

# Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung

(Kurzdarstellung exemplarischer Problematiken)

## **I. Gruppen von Voraussetzungen**

1. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen
2. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen
3. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen
4. Fehlen von Vollstreckungshindernissen

## **II. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen**

### **1. Antrag des Gläubigers**

Falls von einem Bevollmächtigten gestellt, bedarf es gem. § 80 ZPO des schriftlichen Nachweises der Bevollmächtigung.

Es gibt zwei Argumentationsstränge, mit deren Hilfe das Fehlen eines derartigen Nachweises für unschädlich erachtet werden kann:

- a) Ist ein Erkenntnisverfahren durchgeführt worden und ist der Gläubiger dort ausweislich des Rubrums im Urteil von demselben Prozessbevollmächtigten vertreten worden, erstreckt sich gem. § 81 ZPO die Vollmacht auch auf die Durchführung der Zwangsvollstreckung.
- b) Davon unabhängig ist § 88 ZPO zu beachten. Gemäß dessen Absatz 2 wird das wirksame Vorliegen einer Vollmacht beim Auftreten von Rechtsanwälten als Prozessbevollmächtigte regelmäßig nicht von Amts wegen geprüft; anders nur dann, wenn der Schuldner das Fehlen der Vollmacht rügt, was wegen § 834 ZPO zumindest zu Beginn einer beantragten Forderungs- oder Rechtspfändung nicht der Fall ist.  
Bei anderen Personen als Rechtsanwälten ist die Vollmacht hingegen durch das Vollstreckungs- bzw. Klauselorgan nachzufordern.

### **2. Zuständigkeit**

#### **a) Sachliche Zuständigkeit**

Zu klären ist, welches Vollstreckungsorgan zuständig ist. Dies wird regelmäßig als sachliche aber teilweise auch als funktionelle Zuständigkeit bezeichnet.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere der § 865 ZPO als Grenze zwischen Mobilien- und Immobilienvollstreckung zu beachten.

Für die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts wäre bei der Forderungs- und Rechtspfändung zudem auf die §§ 764 Abs. 1 und § 828 Abs. 1 ZPO hinzuweisen.

### b) Örtliche Zuständigkeit

Für die Forderungs- und Rechtspfändung ist § 828 Abs. 2 ZPO (eventuell i.V.m. § 857 Abs. 1 ZPO) maßgeblich. Sodann ist bei natürlichen Personen auf § 13 ZPO und § 7 BGB (evtl. auch § 11BGB) hinzuweisen.

### 3. Parteifähigkeit beider Parteien, § 50 ZPO

Hier soll allein (nochmals) das Augenmerk auf die Außen-GbR gelegt werden, die nach der Rechtsprechung des BGH<sup>1</sup> rechts- und damit auch parteifähig ist.

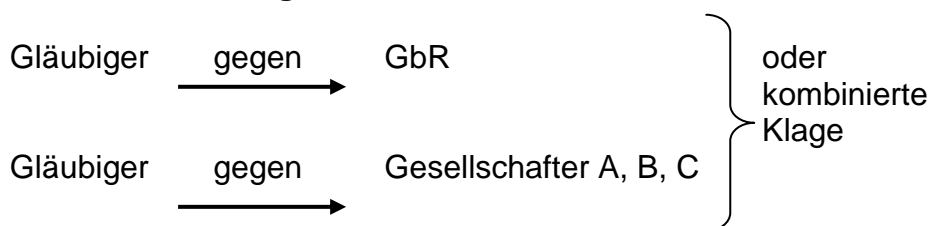
Die GbR kann folglich als Gesellschaft klagen und verklagt werden und somit im Rubrum als Partei des Rechtsstreits aufgeführt sein.

#### Exkurs:

#### **Vollstreckungsrechtliche Besonderheiten bei der Außen-GbR**

Der aufgrund der Partei- und Rechtsfähigkeit der GbR mögliche Vollstreckungstitel gegen die Gesellschaft scheint nur auf den ersten Blick dem **§ 736 ZPO** zu widersprechen. Nach Auffassung des BGH stellt ein **Titel gegen die GbR einen Titel gegen „alle Gesellschafter in ihrer Verbundenheit“** dar. Diese Formulierung macht zugleich deutlich, dass die GbR neben OHG und KG weiterhin eine Gesamthandsgemeinschaft ist.

Man muss sich allerdings klar machen, dass die Anerkennung der Parteifähigkeit zu einer Trennung zwischen Gesellschaftsprozess und dem Prozess gegen die Gesellschafter persönlich führt. Natürlich können die Gesellschafter neben der Gesellschaft verklagt werden, auch in ein und demselben Verfahren. Der BGH empfiehlt dies sogar, **weil aus einem Titel gegen die Gesellschaft nicht in das Privatvermögen eines Gesellschafters vollstreckt werden kann – auch nicht im Wege der Titelumschreibung:**



Ein **Titel gegen alle Gesellschafter als Gesamtschuldner** berechtigt hingegen zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen. Der BGH bejaht dies jedenfalls für Gesamtschulden, die auf der akzessorischen Haftung für Gesellschaftsschulden (in einer dem § 128 HGB entsprechenden Weise) beruhen.

