

Zwangsvollstreckungsrecht

Pohlmann / Schäfers

2021

ISBN 978-3-406-66893-7

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

aber auch einen Duldungstitel gegen S erwirken und diesen nach § 890 ZPO vollstrecken (zu diesen Wegen Stein/Jonas/Gruber ZPO § 892 R.n. 2). Ebenfalls vertretbar kann, je nach ihrem Inhalt, eine geschuldete Arbeitsleistung sein (**h**). § 888 Abs. 3 ZPO steht nicht entgegen, da die Vorschrift den Arbeitnehmer nur davor schützen soll, zu einer unvertretbaren Arbeitsleistung mittels Zwangsgelds oder Zwangshaft gezwungen zu werden (Heiderhoff/Skamel R.n. 684), und eine Vollstreckung hier auch wenig erfolgversprechend erscheint (BeckOK ZPO/Stürmer § 888 R.n. 8). Auch die Pflicht, dem G einen Bürgen zu stellen (**a**), ist vertretbar. Für G ist es unerheblich, ob S selbst oder ein Dritter die Bank beauftragt, sich für die Schuld des S zu verbürgen (OLG Köln MDR 1991, 169).

Unvertretbar ist das Verfassen eines Libretto, da G den Auftrag an S aufgrund von dessen Begabung und Können erteilt haben wird (**b**). Auch den Widerruf kann nur der S selbst erklären, denn nur so kann der Widerruf seinen Zweck erreichen (**c**). Ein Zeugnis kann nur derjenige erteilen, der die Arbeitsleistung entgegengenommen hat und beurteilen kann (**e**). Die Auskunft kann im Fall (**f**) nur S erteilen, weil nur er als Erbe über die erforderlichen Kenntnisse verfügt.

Ist der Schuldner zur Herausgabe oder Leistung einer Sache verurteilt, **469**
die er noch beschaffen oder herstellen muss, ist das **Verhältnis** zwischen der **Herausgabevollstreckung** nach §§ 883, 884 ZPO und der **Handlungsvollstreckung** nach § 887 ZPO zu klären. Nach § 887 Abs. 3 ZPO ist der Weg über die Ersatzvornahme ausgeschlossen, wenn Herausgabe oder Leistung von Sachen erwirkt werden sollen; einschlägig sind allein §§ 883–886 ZPO. Wie weit dieser Ausschluss der Handlungsvollstreckung reicht, ist indes umstritten.

Beispiel: Schuldner S ist verurteilt, an den Gläubiger G

470

- a)** zehn in seinem Werk hergestellte Fahrräder des Typs Trike XS,
- b)** die näher bezeichneten, in seinem Werk passend für G hergestellten Einrichtungsgegenstände für die Wäscherei des G (nach RGZ 58, 160)
zu liefern.

Vollstreckt man hier **allein nach §§ 883, 884 ZPO**, wie § 887 Abs. 3 ZPO nahelegt, würde der Gerichtsvollzieher den S in seinem Werk aufsuchen. Er würde im Fall **a)** die entsprechende Menge der Fahrräder nach §§ 884, 883 ZPO wegnehmen, da es sich um vertretbare Sachen handelt. Findet er entsprechende Räder nicht vor, bleibt dem Gläubiger nur der Weg des Schadensersatzprozesses (§ 893 ZPO). Im Fall **b)** erfolgt die Vollstreckung, da es sich nicht um vertretbare Sachen handelt, nach § 883 ZPO. Wenn der Gerichtsvollzieher die Einrichtungsgegenstände nicht vorfindet, muss G ebenfalls auf Schadensersatz umschwenken.

Dieses Ergebnis wird zum Teil als nicht interessengerecht angesehen, wenn es um die Lieferung von unvertretbaren Sachen (**b**) geht (Lippross/Bittmann § 16 R.n. 295). Anders als bei vertretbaren Sachen (**a**), die der Gläubiger leicht anderweitig beschaffen und dann Schadensersatz verlangen könne, sei eine anderweitige Beschaffung bei unvertretbaren Sachen uU schwierig. Daher bestehe ein Interesse daran, die Beschaffung oder Herstellung einer **unvertretbaren Sache nach § 887 ZPO** zu vollstrecken. Nach dieser Auffassung könnte G also im Fall **b)** nach § 887 ZPO die Einrichtungsgegenstände auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten herstellen lassen. Einen Schadensersatzprozess müsste er nicht mehr führen.

