

Kurze Beiträge

Rechtsanwalt Dr. Thomas Doms, Celle

Eine Möglichkeit zur Vereinfachung der Zwangsvollstreckung bei Zug-um-Zug-Leistung

I. Problematik

Bei der Zwangsvollstreckung aus einem Urteil kann der rasche und möglichst unkomplizierte Zugriff von entscheidender Bedeutung werden. Das gilt gerade in solchen Fällen, in denen eine Vielzahl von Gläubigern vollstreckt. Leicht kann dann derjenige Gläubiger „ins Hintertreffen“ geraten, dessen Titel nur Zug-um-Zug vollstreckbar ist, etwa bei Erfüllungsansprüchen aus einem Kaufvertrag oder bei Rückgewähransprüchen nach vollzogener Wandlung.

Hat zum Beispiel ein oberbayerischer Landwirt von einem Landwirt in Ostfriesland einen Mährescher gekauft und geliefert erhalten, dann werden die tatsächlichen Schwierigkeiten nach einer erklärten Wandlung offenkundig. Ein anderes Beispiel wäre ein Antiquitätenhändler aus Freiburg, der Zahlung des Kaufpreises von einem Hamburger Kunden verlangen kann, Zug-um-Zug gegen Lieferung eines schweren Eichenschrankes.

Die Frage ist nun, ob und wie der Gläubiger den Schwierigkeiten bei der Zwangsvollstreckung bereits im Klageverfahren begegnen kann. Für die Beantwortung sind die materielle und die vollstreckungsrechtliche Rechtslage zu beurteilen.

II. Materielle Rechtslage

Bei einem gegenseitigen Vertrag sind, wenn anderweitige Abmachungen fehlen, die Leistungen Zug-um-Zug zu erbringen. Wird die Leistung vom Schuldner ordnungsgemäß angeboten (§ 294 BGB), bietet der Gläubiger aber nicht gleichzeitig die Gegenleistung an, so kommt letzterer in Verzug (§ 298 BGB). Der Verzug löst vielfältige Rechtsfolgen aus und gibt u. a. dem Verkäufer die Möglichkeit, die ihm zustehende Leistung (meistens Geld) zu verlangen, ohne jetzt jedoch verpflichtet zu sein, seine (Verkäufer-)Leistung gleichzeitig anbieten zu müssen.

Beim Rücktritt von einem Vertrag verhält es sich ähnlich. Durch den Rücktritt wird der ursprüngliche Vertrag umgewandelt in ein Rückabwicklungsverhältnis (Rückgewährschuldverhältnis). Der Erfüllungsort für den Wandlungsvollzug ist dort, wo sich die Sache zur Zeit der Wandlung vertragsgemäß befindet (sog. Austauschort, h. M.).¹ Nimmt der andere Teil die Sache grundlos nicht zurück, so tritt Verzug ein.

Als materiellrechtliche Folge ergibt sich bei Annahmeverzug, daß der eine Teil von dem in Verzug befindlichen Gegner dessen Leistung verlangen kann, ohne gleichzeitig Zug-um-Zug seine Leistung erbringen zu müssen (§§ 274 II, 322 BGB).

III. Vollstreckungsrechtliche Rechtslage

Der Gerichtsvollzieher vollstreckt nach Maßgabe des Titels. Dabei wird die Vollstreckungsklausel unabhängig davon erteilt, ob die Gegenleistung erbracht ist oder nicht (§ 726 II ZPO), weil andernfalls der Gläubiger zunächst seine eigene Leistung erbringen, also vorleisten müßte, um eine vollstreckbare Ausfertigung zu erhalten. Deshalb wird § 726 II ZPO ergänzt durch §§ 756, 765 ZPO. Danach darf der Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung erst beginnen, wenn dem Schuldner die Leistung des Gläubigers ordnungsgemäß angeboten wird², so daß Annahmeverzug eintritt, oder wenn durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 415 ZPO) nachgewiesen wird, daß sich der Schuldner in Annahmeverzug befindet.