Ob mittels Gesamtschuldtiteln über gemeinsame Privatverbindlichkeiten der Gesellschafter (beispielsweise aufgrund einer deliktischen Haftung gem. § 840 BGB) in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt wer-

<sup>1</sup> BGH NJW 2001, 1056 ff.

den kann, hat der BGH bisher noch nicht entschieden. Die h. M. bejaht dies in formeller Hinsicht, d. h. die Zwangsvollstreckung ist zulässig, auch wenn das Gesellschaftsvermögen für die Privatverbindlichkeiten nicht haftet (= materiellrechtlicher Aspekt). Begründet wird diese Auffassung vor allem mit dem Argument, dass die Vollstreckungsorgane anderenfalls mit der oftmals gar nicht möglichen Prüfung darüber belastet wären, ob dem Titel eine private oder aber eine Gesellschaftsschuld zugrunde liegt. Das Fehlen einer materiellrechtlichen Gesellschaftsschuld kann die Gesamthand jedoch mittels einer Drittwiderspruchsklage in analoger Anwendung von § 771 ZPO geltend machen<sup>2</sup>.

§ 736 ZPO stellt klar, dass mit einem Titel gegen nur einzelne (nicht alle) Gesellschafter nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden kann.

Grundsätzlich muss der Titel wegen § 750 Abs. 1 ZPO vielmehr alle Gesellschafter als Schuldner bezeichnen, die der GbR zur Zeit der Zwangsvollstreckung angehören. Tritt ein Gesellschafter nach Erlass des Titels neu in die Gesellschaft ein, haftet er für eine titulierte Gesellschaftsschuld akzessorisch entsprechend § 130 HGB auch für Alt-schulden. Deshalb kann der Titel, der gegen alle (seinerzeitigen) Gesellschafter ergangen ist, gem. § 727 ZPO auf einen danach aber vor Vollstreckungsbeginn in die Gesellschaft eintretenden neuen Gesellschafter (gleichzeitiges Ausscheiden eines bisherigen Gesellschafters denkbar, aber nicht erforderlich) umgeschrieben werden<sup>3</sup>.

Die vereinzelt aus der BGH-Rechtsprechung zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR abgeleitete (angebliche) **Rechts- und Parteifähigkeit der Erbengemeinschaft**<sup>4</sup> ist **vom BGH** in seinem Beschluss vom 11.09.2002<sup>5</sup> ausdrücklich **verneint** worden. Diese Rechtsauffassung hat der BGH in seinen Beschlüssen vom 16.03.2004<sup>6</sup> und 17.10.2006<sup>7</sup> bestätigt.

### Zusammenfassung:

- Keine Vollstreckung mit einem Titel gegen die GbR ins Privatvermögen des Gesellschafters; es fehlt bereits die gem. § 750 Abs. 1 ZPO erforderliche Bezeichnung des Schuldners.  
Will der Gläubiger die persönliche akzessorische Haftung eines Gesellschafters für Gesellschaftsschulden als Grundlage für eine Vollstreckung in dessen Privatvermögen nutzen, bedarf es eines Titels gegen ihn persönlich.

<sup>2</sup> Ulmer, in: MüKo/BGB, 4. Aufl., § 718 Rd. 57; Westermann, in: Erman, BGB, 11. Aufl., § 718 Rd. 10; Salzmann, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl., § 736 Rd. 10; Heßler, in: MüKo/ZPO, 3. Aufl., § 736 Rd. 25; Zöllner/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 736 Rd. 3; Schl.-Holst. OLG, Rpfleger 2006, 261; Schmidt, NJW 2001, 993 (1001); Wertenbruch, NJW 2002, 324 (328).

<sup>3</sup> Heßler a.a.O, Rd. 16.

<sup>4</sup> Eberl-Borges, ZEV 2002, 125.

<sup>5</sup> NJW 2002, 3389.

<sup>6</sup> NJW-RR 2004, 1006.

<sup>7</sup> ZfIR 2007, 108.

- Keine Vollstreckung mit einem Titel gegen nur einzelne Gesellschafter ins Gesellschaftsvermögen.
- Zulässige Vollstreckung mit einem Titel gegen alle Gesellschafter als Gesamtschuldner ins Gesellschaftsvermögen; Einzeltitel gegen alle Gesellschafter reichen aus.  
Daraus folgt zum einen, dass die bisher (gemeint ist: vor der neueren BGH-Rechtsprechung) ergangenen Titel gegen alle Gesellschafter auch weiterhin zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen geeignet sind, zum anderen erübrigt sich bei Vorliegen eines Titels gegen alle Gesellschafter die Schaffung eines gesonderten Titels gegen die GbR.
- Mit einem Titel gegen einen Gesellschafter kann in dessen Privatvermögen vollstreckt werden (Zu Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung siehe spätere Ausführungen.).
- Mit einem Titel gegen die GbR kann in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden.  
Dies stellt u.a. deshalb eine Erleichterung dar, weil für diesen Titel die Bezeichnung der Gesellschaft mit der Angabe des/der Vertreter(s) ausreicht; die namentliche Bezeichnung aller Gesellschafter ist nicht erforderlich.  
Zudem ist ein Gesellschafterwechsel für die Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit eines derartigen Titels unerheblich, schließlich sind nicht die Gesellschafter sondern ist die Gesellschaft selbst Schuldner.

