Gerichtsvollzieher nach Abzug der Vollstreckungskosten an den Gläubiger weiter.
- ⇒ Zahlt der Schuldner unmittelbar an den Gläubiger, so muss er dem Gerichtsvollzieher die Zahlung erst beweisen. Das kann er z.B. durch einen Einzahlungsbeleg einer Bank oder Sparkasse. In diesem Fall stellt der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung aber nur einstweilen ein, um sich zu vergewissern, dass der Gläubiger das Geld auch wirklich erhalten hat, vgl. § 775 Nr. 5 ZPO. Erst wenn der Gläubiger die Zahlung anerkennt und die endgültige Einstellung bewilligt, d.h. den Vollstreckungsantrag zurücknimmt, endet das Vollstreckungsverfahren (i.w.S.).

## C) Die vertragliche Disposition der Parteien

Schließlich können die Parteien auch durch Vertrag über das Vollstreckungsverfahren disponieren. Man unterscheidet vollstreckungserweiternde und vollstreckungsbeschränkende Verträge.

### 1. Vollstreckungserweiternde Verträge

Vollstreckungserweiternd ist ein Vertrag, der die Vollstreckungsbefugnisse des Gläubigers über die gesetzlichen Schranken hinaus erweitert.

Ein Beispiel ist ein Vertrag, in dem der Schuldner auf den Pfändungsschutz bei beweglichen Sachen nach § 811 ZPO verzichtet.

Vorheriger Verzicht auf Pfändungsschutz bei beweglichen Sachen nach § 811 ZPO durch Vertrag	Verzicht auf den Pfändungsschutz des § 811 ZPO bei oder nach der Pfändung durch Vertrag
→ nach h.M. Vertrag unwirksam, da Verstoß gegen zwingendes Recht	→ nach h.M. Vertrag wirksam, da der Schuldner hier weniger schutzbedürftig sei

#### Anmerkung:

Bei § 811 ZPO muss bei jeder einzelnen Nummer der konkrete Zweck, den sie verfolgt und ob dieser Zweck der Verfügungsgewalt der Parteien entzogen ist, untersucht werden.



## 2. Vollstreckungsbeschränkende Verträge

Ein solcher vollstreckungsbeschränkender Vertrag ist grundsätzlich wirksam. Da der Gläubiger durch einen Erlassvertrag auf den vollstreckbaren Anspruch gänzlich verzichten könnte (vgl. § 397 I BGB), muss er auch und erst recht auf die Zwangsvollstreckung verzichten können.

**Beispiel:** Der Vertrag sieht vor, dass bestimmte Sachen, die nach dem Gesetz pfändbar sind, nicht gepfändet werden dürfen.

Problematisch ist die Frage, wie sich der Schuldner gegen eine vertragswidrige Vollstreckung wehren kann. In Betracht kommen zwei Rechtsbehelfe. Zum einen die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO und die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO (so BGH NJW 91, 2295 f.).

### **P: Richtiger Rechtsbehelf gegen eine vertragswidrige Vollstreckung**

- ⇒ Der BGH sieht § 767 ZPO als richtigen Rechtsbehelf. Für § 767 ZPO spricht, dass der Schuldner sich auf einen Vertrag beruft, der mit einem materiellrechtlichen Erlass- oder Stundungsvertrag verwandt ist und oft vielleicht nicht einmal klar von ihm abgegrenzt werden kann. Vor allem aber ist es zweifelhaft, ob der Vertrag ohne weiteres zur Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung führen kann oder ob es dazu nicht vielmehr eines Gestaltungsurteils bedarf. Würde der Vertrag ohne weiteres zur Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung führen, so wäre die Zwangsvollstreckung den Vollstreckungsorganen verboten, auch wenn sie den Vertrag und damit das Verbot gar nicht kennen. Ein solches Ergebnis ist unbefriedigend. Die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung muss auf Gründen beruhen, die für die Vollstreckungsorgane ohne weiteres erkennbar sind. Da dies für die vollstreckungsbeschränkenden Verträge nicht gilt, können sie nicht zur Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung führen, sondern rechtfertigen nur eine Vollstreckungsabwehrklage.
- ⇒ Vertreten wird aber auch die Gegenansicht, dass der Schuldner nur nach § 766 ZPO vorgehen kann und nach einer vermittelnden Ansicht hat der Schuldner die Wahl zwischen § 766 und § 767 ZPO.

**ABER:** Beachte Problem bei § 767 II ZPO: Selbst wenn bereits vor der letzten mündlichen Verhandlung der Vertrag vorlag, greift § 767 II ZPO nicht, da dies im 1. Prozess nicht hätte geltend gemacht werden können. Es hätte nämlich keine Einwendung gegen den Anspruch vorgelegen, sondern nur gegen die Vollstreckbarkeit.

## II. Summarische oder volle Sachverhaltsaufklärung

### **Exkurs Erkenntnisverfahren:**

Im *Erkenntnisverfahren* wird der erhebliche Sachverhalt *regelmäßig voll aufgeklärt*, d.h. es werden alle Tatsachen berücksichtigt, die rechtlich erheblich sein können, sofern sie nur im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes von einer Partei vorgebracht (im Geltungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes dem Gericht erkennbar sind,) und es wird über die streitigen (bzw. zweifelhaften) Tatsachen Beweis erhoben.

Eine begrenzte (sog. summarische) Sachverhaltsaufklärung findet sich im Erkenntnisverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Zwar werden auch hier alle vorgetragenen rechtlich erheblichen Tatsachen berücksichtigt, aber im Streitfall kommt es nicht zu einer Beweisaufnahme, sondern nur zu einer Glaubhaftmachung, die sich mit 50%iger Wahrscheinlichkeit der streitigen Tatsachen begnügt (→ der Beweis verlangt dagegen nach h.M. eine fast 100%ige Wahrscheinlichkeit). Außerdem genügt zur Glaubhaftmachung auch eine Versicherung an Eides Statt, die als Beweismittel unzulässig ist, und es dürfen nur präsente Beweismittel verwendet werden.

### **In der Zwangsvollstreckung begegnet uns sowohl die summarische als auch die volle Sachverhaltsaufklärung:**

- 1) Summarisch ist z.B. die Sachverhaltsaufklärung des Gerichtsvollziehers vor der Pfändung. Der Gerichtsvollzieher berücksichtigt z.B. bei der Entscheidung über die Unpfändbarkeit einer Sache nur die ihm präsenten Tatsachen und Beweismittel.
- 2) Zu einer vollen Sachverhaltsaufklärung kommt es dagegen z.B. wenn der Schuldner beim Vollstreckungsgericht eine zeitweilige Aussetzung der Verwertung beantragt, § 813 b I ZPO. Die nach dieser Vorschrift erheblichen Tatsachen werden voll aufgeklärt.

### III. Rechtliches Gehör

Den Parteien ist auch in der Zwangsvollstreckung grundsätzlich rechtliches Gehör zu gewähren. Das folgt mangels einfachgesetzlicher Vorschriften *unmittelbar* aus Art. 103 I GG.

- ⇒ Nach Art. 103 I GG hat vor Gericht „jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör“. Gericht im Sinne dieser Vorschrift ist auch das Vollstreckungsgericht, das Prozessgericht des ersten Rechtszuges und das Grundbuchamt. Kein „Gericht“ ist der Gerichtsvollzieher. Für ihn ergibt sich die Pflicht zur Gewährung von Gehör aber aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 28 I 1 GG.

„Rechtliches Gehör“ bedeutet in der Zwangsvollstreckung, dass das Vollstreckungsorgan den Parteien ausreichende Gelegenheit geben muss, sich zu allen erheblichen Rechts- und Tatfragen zu äußern und eine Äußerung bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen hat.

**Die Anhörung des Schuldners darf jedoch nicht dazu führen, dass der Zweck der Zwangsvollstreckung, die Befriedigung des Gläubigers, gefährdet wird.**

- ⇒ Deshalb verbietet das Gesetz vor einer Forderungspfändung die Anhörung des Schuldners, § 834 ZPO. Denn die vorherige Anhörung des Schuldners würde regelmäßig die Gefahr heraufbeschwören, dass der Schuldner schnell noch die zu pfändende Forderung dem Zugriff des Gläubigers entzieht und so den Zweck der Zwangsvollstreckung, die Befriedigung des Gläubigers, vereitelt.
- ⇒ Für die Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher fehlt ein entsprechendes Anhörungsverbot. Jedoch bestimmt die Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher, eine bundeseinheitliche Verwaltungsvorschrift, dass der Gerichtsvollzieher den Schuldner von einer bevorstehenden Zwangsvollstreckung nur in zwei Fällen benachrichtigen darf:
  1. Wenn ein Grundstück geräumt werden soll.
  2. Wenn mit einer freiwilligen Leistung des Schuldners gerechnet werden kann (Vgl. § 808 III ZPO).
- ⇒ Vor der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung und vor der Eintragung einer Zwangshypothek ist eine Anhörung des Schuldners wegen der Gefährdung des Gläubigers nicht erforderlich und auch nicht üblich.
- ⇒ Dagegen muss das Prozessgericht des ersten Rechtszuges in den Fällen der Handlungs- und Unterlassungsvollstreckung dem Schuldner rechtliches Gehör gewähren, § 891 S. 2 ZPO.
- ⇒ Bei den anderen Vollstreckungsarten kann der Schuldner sich zumindest nachträgliches Gehör verschaffen, indem er gegen den getroffenen Vollstreckungsakt den vorgesehenen Rechtsbehelf einlegt.
- ⇒ In den späteren Phasen des Vollstreckungsverfahrens, nach dem ersten Zugriff, ist auch dem Schuldner stets vorheriges Gehör zu gewähren, weil er jetzt die Befriedigung des Gläubigers nicht mehr vereiteln kann (z.B. § 74 ZVG).

## IV. Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz

Der Verhandlungsgrundsatz verbietet dem Vollstreckungsorgan Tatsachen zu berücksichtigen die keine Partei vorträgt und über Tatsachen Beweis zu erheben, die keine Partei bestreitet. Er gilt schon seinem Namen nach nur dort, wo eine Verhandlung der Parteien stattfindet, gleichgültig ob mündlich oder schriftlich. Vorausgesetzt wird also ein Verfahren mit beiderseitigem rechtlichen Gehör. In Verfahrensabschnitten mit bloß einseitigem rechtlichen Gehör gilt der Verhandlungsgrundsatz demnach nicht. Wenn z.B. der Gerichtsvollzieher über die Unpfändbarkeit einer Sache zu entscheiden hat, dann kann er dazu regelmäßig nur den Schuldner hören, weil der Gläubiger abwesend ist. Es findet also keine Verhandlung zwischen Schuldner und Gläubiger über die Frage der Unpfändbarkeit statt. Infolgedessen gilt der Verhandlungsgrundsatz nicht. Der Gerichtsvollzieher kann auch Tatsachen berücksichtigen, die der Schuldner nicht bestreitet. Das ist aber nichts anderes als der Untersuchungsgrundsatz.

### **Festzuhalten bleibt:**

- ⇒ In Verfahrensabschnitten mit beiderseitigem rechtlichen Gehör gilt der Verhandlungsgrundsatz.
- ⇒ In Abschnitten mit nur einseitigem rechtlichen Gehör gilt der Untersuchungsgrundsatz.

In welchem Ausmaß verhandelt oder untersucht werden darf hängt davon ab, ob die Sachverhaltsaufklärung nur summarisch oder voll betrieben wird. In dem Fall des Gerichtsvollziehers, der über die Unpfändbarkeit einer Sache zu entscheiden hat, ist die Sachverhaltsaufklärung nur summarisch. Daher darf der Gerichtsvollzieher im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes nur leicht feststellbare Tatsachen berücksichtigen und nicht nach Tatsachen forschen, die nur schwer zu ermitteln sind.

## V. Grundsatz der Formalisierung

Der Grundsatz der Formalisierung besagt, dass die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht von der materiellen Rechtslage abhängt, sondern von formellen oder formalisierten Voraussetzungen, die das Vollstreckungsorgan leicht und sicher feststellen kann.

