

Repetitorium zum Zivilprozessrecht
in Fällen und Lösungen, Fragen und Antworten sowie
Übersichten
2014

Aktualisierte Fassung – Teil 4

- von Dr. Hartmut Rensen, Richter am Oberlandesgericht Köln –

- **X. Rechtsmittel und andere Rechtsbehelfe**

-

- **Frage 48:** Was unterscheidet Rechtsmittel von anderen Rechtsbehelfen?

-

- **Antwort 48:** Rechtsbehelfe ist der Oberbegriff für alle eröffneten Möglichkeiten, eine gerichtliche Entscheidung (vgl. zu diesen Begriff § 160 Abs. 3 Nr. 6 ZPO) anzufechten. Dazu gehören Rechtsmittel (Berufung und Revision, sofortige Beschwerde und Rechtsbeschwerde) und andere Rechtsbehelfe. Rechtsmittel unterscheiden sich durch den ihnen zukommenden Devolutiv- und Suspensiveffekt von anderen Rechtsbehelfe, die z.B. dem Einspruch, der Anhörungsrüge oder der Erinnerung.

-

-

- **Übersicht über die Voraussetzungen eines zulässigen Rechtsmittels (Berufung, Revision, sofortige Beschwerde und Rechtsbeschwerde)**

-

- I. Statthaftigkeit

- - z.B. bei Berufung nach § 511 Abs. 1 ZPO: nur gegen erstinstanzliche Urteile der Amts- und Landgerichte

- II. Zulässigkeit

- 1. Form

- 2. Frist

- 3. Beschwer des Rechtsmittelführers

- 4. Erreichen der Rechtsmittelsumme bzw. Zulassung

- **Frage 49:** Was ist die formelle, was die materielle Beschwer und in welchem Zusammenhang ist dies von Bedeutung?
-
- **Antwort 49:** Für den Kläger, der allein einen Sachantrag stellt, kommt es hinsichtlich der für ein Rechtsmittel erforderlichen Beschwer darauf an, ob und inwiefern die erwirkte Entscheidung von seinem Sachantrag abweicht, also auf eine formelle Beschwer. Demgegenüber ist der Beklagte unabhängig vom Inhalt seines Antrages beschwert, soweit er verurteilt worden ist - materielle Beschwer. Dementsprechend beschweren auch Anerkenntnis- oder Versäumnisurteile den Beklagten.
-
- **Frage 50:** Inwiefern unterscheiden sich allgemein Berufung und Revision bzw. sofortige Beschwerde und Rechtsbeschwerde?
-
- **Antwort 50:** Gegen Urteile ist in der Regel der Rechtszug mit Berufung und Revision eröffnet. Während der Berufungsrechtszug als zweite Tatsacheninstanz ausgestaltet ist, handelt es sich bei der Revision um ein Verfahren der Überprüfung auf Rechtsfehler. Hinzu kommt, dass die Revision nicht ausschließlich dem Individualrechtsschutz zu dienen bestimmt ist, sondern auch der Klärung offener Rechtsfragen, der Rechtsfortbildung und der Vereinheitlichung der Rechtsprechung dienen soll.
- Im Grundsatz entspricht dies dem Unterschied zwischen sofortiger Beschwerde und Rechtsbeschwerde, wobei diese Rechtsmittel in der Regel hinsichtlich anzufechtender Beschlüsse statthaft sind. Im Gegensatz zur Berufung besteht allerdings bei der sofortigen Beschwerde keine Bindung des Rechtsmittelgerichts an die im ersten Rechtszug festgestellten Tatsachen. Schließlich findet hinsichtlich der Rechtsbeschwerde keine Nichtzulassungsbeschwerde statt.

- **Fall 55 - Streitwert und Berufungssumme:** a) Der Grün ist im ersten Rechtszug vom Amtsgericht Monschau zur Beseitigung einer Hecke an einer Grundstücksgrenze verurteilt worden. Er meint, das Amtsgericht habe bei der Verurteilung nicht berücksichtigt, dass 3m-hohe Buchenhecken in der Eifel üblich seien. Das Urteil sei deshalb rechtsfehlerhaft. Er will das Urteil deshalb anfechten. Anlässlich einer Besprechung mit seinem Prozessbevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. Hecker weist der auf den vom Amtsgericht auf lediglich 500,- EUR festgesetzten Streitwert hin sowie auf die mangelnde Zulassung der Berufung und erklärt, es bestünden Zweifel an der Zulässigkeit eines Rechtsmittels. Hat Dr. Hecker recht?
-
- b) Wie ist es, wenn der Grün sich nur gegen das Urteil wenden will, soweit ihm die Beseitigung der Hecke auf einem bestimmten Teil der Grundstücksgrenze aufgegeben worden ist?
-
- **Lösung 55:** a) Zunächst ist die Berufung hinsichtlich des anzufechtenden Urteils des Amtsgerichts nach § 511 Abs. 1 ZPO statthaft. Die Zulässigkeit setzt hier allerdings eine Beschwer und einen Wert des Beschwerdegegenstandes von mehr als 600,- EUR bzw. das Erreichen der Berufungssumme voraus, § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO; denn eine Zulassung der Berufung im Sinne des § 511 Abs. 2 Nr. 2 ZPO liegt nicht vor. Zwar hat das Amtsgericht den Streitwert auf nur 500,- EUR festgesetzt. Diese Entscheidung betrifft aber lediglich den Gebührenstreitwert nach dem Gerichtskostengesetz, nicht die Beschwer und den Wert des Beschwerdegegenstandes. Vielmehr muss hierüber das Berufungsgericht in eigener Verantwortung auf der Grundlage des § 3 ZPO entscheiden. Kann der Grün also (substantiiert) dartun, dass die Kosten der ihm auferlegten Beseitigung der Hecke mehr als 600,- EUR betragen werden, etwa durch Vorlage eines Kostenvoranschlages, bestehen gute Aussichten, dass das Landgericht als Berufungsgericht nicht nur das Vorliegen einer materiellen Beschwer des Grün wegen seiner Verurteilung als solcher, sondern auch das Erreichen der Berufungssumme bejahen wird. Insofern sind die Bedenken des Rechtsanwalts nur teilweise begründet, soweit nämlich Zweifel bestehen, ob der Grün eine 600,- EUR übersteigende Beschwerde dartun können wird.

- b) Nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO kommt es auf den Wert des Beschwerdegegenstandes an, d.h. auf das wertmäßige Unterliegen des Berufungsklägers im Rahmen seines Berufungsantrages an. Deshalb führt eine Beschränkung der Berufung stets auch dazu, dass der Wert des Beschwerdegegenstandes hinter dem Wert der Beschwer zurückbleibt. Für die Zulässig im Hinblick auf § 511 Abs. 2 Nr. ZPO ist im vorliegenden Fall dementsprechend maßgebend, welche Kosten die nach dem Urteil geschuldete Beseitigung der Hecke insgesamt hat und welcher Anteil dieser Kosten auf den angegriffenen Teil des erstinstanzlichen Urteils entfällt. Dieser letzte Wert muss 600,- EUR übersteigen.
-
- **Frage 51:** Kann der Kläger die Zulässigkeit einer Berufung nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO dadurch herbeiführen, dass er die Klage für den zweiten Rechtszug erweitert?
-
- **Antwort 51:** Nein, unabhängig von der fraglichen Zulässigkeit dieses Vorgehens im Hinblick auf § 533 ZPO bleiben für den gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO maßgebenden Wert des Beschwerdegegenstandes Klageänderungen im zweiten Rechtszug außer Betracht.
-
- **Fall 56 - Sofortige Beschwerde gegen die Versagung von Prozesskostenhilfe im zweiten Rechtszug:** Der Grün hat nach einer Verurteilung durch das Amtsgericht zur Zahlung von Schadenersatz in Höhe von 5.000,- EUR Berufung vor dem Landgericht erheben lassen. Zugleich hat er die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beantragt. Dieser Antrag ist mit einem Beschluss des Landgerichts - wie Grün meint - zu Unrecht zurückgewiesen worden. Grün fragt seinen Rechtsanwalt Hilfreich, ob er den entsprechenden Beschluss mit der sofortigen anfechten könne und weist dabei auf § 127 Abs. 2 S. 2 ZPO hin. Was wird Hilfreich erwidern?

