

MIRKO WEINERT

Vollstreckungs-
begleitender
einstweiliger
Rechtsschutz

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

180

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

180

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Mirko Weinert

Vollstreckungsbegleitender
einstweiliger Rechtsschutz

Mohr Siebeck

Mirko Weinert, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaften in Halle (Saale); 2006 Promotion; Rechtsanwalt in einer Kanzlei in Düsseldorf.

e-ISBN PD 978-3-16-151365-7

ISBN 978-3-16-149273-0

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 30

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Für Dani

Vorwort

Diese Arbeit lag im Sommersemester 2006 dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Disseration vor. Zum Zweck der Veröffentlichung wurde versucht, neuere Entwicklungen sowie der Stand von Rechtsprechung und Literatur bis November 2006 nachträglich zu berücksichtigen.

Die ersten herzlichen Dankesworte gebühren meinem Doktorvater Prof. Dr. Joachim Zekoll, LL.M., welcher den Fortgang der Arbeiten stets nach Kräften gefördert, mit kritischem Interesse verfolgt und mir dennoch den notwendigen Freiraum belassen hat, den eine solches Werk benötigt.

Herrn Prof. Dr. Manfred Wandt danke ich darüber hinaus nicht nur für die sofortige Bereitschaft, sich trotz vielseitiger anderweitiger Verpflichtungen als Zweitgutachter zur Verfügung zu stellen, sondern auch für die überaus schnell erfolgte Bewertung.

Meine Kollegen und Freunde an der Universität in Frankfurt am Main können ebenfalls nicht ohne Erwähnung bleiben, waren doch sie es, die sich – oftmals unverhofft – Diskussionen über prozessuale Probleme ausgesetzt sahen. Für die Gewährung „rechtlichen Gehörs“ seien darum an dieser Stelle besonders bedacht: Jan Bolt, Hannah Ehlers, PD Dr. Nikolaj Fischer, Jessica Kriewald, Dr. Thorsten Patric Lindt, Christine Mohr, Dr. Magnus Noll-Ehlers sowie Daniel Trosch.

Markus Gimsberg bin ich zu Dank verpflichtet für ausgesprochen hilfreiche Zuarbeiten im Bereich des statistischen Materials.

Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Basedow und Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Zimmermann vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg verdanke ich schließlich die freundliche Aufnahme der Arbeit in die vorliegende Reihe.

Die größte Bewunderung und die größte Dankbarkeit empfinde ich jedoch für meine Frau – für das klaglose Ertragen meiner (geistes-) abwesenden Phasen ebenso wie für die unglaubliche Unterstützung beim Erstellen des Manuskriptes. Auch deshalb ist dieses Buch ihr gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Abkürzungsverzeichnis | XXI |
| Einleitung | 1 |
| § 1 Einführung in die Themenstellung | 2 |
| I. Denkansatz der vorliegenden Untersuchung | 2 |
| II. Umfang und Gang der Untersuchung | 7 |
| 1. Teil – Deutschland | 11 |
| § 2 Die These der „sofortigen“ Zwangsvollstreckung | 12 |
| I. Das Verfahren bis zur Vornahme des Vollstreckungsaktes | 14 |
| 1. Die Vollstreckungsbarrieren | 14 |
| a) Notwendigkeit weiterer Vollstreckungstitel in der Hauptsache | 14 |
| aa) Vermögensmassen ohne eigene Rechtspersönlichkeit | 15 |
| bb) Nutzungsrechte und Verwaltungsrechte Dritter | 17 |
| cc) Besonderes Titelerfordernis bei Räumung von Wohnraum | 17 |
| dd) Zeitverlust durch Herbeiführung eines zusätzlichen Titels | 18 |
| b) Die Erteilung der Vollstreckungsklausel | 19 |
| aa) Möglichkeiten der Vollstreckung ohne Klausel | 19 |
| bb) Die Dauer des Klauselerteilungsverfahrens | 20 |
| cc) Beschleunigungsmöglichkeiten im Klauselerteilungsverfahren | 21 |
| c) Die Zustellung | 22 |
| aa) Arten der Zustellung und Dauer | 22 |
| bb) Ausnahmen vom Erfordernis der vorherigen Zustellung | 23 |
| (1) Zustellung beim Beginn der Zwangsvollstreckung | 24 |
| (2) Die Zustellung nach der Zwangsvollstreckung | 26 |
| d) Verzögerung durch besondere Vollstreckungsvoraussetzungen | 27 |
| aa) Ablauf eines bestimmten Kalendertages, § 751 Abs. 1 ZPO | 27 |
| bb) Sicherheitsleistung, § 751 Abs. 2 ZPO | 28 |
| (1) Nachweis- und Zustellungserfordernisse | 29 |
| (2) Erleichterungen beim Aufbringen der Sicherheitsleistung | 30 |
| cc) Die weiteren Befristungen der Zwangsvollstreckung | 31 |
| dd) Erbringung der Gegenleistung | 33 |
| e) Die Vollstreckungshindernisse | 34 |
| f) Verzögerungen durch Informationsdefizite des Gläubigers | 35 |
| aa) Fehlende Kenntnis vom Aufenthaltsort des Schuldners | 35 |
| (1) Vollstreckungszugriff durch den Gerichtsvollzieher | 35 |
| (2) Vollstreckung durch das Vollstreckungsgericht | 36 |

| | |
|--|----|
| (a) Forderungs- und Rechtspfändung, §§ 828 ff., 857 ZPO | 36 |
| (b) Verwertung des Immobilienvermögens | 38 |
| (3) Ausführung der Zwangsvollstreckung durch das Grundbuchamt ... | 38 |
| (4) Informationsdefizit und Vollstreckung durch das Prozessgericht ... | 38 |
| (5) Fazit zu den Verzögerungen durch Unkenntnis des Verbleibs des Schuldners | 39 |
| bb) Unkenntnis von Existenz oder Verbleib des Vollstreckungs- gegenstands | 40 |
| cc) Zusammenfassung zur Verfahrensverzögerung durch Informations- defizite | 42 |
| g) Die verzögernde Wirkung der Kostenerstattungspraxis | 42 |
| aa) Allgemeines Kostenrisiko des Gläubigers | 43 |
| bb) Die verfrühte Zwangsvollstreckung | 43 |
| h) Fazit zur Verzögerung durch Vollstreckungsbarrieren | 45 |
| 2. Die Beantragung und die Vornahme der Vollstreckungshandlung | 46 |
| a) Antragstellung durch Vollstreckungsgläubiger | 46 |
| b) Möglichkeiten des Bewirkens einer beschleunigten Bearbeitung | 48 |
| c) Dauer und Ertrag des Zwangsvollstreckungsverfahrens | 49 |
| aa) Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen | 50 |
| (1) Dauer der Bearbeitung des Antrags durch das Voll- streckungsorgan | 50 |
| (2) Vollstreckungserfolg | 52 |
| (3) Zusammenfassung zur Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen | 54 |
| bb) Individualzwangsvollstreckung | 54 |
| cc) Ergebnis | 55 |
| 3. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen und Hilfsvollstreckungs- maßnahmen | 56 |
| a) Vornahme von Vollstreckungshandlungen in Wohnungen | 56 |
| aa) Anordnungserfordernis bei der Durchsuchung von Wohnraum | 56 |
| bb) Vollstreckungshandlung in einer Wohnung zur unüblichen Zeit | 58 |
| b) Sonderfälle bei der Forderungspfändung | 59 |
| aa) Pfändung von und bei bestehenden Grundpfandrechten | 59 |
| bb) Sozial motivierte Beschränkungen der Forderungspfändung | 60 |
| c) Hilfsvollstreckungsmaßnahmen | 62 |
| d) Verzögerungen durch die besonderen Verfahrensgestaltungen | 63 |
| 4. Zusammenfassung der Verfahrensverzögerungen bis zur Vornahme des Vollstreckungsaktes | 64 |
| II. Verzögerung durch Verwertungsverfahren | 64 |
| III. Rechtsmittel- und Rechtsbehelfsverfahren | 66 |
| 1. Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 775 Nr. 2 ZPO | 66 |
| 2. Die Einstellung nach § 775 Nr. 1 ZPO und deren Folgen | 67 |
| a) Gesetzlich vorgesehene Rechtsfolgen der Einstellung | 67 |
| b) Wirkungsbeschränkung der Aufhebung | 68 |
| 3. Vollstreckungsschutzanträge gemäß § 765a ZPO | 70 |
| IV. Verfahren gegen den Drittschuldner | 71 |
| V. Fazit zur Zeitkomponente im weiteren Verfahrensablauf | 71 |

| | |
|--|----|
| § 3 Der aktuelle Diskussionsstand zur Anwendung von Arrest und einstweiliger Verfügung in der Nachtitulierungsphase | 73 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| I. Die Handhabung des Problems in der Rechtsprechung | 73 |
| 1. Rechtsprechung bis 1950 | 73 |
| a) Urteil des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 4.Mai 1872 – II 117/72..... | 74 |
| b) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts | 75 |
| aa) Urteil des RG vom 30.April 1890 – V. 14/90..... | 75 |
| bb) Urteil des RG vom 18.März 1895 – IV. 312/94 | 76 |
| cc) Urteil des RG vom 19./26.Januar 1898 – V. 222/97 | 76 |
| dd) Urteil des RG vom 15.April 1905 – V. 473/04 | 79 |
| ee) Urteil des RG vom 6.Oktober 1909 – V. 108/09 | 79 |
| ff) Zusammenfassung zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung | 81 |
| c) Nachfolgende Entwicklung in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung | 82 |
| aa) Urteil des Oberlandesgerichts Bamberg, I. Zivilsenat, vom 23.April 1904..... | 83 |
| bb) Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe, III. Zivilsenat, vom 24.November 1905..... | 83 |
| cc) Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe, I. Zivilsenat, vom 1.Dezember 1915 | 84 |
| dd) Urteil des Oberlandesgerichts Dresden, 9. Zivilsenat, vom 29.Februar 1916..... | 85 |
| ee) Urteil des Kammergerichts vom 30.September 1924 – 21 U 8959/24 | 85 |
| ff) Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 8.April 1925 – II. 122/25 | 86 |
| gg) Beschluss des Oberlandesgerichts Königsberg vom 15.August 1925 – 4 W 112/25..... | 87 |
| hh) Beschluss des Oberlandesgerichts Köln vom 16.Februar 1933 – 8 U 262/32..... | 88 |
| ii) Zusammenfassung zur älteren oberlandesgerichtlichen Recht- sprechung | 89 |
| d) Fazit zur Entwicklung in der Rechtsprechung bis 1950 | 89 |
| 2. Entwicklungen in der Rechtsprechung ab 1950..... | 90 |
| a) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes..... | 91 |
| aa) Beschluss des BGH vom 26.April 1957 – I ZR 35/57 | 91 |
| bb) Urteil des BGH vom 27.Oktober 1999 – XII ZR 239/97..... | 92 |
| cc) Zusammenfassung | 93 |
| b) Die Rechtsprechung der Instanzgerichte | 93 |
| aa) Einstweiliger Rechtsschutz bei Vorliegen eines rechtskräftigen Titels | 93 |
| (1) Die Position der überwiegenden instanzgerichtlichen Rechtsprechung..... | 94 |
| (a) Rechtskraft als ausschlaggebendes Moment?..... | 94 |
| (b) Anerkannte Ausnahmen | 95 |
| (aa) Titulierte Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen..... | 95 |
| (bb) Aufrechterhaltung einstweiliger Verfügungen bei Rechtskraft des Titels | 95 |
| (cc) Einstweiliger Rechtsschutz und Klauselerteilungs- verfahren | 96 |
| (dd) Sicherung der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ... | 96 |
| (2) Abweichende Entscheidungen | 97 |
| (a) Urteil des Landgerichts Berlin vom 15.April 1955 – 92 S 2/55 .. | 97 |
| (b) Urteil des Landgerichts Hamburg vom 31.August 1966 – 15 Q 368/66..... | 98 |

| | |
|---|------------|
| (3) Zusammenfassung der Entscheidungen der Instanzgerichte | 98 |
| bb) Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufig vollstreckbarer Hauptsachetitel | 99 |
| (1) Dinglicher Arrest bei Vorliegen eines vorläufig vollstreckbaren Titels | 100 |
| (a) Beschluss des Oberlandesgerichts Celle vom 24.Juli 1957 – 4 W 195/57 | 100 |
| (b) Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 18.Februar 1958 – 2 U 33/57 | 101 |
| (c) Beschluss des Oberlandesgerichts Neustadt vom 25.Oktober 1960 – 2 U 173/60 | 102 |
| (d) Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 29.März 1962 – 3 U 24/62 | 102 |
| (e) Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 4.Juli 1997 – 13 U 1957/97 | 103 |
| (2) Einstweilige Verfügungen und vorläufig vollstreckbarer Titel | 103 |
| (a) Anordnung und Bestätigung einstweiliger Verfügungen | 103 |
| (b) Aufhebung einstweiliger Verfügungen gemäß § 927 ZPO | 105 |
| (c) Aufrechterhaltung wegen eines Verstoßes gegen die einstweilige Verfügung | 105 |
| (3) Zusammenfassung | 106 |
| cc) Einstweiliger Rechtsschutz und bestehender sonstiger Titel | 107 |
| (1) Einstweiliger Rechtsschutz neben einem vorläufigen Titel | 107 |
| (2) Einstweiliger Rechtsschutz neben sonstigen (außergerichtlichen) Titeln | 108 |
| (a) Titulierte wiederkehrende Leistungen | 109 |
| (b) Wettbewerbsrechtliche Fälle | 110 |
| (3) Einstweiliger Rechtsschutz neben einem ausländischen Titel | 110 |
| dd) Zusammenfassung zur Handhabung durch die Instanzgerichte | 111 |
| 3. Fazit zur Handhabung durch die Gerichte | 113 |
| II. Erkenntnisstand um die vollstreckungsbegleitende Anwendung einstweiligen Rechtsschutzes in der Rechtslehre | 114 |
| 1. Stellungnahmen in der Rechtslehre vor 1950 | 114 |
| a) Die Problemdarstellung bei Merkel | 115 |
| b) Vollstreckungsreife des Hauptsachetitels und Eilrechtsschutz | 116 |
| c) Fehlende tatsächliche Möglichkeit zur Vollstreckung des Hauptsachetitels | 117 |
| d) Zusammenfassung zur Problembehandlung in der älteren Rechtslehre | 118 |
| 2. Problemaufbereitung in der neueren Rechtslehre | 119 |
| a) Die Überlegungen von Lent | 119 |
| aa) Anmerkung zu Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 5.Juli 1956 – 6 U 9/56 | 119 |
| bb) Anmerkung zu Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 18.Februar 1958 – 2 U 233/57 | 120 |
| b) Die Ansicht von Baur | 120 |
| c) Ritters Ansicht zum Anwendungsbereich des persönlichen Sicherheitsarrestes | 122 |
| d) Die Bearbeitung des Problems durch Vogg und Walker | 122 |
| e) Die Auffassung von Kannowski | 123 |
| f) Die Idee von Schlosser | 125 |
| g) Das Problemverständnis in der wettbewerbsrechtlichen Literatur | 125 |

| | |
|---|-----|
| h) Zusammenfassung der Argumentationsstränge in der neueren Rechtslehre | 126 |
| 3. Problemaufbereitung in der aktuellen Lehrbuch- und Kommentarliteratur..... | 127 |
| 4. Zusammenfassung zum Diskussionsstand in der Rechtslehre | 129 |
| III. Fazit zum Entwicklungsstand in Rechtsprechung und Lehre | 130 |