- ⇒ Das Vollstreckungsorgan prüft nicht den materiellrechtlichen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner, sondern orientiert sich stattdessen an dem Titel. Einwendungen gegen den Anspruch verweist es in den Prozess der Vollstreckungsabwehrklage.
- ⇒ Ebensowenig prüft das Vollstreckungsorgan, ob ein Gegenstand, der beschlagnahmt werden soll, nach materiellem Recht dem Schuldner oder einem Dritten gehört, sondern orientiert sich stattdessen bei beweglichen Sachen am Gewahrsam des Schuldners, des Gläubigers oder eines herausgabebereiten Dritten, bei Rechten an den Angaben des Gläubigers und bei Grundstücken am Grundbuch. Einen Streit zwischen Gläubiger und Dritten über das Eigentum an dem Gegenstand verweist es in den Prozess der Drittwiderspruchsklage.
- ⇒ Allerdings soll der Gerichtsvollzieher bewegliche Sachen, die offensichtlich einem Dritten gehören, nicht pfänden, z.B. Uhren, die er bei einem Uhrmacher in Reparatur vorfindet (§ 119 Nr. 2 GVGA). Er muss sie aber pfänden, wenn der Gläubiger es verlangt. Denn dann besteht Streit über die Zugehörigkeit der Sache, und diesen Streit soll nicht der Gerichtsvollzieher entscheiden, indem er die Pfändung ablehnt, sondern das Gericht der Drittwiderspruchsklage.

Zweifelhaft ist die Rechtslage, wenn ein Recht gepfändet werden soll, das offensichtlich nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gehört. Hier ist zu beachten, dass der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss nur von einem angeblichen Recht des Schuldners spricht. Wenn ein solches Recht nicht existiert, geht der Beschluss ins Leere und ist nichtig.

- ⇒ Die Nichtigkeit kann von dem wahren Berechtigten mit der Drittwiderspruchsklage geltend gemacht werden.
- ⇒ Sie kann aber auch von dem Drittschuldner eingewandt werden, den der Gläubiger aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses verklagt.
- ⇒ Eine andere Möglichkeit ist, dass das Vollstreckungsgericht (z.B. bei offenkundiger Nichtexistenz des angeblichen Rechts) den Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses mit der Begründung ablehnt, an einem nichtigen Beschluss bestehe kein Rechtsschutzinteresse (Mangel des Rechtsschutzgrundes; § 803 II ZPO analog). Dann muss im Verfahren der Rechtspflegererinnerung über die Zugehörigkeit des zu pfändenden Rechts entschieden werden.

## VI. Prioritätsprinzip (vgl. 1.1)

## VII. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

### A. Allgemeines

Im öffentlichen Recht gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.w.S. mit seinen Teilgrundsätzen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S..

Diese Grundsätze gelten nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch in der Zwangsvollstreckung. In der Literatur wird dies überwiegend abgelehnt.

**Tlw.Lit.:** Die öffentlich-rechtlichen Grundsätze passten nicht auf die zivilprozessuale Zwangsvollstreckung, in der es regelmäßig um die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche gehe. Zwar müsse man zugeben, dass die staatliche Vollstreckungsgewalt hoheitliche Gewalt sei, so dass das Zwangsvollstreckungsrecht dem öffentlichen Recht angehöre. Das ändere aber nichts daran, dass es um die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche gehe, die der Staat nur deshalb in die Hand nehme, weil er dem Bürger die private Durchsetzung im Wege der Selbsthilfe verboten habe, nicht wie im Verwaltungsrecht, um die Wahrnehmung primär öffentlicher Interessen.

- 1. Arg.:**Die unmittelbare Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung führe zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit. Denn während man sich noch vorstellen kann, was Geeignetheit und Erforderlichkeit in der Zwangsvollstreckung bedeuten könnten, ist es völlig ungewiss, was man sich unter einem unverhältnismäßigen Vollstreckungsakt vorzustellen hat.
- 2. Arg.:**Zudem wird befürchtet, dass eine weitere Einschränkung der Vollstreckungsgewalt, wie sie sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben würde, die ohnehin schon begrenzten Durchsetzungsmöglichkeiten des Gläubigers bis zur Grenze der Undurchsetzbarkeit reduzieren würde, praktisch also zur Rechtsverweigerung zu führen droht.
- 3. Arg.:**Zuletzt sehen die Gegner des BVerfG die Gefahr, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der verfassungsrechtlichen Rang hat, das Vollstreckungsrecht für alle Zeiten auf bestimmte Lösungen festlegt und eine Anpassung an veränderte Verhältnisse ausschließt.

**Contra.:** Die teilweise in der Literatur geäußerten Befürchtungen sind nicht unbegründet. Ihnen lässt sich aber auch dann Rechnung tragen, wenn man den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung anerkennt.

1. Man darf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht unmittelbar anwenden, wenn er mehrere Möglichkeiten zulässt, sondern muss dann die Entscheidung dem Gesetzgeber überlassen. Hier gilt der Grundsatz, dass in ausnormierten Rechtsgebieten wie dem Zwangsvollstreckungsrecht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine „Schrankenfunktion“ zukommt und er bei einer Auslegung von Generalklauseln wie § 765 a ZPO oder Spezialregelungen wie z.B. § 758 ZPO zu berücksichtigen ist.
2. Man muss bei der Interessenabwägung, die der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert, immer auch das Interesse des Gläubigers an der Durchsetzung seines Anspruchs berücksichtigen, und darf es nicht zur Undurchsetzbarkeit kommen lassen.
3. Schließlich ist der Ansicht zu widersprechen, dass prozessrechtliche Regelungen, die auf die Verfassung zurückgehen, zu wenig flexibel wären. Wenn das Grundgesetz das elementar prozessrechtliche Problem des rechtlichen Gehörs unmittelbar regelt, dann muss es auch andere prozessrechtliche Fragen unmittelbar regeln können, ohne dass eine Zementierung des Prozessrechts droht.

## B. Geeignetheit

Der Grundsatz der Geeignetheit besagt in der Zwangsvollstreckung, dass ein Vollstreckungsakt geeignet sein muss, seinen Zweck zu erreichen.

Zweck eines Vollstreckungsaktes ist sowohl die Befriedigung des Gläubigers wegen des vollstreckbaren Anspruchs als auch die Beitreibung der bereits entstandenen Vollstreckungskosten, die dem Schuldner zur Last fallen, § 788 I 1 ZPO. Ungeeignet ist daher ein Vollstreckungsakt, wenn er nicht zur Beitreibung der geschuldeten Leistung beitragen kann, auch nicht teilweise.

### Beispiel:

Der Gerichtsvollzieher steht vor der Frage, ob er einen Teppich pfänden soll. Den voraussichtlichen Versteigerungserlös schätzt er auf 50,- €. Die Kosten der Pfändung und Versteigerung schätzt er gleichfalls auf 50,- €. Da diese Vollstreckungskosten vorrangig aus dem Erlös zu decken wären, bliebe für den Gläubiger nichts mehr übrig. Die Pfändung und Versteigerung wäre also ungeeignet, ihren Zweck zu erreichen, sie wäre nutzlos oder zwecklos.

Diesen Fall regelt § 803 II ZPO. Die Vorschrift gilt sowohl für die Sachpfändung als auch für die Rechtspfändung. (Keine entsprechende Anwendung auf Zwangsverwaltung, BGH NJW 02, 3178)

## C. Erforderlichkeit

In der Zwangsvollstreckung muss der Vollstreckungsakt erforderlich sein. Ein Vollstreckungsakt ist erforderlich, wenn es kein milderer Mittel zu seiner Zweckerreichung gibt.

Es gibt Fallgestaltungen, für die eine einfachgesetzliche Regelung der Erforderlichkeit besteht und Fallgestaltungen, in denen eine solche Regelung fehlt.

### 1. Beispiel:

Der Gerichtsvollzieher steht vor der Frage, ob er einen DVD-Player oder eine Stereoanlage pfänden soll. Den voraussichtlichen Erlös des DVD-Players berechnet er mit 100,- €, den der Stereoanlage mit 150,- €. Die gesamte beizutreibende Leistung einschließlich der Vollstreckungskosten beträgt 95,- €. Daher genügt die Pfändung des DVD-Players. Die Pfändung der teureren Stereoanlage ist nicht erforderlich.

Für diesen Fall ist der Grundsatz der Erforderlichkeit in der ZPO anerkannt, § 803 I 2 ZPO. Auch in anderen Zusammenhängen schreibt die ZPO die Beachtung der Erforderlichkeit vor (z.B. § 758 I ZPO).

### 2. Beispiel:

Der Gläubiger betreibt die Zwangsversteigerung eines Grundstücks, obwohl er sich aus dem beweglichen Vermögen des Schuldners befriedigen könnte.

Nach dem ZVG ist eine solche Zwangsversteigerung zulässig. Hier könnte es nahe liegen, die Verfassung zur Hilfe zu rufen und die Zwangsversteigerung für unzulässig zu erklären, solange sich der Gläubiger aus dem beweglichen Vermögen des Schuldners befriedigen kann.

Man ginge dabei aber wie selbstverständlich davon aus, dass die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, die sogenannte Mobiliarvollstreckung, ein milderer Mittel ist als die Zwangsversteigerung. Das kann, muss aber nicht so sein. Auch durch eine Mobiliarvollstreckung kann der Schuldner empfindlich benachteiligt werden. Er kann z.B. nach einer Lohn- oder Gehaltspfändung den Arbeitsplatz verlieren, nach einer Kontopfändung bei seiner Bank oder Sparkasse den Kredit einbüßen oder nach der Versteigerung eines Geschäftsanteils wirtschaftlich ruiniert sein, während ihn die Versteigerung eines Baugrundstücks weniger hart treffen würde.

**P:** Wie soll der Rechtspfleger vor der Anordnung einer Zwangsversteigerung wissen, ob eine Mobiliarvollstreckung ein milderer Mittel wäre?

*Kurz:* Der Grundsatz der Erforderlichkeit lässt sich hier nicht durchführen.

## Exkurs: Rechtsschutzinteresse bzw. Rechtsschutzbedürfnis

Die ZPO kennt bei der Feststellungsklage ein rechtliches Interesse, vgl. § 256 I ZPO. Dieses rechtliche Interesse ist für die Rechtsanwendung zu unbestimmt. Man muss es dazu in einzelne Voraussetzungen zerlegen.

### **Bedeutende Voraussetzungen des Rechtsschutzinteresses:**

1. Der Rechtsschutzgrund:

Das klagestattgebende Urteil muss dem Kläger rechtlich nützen. Das ist bei der Feststellungsklage im allgemeinen der Fall, wenn der Beklagte die festzustellende Rechtslage bestreitet.

2. Die Zweckmäßigkeit der Klage:

Es darf für den Kläger kein anderes Rechtsschutzmittel geben, das zweckmäßiger ist als die erhobene Klage. So ist z.B. die Feststellungsklage im allgemeinen unzulässig, wenn bereits Leistungsklage erhoben werden kann.

Die Frage des Rechtsschutzgrundes und die Frage der Zweckmäßigkeit lässt sich nicht nur bei der Feststellungsklage stellen, sondern auch bei der Leistungs- und der Gestaltungsklage. Sie ist hier aber in der Regel zu bejahen. Rechtsgrundlage sind entweder spezielle gesetzliche Vorschriften (z.B. § 259 ZPO) oder die Analogie zu § 256 I ZPO.

### **Rechtsschutzinteresse in der Zwangsvollstreckung:**

1. Rechtsschutzgrund:

In der Zwangsvollstreckung ist unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzgrundes zu prüfen, ob der beantragte Vollstreckungsakt dem Gläubiger rechtlich nützt, ob er geeignet ist, zur Befriedigung des Gläubigers beizutragen. Das heißt also: Die Frage nach dem Rechtsschutzgrund ist identisch mit der Frage nach der Geeignetheit.

2. Zweckmäßigkeit der Klage:

Unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit ist in der Zwangsvollstreckung zu fragen, ob es für den Gläubiger ein anderes Rechtsschutzmittel gibt, das zweckmäßiger ist als die beantragte Vollstreckung. Ob also die beantragte Vollstreckung wegen eines anderen zweckmäßigeren Mittels nicht erforderlich ist. Daran zeigt sich: Die Frage der Zweckmäßigkeit ist identisch mit der Frage der Erforderlichkeit.

