

# Zwangsvollstreckungsrecht

Jauernig / Berger / Kern

24. Auflage 2021

ISBN 978-3-406-77397-6

C.H.BECK

tens“ ist durch Redaktionsversehen entfallen, s. BGBl. 1997 I 867). Dieser Zeitraum ist der für Bieter wichtigste Teil des ganzen Verfahrens.<sup>16</sup>

Als *dritter Abschnitt* folgt die Anhörung der Beteiligten über den Zuschlag, § 74 ZVG 27 („Zuschlagsverhandlung“). Sie soll Gehör gewähren, insbesondere aber auch eine spätere Zuschlagsanfechtung vermeiden, indem eventuelle Verfahrensmängel aufgedeckt und durch Genehmigung geheilt werden (vgl. §§ 83 Nr. 1–5, 84, 87 ZVG).<sup>17</sup>

### E. Der Zuschlagsbeschluss

Nach der Versteigerung erfolgt die **Entscheidung** des Gerichts **über den Zuschlag** 28 *durch Beschluss*, §§ 82, 87 ZVG. Wird der Zuschlag erteilt, so sind im Beschluss Grundstück, Ersteher, Gebot und Versteigerungsbedingungen zu bezeichnen, § 82 ZVG.

Der Zuschlag ist zu *versagen* aus den in §§ 83, 85 ZVG aufgezählten Gründen, ferner, wenn das Meistgebot unwirksam<sup>18</sup> oder das Mindestgebot nicht erreicht ist (§ 85a ZVG: Versagung von Amts wegen; § 74a ZVG: Versagung auf Antrag, dazu auch § 74b ZVG; vgl. o. *Rn.* 23).

Sonst wird der Zuschlag dem Meistbietenden *erteilt* (oder dem, welchem er das Recht aus dem Meistgebot abgetreten hat), § 81 ZVG. 30

Der Beschluss ist im Versteigerungstermin oder in einem sofort zu bestimmenden Termin zu verkünden, 31 § 87 ZVG, und dem Ersteher sowie nicht erschienenen Beteiligten zuzustellen, § 88 ZVG.

Der Zuschlag wird mit der Verkündung wirksam, § 89 ZVG, nicht erst mit seiner Rechtskraft, und selbst wenn er angefochten wird. 32

Die **Wirkungen des Zuschlags** sind folgende: 33

1. Der Zuschlag macht den **Ersteher zum Eigentümer** des Grundstücks und der Gegenstände, auf die sich die Versteigerung nach § 55 ZVG erstreckt hat, z. B. des Zubehör, § 90 ZVG. Dieser Erwerb tritt *ohne Eintragung im Grundbuch* ein. Das Grundbuchamt wird um Eintragung des Erstehers ersucht, sobald der Teilungsplan ausgeführt (vgl. u. *Rn.* 47) und der Zuschlagsbeschluss rechtskräftig ist, § 130 ZVG. Die Eintragung ist bloße Berichtigung des Grundbuchs. Der Ersteher erwirbt das Eigentum *originär* kraft gerichtlichen Gestaltungsakts, daher auch dann, wenn der Schuldner nicht Eigentümer war; guter Glaube ist nicht erforderlich.<sup>19</sup>

Die rechtskräftige Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses beseitigt ihn rückwirkend 34 (arg. § 90 I ZVG: „sofern nicht“); daher ist im Falle der Aufhebung davon auszugehen, dass der Ersteher nie Eigentümer geworden sei.

Über den Umfang des Grundstücks entscheiden das Grundbuch und die dort angeführten amtlichen Verzeichnisse; auf sie ist bereits in der Bekanntmachung des Versteigerungstermins Bezug zu nehmen (vgl. § 37 Nr. 1 ZVG). 35

Der Zuschlag verpflichtet den Ersteher zur Zahlung des Bargebots an das Vollstreckungsgericht (vgl. o. *Rn.* 18); der Zahlungsanspruch gehört zum Schuldnervermögen.<sup>20</sup> 36

<sup>16</sup> Vgl. *Storz* ZIP 1981, 16, 17.

<sup>17</sup> Vgl. BGH NJW 2010, 2217; *Böttcher* § 74 Rn. 1.

<sup>18</sup> *Stöber/Becker* § 83 Rn. 7.

<sup>19</sup> Vgl. *BGH* NJW-RR 1986, 1115, 1116 und u. *Rn.* 48.

<sup>20</sup> BGHZ 68, 276, 278.

