

PAUL POMMERENING

Erfüllungswirkung bei
Leistungen auf ein vorläufig
vollstreckbares Urteil

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
214*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 214

herausgegeben von

Rolf Stürner



Paul Pommerening

Erfüllungswirkung bei Leistungen auf ein vorläufig vollstreckbares Urteil

Mohr Siebeck

Paul Pommerening, geboren 1995; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Freiburg i.Br.; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Wirtschaftsrecht, Abt. 1 der Universität Freiburg; Rechtsreferendariat am LG Freiburg mit Stationen am OLG Karlsruhe und bei einem Rechtsanwalt am BGH; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht, Abt. 1 der Universität Freiburg; Richter am LG Stuttgart.

ISBN 978-3-16-164313-2 / eISBN 978-3-16-164314-9
DOI 10.1628/978-3-16-164314-9

ISSN 0722-7574 / eISSN 2568-7255 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Für Hanna

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2023 fertiggestellt und von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und Literatur habe ich soweit möglich bis September 2024 berücksichtigt.

Danken möchte ich vor allem Herrn *Prof. Dr. Jan Felix Hoffmann* für das mir entgegengebrachte Vertrauen, die großen Freiheiten gerade auch in der Lehre und die stetige Diskussionsbereitschaft, der ich viele fruchtbare Anregungen zu verdanken habe. Seine Förderung hat die Entstehung dieser Arbeit erst ermöglicht.

Dank gebührt weiter Herrn *Prof. Dr. Alexander Bruns LL.M. (Duke Univ.)* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn *Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner* für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht“. Außerdem möchte ich der Stiftung *ius vivum* für den gewährten großzügigen Druckkostenzuschuss danken.

Großen Dank schulde ich ferner meinen Eltern für die stetige Unterstützung und meinem Vater darüber hinaus für die unzähligen juristischen Gespräche, von denen ich bis heute profitiere. Zu guter Letzt möchte ich mich auch bei meinen (Instituts-)kollegen, *Hannah Borchers*, *Dr. Tobias Hölzer*, *Dr. Johannes Locher* und *Benjamin Gremmelspacher* bedanken, die nicht nur fachlich stets als Diskussionspartner parat standen, sondern auch persönlich maßgeblich dazu beigetragen haben, dass ich mich immer gerne an die knapp vier Jahre am Lehrstuhl zurückerinnern werde.

Stuttgart, den 23.12.2024

Paul Pommerening

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| Vorwort | VII |
| Inhaltsverzeichnis | XI |
| Einleitung | 1 |
| <i>A. Das Problem und seine Auswirkungen</i> | 1 |
| <i>B. Gang und Zielsetzung der Untersuchung</i> | 3 |
| <i>C. Einschränkungen der Untersuchung</i> | 5 |
| 1. Kapitel: Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur ... | 11 |
| <i>A. Rechtsprechung</i> | 11 |
| <i>B. Literatur</i> | 17 |
| 2. Kapitel: Erfüllung als Beendigung der Rechtsverletzung | 27 |
| <i>A. Der Erfüllungsbegriff für das vorliegende Problem</i> | 27 |
| <i>B. Rechtsverwirklichung mithilfe des Prozessrechts</i> | 54 |
| 3. Kapitel: Erfüllungsvoraussetzungen bei vorprozessualen Vorbehaltsleistungen | 57 |
| <i>A. Meinungsstand</i> | 57 |
| <i>B. Erfüllungseintritt bei §§ 814, 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausschließenden Vorbehalten</i> | 59 |
| <i>C. Die Notwendigkeit einer Beweislastumkehr für den Erfüllungseintritt</i> | 64 |
| <i>D. Unterlassungsansprüche</i> | 86 |
| <i>E. Fazit</i> | 109 |

