

Zwangsvollstreckungsrecht

Eine Einführung in Recht und Praxis

von
Rolf Lackmann

10. Auflage

Zwangsvollstreckungsrecht – Lackmann

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Allgemeines](#)

Verlag Franz Vahlen München 2013

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4575 6

3. Herausgabe und Leistung von Sachen. Handlungen sind auch die Herausgabe 400 und Leistung von Sachen. Hier greifen aber die Sonderregelungen der §§ 883 ff. ein. Streitig ist allerdings, wie ein Werklieferungsanspruch zu vollstrecken ist.

Beispiel: Ein Schneider ist verurteilt, für den Gläubiger einen näher bezeichneten Maßanzug zu erstellen und an ihn zu liefern.

Hier stellt sich das Problem, dass der Schuldner zunächst die Stoffe beschaffen und dann den Anzug fertigen muss. Diese „Vorarbeiten“ sind notwendig, für den Gläubiger aber nicht so wichtig: ihm ist daran gelegen, dass ihm der fertige Anzug geleistet wird. Gerade auf die Leistung von Sachen aber ist § 887 I, II nicht anwendbar, § 887 III.

– Anerkannt ist, dass Ansprüche auf Lieferung **vertretbarer** Sachen nach § 884 zu vollstrecken sind,¹ weil hier die Beschaffungshandlung als reine Vorbereitungshandlung in den Hintergrund tritt.

– ZT wird angenommen, bei einem Anspruch auf Leistung unvertretbarer Sachen scheide eine Vollstreckung nach §§ 887f. aus.² Der Wortlaut des § 887 III verbiete es, hier eine Vollstreckung nach § 887 zuzulassen.

– Die Gegenmeinung lässt die Vollstreckung nach §§ 887f. zu, wenn der Schuldner seiner Verpflichtung zur Herstellung der Sache nicht nachkommt.³ Diese Auffassung ist zutreffend. § 887 III ist restriktiv auszulegen und steht nicht entgegen, weil auf die notwendige Vorbereitungshandlung abzustellen ist, nicht auf die Leistung selbst. Ist die Sache schon hergestellt, kann sie im Wege der Herausgabevollstreckung erlangt werden.

4. Ansprüche auf Befreiung von einer Verbindlichkeit. Ansprüche auf Befreiung 401 von einer auf Geld gerichteten Verbindlichkeit werden nach § 887, nicht nach §§ 803 ff. vollstreckt, weil es dem Schuldner freisteht, die Befreiung auch anders als durch Geldzahlung herbeizuführen, etwa durch die Vereinbarung einer befreien Schuldübernahme.⁴ Die Höhe der Zahlungsverpflichtung muss sich eindeutig aus dem Titel ergeben (s. auch Rn. 58).⁵

5. Ansprüche auf Abgabe einer Willenserklärung. Die Abgabe einer Willenserklärung ist eine Handlung. Gleichwohl findet die Vollstreckung grundsätzlich nicht nach den §§ 887ff. statt, weil § 894 insoweit eine Sonderregelung enthält. Die Vorschrift setzt aber voraus, dass der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt worden ist. Ist die Verpflichtung zur Abgabe der Willenserklärung in einem anderen Titel enthalten (Prozessvergleich), findet die Vollstreckung nach § 888 statt.⁶

6. Darstellungshinweis: Im Folgenden wird zunächst die Vollstreckung zur Erwirkung vertretbarer (Rn. 403) und unvertretbarer (Rn. 404 ff.) Handlungen näher dargestellt. Das Verfahren wird für beide Vollstreckungsarten gemeinsam erläutert (Rn. 408 ff.), weil es keine Unterschiede aufweist.

II. Die Vollstreckung zur Erwirkung vertretbarer Handlungen, § 887

Die Vollstreckung erfolgt nur auf **Antrag** des Gläubigers. Dieser muss die Handlung, zu deren Vornahme das Gericht den Gläubiger ermächtigen soll, konkret bezeichnen.

Die Vollstreckung geschieht durch die **Ermächtigung** des Gläubigers, die Handlung selbst durchzuführen oder durch einen anderen auf **Kosten des Schuldners**

¹ Msk/Lackmann § 883 Rn. 4 m. w. N.; StJ/Brehm § 883 Rn. 8.