Gegen diese Auffassung sprechen der Wortlaut des § 887 Abs. 3 ZPO und die Systematik der gesetzlichen Regelung. Es wird klar unterschieden, wann gem. §§ 883–886 ZPO **unmittelbarer Vollstreckungszwang** ausgeübt werden darf, und wann **mittelbarer Zwang** das zulässige Mittel ist (RGZ 58, 160 (161)). Dagegen wird zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen nicht unterschieden (MüKoZPO/Gruber § 883 R.n. 20). Auch würde es zu weit gehen, in Situationen wie dem Fall **b)** dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, auf Kosten des Schuldners die unvertretbaren Gegenstände herstellen zu lassen, ohne dass die Angemessenheit der Kosten in einem Schadensersatzprozess geprüft wurde (Brox/Walker R.n. 1068).

Ist aber der Schuldner neben der Herausgabe ausdrücklich zur Herstellung bestimmter Gegenstände verpflichtet, kommen für die Herausgabe § 883 ZPO, für die Herstellung § 887 ZPO zur Anwendung (MüKoZPO/Gruber § 883 R.n. 20).

b) Die Erzwingung vertretbarer Handlungen

471 Der Antrag auf Zwangsvollstreckung ist beim **Prozessgericht erster Instanz** als zuständigem Vollstreckungsorgan zu stellen, § 887 Abs. 1 ZPO. Das ist sachgerecht, weil dieses Gericht mit dem Fall und der Entscheidung über die vertretbare Handlung vertraut ist. Es ist zu beachten, dass ein Rechtsanwalt den Antrag stellen muss, wenn erste Instanz das Landgericht war (§ 78 Abs. 1 S. 1 ZPO).

472 Zur Durchführung der Zwangsvollstreckung ergeht zunächst der sog. **Ermächtigungsbeschluss** (s. § 887 Abs. 1 ZPO), in dem der **Gläubiger** (nicht ein Dritter!) ermächtigt wird, auf Kosten des Schuldners die geschuldete Handlung vornehmen zu lassen oder selbst vorzunehmen; letzteres ist in § 887 ZPO nicht eigens erwähnt. Dabei muss die Handlung bestimmt genug bezeichnet werden. Der Gläubiger kann sie selbst vornehmen oder – im eigenen Namen (OLG Zweibrücken OLGZ 1974, 317) – einen Dritten beauftragen. Eventuellen Widerstand des Schuldners kann er nach § 892 ZPO brechen lassen (Beispielfall → R.n. 468 (g)). Die **Kosten** der Ersatzvornahme werden nach §§ 891 S. 3, 91 ZPO dem Schuldner auferlegt. Es handelt sich dabei um Vollstreckungskosten (Stein/Jonas/Bartels ZPO § 887 R.n. 44), die nach § 788 ZPO beigetrieben werden. Der Gläubiger kann gem. § 887 Abs. 2 ZPO beantragen, dass der Schuldner im Ermächtigungsbeschluss zur **Vorauszahlung** der Kosten verurteilt wird. Der Ermächtigungsbeschluss ist insoweit Zahlungstitel zur Durchsetzung des Anspruchs auf Vorschussleistung (§ 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, denn gegen den Beschluss nach § 887 ZPO ist die Beschwerde zulässig; → R.n. 563 ff.). Das Verfahren gem. § 887 ZPO findet nach § 891 ZPO ohne mündliche Verhandlung, aber mit Anhörung des Schuldners statt.

c) Die Erzwingung unvertretbarer Handlungen

473 Liegt nach dem oben Gesagten (→ R.n. 466 ff.) eine unvertretbare Handlung vor, ist diese unter der zusätzlichen Voraussetzung nach § 888 ZPO vollstreckbar, dass sie **ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt**. Dadurch ist die Vollstreckung nach § 888 ZPO ausgeschlossen, wenn

die Handlung dauernd unmöglich ist, wenn sie besondere künstlerische oder wissenschaftliche Fähigkeiten voraussetzt, die nicht immer gleichbleibend vorliegen, oder wenn Dritte mitwirken müssen und der Schuldner ihre Mitwirkung nicht erzwingen kann (*Brox/Walker* Rn. 1078). In allen diesen Fällen würde es nicht weiterführen, auf den Schuldner Zwang auszuüben.