#### **Beispiel:**

Titel umschreiben lassen (§ 727 ff. ZPO) anstatt gegen einen Dritten (Rechtsnachfolger) neu zu klagen.

Für die Rechtsanwendung gilt, dass man die Lösung immer in der unmittelbaren oder analogen Anwendung gesetzlicher Vorschriften zu suchen hat, nicht in den unbestimmten Prinzipien der Geeignetheit oder Erforderlichkeit und daher auch nicht in dem gleichbedeutenden Satz vom Rechtsschutzinteresse.

Man erörtert somit z.B., dass das Ergebnis aus § 803 II ZPO folgt. Den Zusatz, dass es sich dabei um ein Problem der Geeignetheit, respektive des Rechtsschutzinteresses sprich Rechtsschutzgrundes handelt, erörtert man nicht.

## D. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn besagt, dass eine Maßnahme nicht zu einem Schaden führen darf, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.

**Es sind zwei Größen in der Zwangsvollstreckung miteinander zu vergleichen:**

1. Die Beitreibung der geschuldeten Leistung als der erstrebte Erfolg.
2. Der Schaden, zu dem die Zwangsvollstreckungsmaßnahme führt.

### Primäre Schäden:

Der Schaden besteht primär darin, dass dem Schuldner der Wert der geschuldeten Leistung entzogen wird. Der Gerichtsvollzieher nimmt dem Schuldner 100,- € weg um damit den vollstreckbaren Anspruch und die Vollstreckungskosten in Höhe von gleichfalls 100,- € zu befriedigen. Der Schuldner erleidet dadurch einen primären Schaden von 100,- €. Dass er diesen Schaden tragen muss, hat die Rechtsordnung bereits entschieden, indem sie den Schuldner zur Leistung von 100,- € einschließlich der Vollstreckungskosten verpflichtete.

⇒ Auf den primären Vollstreckungsschaden ist daher im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht mehr einzugehen.

### Sekundäre Schäden:

Sekundäre Schäden, die der Schuldner durch die Zwangsvollstreckung erleidet sind dagegen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu erörtern.

#### 1. Beispiel:

Der Gerichtsvollzieher fügt bei der gewaltsamen Wegnahme von 100,- € dem Schuldner eine Körperverletzung zu.

⇒ Wegen einer solchen Körperverletzung kann die Gewaltanwendung des Gerichtsvollziehers unverhältnismäßig sein, nicht anders als die Gewaltanwendung eines Polizisten. Da die ZPO die Grenzen der Gewaltanwendung des Gerichtsvollziehers nicht regelt (§ 758 III ZPO), kann die Unverhältnismäßigkeit nur entweder direkt mit dem Verfassungsprinzip oder mit einer analogen Anwendung des Polizeirechts begründet werden.

#### 2. Beispiel:

Ein Grundstück mit einem Verkehrswert von 50.000,- € wird für 30.000,- € versteigert. Der Versteigerungsverlust beträgt somit 20.000,- €. Die beizutreibende Leistung betrug nur 1.000,- €.

Beim vorliegenden Wertverlust als sekundären Vollstreckungsschaden, den der Schuldner durch die Zwangsversteigerung erleidet, stellt sich die Rechtslage anders dar. Dieser sekundäre Vollstreckungsschaden könnte als unverhältnismäßig angesehen werden, da die beizutreibende Leistung mit 1.000,- € nur geringfügig ist.

Das Gesetz hat die Frage jedoch anders entschieden. Es lässt die Versteigerung mit einem *Verlust bis zu 50 % des Verkehrswertes in jedem Fall* zu (§ 817 a ZPO, § 85 a I, II 2 ZVG). Die Praxis arbeitet in krassen Fällen, z.B. dem zweiten Termin in der Grundstückszwangsversteigerung, dem gem. § 85 a II 2 ZVG noch nicht einmal die Hälfte des Verkehrswertes erzielt werden muss, mit § 765 a I ZPO.

## 1.6. Gläubigeranfechtung

### Fall:

S ist überschuldet. Um sich der Zwangsvollstreckung zu entziehen hat er seine gesamten Wertgegenständen, darunter einen Teppich, seiner Freundin X geschenkt. Gläubiger G hat einen titulierten Anspruch in Höhe von 1.000,- € gegen den S. Er möchte daher den Teppich pfänden lassen.

S	§ 929 BGB	X (Eigt.)
	§ 516 BGB	□ (Teppich)

Die Pfändung ist schon deshalb unzulässig, weil nicht der Schuldner, sondern ein Dritter den Teppich besitzt. Die Freundin wird nicht zur Herausgabe bereit sein, § 809 ZPO. Auch besteht kein Herausgabeanspruch S/X, den G pfänden lassen könnte.

G kann die Schenkung S/X aber möglicherweise „anfechten“ nach dem Anfechtungsgesetz (im Schönfelder Nr. 111).

## I. Voraussetzungen

Die Voraussetzungen des Anfechtungsrechts und damit des Rückgewähranspruchs ergeben sich aus den §§ 1, 2, 3, 4, 6 AnfG.

### A. § 1 AnfG

**§ 1 Grundsatz.** (1) Rechtshandlungen des Schuldners, die seine Gläubiger benachteiligen, können außerhalb des Insolvenzverfahrens nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

Die Rechtshandlung des Schuldners ist im Beispielsfall die schenkweise Übereignung des Teppichs an X. Eine Benachteiligung der Gläubiger ist zu bejahen. Die dingliche Wirksamkeit der Übereignung wird von § 1 AnfG aber nicht berührt.

### B. § 2 AnfG

**§ 2 Anfechtungsberechtigte.** Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger berechtigt, der einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und dessen Forderung fällig ist, wenn die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt hat oder wenn anzunehmen ist, dass sie nicht dazu führen würde.

- ⇒ G muss somit einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt haben, d.h. ein Endurteil oder einen anderen Vollstreckungstitel (§§ 704, 794 ZPO).
- ⇒ Die Forderung des G gegen S muss fällig sein.
- ⇒ Die Zwangsvollstreckung des G gegen S war erfolglos oder drohte erfolglos zu sein. Die Erfolglosigkeit wird am einfachsten durch eine entsprechende Bescheinigung des Gerichtsvollziehers nachgewiesen, sog. Fruchtlosigkeitsbescheinigung.

### C. § 3 ff. AnfG

Im Beispielsfall kommt § 4 I AnfG in Betracht:

**§ 4 Unentgeltliche Leistung.** (1) Anfechtbar ist eine unentgeltliche Leistung des Schuldners, es sei denn, sie ist früher als vier Jahre vor der Anfechtung vorgenommen worden.

(2) Richtet sich die Leistung auf ein gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk geringen Werts, so ist sie nicht anfechtbar.

Der Teppich ist kein gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk (wie etwa ein Geburtstagsgeschenk) i.S.v. § 4 II AnfG. Die unentgeltliche Verfügung müsste in den letzten vier Jahren vor der Anfechtung vorgenommen worden sein.

Die Anfechtung erfolgt vorliegend durch Klage des G gegen X auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Der genaue Zeitpunkt der Klageerhebung ist derjenige der Zustellung der Klageschrift an die Beklagte, § 253 I ZPO. Dabei ist die Ausnahmenvorschrift des § 167 ZPO zu beachten, welche auch im Falle der §§ 3, 4, 6 AnfG gilt (vgl. OLG Köln, NJW 1955, 1843). Wurde daher die Klageschrift noch innerhalb der Jahresfrist eingereicht und „demnächst“ - d.h. ohne dass die Verzögerung vom Kläger zu vertreten war – zugestellt, so ist die Frist gewahrt.



## II. Rechtsfolgen

Die Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz ist von der Anfechtung nach dem BGB zu unterscheiden. Nach dieser Anfechtung kann der Gläubiger von dem Dritten die „Rückgewähr“ des empfangenen Gegenstandes verlangen, vgl. § 11 I AnfG.

### A. Geld

Geld hat der Dritte direkt an den Gläubiger zu zahlen.

### B. Andere Gegenstände

Andere Gegenstände, z.B. ein Teppich, braucht der Dritte dagegen nicht an den Gläubiger herauszugeben. Der Dritte muss bei anderen Gegenständen als Geld die Zwangsvollstreckung nur dulden.

- ⇒ Im Klageantrag des Gläubigers gegen den Dritten wird er daher im obigen Fall G beantragen, dass das Gericht die Beklagte X verurteilen soll, wegen eines Betrags von 1.000,- €, welche S dem G noch schuldet, die Zwangsvollstreckung in den näher bezeichneten Teppich zu dulden, vgl. § 13 AnfG. Aufgrund dieses Duldungsurteils kann G den Teppich pfänden und versteigern lassen.

### Fall:

Der Teppich im obigen Fall befindet sich noch beim Schuldner S. Dort wird er zugunsten des Gläubigers G gepfändet. Die Dritte X erhebt Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO mit der Begründung, dass ihr der Teppich von S geschenkt worden sei und sie ihn nur als Leihgabe bei S gelassen hat.

- ⇒ Als Eigentümerin des Teppichs hat die Dritte X an sich ein die Veräußerung hinderndes Recht. Dennoch muss sie die Zwangsvollstreckung hier nach § 9 AnfG (Anfechtung durch Einrede) dulden, weil sie den Teppich in anfechtbarer Weise erworben hat.
- ⇒ Daher wird die Drittwiderspruchsklage als unbegründet abgewiesen.

**Teil II: Einstweiliger Rechtsschutz**

**Teil II: Einstweiliger Rechtsschutz**

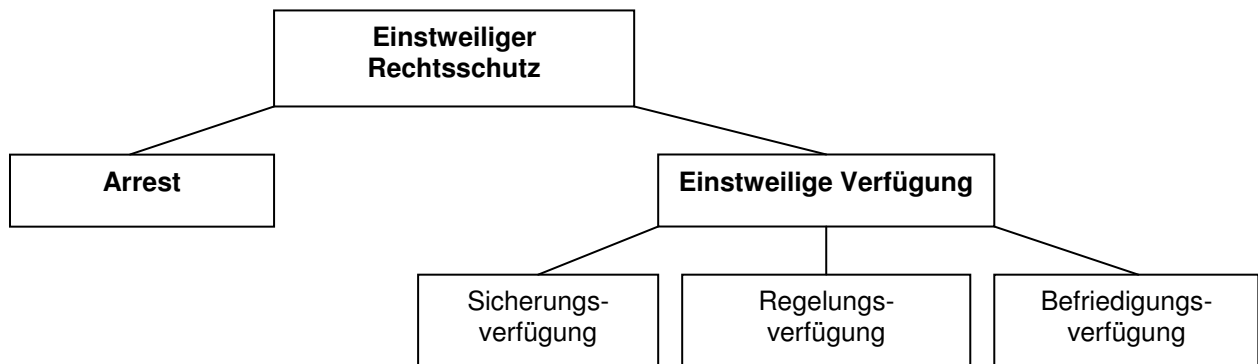
**2.1. Allgemeines**

Ist zur Durchsetzung eines Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner noch ein Urteil als Vollstreckungstitel nötig, besteht die Gefahr, dass aufgrund der Dauer des Prozesses die Realisierung des Anspruchs beeinträchtigt oder vereitelt wird. Der Gesetzgeber hat daher mit dem Arrest und der einstweiligen Verfügung zwei Mittel zur Verfügung gestellt um einstweiligen Rechtsschutz zu erreichen. Die Gläubiger können damit der Beeinträchtigung oder Vereitelung vorbeugen und die Durchsetzung ihres Rechts sichern.

Der einstweilige Rechtsschutz zielt auf eine vorläufige Sicherung ab, wohingegen das ordentliche Erkenntnisverfahren auf Befriedigung gerichtet ist. Insoweit ergeht auch nur eine vorläufige Regelung. Im einstweiligen Rechtsschutz sind daher auch weniger strenge Voraussetzungen zu erfüllen als im ordentlichen Erkenntnisverfahren, insbesondere bedarf es nur einer summarischen Sachverhaltsaufklärung und es genügt eine Glaubhaftmachung i.S.d. § 294 ZPO.