² RGZ 58, 160, 161 f.; Brox/Walker Rn. 1068 m. w. N.

³ Msk/Lackmann § 883 Rn. 4 m. w. N.; Zö/Stöber § 883 Rn. 9.

⁴ BGH NJW 1983, 2438, 2439; TP/Seiler § 887 Rn. 2 b.

⁵ OLG Stuttgart OLGR 2000, 21, 22.

⁶ OLG Hamm NJW 1956, 918; TP/Seiler § 894 Rn. 3.

vornehmen zu lassen, § 887 I. Auf Antrag des Gläubigers kann der Schuldner gleichzeitig zur Zahlung der voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme verurteilt werden, § 887 II. Die Höhe dieser Vorauszahlung setzt das Gericht nach billigem Ermessen fest, in der Regel auf Grund eines vom Gläubiger vorzulegenden Kostenvoranschlags.¹

Leistet der Schuldner Widerstand, so kann dieser mit Hilfe des Gerichtsvollziehers gebrochen werden, § 892. Eine richterliche Anordnung gem. Art. 13 II GG ist bei Maßnahmen in der Wohnung des Schuldners entbehrlich, weil diese nicht durchsucht werden soll.

III. Die Erzwingung unvertretbarer Handlungen, § 888

404 **1. Voraussetzungen.** Ausgeschlossen ist die Zwangsvollstreckung nach § 888, wenn die Vornahme der Handlung nicht allein vom Willen des Schuldners abhängt, etwa weil

- die Handlung dauernd oder zeitweise (Krankheit des Schuldners) unmöglich ist,
- die Vornahme der Handlung besondere künstlerische oder wissenschaftliche Fähigkeiten voraussetzt,²
- wenn ein Dritter mitwirken muss, auf den der Schuldner keinen Einfluss ausüben kann (etwa Mitwirkung eines Architekten beim Bau einer Garage).³

§ 888 III verbietet die Vollstreckung von Verurteilungen zur Leistung unvertretbarer Dienste, § 120 III FamFG die zur Eingehung der Ehe und zur Herstellung des ehelichen Lebens. Aus einer analogen Anwendung der Normen kann die Unzulässigkeit der titulierten Verpflichtung zur Benennung des Namens des Vaters eines nichtehelichen Kindes nicht hergeleitet werden.⁴

Die Vollstreckung erfolgt nur auf **Antrag** des Gläubigers, der die vorzunehmende Handlung möglichst genau beschreiben muss.

405 **2. Durchführung.** Unvertretbare Handlungen können nur vom Schuldner vorgenommen werden. Hier scheidet eine Ersatzvornahme aus, weil ein anderer an Stelle des Schuldners die Handlung nicht erbringen kann. Der Schuldner muss also dazu angehalten werden, die Handlung vorzunehmen, wenn er es nicht freiwillig tut. Hier ist in § 888 der Weg des Zwangsmittels gewählt. Der Schuldner wird durch Zwangsgeld oder Zwangshaft dazu angehalten, seiner Verpflichtung nachzukommen. Aus dem Beugecharakter dieser Maßnahmen folgt, dass aus etwa ergangenen Beschlüssen nicht mehr vollstreckt werden darf, wenn der Schuldner vor der Vollstreckung die geschuldete Handlung vornimmt.

406 **a) Festsetzung.** Nach § 888 II ist eine vorherige Androhung von Zwangsmitteln unzulässig, sie werden vielmehr sogleich festgesetzt. Das Zwangsgeld beträgt mindestens 5,- € (Art. 6 I 1 EGStGB). Das Höchstmaß ist 25 000,- €, § 888 I 2. Für den Fall, dass das Zwangsgeld nicht beigetrieben werden kann, ist eine Ersatzzwangshaft festzusetzen, § 888 I 1. An Stelle des Zwangsgeldes kann auch eine Zwangshaft angeordnet werden, deren Dauer nicht festgelegt werden muss. Das Mindestmaß beträgt 1 Tag (Art. 6 II 1 EGStGB), das Höchstmaß 6 Monate (§§ 888 I 3, 913).

¹ OLG Köln JurBüro 1997, 159.

² Brox/Walker Rn. 1078.

³ TP/Seiler § 888 Rn. 3; Brox/Walker Rn. 1078.