Die Vollstreckung wird durchgeführt, indem das zuständige Prozessgericht des ersten Rechtszugs durch Beschluss **Zwangsgeld** festsetzt und, für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, (Ersatz-)Zwangshaft. Das Zwangsgeld beträgt mindestens fünf Euro (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EGStGB), höchstens 25.000 Euro (§ 888 Abs. 1 S. 2 ZPO). Das Gericht kann alternativ (nicht kumulativ) **Zwangshaft** anordnen, allerdings aus Gründen der Verhältnismäßigkeit grds. nicht als erstes Mittel, sondern nur, wenn es schon sichere Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Schuldner allein aufgrund des Zwangsgeldes nicht leisten wird (*Musielak/Voit/Lackmann* ZPO § 888 Rn. 12). Die Haft kann zwischen einem Tag (Art. 6 Abs. 2 S. 1 EGStGB) und sechs Monaten (§§ 888 Abs. 1 S. 3, 802j Abs. 1 S. 1 ZPO) dauern.

Adressaten dieser Zwangsmittel sind bei juristischen Personen ihre Organe. Bei geschäftsunfähigen natürlichen Personen scheidet die Verhängung eines Zwangsmittels idR wegen ihrer Schutzbedürftigkeit aus. Ein Zwangsmittel gegen den Vertreter zu verhängen, kommt bei unvertretbaren Handlungen häufig ebenfalls nicht in Betracht. Die Handlung ist dann nicht erzwingbar und dem Gläubiger bleibt der Weg des Schadensersatzes (*Brox/Walker* Rn. 1088).

Aufgrund des Beschlusses können die Zwangsmittel dann ohne weitere Androhung (§ 888 Abs. 2 ZPO) auf Antrag des Gläubigers angewendet werden. Das Zwangsgeld wird zugunsten der Staatskasse beigetrieben, und zwar nach den Regeln der **Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen** (BGH NJW 1983, 1858 (1859f.)). Die Haft wird nach § 888 Abs. 1 S. 3 iVm §§ 802g ff. ZPO durch Haftbefehl und dessen Vollziehung durchgesetzt. Bei den Zwangsmaßnahmen ist zu beachten, dass sie dazu dienen, ein Verhalten des Schuldners zu erzwingen und nicht, ihn zu bestrafen (anders bei § 890 ZPO → Rn. 479 ff.).

Beispiel: S widerruft ihre den G betreffende, verleumderische Erklärung, nachdem gem. § 888 Abs. 1 S. 1 ZPO ein Zwangsgeld iHv 15.000 Euro gegen sie festgesetzt wurde. Dennoch wird das Zwangsgeld noch im Wege der Vollstreckung nach §§ 808 ff. ZPO beigetrieben. Das ist rechtswidrig, da der Zweck erreicht ist, dem die Festsetzung des Zwangsgeldes diente. Da das Zwangsgeld keine Sanktion für die Nichtbefolgung der titulierten Pflicht ist, kann es nicht mehr beigetrieben werden (BGH NJW-RR 2015, 610 Rn. 10 für ein Zwangsgeld zur Erzwingung der Vorlage eines Schlussberichts durch einen Treuhänder im Insolvenzverfahren).

d) Erfüllungseinwand

Bei §§ 887, 888 ZPO kann während des Vollstreckungsverfahrens Streit darüber entstehen, ob der Schuldner seine vertretbare oder unvertretbare