<b>Unterschiede:</b>	
<b>Einstweiliger Rechtsschutz:</b>	<b>Ordentliches Erkenntnisverfahren:</b>
Sicherung ↓	Befriedigung ↓
<b>Beschlagnahme</b>	<b>Verwertung</b>
Pfändung beweglicher Sachen, § 930 ZPO ⇔	öffentliche Versteigerung, §§ 814 ff. ZPO
Pfändung von Rechten, § 930 ZPO ⇔	Überweisungsbeschluss, § 835 ZPO
Sicherungshypothek am Grundstück, § 932 ZPO	Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, §§ 864 ff. ZPO und ZVG
Vorläufige Regelung	Endgültige Entscheidung
Summarische Sachverhaltsaufklärung	Volle Sachverhaltsaufklärung
Glaubhaftmachung, § 294 ZPO	Wahrheitsbeweis, § 286 ZPO

Der einstweilige Rechtsschutz untergliedert sich in Arrest und einstweilige Verfügung. Der Arrest sichert Geldforderungen oder Forderungen, die in eine Geldforderung übergehen können, vgl. § 916 S. 1 ZPO. Die einstweilige Verfügung schützt die Verwirklichung anderer Ansprüche. Bei der einstweiligen Verfügung ist zwischen der Sicherungs-, Regelungs- und Befriedigungsverfügung zu unterscheiden.



## 2.2. Arrest

### Fall:

G verlangt von S Schadensersatz in Höhe von 1.000.000,- €. S sieht sich vom Ruin bedroht. Er versucht daher sein Unternehmen zu verkaufen und will sich mit dem Erlös irgendwo im Ausland eine neue Existenz aufbauen. G erfährt von den Verhandlungen des S. Wie kann er verhindern, dass sich S seiner Schadensersatzpflicht entzieht?

- ⇒ G könnte sofort die Zwangsvollstreckung betreiben, wenn er einen Vollstreckungstitel hätte. Den hat er aber noch nicht. Er müsste S daher erst verklagen. Ein vorläufig vollstreckbares Urteil erhielte er zwar schon nach Abschluss der ersten Instanz. Bis dahin würde jedoch allein wegen der schwierigen Beweisaufnahmen mindestens ein halbes Jahr vergehen. Dann wäre S längst über alle Berge. Mit einer Zwangsvollstreckung, die zur Befriedigung seines Anspruchs führt, käme G daher zu spät. Für solche Fälle sieht das Gesetz den Arrest vor.

## I. Zwangsvollstreckung und Arrest

**§ 916 I ZPO:** „Der Arrest findet zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs statt, der in eine Geldforderung übergehen kann.“

„Arrest“ ist die Beschlagnahme einzelner Vermögensgegenstände (dinglicher Arrest) oder die Beschränkung der Bewegungsfreiheit des Schuldners (persönlicher Arrest) zur Sicherung eines aktuellen oder potentiellen Geldanspruchs (Arrestanspruch, § 916 ZPO), letztlich zur Sicherung einer Geldleistung. Der Arrest wird im Arrestprozess angeordnet und danach vollzogen.

⇒ **In eine Geldforderung übergehen kann jeder vermögensrechtliche Anspruch, indem er sich bei Nichterfüllung in einen Schadensersatzanspruch auf Geld verwandelt.**

### Beispiel:

Der Lieferungsanspruch des Käufers verwandelt sich bei Nichterfüllung in einen Schadensersatzanspruch auf Geld nach §§ 433 I 1, 280 I, 281 I, 251 I BGB. § 916 I ZPO setzt demnach als Arrestanspruch eine Geldforderung oder einen anderen vermögensrechtlichen Anspruch voraus.

## 1. Dinglicher Arrest

Der Arrest richtet sich i.d.R. gegen das Vermögen des Schuldners und zwar durch Beschlagnahme einzelner Vermögensgegenstände. Die Beschlagnahme von Vermögensgegenständen bezeichnet man als „dinglichen Arrest“.

Bewegliche Sachen werden vom Gerichtsvollzieher gepfändet, Vermögensrechte vom Vollstreckungsgericht und ein Grundstück wird vom Grundbuchamt mit einer Sicherungshypothek belastet.

Der Arrest führt **nicht** dazu, dass eine gepfändete bewegliche Sache auch veräußert wird oder dass ein gepfändetes Vermögensrecht dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen wird oder dass das mit einer Sicherungshypothek belastete Grundstück zur Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung gebracht wird.

**Grund:** Alle diese Maßnahmen würden bedeuten, dass der Gläubiger befriedigt wird. Der Arrest soll den Gläubiger aber nur sichern.

## 2. Persönlicher Sicherungsarrest

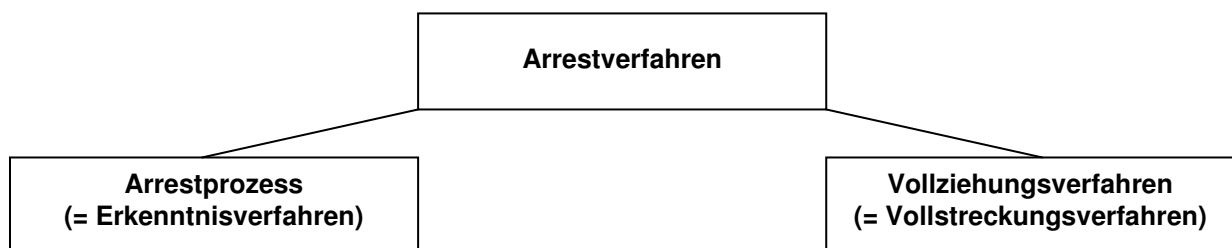
Beim „persönlichen Sicherungsarrest“, wird die persönliche Bewegungsfreiheit des Schuldners eingeschränkt. Hier werden dem Schuldner vom Gerichtsvollzieher u.U. die Ausweispapiere weggenommen oder im äußersten Falle wird er verhaftet. Dadurch wird er daran gehindert Vermögensgegenstände beiseite zu schaffen und sich so dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen.

## II. Voraussetzungen

Bevor der Arrest vollzogen wird, muss er von dem zuständigen Gericht angeordnet sein. Das geschieht auf Gesuch des Gläubigers durch den sog. Arrestbefehl. Der Arrestbefehl wird im Gegensatz zu einem Leistungsurteil alsbald erlassen. Das ist nicht nur notwendig, sondern auch gerechtfertigt. Das Leistungsurteil soll zur endgültigen Befriedigung des Gläubigers führen. Deshalb darf es erst ergehen, nachdem der Anspruch des Gläubigers sorgfältig geprüft worden ist. Der Arrestbefehl dagegen soll nicht zur endgültigen Befriedigung, sondern nur zur einstweiligen Sicherung des Gläubigers führen. Deshalb genügt für ihn eine summarische Prüfung des geltend gemachten Anspruchs, die alsbald erfolgen kann.

Mit dem Erlass des Arrestbefehls ist der Arrest noch nicht bewirkt. Dazu muss er erst noch vollzogen werden. Das geschieht auf erneuten Antrag des Gläubigers durch das zuständige Vollzugsorgan (Gerichtsvollzieher, Vollstreckungsgericht oder Grundbuchamt).

Das ganze Verfahren gliedert sich demnach in zwei Abschnitte: ein Erkenntnisverfahren, in dem der Arrestbefehl ergeht, und das Vollziehungsverfahren, in dem der Arrest vollzogen wird. Das entspricht der Zweiteilung in ein Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren.



### 1. Arrestprozess (Erkenntnisverfahren)

#### A. Gericht

Zuständig für die Anordnung des Arrestes sind gleichberechtigt das Gericht der Hauptsache und das nächstgelegene Amtsgericht (§ 919 ZPO). „Hauptsache“ ist der Streit über das Bestehen des Arrestanspruchs im ordentlichen Erkenntnisverfahren. Dieser Streit wird in dem summarischen Arrestprozess nur vorläufig geklärt. Endgültig entschieden wird er im ordentlichen Prozess. Gericht der Hauptsache ist das mit diesem Streit im ersten oder zweiten Rechtszug befasste Gericht, vor Anhängigkeit das im ersten Rechtszug zuständige Gericht (§ 943 I ZPO). Die Gerichtsstände sind ausschließliche (§§ 802, 40 II ZPO). Zur Zuständigkeit des Vorsitzenden siehe § 944 ZPO.

- ⇒ Ist der ordentliche Prozess noch nicht anhängig (wie im Ausgangsfall), so ist dasjenige Gericht gemeint, das für eine Klage sachlich und örtlich zuständig wäre. In Beispielsfall wären wegen des hohen Streitwertes von 1.000.000,- € die Landgerichte sachlich zuständig. Würde S beispielsweise in Erlangen wohnen, so wäre das Landgericht Nürnberg/Fürth örtlich zuständig.
- ⇒ Ist der ordentliche Prozess bereits anhängig, so kommt es nicht auf die Zuständigkeit, sondern auf die tatsächliche Anhängigkeit an, vgl. § 943 I ZPO.

## B. Arrestziel

Die Besonderheit des Arrestprozesses ist es, dass er nicht auf Befriedigung eines Anspruchs abzielt, sondern bloß auf Sicherung. Mehr als eine Sicherung braucht der Gläubiger auch nicht. Denn wenn er gesichert ist, z.B. durch die Pfändung einer beweglichen Sache, kann er in Ruhe einen Vollstreckungstitel erwirken und alsdann die Zwangsvollstreckung betreiben.

- ⇒ Im Beispielsfall kann er dann die gepfändete Sache durch den Gerichtsvollzieher veräußern und sich den Erlös aushändigen lassen.
- ⇒ Ist ein Vermögensrecht im Wege des dinglichen Arrestes gepfändet worden, so kann es, nachdem der Gläubiger einen Vollstreckungstitel erlangt hat, im Wege der Zwangsvollstreckung dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen werden.
- ⇒ Ist ein Grundstück im Wege des dinglichen Arrestes mit einer Sicherungshypothek belastet worden, so kann es, nachdem der Gläubiger einen Vollstreckungstitel erlangt hat, auf sein Betreiben zur Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung gebracht werden.

Man kann daher auch sagen, dass der Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen des Schuldners stattfindet, § 916 I ZPO.

## C. Gesuch

Die Anordnung des Arrestes setzt ein Gesuch des Gläubigers voraus, das zulässig und begründet ist.

### Zulässigkeit des Gesuchs

a) Das Gesuch kann schriftlich oder mündlich erklärt werden (§§ 920 III, 129 a ZPO), so dass kein Anwaltszwang besteht (§ 78 V ZPO).

**Aber:** Wenn die Sache am Landgericht anhängig ist und das Gericht einen Termin zur mündlichen Verhandlung ansetzt, so besteht wieder Anwaltszwang. Lediglich für das Gesuch besteht kein Anwaltszwang, weshalb später durchaus noch ein Anwalt vom Kläger eingeschaltet werden muss um Prozesshandlungen vornehmen zu können.

b) Das Gesuch muss „den Arrest“ beantragen. Die Auswahl der geeigneten Anordnung kann dem Gericht überlassen werden.

c) Das Gesuch muss den Arrestanspruch und den Arrestgrund bezeichnen (§ 920 I ZPO). Der Anspruch muss so genau bezeichnet werden, dass er von anderen möglichen Ansprüchen zwischen den Parteien unterschieden werden kann.

### Voraussetzungen des § 920 I ZPO nach h.M.:

1. Das Gesuch muss erkennen lassen, ob der dingliche oder der persönliche Arrest beantragt wird. Nähere Angaben zur Vollziehung sind nicht erforderlich.
2. Das Gesuch muss zweitens den Arrestanspruch bezeichnen und dabei den Geldbetrag angeben, bei einem anderen vermögensrechtlichen Anspruch den Geldwert.
3. Drittens muss das Gesuch den Arrestgrund bezeichnen, d.h. den Lebenssachverhalt, dessentwegen der Arrest beantragt wird. Eine rechtliche Würdigung ist nicht erforderlich.