⁴ BGH NJW 2008, 2919 Rn. 15 ff.; OLG Hamm NJW 2001, 1870, 1871.

§ 30. Erwirkung vertretbarer und unvertretbarer Handlungen

141

b) Auswahl. Zwischen einem Zwangsgeld und der Zwangshaft hat das Gericht die Wahl. Dabei ist allerdings der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Eine Haft wird als erstes Zwangsmittel nur dann in Betracht kommen können, wenn sichere Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Schuldner sich allein durch die Verhängung eines Zwangsgeldes nicht beugen lassen wird. Die Verhängung der Zwangsmittel ist mehrfach möglich, wenn der Schuldner die Handlung nicht vornimmt. Art. 103 III GG steht nicht entgegen, weil es sich nicht um Straf-, sondern um Beugemaßnahmen handelt. 407

c) Vollstreckung der Zwangsmittel. Vollstreckt werden die Zwangsmittel auf Antrag des Gläubigers bei der Festsetzung eines Zwangsgelds nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen¹ und bei der Anordnung der Zwangshaft nach den Vorschriften über die Haft (§§ 904 bis 913) auf Grund eines Haftbefehls des Prozessgerichts. Das beigetriebene Zwangsgeld steht der Staatskasse, nicht etwa dem Gläubiger zu.

IV. Das Verfahren bei der Handlungsvollstreckung

1. Zuständigkeit. Funktionell **zuständig** ist das Prozessgericht des ersten Rechtszugs. Handelt es sich bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszugs um ein Landgericht oder ein Familiengericht, muss nach hM ein **Anwalt** den Antrag stellen. Eine Befreiung vom Anwaltszwang ist in diesen Fällen gesetzlich nicht vorgesehen. Dem Schuldner ist vor der Entscheidung zwingend **rechtliches Gehör** zu gewähren (§ 891 S. 2); eine mündliche Verhandlung ist fakultativ. 408

2. Erfüllungseinwand. Streitig ist, ob der Schuldner in dem Verfahren nach §§ 887f. mit dem Einwand gehört werden darf, er habe die **geschuldete Leistung** bereits erbracht, und ob darüber ggfls. Beweis zu erheben (s. dazu Rn. 221) ist. 409

- ZT (seit der BGH-Entscheidung nahezu einhellige Rechtsprechung) wird der Erfüllungseinwand aus prozessökonomischen Gründen zugelassen.² Das Prozessgericht müsse auch über eine Vollstreckungsabwehrklage entscheiden. Das Recht des Schuldners, diese Klage zu erheben, bleibe unberührt.
- Zutreffend ist demgegenüber die Auffassung, dass der Erfüllungseinwand, jedenfalls wenn er streitig ist, nur berücksichtigt werden darf, wenn die Erfüllung durch liquide Urkunden entsprechend § 775 Nr. 4 nachgewiesen ist.³ Der Erfüllungseinwand ist grundsätzlich mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend zu machen. Die Erfüllung gehört allenfalls sehr eingeschränkt (§ 775 Nr. 4, 5) zur Prüfungskompetenz der Vollstreckungsorgane. Ließe man den Erfüllungseinwand zu, könnte der Schuldner (ohne Vorschuss!) das Vollstreckungsverfahren untragbar in die Länge ziehen.

Die Vollstreckung unvertretbarer Handlungen darf aber nicht betrieben werden, wenn die Vornahme dem Schuldner unmöglich ist (nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig, § 888 I 1). Dieser normalerweise materielle Einwand ist daher im Vollstreckungsverfahren zu prüfen.⁴

3. Die Entscheidung ergeht durch **Beschluss** (§ 891 S. 1), in dem 410

- bei vertretbaren Handlungen der Gläubiger zur Ersatzvornahme ermächtigt und der Schuldner ggfls. zur Zahlung der voraussichtlichen Kosten verurteilt wird,

¹ BGH NJW 1983, 1859 f.; OLG Stuttgart FamRZ 1997, 1495; TP/Seiler § 888 Rn. 15.

² BGH NJW 2005, 367, 369 m. w. N.