Urteile sind öffentliche Urkunden i. S. von §§ 756, 765 ZPO. Auszugehen ist jedoch von dem Grundsatz der formalisierten Zwangsvollstreckung³, wonach dem Vollstreckungsorgan die Prüfung materiellrechtlicher Fragen und Einwendungen versagt ist. Befindet sich nun im Urteilstenor keine Feststellung über den Annahmeverzug des Schuldners⁴, dann ist unklar, ob der Gerichtsvollzieher die Leistung in einer erneuten Verzug der Annahme begründenden Weise anbieten muß oder ob er den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des Urteils heranziehen darf, um selbständig zu ermitteln, ob Annahmeverzug bereits vorliegt.

1. Letzteres wird verschiedentlich bejaht für solche Fälle, in denen der Annahmeverzug klar ersichtlich ist⁵. Dies erscheint auf den ersten Blick bestechend, birgt aber erhebliche Risiken für den Gläubiger. Die materiellrechtliche Frage, ob Annahmeverzug eingetreten ist, wird sich anhand des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe, und damit der dort wiedergegebenen Tatsachen – und darauf kommt es an! –, oft nicht oder nur unter Schwierigkeiten beantworten lassen. Man vergewärtige sich nur die unterschiedlichen Voraussetzungen des Annahmeverzuges bei Hol-, Bring- und Schickschulden. Das Gericht ist auch nicht gehalten, Feststellungen zur Frage des Annahmeverzuges zu treffen, wenn dies für die Entscheidung über den Klaganspruch nicht erheblich ist. Allein der Klageabweisungsantrag des Schuldners reicht nicht aus, um daraus zwingend auf Annahmeverzug schließen zu können⁶. Soweit aber Vorgänge im Urteil nicht erwähnt sind, dürfen sie nicht berücksichtigt werden, denn der Gerichtsvollzieher ist für den Nachweis des Verzugs auf öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden angewiesen. Es darf vom Vollstreckungsorgan auch nicht verlangt werden, schwierige (materiellrechtliche) Überlegungen anzustellen und daraus rechtliche Konsequenzen zu ziehen⁷.

Ist der Gerichtsvollzieher nicht bereit, den Annahmeverzug dem Tatbestand oder den Entscheidungsgründen zu entnehmen, so kann je nach Lage des Falles (sofortige) Beschwerde (§ 793 ZPO) oder Erinnerung (§ 766 ZPO) eingelegt werden von einem der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten. Hierdurch eintretende zeitliche Verzögerungen wirken sich zum Nachteil des beitreibenden Gläubigers aus.

2. Ist hingegen der Annahmeverzug bereits im Urteilstenor festgehalten, dann ist er damit durch eine öffentliche Urkunde unzweifelhaft belegt. Die Zwangsvollstreckung kann begonnen werden, ohne gleichzeitig die Gegenleistung anbieten zu müssen.

IV. Empfehlung: Feststellungsantrag

Es ist ein Feststellungsantrag etwa des Inhalts erforderlich:

„Es wird festgestellt, daß sich der Beklagte in Annahmeverzug befindet.“

Ein entsprechender Antrag setzt ein „rechtliches Interesse“ an einer „alsbaldigen“ Feststellung voraus (§ 256 ZPO). Ein rechtliches Interesse an der Feststellung folgt daraus, die materielle Rechtslage in der Zwangsvollstreckung möglichst rasch und einfach durchzuführen. Ein alsbaldiges Interesse ist auch gegeben, denn der Gläubiger wird regelmäßig daran interessiert sein, sofort mit der Beitreibung seiner Ansprüche zu beginnen, wenn er einen vollstreckungsfähigen Titel in Händen hat. Der Feststellungsantrag hat selbständige Bedeutung (§ 5 ZPO). Sein Wert richtet sich nach den (geschätzten) Transportkosten.

V. Zusammenfassung

Kann der Gläubiger seine Leistung nur Zug-um-Zug verlangen, so muß bei der Zwangsvollstreckung dem Schuldner gleichzeitig die Gegenleistung angeboten werden gem. §§ 756, 765 ZPO. Das kann zu tatsächlichen Schwierigkeiten führen (etwa bei einer unhandlichen Sache oder großer Entfernung), aufgrund deren der betreibende Gläubiger gegenüber anderen Gläubigern, die unbedingt vollstrecken können, ins Hintertreffen geraten

1) Vgl. BGH, NJW 1983, 1479 = ZIP 1983, 581 (582) m. w. Nachw.