| | |
|---|-----|
| § 4 Grundlagen eines vollstreckungsbegleitenden zivilprozessualen Eilrechtsschutzes | 132 |
| I. Die Funktion zivilprozessualen einstweiligen Rechtsschutzes | 132 |
| 1. Die zeitliche Komponente der Funktion einstweiligen Rechtsschutzes in der geschichtlichen Entwicklung..... | 133 |
| a) Rechtswentwicklungen vor Inkrafttreten der Reichscivilprozeßordnung | 134 |
| b) Der Standpunkt in den Entwürfen zur Reichscivilprozeßordnung | 139 |
| c) Die Stellungnahmen im Rahmen der Beratungen in der Kommission..... | 142 |
| d) Nachfolgende Gesetzesnovellen und die Änderungsvorschläge im Entwurf einer Zivilprozeßordnung von 1931 | 143 |
| e) Zusammenfassung zur historischen Entwicklung des zeitlich-funktionalen Verständnisses der §§ 916 ff. ZPO | 144 |
| 2. Das „moderne“ zeitlich-funktionale Verständnis | 145 |
| a) Verfassungsrechtlich determinierte Funktionsbestimmung | 147 |
| b) Rechtsschutzstaffelung anhand von § 230 Abs. 2 BGB | 149 |
| c) Fazit zum derzeitigen zeitlich-funktionalen Verständnis..... | 152 |
| 3. Überzeugungskraft des tradierten zeitlich-funktionalen Ansatzes..... | 152 |
| a) Ausnahmenbildung auf der Basis von § 916 Abs. 2 ZPO | 153 |
| b) Persönlicher Sicherungsarrest zwecks Abgabe der eidesstattlichen Versicherung | 155 |
| c) Einstweiliger Rechtsschutz bei einem vorliegenden, im Tenor unklaren Titel..... | 157 |
| d) Einstweiliger Rechtsschutz neben einem gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Titel..... | 158 |
| 4. Grenzen einer zeitlichen Neuausrichtung der Funktion einstweiligen Rechtsschutzes | 158 |
| a) Abschließende Regelungsmechanismen im Zwangsvollstreckungsrecht... 159 | |
| aa) Primärer und sekundärer einstweiliger Rechtsschutz | 159 |
| bb) Einstweiliger Rechtsschutz nach den §§ 916 ff. ZPO und vorläufige Vollstreckbarkeit – zwei Seiten einer Münze?..... | 160 |
| cc) Abschließender Charakter der Einzelregelungen im Vollstreckungsrecht | 161 |
| b) Abschließende Ersatzmechanismen im materiellen Recht..... | 162 |
| 5. Zeitlich-funktionale Ausrichtung des allgemeinen zivilprozessualen einstweiligen Rechtsschutzes..... | 164 |
| a) Einstweiliger Rechtsschutz und Hauptsacherechtsschutz | 164 |
| aa) Keine Maßgeblichkeit des Zeitpunktes der Titulierung | 164 |
| bb) Verfassungsrechtliches Gebot vollstreckungsbegleitenden einstweiligen Rechtsschutzes..... | 168 |
| cc) Anderweitige zeitliche Beschränkung des Eilrechtsschutzes | 170 |
| b) Einstweiliger Rechtsschutz und sonstige Eilrechtsschutzverfahren..... | 171 |
| 6. Zusammenfassung zur Funktion des allgemeinen zivilprozessualen einstweiligen Rechtsschutzes..... | 171 |
| II. Integration der zeitlichen Neuausrichtung in das Regelungsgefüge der Zivilprozessordnung..... | 171 |

| | |
|---|-----|
| 1. Die Arrestvorschriften – §§ 916 bis 934 ZPO | 172 |
| a) Arrestzweck, §§ 916 Abs. 1, 917, 918 ZPO | 172 |
| aa) „Zwangsvollstreckung“ verstanden als tatsächlicher Vollstreckungserfolg | 172 |
| bb) Mittelbare Sicherung des Zwangsvollstreckungserfolges | 173 |
| (1) Anwendung des persönlichen Sicherungsarrestes zur Sicherung der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung | 173 |
| (2) Die Motive des Gesetzgebers als tragfähige Begründung | 174 |
| (3) Funktionelle Verknüpfung zwischen § 918 ZPO und § 899 ZPO .. | 176 |
| (4) Gestuftes Nebeneinander der Verfahrensalternativen | 178 |
| cc) Fazit zum Arrestzweck | 179 |
| b) Arrestanspruch und Arrestgrund §§ 916, 917, 918 ZPO | 179 |
| aa) Verhältnis der §§ 917, 918 ZPO | 179 |
| bb) Arrestgrund, Rechtsschutzbedürfnis und anderweitige Sicherung | 179 |
| (1) Sicherung durch Möglichkeit zur Zwangsvollstreckung | 180 |
| (2) Die „Besonderheit“ des Arrestgrundes | 181 |
| (3) Konkurrenz der Verfahrensarten und Äquivalenz der erreichbaren Positionen | 183 |
| c) Arrestgericht, §§ 919, 943 ZPO | 184 |
| aa) Anhängigkeit der Hauptsache | 184 |
| bb) Hauptsachegericht und außergerichtlicher Titel | 187 |
| cc) Hauptsachegericht und Schiedsspruch | 187 |
| d) Notwendiger Inhalt des Arrestgesuchs | 187 |
| aa) Darlegung und Glaubhaftmachung von Arrestanspruch und Arrestgrund | 188 |
| bb) Darlegung und Glaubhaftmachung des allgemeinen Rechts- schutzinteresses | 188 |
| (1) Vortrag zum allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis als formelle Voraussetzung | 188 |
| (2) Sonstige prozessuale Notwendigkeit der Darlegung eines allgemeinen Rechtsschutzinteresses | 189 |
| e) Gerichtliche Prüfung des Arrestgesuchs und Modalitäten der Arrestverhängung | 190 |
| aa) Bindungswirkung des vorliegenden Titels | 190 |
| (1) Titel mit materieller Rechtskraft | 190 |
| (2) Bindung an materiell nicht rechtskräftige Titel | 191 |
| bb) Arrestanordnung und Arrestvollziehung gegen Sicherheitsleistung... 194 | |
| (1) Sicherheitsleistung bei materiell rechtskräftiger Titulierung des Anspruchs | 194 |
| (a) Sicherheitsleistung als Ersatz fehlender Glaubhaftmachung | 194 |
| (b) Sicherheitsleistung trotz Glaubhaftmachung | 198 |
| (2) Sicherheitsleistung bei Vorliegen sonstiger Schuldtitel | 199 |
| cc) Maß der Glaubhaftmachung des Arrestgrundes bei vorliegendem Titel | 200 |
| dd) Die Abwendungsbefugnis des Schuldners nach § 923 ZPO | 201 |
| ee) Zusammenfassung | 201 |
| f) Widerspruch und Berufung gegen die Arrestanordnung | 202 |
| g) Anordnung der Klageerhebung nach § 926 Abs. 1 ZPO | 202 |
| h) Aufhebung des Arrestbefehls gemäß § 927 Abs. 1 ZPO | 203 |
| i) Die Vollziehung des Arrestes | 204 |
| aa) Umfang der Verweisung in § 928 ZPO | 204 |
| (1) Beschränkung wegen des Arrestzweckes | 205 |

| | |
|---|-----|
| (2) Statthaftigkeit der Vorpfändung auf Grund eines Arrestbefehls ... | 208 |
| (3) Vorratspfändung gemäß § 850d Abs. 3 ZPO..... | 211 |
| (4) Zusammenfassung | 212 |
| bb) Übergang des Arrestpfandrechts in ein Vollstreckungspfandrecht | 212 |
| j) Fazit zur konzeptionellen Neuausrichtung der Regelungen über den Arrest | 215 |
| 2. Die einstweiligen Verfügungen – §§ 935 bis 942 ZPO..... | 216 |
| a) Anwendungsbereich einstweiliger Verfügungen..... | 216 |
| aa) Meinungsspektrum zu den Verfügungsarten | 217 |
| bb) Entwicklungsgeschichtliches Trennungsdogma..... | 219 |
| cc) Der Zusammenhang von Regelung und Sicherung | 221 |
| (1) Die Unselbständigkeit des „Regelungszweckes“..... | 221 |
| (2) Das Objekt der Sicherung (im weiteren Sinne) | 222 |
| (a) Bezugspunkt der Sicherung bei § 935 ZPO..... | 222 |
| (b) Sicherungsobjekt bei § 940 ZPO..... | 222 |
| (c) Einheitlicher Sicherungsgedanke..... | 223 |
| dd) Die „Ergänzungsfunktion“ des § 940 ZPO | 225 |
| (1) Der Wortlaut der §§ 935, 940 ZPO im Vergleich..... | 225 |
| (2) Umfang der erfassten Gefährdungsrichtungen | 227 |
| (3) Mögliche Maßnahmenrichtungen | 227 |
| ee) § 935 ZPO als Spezialregelung zu § 940 ZPO | 229 |
| ff) Auswirkungen auf das Verhältnis von Arrest und einstweiliger Verfügung..... | 229 |
| gg) „Streitiges“ Rechtsverhältnis nach Hauptsachetitulierung | 230 |
| hh) „Streitgegenstand“ i.S.d. § 935 ZPO | 231 |
| ii) Keine mittelbare Sicherung durch einstweilige Verfügung..... | 232 |
| (1) Mittelbare Sicherung durch einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO | 233 |
| (2) Mittelbare Sicherung durch einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO | 233 |
| (3) Die Leistungs-/Befriedigungsverfügung – kein Sonderfall..... | 233 |
| jj) Zusammenfassung zum Anwendungsbereich einstweiliger Verfügungen | 234 |
| b) Rechtsverhältnis und Verfügungsanspruch..... | 234 |
| c) Verfügungsgründe gemäß den §§ 935, 940 ZPO..... | 235 |
| d) Besonderheiten in der Erlassphase | 235 |
| aa) Zuständiges Gericht | 235 |
| bb) Gesuch, Prüfungsumfang und Erlass der einstweiligen Verfügung ... | 236 |
| e) Rechtsbehelfe und Vollziehung..... | 237 |
| aa) Einstweiligkeit des Vollziehungserfolges | 238 |
| (1) Einstweiligkeit des erreichten tatsächlichen Zustandes | 238 |
| (2) Positive Hauptsacheentscheidung und Erfüllungseintritt in der Hauptsache | 240 |
| (3) Der Zeitpunkt des Erfüllungseintritts in der Hauptsache | 240 |
| (4) Schuldnerschutz gegen doppelte Vollstreckung | 241 |
| bb) Erfüllungswirkung der Vollziehung nach Titulierung der Hauptsache | 241 |
| f) Zusammenfassung zur Neuausrichtung der Normen der §§ 935 ff. ZPO... | 242 |
| 3. Vorläufige Vollstreckbarkeit und einstweiliger Rechtsschutz..... | 242 |
| a) Strukturelle Zuordnung und verfahrensmäßige Bedeutung der vorläufigen Vollstreckbarkeit | 243 |
| b) Verdrängungswirkung der vorläufigen Vollstreckbarkeit | 243 |

| | |
|--|-----|
| c) Überschneidungen mit den §§ 710, 712 ZPO..... | 244 |
| d) Berücksichtigung einer anderweitig erbrachten Sicherheitsleistung | 245 |
| e) Bedeutung des § 720a ZPO..... | 247 |
| f) Zusammenfassung | 248 |
| III. Gesamtschau zu den Grundlagen vollstreckungsbegleitenden Eilrechtsschutzes | 248 |
| § 5 Einzelfragen der vollstreckungsbegleitenden Anwendung einstweiligen Rechtsschutzes..... | 251 |
| I. Anwendung in der Phase bis zur Vornahme des Voll- streckungsaktes..... | 251 |
| 1. Die Schaffung der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen | 251 |
| a) Das Erfordernis mehrerer Vollstreckungstitel..... | 251 |
| b) Erteilung der Vollstreckungsklausel und Zustellungserfordernisse | 254 |
| 2. Schaffung der besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen..... | 254 |
| 3. Sicherung mittels einstweiligen Rechtsschutzes bei Verzögerungen durch Informationsdefizite und die Kostenerstattungspraxis..... | 256 |
| 4. Einstweiliger Rechtsschutz nach Vorliegen der Vollstreckungs- voraussetzungen in der Hauptsache..... | 256 |
| a) Einstweiliger Rechtsschutz und Darlegung der Dringlichkeit gegenüber dem Gerichtsvollzieher | 256 |
| b) Verdrängung des dinglichen Arrestes durch die Vorphändung | 257 |
| c) Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung und Notwendigkeit einstweiligen Rechtsschutzes..... | 258 |
| d) Zwangsvollstreckung zur Erwirkung einer Handlung, Duldung oder Unterlassung | 258 |
| 5. Eilrechtsschutz bei Verfahrensverzögerungen durch zusätzliche Vollstreckungsvoraussetzungen und Hilfsvollstreckungsmaßnahmen | 259 |
| a) Richterliche Anordnungen gemäß § 758a Abs. 1 und 4 ZPO | 259 |
| b) Besonderheiten bei der Forderungspfändung..... | 261 |
| aa) Einstweiliger Rechtsschutz bei Notwendigkeit von Hilfsvoll- streckungsmaßnahmen nach § 830 Abs. 1 ZPO..... | 261 |
| bb) Einstweiliger Rechtsschutz und § 850b Abs. 2 ZPO | 261 |
| cc) Einstweiliger Rechtsschutz auf Herausgabe von Urkunden | 263 |
| c) Einstweiliger Rechtsschutz und sonstige Hilfsvollstreckungs- maßnahmen..... | 264 |
| II. Einstweiliger Rechtsschutz während der Dauer von Rechtsmittel- und Rechtsbehelfsverfahren in der Hauptsache | 264 |
| III. Einstweiliger Rechtsschutz und Verfahren gegen Drittschuldner .. | 266 |
| 2. Teil – England und Wales | 267 |
| § 6 Zwangsvollstreckung aus zivilgerichtlichen Entscheidungen in England und Wales | 268 |
| I. Rechtsquellen und Vollstreckungsorgane..... | 269 |
| 1. Rechtsquellen des englischen Zwangsvollstreckungsrechts..... | 269 |
| 2. Vollstreckungsorgane | 271 |
| II. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen..... | 274 |
| 1. Vollstreckbare Entscheidung und Vollstreckungsantrag..... | 274 |

| | |
|---|-----|
| 2. Keine (vollstreckbare) Ausfertigung der Entscheidung | 275 |
| 3. Keine Zustellung der zu vollstreckenden Entscheidung | 277 |
| 4. Allgemeine Leistungsfrist und Aufforderung zur Leistung | 278 |
| 5. Erfordernis einer gesonderten Vollstreckungserlaubnis..... | 278 |
| III. Die Vollstreckungsverfahren im Einzelnen | 282 |
| 1. Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in das Vermögen des Schuldners | 283 |
| a) Writ of execution against goods/of fieri facias und warrant of execution . | 283 |
| aa) Sachliche Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts | 284 |
| bb) Örtliche Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts | 285 |
| cc) Der Vollstreckungsantrag..... | 285 |
| dd) Erlass der Vollstreckungsverfügung..... | 287 |
| ee) Ausführung der Vollstreckungsverfügung | 288 |
| (1) Pfändung der Gegenstände beim Schuldner | 288 |
| (2) Verwertung der Pfandgegenstände | 291 |
| ff) Dauer und Ertrag der Mobiliarzwangsvollstreckung | 292 |
| b) Third party debt order | 294 |
| aa) Vollstreckungsgegenstand..... | 294 |
| bb) Internationale Zuständigkeit der englischen Gerichte | 295 |
| cc) Zuständiges Vollstreckungsgericht..... | 295 |
| dd) Einleitung des Verfahrens durch den Vollstreckungsantrag | 296 |
| ee) Interim third party debt order..... | 296 |
| ff) Verfahrensfortgang nach Zustellung an den Drittschuldner | 297 |
| gg) Rechtstatsächliche Bedeutung der Forderungspfändung | 299 |
| c) Attachment of earnings order..... | 300 |
| aa) Vollstreckungsgegenstand und Vollstreckungsforum | 300 |
| bb) Verfahrensablauf..... | 300 |
| cc) Wirkungen des Lohnpfändungsbeschlusses | 302 |
| dd) Rechtstatsächliches zur Lohnpfändung | 303 |
| d) Charging order | 304 |
| aa) Anwendungsbereich des Verfahrens und zuständiges Gericht | 304 |
| bb) Vollstreckungsantrag..... | 305 |
| cc) Interim charging order, hearing und final charging order | 305 |
| dd) Durchsetzung des Pfändungspfandrechts..... | 307 |
| ee) Rechtstatsächliche Erkenntnisse zur charging order..... | 308 |
| ff) Stop order und stop notice | 308 |
| e) Receivership by way of equitable execution..... | 309 |
| f) Anhörung des Schuldners über seine Vermögensverhältnisse..... | 311 |
| g) Zusammenfassung zu den Geldvollstreckungsarten in England und Wales..... | 312 |
| 2. Mittel der Herausgabezwangsvollstreckung..... | 314 |
| a) Die Räumungsvollstreckung – writ of possession/warrant of possession.. | 314 |
| b) Herausgabe beweglicher Sachen – writ of delivery/warrant of delivery ... | 317 |
| 3. Erzwingung vertretbarer Handlungen – die Ersatzvornahme | 319 |
| 4. Indirekte Vollstreckungsmittel | 319 |
| a) Contempt of court als Voraussetzung..... | 320 |
| b) Writ of sequestration | 322 |
| c) Committal | 323 |
| 5. Rechtsbehelfsverfahren und Einwendungen Dritter gegen die Zwangsvollstreckung..... | 325 |
| a) Rechtsbehelfe des Schuldners | 325 |