³ KG NJW-RR 2003, 214f.; OLG München NJW-RR 2002, 1034, 1035; OLG Düsseldorf OLGR 2001, 281, 283; OLG Hamm OLGR 2001, 55f.; OLG Dresden FamRZ 2001, 178; MK/Gruber § 887 Rn. 17 m. w. N.; Msk/Lackmann § 887 Rn. 19 m. w. N.

⁴ OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 1168 (LS); OLG Hamm NJW-RR 1988, 1087, 1088; Msk/Lackmann § 888 Rn. 9.

142 2. Teil. Arten der Zwangsvollstreckung, interne Rechtsbehelfe

- bei unvertretbaren Handlungen das Zwangsgeld mit der Ersatzzwangshaft oder die Zwangshaft festgesetzt wird.

Nach § 891 S. 3 ist auch über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden.

- 411 4. Rechtsmittel gegen den Beschluss des Prozessgerichts ist die sofortige Beschwerde nach § 793, da es sich
 - um eine Entscheidung (rechtliches Gehör, § 891 S. 2)
 - im Zwangsvollstreckungsverfahren
 - mit fakultativer mündlicher Verhandlung (§ 891 S. 1 iVm. § 128 IV) handelt.

§ 31. Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Duldungen und Unterlassungen

I. Überblick

- 412 Ist der Schuldner dazu verurteilt worden, bestimmte Handlungen zu unterlassen oder die Vornahme von Handlungen zu dulden, erfolgt die Vollstreckung nach § 890. Verletzt der Schuldner seine Verpflichtung, können gegen ihn Ordnungsmittel – Ordnungsgeld oder Ordnungshaft – festgesetzt werden.

Voraussetzungen sind im Wesentlichen

- ein Duldungs- bzw. Unterlassungstitel (Rn. 413),
- ein Antrag (Rn. 414),
- die vorherige Androhung des Ordnungsmittels
- sowie ein schuldhafter (Rn. 416) Verstoß (Rn. 415) gegen die titulierte Verpflichtung.

Die Rechtsfolge kann bestehen

- in einem Ordnungsmittelbeschluss (Rn. 418),
- bei Unterlassungstiteln nach dem GewSchG in Zwangsmaßnahmen des Gerichtsvollziehers (Rn. 417).

II. Begriffsbestimmung und Abgrenzung

- 413 1. Unterlassen iSd. § 890 I ist ein untätigtes Verhalten, das einen bestimmten Kaufverlauf nicht mitbestimmend beeinflusst.¹ Dies kann in zwei Formen möglich sein:²

- Einmal kann der Schuldner verpflichtet sein, durch ein Untätigbleiben einen bestimmten Geschehensablauf nicht zu beeinflussen.

Beispiel: Der Schuldner will ein Plakat mit rechtsradikaler Hetzpropaganda an sein Wohnzimmerfenster hängen. Der Vermieter erfährt vorher davon und erwirkt einen Unterlassungstitel.

- Zum anderen kann er aber auch zu einem aktiven Tun verpflichtet sein,³ wenn er bestehende Beeinträchtigungen aufrecht erhält und nach wie vor ausnutzt.

Beispiel: Der Schuldner hat das Hetzplakat bereits aufgehängt. Der Vermieter erwirkt ein Unterlassungsurteil. Hier muss der Schuldner das Plakat natürlich auch entfernen.

¹ MK/Gruber § 890 Rn. 4; Msk/Lackmann § 890 Rn. 2 m. w. N.

² TP/Seiler § 890 Rn. 2 a, 2 b.

³ Vgl. BGH NJW-RR 2003, 1235, 1236.

Maßgeblich für die Frage, ob ein Unterlassungstitel vorliegt, ist allein der Wortlaut des Titels. Ist dieser nur auf Unterlassung gerichtet, kommt eine Handlungsvollstreckung nach §§ 887f. nach hM nicht in Betracht.¹

2. Dulden iSd. § 890 I ist die Verpflichtung des Schuldners, die Vornahme der Handlung eines anderen nicht zu behindern.

III. Das Vollstreckungsverfahren

1. Voraussetzungen. Die Vollstreckung setzt – neben den allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen – einen Antrag des Gläubigers voraus. Der Gläubiger hat sich dabei anwaltlich vertreten zu lassen, wenn in dem Ursprungsprozess Anwaltszwang bestand. Funktionell zuständiges Vollstreckungsorgan ist das Prozessgericht des ersten Rechtszugs, § 890 I 1.