Fehlt eine dieser Angaben und wird sie auf Anforderung nicht fristgerecht nachgeholt, so ist das Gesuch unzulässig.

d) Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen wie Partei- und Prozessfähigkeit ergeben sich aus den Allgemeinen Vorschriften.

### **Begründetheit des Gesuchs**

Begründet ist das Gesuch, wenn der in ihm bezeichnete Arrestanspruch und Arrestgrund vorliegen.

#### **a) Schlüssigkeitsprüfung**

Damit das Gericht feststellen kann ob Arrestanspruch und Arrestgrund vorliegen, muss der Antragsteller Tatsachen vortragen, aus denen sich **Anspruch und Grund** schlüssig ergeben. Die Schlüssigkeitsprüfung (rechtliche Würdigung) durch das Gericht muss genauso sorgfältig sein wie im Klageverfahren (str.).

#### **b) Glaubhaftmachung, § 920 II ZPO**

Glaubhaft zu machen sind die Tatsachen, aus denen sich **Anspruch und Grund** schlüssig ergeben. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn sie nach der Überzeugung des Gerichts mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegt. Eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit wie beim Beweis ist nicht erforderlich.

Zur Glaubhaftmachung kann jedes Beweismittel (Stichwort: *PASZAU* → Parteivernehmung, Augenschein, Sachverständiger, Zeuge, amtliche Auskunft, Urkunde) verwendet werden, außerdem eine Versicherung an Eides Statt. Jedoch muss das Mittel präsent sein (§ 294 ZPO).

Steht fest, dass eine Tatsache zwischen den Parteien unstreitig ist, so muss sie nicht glaubhaft gemacht werden. Entbehrlich ist die Glaubhaftmachung auch nach § 921 S. 1 ZPO, sofern wegen der dem Gegner drohenden Nachteile Sicherheitsleistung geleistet wird.

## **D. Arrestgrund**

Prüfungsort: **Begründetheit** (M.M.: Zulässigkeit)

Der Arrestgrund entspricht dem Rechtsschutzgrund im Rechtsschutzinteresse und wird deshalb von manchen als Zulässigkeitsvoraussetzung angesehen. Er soll jedoch nicht bloß einen nutzlosen Prozess verhindern, sondern zusammen mit dem Arrestanspruch den Eingriff in die Rechtssphäre des Antragsgegners rechtfertigen. Somit hat er die Funktion einer Begründetheitsvoraussetzung.

Arrestgrund ist die Besorgnis, dass die Zwangsvollstreckung zur Befriedigung des Arrestanspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 917 I ZPO), also gefährdet ist (§ 918 ZPO). Der Arrestgrund fehlt, wenn der Antragsteller bereits einen Vollstreckungstitel für seinen Anspruch besitzt oder in genügendem Umfang gesichert ist.

Der Arrestgrund unterscheidet sich beim dinglichen Arrest vom persönlichen Sicherheitsarrest.

### **1. Arrestgrund beim dinglichen Arrest, § 917 I ZPO**

**§ 917 I ZPO:** „Der dingliche Arrest findet statt, wenn zu besorgen ist, dass ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert würde.“

Gemeint ist die Vollstreckung des Leistungsurteils, das der Gläubiger erst noch erwirken muss. Die Vollstreckung dieses Urteils kann z.B. gefährdet sein, wenn der Schuldner sein Geschäft nachlässig oder leichtfertig betreibt und seine geschäftlichen Mittel für außergeschäftliche Zwecke verwendet. Ferner liegt eine Gefährdung bei Verschwendung, verdächtiger Veräußerung des Vermögens, Fluchtverdacht und häufig wechselndem Aufenthalt des Schuldners vor. Ein vertragswidriges Verhalten des Schuldners genügt dagegen für sich allein noch nicht. Ebenso wenig genügt die ungünstige Vermögenslage allein oder die Drohung der Konkurrenz anderer Gläubiger. Ein Verschulden des Schuldners ist aber nicht erforderlich.

- ⇒ Im Ausgangsfall besteht die Gefahr, dass die Vollstreckung eines künftigen Leistungsurteils gegen Schuldner S vereitelt werden würde. Denn sobald S sein Unternehmen veräußert und sich mit Erlös ins Ausland begibt, ist eine Zwangsvollstreckung gegen ihn praktisch nicht mehr durchführbar. Selbst wenn bekannt wäre, wohin der S sich absetzen will, würde allein die Notwendigkeit im Ausland zu vollstrecken einen dinglichen Arrest rechtfertigen, vgl. § 917 II

ZPO. (Erfasst werden von § 917 II ZPO aber nur solche Staaten, mit denen die Gegenseitigkeit der Vollstreckung nicht verbürgt ist.)

## 2. Arrestgrund beim persönlichen Arrest, § 918 ZPO

**§ 918 ZPO:** „Der persönliche Sicherheitsarrest findet nur statt, wenn er erforderlich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern.“

§ 918 ZPO greift nur, wenn schon jetzt nicht mehr festzustellen ist, wo sich Vermögen des Schuldners, das für die Vollstreckung benötigt wird, befindet, und überdies die Gefahr besteht, dass der Schuldner dieses Vermögen dem Zugriff des Schuldners endgültig entzieht.

Das bedeutet: Soweit der dingliche Arrest durchgeführt werden kann und zur Sicherung des Gläubigers ausreicht, ist der persönliche Arrest ausgeschlossen.

**Kurz:** **Der persönliche Arrest ist gegenüber dem dinglichen subsidiär.**

### Der Arrestgrund fehlt für beide Arten des Arrestes:

1. Wenn der Gläubiger bereits einen Vollstreckungstitel für seinen Anspruch besitzt.
2. Wenn der Gläubiger in genügendem Umfang bereits dinglich gesichert ist, z.B. durch eine Hypothek.  
**Aber:** Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung bieten keine genügende Sicherheit, weil der Schuldner im unmittelbaren Besitz der Sache ist.

## E. Rechtliches Gehör

Eine mündliche Verhandlung ist dem Gericht freigestellt, § 922 I ZPO. Dem Antragsgegner muss aber nach Art. 103 I GG rechtliches Gehör gewährt werden (schriftlich oder mündlich), es sei denn, dass dadurch der Zweck des Arrestprozesses gefährdet würde.

## F. Entscheidung

Ohne mündliche Verhandlung ergeht die Entscheidung über den Arrestantrag durch Beschluss, vgl. § 922 I 1, 2. Alt. ZPO. Nach mündlicher Verhandlung erfolgt die Entscheidung durch Endurteil. Ob eine mündliche Verhandlung stattfindet steht im Ermessen des Gerichts.

### 1. Gesuch unzulässig oder unbegründet

Ist das Gesuch unzulässig oder unbegründet und wird es trotz gerichtlicher Aufforderung nicht fristgerecht ergänzt, so wird es zurückgewiesen, § 922 III ZPO.

### 2. Gesuch zulässig und begründet

Ist das Gesuch zulässig und begründet, so erlässt das Gericht den Arrestbefehl. Es ordnet entweder den dinglichen Arrest (grundsätzlich in das ganze Vermögen) oder den persönlichen Arrest an, wobei es das Nähere bestimmt, z.B. die Verhaftung des Schuldners.

Ist der dingliche Arrest beantragt, so darf nicht der persönliche Arrest als das schärfere Mittel angeordnet werden (§ 308 I 1 ZPO: „Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist.“). Ist der beantragte dingliche Arrest ungeeignet, so wird das Gesuch zurückgewiesen.

In der Regel ist der persönliche Arrest nicht erforderlich (vgl. § 918 ZPO: „nur“), so dass der dingliche Arrest als das mildere Mittel angeordnet wird (str. wegen § 308 I 1 ZPO).

*Beispiel:*

„Wegen der Forderung des Antragstellers gegen den Antragsgegner auf Zahlung von 1.000.000,- € aus dem Kaufvertrag vom 27.03.2008 wird bei einer Lösungssumme von 1.000.000,- € der dingliche Arrest in das Vermögen des Antragsgegners angeordnet. Die Kosten trägt der Antragsgegner.“

→ Zur Lösungssumme vgl. § 923 ZPO (Abwendungsbefugnis).

**G. Rechtsbehelfe**

	Ohne mündliche Verhandlung	Nach mündlicher Verhandlung
<b>Bei Zurückweisung des Arrestes</b>	→ Wird das Arrestgesuch ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss zurückgewiesen, so steht dem Antragsteller die sofortige Beschwerde zu (§ 567 I ZPO), aber nicht gegen die Entscheidung eines OLG, §§ 574 I 2, 542 II 1 ZPO (vgl. BGH NJW 03, 1531 f.).	→ Wird das Arrestgesuch aufgrund mündlicher Verhandlung durch Endurteil zurückgewiesen, so steht dem Antragsteller die Berufung oder (gegen ein Versäumnisurteil) der Einspruch zu, aber nicht die Revision (§§ 511, 338, 542 II 1 ZPO).
<b>Bei Anordnung des Arrestes</b>	→ Wird der Arrest ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss angeordnet, so steht dem Antragsgegner der Widerspruch zu (§§ 924 f. ZPO), aber nicht gegen die Entscheidung eines OLG, §§ 574 I 2, 542 II 1 ZPO (vgl. BGH NJW 03, 1531 f.).	→ Wird der Arrest aufgrund mündlicher Verhandlung durch Endurteil angeordnet, so steht dem Antragsgegner die Berufung oder (gegen ein Versäumnisurteil) der Einspruch zu, aber nicht die Revision (§§ 511, 338, 542 II 1 ZPO).  → Außerdem kann der Antragsgegner – falls die Hauptsache noch nicht anhängig ist – beantragen, dass dem Antragsteller eine Frist zur Klageerhebung bestimmt wird (§ 926 ZPO).  → Schließlich kann der Antragsgegner wegen veränderter Umstände (namentlich nach einem Sieg im Hauptsacheverfahren) die Aufhebung des Arrestes beantragen (§ 927 ZPO).

**2. Vollziehungsverfahren (Vollstreckungsverfahren)**

**A. Vollziehung**

Vollzogen wird der Arrestbefehl auf erneuten Antrag des Gläubigers durch das zuständige Vollstreckungsorgan (§§ 928 ff. ZPO).

Beim dinglichen Arrest, der in das ganze Vermögen angeordnet ist, bestimmt der Gläubiger, welcher Gegenstand beschlagnahmt werden soll. Bewegliche Sachen werden vom Gerichtsvollzieher gepfändet (vgl. § 930 I 1 ZPO), Vermögensrechte vom Vollstreckungsgericht (vgl. § 930 I 3 ZPO), ein Grundstück wird vom Grundbuchamt mit einer Arresthypothek belastet (vgl. § 932 I 1 ZPO). Weiter geht der Arrest nicht. Erst wenn der Gläubiger einen Vollstreckungstitel erlangt hat, kann er erreichen, dass eine gepfändete bewegliche Sache veräußert, ein gepfändetes Vermögensrecht ihm zur Einziehung überwiesen, eine Arresthypothek in eine Zwangshypothek umgeschrieben oder die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung angeordnet wird.

Der persönliche Arrest erfolgt nach Maßgabe des Arrestbefehls (vgl. § 933 ZPO), z.B. dadurch, dass der Gerichtsvollzieher dem Schuldner die Ausweispiere wegnimmt.

**B. Konsequenzen des Sicherungszwecks**

Weil das Arrestverfahren nicht die Befriedigung, sondern nur die Sicherung eines Anspruchs bezweckt, sind im Vollziehungsverfahren lediglich Sicherungsmaßnahmen zulässig.

Weil außerdem eine alsbaldige Sicherung bezweckt ist, muss das Erkenntnisverfahren ein summarisches, d.h. weniger gründliches Verfahren sein. Daher reicht die bloße Glaubhaftmachung der gesuchsbegründenden Tatsachen und eine mündliche Verhandlung ist nicht notwendig, u.U. erfolgt überhaupt kein rechtliches Gehör des Antragsgegners.