| | |
|--|------------|
| aa) Rechtsmittel gegen Titel und gegen Beschlüsse im Vollstreckungsverfahren..... | 326 |
| bb) Application to set aside or vary judgment or order..... | 327 |
| cc) Claim to set aside a judgment or order | 328 |
| dd) Statthafte Rechtsbehelfe am High Court und an den County Courts.. | 329 |
| (1) Interpleader | 329 |
| (2) Hardship payment order..... | 329 |
| (3) Aufhebung oder Änderung einer charging order | 330 |
| (4) Entlassung aus der Zwangshaft | 330 |
| ee) Ausschließliche Rechtsbehelfe gegen die Zwangsvollstreckung am High Court | 330 |
| (1) Einstellung jeglicher Zwangsvollstreckung | 330 |
| (2) Stay of execution in der Mobiliarpfändung am High Court | 331 |
| ff) Rechtsbehelfe in Vollstreckungsverfahren an den County Courts | 332 |
| (1) Stay/suspension of execution | 332 |
| (2) Variation of payment | 333 |
| (3) Administration order, consolidated attachment of earnings order. | 333 |
| gg) Klage auf Schadenersatz wegen unberechtigter Zwangs- vollstreckung | 334 |
| b) Einwendungen Dritter | 334 |
| aa) Abänderungsantrag des Dritten an das Ausgangsgericht | 334 |
| bb) Interpleader..... | 335 |
| cc) Aufhebung oder Änderung einer charging order..... | 336 |
| dd) Consolidated attachments of earnings order | 336 |
| IV. Zusammenfassung zur Zwangsvollstreckung | |
| in England und Wales | 336 |
| 1. Verfahrensherrschaft und Verfahrensleitung..... | 337 |
| 2. Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts..... | 337 |
| 3. Verfahrensablauf | 338 |
| 4. Vollstreckungsgegenstände..... | 338 |
| 5. Vollstreckungsvoraussetzungen und Vollstreckungsablauf | 339 |
| 6. Verzögerungspotential, Informationsdefizite und Ertrag in der Zwangsvollstreckung..... | 340 |
| 7. Verfahrensimmanente Sicherungs- und Beschleunigungsoptionen | 341 |
| V. Die Zwangsvollstreckung im Vergleich zwischen England/Wales und Deutschland | 342 |
| 1. Verfahrensstrukturbedingte Verzögerungen..... | 342 |
| a) Durchführung der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher | 343 |
| b) Vollstreckungsbeschlüsse des Gerichts..... | 345 |
| aa) Forderungspfändung /third party debt order..... | 345 |
| bb) Lohnpfändung – attachment of earnings..... | 347 |
| cc) Zwangsvollstreckung in Immobilien, bestimmte Wertpapiere und gerichtlich hinterlegtes Geld..... | 347 |
| dd) Erzwingung von Handlungen und Unterlassungen..... | 348 |
| 2. Beibringung der Vollstreckungsvoraussetzungen..... | 349 |
| a) Notwendigkeit der Existenz eines Vollstreckungstitels..... | 349 |
| b) Zustellung des Titels | 350 |
| c) Vollstreckbare Ausfertigung des Urteils..... | 350 |
| d) Leistungsfrist und Leistungsaufforderung | 350 |
| 3. Informationsdefizite und Verzögerungspotential | 351 |
| 4. Verzögerung bei der Vornahme der Vollstreckungshandlung..... | 351 |

| | |
|---|-----|
| 5. Verfahrensverzögerungen durch Rechtsbehelfsverfahren..... | 352 |
| § 7 Vollstreckungsbegleitender einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsachen in England und Wales..... | 354 |
| I. Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes in England und Wales..... | 354 |
| 1. Interim injunctions..... | 355 |
| a) Funktion der interim injunctions..... | 355 |
| b) Befugnis zum Erlass einstweiliger Verfügungen..... | 356 |
| c) Bedeutung der Maxims of Equity..... | 357 |
| d) Voraussetzungen des Erlasses einer interim prohibitory injunction..... | 358 |
| e) Abweichende Anforderungen an den Erlass von interim mandatory injunctions..... | 361 |
| f) Das Erlassverfahren..... | 361 |
| aa) Der Regelfall des kontradiktorischen Verfahrens..... | 361 |
| bb) Das einseitige Erlassverfahren (without notice application)..... | 363 |
| g) Zwangsvollstreckung aus einer interim injunction..... | 365 |
| 2. Die Sonderfälle der freezing injunction und der search order..... | 365 |
| a) Funktionsunterschiede zur allgemeinen interim injunction?..... | 366 |
| b) Freezing injunction..... | 366 |
| c) Search order..... | 371 |
| d) Ergänzende Offenbarungsverfügung – disclosure order..... | 373 |
| 3. Sonstige Sicherungsmittel..... | 374 |
| a) Der dingliche Arrest am Admiralty Court..... | 374 |
| b) Sicherung von Eigentums- und Inhaberrechten..... | 375 |
| c) Sicherung durch vorläufige Zwangsverwaltung..... | 375 |
| d) Besondere und allgemeine disclosure orders..... | 376 |
| e) Vorladung zum gerichtlichen Kreuzverhör..... | 377 |
| f) Beschränkungen der Freizügigkeit..... | 378 |
| 4. Vorläufige Zahlungsanordnungen..... | 378 |
| II. Vollstreckungsbegleitender einstweiliger Rechtsschutz..... | 379 |
| 1. Entwicklungslinien in der vollstreckungsbegleitenden Sicherung..... | 379 |
| a) Handhabung unter dem Supreme Court of Judicature Act 1873..... | 380 |
| aa) Die Regelung in Supreme Court of Judicature Act 1873, s. 25 (8)..... | 380 |
| bb) Zwangsverwaltung als Sicherungsmittel..... | 381 |
| (1) Sicherung des Vollstreckungserfolges durch Zwangsverwaltung.. | 381 |
| (2) Vermengung von Sicherungs- und Rechtsdurchsetzungsaspekten | 382 |
| (3) Zwangsverwaltung als Vollstreckungersatz..... | 383 |
| cc) Vollstreckungsbegleitende einstweilige Verfügungen..... | 387 |
| dd) Fazit zur Entwicklung unter Supreme Court of Judicature Act 1873. | 388 |
| b) Entwicklungsstillstand in den ersten drei Quartalen des 20. Jahrhunderts. | 389 |
| c) Wiederbelebung unter dem Einfluss der Mareva injunction..... | 390 |
| aa) Aufrechterhaltung von Mareva injunctions nach Urteilserlass..... | 390 |
| bb) Sicherungsverfügung bei unvollständigem Titel..... | 391 |
| cc) Erlass einer Mareva injunction bei Vorliegen eines vollständigen Titels..... | 392 |
| dd) Anton Piller order in aid of execution..... | 394 |
| ee) Disclosure orders in aid of execution..... | 395 |
| ff) Beschränkung der Freizügigkeit des Schuldners nach Urteilserlass.... | 396 |
| gg) Sicherung durch Zwangsverwaltung..... | 397 |
| hh) Zusammenfassung..... | 398 |

| | |
|--|-----|
| d) Anwendungsfälle unter Geltung der Civil Procedure Rules | 400 |
| e) Zusammenfassung | 401 |
| 2. Zusammenfassung zu Grundlagen und Voraussetzungen des einstweiligen Rechtsschutzes in der Nachtitulierungsphase | 402 |
| a) Zeitlich-funktionale Ausrichtung des einstweiligen Rechtsschutzes | 402 |
| b) Voraussetzungen | 404 |
| c) Erlassverfahren | 405 |
| d) Konkurrenz zwischen Eilrechtsschutz und anderen Rechtsbehelfen | 406 |
| § 8 Vergleichende Betrachtung zur vollstreckungsbegleitenden Anwendung einstweiligen Rechtsschutzes in England/Wales und Deutschland | 408 |
| I. Konzeptvergleich | 408 |
| 1. Zeitliche Konditionierung einstweiligen Rechtsschutzes | 408 |
| 2. Der Gegenstand der Sicherung durch einstweiligen Rechtsschutz | 410 |
| 3. Spektrum vollstreckungsbegleitender Eilrechtsschutzmaßnahmen | 410 |
| a) Unmittelbare vollstreckungsbegleitende Sicherungsmittel | 411 |
| b) Geldleistungsverfügung in der Nachtitulierungsphase | 411 |
| c) Sonstige Hilfsanordnungen | 413 |
| 4. Erlassvoraussetzungen in der Nachtitulierungsphase | 413 |
| 5. Vollzug und Reichweite von Maßnahmen des vollstreckungsbegleitenden Eilrechtsschutzes | 414 |
| 6. Überschneidungen des einstweiligen Rechtsschutzes mit dem Vollstreckungsverfahren aus der Hauptsache | 415 |
| II. Einzelbetrachtungen zur vollstreckungsbegleitenden Anwendung des allgemeinen einstweiligen Rechtsschutzes | 416 |
| 1. Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in der Hauptsache und einstweiliger Rechtsschutz | 416 |
| 2. Mobiliarpfändung | 417 |
| 3. Forderungspfändung | 419 |
| 4. Lohnpfändung | 420 |
| 5. Zwangsvollstreckung in Immobilien bzw. Immobiliargüterrechte | 421 |
| 6. Herausgabevollstreckung | 421 |
| 7. Erwirken von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen | 422 |
| III. Zusammenfassung zur rechtsvergleichenden Analyse der vollstreckungsbegleitenden Sicherungsmöglichkeiten | 423 |
| Zusammenfassung | 425 |
| § 9 Zusammenfassende Schlussbetrachtung | 426 |
| Literaturverzeichnis | 429 |
| Verzeichnis ausländischer Entscheidungen | 445 |
| Sachregister | 453 |

Einleitung

§ 1 Einführung in die Themenstellung

I. Denkansatz der vorliegenden Untersuchung

Geregelt in lediglich 31 Paragrafen, der ZPO haben die Verfahren des Arrestes (§§ 916 ff. ZPO) und der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) wissenschaftliche Diskussionen zu einer Fülle von Einzelproblemen ausgelöst, deren Gesamtumfang heute nicht mehr zu überblicken ist.¹ Im Mittelpunkt der neueren deutschen und deutschsprachigen Arbeiten standen dabei, ganz im Zeichen der transnationalen und hier vor allem der europäischen Prozessrechtsvereinheitlichungsbestrebungen,² rechtsvergleichende Aspekte.³ Die Schaffung länderübergreifender universeller Grundprinzipien gerade auch für den Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes haben gleich mehrere Vereinigungen auf ihre Agenda gesetzt.⁴

Doch nicht nur dieser Bereich, sondern auch das Zwangsvollstreckungsrecht ist vermehrt in das Blickfeld rechtswissenschaftlicher Arbeiten gerückt worden⁵ und es sind Bestrebungen zu erkennen, die auf eine Angleichung⁶ der unterschiedlichen nationalen Systeme abzielen⁷.

¹ S. dazu *Walker*, Einstweiliger Rechtsschutz, Rn. 7 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

² Vgl. die prosaische, aber zutreffende Feststellung von *Andrews*, English Civil Procedure, ch. 43, para. 43.12: „Whether one stands in Rome, Brussels, or Philadelphia, the wind of procedural harmonization or approximation stirs the air. Within the Member States of the European legal order, the wind is already gusting. Elsewhere it is a gentle breeze.“

³ *Albrecht*, Das EuGVÜ und der einstweilige Rechtsschutz in England und in der Bundesrepublik Deutschland; *Eilers*, Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr; *Grunert*, Die „world-wide“ Mareva Injunction; *Heiss*, Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Zivilrechtsverkehr; *Knothe*, Einstweiliger Rechtsschutz im spanischen und deutschen Zivilprozess; *Kofmel Ehrenzeller*, Der vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis; *Morbach*, Einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsachen; *Mossler*, Beschleunigter Rechtsschutz für Zahlungsgläubiger in Europa. *Ebke*, FS Großfeld, S. 189 (214) prophezeit sicher nicht zu Unrecht, dass das kommende Jahrhundert das der Rechtsvergleichung werden wird.

⁴ Nachweise bei *Kramer*, Harmonisation, in: Procedural Laws in Europe, S. 308 ff.; kurzer deutschsprachiger Überblick bei *Hartwig/Grunert*, ZIP 2000, 721 (723 ff.).

⁵ Beispielhaft seien hier vor allem genannt *Kennett*, Enforcement of Judgments in Europe; *Kerameus*, GS Lüderitz, S. 385 ff. und *ders.* Tul.L.Rev. 73 (1999), 1347 ff.; *Stür-*

Neben diesen Ambitionen in der Prozessrechtswissenschaft verfolgt die Europäische Union bekanntermaßen ebenfalls ihre, bisher eher pragmatischen,⁸ Bemühungen hinsichtlich der Abstimmung der Prozessrechte der Mitgliedsstaaten weiter. Neben der umfassenden Abschaffung des Exequaturverfahrens⁹ sind weitere flankierende Maßnahmen¹⁰ geplant, durch wel-

ner, FS Nakamura, S. 599 ff. und *ders.* FS Henckel, S. 863 ff.; *Treibmann*, Vollstreckung von Handlungen und Unterlassungen; *Remien*, Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld.

⁶ Es wird bewusst eine allgemeine Formulierung als Umschreibung gewählt. Ein prozeduraler Charakter des Begriffs ist nicht intendiert.

⁷ Auch an dieser Stelle mag ein kurzer Hinweis auf die beiden Gegenpole im Meinungsspektrum genügen, zum einen *Prévault*, FS Deutsch, S. 987 (1994) – „Vereinheitlichung der Vollstreckungsgesetzgebung“ und *Stürner*, FS Henckel, S. 863 (865) – „Vielfältigkeit der nationalen Vollstreckungssysteme, die man grundsätzlich nicht antasten sollte“ und im selben Sinn bereits in ZYP 99 (1986), 291 (297) – „Reichhaltigkeit vollstreckungsrechtlicher Lösungen in Rechtsstaaten“.

⁸ *Hoeren*, MMR 2003, 299 (300) sieht die bisherige Verfahrensweise der EU kritischer. So mutmaßt er im Zusammenhang mit dem Vorschlag einer Richtlinie über Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, dass „wieder einer der schlampigen Länderberichte der großen Unternehmensberater Pate gestanden hat.“ Inwieweit die strukturelle Änderung des Vorgehens mit der Installation einer Forschungsgruppe sowie einer ständigen Arbeitsgruppe zur Evaluation der Umsetzung des europäischen Vertragsrechts in den Mitgliedsstaaten innerhalb der Bemühungen um ein einheitliches europäisches (Verbraucher-) Vertragsrecht – s. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinsamen Besitzstandes, KOM (2004) 651 endg. vom 11.10.2004, ABl.EU C 14 vom 20.01.2005, S. 6; dazu *v.Bar/Schulte-Nölke*, ZRP 2005, 165 ff. und *Staudenmayer*, EuZW 2005, 103 ff. – in der Lage ist, neben den pragmatischen Aspekten auch dogmatische Überlegungen stärker in den Rechtsvereinheitlichungsprozess einfließen zu lassen, muss abgewartet werden.