Es ergeben sich aber auch Probleme:

Da die GbR in kein Register eingetragen wird, haben es Gläubiger mitunter schwer, die Gesellschaft genau zu bezeichnen. Auch können sich Schwierigkeiten für die Vollstreckungsorgane ergeben, wenn sie die Identität der im Titel bezeichneten Gesellschaft mit der tatsächlichen Firma der GbR überprüfen.

Ist der Sitz der Gesellschaft nicht bekannt, ergeben sich zusätzlich Schwierigkeiten bei der Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit.

#### **4. Prozess- (besser: Verfahrens-)fähigkeit**

Ist abhängig von der Geschäftsfähigkeit, vgl. § 52 ZPO. Alle Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen müssen vertreten werden.

#### **5. Rechtsschutzinteresse**

Ist regelmäßig bei Vorliegen eines vollstreckbaren Titels gegeben, weil der Privatgläubiger aufgrund des Zwangsmonopols des Staates zur Durchsetzung seiner titulierten Forderung auf die Mitwirkung staatlicher Vollstreckungsorgane zwingend angewiesen ist.

### III. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

#### 1. Titel

Definition: Vollstreckungstitel sind Entscheidungen oder beurkundete Erklärungen, aus denen kraft Gesetzes die Zwangsvollstreckung betrieben werden darf.

- a) Endurteile, die vollstreckungsfähig und vollstreckungsreif sind, vgl. § 704 Abs. 1 ZPO
- b) Sonstige in § 794 ZPO aufgeführte Titel  
Für sie gelten gem. § 795 ZPO die vollstreckungsrechtlichen Vorschriften für Urteile entsprechend, soweit in den §§ 795a ZPO keine abweichenden Regelungen getroffen worden sind.
- c) Titel, die außerhalb der ZPO geregelt sind:
  - Auszug aus der Insolvenztabelle (§ 201 Abs. 2 InsO),
  - Urkunden des Jugendamtes über Unterhaltsverpflichtungen, sofern sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat (§ 60 Abs. 1 SGB VIII),
  - Zuschlagsbeschluss in der Zwangsversteigerung als Räumungstitel gegen den Besitzer des Grundstücks (§ 93 Abs. S. 1 ZVG); siehe auch **Anhang 1**.
  - Zuschlagsbeschluss als Titel i. S. v. § 132 ZVG

#### 2. Vollstreckungsklausel

- a) Notwendigkeit wegen § 724 Abs. 1 ZPO
- b) Sinn und Zweck:  
Erleichterungs- und Schuldnerschutzfunktion
- c) Arten:  
Einfache und qualifizierte (titelergänzende und titelumschreibende bzw. titelübertragende) Klauseln
  - Text der einfachen Klausel und Mindesttext der qualifizierten Klauseln steht in § 725 ZPO.
  - Zuständigkeit:
    - einfache: U.d.G. gem. § 724 Abs. 2 ZPO
    - qualifizierte: Rechtspfleger gem. § 20 Nr. 12 RPfIG
    - einfache und qualifizierte Klauseln notarieller Urkunden: Notar, § 797 Abs. 2 Satz 1 ZPO
    - Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen: Rechtspfleger gem. § 20 Nr. 12, 13 RPfIG

- Entscheidung über Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen notarieller Urkunden sowie Urkunden des Jugendamtes: Rechtspfleger gem. § 20 Nr. 13 RPfIG

d) Entbehrlichkeit von Klauseln:

- Unselbständige Kostenfestsetzungsbeschlüsse i.S.v. § 105 ZPO benötigen keine eigenständige Klausel, weil der Beschluss mit dem umseitigen Urteil eine stoffliche Einheit bildet (§ 795a ZPO).
- Vollstreckungsbescheide benötigen lediglich Rechtsnachfolgeklauseln (§ 796 Abs. 1 ZPO), um den zeitlichen Vorteil des Mahnverfahrens nicht durch ein Klauselverfahren zu minimieren.
- Für Arrestbefehle (§ 929 Abs. 1 ZPO) und einstweilige Verfügungen (§ 936 ZPO) gilt das zum Vollstreckungsbescheid Gesagte.

### 3. Zustellung

#### a) Zustellungserfordernisse

- aa) Gem. § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO (evtl. i.V.m. § 795 S. 1 ZPO) ist dem Schuldner vor bzw. spätestens mit Vollstreckungsbeginn (letzteres nur bei Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers denkbar) der Titel zuzustellen. Das ist selbstverständlich nicht das Original. Damit wird deutlich, dass zwischen dem Gegenstand der Zustellung einerseits und dem Gegenstand der Übergabe andererseits unterschieden werden muss. **Das „zuzustellende“ Schriftstück ist nicht das „zu übergebende“ Schriftstück<sup>8</sup>.**

Erfolgt die Zustellung von Amts wegen (z. B. gem. §§ 317 Abs. 1, 329 Abs. 3 jeweils i.V.m. § 166 Abs. 2 ZPO) wird dem Zustellungsadressaten eine Ausfertigung übergeben. Diese weist - abgesehen von den in den §§ 313a und 313b ZPO geregelten Ausnahmefällen - Tatbestand und Entscheidungsgründe auf.