2) Der Gerichtsvollzieher beurkundet das tatsächliche Angebot der Leistung (s. § 61 I Nr. 3 BeurkG und, für Niedersachsen, § 251 Nr. 6 NdsFGG). Der Ablauf der Vollstreckung ist im einzelnen in § 84 GVGA erläutert (Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher i. d. F. vom 1. 1. 1983, gilt für die hier angesprochene Frage bundeseinheitlich).

3) Vgl. hierzu Bruns-Peters, ZwangsvollstreckungsR, 2. Aufl. (1976), § 5 I 2.

4) Für die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil ist es nicht erforderlich, daß der Annahmeverzug erst nach Erlaß des Urteils eingetreten ist (RG, JW 1909, 463 Nr. 23; OLG Colmar, OLGE 17, 188; a. A. Schneider, JurBüro 1966, 916).

5) KG, MDR 1975, 149, wonach sich der Annahmeverzug „liquide“ aus dem Urteil ergeben muß.

6) KG, NJW 1972, 2052; a. A. LG Bonn, NJW 1963, 721 (722); Schneider, JurBüro 1966, 916.

7) Gilleßen-Jakobs, DGVZ 1981, 53. Vgl. auch OLG Celle, NdsRPf 1959, 19, und Stojek, MDR 1977, 456, zur Prüfungskompetenz des Gerichtsvollziehers.

kann. Oftmals wird auch nicht damit zu rechnen sein, daß der Schuldner seine Leistungen bereithält.

Steht aufgrund einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde der Annahmeverzug bereits fest, so kann der Gläubiger sofort mit der Zwangsvollstreckung beginnen, ohne gleichzeitig seine Leistung dem Schuldner anbieten zu müssen. Urteile sind öffentliche Urkunden i. S. von §§ 756, 765 ZPO. Unklar ist jedoch, ob sich der Annahmeverzug des Schuldners bereits aus dem Tenor des Urteils ergeben muß oder ob der Gerichtsvollzieher selbständig anhand des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe ermitteln darf, ob sich der Schuldner in Verzug befindet. Letzteres wird teilweise von der Rechtsprechung bejaht, allerdings unter Beschränkung auf einfache Fälle. Eine brauchbare Abgrenzung zwischen einfachen und schwierigen Fällen gibt es nicht. In Zweifelsfällen wird sich der Gerichtsvollzieher, schon wegen des Grundsatzes der formalisierten Zwangsvollstreckung, dafür entscheiden, erneut anzubieten, um die Voraussetzungen einer Zwangsvollstreckung gem. § 756 ZPO zu schaffen. Daß sich der Schuldner möglicherweise schon längstens (materiell-rechtlich) in Annahmeverzug befindet, ändert daran nichts, weil eben der Annahmeverzug vollstreckungsrechtlich „greifbar“ gemacht werden muß.

Ergibt sich bereits aus dem Tenor des Urteils, daß sich der Schuldner in Annahmeverzug befindet, so sind sämtliche Zweifel beseitigt, und der Gerichtsvollzieher kann unbedingt mit der Zwangsvollstreckung beginnen. Für den Anwalt empfiehlt es sich deshalb, einen entsprechenden Feststellungsantrag zu stellen. Eine spätere Klageerweiterung um den Feststellungsantrag dürfte, auch in der Berufungsinstanz, keine Schwierigkeiten bereiten.

Professor Dr. Karsten Schmidt, Hamburg

Der allgemeine Gerichtsstand konkursbefangener Handelsgesellschaften*

I. Das Problem

1. *Der Ausgangsfall.* Nach dem Beschluß des I. BGH-Senats vom 27. 10. 1983 ist für Klagen, die sich materiell gegen die Konkursmasse richten, der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz des Konkursverwalters begründet, sofern nicht ein ausschließlicher Gerichtsstand gegeben ist. Im Hinblick auf das ungebrochene Vorherrschen der sogenannten Amtstheorie¹ und auf die überwiegend in der Zuständigkeitsfrage gezogenen Konsequenzen kann diese Auffassung nicht überraschen². Die Praxis wird sie vorerst als Datum zur Kenntnis nehmen. Aufmerksamkeit verdient allerdings die Tatsache, daß nicht irgendein Insolvenzverfahren vorlag, sondern eine Unternehmensinsolvenz: Gemeinschuldnerin war eine GmbH & Co. KG mit Sitz in Ravensburg; Konkursverwalter war ein Rechtsanwalt in Stuttgart. Wäre die Gesellschaft im Vergleich und nicht im Konkurs gewesen, so wäre ihr allgemeiner Gerichtsstand in Ravensburg geblieben (§ 17 ZPO); wäre sie masselos in Liquidation gegangen³, so wäre das Ergebnis dasselbe gewesen; die Bestellung des Konkursverwalters, also eines Amtstreuhänders i. S. der Amtstheorie, verlagerte ihren allgemeinen Gerichtsstand, folgt man dem BGH, nach Stuttgart.