- 37 **2. Die nicht** nach den Versteigerungsbedingungen **bestehenbleibenden Rechte erlöschen**, wiederum *ohne Löschung im Grundbuch*, auch wenn sie durch das Mehrgebot gedeckt sind, § 91 I ZVG. Auch hier wird das Grundbuchamt um Löschung ersucht, § 130 ZVG; sie ist bloße Grundbuchberichtigung. Der mit einem gelöschten Grundpfandrecht verbundene gesetzliche Lösungsanspruch (§ 1179a BGB) bleibt bis zur Befriedigung des Berechtigten bestehen (§§ 91 IV, 130a ZVG).
- 38 Der Ersteher kann aber mit dem Berechtigten das *Bestehenbleiben des Rechts vereinbaren* (das kommt insbesondere bei Hypotheken in Betracht). Die entsprechenden Erklärungen sind im Verteilungstermin (vgl. u. Rn. 45) abzugeben oder dem Grundbuchamt, bevor es um Berichtigung des Grundbuchs ersucht ist, durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen, § 91 II ZVG. Das Bargebot ermäßigt sich entsprechend, § 91 III ZVG.
- 39 Für die nicht bestehenbleibenden, aber durch das Meistgebot gedeckten Hypotheken und Grundschulden tritt der Versteigerungserlös als Surrogat an die Stelle des Grundstücks.<sup>21</sup> Die erloschenen Grundpfandrechte gewähren ein Recht auf Befriedigung aus dem Erlös nach denselben Vorschriften, die für das ehemalige, erloschene Grundpfandrecht gelten, sofern sich nicht aus dem Fehlen eines Grundstücks und aus §§ 105 ff. ZVG etwas anderes ergibt.<sup>22</sup> Bei anderen dinglichen Rechten, die erlöschen, z. B. Nießbrauch, Dienstbarkeiten, tritt eine Umwandlung in einen Anspruch auf Wertersatz aus dem Erlös ein, § 92 ZVG. Bei mangelnder Befriedigung verbleibt in Höhe des Ausfalls dem Berechtigten der persönliche Anspruch gegen den Schuldner, so besonders für den Hypothekengläubiger die persönliche Forderung.
- 40 **3. Aus dem Zuschlagsbeschluss kann gegen den in der Vollstreckungsklausel genannten Besitzer** (insbesondere den bisherigen Eigentümer) auf *Räumung* des Grundstücks (§ 885) und *Herausgabe* der mitversteigerten beweglichen Sachen (§ 883) **vollstreckt** werden, § 93 ZVG, jedoch nicht gegen Mieter oder Pächter, denen das Grundstück schon übergeben ist, weil ihre Rechte erhalten bleiben, § 57 ZVG (der Ersteher hat in diesem Fall nur ein Kündigungsrecht, § 57a ZVG, eingeschränkt durch den mietrechtlichen Kündigungsschutz (§§ 573 ff. BGB; dazu BGHZ 84, 90, 100 [zu §§ 556a, 564b BGB a. F.]). Ob die Räumung eine richterliche Durchsuchungsanordnung (Art. 13 II GG) erfordert, ist str.<sup>23</sup>
- 41 **4. Mit dem Zuschlag gehen gemäß § 56 ZVG Nutzungen und Lasten** des Grundstücks auf den Ersteher über, ebenso die Gefahr des zufälligen Untergangs des Grundstücks (teilweiser Untergang z. B. bei Brand des Mietshauses), ein Gewährleistungsanspruch steht dem Ersteher nicht zu.
- 42 **5. Gegen die Entscheidung über den Zuschlag gibt es als Rechtsbehelfe** die sofortige Beschwerde (§§ 95 ff. ZVG), die auf die besonderen Gründe von § 100 ZVG beschränkt ist.<sup>24</sup> Der Rechtsbehelf steht im Fall der Erteilung des Zuschlags dem Ersteher und jedem Beteiligten zu, im Fall der Versagung dem Gläubiger, in beiden Fällen jedem Bieter, dessen Gebot nicht erloschen ist, § 97 ZVG. Das Beschwerdegericht hat

---

<sup>21</sup> BGH KTS 1992, 155, 158.

<sup>22</sup> Vgl. BGHZ 60, 226, 228; 68, 276, 279 (allgemein) und BGHZ 58, 298, 301 f. (zur Pfändung des Ersatzrechts auf Befriedigung), BGHZ 108, 237, 239 f. (zur Bedeutung eines gemäß § 1179a BGB gesicherten Lösungsanspruchs).

<sup>23</sup> Bejahend OLG Bremen Rpfleger 1994, 77, wenn der Zuschlagsbeschluss vom Rechtspfleger stammt; aber auch dann ist die „Räumung“ keine „Durchsuchung“ i. S. v. Art. 13 II GG und folgerichtig bedarf auch die Vollstreckung eines nichtrichterlichen Räumungstitels keiner Durchsuchungsanordnung, LG Aachen DGVZ 1996, 10; Stöber/Becker § 93 Rn. 104; vgl. § 758a II und o. § 8 Rn. 18.