2. Androhung. Vor Erlass eines Ordnungsmittels muss dieses angedroht worden sein, § 890 II. Die Androhung kann nach der Vorschrift bereits in dem Titel ausgesprochen sein, wobei ein Prozessvergleich nicht ausreicht.² Die Ordnungsmittel, die dem Schuldner auferlegt werden können, sind dabei konkret zu bezeichnen. Ausreichend ist die Angabe der Art und des Höchstmaßes:³

„Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wird dem Schuldner die Verhängung eines Ordnungsgeldes bis zu 250 000,- € oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten angedroht.“

Wird nur ein geringeres Höchstmaß bei der Androhung angegeben, darf dieses bei Erlass des Ordnungsmittels nicht überschritten werden.

3. Verstoß. Der Schuldner muss gegen seine titulierte Verpflichtung verstoßen haben. Unproblematisch ist diese Voraussetzung, wenn die Handlung, die der Schuldner trotz seiner Unterlassungsverpflichtung vornimmt, schon nach dem Wortlaut des Titels verboten ist. Untersagt sind aber auch alle Handlungen, die nach der Verkehrsauffassung der verbotenen gleichwertig sind; das sind solche, die im Kern mit der Verletzungshandlung übereinstimmen.⁴ Dem Schuldner darf es nicht gestattet sein, durch andere Handlungen, die zum gleichen Ergebnis führen, das Verbot zu unterlaufen.

Beispiel: Der Titel lautet darauf, dass der Schuldner es zu unterlassen hat, die Gläubigerin mit „altes Schwein“ zu bezeichnen. Es können gegen ihn zB auch dann Ordnungsmittel verhängt werden, wenn er die Gläubigerin mit „mittelalterliches Schwein“ oder „alte Kuh“ tituliert.

4. Verschulden. Der Verstoß muss schuldhaft erfolgt sein. Dies folgt daraus, dass § 890 neben dem prozessualen Begecharakter auch Straffunktion hat.⁵ Hieran hat eine Neufassung des Gesetzes, die den Begriff „Strafe“ durch „Ordnungsgeld“ bzw. „Ordnungshaft“ ersetzt hat, nichts geändert.⁶ Das Verschulden eines Erfüllungsge-

¹ OLG Hamburg WRP 1989, 402, 403; MK/Gruber § 890 Rn. 7; Msk/Lackmann § 890 Rn. 1 m. w. N.; Brox/Walker Rn. 1093; aA OLG Hamm OLGZ 1974, 62, 63f.; StJ/Brehm § 890 Rn. 5 f.; TP/Seiler § 890 Rn. 4.

² OLG Hamm MDR 1988, 506; Msk/Lackmann § 890 Rn. 7; TP/Seiler § 890 Rn. 18.

³ OLG Hamm NJW-RR 1988, 960; TP/Seiler § 890 Rn. 20.

⁴ BGHZ 5, 189, 193f.; Msk/Lackmann § 890 Rn. 4; TP/Seiler § 890 Rn. 17.

⁵ BVerfG NJW 1991, 3139; BGH NJW 2004, 506, 509; Msk/Lackmann § 890 Rn. 5; TP/Seiler § 890 Rn. 15; aA nur BL/Hartmann § 890 Rn. 21.

⁶ BVerfG NJW 1981, 2457.

hilfen kann dem Schuldner nicht über § 278 BGB¹ oder das des Rechtsanwalts über § 85² zugerechnet werden. Es muss vielmehr ein persönliches Verschulden des Schuldners vorliegen, das allerdings in einer unzureichenden Belehrung und Überwachung seiner Angestellten liegen kann.