Bei Titeln, die v. A. w. zugestellt werden müssen, genügt gem. § 750 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 ZPO für die Zwangsvollstreckung (nicht für den Beginn von Rechtsmittelfristen) aber auch eine Parteizustellung. Im Rahmen einer derartigen Parteizustellung wird dem Zustellungsadressaten vom Gerichtsvollzieher (§ 192 Abs. 1 ZPO) regelmäßig eine beglaubigte Abschrift der Titelausfertigung übergeben. Das Dokument, von dem die beglaubigte Abschrift angefertigt wird, muss entweder eine Urschrift oder eine diese im Rechtsverkehr ersetzende Ausfertigung (§ 47 BeurkG) sein<sup>9</sup>. Die Klarstellung des § 750 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 ZPO, wonach im Falle einer Parteizustellung „die Ausfertigung des Urteils Tatbestand und

<sup>8</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., § 75 I 1.

<sup>9</sup> OLG Hamm, Rpfleger 1994, 173; BayObLG, DNotZ 2005, 614 (615).

Entscheidungsgründe nicht zu enthalten“ bräuchte, bezieht sich folglich auf das Dokument, von dem die beglaubigte Abschrift angefertigt wird. Logischer Weise gibt dann auch Letztere weder Tatbestand noch Entscheidungsgründe wieder.

Bei Titeln, die im Parteiwege zugestellt werden müssen (z. B. gerichtliche Vergleiche (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), notarielle Urkunden (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen (§§ 922 Abs. 2, 936 ZPO)) wird dem Zustellungsadressaten ebenfalls ganz überwiegend eine beglaubigte Abschrift ausgehändigt. Aber auch hier muss das zuzustellende Schriftstück, also die Urkunde, von der die beglaubigte Abschrift angefertigt wird, entweder die Urschrift selbst oder eine Ausfertigung sein<sup>10</sup>.

- bb) Handelt es sich um einen Titel, der einer qualifizierten Klausel bedarf, muss dem Schuldner gem. § 750 Abs. 2 ZPO vor bzw. spätestens mit Vollstreckungsbeginn zudem die Klausel, d.h. die vollstreckbare Ausfertigung zugestellt werden. Aber auch hier ist das zuzustellende Schriftstück nicht mit dem zu übergebenden Schriftstück identisch, schließlich erhält der Gläubiger und nicht der Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung. Da Ausfertigungen Zweitschriften der Urschrift sind<sup>11</sup>, es folglich keine Ausfertigungen von Ausfertigungen geben kann, ist dem Schuldner eine Abschrift der vollstreckbaren Ausfertigung zu übergeben.

Umstritten ist allerdings, ob diese Abschrift beglaubigt sein muss oder ob auch die Aushändigung einer einfachen Abschrift genügt. Vor Inkrafttreten des Zustellungsreformgesetzes<sup>12</sup> mussten Schriftstücke gem. § 170 Abs. 1 a.F. ZPO zwingend entweder in Ausfertigung oder als beglaubigte Abschrift zugestellt werden. Diese Regelung ist ersatzlos gestrichen worden. Vereinzelt wird daraus der Schluss gezogen, auch die Zustellung einer einfachen Abschrift würde zumindest dann wirksam sein, wenn selbige mit der Urschrift oder der Ausfertigung tatsächlich übereinstimme<sup>13</sup>. Die ganz h.M. hält indes auch weiterhin die Beglaubigung für einen wesentlichen Bestandteil des Zustellungsaktes, dessen Fehlen die Zustellung unwirksam macht<sup>14</sup>. Dafür spricht, dass die §§ 169 Abs. 2 S. 1 und 192 Abs. 2 S. 2 ZPO zu beglaubigende Abschriften erfordern. Zudem kann der Schuldner nur bei einer beglaubigten Abschrift sicher sein, dass selbige mit der vollstreckbaren Ausfertigung übereinstimmt.

<sup>10</sup> Fundstellen wie bei Fußnote 9.

<sup>11</sup> Limmer, in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2. Aufl., § 49 BeurkG Rd. 2.

<sup>12</sup> In Kraft seit dem 01.07.2002.

<sup>13</sup> MüKo/Häublein, ZPO, Bd. 1, 3. Aufl., § 169 Rd. 4.

<sup>14</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 75 Rd. 9; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 169 Rd. 7; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 169 Rd. 12; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 169 Rd. 9; So für die alte Rechtslage bereits: BGHZ 24, 116 (118).

Auf der Basis dieser h.M. ist dem Schuldner also gem. § 750 Abs. 2 ZPO eine beglaubigte Abschrift der vollstreckbaren Ausfertigung zu übermitteln.

- cc) Wurde die qualifizierte Klausel vom Klauselorgan auf der Grundlage ihm vorgelegter öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden erteilt (siehe insbesondere §§ 726 Abs. 1, 727 Abs. 1 ZPO), muss dem Schuldner neben der vollstreckbaren Ausfertigung auch eine „Abschrift dieser Urkunden“ vor bzw. spätestens mit Vollstreckungsbeginn regelmäßig im Parteibetrieb zugestellt werden (§ 750 Abs. 2 ZPO).