<sup>24</sup> Dazu BGHZ 44, 138, 144; BVerfGE 46, 325, 327 f., 335 f.

bei Aufhebung des Beschlusses selbst in der Sache zu entscheiden, also den Zuschlag zu versagen oder zu erteilen, § 101 I ZVG. Zur Rechtsbeschwerde § 101 II, 102 ZVG.

6. Der Zuschlagsbeschluss des Rechtspflegers hat die Bedeutung eines rechtsändernden Hoheitsakts und ist einem richterlichen Urteil (nur) vergleichbar.<sup>25</sup> 43

Unrichtigkeiten des rechtskräftigen Beschlusses berühren nicht seine Wirksamkeit. 44  
Die Berufung auf den rechtskräftigen Zuschlagsbeschluss kann aber bei Vorliegen bestimmter Umstände nach § 826 BGB unbeachtlich sein.<sup>26</sup>

## F. Die Verteilung des Versteigerungserlöses

Nach Erteilung des Zuschlags wird ein Termin zur **Verteilung des Versteigerungserlöses** bestimmt, § 105 ZVG; zur Vorbereitung kann ein vorläufiger *Teilungsplan* aufgestellt werden, § 106 ZVG. In dem Termin ist die Teilungsmasse festzustellen, § 107 ZVG, die in der Hauptsache aus dem Bargebot besteht, das an das Gericht zu zahlen ist. Dann wird unter Anhörung der Beteiligten ein Teilungsplan aufgestellt, § 113 ZVG. Die Berücksichtigung der Rechte erfolgt nach dem Grundbuch, sonst nach Anmeldung, die spätestens im Termin zu erfolgen hat, § 114 ZVG. Auf die Verhandlung über den Teilungsplan finden die Vorschriften über das Verteilungsverfahren bei der Mobiliarpfändung (§§ 876ff. ZPO) Anwendung, § 115 I 2 ZVG (vgl. o. § 21). Eine Aussetzung soll auf Antrag bis zur Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses, z. B. wegen eingelegter Beschwerde, erfolgen, § 116 ZVG. Die Ausführung des Teilungsplans erfolgt durch bargeldlose Auszahlung der Beträge, § 117 ZVG. 45

Soweit der Ersteher das Bargebot nicht bezahlt, wird die Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten durch gerichtliche Anordnung übertragen, § 118 I ZVG; sie wirkt wie eine Befriedigung aus dem Grundstück, § 118 II ZVG.<sup>27</sup> Für die Forderungen wird eine Sicherungshypothek mit dem alten Rang des erloschenen Rechts eingetragen, § 128 ZVG. Der Anspruch aus dieser ist aufgrund des Zuschlagsbeschlusses nach Ausführung des Teilungsplans vollstreckbar, § 132 ZVG. 46

Ist der Teilungsplan ausgeführt und der Zuschlag rechtskräftig, so ersucht das Vollstreckungsgericht von sich aus das Grundbuchamt, den Ersteher als Eigentümer sowie die Sicherungshypothek des § 128 ZVG einzutragen, ferner den Versteigerungsvermerk und die durch den Zuschlag erloschenen Rechte zu löschen, § 130 ZVG. Die Eintragung des Erstehers und die Löschung der Rechte sind eine bloße Grundbuchberichtigung; die Rechtsänderung ist schon durch den Zuschlag eingetreten (§§ 89–91 ZVG), vgl. o. *Rn. 33, 37*. 47

## G. Der Zuschlag als Hoheitsakt

Der Zuschlag ist ein Hoheitsakt, der dem Ersteher das **Eigentum verschafft**, auch dann, wenn das Grundstück nicht dem Schuldner gehört. Weiß der Ersteher das, so kann die Berufung auf den rechtskräftigen Zuschlagsbeschluss bei Hinzutreten besonderer Umstände gemäß § 826 BGB unbeachtlich sein (vgl. o. *Rn. 44*). 48

## § 25. Die Zwangsverwaltung

### A. Grundlagen

Die Zwangsverwaltung soll den Gläubiger *aus den Erträgen* eines Grundstücks *befriedigen*. Sie ist besonders für eine Vollstreckung wegen Zinsen und anderer laufender 1

<sup>25</sup> BGH NJW-RR 1986, 115, 1116.

<sup>26</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1986, 1115, 1116 m. N.; Stöber/Becker § 81 Rn. 49 und u. *Rn. 48*.

<sup>27</sup> Dazu BGHZ 99, 292, 295 f.