- **Lösung 56:** Hilfreich wird erläutern, dass § 127 Abs. 2 S. 2 ZPO auf die für die sofortige Beschwerde auch im Übrigen geltenden §§ 567 ff. ZPO verweise. Hier stehe § 567 Abs. 1 S. 1 ZPO einer sofortigen Beschwerde insofern entgegen, als der die Bewilligung von Prozesskostenhilfe versagende Beschluss nicht im ersten Rechtszug ergangen sei, sondern im zweiten. Denn das Landgericht habe über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Berufung entschieden. Dementsprechend komme lediglich eine Gegenvorstellung in Betracht.
-
- **Fall 57 - Prozesskostenhilfe für die obsiegende Partei:** Rot hat im ersten Rechtszug gegen Grün obsiegt. Ihm war für diesen Rechtszug Prozesskostenhilfe bewilligt worden. Als er davon Kenntnis erhält, dass Grün gegen das für ihn günstige Urteil des Landgericht beim zuständigen Oberlandesgericht Berufung erhoben hat, fragt er seinen Prozessbevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. Kundig zu dem beabsichtigten Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe, ob das Oberlandesgericht nun erneut die Erfolgsaussicht seiner Rechtsverteidigung prüfen werde. Was wird Dr. Kundig antworten?
-
- **Lösung 57:** Dr. Kundig wird auf § 119 Abs. 1 S. 2 ZPO hinweisen und dazu erklären, dass das Berufungsgericht der im ersten Rechtszug obsiegenden Partei Prozesskostenhilfe ohne Rücksicht auf die Erfolgsaussicht ihres Vorbringen bewilligen müsse.
-
- **Frage 52:** Macht der Berufungskläger die Erhebung der Berufung nicht von der Bewilligung der Prozesskostenhilfe für den zweiten Rechtszug abhängig, geht er das Risiko ein, bei einer Versagung der begehrten Prozesskostenhilfe die bereits entstandenen Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten tragen zu müssen. Beantragt der Berufungskläger hingegen zunächst lediglich die Bewilligung von Prozesskostenhilfe, riskiert er den Ablauf der Berufungsfrist nach § 517 ZPO. Was ist dem Berufungskläger in einer derartigen Lage zu raten?

- **Antwort 52:** Hier sollte er zunächst die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beantragen und in diesem Zusammenhang seine Einwendungen gegen das erstinstanzliche Urteil zur Begründung der Erfolgsaussicht darlegen. Nach der Bewilligung von Prozesskostenhilfe muss der Antragsteller dann Wiedereinsetzung (§§ 233 ff. ZPO) in die Berufungsfrist beantragen und zugleich Berufung erheben. Anschließend ist das Rechtsmittel innerhalb der Berufungsbegründungsfrist (§ 520 Abs. 2 ZPO) zu begründen. Evtl. muss auch diesbezüglich Wiedereinsetzung beantragt werden.
-
- **Fall 58 - Präklusion neuen Vorbringens im zweiten Rechtszug:** a) Als der zum Berichterstatter bestimmte Richter am Oberlandesgericht Gründlich die Gerichtsakte einschließlich der beigezogenen Akte des Landgerichts durcharbeitet, entdeckt er, dass der Berufungskläger bestimmte Mängel des Gewerks im zweiten Rechtszug noch nicht behauptet und unter Beweis gestellt hat. Er fragt sich, ob diese Vorgehensweise zulässig ist. Wie ist die diesbezügliche Rechtslage?
-
- b) Bei der weiteren Lektüre findet der Berichterstatter heraus, dass der Gegner das neue Tatsachenvorbringen nicht bestreitet. Was gilt hier?
-
- **Lösung 58:** a) Neues Vorbringen kann seit Inkrafttreten des mit der ZPO-Reform eingeführten neuen Berufungsrechts nur noch unter den Voraussetzungen der § 529 Abs. 1 Nr. 2, § 531 Abs. 2 S. 1 ZPO in das Berufungsverfahren eingeführt werden, d.h. wenn es entweder einen vom Gericht des ersten Rechtszugs übersehenen Gesichtspunkt betrifft, infolge eines Verfahrensfehlers des erstinstanzlichen Gerichts - insbes. wegen eines Verstoßes gegen § 139 ZPO - nicht bereits zuvor eingeführt worden ist oder die mangelnde Geltendmachung jedenfalls nicht auf einem Verschulden der nunmehr vortragenden Partei beruht.

- b) Mittlerweile hat der Bundesgerichtshof geklärt, dass § 529 Abs. 1 Nr. 2, § 531 Abs. 2 ZPO für unstreitiges Vorbringen keine Anwendung finden, so dass solches Vorbringen ohne Beschränkung eingeführt werden kann. Das gilt selbst dann, wenn danach eine weitere Beweiserhebung erforderlich wird (vgl. BGH, MDR 2005, S. 527; NJW 2008, S. 448). Zweifelhaft ist dies allerdings weiterhin, soweit es um die erstmalige Erhebung der Verjährungseinrede geht und die den Verjährungseintritt begründenden Tatsachen unstreitig sind. Insofern steht eine Entscheidung des Großen Senats beim Bundesgerichtshofs aus (vgl. BGH, BauR 2008, 666; anders BGH, MDR 2006, S. 766).
-
- **Fall 59 - Wiederholung der Beweisaufnahme im zweiten Rechtszug:** Der Berichterstatter beim Oberlandesgericht ist mit der Beweismwürdigung des Landgerichts nicht einverstanden. Er meint, das Landgericht habe bei der Würdigung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen ein von dem Beklagten vorgelegtes Schreiben des Zeugen an den Kläger, aus dem sich ein Interesse des Zeugen am Ausgang des Rechtsstreits ergebe, nicht berücksichtigt. Der Berichterstatter fragt sich, ob der Senat gleichwohl an die auf die Aussage des problematischen Zeugen gestützten Feststellungen des Landgerichts gebunden ist und ob die Beweisaufnahme wiederholt werden müsste, wenn keine Bindung bestünde. Wie ist die diesbezügliche Rechtslage?
- **Lösung 59:** Für die Frage der Tatsachenbindung ist § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO maßgebend. Danach besteht die grundsätzliche Bindung des Berufungsgerichts nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts begründen. Hier steht fest, dass das Landgericht ein die Glaubwürdigkeit des Zeugen (zu unterscheiden von der Glaubhaftigkeit der Angaben des Zeugen) betreffendes Schreiben nicht berücksichtigt hat. Dies begründet als konkreter Anhaltspunkt Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachenfeststellungen des Landgerichts. Dementsprechend besteht hier keine Tatsachenbindung. Allerdings geht es um die Glaubwürdigkeit des Zeugen. Dementsprechend ist das Oberlandesgericht zwar in der eigenen Tatsachenfeststellung frei, es muss die betreffende Beweisaufnahme aber nach § 398 ZPO wiederholen.

- **Fall 60 – Zulassung der Revision und Wert der Beschwer:** Das Oberlandesgericht hat das seitens des Rot angefochtene Urteil des Landgerichts im zweiten Rechtszug abgeändert und Grün zur Zahlung von 20.000,- EUR verurteilt. Grün findet das Berufungsurteil falsch und überlegt, ob er Revision erheben lassen soll. Allerdings hat das Oberlandesgericht keine Anordnung hinsichtlich der Zulassung der Revision getroffen. Deshalb bittet Grün die beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin Vogel um Rat. Was wird diese ihm sagen?
-
- **Lösung 60:** Sie wird dem Grün erläutern, dass zwar das Schweigen des Berufungsurteils zur Frage der Zulassung der Revision als Nichtzulassung zu deuten sei (vgl. Heßler, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl., § 543 Rn. 17), dass hier jedoch die nach § 544 ZPO statthafte Nichtzulassungsbeschwerde nach § 26 Nr. 8 EGZPO unzulässig sei, weil der Wert der Beschwer 20.000,- EUR nicht übersteige.
-
- **Frage 53:** Wie entscheidet der Bundesgerichtshof, wenn er zu der Auffassung gelangt, dass das Berufungsgericht die Revision zu Unrecht zugelassen hat?
-
- **Antwort 53:** Nach einem Hinweis weist der Bundesgerichtshof die Revision durch einstimmigen Beschluss gemäß § 552a ZPO zurück. Insofern bleibt von der Bindung an die Zulassung gemäß § 543 Abs. 2 S. 2 ZPO faktisch wenig übrig.
- **Frage 54:** Auf welche Gründe kann man eine Nichtzulassungsbeschwerde, auf welche Gründe kann man eine Revision stützen?
- **Antwort 54:** Die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde muss Ausführungen dazu enthalten, dass das Berufungsgericht die Revision hätte zulassen müssen, also zu den Gründen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO (Grundsatzbedeutung, Notwendigkeit der Rechtsfortbildung, Divergenz, symptomatischer Rechtsfehler oder Verletzung der Verfassung). Hingegen müssen zur Begründung der Revision Rechtsfehler (§§ 545, 546 ZPO) gerügt werden. Bei absoluten Revisionsgründen nach § 547 ZPO bedarf es keiner Ausführungen zur Entscheidungserheblichkeit des betreffenden Fehlers, während dies bei anderen Revisionsgründen erforderlich ist.