⁹ Insoweit bereits partiell Rechtsrealität geworden in Gestalt der Verordnung (EG) Nr. 805/2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl.EU L 143 vom 30.04.2004, S. 15. Dazu *Stadler*, IPrax 2004, 2 ff. Zusammenfassend zu den europäischen Entwicklungen auf dem Gebiet des Prozessrechts in den Jahren 2003 und 2004 *Mankowski*, RIW 2004, 481 ff. und 587 ff. *Wagner, R.*, EuZW, 2006, 424 ff. verhält sich zu den Entwicklungen in den Jahren 2005/2006. Durch die geplante Einführung eines Europäischen Zahlungsbefehls – zum ursprünglichen Kommissionsvorschlag zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens KOM (2004) 173 endg. *Sujecki*, ZeuP 2006, 124 ff. und zum geänderten Vorschlag KOM (2006) 57 endg. *ders.*, EuZW 2006, 330 ff. – soll dieses Konzept eine zusätzliche Erweiterung erfahren. *Rott*, EuZW 2005, 167 (167 f.) äußert im Hinblick auf die Erosion des Verbraucherschutzes Bedenken an diesen Entwicklungen.

¹⁰ Maßnahmenprogramm des Rates vom 24.11.2000 zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, veröffentlicht ABl.EU C 12 vom 15.01.2001 S. 9 rechte Spalte; wahrscheinlich sind das die Sturmböen, von denen *Andrews*, English Civil Procedure, ch. 43, para. 43.12 spricht.

che u.a. die „prozessualen Mindeststandards“¹¹ vereinheitlicht werden sollen. Gleichzeitig werden Maßnahmen zur Erleichterung der Zwangsvollstreckungsverfahren einschließlich der Auskünfte über das Schuldnervermögen ins Auge gefasst. Sogar über eine grenzüberschreitende einheitliche Kontenpfändung wird nachgedacht.¹²

Im Sog dieser Internationalisierung rechtlicher Problemkreise treten oft Schwachstellen in nationalen Rechten zu Tage¹³ und so befand es im hier interessierenden Kontext zuletzt *Schlosser* als „einigermaßen merkwürdig“, dass im Gegensatz zu anderen nationalen Rechten und zu europarechtlichen Regelungen im deutschen Prozessrecht jedenfalls bezüglich der Mobiliarzwangsvollstreckung dem Gläubiger vor Titelerlass in der Hauptsache offenbar umfassendere überraschende Zugriffsmöglichkeiten auf das schuldnerische Vermögen durch einstweiligen Rechtsschutz zur Verfügung stehen, als dies nach der Erlangung eines Titels der Fall ist.¹⁴ Angesiedelt in einem Bereich, in dem sich das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und das der Zwangsvollstreckung überschneiden, soll die nähere, rechtsvergleichende Untersuchung dieser „Merkwürdigkeit“ Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein.

¹¹ Kritisch zur fehlenden Begriffsklarheit und fehlenden Wissenschaftlichkeit der unterschiedlichen Bemühungen *Gilles*, ZZPint 7 (2002), 1 (25) und *ders.*, FS Beys, Bd. 1, S. 430 ff. Ein transnationaler Überblick zu den derzeitigen Problemlagen und Lösungsansätzen der *comparative civil procedure* findet sich bei *Zekoll*, The Law of Procedure.

¹² So schon die EU-Kommission, Mitteilung an den Rat und das europäische Parlament: „Wege zu einer effizienten Erwirkung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen in der Europäischen Union“, ABLEU C 33 vom 31.01.1998, S. 3–17, Nr. 46; skeptisch dazu *Heß*, JZ 2001, 573 (579). Vgl. ferner den Generalbericht von *Heß*, Study No. JAI/A3/2002/02 sowie das neue Grünbuch der Kommission „Zur effizienteren Vollstreckung von Urteilen in der Europäischen Union: Vorläufige Kontenpfändung“, KOM (2006) 618 endg. vom 24.10.2006.

¹³ Paradebeispiel ist die Entwicklung der Mareva injunction (jetzt freezing injunction – CPR 25.1 (f)) in England. Diese Entwicklung beruhte auch auf dem Vergleich mit kontinentaleuropäischen Rechtssystemen s. *Nippon Yusen Kaisha v. Karagerogis* [1975] 3 All E.R. 282, CA, 283 – *Lord Denning* MR: „We know, of course, that the practice on the continent of Europe is different.“ *Rasu Maritima S.A. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina) and Government of Indonesia* [1977] 3 All E.R. 324, CA, 332 wiederum *Lord Denning* MR: „Now that we have joined the Common Market it would be appropriate that we should follow suit, at any rate in regard to defendants not within the jurisdiction. By so doing we should be fulfilling one of the requirements of the Treaty of Rome, that is the harmonisation of the laws of the member countries.“ Dazu auch aus englischer Sicht kurz *Andrews*, English Civil Procedure, ch. 17, paras. 17.16–17.18; deutschsprachig insbesondere *Walther*, Die Mareva-Injunction, S. 15 ff. und *Eilers*, Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 132; die Ab- und Wiederankopplung des englischen einstweiligen Rechtsschutzes an die kontinentaleuropäische Entwicklung fasst *Stürner*, Generalbericht, in: *Procedural Laws in Europe*, S. 143 (163 f.) zusammen.

¹⁴ *Schlosser*, RIW 2002, 809 (814).

Entsprechend der Ausrichtung der von *Schlosser* aufgeworfenen Frage liegt auch der wesentliche Schwerpunkt dieser Abhandlung auf dem nationalen deutschen Recht. Anders als bei *Schlosser* soll die Sicht dabei indes nicht auf den „bloßen“ Überraschungseffekt in der Zwangsvollstreckung beschränkt werden. Vielmehr wird allgemein von einem zivilprozessualen (Zwischen-) Stadium ausgegangen, in dem ein Gläubiger bereits einen Vollstreckungstitel gegen den/ einen Schuldner erwirkt hat.¹⁵ Als ein Beispiel für die ins Auge zu fassenden Situationen mag an dieser Stelle der – verkürzt wiedergegebene – Sachverhalt der Entscheidung des Reichsgerichts im Urteil vom 30. April 1890, Az.: V. 14/90¹⁶ dienen:

Der Arrestbeklagte hatte von Eheleuten ein Grundstück mit Wohngebäude und Druckerei erworben. Da der Kaufpreis nicht gezahlt wurde, erstritt der alleinklagende Ehemann (Arrestkläger) am 22. März 1889 ein vorläufig vollstreckbares Zahlungsurteil gegen den Arrestbeklagten. Der Arrestbeklagte veräußerte daraufhin seine Warenvorräte zu einem weit unter dem Marktwert liegenden Preis. Auf Antrag des Arrestklägers ordnete das Landgericht Leipzig am 12. April 1889 den dinglichen Arrest in das Vermögen des Arrestbeklagten an, welcher auf Widerspruch mangels Glaubhaftmachung eines Arrestgrundes aufgehoben wurde. Im Anschluss daran wurde das Zahlungsurteil in der Berufungsinanz ebenfalls aufgehoben, da dem Arrestkläger die alleinige Aktivlegitimation hinsichtlich der Kaufpreisforderung nicht zugestanden hatte.¹⁷ Auf die Berufung des Arrestklägers gegen das Arresturteil stellte das Berufungsgericht den Arrest wieder her. Die dagegen gerichtete Revision¹⁸ des Arrestbeklagten blieb erfolglos.

Der Fall zeigt exemplarisch, dass es Sachverhalte geben kann, in denen allein die Möglichkeit des Betreibens der Zwangsvollstreckung aus einem erwirkten Hauptsachetitel für den Gläubiger ohne Wert ist und dieser weiterhin einer Sicherung bedarf. Das Verhältnis von einstweiligem Rechtsschutz und Zwangsvollstreckung aus dem endgültigen Hauptsachetitel ist jedoch nur ein Beispiel aus dem Kreis denkbarer Fallgestaltungen. Darüber hinaus stellt sich etwa auch die Frage, ob die Zwangsvollstreckung aus einem Arrestbefehl oder einer einstweiligen Verfügung oder einem sonstigen vorläufigen Titel seinerseits einer ergänzenden Sicherung oder Rege-

¹⁵ Ausgenommen sind Titel, die der Vollstreckung in der Hauptsache nicht zugänglich sind – Feststellungsurteile, abweisende oder aufhebende Urteile, Gestaltungsurteile, s. Zöller/*Stöber*, ZPO²⁶, § 704 Rn. 2; a.A. hinsichtlich der Urteile gemäß §§ 767, 771 ZPO MünchKommZPO²-*Krüger*, § 704 Rn. 7, welcher die Geltendmachung der Gestaltungswirkung im Rahmen des § 775 ZPO als Vollstreckung in der Hauptsache ansieht.

¹⁶ Berichtet in JW 1890, 191 Nr. 5; die vollständige Entscheidung ist beim Entscheidungsversand des BGH abrufbar.

¹⁷ Dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen ist der genaue Aufhebungstermin hinsichtlich des Zahlungsurteils nicht zu entnehmen.

¹⁸ Die Beschränkung der Revision in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gemäß § 542 Abs. 2 ZPO (§ 545 Abs. 2 ZPO a.F.) wurde erst mit Art. III Nr. 3 des Gesetzes betreffend die Zuständigkeit des Reichsgerichts vom 22. Mai 1910, RGBl. I, S. 767 eingeführt.

lung durch Arrest oder einstweilige Verfügungen zugänglich ist. Die damit angesprochene Differenzierung in endgültige und vorläufige Titel erschöpft das Diskussionsfeld jedoch ebenfalls bei Weitem nicht. Auch Unterschiede in der Anwendung der Normen der §§ 916 ff. ZPO bei nachträglicher Anordnung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes und bei der Aufrechterhaltung derselben nach anderweitiger Titelerlangung geben Anlass zum Nachdenken.

Folgende kurze Denkanstöße mögen die damit verbundenen Probleme schlaglichtartig verdeutlichen: Die auf Grund des Arrestbefehls einmal eingetragene Sicherungshypothek sichert einem Gläubiger zwar zunächst weiterhin den Rang (§ 879 BGB), wenn der Schuldner jedoch allein wegen des Umstandes der Entscheidung in der Hauptsache eine Aufhebung des Arrestes erreichen könnte (§ 927 ZPO), würde diese Sicherungshypothek zur Eigentümergrundschuld nach § 868 ZPO und der Gläubiger verliert seine gesicherte Position.

Die Situation des Gläubigers stellt sich kaum besser dar im Fall der Arrestvollziehung durch Pfändung in bewegliches Vermögen. Eine nochmalige Pfändung ist insoweit nach allgemeiner Meinung entbehrlich, denn ein bestehendes Arrestpfandrecht an den gepfändeten Sachen oder Forderungen wandelt sich in ein Vollstreckungspfandrecht.¹⁹ Umstritten ist aber schon der Zeitpunkt, in dem das Arrestpfandrecht zum Vollstreckungspfandrecht erstarken soll.²⁰ Sollte über § 927 ZPO die Aufhebung des Arrestes tatsächlich nur wegen des bloßen Vorliegens eines Hauptsachetitels möglich sein, würde unter Umständen ein Rangverlust für den Gläubiger in einem Moment eintreten, der seine Position eigentlich stärken sollte.

Deckt eine Leistungsverfügung nur den Zeitraum bis zum Erlass eines (endgültigen) Leistungstitels? Wie gestaltet sich die Rechtslage bei der nachträglichen Sicherung von nicht auf Geld gerichteten Individualansprüchen? Was kann ein Gläubiger unternehmen, der „nur“ einen außergerichtlichen Titel sein Eigen nennt – soll auch hier tatsächlich das Erwirken dieses außergerichtlichen Titels entscheidend sein für die Verweigerung einstweiligen Rechtsschutzes?

Problematisch scheinen ebenfalls die Fälle zu sein, in denen erst nach Durchführung des Rechtsstreites überhaupt ein Teil des zu vollstreckenden Anspruchs besteht. Angesprochen ist damit z.B. die Kostengrundscheidung in den vollstreckbaren Urteilen. Hier erfolgt die Zwangsvollstreckung

¹⁹ Allgemeine Ansicht s. RGZ 121, 349 (351 f.); BGHZ 118, 151 (165); Stein/Jonas-Grunsky, ZPO²², § 930 Rn. 11 – zur Sicherungsfunktion tritt die Verwertungsfunktion.

²⁰ Stein/Jonas-Grunsky, ZPO²², § 930 Rn. 11 – mit dem Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen; dagegen Münzel, NJW 1958, 1615 (1616 f.) – ab Erlass des vollstreckbaren Titels.

ckung allein auf der Grundlage des Kostenfestsetzungsbeschlusses,²¹ d.h. solange das Festsetzungsverfahren nach den §§ 103 ff. ZPO noch nicht durchgeführt ist, liegt diesbezüglich überhaupt kein vollstreckbarer Titel vor. Ist es aber richtig, dass ein Kläger zwar bezüglich der noch beizutreibenden Kosten Sicherung im einstweiligen Rechtsschutz erlangen kann, hinsichtlich der Hauptsache dagegen nicht?

Sind die gerade gestellten Fragen grundlos, weil das Zwangsvollstreckungsrecht selbst ausreichende Möglichkeiten eines schnellen oder sichernden Zugriffs bereithält²² oder ist ein vollstreckungsbegleitender einstweiliger Rechtsschutz gar in Ansehung anderer Vorgehensmöglichkeiten ausgeschlossen? Wird der Gläubiger durch die parallele Anwendung von Vollstreckung aus dem bestehenden Titel und der Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung nicht über Gebühr bevorzugt und umgekehrt der Schuldner übermäßig benachteiligt?

Diese vagen Überlegungen bieten genügend Anlass, einem einheitlichen Konzept der Anwendung des einstweiligen Rechtsschutzes in Ergänzung zu einem schon vorliegenden Titel im deutschen Zivilprozessrecht nachzuspüren.

II. Umfang und Gang der Untersuchung

Bei diesem Themenzuschnitt sind zunächst Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vor anderen als den Zivilgerichten nicht vom Umfang der Untersuchung erfasst. Da sich die Arbeit zudem bewusst auf das Erforschen der Grundlagen nationaler Konzepte des zivilprozessualen Eilrechtsschutzes konzentriert, bleiben auch die Besonderheiten, die zwangsläufig mit einer grenzüberschreitenden Zwangsvollstreckung einhergehen, außer Betracht.²³

Als „vollstreckungsbegleitend“ im Sinn der gewählten Leitthese wird im Übrigen in zeitlicher Hinsicht die gesamte Nachphase im Anschluss an den Erlass eines zu vollstreckenden Titels betrachtet. Die Berechtigung der gewählten Arbeitsthese mit ihrem wörtlich interpretiert eher beschränkteren Inhalt²⁴ ergibt sich auch daraus, dass insbesondere die Fallgestaltungen

²¹ Vgl. statt aller Zöller/Stöber, ZPO²⁶, § 794 Rn. 18.

²² S. dazu Wach, Vorträge², S. 331: „Blitzschnell kann die Vollstreckung über ihn [den Schuldner – Anm.d.Verf.] hineinbrechen.“

²³ Zu Art. 47 EuGVVO in rechtsvergleichender Sicht zuletzt Mauch, Die Sicherungsvollstreckung.

²⁴ Die Zwangsvollstreckung beginnt nach überwiegender Ansicht mit der ersten gegen den Schuldner gerichteten Handlung des Vollstreckungsorgans – Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht⁷, Rn. 1189; Stein/Jonas-Münzberg, ZPO²², Vor § 704 Rn. 110 ff. mit Nachweisen zu den Gegenansichten.

Probleme aufwerfen, in denen der Gläubiger bereits die Vollstreckung aus dem Titel betreiben könnte – also die Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen – oder die Vollstreckung sogar bereits in Angriff genommen hat. Vornehmlicher Grund für die getätigte Wahl des Titels ist daher nicht eine möglichst genaue Umschreibung des zeitlichen Anwendungsbereiches, sondern die Statuierung eines einprägsamen Begriffs. „Begleitend“ ist so vor allem, aber nicht nur, als „unterstützend“ zu verstehen – eine Anleihe aus dem englischen Zivilprozessrecht²⁵.