Ansprüche geeignet. Werden dingliche Gläubiger durch den Schuldner nicht befriedigt, so beruht dies entweder auf einer Verteilung der Erträge, die nicht der Rangordnung der Rechte entspricht, oder auf unzureichendem Ertrag des Grundstücks, was an mangelhafter Wirtschaftsführung des Schuldners liegen kann. Zumindest dem ersten Fehler, oft auch beiden Mängeln kann durch Einsetzung eines amtlichen Verwalters abgeholfen werden. Die Verteilung erfolgt in der durch § 155 II ZVG geregelten Rangordnung; dabei werden im Wesentlichen nur die Ansprüche auf laufende wiederkehrende Leistungen und von den Hauptansprüchen allein der des betreibenden Gläubigers berücksichtigt. Die Zwangsverwaltung hat selbständig eine praktische Bedeutung nur bei landwirtschaftlichen Grundstücken und bei Mietshäusern. Häufig werden Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung nebeneinander beantragt (zulässig, § 866 II; zur Bedeutung vgl. o. § 22 Rn. 12).

- 2 Für die Zwangsverwaltung gelten §§ 1–14 ZVG, ferner grundsätzlich die Vorschriften über die Zwangsversteigerung (z. B. über die Anordnung nur auf Antrag, vgl. o. § 24 Rn. 1), § 146 I ZVG.
- 3 Die mit der Anordnung der Zwangsverwaltung eintretende **Beschlagnahme** geht in Einzelheiten weiter als bei der Zwangsversteigerung, §§ 148 I, 21 ZVG. Auch die Wirkung der Zwangsverwaltung ist insofern größer als die der Zwangsversteigerung, als dem Schuldner die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen wird, § 148 II ZVG; dagegen werden ihm das Eigentum und in der Regel die unentbehrlichen Wohnräume unentgeltlich belassen, § 149 ZVG. Gewerberäume darf der Schuldner jedoch nicht nutzen; insoweit geht die Verwaltungsbefugnis auf den Zwangsverwalter über; er kann sie jedoch an den Schuldner vermieten.

#### **B. Der Zwangsverwalter**

- 4 Über den Erfolg der Zwangsverwaltung entscheidet der Zwangsverwalter. Das Vollstreckungsgericht *bestellt* den Zwangsverwalter (§ 150 I ZVG) regelmäßig schon *im Anordnungsbeschluss*. Ausgewählt werden kann nur eine natürliche geschäftskundige Person (§ 1 II ZwVwV), also keine GmbH. Der Zwangsverwalter muss von den Beteiligten unabhängig sein. Der Zwangsverwalter erhält eine Bestallungsurkunde (§ 2 ZwVwV), die aber keinen öffentlichen Glauben genießt.
- 5 Die Rechtsstellung des Zwangsverwalters ist in §§ 152 ff. ZVG geregelt; zu beachten ist ferner die auf der Grundlage von § 152a ZVG ergangene **Zwangsverwalterverordnung** v. 19. 12. 2003 (ZwVwV), die Einzelheiten der Aufgaben, der Geschäftsführung und der Vergütung regelt.
- 6 Der Zwangsverwalter hat die Gläubiger aus den Erträgen des Grundstücks bestmöglich zu befriedigen; zugleich hat er das Grundstück des Schuldners (der Eigentümer bleibt!) in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten (§ 152 I ZVG). Nach § 150 II ZVG hat das Gericht dem Verwalter durch einen Gerichtsvollzieher das Grundstück zu übergeben oder ihm die Ermächtigung zu erteilen, sich selbst den Besitz zu verschaffen. Der Anordnungsbeschluss bildet zusammen mit der Ermächtigung des Gerichts einen Vollstreckungstitel.<sup>1</sup> Insbesondere hat der Zwangsverwalter beschlagnahmte Forderungen einzuziehen; in diesem Rahmen ist er auch prozessführungsbefugt.<sup>2</sup> Umstritten ist, ob der Zwangsverwalter zur Fortführung des Betriebs des

---

<sup>1</sup> BGH NJW-RR 2005, 1032, 1033.

<sup>2</sup> BGH NJW 1992, 2487.

Schuldners berechtigt und verpflichtet ist. Für *grundstücksbezogene* Betriebe wie Hotels und Tankstellen ist dies zu bejahen,<sup>3</sup> nicht aber für sonstige Unternehmen, denn die Verwaltungsbefugnis des Zwangsverwalters erstreckt sich – anders als die des Insolvenzverwalters – nicht auf das gesamte Vermögen des Schuldners.<sup>4</sup>

Nach § 152 II ZVG ist ein **Miet- oder Pachtvertrag** dem Zwangsverwalter gegenüber **7** wirksam. An andere Verträge ist der Verwalter nicht gebunden; er kann aber in bestehende Verträge eintreten.<sup>5</sup> Der Zwangsverwalter hat die Mietzinsforderungen einzuziehen, die Nebenkostenabrechnungen durchzuführen und die gesetzlich zulässigen Mietzinserhöhungen vorzunehmen.