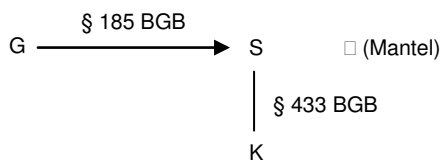
Weil das Erkenntnisverfahren ein summarisches Verfahren ist besteht jedoch die erhöhte Gefahr einer unrichtigen Entscheidung. Dieses Risiko muss der Antragsteller tragen. Stellt sich nachträglich heraus, dass der Arrestanspruch oder der Arrestgrund bei Erlass des Arrestbefehls in Wahrheit nicht gegeben war, ist daher der Antragsteller nach § 945 ZPO ohne Rücksicht auf Verschulden schadensersatzpflichtig.

## 2.3. Sicherungsverfügung

In der Praxis wird regelmäßig nicht zwischen Sicherungsverfügung und Regelungsverfügung unterschieden, sondern nur eine „einstweilige Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO“ angenommen. Da unterschiedliche Regelungszwecke und Voraussetzungen bestehen, muss hier jedoch differenziert werden zwischen Sicherungsverfügung gem. § 935 ZPO und Regelungsverfügung gem. § 940 ZPO (sowie der von der Rechtsprechung aus dem Regelungsverfügung entwickelten Leistungsverfügung).

### Fall:

Dem Kürschner G sind Pelzmäntel im Wert von 200.000,- € gestohlen worden. Ein Angestellter von G entdeckt einen der Mäntel in der Auslage des Pelzgeschäftes von S. G verlangt den Mantel heraus. S weigert sich mit der Begründung, er habe den Mantel ordnungsgemäß erworben und im übrigen bereits an K weiterverkauft. Wie ist die Rechtslage?



- ⇒ Die Frage geht zunächst dahin, ob G nach materiellem Recht die Herausgabe des Mantels von S verlangen kann. Ein derartiger Herausgabeanspruch könnte unter anderem begründet sein aus § 985 BGB. S ist unmittelbarer Besitzer des von G beanspruchten Mantels. Eigentümer dieses Mantels war ursprünglich G. Da dem G der Mantel gestohlen wurde, konnte S entgegen seiner Ansicht rechtsgeschäftlich kein Eigentum daran erwerben, vgl. § 935 I 1 BGB. Aus demselben Grund kann auch der Kunde des S, der den Mantel gekauft hat, kein Eigentum daran erwerben, selbst wenn eine Übereignung vorgenommen werden würde. Die Voraussetzungen des § 985 BGB liegen vor. Fraglich ist, ob S ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB zusteht. S beruft sich nur auf den Erwerb des Eigentums. Ein davon unabhängiges Recht zum Besitz macht er nicht geltend. Folglich kann G von S nach §§ 985, 986 BGB die Herausgabe des Mantels verlangen.
- ⇒ Gefragt ist nach der Rechtslage. Deshalb ist weiter zu untersuchen, wie G verhindern kann, dass S den herauszugebenden Mantel an den Käufer aushändigt oder in anderer Weise dem Zugriff des G entzieht.

## I. Verhältnis zu Zwangsvollstreckung und Arrest

### A. Sicherungsverfügung und Zwangsvollstreckung

Hat der Gläubiger bereits ein Herausgabeurteil, so kann er seinen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen. Der Sicherungsverfügung bedarf es daher nicht.

- ⇒ Im Ausgangsfall hat G den für eine Zwangsvollstreckung erforderlichen Titel noch nicht und es fehlt ihm an der Zeit ihn zu erstreiten.

### B. Sicherungsverfügung und Arrest

Die Sicherungsverfügung dient wie der Arrest der Sicherung eines Anspruchs, des Verfügungsanspruchs (§§ 936, 916 II ZPO) bzw. einer beanspruchten Leistung. Der Arrest sichert eine aktuell oder potentiell geschuldete Geldleistung, die Sicherungsverfügung andere Leistungen wie die Herausgabe einer Sache. Die Sicherungsverfügung wird im Verfügungsprozess erlassen und danach vollzogen.

Vermögensrechtliche Ansprüche können regelmäßig in eine Geldforderung übergehen, weshalb Sicherungsverfügung und Arrest als Alternativen in Betracht kommen. Daher ist genau zu untersuchen, was das Ziel des Gläubigers ist. Will er sich den Primäranspruch sichern, so ist die

Sicherungsverfügung das richtige Mittel. Genügt ihm aber ein sekundärer auf Geld gerichteter Ersatzanspruch, so kann auch der Arrest gewollt sein.

- ⇒ Im Fall kann der Herausgabeanspruch des G zwar als vermögensrechtlicher Anspruch in eine Geldforderung übergehen, weil sich S schadensersatzpflichtig macht, wenn er den Mantel in Kenntnis seiner Herausgabepflicht weggibt (vgl. § 990 I 2 BGB). G möchte aber nicht den sekundären auf Geld gerichteten Schadensersatzanspruch gesichert haben, sondern den primären Herausgabeanspruch. Der Arrest dient jedoch nach § 916 I ZPO nur zur Sicherung von Geldleistungen. Zur Sicherung anderer Leistungen, wie z.B. der Herausgabe einer Sache, ist er nicht bestimmt.

## II. Zweck und Inhalt der Sicherungsverfügung

Für die Sicherung anderer Leistungen als Geld ist die einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO vorgesehen.

**§ 935 ZPO:** *„Einstweilige Verfügungen in Bezug auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.“*

- ⇒ Mit *Streitgegenstand* ist der Gegenstand eines künftigen oder anhängigen ordentlichen Rechtsstreits gemeint. So z.B. der Klageantrag G gegen S auf Herausgabe des Pelzmantels.
- ⇒ Bevor über diesen Gegenstand eine endgültige Entscheidung ergeht, kann in Bezug auf ihn eine einstweilige Verfügung getroffen werden, deren Zweck es ist, den streitigen Anspruch zu sichern. Daher bezeichnet man die einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO als Sicherungsverfügung, um sie von den anderen Arten der einstweiligen Verfügung zu unterscheiden.
- ⇒ Zweck der Sicherungsverfügung ist die Sicherung des vom Antragsteller geltend gemachten Anspruchs bzw. der von ihm beanspruchten Leistung. Im Beispielfall somit die Sicherung der Herausgabe des strittigen Pelzmantels.
- ⇒ Während der Arrestbefehl jedenfalls den dinglichen Arrest pauschal anordnet, trifft die Sicherungsverfügung eine *konkrete* Anordnung. Gemäß § 938 I ZPO bestimmt das Gericht nach freien Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind. „*Freies Ermessen*“ bedeutet pflichtgemäßes Ermessen. Es besteht daher keine strenge Bindung an den Antrag gemäß § 308 I 1 ZPO: Der Antragsteller ist zum einen nicht gezwungen, überhaupt einen exakten Antrag zu stellen. Zum anderen kann das Gericht, auch bei exaktem Antrag unter mehreren gleichwertigen Maßnahmen eine andere als die beantragte Maßnahme anordnen. Über die beantragte Maßnahme hinausgehende Anordnungen darf das Gericht jedoch wegen § 308 I 1 ZPO nicht treffen.

### Möglichkeiten der Sicherstellung (§ 938 II ZPO):

#### Sequestration

Eine Sicherstellung ist zum einen dadurch zu erreichen, dass der Vermögensgegenstand dem Schuldner weggenommen und einer Vertrauensperson in Verwahrung gegeben wird, bis zwischen Gläubiger und Schuldner in einem ordentlichen Prozess geklärt ist, ob der Herausgabeanspruch des G wirklich besteht.

Die Anordnung, dass eine Sache durch eine Vertrauensperson verwahrt und verwaltet werden soll bezeichnet das Gesetz als Sequestration, die Vertrauensperson als Sequester.

Dass eine solche Anordnung möglich ist, bestimmt § 938 II ZPO. Aus dem Wort „auch“ ergibt sich, dass die Aufzählung nur beispielhaft und somit nicht abschließend ist. In der Tat können im Einzelfall mehrere Anordnungen zur Erreichung des Sicherungszweckes geeignet sein, zwischen denen das Gericht dann u.U. die Wahl hat.

- ⇒ Im Fall könnte G daher den Mantel bei S wegnehmen lassen und einem Sequester übergeben. Dem G wäre es natürlich am liebsten, wenn S den Mantel an ihn selbst herausgeben müsste. Das wäre aber keine Sicherung des Herausgabeanspruchs mehr, sondern eine Befriedigung. Zur Befriedigung eines Anspruchs ist die Sicherungsverfügung jedoch nicht bestimmt.

## Verbot oder Gebot einer Handlung

Zulässige Maßnahmen sind Verbot der Verfügung eines Grundstücks, Vormerkung, Widerspruch, Erwerbs-, Bezugs-, Benutzungsverbot, Unterlassungsgebote, Duldungsgebote, etc.

- ⇒ Im Beispielsfall wäre daran zu denken, dass dem Gegner S die Veräußerung des Mantels verboten wird. Ein Veräußerungsverbot hat zur Folge, dass eine verbotswidrige Veräußerung grundsätzlich unwirksam ist, vgl. §§ 136, 135 I 1 BGB.
- ⇒ Wenn eine Sache aber trotz des Veräußerungsverbot nach §§ 929 ff. BGB weiterveräußert wird, dann wird der gute Glaube des Erwerbers an das Nichtbestehen des Veräußerungsverbots aufgrund von § 136 II BGB entsprechend §§ 932 ff. BGB geschützt. Das Veräußerungsverbot hindert den Gläubiger also daran, die beanspruchte Sache an einen bösgläubigen Dritten zu übereignen, dagegen hindert es ihn nicht daran, die Sache an einen Dritten zu übergeben. Gerade die Übergabe will G aber verhindern. Vor der Übereignung ist er ja bereits durch § 935 BGB geschützt. Ein Veräußerungsverbot ist zur Erreichung des von G erstrebten Sicherungszweckes daher ungeeignet. Damit bleibt es im Fall bei der Sequestration.

### III. Voraussetzungen

#### 1. Verfügungsanspruch

Die Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO ist die Schwester des Arrestbefehls. Dem Arrestanspruch entspricht bei der Sicherungsverfügung der Verfügungsanspruch, der auf eine andere Leistung als Geld gerichtet sein muss. Die Rechtslage ist weitgehend dieselbe wie beim Arrest, vgl. § 936 ZPO.

#### 2. Verfügungsgrund

Verfügungsgrund ist die Besorgnis, dass die Verwirklichung des Verfügungsanspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 935 ZPO). Diese Besorgnis kann sich allgemein aus dem Verhalten des Schuldners oder dritter Personen ergeben, aber auch aus sonstigen Umständen, z.B. der drohenden Beschädigung einer Sache. Man bezeichnet sie als Verfügungsgrund analog dem Arrestgrund nach §§ 917, 918 ZPO, wo auch von einer Besorgnis die Rede ist.

Der Verfügungsgrund fehlt, wenn der Antragsteller bereits einen Vollstreckungstitel für seinen Anspruch besitzt. Der Verfügungsgrund ist wie der Arrestgrund eine Begründetheitsvoraussetzung.

- ⇒ Im Fall ist fraglich, ob die Sequestration überhaupt nötig ist. S verweigert die Herausgabe des Mantels mit der Begründung, er habe ihn ordnungsgemäß erworben und im übrigen auch schon weiter verkauft. Daher ist zu besorgen, dass er den Mantel demnächst an den Käufer übergeben wird. Durch diese Veränderung des bestehenden Zustandes könnte die Verwirklichung des von G geltend gemachten Rechts auf Herausgabe, das sich auch gegen den Käufer richten würde, vereitelt oder wesentlich erschwert werden, weil G den Mantel von dem Käufer nicht oder nicht so leicht herausgegeben bekommt wie von S, alleine wegen des Fehlens tatsächlicher Informationen über Name und Anschrift des Käufers. Damit ist die in § 935 ZPO vorausgesetzte Besorgnis gegeben.