2. *Zum Streitstand.* Die vom Senat für den Stand der Meinungen aufgeführten Stimmen sollen hier nicht wiederholt werden. Es leuchtet ein, daß die Vertretertheorie auf den Wohnsitz bzw. Sitz des Gemeinschuldners⁴, die Organtheorie, die die Masse als Rechtssubjekt ansieht⁵, auf den Sitz bzw. Verwaltungssitz der Masse abstellt⁶. Hervorgehoben sei jedoch, daß diese letzte Lösung auch von solchen Autoren favorisiert wird, die nicht einer konsequenten Organtheorie das Wort reden⁷. Nach Friedrich Weber kann zwar nicht der Wohnsitz des Schuldners, wohl aber muß analog § 17 I ZPO der Ort der Verwaltung maßgebend sein, „denn der Konkursverwalter führt den Prozeß nicht für sich persönlich, sondern als Sondergutsverwalter“. Dem schließt sich Henckel mit der Begründung an, auch die Amtstheorie müsse berücksichtigen, daß der Verwalter nicht mit dem Eigenvermögen, sondern mit der Masse Partei ist. Diese Auffassung stellt allerdings den Kläger vor die bisweilen schwierige Frage, wo denn der „Verwaltungsmittelpunkt der Masse“ ist. Uhlenbruck schließlich will „vor allem bei juristischen Personen und größeren Unternehmen“ auf die Grundsätze des § 71 KO zurückgreifen: „Der Mittelpunkt der geschäftlichen Tätigkeit des Gemeinschuldners fixiert zugleich auch den Gerichtsstand für Prozesse gegen den Konkursverwalter. Der geschäftliche Mittelpunkt ist in der Regel dort, wo der Gemeinschuldner zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung seinen Sitz oder Wohnsitz hatte.“ Das rechtspolitische Konzept leuchtet

ein: Unternehmensprozesse werden auch im Konkurs des Unternehmens bei dem Geschäftssitz geführt. Die rechtsdogmatische und rechtspraktische Durchführbarkeit einer solchen auf „juristische Personen und größere Unternehmen“ bezogenen Sonderregel stößt aber auf Zweifel, solange man es bei den geläufigen „Konkursverwaltertheorien“ beläßt.

II. Die Lösung des BGH

Der nunmehr vom BGH bestätigten herrschenden Auffassung fehlt der Ehrgeiz, Unternehmensprozesse im Konkurs beim Sitz des Unternehmens zu belassen. Dafür ist sie aber auch von den sich bei der Gegenansicht abzeichnenden Unschärfen frei.