Die vom Mieter an den Schuldner geleistete *Kaution* kann der *Verwalter vom Schuldner herausverlangen*;<sup>6</sup> **8** Entsprechendes gilt für eine vom Mieter an den WEG-Verwalter geleistete Kaution.<sup>7</sup> Schwierigkeiten bereitet dies, wenn nicht Bargeld geleistet wurde, sondern etwa eine Bürgschaft gestellt oder eine Guthabenforderung des Mieters gegen ein Kreditinstitut an den Vermieter verpfändet worden ist. Da der Verwalter nach § 152 II ZVG an den Mietvertrag gebunden ist, erstreckt sich das Verwaltungsrecht auch auf eine Bürgschaftsurkunde bzw. das Pfandrecht. Hatte der Mieter eine Barkaution geleistet, ist der *Zwangsverwalter* nach Beendigung des Mietverhältnisses *zu deren Rückzahlung* auch dann *verpflichtet*, wenn er sie vom Schuldner nicht erhalten hatte.<sup>8</sup> Vor Ende des Mietverhältnisses kann der Mieter vom Verwalter die Anlage des Kautionsbetrags nach den Grundsätzen von § 551 III BGB verlangen.<sup>9</sup> Er hat sogar ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Mietzinszahlung, und zwar auch in der Insolvenz des Vermieters.<sup>10</sup> Im Ergebnis führt dies dazu, dass der Verwalter zunächst einmal die Kautionskonten der Mieter auffüllen muss, bevor Erträge an die Gläubiger verteilen kann.

Der Zwangsverwalter steht unter der Aufsicht des Vollstreckungsgerichts (§ 153 **9** ZVG), das ihm auch Weisungen erteilen kann; hier kommt es wesentlich auf die wirtschaftliche Einsicht **beck** des Rechtspflegers an. Nach § 154 S. 2 ZVG hat der Zwangsverwalter Rechnung zu legen; Einzelheiten vgl. §§ 14, 15 ZwVwV. Das Gericht hat die Rechnungslegung zu prüfen. Der Zwangsverwalter ist gemäß § 154 S. 1 ZVG allen Beteiligten gegenüber verantwortlich; Das sind alle Personen, denen gegenüber das ZVG ihm besondere Pflichten auferlegt, und nicht nur die Beteiligten im Sinne von § 9 ZVG.<sup>11</sup> Der Zwangsverwalter haftet mit seinem Privatvermögen, ist aber zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet (§ 1 IV ZwVwV). Er hat Anspruch auf eine angemessene Vergütung, § 152a ZVG, §§ 17–22 ZwVwV.

### C. Teilungsplan und Auszahlung

Die Verteilung der Nutzungen erfolgt nach einem für die ganze Dauer des Verfahrens aufgestellten **Teilungsplan**, § 156 II ZVG. Die Ausgaben für die Verwaltung und die Kosten sind abzuziehen, der Überschuss nach der Rangordnung der Gläubiger zu verteilen, vgl. § 155 ZVG und o. *Rn. 1*. Die Auszahlung wird angeordnet durch das Gericht und ausgeführt durch den Verwalter, § 157 ZVG. **10**

<sup>3</sup> BGHZ 163, 9; MünchKomm-InsO/Kern § 165 Rn. 30.

<sup>4</sup> Zu den Aufgaben des Zwangsverwalters *Drasdo* NJW 2009, 1648; zur Frage des Beitritts zur Zwangsverwaltung in der Insolvenz MünchKomm-InsO/Kern § 165 Rn. 137 ff.

<sup>5</sup> *Böttcher* § 152 Rn. 51.

<sup>6</sup> *BGH* NJW-RR 2005, 1029, 1031.

<sup>7</sup> *BGH* NJW-RR 2015, 1493.

<sup>8</sup> *BGH* NJW 2003, 3342; NJW-RR 2005, 1029; s. aber auch *BGH* NJW-RR 2010, 1237: kein Anspruch, wenn das Mietverhältnis dadurch beendet wird, dass der Mieter das Eigentum an der Wohnung durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung selbst erwirbt.

<sup>9</sup> *BGH* NJW 2009, 1673.

<sup>10</sup> *BGH* NJW 2009, 3505.

<sup>11</sup> BGHZ 179, 336.