Mit dieser Begrenzung auf die Nachtitulierungsphase steht gleichzeitig fest, dass mit Blick auf die deutsche Zivilprozessordnung einstweilige Anordnungen gemäß den §§ 620, 621g, 644 ZPO als in Erwägung zu ziehende Maßnahmen vollstreckungsbegleitenden einstweiligen Rechtsschutzes keine Rolle spielen können, denn diese setzen zwingend ein anhängiges Hauptsacheerkenntnisverfahren voraus (§§ 620a Abs. 2 S. 1, 621g S. 1, 644 S. 1 ZPO).²⁶ Die neu vorgeschlagene vorläufige Zahlungsanordnung nach § 302a ZPO (E)²⁷ ist in Erlass und Bestand ausdrücklich an das Erkenntnisverfahren in der Hauptsache gekoppelt und kann dementsprechend gleichfalls nicht als zu untersuchende Maßnahme berücksichtigt werden. Die Darstellung beschränkt sich aus deutscher Sicht also auf den allgemeinen zivilprozessualen einstweiligen Rechtsschutz, d.h. auf den Arrest und die einstweilige Verfügung gemäß den §§ 916 ff. ZPO.

Der Gang der Untersuchung zum deutschen Recht (§§ 2–5) wird sich dabei im Wesentlichen an vier Grundüberlegungen orientieren: Zunächst wird die Komplexität und die Dauer des deutschen Zwangsvollstreckungsverfahrens vorab skizziert, um den notwendigen Hintergrund der diskutierten und eventuell zu diskutierenden Fallgestaltungen aufzuzeigen (§ 2). Im Anschluss daran werden der bisherige Diskussionsstand in Rechtsprechung und Lehre (§ 3) und nachfolgend die dogmatischen Grundlagen eines Eilrechtsschutzes nach Titelerlass (§ 4) erarbeitet. Abschließend soll anhand von Einzelproblemen geklärt werden, ob der einstweilige Rechtsschutz neben der Schaffung der Vollstreckungsvoraussetzungen und dem Betreiben der Zwangsvollstreckung jeweils als Sicherungsinstrument für den Gläubiger in Frage kommen kann (§ 5).

Die Ergebnisse dieser Untersuchung werden im Anschluss dem Konzept des zivilprozessualen vollstreckungsbegleitenden einstweiligen Rechtsschutzes in England und Wales gegenübergestellt (§§ 6–8). Anders als in

²⁵ Dazu die Formulierung von *Robert Goff J.* im Fall *Stewart Chartering v. C. & O. Managements S.A.* (The ‚Venus Destiny‘) [1980] 1 W.L.R. 460, Q.B.D. (Comm) – „in aid of execution“.

²⁶ Zum System des einstweiligen Rechtsschutzes in Familien- und Unterhaltssachen zuletzt kritisch *Gaul*, FamRZ 2003, 1137 (1150 ff.).

²⁷ Zu den Gesetzesmotiven s. BT-Drucks. 16/511, S. 13.

klassisch aufgebauten rechtsvergleichenden Arbeiten, die mit einzelnen Länderberichten beginnen, um anschließend – als Kern der Arbeit – aus dem Vergleich Folgerungen und Wertungen für die jeweiligen nationalen Rechte abzuleiten,²⁸ ist die Gewichtung in dem vorliegenden Werk anders verteilt. Die Änderung in der Schwerpunktsetzung ist dabei nicht etwa einer übertriebenen nationalen Verbundenheit zum deutschen oder gar einer Unhöflichkeit gegenüber dem englisch-walisischen Recht geschuldet, sondern erfolgt, weil sich schon die autonome Darstellung zum deutschen Recht nicht auf einen deskriptiven Länderbericht beschränkt.

Der Blick auf das englisch-walisische Zivilprozessrecht ist im vorliegenden Kontext dabei nicht nur deshalb für eine Rechtsvergleichung interessant, weil dieses bereits bei der Wahl des Arbeitstitels Pate gestanden hat, sondern vor allem, weil die *Civil Procedure Rules (CPR)*²⁹ – anders als die deutsche Zivilprozessordnung – in CPR 25.2 (1) (b) ausdrücklich die Anordnung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nach Urteilerlass vorsehen. Inwieweit dieser klaren legislativen Feststellung auch in der Umsetzung Beachtung geschenkt wird und welche einzelnen Anwendungsbereiche sich der einstweilige Rechtsschutz *after judgment* in England und Wales bisher erschlossen (oder nicht erschlossen) hat, scheint einer näheren vergleichenden Betrachtung daher würdig. Analog dem Gang der Darstellung zum deutschen Recht wird hierfür zunächst ein Überblick über die Verzögerungspotentiale und Beschleunigungsmöglichkeiten im englisch-walisischen Zwangsvollstreckungsrecht gegeben (§ 6), bevor der einstweilige Rechtsschutz in dem Mittelpunkt der Betrachtung rückt (§ 7) und die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Rechtssysteme zusammenfassend dargestellt werden (§ 8).

Aus dem notwendigen Umfang der jeweiligen Einzeldarstellung zu Zwangsvollstreckungsrecht und einstweiligem Rechtsschutz ergibt sich auch die Beschränkung der rechtsvergleichenden „Umschau“ auf (nur) zwei Länderrechte. Die Einbeziehung weiterer Rechtskreise würde den Zuschnitt dieser Arbeit derart ausweiten, dass ein Ertrag in der Masse der Darstellungen unterzugehen droht.

²⁸ Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung³, S. 42.

²⁹ SI 1998/3132; erlassen auf Grund des Civil Procedure Act 1997, in Kraft seit dem 26.04.1999, derzeit in der 42. Fassung; vollständig online einzusehen beim *Department for Constitutional Affairs*, http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/rules.htm. Zum Echo der englischen Reformen in der deutschen Prozessrechtswissenschaft s. Stürner, ZVgIRWiss 99 (2000), S. 310 ff. und Sobich, ZVgIRWiss 103 (2004), S. 69 ff.

1. Teil – Deutschland

§ 2 Die These der „sofortigen“ Zwangsvollstreckung

Nach der Anzahl der veröffentlichten Entscheidungen zu urteilen, spielt ein vollstreckungsbegleitender einstweiliger Rechtsschutz in Deutschland rechtspraktisch keine bedeutende Rolle.¹ Zwar hatte bereits das Reichsgericht im Jahr 1890 entschieden, dass die Vollstreckungsmöglichkeit aus einem Hauptsachetitel einen nachfolgenden Arrest nicht per se unzulässig macht.² Die wenigen aktuellen Verfahren, in denen explizit ein Titelgläubiger versucht hat, den bereits titulierten Anspruch noch zusätzlich im Eilrechtsschutz zu sichern, begrenzen sich aber auf spezielle familienrechtliche Konstellationen (Sicherung von Trennungs- und Kindesunterhalt), auf Fallgestaltungen, in denen der Titelgläubiger bisher nur vorläufig gegen Sicherheitsleistung vollstrecken konnte oder auf wettbewerbsrechtliche Sachverhalte³. Darüber hinaus wird der Frage in der deutschen zivilprozessualen Literatur kaum weitergehende Beachtung geschenkt.⁴ Symptomatisch für diese Situation ist die vielfache Verwendung der stereotypen Formulierung, dass regelmäßig die Möglichkeit der sofortigen Vollstreckung aus dem Titel das Rechtsschutzbedürfnis oder den Arrest- bzw. den Verfügungsgrund für ein zusätzliches Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ausschließen würde.⁵

Diametral zu dieser Aussage steht die Verwunderung *Stürners*, der es bereits 1986 als „eigenartig“ bezeichnete, „dass mit der Näherung des

¹ Eine Datenbankabfrage mit den Textparametern „Titel“ und „Hauptsache“ sowie der Norm „§ 916 ZPO“ ergab beispielsweise bei beck-online.de am 16.11.2006 ganze 4 Treffer. Auch die Kommentarliteratur verweist einheitlich jeweils nur auf wenige Entscheidungen vgl. MünchKommZPO²-*Heinze*, § 917 Rn. 15 ff. i.V.m. Fn. 59 und 60 – 4 Entscheidungen; Stein/Jonas-*Grunsky*, ZPO²², § 916 Rn. 25 i.V.m. Fn. 88 und 93 – 6 Entscheidungen.

² RG, Urteil vom 30. April 1890 – Nr. 14/90, berichtet in JW 1890, 191 Nr. 5.

³ Im Einzelnen zur bisher erreichten Ausdifferenzierung des Spektrums der Anwendung einstweiligen Rechtsschutzes nach Titelerlass in § 3.

⁴ Bezeichnend dazu die kurze Abhandlung bei *Walker*, Einstweiliger Rechtsschutz, Rn. 233, 244 und 256. *Kannowski*, JuS 2001, 482 versucht zumindest, weitere Fallgruppen zu entwickeln. Auch *Baur*, Studien, S. 77 und 79 verhält sich nur äußerst kurz zu diesem Themenbereich.

⁵ Vgl. dazu nur KG KGR 2001, 353 (354); *Kannowski*, JuS 2001, 482 (482 f.); *Schönke*, Das Rechtsschutzbedürfnis, S. 88; *Walker*, a.a.O.

Gläubigers an das Ziel der Befriedigung die Konzentrationsmaxime mehr und mehr an Kraft verliert.“⁶

Die Divergenz der beiden Aussagen bietet die Gelegenheit, die vielfach bemühte These der „Möglichkeit sofortiger Zwangsvollstreckung“ vorab und ohne Aussage zur dogmatischen Einordnung derartiger Überlegungen auf ihre generelle Berechtigung hin zu untersuchen. Dafür wird im Folgenden ein – in diesem Rahmen notwendigerweise unvollständiger – Überblick über den weiteren Verfahrensablauf gegeben, dem sich der Gläubiger auf dem Weg zur Befriedigung seines Anspruchs im Verfahren der Zwangsvollstreckung unterwerfen muss. Der Schwerpunkt der Betrachtung ruht dabei unter anderem auf den Verzögerungspotentialen und Beschleunigungsmöglichkeiten im zivilprozessualen Vollstreckungsverfahren. Ziel dieses ersten Kapitels ist es vor allem, daran zu erinnern, was sich hinter dem Begriff der „sofortigen“ Vollstreckungsmöglichkeit nach dem geltenden Zwangsvollstreckungsrecht der ZPO und der daraus resultierenden Zwangsvollstreckungswirklichkeit in Deutschland tatsächlich verbirgt.⁷ Das so geschaffene Bild soll als Hintergrund für den bisher in Rechtsprechung und Rechtslehre erreichten Entwicklungsstand der Diskussion zur Anwendung der §§ 916 ff. ZPO in der Phase nach Titulierung sowie weitergehend als Ausgangspunkt für eigene Lösungsansätze dienen.

Wendet man sich also zunächst der zeitlichen Abfolge des weiteren (Zwangsvollstreckungs-) Verfahrens zu, lassen sich drei große Komplexe ausmachen: Der erste endet mit der Vornahme des Vollstreckungsaktes (dazu I.). In einer zweiten Phase kann sich ein Verwertungsverfahren anschließen und schließlich sind Rechtsmittel- und Rechtsbehelfsverfahren (s. II. und III.) denkbar.⁸ In einigen Fällen erfordert die endgültige Befriedigung des Gläubigers auch ein an das erstmalige Durchlaufen der „Vollstreckungsschleife“ anschließendes Vorgehen gegen Dritte (dazu IV.).

⁶ *Stürner*, ZZP 99 (1986), 291 (318).

⁷ Abgesehen von der Verwunderung *Stürners* (soeben Fn. 6) legen schon die Vielzahl der Reformbestrebungen im Zwangsvollstreckungsrecht mit dem Ziel der Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens den Schluss nahe, dass die Pauschalisierung von der „sofortigen Möglichkeit der Zwangsvollstreckung“ kaum zutreffen kann – zur Diskussion des Reformbedarfs s. *Gaul*, JZ 1973, 473 ff.; *ders.*, ZZP 108 (1995), 108 ff.; *Schilken*, Rpfleger 1994, 138 ff.; *Stürner*, ZZP 99 (1986), 291 ff.; *Stadlhofer-Wissinger*, ZZP 105 (1992), 393 ff. Der Gesetzgeber hat diese Ziele sowohl mit der 1. Vollstreckungsnovelle vom 03.12.1976, BT-Drucks. 7/2759 S. 2 als auch mit der 2. Vollstreckungsnovelle vom 17.12.1997, BT-Drucks. 13/341 S. 1 und 10 sowie BT-Drucks. 13/9088 S. 1, angestrebt.

⁸ Einteilung im Wesentlichen nach *Stürner*, ZZP 99 (1986), 291 (294).

I. Das Verfahren bis zur Vornahme des Vollstreckungsaktes

Der erste Verfahrensabschnitt bis zur Vornahme des Vollstreckungsaktes gliedert sich seinerseits in zwei markante Unterabschnitte: Zum einen der Bereich bis zur Stellung des Vollstreckungsantrags, in dem u.a. die (weiteren) Vollstreckungsvoraussetzungen zu schaffen sind, und zum anderen das eigentliche Vollstreckungsverfahren, beginnend mit der Vornahme des Vollstreckungsaktes durch das Vollstreckungsorgan als Ausführung eines entsprechenden Vollstreckungsantrages des Gläubigers. In diesem Zusammenhang sind auch weitere Vollstreckungsmaßnahmen (z.B. die Hilfspfändung, § 836 ZPO) anzusprechen, soweit erst damit eine Befriedigung des Anspruchs möglich wird.

1. Die Vollstreckungsbarrieren

Im Zentrum der Betrachtung steht somit als erstes die Phase bis zur Stellung des Vollstreckungsantrages. Einen solchen Antrag wird ein Vollstreckungsgläubiger regelmäßig nur dann stellen, wenn überhaupt eine Aussicht auf eine erfolgreiche Durchführung des Verfahrens besteht. Die Hürden, die der Gläubiger bis zu diesem Punkt überwinden muss, werden in dieser Arbeit als „Vollstreckungsbarrieren“ verstanden. Es soll also mit dem Begriff der Vollstreckungsbarriere nicht auf die Vollstreckungshindernisse im eigentlichen Sinn rekuriert werden, wie sie in den §§ 775, 778 ZPO, § 89 InsO oder in Vollstreckungsverträgen geregelt sind.⁹ Vollstreckungsbarrieren nach dem hier zu Grunde gelegten Verständnis sind vielmehr zunächst die weiteren allgemeinen und besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen. Darüber hinaus werden aber auch Umstände, die den Gläubiger in rein tatsächlicher Hinsicht an einem Beginn der Zwangsvollstreckung hindern, wie Informationsdefizite des Gläubigers oder die verhaltenssteuernde Wirkung von Kostentragungsregelungen, von diesem Begriff erfasst.

a) Notwendigkeit weiterer Vollstreckungstitel in der Hauptsache

Jede Zwangsvollstreckung nach der ZPO setzt zwingend voraus, dass der Gläubiger gegen den Schuldner einen vollstreckbaren Titel erwirkt hat, d.h. eine öffentliche Urkunde, die einen materiellrechtlichen Anspruch des Gläubigers als bestehend ausweist¹⁰ und bestätigt, dass dieser Anspruch im

⁹ Dazu *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht⁷, § 11.

¹⁰ Vom tatsächlichen Bestand des Anspruchs ist die Zwangsvollstreckung dagegen nicht abhängig, *Stein/Jonas-Münzberg*, ZPO²², Vor § 704 Rn. 21 f.

Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden kann.¹¹ In einigen Fällen genügt dem Vollstreckungsgläubiger nur ein einzelner, gegen den/einen Schuldner gerichteter, Titel jedoch nicht, um eine Zwangsvollstreckung vornehmen zu lassen. Kennzeichnend für diese Sachlagen ist, dass bei der Vollstreckung des Titels zwangsläufig auch in Rechte Dritter eingegriffen werden muss, da das dem Vollstreckungszugriff ausgesetzte Objekt nicht der alleinigen Berechtigung des Titelschuldners untersteht.¹² Der Dritte ist damit selbst (potentieller) Vollstreckungsschuldner. Zum Betreiben der Zwangsvollstreckung müssen auch ihm gegenüber die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gegeben sein.¹³

aa) Vermögensmassen ohne eigene Rechtspersönlichkeit

Anwendung findet dieses Konzept zunächst bei der Zwangsvollstreckung in Vermögensmassen, die selbst keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen (nichtrechtsfähiger Verein, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Gütergemeinschaft und Miterbengemeinschaft).¹⁴

Gleich zu Beginn des einschlägigen Normenkomplexes statuiert § 735 ZPO für den nichtrechtsfähigen Verein allerdings eine Ausnahme dergestalt, dass ein nur gegen den Verein erlassener Titel zur Vollstreckung in das Vereinsvermögen ausreicht.¹⁵ Eine gewisse Ausnahmestellung nimmt seit der höchstrichterlichen Anerkennung der grundsätzlichen Partei- und Rechtsfähigkeit der – nach außen im Rechtsverkehr in Erscheinung tretenden – Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch § 736 ZPO ein.¹⁶ Dem Titelgläubiger, welcher in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken möchte,¹⁷ wird durch diese Norm das Erfordernis der Beibringung weiterer, inhalts-

¹¹ Allgemein dazu *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht⁷, Rn. 29.

¹² *Stein/Jonas-Münzberg*, ZPO²², Vor § 735 Rn. 1 und Rn. 5, der zwischen Nutzungsrechten Dritter, Verwaltungsbefugnissen und Rechtsgemeinschaften differenziert.

¹³ *Münzberg*, a.a.O.

¹⁴ *Hahn/Mugdan*, Materialien, Band 8, S. 138 ff. zu den §§ 670a–p des Entwurfes.

¹⁵ Diese Vorschrift ist die Konsequenz aus der Einräumung der passiven Prozessführungsbefugnis in § 50 Abs. 2 ZPO, welche auf diesem Weg auch im Vollstreckungsrecht fortwirkt – dazu s. *Hahn/Mugdan*, Materialien, Band 8, S. 84 und S. 138; *Jung*, NJW 1986, 157 (161); *Stein/Jonas-Münzberg*, ZPO²², § 735 Rn. 1. Aus dem Wortlaut des § 735 ZPO („genügt“) folgert die ganz überwiegende Ansicht, dass der Gläubiger alternativ auch analog § 736 ZPO vorgehen kann, d.h. er darf Titel gegen alle Vereinsmitglieder erstreiten und damit auf das Vereinsvermögen zugreifen.

¹⁶ Zur Rechtsfähigkeit der GbR s. BGHZ 146, 341 (343 ff.). Dezidiert gegen diesen Wandel spricht sich *Schöpflin*, Der nichtrechtsfähige Verein, S. 83 ff. aus. Zusammenfassend *Pohlmann*, ZP 115 (2002), 103 ff.; weitere Nachweise zu den unterschiedlichen Reaktionen bei *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁶, § 43 Rn. 18 i.V.m. Fn. 14.

¹⁷ Die Pfändung des Gesellschaftsanteils des Titelschuldners ist gemäß § 859 ZPO möglich.

gleicher Titel¹⁸ gegenüber den anderen bisher am Rechtsstreit unbeteiligten Gesellschaftern aufgebürdet.¹⁹ Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR können aber Schulden gegen die Gesellschaft selbst tituliert und auf dieser Grundlage in das Gesellschaftsvermögen²⁰ vollstreckt werden. Eines Umweges über die Gesellschafter, wie ihn § 736 ZPO vorsieht, bedarf es nicht mehr. Für die direkte Anwendung der Norm verbleibt so nur noch dort ein Anwendungsbereich, wo sich der Gläubiger zwangsweise (da keine Außen-GbR vorliegt)²¹ oder wahlweise²² des althergebrachten Verfahrens bedient.

Der gesamthänderische Ansatz ist auch bei Ehegatten, die im Güterstand der Gütergemeinschaft i.S.d. § 1416 BGB leben, nicht durchgehalten. Denn hier wird nicht auf die Rechtsgemeinschaft am Gesamthandsvermögen abgestellt, sondern auf die im Einzelfall gewählte Gestaltung der Verwaltungsbefugnis.²³ Nur bei gemeinschaftlicher Verwaltung des Gesamtgutes (§§ 1416, 1421 BGB) ist zur Zwangsvollstreckung in dieses Vermögen²⁴ ein Leistungstitel²⁵ auch gegen den anderen Ehegatten erforderlich

¹⁸ Nach h.M. nicht unbedingt andere „Urteile“ – s. dazu MünchKommZPO²-Heßler, § 736 Rn. 9 i.V.m. Fn. 7 mit Nachweisen auch zur Gegenansicht.

¹⁹ Die Norm ist das prozessuale Spiegelbild der materiellrechtlichen Gesamthand nach § 719 BGB. Ein Privatgläubiger nur einzelner Gesellschafter soll nicht auf das allen zustehende Gesellschaftsvermögen zugreifen können. Zusammenfassend zur Geschichte der Norm und den gesetzgeberischen Motiven *Wertenbruch*, Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen, S. 122 ff., welcher § 736 ZPO auch als „§ 719 Abs.3 ZPO“ bezeichnet (S. 129), aufgegriffen in BGHZ 146, 341 (355). *Pohlmann*, ZJP 115 (2002), 103 (106 f.) erachtet dies jedoch nicht als zwingend und zieht eine Lösung über § 50 Abs. 1 ZPO vor.

²⁰ Indes nicht in das Gesellschaftervermögen – *Pohlmann*, ZJP 115 (2002), 103 (107).

²¹ Ob eine Innengesellschaft überhaupt Gesamthandsvermögen bilden kann und § 736 ZPO Anwendung findet, ist seinerseits umstritten, bejahend: MünchKommBGB⁴- *Ulmer*, § 705 Rn. 284, verneinend: *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, Kap. 58 II 2 b) je mit Nachweisen zum Meinungsstand; zur prozessualen Seite des Streites MünchKommZPO²-*Heßler*, § 736 Rn. 5 i.V.m. Fn. 4 und ferner *Stein/Jonas-Münzberg*, ZPO²², § 736 Rn. 1.

²² Zur parallel gegebenen Möglichkeit des Vorgehens nach der neuen Doktrin (Titel gegen GbR) oder nach der ursprünglichen Verfahrensweise (Titel gegen sämtliche Gesellschafter) BGHZ 146, 341 (356). *Habersack*, BB 2001, 477 (481) lehnt dies im Hinblick auf die jetzt strikt einzuhaltende Eigenständigkeit der Vermögensmassen ab.

²³ *Stein/Jonas-Münzberg*, ZPO²², § 740 Rn. 4.

²⁴ Die Pfändung des Anteils am Gemeinschaftsgut ist dem Gläubiger, im Gegensatz zur Rechtslage bei der GbR, vor der Auseinandersetzung der Gemeinschaft nicht möglich – § 860 ZPO. Auch bei beendetem Güterstand, aber noch nicht erfolgter Auseinandersetzung, benötigt der Gläubiger nach § 743 ZPO Titel gegen beide Ehegatten, soweit nicht die in § 745 ZPO enthaltene Ausnahme der fortgesetzten Gütergemeinschaft eingreift – dazu *Lent*, ZJP 70 (1957), 401 (405).

²⁵ So die h.M. Ob ein Duldungstitel genügen würde, ist streitig – s. dazu *Stein/Jonas-Münzberg*, ZPO²², § 740 Rn. 6; MünchKommZPO²-*Heßler*, § 740 Rn. 30.

(§ 740 Abs. 2 ZPO); bei Alleinverwaltung genügt der Titel gegen den alleinverwaltenden Ehepartner (§ 740 Abs. 1 ZPO).²⁶

Somit verbleibt als zwangsvollstreckungsrechtliche Umsetzung des Gesamthandsprinzips noch die Vorschrift des § 747 ZPO, nach welcher bei der Zwangsvollstreckung in einen nicht geteilten Nachlass ein (Leistungs-) Urteil²⁷ gegen alle Miterben (§ 747 ZPO) vorzuweisen ist.²⁸ Dass der Gläubiger so lange nicht in der Lage ist, die erforderlichen Titel gegen alle Miterben zu erwirken, wie die Ausschlagungsfrist²⁹ auch nur für einen der Miterben noch läuft (§ 1958 BGB), verhilft dieser Konstellation zu einem gesteigerten Verzögerungspotential. Die Unsicherheitsphase bezüglich der Annahme der Erbschaft durch den Miterben kann der Gläubiger nur mit Hilfe eines weiteren Verfahrens beenden – der Bestellung eines Nachlasspflegers gemäß § 1961 BGB durch das Nachlassgericht (§§ 72, 75 FGG).

bb) Nutzungsrechte und Verwaltungsrechte Dritter

Ein zusätzlicher Vollstreckungstitel in Form eines Duldungstitels ist zudem nach § 737 ZPO gegenüber dem Nießbraucher eines Vermögens oder einer Erbschaft (§§ 1086, 1089 BGB) vonnöten, wenn die zu vollstreckende Forderung gegen den Besteller bereits vor der Bestellung des Nießbrauchs existierte. Das Erfordernis des gesonderten Duldungstitels verhilft der materiellen Rechtslage nach § 1086 S. 1 BGB vollstreckungsrechtlich zum Durchbruch.³⁰ Eine entsprechende Regelung trifft auch § 748 Abs. 2 ZPO in Bezug auf den lediglich einzelne Nachlassgegenstände verwaltenden Testamentsvollstrecker. Hier ist die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers über den einzelnen Gegenstand (§§ 2205, 2208, 2211 Abs. 1 BGB) Grund des doppelten Titelerfordernisses.³¹

cc) Besonderes Titelerfordernis bei Räumung von Wohnraum

Inwieweit bei der Räumungsvollstreckung von Wohnraum nach § 885 ZPO ein gesonderter Vollstreckungstitel auch gegen nicht zur Herausgabe bereite Mitbewohner, die nicht selbst Vertragspartei oder Rechtsnachfolger einer solchen Partei (dann Titelumschreibung §§ 727, 325 ZPO) sind, benö-

²⁶ Eine Ausnahme besteht auch bei gemeinschaftlicher Verwaltung (§ 741 ZPO), wenn der verurteilte Ehegatte ein Erwerbsgeschäft betreibt – BayObLG FamRZ 1996, 113 f. Umfassend zu diesem Komplex *Müller*, Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten.

²⁷ Auch insoweit genügen inhaltsgleiche Titel, Urteile sind nicht unbedingt erforderlich – BGHZ 53, 110 (113); MünchKommZPO²-*Heßler*, § 747 Rn. 13.

²⁸ Zusammenfassend zu den Titelerfordernissen bei Zwangsvollstreckung in den ungeteilten Nachlass *Garlichs*, JurBüro 1998, 243 ff.

²⁹ § 1944 BGB – 6 Wochen ab Kenntnis vom Erbfall und vom konkreten Berufungsgrund.

³⁰ Grundlegend hierzu bereits *Lent*, ZZP 70 (1957), 401 (402 f.).

³¹ *Stein/Jonas-Münzberg*, ZPO²², § 748 Rn. 4; *Lent*, ZZP 70 (1957), 401 (405).

tigt wird, ist immer noch ungeklärt. Gesichert ist lediglich der Befund, dass ein Räumungstitel gegen bloße Besitzdiener, die kein eigenes Recht zum Besitz ausüben, nicht erforderlich ist.³² Ob der Ehegatte, die erwachsenen Kinder, der Lebensgefährte oder andere Mitbewohner als Besitzdiener anzusehen sind, steht indessen heftig in der Diskussion, wobei sich mittlerweile eine herrschende Ansicht nicht mehr ausmachen lässt.³³ Ist dem Gläubiger der Umstand bekannt, dass die Wohnung zusätzlich von anderen Personen bewohnt wird, rät die anwaltliche Praxis dazu, die Räumungsklage auch gegen diese Mitbewohner zu richten, um den Unwägbarkeiten im Vollstreckungsverfahren zu entgehen.³⁴ Stellt erst der Gerichtsvollzieher beim Räumungsversuch gegen den Titelschuldner fest, dass Mitbesitz anderer, nicht herausgabebereiter Personen an der Wohnung besteht, führt an einer nochmaligen Klage des Gläubigers aber kein Weg vorbei.³⁵

dd) Zeitverlust durch Herbeiführung eines zusätzlichen Titels

Die Dauer der in den vorgenannten Fällen notwendigen zusätzlichen Titulierung ist abhängig von der Art des angestrebten Titels.

Wie viel Zeit tatsächlich in Anspruch genommen wird, lässt sich empirisch allerdings nur für Urteile nachweisen. Ein normales Zivilverfahren, welches durch streitiges Urteil endete, nahm in Hessen im Jahr 2003 durchschnittlich 7,5 Monate (Amtsgerichte) bzw. 12,5 Monate (Landgerichte) in Anspruch.³⁶ Der Bundesdurchschnitt bei Erledigung von Zivilverfahren mittels streitigen Urteils im Jahr 2003 lag bei den Amtsgerichten bei 6,9 Monaten und vor den Landgerichten bei 11,5 Monaten.³⁷

Statistische Anhaltspunkte in Bezug auf die Verfahrensdauer ergeben sich darüber hinaus für das Mahnverfahren. Nach einer Kurzerhebung in Schleswig-Holstein wurde die Bearbeitungsdauer eines Mahnverfahrens

³² Schmid/Scholz, *Miete und Mietprozess*, Kap. 25 Rn. 105; gegen diese Lehre vom „Besitzdiener“ und gegen ein Titelerfordernis gegenüber bloßen Mitgewahrsamsinhabern generell wendet sich Braun, *AcP* 196 (1996), 557 (572 ff. und 591 f.).

³³ Umfassende Nachweise zum Meinungsstand bei MünchKommZPO²-Schilken, § 885 Rn. 9 ff. und Schuschke, *NZM* 1998, 58 ff.; *NZM* 2004, 206 (207 f.) sowie zuletzt *NZM* 2005, 681 (685 ff.).

³⁴ Schmid/Scholz, *Miete und Mietprozess*, Kap. 25 Rn. 110.

³⁵ Die Situation ähnelt dann der bei Klagen gegen den Schuldner eines (hilfs-) gepfändeten Anspruchs, dazu unter § 2 I. 3. c). Im Gegensatz dazu erfolgt im hier vorliegenden Fall aber keine vorherige Pfändung eines Herausgabeanspruchs.

³⁶ Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10/Reihe 2.1, *Rechtspflege – Zivilgerichte*, 2003, 2.2 lfd.Nr. 9 und 5.2 lfd.Nr. 9. Diese Zahlen sind in den letzten Jahren konstant, vgl. das Zahlenwerk für Hessen aus dem Jahr 2001: 7,5 Monate (Amtsgerichte) und 12,2 Monate (Landgerichte), nach Hessischer Landtag-Drucks. 15/4673, Anlage 5.

³⁷ Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10/Reihe 2.1, *Rechtspflege – Zivilgerichte*, 2003, 2.2 lfd.Nr. 9 und 5.2 lfd.Nr. 9.

bis zum Erlass des Vollstreckungsbescheides auf ca. neun Wochen geschätzt.³⁸ In Bundesländern mit vollautomatisiertem Mahnverfahren³⁹ ist zumindest die Phase des wirksamen Mahnbescheiderlasses auf drei bis fünf Werktage reduziert.⁴⁰ Ein Vollstreckungsbescheid kann auch hier aber nicht vor Ablauf der zweiwöchigen Widerspruchsfrist gegen den Mahnbescheid (§§ 699 Abs. 1 S. 1, 692 Abs. 1 Nr. 3 ZPO) ergehen, womit sich die Gesamtverfahrensdauer im Mahnverfahren mindestens auf drei Wochen beläuft.

b) Die Erteilung der Vollstreckungsklausel

Nach der erfolgreichen Titulierung ist der Gläubiger gehalten, das Klauselerteilungsverfahren der §§ 724 ff. ZPO als die „Brücke“⁴¹ zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren zu überqueren und sich die Vollstreckbarkeit seines Titels bestätigen zu lassen.⁴²

aa) Möglichkeiten der Vollstreckung ohne Klausel

Die durch ein Klauselerteilungsverfahren bedingten Verzögerungen entfallen selbstverständlich dann, wenn es einer Klausel für den Beginn der Zwangsvollstreckung nicht bedarf. Die ZPO verzichtet indes nur in wenigen Fällen auf diese Voraussetzung. Eine Zwangsvollstreckung ohne Klauselerteilung ist vorgesehen bei der Vollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid (§ 796 Abs. 1 ZPO) und aus Arrestbefehlen oder einstwei-

³⁸ Quelle: Schleswig-Holsteinischer Landtag-Drucks. 15/63, S. 3. In Sachsen-Anhalt betrug die Bearbeitungsdauer bis zum Erlass eines Vollstreckungsbescheides noch im Jahr 1996 zwischen 6 und 410 (!) Tagen, je nach zuständigem Mahngericht (Quelle: Landtag von Sachsen-Anhalt, Drucks. 2/2916, S. 18).