- **Frage 55:** Inwiefern kann der Bundesgerichtshof demnach eine vom Oberlandesgericht angestellte Beweiswürdigung überprüfen?
-
- **Antwort 55:** Die Beweiswürdigung ist nur hinsichtlich der Auslegung und Anwendung des § 286 ZPO der Überprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich. Neben solchen Rechtsfehler prüft der Bundesgerichtshof etwa die Vollständigkeit der Beweiserhebung und Würdigung, die Widerspruchsfreiheit und die Einhaltung der Denkgesetze.
-
- **Frage 56:** Die Vereinheitlichung der Rechtsprechung durch den Bundesgerichtshof kann nur gelingen, wenn es bei Divergenzen zwischen Senaten des Bundesgerichtshofs eine Möglichkeit der Vereinheitlichung gibt. Wie sieht diese aus? Was gilt für Divergenzen zwischen obersten Bundesgerichten, etwa zwischen Bundesarbeitsgericht und Bundesgerichtshof?
-
- **Antwort 56:** Bei Divergenzen zwischen Zivilsenaten oder zwischen Strafsenaten bedarf es nach § 132 Abs. 2 GVG einer Vorlage an den jeweiligen Großen Senat. Bei einer beabsichtigten Abweichung eines Zivilsenats von einem Strafsenat oder eines Strafsenats von einem Zivilsenat ist die Sache den Vereinigten Großen Senaten vorzulegen.
- Hinsichtlich möglicher Divergenzen zwischen unterschiedlichen obersten Bundesgerichten bedarf es einer Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, § 2 RsprEinhG.
-
- **Frage 57:** Woraus ergibt sich die Bindung des Ausgangsgerichts an die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts nach einer Aushebung und Zurückverweisung der Sache (§ 538 Abs. 2 ZPO)? Woraus ergibt sich die Bindung des Berufungsgerichts an die Rechtsauffassung des Revisionsgerichts nach einer Zurückverweisung? Was gilt für sog. obiter dicta und "Segelanweisungen"?

- **Antwort 57:** Für das Verhältnis Bundesgerichtshof - Oberlandesgericht ist dies in § 563 Abs. 2 ZPO geregelt. Diese Bestimmung findet für das Verhältnis zwischen Berufungsgericht (Oberlandes- oder Landgericht) - Ausgangsgericht (Land- oder Amtsgericht) entsprechende Anwendung. Da obiter dicta per definitionem ebenso wenig tragende Bedeutung zukommt wie "Segelanweisungen" (Hinweise des Obergerichts für die Fortsetzung des Verfahrens in der Vorinstanz), sind sie nicht verbindlich. Ihre Berücksichtigung entspricht allerdings einem Gebot der Klugheit und der Prozessökonomie - will das Gericht keine erneute Aufhebung riskieren, sollte es auch die unverbindlichen Ausführungen des Rechtsmittelgerichts beachten.
-
- **Frage 58:** Gibt es im Beschwerderechtszug ebenso wie im Revisionsrechtszug eine Nichtzulassungsbeschwerde?
-
- **Antwort 58:** Nein, § 544 ZPO findet keine Entsprechung in den §§ 567 ff. ZPO. Der Gesetzgeber der ZPO-Reform hat sich bewusst gegen eine Nichtzulassungsbeschwerde auch hinsichtlich der Rechtsbeschwerde entschieden.
-
- **Fall 61 - Berufung und Anhörungsrüge:** Das angerufene Amtsgericht hat die auf Zahlung von 600,- EUR nebst Zinsen gerichtete Klage des Grün abgewiesen, dabei allerdings einen nachgelassenen Schriftsatz mit weiterem Vorbringen des Grün nicht berücksichtigt. Grün fragt Rechtsanwalt Dr. Kundig, welchen Rechtsbehelf er einlegen könne?

- **Lösung 61:** Eine gemäß § 511 Abs. 1 ZPO hinsichtlich des amtsgerichtlichen Urteils statthafte Berufung wäre mangels Zulassung der Berufung seitens des Amtsgerichts nur dann zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,- EUR überstiege. Zwar hat Grün hier nicht nur Zahlung von 600,- EUR begehrt, sondern auch von Zinsen. Die entsprechende Nebenforderung findet jedoch bei der Berechnung der formellen Beschwer nach § 4 Abs. 1 HS. 2 ZPO keine Berücksichtigung. Demnach scheidet eine Berufung mangels Erreichens der Berufungssumme aus.
- In Betracht kommt deshalb nur die Anhörungsrüge nach § 321a ZPO. Diese wird hier, sofern sie zulässig erhoben wird, erfolgreich sein, wenn der übergangene Schriftsatz entscheidungserhebliches Vorbringen enthält. Denn in dem Übergehen des wegen des Schriftsatznachlasses gemäß § 283 ZPO zulässigerweise nachgereichten Schriftsatzes liegt eine Gehörsverletzung, ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG.
-
- **Fall 62 - Anhörungsrüge gegen Entscheidung des Bundesgerichtshofs über Nichtzulassungsbeschwerde:** Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Grün zurückgewiesen und die Revision gegen seine Entscheidung nicht zugelassen. Mit dem Rechtsmittel hatte sich der Grün gegen eine Verurteilung zur Zahlung von 500.000,- EUR wegen der Verletzung von Pflichten aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gewendet. Der Grün meint, das Oberlandesgericht habe hiermit gegen das rechtliche Gehör verstoßen, weil der Senat sein erhebliches und unter Beweis gestelltes Vorbringen zu den Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht berücksichtigt habe. Die hierauf gestützte Nichtzulassungsbeschwerde weist der Bundesgerichtshof ohne Begründung zurück. Grün ist empört. Er meint, der Bundesgerichtshof habe seine Entscheidung begründen müssen. Er überlegt, wie er gegen die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vorgehen kann. Was wird Rechtsanwalt am Bundesgerichtshof Ehrlich ihm raten?