## D. Verfahrensaufhebung

- 11 Die Aufhebung des Verfahrens erfolgt durch Beschluss, § 161 ZVG, insbesondere nach Befriedigung des betreibenden Gläubigers oder – im Gesetz nicht erwähnt – nach Zuschlag in der Zwangsversteigerung, wobei der Verwalter trotz Zuschlags bis zur Aufhebung weiter tätig zu sein hat.<sup>12</sup> Führt der Verwalter im Rahmen seiner Aufgaben (vgl. o. Rn. 6) einen Prozess, so besteht seine Prozessführungsbefugnis trotz Aufhebung der Zwangsverwaltung fort.<sup>13</sup>

## E. Zusammentreffen von Zwangsverwaltung und Insolvenz

- 12 Ist über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet und erschwert die Fortsetzung der Zwangsverwaltung eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der Insolvenzmasse wesentlich, kann der Insolvenzverwalter die **Einstellung der Zwangsverwaltung** beantragen, § 153b ZVG. Eine Kooperation von Insolvenzverwalter und Zwangsverwalter ist allerdings sinnvoller.<sup>14</sup>

# 5. Abschnitt. Die Zwangsvollstreckung wegen anderer Ansprüche

## § 26. Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe

### A. Einordnung

- 1 Die praktisch größte Bedeutung hat die im vorangehenden 4. Kapitel behandelte Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, also die Durchsetzung von Titeln, die auf Geldleistung gerichtet sind (näher o. § 15 Rn. 4f.). **Neben den Geldforderungen** kommen **drei andere Gruppen zu vollstreckender Forderungen** in Betracht: 1. Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung von Sachen (vgl. u. Rn. 2–24), 2. Ansprüche auf Handlungen oder Unterlassungen (vgl. u. § 27), 3. Ansprüche auf Abgabe einer Willenserklärung (vgl. u. § 28).

### B. Grundlagen der Herausgabevollstreckung

- 2 Bei der **Erwirkung der Herausgabe von Sachen** sind *drei Fälle* zu unterscheiden.<sup>1</sup>
- 3 1. Der Schuldner hat eine **bestimmte bewegliche Sache** herauszugeben.

Die Vollstreckung erfolgt in der Weise, dass der *Gerichtsvollzieher* die Sache dem Schuldner *wegnimmt und dem Gläubiger übergibt* (in der Regel an Ort und Stelle, also auch bei Bring- oder Schickschuld<sup>2</sup>), § 883 I. Es handelt sich um einen Fall des direkten Zwangs. Hier gelten die Pfändungsbeschränkungen aus §§ 811 ff. nicht, denn *bei der Herausgabevollstreckung wird nicht gepfändet* (vgl. die Stellung der §§ 811 ff. im Abschnitt über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, nicht wegen Herausgabe).

- 4 In gleicher Weise ist zu vollstrecken, wenn eine *Mehrheit individuell bestimmter Einzelsachen* oder eine bestimmte *Sachgesamtheit* (z. B. eine Bibliothek) herauszugeben ist, ferner, wenn von einer individuell be-

---

<sup>12</sup> BGHZ 39, 235, 236 ff.

<sup>13</sup> BGH WM 2020, 1552; NJW-RR 1993, 442 f., h. M.

<sup>14</sup> MünchKomm-InsOLKern § 165 Rn. 256.

<sup>1</sup> Dazu *Schilken* DGVZ 1988, 49 ff.

<sup>2</sup> *OLG Koblenz* NJW-RR 1990, 1152.

stimmten Gesamtheit (nur) ein Teil weggenommen werden soll (z. B. aus einem bestimmten Getreidelager 50 Säcke Weizen).

Ob es sich um einen dinglichen oder obligatorischen Anspruch handelt, macht keinen Unterschied. Ist aber auch das Eigentum zu übertragen, so liegt eine doppelte Vollstreckung vor (vgl. u. *Rn. 21* und § 28 *Rn. 12*). 5

Muss der Gerichtsvollzieher Räume durchsuchen, so bedarf es in der Regel einer richterlichen Durchsuchungsanordnung, § 758a I (II trifft nicht zu); vgl. o. § 8 *Rn. 18*. 6

Die Wegnahme setzt voraus, dass die Sache vom Gerichtsvollzieher beim Schuldner vorgefunden wird. Besteht Ungewissheit über den Verbleib der Sache, so kann der Gläubiger die Abgabe einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung verlangen, § 883 II (vgl. u. § 30); außerdem verbleibt ihm der Schadensersatzanspruch, § 893 I (vgl. u. § 27 *Rn. 39*). 7

In derselben Weise wird auch eine Verpflichtung zur *Vorlegung einer Sache* sowie ein *Einsichtsrecht* vollstreckt, nur erfolgt hier keine Ablieferung an den Gläubiger, sondern lediglich die Vorlegung zur Einsichtnahme.<sup>3</sup> Effektiver Rechtsschutz ist dadurch gesichert, dass der Gläubiger auch hier die Räume des Schuldners durch den Gerichtsvollzieher durchsuchen lassen (vgl. o. *Rn. 6*) und den Schuldner zur Abgabe der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung zwingen kann, falls der Gerichtsvollzieher die Unterlagen nicht vorfindet (vgl. o. *Rn. 7*). 8