³⁹ S. dazu die Liste in der offiziellen Broschüre der Koordinierungsstelle für das automatisierte Mahnverfahren beim Justizministerium Baden-Württemberg, Stand 01/2006, S. 86.

⁴⁰ Im Pilotprojekt in Baden-Württemberg lagen innerhalb von zwei Tagen bei den meisten Mahnbescheiden die Zustellungsurkunden vor – Mayer, NJW 1983, 92 (93). Ähnliche Ergebnisse wurden in Niedersachsen festgestellt. Eine tagfertige Bearbeitung der Mahnbescheidsanträge ist möglich, wenn die Anträge bis zum Vormittag eingegangen sind (Quelle: Niedersächsischer Landtag, Drucks. 14/2628, S. 2). PEBB§Y-I: Erarbeitung eines Systems der Personalbedarfsberechnung für den richterlichen, staats-(amts-)anwaltlichen und Rechtspflegerdienst in der ordentlichen Gerichtsbarkeit (im Folgenden PEBB§Y-I), hrsg. vom Justizministerium Baden-Württemberg, Köln, 2002, S. 548, Zeilen F3–F5 weist einen Arbeitsaufwand des Rechtspflegers im konventionellen Mahnverfahren von sechs Minuten pro Antrag und im vollautomatisierten Mahnverfahren von ein bis zwei Minuten pro Antrag aus, je nachdem, ob ein Datenträgeraustausch- oder ein Belegverfahren vorlag.

⁴¹ So die metaphorische Formulierung bei Gaul, ZZP 85 (1972), 251 (291).

⁴² Zur Funktion der Vollstreckungsklausel Jaspersen, Rpfleger 1995, 4 (5).

ligen Verfügungen (§§ 929 Abs. 1, 936 ZPO),⁴³ soweit sich die Zwangsvollstreckung jeweils gegen den im Titel bezeichneten Schuldner richtet. Ebenfalls nicht erforderlich ist die Klauselerteilung im Fall der Vorpfändung gemäß § 845 Abs. 1 S. 3 ZPO oder dann, wenn sich aus der Art der zu vollstreckenden Entscheidung ein solches Erfordernis nicht ableiten lässt (wie bei der vorläufig vollstreckbaren Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung § 895 ZPO).⁴⁴ Nur scheinbar in diesen Bereich fällt dagegen der nach § 105 Abs. 1 S. 1 ZPO auf das Urteil gesetzte Kostenfestsetzungsbeschluss. Dieser bedarf zwar selbst keiner besonderen Klausel, allerdings ist eine solche für das zu Grunde liegende Urteil erforderlich (§ 795a ZPO).

bb) Die Dauer des Klauselerteilungsverfahrens

Bei allen anderen zur Vollstreckung nach den Regeln der ZPO anstehenden Titeln ist die vorherige Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gemäß den §§ 724, 795 ZPO obligatorisch. Soweit der Gläubiger dabei die Klausel auf dem Klageweg erstreiten muss (§ 731 ZPO), kann – wie bei den sonstigen erstinstanzlichen Gerichtsverfahren auch – mindestens von einer Verzögerung von sieben bis zwölf Monaten ausgegangen werden.⁴⁵

Die Zeitspanne für die Durchführung des Klauselerteilungsverfahrens lässt sich im Übrigen in Ermangelung expliziter statistischer Erhebungen nicht mit exakten Zahlen belegen.⁴⁶ Anhaltspunkte können indessen aus dem Alter der Titel, die zur Vollstreckung gelangen, entnommen werden. Nach einer Untersuchung der Praktikerforschungsgruppe am Oberlandesgericht Stuttgart, Institut für Rechtstatsachenforschung an der Universität Konstanz aus dem Jahr 1996 waren 30,6 % der untersuchten Titel bei Ein-

⁴³ Überblick bei MünchKommZPO²-Wolfsteiner, § 724 Rn. 9 ff. Zur Vollziehung einstweiliger Maßnahmen s. Gleußner, Vollziehung von Arrest und einstweiliger Verfügung, S. 57 f. Inwieweit auch andere einstweilige Maßnahmen ohne Vollstreckungsklausel vollstreckt werden können, ist umstritten, s. dazu OLG Zweibrücken, OLGZ 1983, 466 (467); MünchKommZPO²-Finger, § 620 Rn. 44 i.V.m. Fn. 136 m.w.N.

⁴⁴ BGH Rpfleger 1969, 425.

⁴⁵ Zum Klageverfahren Hintzen/Wolf, Handbuch der Mobilivollstreckung², Teil B, Rn. 137. Nachweise zur Verfahrensdauer oben Fn. 36 und 37.

⁴⁶ Eine auf meine Bitte durchgeführte – private und sowohl von der Auswahl der Gerichtsbezirke als auch vom Umfang sicherlich nicht repräsentative, aber wegen des Fehlens jedweder offiziellen Erhebungen umso dankenswertere – Untersuchung von 20 Akten einer zivilrechtlich ausgerichteten Rechtsanwaltskanzlei in Halle/Saale durch Herrn Rechtsanwalt Markus Gimsberg ergab große Schwankungen hinsichtlich der Dauer der Erteilung der einfachen Vollstreckungsklausel, obwohl der entsprechende Antrag jeweils schon in der Klageschrift gestellt wurde. Die Werte bewegten sich zwischen 10 Tagen ab Urteilerlass bis hin zu mehr als zwei Monaten und in diesem Fall auch nur auf erneute telefonische Nachfrage. Die Zeitspanne von diesem Telefonat bis zur Erteilung betrug weitere 12 Tage.

gang des Vollstreckungsantrages nicht älter als einen Monat. Weitere 14,2 % waren bis zu zwei Monate und noch einmal 19,2 % bis zu sechs Monate alt.⁴⁷ Da diese Zahlen keine Differenzierung nach den Titelarten enthalten, ist leider nicht ersichtlich, inwieweit tatsächlich Titel zur Vollstreckung gelangt sind, die einer Vollstreckungsklausel bedurften.⁴⁸ Mehr als eine Andeutung lässt sich auch diesen Daten somit nicht entnehmen.

Als gesichert kann damit nur die banale Erkenntnis gelten, dass selbst im Fall der einfachen Vollstreckungsklauselerteilung durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gemäß § 724 ZPO von einer Verzögerung auszugehen ist. Bei qualifizierten Klauseln nach den §§ 726,⁴⁹ 727 ZPO (§§ 728 f., 738, 742, 744 f., 749 ZPO) nimmt zusätzlich die Beschaffung der geforderten Urkunden eine gewisse Zeit in Anspruch.⁵⁰ Nur teilweise privilegiert ist dabei auch die Vollziehung eines Arrestbefehls oder einer einstweiligen Verfügung: Hier findet zwar § 726 ZPO keine Anwendung, jedoch gilt auch für diese Titel die Regelung des § 727 ZPO (§ 929 Abs. 1 ZPO, § 936 ZPO).

Bedarf es einer Klauselerteilung, so sind in Ansehung der grundsätzlich im Ermessen des Rechtspflegers stehenden Anhörung des (potentiellen)⁵¹ Vollstreckungsschuldners (§ 730 ZPO) weitere Verfahrensverzögerungen denkbar.⁵²

cc) Beschleunigungsmöglichkeiten im Klauselerteilungsverfahren

Den skizzierten Ablauf des Klauselerteilungsverfahrens kann der Gläubiger zum einen dann beschleunigen, wenn er die einfache vollstreckbare Ausfertigung gemäß den §§ 724, 725 ZPO bereits in der Klageschrift bean-

⁴⁷ *Schedler u.a.*, Arbeitsplatz Gericht, Zwischenbericht, S. 21.

⁴⁸ Die Zahlen sind insbesondere deshalb im vorliegenden Kontext mit Vorsicht zu betrachten, da die nicht klauselbedürftigen Vollstreckungsbescheide immerhin 61,5 % an der Gesamtzahl der untersuchten Titel ausmachten, *Schedler u.a.*, Arbeitsplatz Gericht, Zwischenbericht, S. 17.

⁴⁹ Nach § 726 Abs. 2 ZPO ist bei einem Zug-um-Zug-Vorbehalt nur im Fall der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung nach § 894 ZPO der Nachweis der Erbringung der Gegenleistung oder des Annahmeverzugs vonnöten, i.Ü. wird diese Voraussetzung erst vom Vollstreckungsorgan geprüft und hindert die Klauselerteilung nicht.

⁵⁰ Auf diese Zeitkomponente stellt auch LG Hamburg MDR 1967, 54 ab. Zu den Anforderungen an den Nachweis durch Urkunden MünchKommZPO²-Wolfsteiner § 726 Rn. 38 ff. und § 727 Rn. 54 ff.; Stein/Jonas-Münzberg, ZPO²², § 726 Rn. 19 ff. und § 727 Rn. 41.

⁵¹ Auch die Anhörung des Rechtsnachfolgers des Titelschuldners ist umfasst – Stein/Jonas-Münzberg, ZPO²², § 730 Rn. 3 i.V.m. Fn. 2.

⁵² Unter dem Gebot richterlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG ist im Einzelnen umstritten, ob eine solche vorherige Anhörung sogar obligatorisch oder grundsätzlich erforderlich sein soll – Nachweise zum Meinungsstand bei Münzberg, Rpfleger 1991, 161 ff.; ders. in Stein/Jonas, ZPO²², § 730 Rn. 3 i.V.m. Fn. 4 bis 7 m.w.N.

trägt.⁵³ Bei sog. Stuhlrteilen nach § 310 Abs. 1 S. 1 1. Alt. ZPO ist die Erteilung der Ausfertigung darüber hinaus auch nicht davon abhängig, dass das Urteil vollständig abgefasst ist (§ 317 Abs. 2 S. 1 ZPO), womit dem Gläubiger ein Zuwarten auf die Urteilsgründe⁵⁴ erspart bleibt. Urteile, die in einem separaten Verkündungstermin verkündet werden, unterfallen diesem Privileg dagegen nicht, da diese bei Verkündung vollständig abgefasst vorliegen müssen (§ 310 Abs. 2 ZPO).

Auch im Verfahren auf Erteilung einer qualifizierten Klausel ist ein partieller Zeitgewinn für den Gläubiger möglich: Wenn der Titelgläubiger einen dringenden Vollstreckungszugriff nachweisen kann, soll die im Ermessen des Rechtspflegers liegende vorherige Anhörung gemäß § 730 ZPO unterbleiben dürfen.⁵⁵ Im Fall der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, die von einer Gegenleistung abhängt, scheidet diese Beschleunigung aber aus – eine vorherige Anhörung des Schuldners ist hier obligatorisch (§ 894 Abs. 1 S. 2 ZPO).⁵⁶ Zwingend ist zudem auch die Anhörung nach den §§ 796b Abs. 2 S. 1, 796c Abs. 1 S. 2 ZPO bei der Vollstreckbarerklärung von Anwaltsvergleichen i.S.d. § 796a ZPO durch den Richter des (hypothetischen) Prozessgerichts oder durch einen Notar.

c) Die Zustellung

Als weitere allgemeine Vollstreckungsvoraussetzung statuiert § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO die vorherige Zustellung des Vollstreckungstitels. In Fällen der Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel ist zudem die Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung nebst einer Abschrift der für die Erteilung der Klausel relevanten Urkunden notwendig (§ 750 Abs. 2 ZPO).⁵⁷

aa) Arten der Zustellung und Dauer

Von Amts wegen erfolgt die Zustellung von Urteilen (§ 317 Abs. 1 S. 1 ZPO), Beschlüssen (§ 329 Abs. 2 und 3 ZPO) und Vollstreckungsbescheiden; letztere jedenfalls, soweit der Gläubiger keinen Antrag auf Übergabe im Parteibetrieb gestellt hat, § 699 Abs. 4 ZPO. Die übrigen Titel

⁵³ Der Antrag kann in diesen Fällen formlos an den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gerichtet werden, sodass die Aufnahme in der Klageschrift ausreicht – *Hintzen/Wolf*, Handbuch der Mobilienvollstreckung², Teil A, Rn. 33. Dass diese Verfahrensweise jedoch keine Garantie für eine tatsächlich erfolgende schleunige Behandlung des simultan gestellten Klauselerteilungsantrages bietet, lässt die von Herrn Rechtsanwalt Gimsberg vorgenommene Kurzuntersuchung erahnen (oben Fn. 46).

⁵⁴ Die Urteilsbegründungsfrist beträgt nach § 315 Abs. 2 S. 1 ZPO grundsätzlich drei Wochen.

⁵⁵ MünchKommZPO²-Wolfsteiner § 730 Rn. 3; Zöller/Stöber, ZPO²⁶, § 730 Rn. 1.

⁵⁶ Dazu Stein/Jonas-Brehm, ZPO²², § 894 Rn. 29.

⁵⁷ Auf die Zustellung von Abschriften der Urkunden kann in den Fällen der §§ 799, 800 Abs. 2, 800a Abs. 1 ZPO verzichtet werden.

i.S.d. § 794 ZPO müssen im Parteibetrieb über den Gerichtsvollzieher (§ 192 ZPO) zugestellt werden.⁵⁸

Soweit ein Gerichtsvollzieher mit der Zustellung beauftragt ist,⁵⁹ hat er diese an seinem Amtssitz spätestens innerhalb von drei Tagen, außerhalb seines Amtssitzes innerhalb von einer Woche auszuführen (§ 22 Nr. 1 GVGA⁶⁰).

Die Veranlassung der gerichtlichen Zustellung obliegt dagegen gemäß § 168 Abs. 1 ZPO den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle. Konkrete Zeitvorgaben für deren Tätigwerden sind nicht existent, allerdings ist der Urkundsbeamte an Weisungen des Richters oder Rechtspflegers hinsichtlich der vorzunehmenden Zustellung gebunden, sodass zumindest von dieser Seite eine Einflussmöglichkeit auf den Zeitpunkt der Veranlassung der Zustellung besteht.⁶¹ Einmal in die Wege geleitet, ist bei Berücksichtigung einer normalen Postlaufzeit⁶² mit einer ähnlichen Zeitspanne für die gerichtliche Zustellung zu rechnen, wie sie auch bei den Gerichtsvollziehern angesetzt wird. Die angestrebte Zeitersparnis durch Zustellung über moderne Kommunikationsmittel (§ 174 Abs. 2 und 3 ZPO) ist bisher nur theoretischer Natur.⁶³

bb) Ausnahmen vom Erfordernis der vorherigen Zustellung

Vollkommen ohne Zustellung von Titel und Klausel ist die sog. Wiedervollstreckung⁶⁴ in Grundstücke gegen den Ersteher nach § 133 S. 1 ZVG zulässig. Auch bei der Eintragung einer Vormerkung oder eines Wider-

⁵⁸ Zöller/Stöber, ZPO²⁶, § 191 Rn. 1; Heß, NJW 2002, 2417.

⁵⁹ Im Jahr 2004 wurden durch die Gerichtsvollzieher in Deutschland insgesamt 4.455.381 Zustellungen veranlasst, wobei sich die verschiedenen Zustellungsarten (persönlich oder durch Mitwirkung der Post) fast die Waage hielten, Quelle: DGVZ 2005, 143.

⁶⁰ Die Geschäftsanweisungen sind im Wesentlichen bundeseinheitliche, landesrechtliche Regelungen – dazu MünchKommZPO²-Wolf, § 154 GVG Rn. 5.