- **Lösung 62:** Gegen die Entscheidung des Bundesgerichtshofs über die Nichtzulassungsbeschwerde gibt es kein Rechtsmittel. Allenfalls kann Anhörungsrüge erhoben werden. Diese ist jedoch nur zulässig, wenn und soweit sie auf eine Gehörsverletzung nicht seitens des Oberlandesgerichts im Berufungsverfahren, sondern seitens des Bundesgerichtshofs im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde gestützt wird (vgl. BVerfG, NJW 2007, S. 3418 f.; BGH, ZfBR 2008, S. 668). Als solche kommt hier nicht die mit der Nichtzulassungsbeschwerde gerügte Gehörsverletzung in Betracht, sondern allenfalls könnte Grün entweder die mangelnde Begründung oder ein der Auslegung des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO zugrunde liegendes falsches Verständnis des Art. 103 Abs. 1 GG rügen. Das würde zwar evtl. die Zulässigkeit der Anhörungsrüge bewirken, aber nicht die Begründetheit. Denn so wie der Bundesgerichtshof nach den Vorstellungen des ZPO-Reformgesetzgebers seine Entscheidungen über Anhörungsrügen gegen Entscheidungen über Nichtzulassungsbeschwerden mit Rücksicht auf die sonst allzu leicht leerlaufende Bestimmung des § 544 Abs. 4 S. 2 HS. 2 ZPO nicht zu begründen braucht (vgl. § 321a Abs. 4 S. 5 ZPO: "soll"), sieht auch Art. 103 Abs. 1 GG keine Begründungspflicht hinsichtlich letztinstanzlicher, unanfechtbarer Entscheidungen vor. Für ein verfassungswidrig falsches Verständnis des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO wegen einer unzureichenden Berücksichtigung des rechtlichen Gehörs bei der Auslegung des betreffenden Revisionszulassungsgrundes gibt es schließlich keinerlei Anhaltspunkte. Es muss also bei Grüns Empörung verbleiben. Geholfen werden kann ihm jedenfalls seitens der Gerichte nicht.
-
- **Frage 59:** a) Urteile sind für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Das gilt auch für Versäumnisurteile. Insofern bedarf es nicht einmal einer Sicherheitsleistung. Deshalb droht nach Erlass eines Versäumnisurteils stets die Zwangsvollstreckung, und zwar auch dann, wenn der Gegner Einspruch erhoben hat. Das Gleiche gilt hinsichtlich eines erstinstanzlichen Urteils, wenn es hier grundsätzlich auch der Anordnung einer Sicherheitsleistung bedarf, nach einer Berufung. Wie kann ein Einspruchsführer bzw. Berufungskläger eine Zwangsvollstreckung jedenfalls bis zur Entscheidung über den Rechtsbehelf bzw. das Rechtsmittel verhindern?

- b) Was kann der Betroffene unternehmen, wenn das angerufene Gericht den Antrag zurückweist?
-
- **Antwort 59:** a) Indem er nach den §§ 707, 719 ZPO die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragt.
-
- b) Die Entscheidungen sind nach § 707 Abs. 2 S. 2, § 719 Abs. 1 S. 1 ZPO unanfechtbar. Deshalb bleibt lediglich die Möglichkeit einer Gegenvorstellung sowie - bei einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG - einer Anhörungsrüge nach § 321a ZPO.
-
- **Frage 60:** Wie kann sich die unterlegene Partei wehren, wenn sie das Urteil zwar hinsichtlich der Hauptsache und der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit akzeptieren will, nicht aber hinsichtlich der Kostenentscheidung?
-
- **Antwort 60:** Gemäß § 99 Abs. 1 ZPO grundsätzlich gar nicht, weil danach eine isolierte Anfechtung von Kostenentscheidungen nicht zulässig ist.

- **C. Zwangsvollstreckung**

-
- **Frage 61:** Gibt es ein zwischen dem Erkenntnis- und dem Zwangsvollstreckungsverfahren angesiedeltes Verfahren?
-
- **Antwort 61:** Ja, das Verfahren zur Erteilung der Vollstreckungsklausel nach den §§ 724 ff. ZPO.
-
- **Frage 62:** Welche Arten der Zwangsvollstreckungsverfahren gibt es allgemein?
-
- **Antwort 62:** Die Einzelzwangs- und die Gesamtvollstreckung. Das Insolvenzverfahren ist ein Verfahren der Gesamtvollstreckung.

- **I. Einzelzwangsvollstreckung**

-

- **Übersicht der Voraussetzungen rechtmäßiger Zwangsvollstreckung**

-

- I. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen

- 1. Vollstreckungsantrag, § 754 ZPO

- 2. Zuständigkeit

- a) funktionell (Welche Vollstreckungsorgane gibt es?)

- aa) Gerichtsvollzieher ist zuständig für Zwangsvollstreckung

- - wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen (§§ 803 – 827, 831 ZPO),

- - wegen Herausgabeansprüchen (§§ 883 f. und 885 ZPO),

- - durch Abnahme der eidesstattlichen Versicherung (§§ 807, 899 ff. ZPO),

- - durch Hilfstätigkeiten in Zusammenhang mit der Vollstreckung durch andere Organe, z.B. Hilfspfändung gemäß § 836 Abs. 3 S. 3 ZPO;

- bb) Vollstreckungsgericht ist zuständig für Zwangsvollstreckung wegen

- - Geldforderungen in Forderungen und andere Vermögensrechte (§§ 828 ff. ZPO),

- - Zwangsversteigerung und –verwaltung (§ 869 ZPO i.V.m. ZVG);

- cc) Grundbuchamt (beim Amtsgericht) ist zuständig für die Zwangsvollstreckung durch

- - Eintragung einer Zwangshypothek (§§ 866 ff. ZPO)

- dd) Prozessgericht ist zuständig für die Zwangsvollstreckung
- - zur Erwirkung vertretbarer (§ 887 ZPO) und unvertretbarer (§ 888 ZPO) Handlungen,
- - aus Unterlassung- und Duldungstiteln (§ 890 ZPO),
- - zur Abgaben einer Willenserklärung (§ 894 ZPO).
- b) örtlich
- - § 20 GVO für Gerichtsvollzieher
- - § 764 Abs. 2 ZPO für Vollstreckungsgericht
- 3. Deutsche Gerichtsbarkeit (§§ 18 ff. GVG)
- 4. Zulässigkeit des Rechtsweges (§§ 704, 794 ZPO)
- 5. Parteifähigkeit, § 50 ZPO
- 6. Prozessfähigkeit, §§ 51 ff. ZPO
- - Nach ganz h.M. bedarf auch der Schuldner der Prozessfähigkeit. Das gilt auch dann, wenn er passiv bleibt, weil er sonst seine Rechte nicht wahrzunehmen vermag.
- 7. Prozessführungsbefugnis
- - Evtl. problematisch bei Vollstreckung auf Antrag eines mehrerer Streitgenossen (§§ 59 ff. ZPO).
- 8. Rechtsschutzinteresse
- - Grds. auch bei Bagatellforderungen.

- II. Allgemeine Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung (§ 750 Abs. 1 ZPO)
- 1. Titel (§§ 704, 794 ZPO)
- 2. Klausel (§§ 724 ff. ZPO)
- 3. Zustellung (§§ 166 ff. ZPO)
- III. Besondere Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung
- 1. Eintritt des Kalendertages (§ 751 Abs. 1 ZPO)
-
- - *Beispiel eines entsprechenden Tenors:*
-
- *„Der Beklagte wird verurteilt, die Wohnung 49808 Osnabrück, Meller Straße 475, Drittes Obergeschoss, links bis zum 31. August 2010 zu räumen und an den Kläger herauszugeben.*
-
- *Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.*
-
- *Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.“*

- 2. Nachweis der Sicherheitsleistung (§ 751 Abs. 1 ZPO)

-

- - *Beispiel eines entsprechenden Tenors:*

- *„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 8.000,- EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 1. Januar 2007 zu zahlen.*

- *Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.*

-

- *Die Kosten des Rechtsstreits hat der Beklagte zu 4/5 zu tragen, der Kläger zu 1/5.*

-

- *Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für den Kläger jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 125% des zu vollstreckenden Betrages.*

- *Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Vollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 125% des seitens des Beklagten zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.“*

- 3. Zug-um-Zug-Verurteilungen (§§ 756, 765 ZPO)

-

- IV. Keine allgemeinen Vollstreckungshindernisse

- 1. Hindernisse gemäß § 775 ZPO

- 2. Insolvenzverfahren

- 3. Vollstreckungsverträge

- V. Besondere Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in besondere Vermögensmassen
- - z.B. § 736 ZPO bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts, wenn sie nicht parteifähig ist oder zwar parteifähig ist, aber kein Titel gegen die Gesellschaft vorliegt
-
- VI. Rechtmäßigkeit der konkreten Vollstreckungsmaßnahme (rechter Ort, rechte Zeit, rechte Art und Weise?)
- - z.B. Durchsuchung nur unter den Voraussetzungen der §§ 758 ff. ZPO sowie des Art. 13 GG

- **Fall 63 – Doppelter Nachweis der Sicherheitsleistung:** a) Der Gerichtsvollzieher wird vom Gläubiger Wohlhabend mit der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner Kirchenmaus aus einem Urteil mit dem folgenden Tenor beauftragt:

- „Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 20.000,- EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. März 2009 zu zahlen.
- Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
- Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.“
-
- Das vollstreckbar ausgefertigte Urteil weist keinen Rechtskraftvermerk auf, und ein Nachweis der Sicherheitsleistung ist ebenfalls nicht beigelegt. Jedoch hat der Wohlhabend mit dem Vollstreckungsantrag eine § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO entsprechende Bürgschaftserklärung der lokalen Sparkasse übersandt. Was muss der Gerichtsvollzieher hier unternehmen?
-
- b) Wie ist es, wenn das Rubrum des Urteils erkennen lässt, dass der Kirchenmaus im Prozess durch Rechtsanwalt Dr. Kundig vertreten gewesen ist?
- **Lösung 63 a):** Fraglich ist, ob der Gerichtsvollzieher hier Maßnahmen der Zwangsvollstreckung ergreifen kann und muss und gegebenenfalls welche. Vollstreckungsmaßnahmen kommen nur dann in Betracht, wenn insbesondere die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen, die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen sowie keine Vollstreckungshindernisse eingreifen.
- **1. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen**
- Als allgemein setzt die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung einen ordnungsgemäßen Vollstreckungsantrag (§ 754 ZPO), einen Vollstreckungstitel iSd. §§ 704, 794 ZPO, eine Vollstreckungsklausel (§§ 724 ff. ZPO) sowie gem. § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO eine Zustellung des Titels voraus.

- **a) Vollstreckungsantrag, § 754 ZPO**
- Nach dem Sachverhalt ist der Gerichtsvollzieher vom Gläubiger Wohlhabend mit der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner Kirchenmaus beauftragt worden. Der Sachverhalt begründet auch keine Zweifel am Vorliegen der allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen, wie etwa Partei- und Prozessfähigkeit (§§ 50 ff. ZPO), und zwar weder hinsichtlich des Gläubigers Wohlhabend und seines Antrages noch den Schuldner Kirchenmaus betreffend.
- **b) Vollstreckungstitel, §§ 704, 794 ZPO**
- Indem der Gläubiger Wohlhabend dem Gerichtsvollzieher ein Urteil mit dem im Sachverhalt dargestellten Inhalt vorlegt, gründet er seinen Antrag auf ein Endurteil iSd. § 704 ZPO. Mangels Rechtskraftvermerks kommt allerdings eine Vollstreckung nur aufgrund der im Tenor des Titels vorgesehenen vorläufigen Vollstreckbarkeit in Betracht.
- **c) Vollstreckungsklausel, §§ 724 ff. ZPO**
- Da hier die Voraussetzungen einer qualifizierten Klausel nach den §§ 726 ff. ZPO (Bedingung, Rechtsnachfolge) nicht vorliegen reicht eine vom UdG zu erteilende einfache Vollstreckungsklausel gem. § 724 ZPO. Dass eine solche hier vorliegt, ergibt sich insofern aus dem Sachverhalt, als dort von dem „vollstreckbar ausgefertigte(n) Urteil“ die Rede ist.
- **c) Zustellung des Titels, § 750 Abs. 1 ZPO**
- Nach § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO setzt die Zwangsvollstreckung ferner allgemein die Zustellung des Vollstreckungstitels voraus. Im vorliegenden Fall hat der Gläubiger einen Nachweis hierüber nicht vorgelegt, so dass der Gerichtsvollzieher im Falle einer Vollstreckung zunächst die Zustellung des Titels zu bewirken hätte. Nach § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO ist es ohne weiteres zulässig, die an sich gem. § 317 ZPO schon für das Erkenntnisverfahren vorgesehene Zustellung des Titels zugleich mit dem Beginn der Vollstreckung nachzuholen.
- Einer Zustellung nach § 750 Abs. 2 ZPO bedarf es hier mangels qualifizierter Klausel (s.o.) nicht.
- **2. Besondere Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung**
- Im Rahmen der besonderen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung geht es hier weder um die Voraussetzungen der Vollstreckung bedingter Ansprüche (§ 751 Abs. 1 ZPO) noch um die Voraussetzungen bei der Vollstreckung wegen Zug-um-Zug-Leistungen (§§ 756, 765 ZPO), sondern nach dem Urteilstenor lediglich um den gem. § 751 Abs. 2 ZPO erforderlichen Nachweis der Sicherheitsleistung. Insofern ist zweierlei zu unterscheiden: Zum einen die Erbringung der Sicherheit, zum anderen der Nachweis derselben.

- **a) Erbringung der Sicherheit durch Bürgschaft, § 108 ZPO, § 765 BGB**
- Die beantragte Zwangsvollstreckung kommt hier nur in Betracht, wenn der Gerichtsvollzieher den Eintritt der Voraussetzungen des § 751 Abs. 2 ZPO selbst bewirken kann. Zu diesem Zweck hat der Gläubiger ihm die Bürgschaftserklärung der Sparkasse vorgelegt.
- **aa) Materielles Rechtsgeschäft**
- Der Gerichtsvollzieher muss demnach zunächst die Erbringung der Sicherheitsleistung bewirken, indem er nämlich den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages nach § 765 BGB zwischen dem Schuldner als Sicherungsnehmer und dem Bürgen als Sicherungsgeber herbeiführt. Dieser Vertragsschluss richtet sich nach den allgemeinen Regeln des materiellen Zivilrechts (BGB-AT). Da in der Bürgschaftserklärung nicht selbst die Sicherheit, sondern lediglich ein an den Schuldner gerichtetes, zugangsbedürftiges Angebot der Sparkasse auf Abschluss eines Bürgschaftsvertrages zu sehen ist, muss der Gerichtsvollzieher zunächst den Zugang der Bürgschaftserklärung bewirken, § 130 Abs. 1 S. 1 ZPO. Das kann nach § 132 BGB durch Zustellung der Urkunde an den Schuldner geschehen. Die für den Bürgschaftsvertrag an sich erforderliche Annahme des Schuldners wird nach der ratio des § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO allerdings fingiert, weil die vorläufige Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung durch Bürgschaft sonst vom Willen des Schuldners abhinge und von ihm ohne weiteres verhindert werden könnte. Des Zugangs bedürfte eine Annahmeerklärung nach § 151 S. 1 BGB ohnehin nicht.
- Demnach muss der Gerichtsvollzieher im vorliegenden Fall nicht nur den Titel, sondern auch die Bürgschaftsurkunde zustellen.
- **bb) § 108 ZPO**
- Nach § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO reicht eine Bürgschaft nur dann aus, wenn das Prozessgericht keine anderslautende Anordnung im Tenor getroffen hat. Da davon nach dem Sachverhalt nicht die Rede sein kann, kommt eine Bürgschaft als Sicherheit prozessual in Betracht. Im Übrigen muss die Bürgschaft die weiteren Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO erfüllen. Insofern lässt der Sachverhalt zum einen erkennen, dass es sich bei der Bürgin um eine lokale Sparkasse handelt, also um ein taugliches Institut. Zum anderen gibt der Sachverhalt die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO vor.