Die Grundsätze des Fortsetzungszusammenhangs in seiner für die Vertragsstrafe entwickelten Bedeutung sollen nach Aufgabe der strafrechtlichen und vertragsstrafrechtlichen Rechtsprechung hierzu nicht mehr zu beachten sein;³ hieran wird sich die Praxis zu orientieren haben. Es sind bei der Bemessung des Ordnungsmittels auch ohne die Grundsätze der fortgesetzten Handlung alle Umstände zu berücksichtigen, die es angemessen erscheinen lassen, bei wiederholten Verstößen nicht das Vielfache der für eine einzelne Zuwiderhandlung als angemessen erachteten Sanktion zu verhängen.⁴

417 **5. Verfahren.** a) **Ordnungsmittelverfahren.** Das zuständige Prozessgericht des ersten Rechtszuges hat den Schuldner vor der Entscheidung anzuhören, § 891 S. 2. Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen, § 891 S. 1 iVm. § 128 IV. Besteht der Schuldner eine Zuwiderhandlung, muss der Gläubiger sie beweisen. Ggf. muss durch eine Beweisaufnahme (s. dazu Rn. 221) geklärt werden, ob der Schuldner den behaupteten Verstoß tatsächlich begangen hat.

b) **Unmittelbarer Zwang.** Bei einem Titel, der eine Unterlassungsanordnung nach § 1 GewSchG enthält, kann bei einer Zuwiderhandlung (abgesehen von der ebenfalls gegebenen Möglichkeit eines Ordnungsmittelbeschlusses) der Gerichtsvollzieher gem. § 96 FamFG zur Beseitigung einer andauernden Zuwiderhandlung Zwangsmaßnahmen ergreifen. Beispielsweise kann er (unter Beziehung von Zeugen, § 96 I 2 FamFG, § 759) den Schuldner, dem das Betreten der Wohnung seiner Frau nach dem GewSchG untersagt worden ist, zwangsweise aus der Wohnung setzen, wenn er sich verbotswidrig in ihr aufhält.

418 **6. Entscheidung.** Das Ordnungsmittel wird – auch wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat – durch **Beschluss** festgesetzt, weil die mündliche Verhandlung fakultativ ist. Sind sowohl eine juristische Person als auch ihr Organ aus einem Vollstreckungstitel zur Unterlassung verpflichtet und handelt das Organ im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit für die juristische Person dem Verbot zuwider, ist nur gegen die juristische Person ein Ordnungsgeld nach § 890 festzusetzen.⁵

a) Das Ordnungsgeld beträgt mindestens 5,- € (Art. 6 I 1 EGStGB) und höchstens 250 000,- € je Zuwiderhandlung (§ 890 I 2). Enthält die Androhung ein geringeres Ordnungsgeld, so darf dieses nicht überschritten werden. Für den Fall, dass das Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden kann, ist eine Ersatzordnungshaft anzuordnen.

b) Die Ordnungshaft beträgt mindestens 1 Tag (Art. 6 II 1 EGStGB) und höchstens 6 Monate je Zuwiderhandlung (§ 890 I 1), insgesamt nicht mehr als zwei Jahre. Zur Wahl und zur Bemessung des Ordnungsmittels s. o. Rn. 407.

c) Die Vollstreckung der Ordnungsmittel erfolgt nicht durch den Gläubiger, sondern von Amts wegen nach § 1 I Nr. 3 JBeitrO auf Veranlassung des Vorsitzenden des Prozessgerichts durch den zuständigen Rechtspfleger, §§ 4 II Nr. 2 a, 31 III RPflG.

d) Eine Kostenentscheidung ist gem. § 891 S. 3 erforderlich. **Rechtsmittel** gegen den Beschluss ist die sofortige Beschwerde nach § 793.

¹ BVerfG NJW 1967, 195; Msk/Lackmann § 890 Rn. 5; s. a. TP/Seiler § 890 Rn. 12.

² OLG Jena InVo 2002, 68.

³ BGH NJW 2009, 921 Rn. 14 m.w.N.; aA Zö/Stöber § 890 Rn. 20.

⁴ BGH NJW 2009, 921 Rn. 14.

⁵ BGH NZG 2012, 320 6 ff.

7. Titelwegfall. Streitig ist, ob aus einem Ordnungsmittelbeschluss auch dann 419 noch vollstreckt werden darf, wenn nach einem Verstoß der Titel ohne Rückwirkung wegfällt.

Beispiel: Dem Schuldner ist im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt worden, einen Baum auf seinem Grundstück zu fällen. Er lässt den Baum fällen und erwirkt eine Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände (§§ 936, 927).