§§ 88–94 FamFG, nicht § 883, gelten (entsprechend), wenn das Familiengericht durch einstweilige Anordnung (§ 49 FamFG) die *Herausgabe eines Kindes* an den anderen Elternteil bestimmt hat. 9

2. Der Schuldner hat eine **bestimmte Quantität vertretbarer Sachen** oder Wertpapiere zu leisten. 10

Auch in diesem Fall hat der *Gerichtsvollzieher* die Sachen dem Schuldner *wegzunehmen und dem Gläubiger abzuliefern*, § 884.<sup>4</sup> Die Durchsuchung von Räumen erfordert wiederum in der Regel eine richterliche Durchsuchungsanordnung, § 758a I (II greift auch hier nicht ein); vgl. o. § 8 *Rn. 18*.

Mit der Wegnahme konzentriert sich die bisherige Gattungsschuld auf die weggenommenen Sachen gemäß § 243 II BGB. Eine eidesstattliche Offenbarungsversicherung ist hier nicht vorgesehen (kein Verweis auf § 883 II, III). Findet der Gerichtsvollzieher die Sachen nicht, so bleibt nur der Schadensersatzanspruch, vgl. § 893 und u. § 27 *Rn. 39*. 11

3. Der Schuldner hat eine **unbewegliche Sache** herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen. 12

Dann hat der Gerichtsvollzieher den *Schuldner aus dem Besitz* zu setzen und den *Gläubiger in den Besitz* einzuweisen, § 885, nötigenfalls mit Gewalt (§ 758 III). Für die Räumung bedarf es keiner richterlichen Durchsuchungsanordnung, § 758a II; vgl. o. § 8 *Rn. 18*. Ist eine Räumung, etwa bei einer brachliegenden Fläche, nicht erforderlich, kann der Gerichtsvollzieher den Gläubiger durch Protokollerklärung in den Besitz einweisen.<sup>5</sup>

Das Maß der anzuwendenden Gewalt wird durch die Stärke des (erwarteten) Widerstands bestimmt, der zu brechen ist, um das titulierte Gläubigerrecht gegen den Schuldner durchzusetzen. Das hat, soweit das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner betroffen ist, mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der im Verhältnis des Einzelnen zum Staat gilt, richtigerweise nichts zu tun. 13

<sup>3</sup> *OLG Frankfurt a. M.* NJW-RR 1992, 171; 2002, 823, 824; 2018, 765.

<sup>4</sup> Zur Abgrenzung von § 883 *Schilken* DGVZ 1988, 49, 51 ff.

<sup>5</sup> *BGH* NJW-RR 2009, 445.