Handlung inzwischen schon vorgenommen hat. Inwieweit dieser **Einwand** iRd Zwangsvollstreckung möglich ist oder im Wege der **Vollstreckungsabwehrklage** nach § 767 ZPO vorzubringen ist, hat der BGH für § 887 ZPO (BGHZ 161, 67 (71 ff.)) und § 888 ZPO (BGH JZ 2013, 1055 f.) geklärt. Danach kann der Schuldner zwischen dem Einwand und der Abwehrklage wählen. Für beide ist das Prozessgericht des ersten Rechtszugs zuständig. Beweise über den Erfüllungseinwand des Schuldners können in beiden Verfahren erhoben werden. Zudem kann das Prozessgericht als Vollstreckungsgericht am besten darüber entscheiden, ob bestimmte, vom Schuldner vorgenommene Handlungen dem titulierten Anspruch genügen, da das Gericht den Inhalt des Rechtsstreits kennt (BGH JZ 2013, 1055 f.). Bei § 887 ZPO führt der BGH zudem dessen Wortlaut an, der voraussetze, dass die Verpflichtung nicht erfüllt sei (BGHZ 161, 67 (72 f.)). Auch sei es prozessökonomischer, den Erfüllungseinwand bereits im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen. Allerdings wird der Gläubiger durch diesen Weg geschwächt, weil der Schuldner ohne Sicherheitsleistung die Vollstreckung aufhalten kann (*Kannowski/Distler NJW 2005, 865 (867)*).

3. Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen und Duldungen

479 Ist der Schuldner dazu verpflichtet, eine Handlung zu unterlassen oder zu dulden, ist dies unmittelbar nicht erzwingbar. Deshalb wählt die ZPO in § 890 ZPO den Weg, Verstöße gegen die Unterlassungs- oder Duldungspflicht mit Ordnungsgeld oder Ordnungshaft zu ahnden. Die genannten Mittel dienen also, anders als die Zwangsmittel des § 888 ZPO, als Sanktionen für Pflichtverstöße.

a) Voraussetzungen

480 Es muss ein **Unterlassungs-** oder **Duldungstitel** vorliegen. Bei ersterem muss sorgfältig zwischen Tun und Unterlassen unterschieden werden (s. das Beispiel sogleich). Eine Duldung ist geschuldet, wenn die Vornahme einer bestimmten Handlung nicht behindert werden darf, also etwa hinzunehmen ist, dass der Gläubiger ein Grundstück betritt (zu letzterem s. Beispielsfall → R.n. 468 (g)).

481 **Beispiel:** S ist verurteilt worden, „es zu unterlassen, seine Gaststätte im Münsterland unter der Bezeichnung „Toller Bomberg“ zu betreiben“. Kann Titelgläubiger G nun gem. § 887 ZPO erzwingen, dass S das entsprechende Gaststättenschild entfernt? Das Anspruchsziel kann nur erreicht werden, wenn das Schild entfernt wird. Allerdings ist nach dem Tenor des Urteils lediglich ein Unterlassen geschuldet. Daher bleibt G nur die Möglichkeit, nach § 890 ZPO gegen S vorzugehen und für die Weiterverwendung der Bezeichnung auf dem Schild ein Ordnungsgeld festsetzen zu lassen. Der Weg nach § 887

ZPO stünde nur offen, wenn der Titel ausdrücklich auf die Beseitigung des Schildes gerichtet gewesen wäre. Müsste dann das Grundstück des S betreten werden, um das Schild zu beseitigen, wäre auch dies nach § 892 ZPO oder als ausdrücklich tenorierte Duldungspflicht nach § 890 ZPO durchsetzbar. Das Beispiel zeigt, dass man in solchen Fällen bereits beim Klageantrag sorgfältig darauf achten muss, welche einzelnen Schritte notwendig sind, um das Anspruchsbegehren wirksam durchzusetzen. Man muss den Klageantrag bereits im Hinblick auf die Vollstreckungsmöglichkeiten formulieren.

Zu einem Ordnungsmittel kann der Schuldner nur verurteilt werden, **482** wenn dies im Titel (wie meist) oder durch späteren eigenen Beschluss im Rahmen der Zwangsvollstreckung **angedroht** ist (§ 890 Abs. 2 ZPO). Hierin unterscheidet sich die Vollstreckung nach § 890 ZPO von derjenigen nach § 888 ZPO, wo nach Abs. 2 das Zwangsgeld nach seiner Anordnung im Beschluss ohne Androhung beigetrieben werden kann. Auch hierin kommen die unterschiedlichen Zwecke beider Regime zum Ausdruck. Das Ordnungsgeld ist eine Strafe dafür, dass der Schuldner gegen die Unterlassungs- oder Duldungspflicht verstößt. Hier muss er vorher über die drohende Sanktion informiert sein, der er sich, sobald er verstößt, nicht mehr entziehen kann. Er ist vor der Androhung, wenn sie nicht schon im Urteil erfolgte, **anzuhören** (§ 891 S. 2 ZPO).