- **b) Nachweis der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft, § 751 Abs. 2 ZPO**
- Der nach § 751 Abs. 2 ZPO erforderliche Nachweis der Sicherheitsleistung liegt in der über die vorgenannte Zustellung auszustellenden Zustellungsurkunde. Ungeachtet des Gesetzeswortlauts ist deren erneute Zustellung an den Schuldner, also eine Doppelzustellung, entbehrlich (vgl. BGH, NJW 2008, S. 3220 <3221>), weil es sich immer dann um eine überflüssige Formalität handelt, wenn die zweifache Zustellung an dieselbe Person zu richten wäre.
- **3. Keine Vollstreckungshindernisse insbesondere gem. § 775 ZPO**
- Nach dem Sachverhalt sind Vollstreckungshindernisse nicht ersichtlich. Weder greift einer der in § 775 ZPO geregelten Tatbestand ein, noch ist das Insolvenzverfahren eröffnet worden.
- **4. Ergebnis**
- Dementsprechend muss der Gerichtsvollzieher, um die Zwangsvollstreckung zu ermöglichen, dem Schuldner zunächst den Titel und die Bürgschaftsurkunde zustellen.
- **Lösung 63 b:** Fraglich ist, ob auch hier die Zustellungen an den Schuldner bewirkt werden können. Dem steht § 172 Abs. 1 S. 1 ZPO entgegen, wenn die Prozessvollmacht den Rechtsanwalts (§ 81 Abs. 1 ZPO) auch insofern gilt. Das ist jedenfalls hinsichtlich der Zustellung des Titels der Fall. Dieser ist also zwingend dem Rechtsanwalt zuzustellen. Anderes gilt indessen für die Zustellung der Bürgschaftsurkunde, den § 172 Abs. 1 S. 1 ZPO gilt nur für das Prozessrecht, nicht hingegen für den materiell-rechtlichen Abschluss des Bürgschaftsvertrages. Da hier zwar die Prozessvollmacht nach § 164 Abs. 3 BGB gilt, kann die Zustellung der Bürgschaftsurkunde an den Rechtsanwalt gerichtet werden, sie muss es aber nicht. Stellt der Gerichtsvollzieher die Bürgschaftsurkunde zwecks Bewirkung des materiell-rechtlichen Vertragsschlusses weiterhin dem Schuldner selbst zu, entfällt allerdings das o.g. Argument die Doppelzustellung als reine Formalität betreffend, so dass die nach § 751 Abs. 2 ZPO vorzunehmende Zustellung des Sicherheitsnachweises hier gem. § 172 Abs. 1 S. 1 ZPO zwingend dem Rechtsanwalt zuzustellen ist.
- **Ergebnis:** Entweder der Gerichtsvollzieher stellt Titel und Bürgschaftsurkunde dem Rechtsanwalt zu – das eine folgt aus § 172 Abs. 1 ZPO, das andere ist nach § 164 Abs. 3 BGB zulässig –, oder er stellt den Titel zwar dem Rechtsanwalt nach § 172 Abs. 1 ZPO zu, die Bürgschaftsurkunde hingegen dem Schuldner mit der Folge selbst, dass er die Zustellungsurkunde, die den Nachweis der Sicherheitsleistung erbringt, nach § 172 Abs. 1 S. 1 ZPO wiederum dem Rechtsanwalt zustellen muss.

- **Fall 64 – Zwangsvollstreckung bei Zug-um-Zug-Verurteilung:** a) Der Gerichtsvollzieher findet in seinem Postfach beim Amtsgericht einen Vollstreckungsantrag des Wohlhabend vor, dem ein vollstreckbar ausgefertigtes, rechtskräftiges Urteil mit folgendem Tenor beigefügt worden ist:
 -
 - *„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 20.000,- EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. März 2009 Zug um Zug gegen Aushändigung des Wechsels ... zu zahlen.*
 - *Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.*
 - *Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages.“*
 -
 - Der Wohlhabend hat dem Vollstreckungsantrag neben dem vorgenannten Urteil auch den im Tenor näher bezeichneten Wechsel beigefügt. Der Gerichtsvollzieher fragt sich, was er mit dem Wechsel zu tun hat. Zu welchem Ergebnis wird er gelangen?
 -
- b) Der Gerichtsvollzieher findet in seinem Postfach beim Amtsgericht einen Vollstreckungsantrag des Wohlhabend vor, dem ein rechtskräftiges, vollstreckbar ausgefertigtes Urteil mit folgendem Tenor beigefügt worden ist:
 -
 - *„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 20.000,- EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. März 2009 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw ... zu zahlen.*
 - *Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.*
 - *Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages.“*

- Der Wohlhabend hat dem Vollstreckungsantrag neben dem vorgenannten Urteil auch ein Schreiben des Schuldners Kirchenmaus im Original beigelegt, nach dem dieser die Annahme des im Tenor näher bezeichneten Fahrzeugs verweigert. Der Gerichtsvollzieher fragt sich, was er zu tun hat. Zu welchem Ergebnis wird er gelangen?
-
- c) Wie ist es, wenn Kirchenmaus auf das wörtliche Angebot des Gerichtsvollziehers hin erklärt, er nehme zwar sehr gern den Pkw entgegen, könne jedoch die geschuldeten 20.000,- EUR nebst Zinsen und Kosten nicht zahlen?
-
- **Lösung 64: a)** Auch wenn der Hauptsachetenor darauf hinzudeuten scheint, handelt es sich keineswegs um eine Zug-um-Zug-Verurteilung im Sinne der §§ 756, 765 ZPO, sondern lediglich um eine Anordnung über die Erteilung einer qualifizierten Quittung des Gläubigers im Sinne des § 368 BGB. Dementsprechend findet § 756 ZPO hier keine Anwendung. Gleichwohl muss der Gerichtsvollzieher den Wechsel vor der Vollstreckung vorlegen, allerdings nicht aufgrund von § 756 ZPO, sondern als Quittung kraft Anordnung des Gerichts im Tenor.
- **b)** Nach der Prüfung der allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen sowie der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen ist hier fraglich, ob die besonderen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen. Daran bestehen insbesondere im Hinblick auf § 756 Abs. 1 ZPO Zweifel.
- 1. Persönlicher Anwendungsbereich des § 756 Abs. 1 ZPO: bei Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher;
- 2. Sachlicher Anwendungsbereich: bei Zug-um-Zug-Beschränkung der tenorierten Leistungspflicht;

- 3. Entweder
- a) bereits vorliegender Nachweis
- aa) der Befriedigung des Schuldners, z.B. gem. § 362 Abs. 1 BGB, oder des Annahmeverzuges gem. §§ 293 ff. BGB durch öffentliche Urkunde (zweckmäßig: Feststellung des Annahmeverzuges bereits im Urteil: „Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5.000,- EUR zu zahlen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw ... Es wird festgestellt, dass sich der Beklagte mit der Annahme des Pkw ... in Gläubigerverzug befindet.“) und
- bb) Zustellung der Nachweisurkunde oder
- b) Begründung des Annahmeverzuges durch den Gerichtsvollzieher:
 - aa) Erfüllbarkeit der Verbindlichkeit: vgl. § 271 Abs. 1 BGB sowie die Titulierung der Verbindlichkeit;
 - bb) ordnungsgemäßes Leistungsangebot:
 - (1.) u.U. genügt wörtliches Angebot iSd. § 295 BGB, nämlich wenn der Sch. bereits vor dem Angebot (Abgrenzung zu § 756 Abs. 2 ZPO!) durch den Gerichtsvollzieher die Annahme verweigert hat;
 - (2.) ansonsten bedarf es grds. eines tatsächlichen Angebots, § 294 BGB;
 - cc) Leistungsvermögen des vollstreckungsrechtlichen Gläubigers, § 297 BGB (nur bei wörtlichem Angebot bedeutsam);
 - dd) Annahmeverweigerung durch den Sch., auch bei Nichterbringung der Gegenleistung, § 298 BGB;
 - ee) keine vorübergehende Annahmeverhinderung, § 299 BGB.

- Danach bedürfte es hier eines tatsächlichen Angebots, weil der Schuldner hier nach dem vom Gläubiger eingereichten Schreiben zwar die Annahme der Leistung bereits verweigert hat, dies aber nicht in der gehörigen Form des § 756 Abs. 1 ZPO (analog) nachgewiesen worden ist. Der Gerichtsvollzieher kann sich jedoch auch nach § 756 Abs. 2 ZPO auf ein wörtliches Angebot beschränken und mit der Vollstreckung beginnen, nachdem der Schuldner die Annahme der Leistung – erneut – verweigert hat.
- c) Hier greift der Rechtsgedanke des § 298 BGB insofern ein, also diese Erklärung des Schuldners einer Annahmeverweigerung gleichkommt und deshalb den Annahmeverzug begründet.
-
-

Übersicht der Rechtsbehelfe in Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung

-
- 1. Rechtsbehelfe im Klauselverfahren
- - Rechtsbehelfe des Gläubigers gegen die Verweigerung einer Klauselerteilung:
 - -- gegen Verweigerung seitens des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle: Erinnerung, § 576 Abs. 1 ZPO;
 - -- gegen Verweigerung seitens des Rechtspflegers: einfache Beschwerde, §§ 11 RPflG i.V.m. §§ 576 Abs. 2, 567 ff. ZPO
 - -- gegen die Verweigerung seitens des Notars: Beschwerde, § 54 BeurkG
 - -- Klauselerteilungsklage, § 731 ZPO
-
- - Rechtsbehelfe des Schuldners gegen die Erteilung der Klausel:
 - -- Erinnerung, §§ 732, 797 Abs. 3 ZPO
 - -- Klauselgegenklage, § 768 ZPO