Auch in diesem Zusammenhang sprechen die soeben unter Gliederungspunkt bb) dargelegten Argumente für die Notwendigkeit, dem Schuldner eine beglaubigte Abschrift der Beweisurkunden zukommen zu lassen<sup>15</sup>.

Fraglich ist, ob auf der Grundlage der oben unter Gliederungspunkt aa) vertretenen Auffassung, auch hier verlangt werden muss, dass die Urkunde, von der die beglaubigte Abschrift gefertigt wird, die Urschrift der öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde oder eine die öffentliche Urkunde ersetzende Ausfertigung ist<sup>16</sup>.

Da § 750 Abs. 2 ZPO das zuzustellende Schriftstück als „Abschrift“ bezeichnet dürfte m. E. die dem Schuldner zuzuleitende beglaubigte Abschrift prinzipiell auch von einer beglaubigten Abschrift angefertigt werden können. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass Letztere als Nachweis gegenüber dem Klauselorgan gedient hat. In entsprechender Anwendung von § 435 ZPO wird der von den §§ 726 Abs. 1 und 727 Abs. 1 ZPO geforderte Nachweis in der Regel auch mit Hilfe beglaubigter Abschriften geführt werden können. Lediglich Urkunden, die eingezogen oder für kraftlos erklärt werden können (z.B.: Erbschein) müssen dem Klauselorgan in Ausfertigung vorgelegt werden<sup>17</sup>. Dann muss auch die dem Schuldner zu übergebende beglaubigte Abschrift von dieser Ausfertigung anzufertigen sein.

Die Abschriften müssen vollständig sein, was auch bedeutet, dass sie den Charakter der öffentlich oder öffentlich beglaubigten Urkunde erkennen lassen müssen. Denn Grundlage der Klauselerteilung, über die der Schuldner unterrichtet werden soll, ist nicht allein die in der Urkunde verkörperte Erklärung oder die darin bezugte Tatsache, sondern auch die öffentliche Beurkundung bzw. Beglaubigung. Diese gehört untrennbar zur Urkunde. Die Abschrif-

<sup>15</sup> So ausdrücklich: Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 750 Rd. 20; MüKo/Heßler, ZPO, Bd. 2, 2. Aufl., § 750 Rd. 73 unter Fußnote 115; Musielak/Lackmann, ZPO, 4. Aufl., § 750 Rd. 21.

<sup>16</sup> So Wieczorek/Schütze/Salzmann, ZPO, 3. Aufl., § 750 Rd. 33; MüKo/Heßler, ZPO, Bd. 2, 2. Aufl., § 750 Rd. 73 unter Fußnote 115; a.A. Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 750 Rd. 20, der beglaubigte Abschrift als Grundlage dann für ausreichend erachtet, wenn sie Grundlage der Klauselerteilung war.

<sup>17</sup> MüKo/Wolfsteiner, ZPO, Bd. 2, 3. Aufl., § 727 Rd.53; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, Bd. 7, 22. Aufl., § 727 Rd. 41; a.A. Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 727 Rd 20 und § 750 Rd. 20, der auch Vorlage einer beglaubigten Abschrift eines Erbscheins für ausreichend erachtet.



ten müssen deshalb auch den Beglaubigungsvermerk i.S.v. § 40 BeurkG wiedergeben<sup>18</sup>.

- dd) Vollstreckt der Gläubiger aus einem gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil, das einen Zahlungsanspruch tituliert, im Wege der Sicherungsvollstreckung gem. § 720a ZPO, muss zwischen der Zustellung der jeweils erforderlichen Dokumente und dem Vollstreckungsbeginn eine **Wartefrist** von zwei Wochen liegen (§ 750 Abs. 3 ZPO), auf deren Einhaltung das jeweilige Vollstreckungsorgan zu achten hat.

Streitig ist, ob die Regelung des § 750 Abs. 3 ZPO nur für die Fälle anzuwenden ist, in denen es einer qualifizierten Klausel bedarf, oder ob sie auch dann zur Geltung kommt, wenn die vollstreckbare Ausfertigung lediglich eine einfache Klausel beinhaltet. Letztere Auffassung ist jahrelang aufgrund folgender Argumente mehrheitlich für vorzugswürdig erachtet worden (vgl. zum bisherigen Meinungsstand Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, Band I, 3. Aufl., § 750 Rd. 31 Fn. 89 und 90):

- Der Wortlaut unterscheidet nicht zwischen Fällen, die einer einfachen bzw. qualifizierten Klausel bedürfen (= Wortlautargument).
- Der Absatz 3 des § 750 ZPO stehe gleichrangig neben dem Absatz 1, der sich auf vollstreckbare Ausfertigungen mit einer einfachen Klausel bezieht, und dem Absatz 2, der für vollstreckbare Ausfertigungen mit qualifizierten Klauseln Geltung erlangt. Hätte der Gesetzgeber den Geltungsbereich des Absatzes 3 lediglich auf die Situationen des Absatzes 2 beschränken wollen, hätte er die Wartefrist im Rahmen des Absatzes 2 geregelt (= gesetzes-systematisches Argument).
- Sinn und Zweck der Wartefrist sei es, dem Schuldner im Rahmen der Sicherungsvollstreckung einen Zeitraum zu eröffnen, in dem er die gem. § 720a Abs. 3 ZPO vorgesehene Sicherheitsleistung unbehelligt von Vollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers erbringen könne. Der § 750 Abs. 3 ZPO dient folglich dem Schuldnerschutz. Das Bedürfnis für einen derartigen Schutz bestehe jedoch unabhängig von der Art der zu erteilenden Klausel (= teleologisches Argument).