Die Festsetzung von Ordnungsmitteln setzt zudem eine **Zuwiderhand- 483 lung** gegen den Titel voraus. Hierfür ist die Formulierung der Pflicht im Tenor wichtig. Allerdings soll der Schuldner sich der Pflicht nicht durch leichte Abwandlungen seines Verhaltens entziehen können. Deshalb legt man den Titel dahingehend aus, dass er auch solche Verletzungshandlungen umfasst, die mit der titulierten gleichwertig sind und im Kern mit ihr übereinstimmen (sog. Kerntheorie, *Muthorst* Rn. 15; vgl. auch § 9 Nr. 3 UKlaG für die vergleichbare Problematik bei AGB); zu verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG *Lüke* § 36 Rn. 9).

Beispiel: Im Fall → Rn. 481 ändert S die Bezeichnung seiner Gaststätte in „Zum **484** tollen Bomberg“. Auch diese Bezeichnung ist von dem Unterlassungstitel erfasst.

Außerdem setzt ein Ordnungsmittel voraus, dass der Schuldner **schuld- 485 haft** gegen die titulierte Pflicht verstoßen hat. Das ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des § 890 ZPO, aber aus dem strafähnlichen Charakter der Ordnungsmittel, der in der Ahndung begangenen Unrechts liegt (BVerfGE 20, 323 (332)).

Im Rahmen der **allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen** stellt **486** sich bei einem späteren Wegfall des **Titels** – zB durch ein Rechtsmittel oder eine übereinstimmende Erledigung des Verfahrens – die Frage, ob ein Ordnungsmittel noch verhängt werden darf, wenn der Schuldner vorher gegen den Titel verstoßen hat. Die hM unterscheidet: Wird der Titel *ex tunc* unwirksam, zB durch Aufhebung im Rechtsmittelverfahren, fehlt es an einem Verstoß. Wird der Titel dagegen *ex nunc* unwirksam, zB durch Ablauf einer Frist oder im Fall des § 927 ZPO (→ Rn. 810), können vorher begangene

Verstöße noch mit Ordnungsmitteln sanktioniert werden. (näher dazu *Brox/Walker* Rn. 1097).

b) Durchführung

- 487** Liegen die genannten Voraussetzungen vor, wird das **Ordnungsmittel** durch Beschluss des Prozessgerichts des ersten Rechtszugs als zuständigem Vollstreckungsorgan **festgesetzt** (§ 890 Abs. 1 ZPO). In Betracht kommt Ordnungsgeld und, für den Fall, dass es nicht beigetrieben werden kann (Ersatz-)Ordnungshaft, oder Ordnungshaft. Die Ordnungshaft wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung verhängt. Dabei darf das einzelne Ordnungsgeld den Betrag von 250.000 Euro nicht übersteigen. Die Ordnungshaft pro Zuwiderhandlung darf maximal sechs Monate betragen und insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen. Als Mindestgrenzen gelten ebenfalls diejenigen aus Art. 6 Abs. 1 und 2 EGStGB.
- 488** Aufgrund des Beschlusses wird das Ordnungsgeld von Amts wegen zugunsten der Staatskasse beigetrieben. Die Ordnungshaft wird ebenfalls nach §§ 802g ff. ZPO durchgesetzt.