⁶¹ BT-Drucks. 14/4554, S. 16. Die diskutierten Beispiele umfassen zwar regelmäßig nur die Zustellungsart, s. Musielak-Wolst, ZPO⁵, § 168 Rn. 1 f., es ist aber kein Grund ersichtlich, die Weisungsbefugnis des Gerichts nicht auch auf den Zeitpunkt der Zustellung zu erstrecken. Beispiele aus der Praxis sind indessen nicht bekannt. Die bereits bemühte Kurzanalyse von Rechtsanwalt Gimsberg (Fn. 46) bietet auch hier kein eindeutiges Bild. Die Ergebnisse schwanken zwischen einer Zustellung innerhalb von zwei Tagen ab Erlass bis hin zu mehr als zwei Monaten.

⁶² Der Großteil der gerichtlichen Zustellungen wird über die Post abgewickelt, etwa 20 Millionen pro Jahr, Quelle: BT-Drucks. 14/4554, S. 13.

⁶³ Insoweit wird immer wieder pauschal auf diese Zeitersparnis hingewiesen, so bei Heß, NJW 2002, 2417 (2421), welcher diesbezüglich auf S. 2420 aber zu Recht Befürchtungen äußert, dass sich die praktische Umsetzung ebenso langwierig gestalten könne, wie die Einführung des elektronischen Mahnverfahrens.

⁶⁴ Dazu Stöber, ZVG¹⁸, § 133 Rn. 2.

spruchs auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils nach § 895 ZPO muss der Titelgläubiger dem Grundbuchamt die vorherige Zustellung nicht nachweisen.⁶⁵

Neben diesem völligen Verzicht auf die Zustellung als Vollstreckungsvoraussetzung kennt die ZPO drei weitere Ausnahmen vom Erfordernis der vorherigen Zustellung des Vollstreckungstitels:

(1) Zustellung beim Beginn der Zwangsvollstreckung

§ 750 Abs. 1 S. 1 a.E., S. 2 ZPO benennt zunächst die Möglichkeit, die Zustellung auch gleichzeitig mit dem Beginn der Vollstreckung durch den Gläubiger (über den Gerichtsvollzieher, § 192 ZPO) vornehmen zu lassen, wobei bei Urteilen die Zustellung einer abgekürzten Ausfertigung gemäß § 317 Abs. 2 S. 2 ZPO auch vor der vollständigen Abfassung des Urteils genügt.⁶⁶ Trotz der allgemein gehaltenen sprachlichen Fassung der Norm, die einen weiten Anwendungsbereich vermuten lässt, kann sich der Gläubiger die darin liegende beschleunigende Wirkung nur in sehr beschränktem Umfang nutzbar machen.

Ein Vorgehen nach dieser Alternative scheidet zunächst dort aus, wo die amtswegige Zustellung für die Wirksamkeit eines Titels konstitutiv ist, d.h. bei Versäumnis- oder Anerkenntnisurteilen im schriftlichen Vorverfahren (§ 310 Abs. 3 ZPO) und bei Beschlüssen, die Vollstreckungstitel bilden (§ 329 Abs. 3 ZPO)⁶⁷.

Die nächste Schranke folgt aus dem zwingenden Identitätserfordernis zwischen Vollstreckungs- und Zustellungsorgan. Dieser Umstand ist lediglich bei Vollstreckungsmaßnahmen erfüllt, die durch den Gerichtsvollzieher als originärem Vollstreckungsorgan vorgenommen werden (Pfändung beweglicher Sachen nach § 808 Abs. 1 ZPO, Pfändung von Forderungen aus indossablen Papieren gemäß § 831 ZPO oder Herausgabevollstreckung nach den §§ 883 f., 885, 897 ZPO).⁶⁸

Auf der Passivseite erfährt die Vorschrift ebenfalls eine Einschränkung, da die praktische Umsetzung regelmäßig voraussetzt, dass Zustellungsad-

⁶⁵ Stein/Jonas-Münzberg, ZPO²², § 750 Rn. 4 und Stein/Jonas-Brehm, ZPO²², § 895 Rn. 9; zur Nichterforderlichkeit einer Vollstreckungsklausel in diesen Fällen bereits oben § 2 I. 1. b) aa).

⁶⁶ BGHZ 8, 303 (306 f.); Thomas/Putzo-Reichold, ZPO²⁷, § 317 Rn. 2.

⁶⁷ Zum Wirksamwerden von Beschlüssen durch Zustellung s. nur MünchKommZPO²-Musielak, § 329 Rn. 6.

⁶⁸ Statt aller MünchKommZPO²-Heßler, § 750 Rn. 67. Sekundäre, unterstützende Vollstreckungsmaßnahmen des Gerichtsvollziehers bei der Vollstreckung durch andere Vollstreckungsorgane (§§ 892, 892a ZPO und § 33 FGG) sind demgegenüber nicht erfasst, zuständiges Vollstreckungsorgan ist vielmehr das Prozessgericht (§§ 887 ff.) resp. das Familiengericht (§ 33 FGG), zur Zuständigkeit der Gerichtsvollzieher s. auch § 57 GVGA.

ressat und Vollstreckungsschuldner identisch sind.⁶⁹ Soweit demnach innerhalb eines anhängigen gerichtlichen Verfahrens die Zustellung nur an den bestellten Prozessbevollmächtigten erfolgen kann (§ 172 Abs. 1 ZPO), scheidet ein Vorgehen nach § 750 Abs. 1 S. 1 a.E., S. 2 ZPO aus.⁷⁰ Die durch das Zustellungsreformgesetz⁷¹ neu eingeführte Zustellung unter Zuhilfenahme moderner Kommunikationsmittel (§ 174 Abs. 2 und 3 ZPO: Telekopie und elektronisches Dokument) eröffnet diesbezüglich keine neuen Möglichkeiten, weil diese Regeln nur gelten, wenn gegen Empfangsbekanntnis zugestellt werden darf. Dies ist für den Gerichtsvollzieher nicht der Fall. Er darf die Zustellung nur persönlich (§ 193 ZPO) oder durch Beauftragung der Post (§ 194 ZPO) bewirken.⁷² Der neugefassten Heilungsmöglichkeit des § 189 ZPO⁷³ kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu, da die Heilung nur ex nunc wirkt und damit die in Frage stehende Vollstreckungshandlung nicht nachträglich rechtmäßig wird. Im Übrigen darf der Gerichtsvollzieher auch nicht zu Gunsten des Gläubigers absichtlich an den Schuldner und somit an den falschen Adressaten zustellen.⁷⁴ Der Anwendungsbereich des § 750 Abs. 1 S. 1 a.E., S. 2 ZPO reduziert sich somit auf die Vollstreckung außergerichtlicher Titel oder auf Titel des Amtsgerichts in Verfahren, in denen der Schuldner nicht durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten war.

Doch auch hier erscheint ein Vorgehen nach dieser Norm schließlich dort aussichtslos, wo – wie bei dem Großteil der gerichtlichen Titel – von Amts wegen zugestellt wird, obwohl diese Zustellung selbst nicht konstitutive Wirkung entfaltet. Der Gläubiger hat hier keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der ersten Zustellung. Er kann nur versuchen, neben der amtswegigen Zustellung eine solche nach § 750 Abs. 1 S. 1 a.E., S. 2 ZPO vor-

⁶⁹ § 750 Abs. 1 S. 1 a.E. ZPO erfasst auch die – theoretischen – Fälle, in denen der Gerichtsvollzieher den Vollstreckungsschuldner zusammen mit seinem Prozessbevollmächtigten antrifft.

⁷⁰ Heß, NJW 2002, 2417 (2418); MünchKommZPO²-Heßler, § 750 Rn. 67.

⁷¹ Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahren (Zustellungsreformgesetz – ZustRG), verkündet am 25.06.2001, BGBl. I S. 1206.

⁷² Zum Anwendungsbereich Heß, NJW 2002, 2417 (2421); Zöllner/Stöber, ZPO²⁶, § 192 Rn. 1.

⁷³ Heilung des Zustellungsmangels würde mit Zugang der Urteilsausfertigung beim Prozessbevollmächtigten eintreten – BGH Rpfleger 2001, 360 (361); Heß, NJW 2002, 2417 (2421).

⁷⁴ MünchKommZPO²-Heßler, § 750 Rn. 81. Lässt sich der Gerichtsvollzieher darauf ein, so hat dies (amts-) haftungsrechtliche Konsequenzen, im Fall der Drittbetroffenheit muss er sogar mit seinem Privatvermögen einstehen, da die Amtspflichten des Gerichtsvollziehers in der Zwangsvollstreckung regelmäßig nur zu Gunsten des Gläubigers und des Schuldners bestehen – s. dazu MünchKommBGB⁴-Papier, § 839 Rn. 239; zur besonderen Haftung des Gerichtsvollziehers auch Kühn, DGVZ 1993, 71 f.; zum Prüfungsumfang des Gerichtsvollziehers § 79 GVGA.

nehmen zu lassen und dabei hoffen, mit seinem parallelen Vorgehen schneller zu sein als das Gericht.⁷⁵ Ein Recht des Gläubigers auf einen Zustellungsaufschub durch das Gericht besteht nur im Rahmen des § 317 Abs. 1 S. 2 ZPO. *Schlosser* meint, Abhilfe könne dadurch erfolgen, dass die Gerichte von sich aus dem Gläubiger entgegenkämen und eine Zustellung nicht sofort ausführen müssten, sondern Zeit für eine Parteizustellung einräumen könnten.⁷⁶ Unabhängig davon, ob diese Auffassung zu teilen ist, verbleibt im Ergebnis eine für den Vollstreckungsgläubiger unbefriedigende Situation, denn letztlich entscheidet so die zufällige persönliche Einstellung⁷⁷ des jeweils befassten Urkundsbeamten darüber, ob der Gläubiger den Schuldner mit dem Zwangsvollstreckungsversuch überraschen kann oder nicht.

Dementsprechend kommt eine bei Vollstreckungsbeginn erfolgende Zustellung praktisch nur bei Titeln in Betracht, die im Parteibetrieb zugestellt werden müssen und auch hier ist das Gros dieser Titel (Kostenfestsetzungsbeschlüsse und vollstreckbare Urkunden) über § 798 ZPO (Wartefrist nach Zustellung) dem Bereich des § 750 Abs. 1 S. 1 a.E., S. 2 ZPO entzogen.

Damit verbleiben im Ergebnis nur zwei Fälle, in denen dem Gläubiger definitiv das Erwirken eines Überraschungseffektes nach der Norm des § 750 Abs. 1 S. 1 a.E., S. 2 ZPO möglich ist: die Zwangsvollstreckung aus einem gerichtlichen oder vor einer Gütestelle abgeschlossenen Vergleich (§ 794 Nr. 1 ZPO) oder die Vollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid, der im Parteibetrieb zugestellt wird (§ 699 Abs. 4 S. 1 ZPO).

(2) Die Zustellung nach der Zwangsvollstreckung

In zwei Konstellationen lässt die ZPO darüber hinaus die lediglich nachträglich erfolgende Zustellung des Vollstreckungstitels genügen: Arreste und einstweilige Verfügungen können nach den §§ 929 Abs. 3 S. 1, 936 ZPO zunächst ganz ohne Zustellung an den Schuldner vollzogen werden.⁷⁸ Der Gläubiger, will er die so erreichte Position nicht wieder verlieren, ist aber gehalten, die Zustellung innerhalb einer Woche ab Vollziehung und innerhalb der Vollziehungsfrist nachzuholen (§ 929 Abs. 2 und 3 S. 2

⁷⁵ Hinzu kommt, dass der Gläubiger die Kosten der gleichzeitigen Zustellung tragen muss, wenn er zum Zeitpunkt der Beauftragung des Gerichtsvollziehers mit einer schon erfolgten amtswegigen Zustellung rechnen musste. Dazu s. *Stein/Jonas-Münzberg*, ZPO²², § 788 Rn. 27.

⁷⁶ *Schlosser*, RIW 2002, 809 (811).

⁷⁷ Man ist fast verleitet, von „Tagesform“ zu sprechen.

⁷⁸ *Gleußner*, Vollziehung von Arrest und einstweiliger Verfügung, S. 59 ff. Einstweilige Anordnungen im familiengerichtlichen Verfahren nehmen an dieser Privilegierung indessen nach h.M. nicht teil – s. *Gießler/Soyka*, Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen⁴, Rn. 250.

ZPO). Der damit verbundene Überraschungseffekt kann durch die amtsweilige Zustellung eines Verfügungs- oder Arresturteils (§§ 317 Abs. 1, 166 Abs. 2 ZPO) jedoch auch beim einstweiligen Rechtsschutz aufgehoben werden.

Eine ähnliche Option bietet dem Titelgläubiger die Vorphändung. Gemäß § 845 Abs. 1 S. 3 ZPO bedarf es hier keiner vorherigen Zustellung des Titels. Ohne Nachholung derselben innerhalb eines Monats ist die Vollstreckung aber ebenfalls wirkungslos (§ 845 Abs. 2 ZPO).⁷⁹

d) Verzögerung durch besondere Vollstreckungsvoraussetzungen

Wendet man den Blick von den grundlegenden Erfordernissen jeder Zwangsvollstreckung nach der ZPO zu den Verzögerungen durch die Beibringung besonderer Vollstreckungsvoraussetzungen, rückt eine andere klassische Trias in das Zentrum der Betrachtung – der Eintritt eines Kalendertages (§ 751 Abs. 1 ZPO), die Leistung einer Sicherheit (§ 751 Abs. 2 ZPO) und die Erbringung der Gegenleistung (§§ 756, 765 ZPO).⁸⁰ Hinzu kommen die besonderen Befristungen in der Zwangsvollstreckung (§§ 721, 750 Abs. 3, 798, 882a Abs. 1 ZPO).⁸¹

aa) Ablauf eines bestimmten Kalendertages, § 751 Abs. 1 ZPO

In den Anwendungsbereich des § 751 Abs. 1 ZPO fallen alle Umstände, die kalendermäßig bestimmt sind und die das Vollstreckungsorgan nicht ohnehin auf Grund gesonderter Regelung zu beachten hat.⁸² Erfasst sind somit vor allem Fälligkeitsregelungen (insbesondere bei Verurteilungen zu künftigen oder wiederkehrenden Leistungen gemäß den §§ 257 ff. ZPO), aber auch die nicht nur künftige i.S.d. § 259 ZPO, sondern zudem bedingte (Nichterbringen der Hauptleistung) Verurteilung nach § 510b ZPO. Möglichkeiten zur Abkürzung dieser Fristen existieren für einen Gläubiger, der aus einem Hauptsachetitel vorgehen will, nicht. Auch die Vorratspfändung (§ 850d Abs. 3 ZPO) bietet insoweit keine Option für einen schnellen ers-

⁷⁹ Die Möglichkeit der Vorphändung nach § 845 ZPO übersehen *Sessler/Schreiber*, *SchiedsVZ* 2006, 119 (124 f.), sodass das gewählte Beispiel der Kontenpfändung untauglich ist, um den Notwendigkeit einer „Einzelanalogie“ zu § 929 Abs. 3 ZPO im Rahmen der Sicherungsvollstreckung aus einem Schiedsspruch (§ 1063 Abs. 3 S. 1 ZPO) zu untermauern.

⁸⁰ Vgl. nur *Brox/Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*⁷, Rn. 157.

⁸¹ Stein/Jonas-Münzberg, *ZPO*²², Vor § 704 Rn. 57.

⁸² Zöller/Stöber, *ZPO*²⁶, § 751 Rn. 3, wonach die Wartefristen, Räumungsfristen und Vollstreckungsaufschübe nicht unter § 751 Abs. 1 ZPO fallen. A.A. Stein/Jonas-Münzberg, *ZPO*²², § 751 Rn. 1 i.V.m. § 721 Rn. 1 a.E., insoweit aber inkonsequent, als dass *Münzberg* die von Amts wegen zu beachtenden Umstände (wie § 765a ZPO) ebenso vom Anwendungsbereich des § 751 Abs. 1 ZPO ausnimmt. Auch *Brox/Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*⁷, Rn. 158 ordnen die Räumungsfrist dem § 751 Abs. 1 ZPO zu.