Der BGH hat sich allerdings in seiner Entscheidung vom 05.07.2005<sup>19</sup> (siehe **Anlage 2**) der gegenteiligen Ansicht angeschlossen. Hier die Leitlinien des Beschlusses:

- Die Wartefrist des § 750 Abs. 3 ZPO berechnet sich ab Zustellung (nur) des Urteils oder (auch) der Klausel, je nachdem, ob ein Fall des Absatzes 1 oder 2 des § 750 ZPO vorliegt.

<sup>18</sup> OLG Hamm, Rpfleger 1994, 173.

<sup>19</sup> BGH Rpfleger 2005, 547.

- § 750 Abs. 3 ZPO erweitert die in § 750 Absatz 1 und 2 ZPO geregelten Vollstreckungsvoraussetzungen nicht.
- Genügt im konkreten Fall die Erteilung einer einfachen Klausel, muss der Schuldner damit rechnen, dass der Gläubiger mit Hilfe des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils auch ohne Sicherheit zu leisten das Schuldnervermögen arrestieren, also sichern kann.  
Eines zusätzlichen Hinweises darauf, dass der Gläubiger die Möglichkeit der Sicherungsvollstreckung tatsächlich nutzen will, bedarf es für § 720a ZPO gerade nicht.
- Eine über § 750 Abs. 1 ZPO hinausgehende Zustellung auch der einfachen Klausel liefe dem Bestreben des Gesetzgebers zuwider, mit der damaligen Einführung des § 720a ZPO die Vollstreckungsmöglichkeiten des Gläubigers zu erleichtern.  
Sie widerspräche auch dem sonstigen, u.a. in § 720 ZPO zum Ausdruck kommenden System von Sicherungsvollstreckungen aus vorläufig vollstreckbaren Urteilen, die ohne eine Zustellung einfacher Klauseln als Vollstreckungsvoraussetzung auskommen.
- Der Wortlaut des § 750 Abs. 3 ZPO („das Urteil und die Vollstreckungsklausel“) ist im damaligen Gesetzgebungsverfahren in Abänderung des Regierungsentwurfes gewählt worden, um zum Ausdruck zu bringen, dass in den Fällen des § 750 Abs. 1 ZPO die Zustellung des Titels und nur für die qualifizierten Klauseln des § 750 Abs. 2 ZPO die Zustellung auch der Klausel für den Beginn der Wartefrist maßgeblich sind.  
Die im Regierungsentwurf vorgesehene Formulierung „Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung“ ist gerade deshalb abgeändert worden, um keinen Wertungswiderspruch zu § 750 Abs. 1 ZPO zu erzeugen.

## **b) Zustellungsarten und -formen**

Mit Inkrafttreten des Zustellungsreformgesetzes zum 01.07.2002 ist das in der ZPO normierte Zustellungsrecht durchgreifend umgestaltet worden. Die Zustellung von Amts wegen ist nunmehr, ihrer Bedeutung in der Praxis entsprechend, vor der Zustellung im Parteibetrieb geregelt worden. Im Rahmen der Amtszustellung ist es im Vergleich zum früheren Recht zu zahlreichen Erleichterungen gekommen, weil

- die Möglichkeiten erweitert wurden, zwischen mehreren Zustellungsformen zu wählen,
- die Ersatzzustellung vereinfacht worden ist,

- die Notwendigkeit der kosten- und zeitaufwendigen Zustellungsbeurkundung reduziert worden ist,
- Niederlegungen im vermehrtem Maße vermieden werden können,
- der Personenkreis, an den per Empfangsbekanntnis (= EB) zugestellt werden kann, erweitert worden ist,
- und die Möglichkeit eröffnet worden ist, dem letztgenannten Personenkreis sowie Behörden per E-Mail bzw. durch Telefax zustellen zu können.

Literatur:

Brinkmann, JurBüro 2002, 172 ff, 230 ff; Hornung, Rpfleger 2002, 493 ff; Nies, MDR 2002, 69 ff; Wunsch, JuS 2003, 276 ff; Coenen, DGVZ 2002, 5 ff

**Beachte** auch die Sondervorschriften der §§ 1067 ff ZPO!

#### IV. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen

##### 1. Abhängigkeit der Vollstreckung vom Eintritt eines Kalendertages, § 751 Abs. 1 ZPO

Die Norm erlangt Bedeutung bei titulierten Ansprüchen auf zukünftige, insbesondere wiederkehrende Leistungen. Entsteht der zu vollstreckende Anspruch erst mit Eintritt eines zukünftigen Kalendertages oder wird er zumindest erst zu diesem Zeitpunkt fällig, ist die Vollstreckung erst zulässig, wenn der betreffende Kalendertag abgelaufen ist. In diesem Zusammenhang ist streitig, ob § 193 BGB entsprechend anzuwenden ist<sup>20</sup>. Eine gesetzliche Ausnahme zu § 751 Abs. 1 ZPO bildet die sog. Vorratspfändung gem. § 850d Abs. 3 ZPO.