c) Verhältnis zur Vertragsstrafe

- 489** Nicht selten, vor allem wenn die Parteien schon länger miteinander streiten, tritt neben eine titulierte Unterlassungspflicht eine entsprechende, mit einer Vertragsstrafe bedrohte Pflicht aus einem Vertrag oder einem Vergleich. Dann stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der beiden Elemente zueinander.
- 490** **Beispiel** (nach BGH NJW 1998, 1138): Der G ist Inhaber eines Jagdreviers. Er hat mit dem Tierschützer S einen gerichtlichen Vergleich geschlossen, in dem sich S verpflichtet, bestimmte, die Jagdausübung beeinträchtigende Maßnahmen zu unterlassen, insbesondere das Einsetzen von Trillerpfeifen, lärmenden Gegenständen, das Hissen von flatternden Fahnen und das Verdecken der Aussicht vom Hochsitz mit Strohmatten. S hat sich weiter verpflichtet, für jede Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe von 1.000 Euro zu zahlen. Im Anschluss hat S insgesamt 28 Mal gegen die Vereinbarung verstoßen.
- G ging daher im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich (Titel! § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) vor. Er ließ durch das Prozessgericht des ersten Rechtszugs Ordnungsmittel nach § 890 ZPO androhen und beantragte dann, den S wegen Zuwiderhandlung gegen die im Vergleich übernommene Unterlassungspflicht zu einem Ordnungsmittel nach § 890 Abs. 1 ZPO zu verurteilen. Kurz darauf erhob G Klage gegen S auf Zahlung der im Vergleich besprochenen Vertragsstrafe.

Der BGH hatte über die Zulässigkeit der letztgenannten Klage zu entscheiden. Beide Klagen, so das Gericht, schlossen einander nicht aus, auch wenn sie dieselben Verstöße betrafen. Die Vertragsstrafe sichere die Vertragserfüllung und pauschaliere den Schaden. Das Ordnungsgeld dagegen sei eine strafähnliche Sanktion. Der Gläubiger könne deshalb beide Maßnahmen nebeneinander verlangen (s. auch BGH GRUR 2014, 909, wonach trotz eines Vertragsstrafeversprechens die Unterlassungspflicht vollstreckt werden kann). Insbesondere Art. 103 Abs. 3 GG stehe nicht entgegen, da es nicht um eine Bestrafung aufgrund eines Strafgesetzes gehe (BGH NJW 1998, 1138 (1140)). Allerdings erscheine es „sachgerecht“, die frühere Sanktion bei der später verhängten mindernd zu

berücksichtigen. So könne ein Ordnungsgeld ein Grund sein, eine Vertragsstrafe nach § 343 BGB herabzusetzen (BGH NJW 1998, 1138 (1140)). Umgekehrt ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eines Ordnungsgeldes zu berücksichtigen, dass schon eine Vertragsstrafe gezahlt wurde.

4. Die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung

Ist der Schuldner zu einer Willenserklärung, mithin einer unvertretbaren 491 Handlung, verurteilt worden, wird er nicht nach § 888 ZPO gezwungen, die Erklärung abzugeben. Es wird vielmehr gem. § 894 Abs. 1 S. 1 ZPO grds. mit Rechtskraft des Urteils fingiert, dass der Schuldner sie abgegeben habe.

a) Voraussetzungen

Diese Vollstreckungsart kommt nur bei Titeln in Betracht, die **der 492 Rechtskraft fähig** sind, also bei Urteilen und Beschlüssen. Bei allen anderen Titeln richtet sich die Vollstreckung nach § 888 ZPO. Um diesen Weg zu vermeiden, empfiehlt es sich insbesondere bei einem Vergleich, die Willenserklärung, auf deren Abgabe man sich geeinigt hat, bereits in den Text des Vergleiches aufzunehmen (*Brox/Walker* Rn. 1112). Ist die geschuldete Willenserklärung nur **Zug um Zug** gegen Erbringung einer Gegenleistung abzugeben, tritt nach § 894 Abs. 1 S. 2 ZPO die Fiktionswirkung erst ein, wenn – zusätzlich zur Rechtskraft – im Klauselverfahren nach § 726 Abs. 2 ZPO nachgewiesen wurde, dass der Schuldner befriedigt oder im Annahmeverzug ist, und daraufhin die Klausel erteilt wurde (→ Rn. 175 ff.).

b) Wirkungen

Fingiert wird, dass der Schuldner die **Willenserklärung abgegeben 493** habe. Alle weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen der Erklärung, insbesondere der Zugang beim Gläubiger oder bei einem anderen Adressaten, müssen noch hinzukommen. Allerdings wahrt das Urteil jegliche Form zumindest für die Erklärung des Schuldners (*Lackmann* Rn. 422; *Lippross/Bittmann* § 46 Rn. 40). Ist die Übereignung beweglicher Sachen geschuldet, muss uU noch die Übergabe erfolgen. Wenn der Schuldner verurteilt wurde, ein Grundstück zu übereignen, wird seine Übereignungserklärung fingiert. Um die Form der Auflassung (§ 925 BGB) auch für den Gläubiger zu wahren, muss dieser das Urteil mit zum Notar nehmen und dort die Auflassung annehmen. Des Weiteren muss er die Eigentumsumschreibung beantragen. In allen Fällen stellt das Gesetz sicher, dass der Erwerb dem rechtsgeschäftlichen möglichst nahe kommt. So ist auch gutgläubiger Erwerb möglich (§ 898 ZPO).