Die hM nimmt wegen des Beuge- und Strafcharakters zu Recht an, dass bei einer Titelaufhebung ex nunc das Ordnungsmittel noch zu vollstrecken ist.¹ Ist gegen ein befristetes Unterlassungsgebot innerhalb der Frist verstoßen worden, kann ein Ordnungsgeld auch noch verhängt werden, wenn der Antrag erst nach Fristablauf gestellt wird.² Das eigentliche Beugemittel bei der Vollstreckung nach § 890 ist die Androhung des Ordnungsmittels. Das Ordnungsmittel selbst hat in erster Linie nur noch Strafcharakter. Bei einer anderen Auslegung bliebe eine Zu widerhandlung des Schuldners gegen das Unterlassungsgebot häufig völlig sanktionslos, wenn der Schuldner die Handlung gleichwohl vornimmt.

Wirkt die Titelaufhebung **ex tunc** (zB bei nicht nur für die Zukunft wirksamer übereinstimmender Erledigungserklärung,³ Klagerücknahme), ist eine Vollstreckung unzulässig, weil es an einem Titel fehlt.

§ 32. Die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung

I. Zweck, Anwendungsbereich

Die Abgabe einer Willenserklärung ist eine **unvertretbare Handlung**. Hier hat der 420 Gesetzgeber aber einen gegenüber § 888 einfacheren Vollstreckungsweg gewählt. Die Abgabe der Willenserklärung wird gem. § 894 I 1 mit der Rechtskraft des Urteils fingiert, die Willenserklärung gilt also als abgegeben.

§ 894 findet allerdings nur Anwendung bei **Titeln**, die in **Rechtskraft** erwachsen. Die in einem Prozessvergleich enthaltene Verpflichtung des Schuldners, eine Willenserklärung abzugeben, muss daher nach § 888 vollstreckt werden.

Der Titel muss auf **Abgabe einer Willenserklärung** gerichtet sein. Neben rechtsgeschäftlichen Erklärungen (zB Übereignungsangebot) kommen auch prozessrechtliche (zB Verpflichtung zur Klagerücknahme) in Betracht.

II. Fiktionswirkung

Die Wirkung der Fiktion tritt grundsätzlich mit der **formellen Rechtskraft** des Titels ein (s. aber § 895 S. 1). 421

Ist nach dem Titel die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, tritt die Fiktion des § 894 I 1 erst ein, sobald nach §§ 726, 730 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Titels erteilt ist, § 894 I 2. Vor Erteilung der Ausfertigung muss dem zuständigen Rechtspfleger nachgewiesen werden, dass die Gegenleistung erbracht ist oder der Gläubiger der Gegenleistung, also der Schuldner der Abgabe der Willenserklärung, sich in Annahmeverzug befindet, § 726 II. Kann der Nachweis nicht durch öffentliche oder öffentlich

¹ OLG Hamm NJW-RR 1990, 1086 f.; OLG Köln JMBI NW 1983, 118 ff.; Msk/Lackmann § 890 Rn. 16; TP/Seiler § 890 Rn. 22; aA StJ/Brehm § 890 Rn. 27.

² OLG Stuttgart OLGR 2001, 248, 249 f.

³ BGH NJW 2004, 506, 508 f.; TP/Seiler § 890 Rn. 35; aA OLG Düsseldorf InVo 2002, 69.

beglaubigte Urkunden erbracht werden, muss der Vollstreckungsgläubiger auf Erteilung der Klausel klagen, § 731.

III. Materielles Recht

422 Das Urteil ersetzt jede rechtsgeschäftliche Form, etwa die notarielle Beurkundung der Willenserklärung.

Der Zugang der Willenserklärung wird allerdings nicht ersetzt. Er richtet sich nach §§ 130 ff. BGB. Ist der Zugang an Dritte erforderlich, muss der Gläubiger eine Urteilsausfertigung oder Abschrift übersenden. Auch die Annahmeerklärung des Gläubigers wird durch das Urteil nicht ersetzt. Bei der noch abzugebenden Erklärung muss dieser ggfls. eine vorgeschriebene Form beachten. Da § 894 I eine Willenserklärung fingiert, finden für einen Rechtserwerb auch die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten Anwendung, § 898.

Die für den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen erforderliche Übergabe gilt als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt, § 897 I. Die Verurteilung zur Übereignung enthält auch die Herausgabepflicht; die Vollstreckung erfolgt insoweit nach § 883.