1. *Die dogmatischen Grundlagen: Amtstheorie und formeller Parteibegriff.* a) Nach Jauernig⁸ hat der Theorienstreit um das Amt des Konkursverwalters, „so gut wie keine Bedeutung“. Fritz Baur⁹ hat jüngst wieder von der Amtstheorie gesagt, sie verdiene den Vorzug, soweit es darum gehe, „den rechtlichen Typ des Konkursverwalters möglichst anschaulich zu kennzeichnen“, aber es wäre „verfehlt und Ausdruck einer unzulässigen Begriffsjurisprudenz, aus einer begrifflichen Festlegung der Rechtsstellung des Konkursverwalters rechtliche Schlußfolgerungen für gesetzlich nicht geklärte Zweifelsfragen zu ziehen“. Der Beschluß des BGH macht deutlich, daß die h. M. die Amtstheorie sehr wohl im Sinne der Ableitung von Ergebnissen verwendet. Kläger und Beklagter ist in den Worten des BGH „der Konkursverwalter, der nach ständiger Rechtsprechung des RG und des BGH als Partei kraft Amtes die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Vermögensinhabers in eigenem Namen und aus eigenem Recht, nicht als Vertreter des Gemeinschuldners, ausübt“. Damit ist die Vertretertheorie abgelehnt, und es liegt die Folgerung auf der Hand: „Der Wohnsitz bzw. Sitz des Gemeinschuldners scheidet als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes aus.“ Es kann bei dieser Sicht der Dinge nicht überraschen, wenn auch die Organtheorie in ihren verfahrensrechtlichen Folgen abgelehnt wird: „Anknüpfungspunkt bei der Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes ist auch nicht der Sitz (Ort der Belegenheit) der Masse. Einer direkten Anwendung des § 17 ZPO steht entgegen, daß die Konkursmasse kein selbständiges Sondervermögen mit eigener Rechtspersönlichkeit ist. Weder in der Konkursordnung noch sonst ist bestimmt, daß die Konkursmasse selbständiger Träger von Rechten und Pflichten sei und daß der Konkursbeschlag einen Rechtsübergang vom Gemeinschuldner auf die Masse bewirkte.“ Hiernach ist die Entscheidung als konsequente Übernahme der Amtstheorie in die Gerichtsstandsbestimmung einzuordnen.

b) Der weitere dogmatische Anknüpfungspunkt der Entscheidung ist der formelle Parteibegriff¹⁰: Der Maßgeblichkeit des

* Bemerkungen zum Beschluß des BGH vom 27. 10. 1983, BGHZ 88, 331 = NJW 1984, 739 = ZIP 1984, 82.

1) RGZ 29, 29 (36); st. Rspr.; BGHZ 24, 393 (396) = NJW 1957, 1361; BGHZ 32, 114 (118) = NJW 1960, 1006; BGHZ 49, 11 (16) = NJW 1968, 300; st. Rspr.; Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und KonkursR, 16. Aufl. (1983), S. 185 f.; Baumann, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl. (1981), S. 72 f.; Baur-Stürmer, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und VergleichsR, 11. Aufl. (1983), Rdnr. 1019; eingehend Jaeger-Henckel, KO, 9. Aufl. (1977 ff.), § 6 Rdnr. 165 ff.; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, KO, 9. Aufl. (1979), § 6 Rdnr. 17; modifizierend Böhle-Stamschräder-Kilger, KO, 14. Aufl. (1983), § 6 Anm. 2.

2) Vgl. statt vieler OLG Celle, KTS 1974, 238; LG Hildesheim, BB 1974, 904; Stein-Jonas-Schumann, ZPO, 20. Aufl. (1976 ff.), § 13 Rdnr. 17; Zöller-Vollkommer, ZPO, 13. Aufl. (1981), § 13 Anm. III 4 b; Thomas-Putzo, ZPO, 12. Aufl. (1982), Anm. zu § 13; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 41. Aufl. (1983), § 12 Anm. 2 A; Böhle-Stamschräder-Kilger, § 11 Anm. 1.

3) Zu den unbewältigten insolvenzrechtlichen Problemen der masselosen Liquidation vgl. Karsten Schmidt, ZIP 1982, 9.

4) Vgl. Wieczorek, ZPO, 2. Aufl. (1975 ff.), § 50 Anm. G III d 1.

5) Vgl. Böttcher, ZZZ 71 (1958), 318; 77 (1964), 55 ff.; Hanisch, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, 1973, S. 23 ff.; Erdmann, KTS 1967, 87 ff.; Stürmer, ZZZ 94 (1981), 286 ff.

6) Vgl. nur Stürmer, ZZZ 94 (1981), 289.

7) Vgl. Rosenberg-Schwab, ZPR, 13. Aufl. (1981), S. 207; Baur-Stürmer (o. Fußn. 1), Rdnr. 1028; Jaeger-Henckel (o. Fußn. 1), § 6 Rdnr. 63; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 6 Rdnr. 30; Friedrich Weber, KTS 1955, 109.

8) ZPR, 20. Aufl. (1983), S. 49.

9) Baur-Stürmer (o. Fußn. 1), Rdnr. 1018.

10) Dazu eingehend Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961, S. 17 f.; zum Zusammenhang zwischen formellem Par-