Es ist Aufgabe des Vollstreckungsorgans, auf die Einhaltung dieser Vollstreckungsvoraussetzung zu achten.

Obwohl derartige Fallkonstellationen durchaus unter § 726 Abs. 1 ZPO subsumiert werden könnten, entspricht es allgemeiner Meinung, dass § 751 Abs. 1 ZPO im Klauselverfahren nicht zu beachten, also keine qualifizierte, sondern lediglich eine einfache Klausel durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu erteilen ist. Letzterer hat mithin nicht zu prüfen, ob der Kalendertag bereits abgelaufen ist. Daher kann dem Gläubiger bereits vor diesem Zeitpunkt eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden.

Die Einhaltung von **Wartefristen** gem. §§ 750 Abs. 3 und 798 ZPO, einer Räumungsfrist gem. § 721 ZPO oder einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. § 765a ZPO sind zwar ebenfalls vom Vollstreckungsorgan zu prüfen, doch unterfallen diese Vollstreckungserfordernisse nicht dem § 751 Abs. 1 ZPO.

<sup>20</sup> vgl. die Nachweise bei Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 751 Rn. 2.

## 2. Abhängigkeit der Vollstreckung vom Nachweis einer erbrachten Sicherheitsleistung, § 751 Abs. 2 ZPO

- a) Der Gläubiger hat dem Vollstreckungsorgan mittels öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde nachzuweisen, dass er die erforderliche Sicherheit erbracht hat. Die Art der Sicherheitsleistung wird regelmäßig im Titel auf der Basis des § 108 Abs. 1 S. 1 ZPO bestimmt. Dabei ist das Gericht in der Wahl der Sicherheitsleistung frei. Ein dementsprechender Ausspruch im Titel beruht regelmäßig auf den §§ 709, 711 und 712 ZPO, seltener auf den §§ 110 f, 925 und 939 ZPO. Denkbar ist jedoch auch eine isolierte Entscheidung durch Beschluss, die auch eine bereits im Titel enthaltene Regelung nachträglich ergänzen oder abändern kann.

Fehlt eine derartige Festlegung und haben die Parteien keine anderweitige Vereinbarung getroffen, kann die Sicherheit gem. § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO entweder durch Hinterlegung von Geld bzw. Wertpapieren oder durch Bankbürgschaft bewirkt werden (§ 108 Abs. 1 S. 2 ZPO findet keine Anwendung auf Titel aus der Zeit vor dem 01.01.2002).

- b) Die Hinterlegung von Geld erfolgt gem. der Hinterlegungsordnung beim Amtsgericht (vgl. § 1 HinterlO). Nachzuweisen ist die Sicherheitsleistung regelmäßig durch ein Zweitstück des Hinterlegungsantrages verbunden mit der Hinterlegungsverfügung der Hinterlegungsstelle (vgl. § 6 HinterlO) sowie einer Quittung der Hinterlegungskasse. Unzureichend ist dagegen ein Einzahlungs- bzw. Überweisungsbeleg einer Sparkasse oder Bank, mit dessen Hilfe die Überweisung an die Zahlstelle des Prozessgerichts belegt werden soll.

- c) Durch den Verweis des § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO auf § 234 Abs. 1 und 3 BGB wird deutlich, dass es sich zum einen bei den hinterlegten Wertpapieren um Inhaber- oder blanko indossierte Orderpapiere handeln muss, die einen Kurswert haben und mündelsicher i.S.v. § 1807 Abs. 1 Nr. 2 - 5 BGB sind. Zum anderen wird ersichtlich, dass mit solchen Wertpapieren lediglich Sicherheit in Höhe von  $\frac{3}{4}$  des Kurswertes erbracht werden kann (§ 234 Abs. 3 BGB). Mit zu hinterlegen sind gem. § 234 Abs. 2 BGB i.V.m. § 108 Abs. 2 ZPO die vorhandenen Zins-, Renten-, Gewinnanteils- und Erneuerungsscheine.

- d) Üblicherweise, weil besonders zweckmäßig, erfolgt die Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft. Während der BGH zur früheren Rechtslage noch die Bürgschaftserklärung einer deutschen Großbank oder eines öffentlichen Kreditinstitutes verlangte, sind nach dem neuen § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO ohne Differenzierung alle Kreditinstitute taugliche Bürgen, die im Inland zum Geschäftsbetrieb befugt sind, also auch ausländische Banken.

Auch wenn § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO den Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Vorausklage (sog. selbstschuldnerische Bürgschaft, § 771 BGB) nicht ausdrücklich vorschreibt, gewährleistet § 349 HGB die Einhaltung des wohl analog anzuwendenden § 239 Abs. 2 BGB.