#### 3. Verfügungsprozess (Erkenntnisverfahren)

Im Verfügungsprozess gilt grundsätzlich dasselbe wie beim Arrest (§ 936 ZPO), mit folgenden **Ausnahmen**:

- ⇒ Das nächstgelegene Amtsgericht ist neben dem Gericht der Hauptsache (§ 937 I i.V.m. § 943 I ZPO) nicht gleichberechtigt, sondern nur beschränkt zuständig (§ 942 ZPO, „in dringenden Fällen“).
- ⇒ Das Gesuch muss „eine einstweilige Verfügung“ zur Sicherung eines Anspruchs beantragen. Die Auswahl der geeigneten Anordnung kann dem Gericht überlassen werden.
- ⇒ Eine mündliche Verhandlung ist dem Gericht nicht ohne weiteres freigestellt (§ 937 II ZPO, „in dringenden Fällen“).
- ⇒ Ist das Gesuch zulässig und begründet, so erlässt das Gericht eine einstweilige Verfügung. Es trifft diejenige Anordnung, die zur Beseitigung des Verfügungsgrundes geeignet und erforderlich ist (§ 938 ZPO). Das Gericht darf im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens jede Maßnahme in Betracht ziehen, die nicht zur Befriedigung des Anspruchs führt und nicht in Rechte Dritter eingreift.

#### Anmerkungen:

Bei Ansprüchen auf Herausgabe beweglicher Sachen empfiehlt sich im allgemeinen die Hinterlegung, notfalls die Sequestration. Beim Auflassungsanspruch ist eine Vormerkung wegen § 885 I 2 BGB am zweckmäßigsten, bei Unrichtigkeit des Grundbuchs die Eintragung eines Widerspruchs wegen § 899 II 2 BGB. Zum Veräußerungsverbot beachte § 136 BGB. Eine Lösungssumme entfällt (§ 939 ZPO).

Unter mehreren geeigneten Maßnahmen wählt das Gericht die mildeste; nur sie ist „erforderlich“ (§ 938 I ZPO). Wird eine bestimmte einstweilige Verfügung beantragt, so darf das Gericht zwar hinter dem Antrag zurückbleiben, aber nicht darüber hinausgehen (§ 308 I 1 ZPO), muss also, falls nur eine schärfere Maßnahme geeignet wäre, das Gesuch ganz oder teilweise zurückweisen (str., a.A.: es reicht aus, dass angeordnete Maßnahme „in die gleiche Richtung geht“ und diese konkret ist).

#### 4. Vollziehungsverfahren

Das Vollziehungsverfahren ist je nach dem Inhalt der einstweiligen Verfügung verschieden (§§ 936, 928 ff. ZPO).

#### 5. Konsequenzen des Sicherungszwecks

Es gilt das gleiche wie beim Arrest.

### 2.4. Regelungsverfügung

#### Fall:

G1, G2 und S haben eine OHG gegründet. Allein geschäftsführungsbefugt und vertretungsberechtigt ist S. Nach einiger Zeit kommt G1 dahinter, dass S fortlaufend Gesellschaftsmittel veruntreut. Was können G1 und G2 im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes dagegen tun?

### I. Abgrenzung zu Sicherungsverfügung und Arrest

Ob der Arrest oder die einstweilige Verfügung in Betracht kommt, hängt davon ab, welches Ziel der Antragsteller verfolgt. Ist das Ziel des Antragstellers eine Leistung, die nicht in Geld besteht, scheidet der Arrest aus.

Mit § 940 ZPO existiert eine zweite Art der einstweiligen Verfügung. Durch einstweilige Verfügung kann damit auch ein Rechtsverhältnis einstweilen geregelt werden, sofern dies aus irgendwelchen Gründen nötig erscheint. Die Regelungsverfügung, § 940 ZPO, zielt darauf ab, durch einstweilige Anordnungen einen Zustand zu erhalten oder zu gestalten, im Gegensatz zur Sicherungsverfügung, welche andere Leistungen als Geld sichern will.

⇒ Im Fall wollen G1 und G2 letzten Endes erreichen, dass S keine weiteren Gesellschaftsmittel mehr veruntreut. Ihr Ziel ist also eine Unterlassung, mithin eine Leistung, die nicht in Geld besteht. Daher kommt als Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes nicht der Arrest in Betracht, sondern allenfalls die Sicherungsverfügung.

Um eine Unterlassung sicher zu stellen, könnte das Gericht z.B. dem S einstweilen verbieten, weiterhin Gesellschaftsmittel für die beanstandeten Zwecke zu verwenden. Dadurch aber, dass S dieses Verbot befolgt, also die verbotene Verwendung einstweilen unterlässt, befriedigt er den Unterlassungsanspruch der Gegenseite wenigstens für eine gewisse Zeit. Die Sicherungsverfügung soll jedoch einen Anspruch nicht befriedigen, sondern nur sichern. Jede Maßnahme, die eine Unterlassung sicherstellt, führt notwendig – solange sie gilt – zur Befriedigung des Unterlassungsanspruchs. Daher ist, wo eine Unterlassung erstrebt wird, die Sicherungsverfügung kein geeignetes Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes.

### II. Zweck und Inhalt der Regelungsverfügung

Die Regelungsverfügung nach § 940 ZPO dient nicht der Sicherung eines Anspruchs, sondern „der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis“ durch einstweilige Befriedigung eines Anspruchs oder eine andere einstweilige Maßnahme (z.B. die einstweilige Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines OHG-Gesellschafters).

„Streitiges Rechtsverhältnis“ i.S.d. § 940 ZPO ist eine einzelne Berechtigung oder eine umfassende Rechtsbeziehung (wie das Mietverhältnis, die Gesellschaft, die Wohnungseigentumsgemeinschaft, die Ehe und die Erbengemeinschaft). „Streitig“ ist dieses Rechtsverhältnis, wenn es in einem Rechtsstreit vor einem ordentlichen Gericht (§ 13 GVG) zwischen den Parteien geltend gemacht wird oder geltend gemacht werden kann.

Die Regelungsverfügung dient besonders der einstweiligen Befriedigung von Unterlassungsansprüchen, da es bei diesen eine bloße Sicherung nicht gibt (str.).

- ⇒ Das Gesellschaftsverhältnis, in bezug auf welches die einstweilige Verfügung beantragt wird im Fall, kann als privatrechtliches Verhältnis in einem ordentlichen Zivilprozess geltend gemacht werden.

Die Rechtsprechung hat außerdem aus § 940 ZPO den Typus der Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung entwickelt, welche vorliegend gesondert besprochen wird.

### III. Voraussetzungen

#### 1. Verfügungsprozess (Erkenntnisverfahren)

Es gilt grundsätzlich dasselbe wie beim Arrest (§ 936 ZPO), mit folgenden **Ausnahmen**:

- ⇒ Das nächstgelegene Amtsgericht ist neben dem Gericht der Hauptsache (§ 937 I i.V.m. § 943 I ZPO) nicht gleichberechtigt, sondern nur beschränkt zuständig (§ 942 ZPO).
- ⇒ Das Gesuch muss „eine einstweilige Verfügung“ beantragen, nicht zur Sicherung, sondern zur Regelung eines einstweiligen Zustands (Befriedigung eines Anspruchs oder einem anderen Zweck).
- ⇒ Eine mündliche Verhandlung ist dem Gericht nicht ohne weiteres freigestellt (§ 937 II ZPO).
- ⇒ Ist das Gesuch zulässig und begründet, so erlässt das Gericht eine einstweilige Verfügung. Es trifft diejenige Anordnung, die zur Regelung eines einstweiligen Zustandes geeignet und nötig erscheint (§ 940 ZPO). Es verurteilt z.B. den Antragsgegner dazu, ab Antragstellung es sechs Monate lang jeweils in der Zeit von 13 – 15 Uhr zu unterlassen, Klavier zu spielen.
- ⇒ Das Gericht darf im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens jede Maßnahme in Betracht ziehen, die nicht in Rechte Dritter eingreift (§ 938 ZPO). Dazu fragt es sich im Zweifel: Welches Mittel ist zur Erreichung des Verfügungszwecks überhaupt geeignet? Worauf könnte der Antragsteller klagen, um sein Ziel zu erreichen? Ist die durch Klage erreichbare Regelung auch als einstweilige Verfügung brauchbar?
- ⇒ Eine Lösungssumme entfällt (§ 939 ZPO).
- ⇒ Unter mehreren geeigneten Maßnahmen wählt das Gericht die mildeste.  
**Grund:** nur sie ist „nötig“ (§ 940 ZPO).
- ⇒ Wird eine bestimmte einstweilige Verfügung beantragt, so darf das Gericht zwar hinter dem Antrag zurückbleiben, aber nicht darüber hinausgehen (§ 308 I 1 ZPO). Es muss also, falls nur eine schärfere Maßnahme geeignet wäre, das Gesuch ganz oder teilweise zurückweisen.

#### 2. Konsequenzen des Regelungszwecks

Weil das Verfahren der Regelungsverfügung eine einstweilige Regelung, auch die Befriedigung eines Anspruchs, bezweckt, sind im Vollziehungsverfahren auch Befriedigungsmaßnahmen zulässig.

Weil außerdem eine alsbaldige Regelung bezweckt ist, muss das Erkenntnisverfahren ein summarisches, d.h. weniger gründliches Verfahren sein. Unter Umständen findet daher keine mündliche Verhandlung (§ 937 II ZPO) und kein rechtliches Gehör des Antragsgegners statt und die bloße Glaubhaftmachung der gesuchsbegründenden Tatsachen genügt.

Weil das Erkenntnisverfahren ein summarisches Verfahren ist, haftet der Antragsteller nach § 945 ZPO wie beim Arrest.

#### 3. Verfügungsrecht

Die Regelungsverfügung setzt ein Verfügungsrecht voraus. Als Regelung, die in endgültiger Form nur durch Gestaltungsurteil erfolgen kann, muss ein Gestaltungsklagerecht vorliegen. Von einem Verfügungsanspruch kann man daher die Regelungsverfügung nicht immer abhängig machen.

- ⇒ Es gibt z.B. keinen Anspruch gegen einen OHG-Gesellschafter auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis, weil der Gesellschafter gar nicht imstande wäre, diesem Anspruch zu genügen, sich also selbst die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen. Vielmehr gibt es nur ein Recht zur Klage auf Entziehung nach § 117 HGB. Das Urteil, das dieser Klage

stattgibt, hat eine unmittelbare Gestaltung der Rechtslage zum eigentlichen Ziel: Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis. Daher ist es ein Gestaltungsurteil, die darauf gerichtete Klage eine Gestaltungsklage. Deshalb bezeichnet man das Recht zur Entziehungsklage allgemein als Gestaltungsklagerecht. Von ihm hängt die Begründetheit der Klage ab und von ihm ist auch die Begründetheit eines Gesuchs abhängig zu machen, das die einstweilige Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis beantragt.

- ⇒ Grundsätzlich sind bei § 940 ZPO zwei Fallgruppen von „gemeinschaftlichen Rechtsverhältnissen“ gegeben: 1.) Die gemeinschaftliche Benutzung einer Sache (z.B. Waschküche im Miethaus). 2.) Die richterliche Rechtsgestaltung (z.B. § 140 HGB).

#### 4. Geeignete Anordnung

Bei der Regelungsverfügung ist stets zu klären, welche Regelung überhaupt geeignet ist das vom Antragsteller erstrebte Ziel zu erreichen.

- ⇒ Im Beispielsfall käme ein Verbot an S in Betracht, weiterhin Gesellschaftsmittel für die beanstandeten Zwecke zu verwenden. Dieses Verbot würde S jedoch nicht daran hindern Gesellschaftsmittel heimlich zu veruntreuen, so dass gegen ihn keine Sanktion verhängt werden kann. Deshalb ist das Verbot kein geeignetes Mittel.

#### Vorüberlegung des Gerichts:

**Worauf könnte der Antragsteller im ordentlichen Erkenntnisverfahren klagen, um sein Ziel zu erreichen und ist diese durch Klage erreichbare Regelung auch als einstweilige Verfügung brauchbar?**

*Worauf also könnten G1 und G2 im Fall klagen, um zu verhindern, dass S weiterhin Gesellschaftsmittel veruntreut?*

- 1) *Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis nach § 117 HGB.*

Im Beispielsfall liegt ein wichtiger Grund vor, weil S seine Geschäftsführungspflicht durch die fortlaufenden Veruntreuungen grob verletzt hat. Aus demselben Grund kann S auch die Vertretungsmacht entzogen werden, vgl. § 127 HGB.