- 14 Von praktischer Bedeutung ist besonders die *Räumung von gemieteten Wohnungen* und (Gewerbe-)Räumen. Hier treten Schwierigkeiten auf, wenn die Räume von mehreren Personen gemeinschaftlich genutzt werden und daher zweifelhaft ist, wer als „Besitzer“ und damit als Vollstreckungsschuldner in Betracht kommt. Im Ausgangspunkt ist nach § 750 I ein Titel gegen alle Besitzer erforderlich. Daher kann die Räumungsvollstreckung gegen einen Untermieter nur aufgrund eines gegen diesen gerichteten Titels erfolgen; der Titel gegen den Mieter genügt nicht.<sup>6</sup> Im Übrigen kommt es nicht darauf an, ob ein Gewahrsamsinhaber einen Mietvertrag geschlossen und damit als Mieter ein eigenes Besitzrecht begründet hat, denn materielle Rechte prüft der Gerichtsvollzieher im formalisierten Vollstreckungsverfahren nicht.<sup>7</sup> Bewohnten *Ehegatten oder Lebenspartner* Mieträume, sind sie Mitbesitzer; daher ist ein Titel gegen beide Ehegatten erforderlich.<sup>8</sup> § 739 findet keine Anwendung.<sup>9</sup> Ob der Ehemann oder die Ehefrau den Mietvertrag geschlossen haben, ist in der Vollstreckung unbeachtlich. Nach der Gegenansicht ist Schuldner nur der Mieter.<sup>10</sup> Kein gesonderter Titel ist erforderlich gegen Besitzdiener wie Kinder, Besucher, Gäste und Hausangestellte des Schuldners, wohl aber gegen den in nichtehelicher Lebensgemeinschaft mitwohnenden Partner des Mieters.
- 15 Bei *Wohngemeinschaften* ist ein Titel gegen alle Mitbewohner erforderlich, die neben dem Teilbesitz an „eigenen“ Räumen Mitbesitz an gemeinschaftlich genutzten Räumen haben;<sup>11</sup> auf die materiellrechtliche Frage des Mietvertrags ist in der formalisierten Vollstreckung nicht abzustellen.
- 16 Bei einer *Hausbesetzung* kennt der Berechtigte häufig die Namen der Räumungspflichtigen nicht. Daher soll ein Titel gegen „Unbekannt“<sup>12</sup> oder gegen die „Besetzer des Hauses Berlin, ... straße 25“ zulässig sein.<sup>13</sup> Das ist mit §§ 182 II Nr. 1, 253 II Nr. 1, 750 I 1, 929 I, 936 unvereinbar und daher abzulehnen.
- 17 Lehnt man einen Räumungstitel gegen „Unbekannt“ ab, so können unbekannte und erfahrungsgemäß häufig wechselnde *Hausbesetzer* nur durch die Polizei, nicht gemäß § 885 aus dem Besitz gesetzt werden. Ob die Polizei eingreift, liegt grundsätzlich in ihrem pflichtgemäßen Ermessen.<sup>14</sup> Die von Art. 14 GG geschützte Position des Gläubigers sollte allerdings regelmäßig polizeiliche Hilfe gebieten; freilich kann dies zu einer Eskalation führen, an der auch der Gläubiger oftmals kein Interesse haben wird.
- 18 Bei der Räumung von Wohnungen hat *Vollstreckungsschutz* besonderes Gewicht; in die Überlegungen einzubeziehen ist die Möglichkeit einer polizeilichen Zwangseinweisung (hierzu u. § 31 Rn. 14).
- 19 Bei einer Vollstreckung nach § 885 kann es dazu kommen, dass *bewegliche Sachen*, die nicht selbst Gegenstand der Vollstreckung sind, z. B. Möbel des Räumungsschuldners, entfernt werden müssen. Dies erlaubt § 885 II. Dabei sind im Grundsatz sämtliche, nicht nur einzelne Sachen wegzuschaffen.<sup>15</sup> Einzelheiten (Verwahrung, Abforderung bzw. Herausgabe, Veräußerung, Vernichtung) regeln § 885 II–V; sie gelten für Tiere entsprechend (§ 90 a BGB); eine Vernichtung bei fehlgeschlagenem Verkauf scheidet allerdings aus.<sup>16</sup> Der Gerichtsvollzieher schließt Lager- und Verwahrungsverträge im Rahmen von § 885 III unabhängig von der Person des Gläubigers regelmäßig nicht im eigenen Namen, sondern als Vertreter des Justizfiskus.<sup>17</sup>

---

<sup>6</sup> BGH NJW-RR 2003, 1450; zweifelhaft AG Hamburg-St. Georg DGVZ 2007, 63; Ausnahme bei besonderer Treuwidrigkeit.

<sup>7</sup> BGH NJW-RR 2003, 1450, 1451; BGHZ 159, 383, 385; dazu allgemein o. § 17 Rn. 17.

<sup>8</sup> BGHZ 159, 383, 385; Stein/Jonas/Bartels § 885 Rn. 15; Becker-Eberhard FamRZ 1994, 1296, 1297 ff.

<sup>9</sup> Stein/Jonas/Bartels § 885 Rn. 10.

<sup>10</sup> So unter Hinweis auf § 885 II *Jauernig* in der 21. Aufl. dieses Lehrbuchs; Thomas/Putzo/Seiler § 885 Rn. 5; *Schuschke* NZM 2004, 206, 207 m. w. N.

<sup>11</sup> Zöllner/Seibel § 885 Rn. 12.

<sup>12</sup> *Bruns/Peters* S. 287.

<sup>13</sup> *Baur/Stürner/Bruns* Rn. 39.10. Vorschläge für die Durchführung der Vollstreckung (private oder polizeiliche Einkreisungsmaßnahmen; Aushändigen des Titels an die illegalen Hausbesetzer) bei *Geißler* DGVZ 2011, 37; *Schladebach* ZMR 2000, 72.

<sup>14</sup> Vgl. *VG Berlin* NJW 1981, 1749.

<sup>15</sup> Keine „symbolische“ Räumung: *OLG Frankfurt a. M.* MDR 1969, 852f.; *LG Heilbronn* MDR 1992, 910; vgl. auch u. § 31 Rn. 14 a. E.

<sup>16</sup> *BGH* NJW 2012, 2889 Rn. 8ff.

<sup>17</sup> *BGHZ* 142, 77; dazu Anm. *Chr. Berger* JZ 2000, 361.