- 2. Rechtsbehelfe gegen Vollstreckungsakte
- - Erinnerung gemäß § 766 ZPO gegen Vollstreckungsmaßnahmen eines Organs außer des Grundbuchamts (Rechtsmittel: § 793 ZPO)
- - Erinnerung gemäß § 11 RPflG und sofortige Beschwerde gemäß § 793 ZPO gegen Entscheidungen eines Vollstreckungsorgans
- - Grundbuchbeschwerde, § 71 GBO
-
- 3. Klagen aus materiellem Recht
- - Vollstreckungsgegen- oder –abwehrklage, § 767 ZPO, gestützt auf Einwendungen und Einreden gegen den titulierten Anspruch (z.B. Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB)
- - Drittwiderspruchsklage gegen Zwangsvollstreckung in Rechte Dritter, die die Veräußerung hindern, § 771 ZPO (z.B. Eigentum)
- - Vorzugsklage, § 805 ZPO, gestützt auf vorrangige Verwertungsrechte (z.B. auf Vermieterpfandrecht)

- **Fall 65 – Erinnerung bei Vollstreckung trotz Zahlung unmittelbar nach Schluss der mündlichen Verhandlung:** Der Schuldner Kirchenmaus sucht Rechtsanwalt Dr. Kundig auf und berichtet ihm empört, dass der Raffke gegen ihn vollstrecke, obgleich er die im Urteil titulierte Forderung bereits beglichen habe. Er habe dem Gerichtsvollzieher einen Überweisungsnachweis der Volksbank vorgelegt, aus dem sich ergebe, dass er den später ausgerichteten Betrag bereits unmittelbar nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, also noch vor der Verkündung des Urteils überwiesen habe. Der Gerichtsvollzieher habe ihm erklärt, dass er diese Zahlung nicht berücksichtigen könne, und ihn auf eine sog. Vollstreckungsgegenklage verwiesen. Dr. Kundig bezweifelt, dass hier alles mit rechten Dingen zugegangen ist, und fragt sich, was er für den Kirchenmaus unternehmen kann. Zu welchem Ergebnis wird er gelangen?
- **Lösung 65:** Eine Vollstreckungserinnerung gegen das Vorgehen des Gerichtsvollziehers wird nur dann Erfolg haben, wenn die Zwangsvollstreckung seitens des Gerichtsvollziehers rechtswidrig gewesen ist. Das wäre dann der Fall, wenn hinsichtlich des Kirchenmaus ein Vollstreckungshindernis i.S.d. § 775 Nr. 5 ZPO bestünde. Insofern kann Kirchenmaus zwar einen grundsätzlich ausreichenden Überweisungsnachweis einer Bank vorlegen können. § 775 Nr. 5 ZPO weist jedoch eine planwidrige Regelungslücke hinsichtlich des Zeitpunkt der Einwendung auf und insofern gelangt wegen der vergleichbaren Interessenlage § 775 Nr. 4 ZPO zur Anwendung. Dementsprechend sind nur Einwendungen zu berücksichtigen, die nach Erlass des Urteils entstanden sind. Die abweichende Regelung in der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher ist demgegenüber nicht maßgebend. Deshalb muss Dr. Kundig eine Vollstreckungsgegenklage für den Kirchenmaus vorbereiten. Lediglich sicherheitshalber sollte er auch eine Erinnerung einlegen und zudem den Gläubiger um Rücknahme des Vollstreckungsantrages ersuchen.

- **Fall 66 – Vollstreckungsschutz bei Kapitalgesellschaften:** Theo Holzschuh sucht seinen Rechtsanwalt Hilfreich auf und berichtet ihm, dass er seinen Unterhalt als Möbeltischler und –restaurator verdiene. Zu diesem Zweck habe er eine kleine GmbH gegründet. Vor zwei Jahren sei die GmbH vom Landgericht zur Zahlung von 3.000,- EUR als Schadenersatz wegen Mängel an einer maßgetischlerten Küche verurteilt worden. Der dem Gläubiger Geduldig zugesprochenen Betrag habe aber nicht gezahlt werden können. Nun betreibe Geduldig die Zwangsvollstreckung. Der Gerichtsvollzieher habe deshalb gestern eine für den Geschäftsbetrieb dringend erforderliche Fräsmaschine gepfändet und abholen lassen. Derzeit könne nicht gearbeitet werden. Was kann Dr. Kundig für seinen Mandanten tun?
- **Lösung 66:** Eine Erinnerung nach § 766 ZPO wird nur Erfolg haben, wenn sich die Schuldnerin auf Vollstreckungsschutz nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO berufen kann. Dem steht hier jedoch entgegen, dass es um die Vollstreckung gegen eine Kapitalgesellschaft und in deren Anlagevermögen geht. Aus dem Wortlaut des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ergibt sich, dass Vollstreckungsschutz nur hinsichtlich des persönlichen Erwerbs natürlicher Personen bestehen soll, nicht hingegen hinsichtlich juristischer Personen und Handelsgesellschaften, bei denen die Gesellschafter ihren Erwerb durch Kapitaleinsatz bestreiten.

- **Fall 67 - Abgrenzung der Mobiliar- von der Immobiliarzwangsvollstreckung:** Der Gerichtsvollzieher sucht den Schuldner Landei zwecks Pfändung auf. Als er den Hof des Landei durchsucht, erkennt er, dass an pfändbaren Gegenständen lediglich die Vorräte an Saatgut, ein Traktor und eine Saatmaschine vorhanden sind. Kann der Gerichtsvollzieher diese pfänden?
-
- **Lösung 67:** Diese Gegenstände unterliegen nicht der Mobiliarvollstreckung nach den §§ 808 ff. ZPO, sondern der Immobiliarzwangsvollstreckung (ZVG), wenn das Pfändungsverbot nach § 865 Abs. 2 S. 1 ZPO eingreift. Dafür kommt es nach § 865 Abs. 1 ZPO darauf an, ob es sich um Gegenstände handelt, die gegebenenfalls zum Haftungsverband einer Hypothek nach den §§ 1120 ff. BGB gehörten. Das ist hier der Fall. Da es sich außerdem um Zubehör im Sinne der §§ 97 f. BGB handelt, greift das absolute Verbot des § 865 Abs. 2 S. 1 ZPO ein und nicht das relative des § 865 Abs. 2 S. 2 ZPO.

- **Fall 68 – Zeitliche Grenze der materiellen Rechtskraft und Abtretung:** Der Beklagte bzw. Schuldner Kirchenmaus erhält von einem Dritten nach Eintritt der formellen Rechtskraft eines gegen ihn ergangenen Urteils über die Zahlung von 5.500,- EUR nebst Zinsen an den Kläger bzw. Gläubiger Hinterlistig Kenntnis davon, dass der Hinterlistig die titulierte Forderung bereits während des rechtshängigen Verfahrens an Wohlhabend abgetreten habe. Als neben Wohlhabend auch der Hinterlistig Zahlung aus dem Titel verlangt, sucht Kirchenmaus Rechtsanwalt Dr. Kundig auf und fragt diesen, ob er nun doppelt zahlen müsse und wie er sich gegebenenfalls dagegen zur Wehr setzen könne. Dr. Kundig fragt sich, ob eine Vollstreckungsabwehrklage gegen den titulierten Anspruch Erfolg hätte. Wie ist die diesbezügliche Rechtslage?
- **Lösung 68:** Nach neuerer Rechtsprechung insbes. des Bundesgerichtshofs ist eine Vollstreckungsgegenklage hier unbegründet, wenn der Schuldner den geschuldeten Betrag nicht mit befreiender Wirkung hinterlegt (§ 378 BGB). Während die früher h.M. nämlich darauf abstellte, dass die der Erfüllungswirkung nach § 407 Abs. 1 BGB entgegenstehende Kenntnis des Schuldners von der Abtretung nach dem in § 767 Abs. 2 ZPO maßgebenden Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung eingetreten und deshalb als Einwendung nicht präkludiert sei, stellt der Bundesgerichtshofs nunmehr auf die Einwendung und die den Tatbestand begründenden Umstände, nicht aber auf die Kenntniserlangung davon ab. Das lässt sich so begründen, dass die Kenntnis nach § 407 Abs. 1 BGB nicht die der titulierten Forderung entgegenstehende Einwendung ist, sondern dass die Einwendung in dem Unterbleiben der nach der gemäß § 265 Abs. 1 ZPO zulässigen Abtretung trotz § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO erforderlichen Antragsanpassung – Antrag auf Zahlung nunmehr an den Zessionar (Relevanztheorie) – liegt. Diese Einwendung ist bereits vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden und daher ist der Schuldner mit ihr gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert. Denn auf Kenntnis der Einwendung kommt es nicht an. Hingegen ist die Klage nach befreiender Hinterlegung begründet; denn diese Einwendung ist erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden (BGH MDR 2001, S. 109; OLG Dresden MDR 1995, S. 559; Rensen, MDR 2001, S. 856).