Problematisch ist aber, dass S einziger Geschäftsführer und vertretungsberechtigter Gesellschafter ist. Aber auch in diesem Fall ist eine Entziehung möglich. Der Antrag auf Entziehung der „Geschäftsführungsbefugnis“ kann nämlich als Antrag auf Entziehung beider Rechte auszulegen sein (vgl. BGH 51, 199 ff., 200; Baumbach/Hopt, HGB, § 127, Rn. 8). Vertretung und Geschäftsführung wächst dann automatisch G2 zu.

- 2) *Klage auf Auflösung der OHG.*

G1 und G2 können auf Auflösung der OHG klagen, wenn sie meinen, dass eine weitere Zusammenarbeit mit S nicht mehr möglich und die Gesellschaft daher gescheitert ist, § 133 I, II HGB. In unserem Fall hat S die ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung vorsätzlich verletzt, was eine weitere Zusammenarbeit wohl unmöglich macht.

- 3) *Klage auf Ausschließung des S.*

Sind G1 und G2 der Ansicht, dass sie die Gesellschaft ohne S fortsetzen sollten, so können sie auch auf Ausschließung des S klagen, § 140 I HGB.

- 4) *Klage auf Unterlassung der Betretung der Geschäftsräume durch S.*

In Betracht käme noch das Verbot an S, die Geschäftsräume zu betreten. Dieses Verbot darf jedoch nur gegenüber einem Gesellschafter ausgesprochen werden, der nicht geschäftsführungsbefugt ist. Einem Geschäftsführer gegenüber hätte es zur Folge, dass die Geschäftsführung lahmgelegt wäre.

Daher scheidet das Verbot als milderes Mittel aus. Es bleibt nur die einstweilige Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.

- ⇒ G1 und G2 könnten also durch Klage drei verschiedene Rechtsgestaltungen erreichen:
  - a) Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht von S.
  - b) Die Ausschließung des S.
  - c) Die Auflösung der OHG.
- ⇒ Diese Regelungen sind prinzipiell auch als einstweilige Verfügungen geeignet um G1 und G2 vor weiteren Veruntreuungen des S zu schützen. Andererseits gilt im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes der Grundsatz, dass das Gericht unter mehreren geeigneten Maßnahmen die am wenigsten einschneidende wählt. Am wenigsten einschneidend wäre die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.

## 5. Verfügungsgrund

Der Verfügungsgrund fehlt, wenn der Antragsteller bereits einen Vollstreckungstitel für seinen Anspruch besitzt.

Der Verfügungsgrund ist wie der Arrestgrund eine Begründetheitsvoraussetzung.

**Ein Verfügungsgrund liegt vor, wenn die Regelung eines einstweiligen Zustandes im Sinne des § 940 ZPO „nötig erscheint“. Das trifft zu, wenn der Schaden, der dem Antragsteller ohne die Regelung droht, nicht geringer ist als der Schaden, der dem Antragsgegner durch die Regelung entsteht.**

- ⇒ Da im Verfügungsprozess die erheblichen Tatsachen, nicht bewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht werden, ist es nämlich nicht ausgeschlossen, dass die einstweilige Verfügung zu Unrecht ergeht. Sollte daher der Schaden, der dem Antragsgegner durch die einstweilige Verfügung droht, größer sein als der mögliche Schaden des Antragstellers, so wäre die Verfügung nicht im ausreichenden Maße nötig.

- ⇒ Im Fall kommt es daher darauf an, welcher Schaden dem Antragsteller ohne die einstweilige Verfügung droht und das Gericht muss auch den Schaden berücksichtigen, der dem Antragsgegner durch die einstweilige Verfügung entsteht.

a) *Schaden von G1 und G2 ohne die einstweilige Verfügung:*

An dieser Stelle kommt es darauf an, ob S wirklich schon Gesellschaftsmittel veruntreut hat, wie G1 und G2 behaupten. Hat er es getan, so besteht im Normalfall die Gefahr, dass er es wieder tun wird, falls ihn die einstweilige Verfügung nicht daran hindert.

b) *Schaden von S durch die einstweilige Verfügung:*

S verliert durch die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht den maßgeblichen Einfluss auf die Unternehmensführung und die besonderen Bezüge eines geschäftsführenden Gesellschafters.

c) *Abwägung:*

Welcher Schaden überwiegt, lässt sich nach dem Sachverhalt nicht sagen. Zu berücksichtigen ist jedenfalls nicht nur die Höhe der jeweils drohenden Verluste, sondern auch der Grad ihrer Wahrscheinlichkeit. Der Schaden von G1 und G2 ist beispielsweise nur mehr oder weniger wahrscheinlich, der von S dagegen so gut wie sicher.

(1) *Schaden des Antragsgegners überwiegt:*

Überwiegt der Schaden des Antragsgegners, dann ist die einstweilige Verfügung nicht nötig.

(2) *Schaden der Antragsteller überwiegt:*

Überwiegt nach Abwägung des Für und Wider der Schaden der Antragsteller den Schaden des Antragsgegners, dann ist die einstweilige Verfügung nötig.

(3) *Schäden wiegen gleich schwer:*



Wenn beide Schäden gleich schwer wiegen, dann ist zu berücksichtigen, dass der Antragsgegner bei einer ungerechtfertigten Verfügung seinen Schaden von dem Antragsteller ohne Rücksicht auf Verschulden ersetzt verlangen kann, vgl. § 945 ZPO. Der Antragsteller dagegen kann bei einer ungerechtfertigten Ablehnung der Verfügung seinen Schaden von dem Antragsgegner in der Regel nur ersetzt verlangen, wenn den Gegner ein Verschulden trifft (→ unproblematisch bei Fehlen des Anspruches oder Grundes). Deswegen muss es für die einstweilige Verfügung in der Regel genügen, dass der dem Antragsteller ohne die Verfügung drohende Schaden genauso schwer wiegt, wie der Schaden, der dem Gegner durch die Verfügung droht.

Diese Interessenlage, welche die Regelungsverfügung i.S.d. § 940 ZPO als nötig erscheinen lässt, bildet den Verfügungsgrund.

## 2.5. Leistungsverfügung

Die auf Befriedigung eines Anspruchs gerichteten Verfügungen werden als Befriedigungs- oder Leistungsverfügungen bezeichnet.

Sie sollen nach Ansicht mancher Autoren nicht unter § 940 ZPO fallen. Aber eine andere allgemeine Rechtsgrundlage gibt es für sie nicht. Zumindest sollen sie strengeren Anforderungen unterliegen. Richtig ist jedoch nur, dass alle Formen des einstweiligen Rechtsschutzes um so strengeren Anforderungen unterliegen, je stärker sie in die Rechte des Antragsgegners eingreifen. Die gerichtliche Praxis unterscheidet nicht einmal zwischen Sicherungs- und Regelungsverfügung, sondern kennt nur eine einstweilige Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO.

Die Leistungsverfügung kommt nur ausnahmsweise in Betracht (vgl. Th/P, § 940 Rn. 6 ff.), wenn der Antragsteller auf **sofortige** Erfüllung so **dringend** angewiesen ist, dass er ein ordentliches Verfahren nicht abwarten kann, ohne großen Schaden zu erleiden („Vorwegnahme der Hauptsache“).

Problematisch ist dabei, dass bei der Befriedigungsverfügung der Antragsteller durch Glaubhaftmachung Befriedigung erlangen kann, die er bei vollem Beweis (im ordentlichen Erkenntnisverfahren) nicht erreichen könnte.

- ⇒ „Ohne Erlass der einstweiligen Verfügung müssen den Antragsteller erhebliche wirtschaftliche Nachteile drohen, die ihm nicht zumutbar sind“ (vgl. OLG Frankfurt/M., MDR 04, 1019 f. mit schöner Darstellung der Voraussetzung einer Leistungsverfügung bei Unterlassung).  
**D.h.:** irreparable, eine Notlage verursachende Schäden

Die Regelungsverfügung setzt ein Verfügungsrecht voraus, und zwar als Befriedigungsverfügung einen materiellrechtlichen Anspruch.

Das Erkenntnisverfahren ist ebenfalls ein summarisches, d.h. weniger gründliches Verfahren. Unter Umständen findet daher keine mündliche Verhandlung (§ 937 II ZPO) und kein rechtliches Gehör des Antragsgegners statt und die bloße Glaubhaftmachung der gesuchsbegründenden Tatsachen genügt. Dabei ist für die Befriedigungsverfügung die sehr hohe Wahrscheinlichkeit des Vollbeweises zu fordern (gegen die h.M.), wengleich aufgrund präsenter Beweismittel (§ 294 ZPO).

Im Prozess muss der Antragsteller bei der Befriedigungsverfügung die beanspruchte Leistung bestimmt angeben (analog § 253 II 2 ZPO), sonst kann er die Auswahl der geeigneten Anordnung dem Gericht überlassen.

### Beispiel:

G ist durch verkehrswidriges Verhalten des S schwer verletzt worden. Da er freischaffender Architekt und nicht versichert ist, gerät er bald in Not. Er beantragt daher gegen S eine einstweilige Verfügung des Inhalts, dass S eine monatliche Rente an ihn zu zahlen habe.

- ⇒ § 935 ZPO ist nicht anwendbar, weil eine Sicherungsverfügung nur wegen eines Anspruchs getroffen werden darf, der nicht auf Geld gerichtet ist und weil nach § 935 ZPO nur die Sicherung, nicht die Befriedigung des Anspruchs angeordnet werden darf.
- ⇒ Nach § 940 ZPO darf dagegen die Befriedigung eines Anspruchs angeordnet werden, wenn sie nötig erscheint. Das ist der Fall, wenn der Schaden, der dem Antragsteller ohne die Verfügung droht, nicht geringer ist als der Schaden, der dem Antragsgegner durch die Verfügung entsteht. G würde ohne die

von ihm beantragte einstweilige Verfügung weiterhin in Not bleiben, weil S ihm die Rente nicht freiwillig zahlt. S andererseits könnte durch die einstweilige Verfügung nicht in Not geraten, was bereits der Pfändungsschutz verhindert. Sozialhilfeansprüche, auf die aber noch nicht geleistet wird, sind nicht zu berücksichtigen, da sie subsidiär sind.

Daher überwiegt der mögliche Schaden des G den möglichen Schaden von S und ein Verfügungsgrund liegt vor.

- ⇒ G muss aber auch nach materiellem Recht einen Anspruch auf die Geldrente gegen S haben. Denn nur dann ist es gerechtfertigt, dass S zur Zahlung der Rente an G durch einstweilige Verfügung verurteilt wird. Hier setzt die Regelungsverfügung also einen Verfügungsanspruch voraus.
- ⇒ Allerdings muss sich G nach der Rechtsprechung bereits laufend gezahlte Sozialhilfeleistungen und Unterhaltsleistungen seiner Ehefrau anrechnen lassen (→ soweit keine Not begründet kein Verfügungsgrund). Nur der Betrag, den er zusätzlich für einen zumutbaren Lebensstandard benötigt, wird ihm durch einstweilige Verfügung zuerkannt. Im übrigen muss er seine Schadensersatzforderungen im ordentlichen Zivilprozess einklagen.

Die **Schutzschrift** ist ein gesetzlich nicht geregeltes, aber in der Praxis gebräuchliches vorbeugendes Verteidigungsmittel gegen den Erlass einer einstweiligen Verfügung: Da ohne vorheriges rechtliches Gehör entschieden werden kann, ist das Ziel der Schutzschrift, mindestens zu erreichen, dass das Gericht nicht ohne mündliche Verhandlung entscheidet, § 937 II ZPO, oder sogar darüber hinaus gehend, dass das Gericht bei seiner Entscheidung über den Antrag die Ausführungen in der Schutzschrift berücksichtigt und daher den Antrag abweist. Wenn für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mehrere Gerichte in Betracht kommen, ist es zweckmäßig, die Schutzschrift bei allen in Betracht kommenden Gerichten einzureichen. Die Kosten der Schutzschrift sind nur erstattungsfähig, wenn ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eingereicht und zurückgewiesen oder ohne mündliche Verhandlung zurückgenommen wird (BGH NJW 2003, 1257).