Bei Erklärungen, die zu Grundbucheintragungen führen, schützt § 895 494 ZPO den Gläubiger in dem Zeitraum zwischen dem Erlass des Urteils und seiner Rechtskraft. Die Vorschrift fingiert, dass der Schuldner die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs bewilligt habe. Welches

dieser beiden Sicherungsmittel eingetragen wird, hängt von dem titulierten Anspruch ab.

- 495 Beispiel:** S ist verurteilt worden, ein Grundstück an G aufzulassen, das tatsächlich der E gehört, für das aber S als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Dem G steht also ein schuldrechtlicher Anspruch auf dingliche Rechtsänderung am Grundstück gegen S zu. Ein solcher Anspruch wird durch eine Vormerkung nach § 883 BGB gesichert. G kann mithilfe der nach § 895 ZPO fingierten Bewilligung des S aufgrund des vorläufig vollstreckbaren Urteils eine Vormerkung für seinen Erwerb eintragen lassen. Mit Rechtskraft kann er dann vorgehen wie oben beschrieben.

Ist S auf Klage der wahren Eigentümerin E des Grundstücks verurteilt worden, der Berichtigung des Grundbuchs zuzustimmen (§ 894 BGB), kann E mit der nach § 895 ZPO fingierten Bewilligung schon vor Rechtskraft des Urteils einen Widerspruch nach § 899 BGB gegen die Eigentümerstellung des S eintragen lassen. So kann sie, wenn ihr Widerspruch vor der Vormerkung des G eingetragen wurde, den gutgläubigen Eigentumswerb des G (§ 898 ZPO), verhindern, und sicherstellen, dass sie als Eigentümerin eingetragen wird, sobald die Bewilligung gem. § 894 BGB als abgegeben fingiert wird.

VI. Gerichtsvollzieherbefugnisse, Vermögensauskunft und Schuldnerverzeichnis

- 496** Allgemeine Vorschriften für die Vollstreckung wegen Geldforderungen enthalten die §§ 802a–802l ZPO. Sie sind jedoch zum Teil auch über Verweise bei anderen Vollstreckungsarten anwendbar, so zB die Vorschriften über die Haft bei §§ 888, 890 ZPO. Sie regeln allgemeine Befugnisse des Gerichtsvollziehers (§§ 802a, 802b ZPO). Des Weiteren sehen sie Verfahren vor, in denen aufgeklärt werden kann, über welche Vermögensgegenstände der Schuldner verfügt (§§ 802c–802l ZPO). Ergänzt werden sie durch die Vorschriften über das Schuldnerverzeichnis in §§ 882b–882i ZPO.

1. Rechte und Pflichten des Gerichtsvollziehers

- 497** Die §§ 802a, 802b ZPO normieren **Befugnisse und Pflichten des Gerichtsvollziehers**, die in GVO und GVGA (zu diesen → R.n. 14) näher ausgestaltet sind. Die Befugnisse setzen allesamt voraus, dass die allgemeinen und besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen, keine Vollstreckungshindernisse bestehen, der Gläubiger die Vollstreckung beantragt hat und dem Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Ausfertigung (s. Legaldefinition in § 724 Abs. 1 ZPO) vorliegt.
- 498** Nach § 802a Abs. 2 Nr. 1 ZPO soll der Gerichtsvollzieher auf eine **gütliche Erledigung** der Sache gem. § 802b ZPO hinwirken. Hierzu ist er ähnlich wie ein Richter gem. § 278 Abs. 1 ZPO in jeder Lage des Verfahrens verpflichtet. Dazu gehören etwa Stundungen und Ratenzahlungsvereinba-