- **Prüfung:**
- 1. Statthaftigkeit und Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage, § 767 ZPO
 - a) Statthaftigkeit: Abtretung nach Rechtshängigkeit als materielle Einwendungen gegen den titulierten Anspruch, weil danach Gläubigerstellung entfällt;
 - b) Zuständigkeit
 - - sachlich: Prozessgericht des ersten Rechtszugs, und zwar unabhängig vom Streitwert
 - c) Rechtsschutzinteresse
 - - formell rechtskräftiger Titel, und Zwangsvollstreckung ist nicht bereits beendet;
 - - keine erhobene und nicht beschiedene oder zulässige Berufung;
 - - kein Fall der Fortsetzung des früheren Verfahren (Unwirksamkeit des Prozessvergleichs);
 - - allgemein kein günstigerer und einfacherer Weg.
- 2. Begründetheit
 - a) Aktivlegitimation des Schuldners: Hier macht Kirchenmaus als Titelschuldner die Einwendung geltend.
 - b) Passivlegitimation des Gläubigers: Er nimmt den Hinterlistig als Kläger bzw. Gläubiger in Anspruch.
 - c) Begründet ist die Vollstreckungsgegenklage, wenn dem Schuldner eine nicht nach § 767 Abs. 2 oder Abs. 3 ZPO präkludierte Einwendung gegen den titulierten Anspruch zusteht.
 - aa) Einwendung: Die Abtretung nach Rechtskraft führt zwar zum Entfallen der Gläubigerstellung und damit der Aktivlegitimation. Wegen § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO ist dies als solches aber nicht erheblich, weil insofern nach der herrschenden Relevanztheorie lediglich die Änderung des Antrages mit Rücksicht auf die gesetzliche Prozessstandschaft geboten gewesen ist (Antrag auf Leistung nicht mehr an den Kläger, sondern an den Zessionar).

Diese Einwendung ist auch begründet.

bb) Da sie indessen bereits vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung eingetreten ist, ist der Schuldner mit ihr nach herrschender Meinung und Rspr. präkludiert. Entgegen der früher überwiegend vertretenen Auffassung ergibt sich daraus auch nicht wegen § 407 BGB und der erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung erlangten Kenntnis von der Abtretung die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme bzw. Leistung. Denn der Schuldner kann in diesem Fall zu seinem Schutz die geschuldete Leistung unter Verzicht auf die Rücknahme hinterlegen und wird auf diese Weise frei. Dieses Erfüllungssurrogat könnte er dann zulässig einwenden, weil es auf neue Tatsachen gestützt wäre. Entgegen der früher überwiegenden Ansicht ist deshalb mit dem Bundesgerichtshof auch im Falle einer Abtretung nach Rechtshängigkeit nicht auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung für die Präklusion abzustellen.

=> Vollstreckungsgegenklage ist zwar zulässig, aber derzeit unbegründet. Dem Schuldner steht es allerdings frei, die Klage durch Hinterlegung zum Erfolg zu führen.

- **Frage 63:** Dr. Kundig fragt sich, wie er sicherheitshalber a) einstweiligen Rechtsschutz zugunsten des Kirchenmaus und b) die Herausgabe des Titels seitens des Hinterlistig erwirken kann. Zu welchem Schluss wird er kommen?
-
- **Antwort 63:** Er sollte die auf § 767 ZPO und die Hinterlegung gestützte Klage mit einem Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO und einem Antrag auf Herausgabe des Titels analog § 371 BGB verbinden.
-
-
- **Übersicht über die Voraussetzungen einer Drittwiderspruchsklage**
-
- 1. Statthaftigkeit: Recht eines Dritten iSd. § 771 ZPO (Abgrenzung zu § 805 ZPO)
- 2. Zulässigkeit
- a) Zuständigkeit: §§ 771 Abs. 1, 802 ZPO sowie sachlich je nach Streitwert gemäß GVG und ZPO
- b) Rechtsschutzinteresse: spätestens vom Beginn der Vollstreckung bis zu ihrer Beendigung, bei Herausgabevollstreckung evtl. schon vorher; auch bei bloß scheinbar wirksamer Pfändung; Erinnerung steht der Klage wegen anderen Rechtsschutzziels nicht entgegen
- 3. Begründetheit: die Veräußerung hinderndes Recht
-
- (einstweiliger Rechtsschutz nach § 771 Abs. 2 ZPO)

- **Fall 69 - Drittwiderspruchsklage bei Eigentumsvorbehalt und Sicherungseigentum:** a) Der Student Kurz hat von Schnell eine Kamera zu einem Preis von 2.000,- EUR gekauft, den er in monatlichen Raten von 200,- EUR begleichen soll. Kurz hat das Gerät zwar erhalten, die beiden Vertragsparteien haben aber vereinbart, dass das Eigentum bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung bei Schnell bleibt. Wie kann Schnell einer Vollstreckung in die Kamera durch andere Gläubiger des Kurz entgegenreten?
-
- b) Der Student Kurz kauft unter Aufnahme eines Darlehens bei dem privaten Kreditgeber Krisenfest einen gebrauchten Pkw. Er überträgt dem Krisenfest zur Sicherheit das Eigentum an dem Fahrzeug. Der Krisenfest fragt sich, wie er der Zwangsvollstreckung in den Pkw durch weitere Gläubiger des Kurz entgegenreten kann. Wie ist die diesbezügliche Rechtslage?
-
- **Lösung 69:** a) Nach h.M. in Literatur und Rechtsprechung steht dem Vorbehaltsverkäufer ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO zu, so dass er Drittwiderspruchsklage erheben kann und nicht auf § 805 ZPO verwiesen ist. Anderenfalls erhielte der Vorbehaltsverkäufer lediglich den Versteigerungserlös.
- Allerdings können die Gläubiger des Vorbehaltskäufers gegebenenfalls dessen Anwartschaftsrecht pfänden lassen (Lehre von der Doppelpfändung) und eine Klage des Vorbehaltsverkäufers nach § 771 ZPO durch Zahlung des restlichen Kaufpreises die Erfolgsaussicht nehmen.
-
- b) Nach h.M. in Literatur und Rechtsprechung steht dem Sicherungseigentümer, solange die gesicherte Forderung besteht, ebenfalls ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO zu. Nach a.A. kommt dem Sicherungseigentümer hingegen lediglich ein Recht zu, das wirtschaftlich einem besitzlosen Pfandrecht i.S.d. § 805 ZPO gleiche und nur zu einer Klage auf vorzugsweise Befriedigung berechtigt.

- **Übersicht der Voraussetzungen einer Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO**
-
- 1. Statthaftigkeit
- - bei Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen, wenn der Kl. aufgrund eines Pfand- oder Vorzugsrechts besseren vermeintlich Ranges vor dem Bekl. befriedigt werden will
-
- 2. Zulässigkeit
- aa) Zuständigkeit: §§ 802, 805 Abs. 2 ZPO
- bb) Rechtsschutzbedürfnis: von der Pfändung bis zur Auskehr des Erlöses, nicht bei zulässigem Verteilungsverfahren
-
- 3. Begründetheit:
- - ein dem Recht des Beklagten dem Rang nach vorgehendes Pfand- oder Vorzugsrecht (auch Rechte i.S.d. § 771 ZPO können nach § 805 ZPO geltend gemacht werden)