Obwohl § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO verlangt, dass die „Bürgschaft“ schriftlich, unwiderruflich, unbeding und unbefristet zu sein habe, handelt es sich genau genommen um Voraussetzungen der Bürgschaftserklärung.

Diese muss allein schon wegen § 766 BGB schriftlich abgegeben werden. § 350 HGB ist als Ausnahmeregelung wegen des gegenüber dem Vollstreckungsorgan erforderlichen urkundlichen Nachweises irrelevant. Während die Unwiderruflichkeit und die Unbefristetheit in der Praxis keine Probleme hervorrufen, ist das Erfordernis der unbedingten Fassung der Bürgschaftserklärung durchaus von praktischer Relevanz. Eine auflösende Bedingung, wonach die Bürgschaft durch Rückgabe an die Bank erlösche, ist zumindest dann unzulässig, wenn der Gläubiger dem Schuldner nicht das Original der Bürgschaftsurkunde, sondern lediglich eine beglaubigte Abschrift derselben hat zustellen lassen.

Da die Bürgschaft ein Vertrag zwischen Kreditinstitut und Zwangsvollstreckungsschuldner ist (vgl. § 765 Abs. 1 BGB), muss Letzterer die Bürgschaftserklärung der Bank annehmen. Da er dazu freiwillig regelmäßig nicht bereit sein wird, hat die Rechtsprechung schon frühzeitig die Ansicht vertreten, dass der Sicherungsberechtigte, also der Zwangsvollstreckungsschuldner, zur Annahme einer Bürgschaftserklärung, die den Erfordernissen entspricht, verpflichtet sei. Seine Annahmeerklärung werde durch die gerichtliche Zulassung der Sicherheitsleistung mittels Bürgschaft ersetzt<sup>21</sup>. Meines Erachtens kann es nach der Neufassung des § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO für diese Ersetzungsfunktion nicht mehr auf eine gerichtliche Anordnung ankommen, sieht die genannte Norm eine Sicherheitsleistung durch Bürgschaft gerade auch in den Fällen vor, in denen das Gericht die Art der Sicherheitsleistung nicht festgelegt hat.

Wird die Annahmeerklärung ersetzt, ist auch ein Zugang derselben bei der das Angebot abgebenden Bank gem. § 151 S. 1 BGB entbehrlich. Von den allgemeinen rechtsgeschäftlichen Erfordernissen für den Abschluss des Bürgschaftsvertrages kommt es somit letztlich entscheidend nur auf den Zugang der Bürgschaftserklärung beim Vertragspartner, dem Zwangsvollstreckungsschuldner an (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB).

Da dieser Zugang dem Vollstreckungsorgan gem. § 751 Abs. 2 ZPO mittels öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde nachzuweisen ist, kommt ein Zugang nur über § 132 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 192 ff ZPO, also im Wege der Parteizustellung in Betracht. Der Gerichtsvollzieher stellt dem Schuldner entweder die Urschrift der Bürgschaftserklärung oder eine von ihm selbst (vgl. § 192 Abs. 2 S. 2 ZPO) beglaubigte Abschrift zu. Die Aushändigung der Urschrift ist allerdings dann erforderlich, wenn die Bürgschaft durch die Rückgabe der Urkunde an die Bank auflösend bedingt ist, also das Erlöschen der Bürgschaft von der Rückgabe des Originals abhängt (siehe oben). In diesem Fall kann nämlich nur dadurch, dass der sicherungsberechtigte Zwangsvollstreckungsschuldner in den Besitz der Originalurkunde gelangt, verhindert werden, dass die Bürgschaft vorzeitig ohne oder gar gegen den Willen des Schuldners durch Rückgabe der Originalurkunde erlischt.

Streitig ist, ob es wegen § 132 Abs. 1 BGB zwingend einer Zustellung seitens des Gerichtsvollziehers bedarf<sup>22</sup> oder ob auch eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt i.S.v. § 195 ZPO ausreicht<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> BayObIG MDR 1976, 410 m.w.N.

<sup>22</sup> LG Aurich DGVZ 1990, 10.

### **3. Zwangsvollstreckung bei Leistung Zug um Zug, §§ 756 und 765 ZPO**

Vgl. hierzu die im 2. Studienabschnitt ausgeteilten Unterlagen

## **V. Fehlen von Vollstreckungshindernissen**

Hindernisse, die einer Vollstreckung entgegenstehen und daher vom Vollstreckungsorgan v.A.w. zu beachten sind, ergeben sich zuvörderst aus dem Katalog des § 775 ZPO, aber evtl. auch aus Vollstreckungsverträgen, die sich im Rahmen der Dispositionsmaxime halten und daher zulässig sind, und schließlich aus den speziellen Regelungen der §§ 88, 89, 90 und 114 InsO (vgl. im Einzelnen die Unterlagen des 2. Studienabschnitts und die Lehrinhalte einschlägiger Vorlesungen im Insolvenzrecht).

---

<sup>23</sup> Zöller/Herget, ZPO, 26. Aufl., § 108 Rd. 11 m.w.N.