| | |
|--|-----|
| 4. Kapitel: Erfüllung bei Leistungen im laufenden Prozess | 111 |
| <i>A. Die Irrelevanz der Beweislastumkehr</i> | 111 |
| <i>B. Verletzung der Rechtsposition durch das Einlegen von Rechtsmitteln</i> | 115 |
| <i>C. Vorläufige Vollstreckbarkeit als Ausnahmerecht</i> | 118 |
| 5. Kapitel: Interessenlage | 141 |
| <i>A. Perspektive des Schuldners</i> | 142 |
| <i>B. Perspektive des Gläubigers</i> | 200 |
| <i>C. Fazit</i> | 207 |
| Gesamtergebnis | 209 |
| Literaturverzeichnis | 217 |
| Register | 233 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Vorwort | VII |
| Inhaltsübersicht | IX |
| Einleitung | 1 |
| <i>A. Das Problem und seine Auswirkungen</i> | 1 |
| <i>B. Gang und Zielsetzung der Untersuchung</i> | 3 |
| <i>C. Einschränkungen der Untersuchung</i> | 5 |
| 1. Kapitel: Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur ... | 11 |
| <i>A. Rechtsprechung</i> | 11 |
| I. Reichsgericht | 11 |
| II. Bundesgerichtshof | 13 |
| III. Bundesarbeitsgericht | 15 |
| IV. Ergebnis | 16 |
| <i>B. Literatur</i> | 17 |
| I. Für eine Erfüllungswirkung | 17 |
| 1. Münzberg | 17 |
| 2. Kern und Olzen | 18 |
| 3. Häsemeyer | 19 |
| 4. Pecher | 19 |
| II. Wider die Erfüllungswirkung | 20 |
| 1. Kerwer | 20 |
| 2. Kreutz | 22 |
| 3. Braun | 23 |
| 4. Krüger | 24 |
| 5. Weitere Stimmen | 24 |
| III. Die Lehre von der auflösenden Bedingung | 25 |
| IV. Ergebnis | 26 |

| | |
|--|----|
| 2. Kapitel: Erfüllung als Beendigung der Rechtsverletzung | 27 |
| A. <i>Der Erfüllungsbegriff für das vorliegende Problem</i> | 27 |
| I. Erfüllung | 28 |
| 1. Rechtsposition und Schutzrechte | 28 |
| 2. Rechtsverwirklichender und rechtsfortsetzender Schutz | 29 |
| 3. Bezugspunkt der Erfüllung | 30 |
| a) Erfüllung als Frage des materiellen Rechts | 31 |
| b) Erfüllung des rechtsverwirklichenden Anspruchs | 31 |
| c) Irrelevanz des § 362 BGB | 33 |
| d) Keine Erfüllung alleine wegen der Irreversibilität der Leistung | 34 |
| 4. Zwischenfazit | 35 |
| II. Tilgungsbestimmungen des Schuldners | 35 |
| 1. Theorie der realen Leistungsbewirkung | 36 |
| 2. Theorie der finalen Leistungsbewirkung | 37 |
| 3. Stellungnahme | 38 |
| a) Gesetzlich anerkannte Fälle einer Tilgungsbestimmung | 38 |
| b) Privatautonomie des Schuldners | 39 |
| aa) Kein Erklärungswert bei heteronom begründeten Ansprüchen | 40 |
| bb) Schwierigkeiten bei privatautonom begründeten Ansprüchen | 41 |
| c) Schützenswerte Interessen des Schuldners | 43 |
| d) Inkonsequenzen bei Annahme einer einseitigen Tilgungsbestimmung | 44 |
| e) Die Wertlosigkeit der negativen Tilgungsbestimmung bei nicht auf eine Geldzahlung gerichteten Ansprüchen | 45 |
| f) Konsequenzen der hiesigen Sicht | 47 |
| aa) Annahme der Leistung unter Ablehnung der Tilgungsbestimmung | 47 |
| bb) Ablehnung der Leistung | 50 |
| cc) Einverständnis mit der Tilgungsbestimmung | 51 |
| (1) Privatautonom begründete Rechtsposition des Gläubigers | 51 |
| (2) Heteronom begründete Rechtsposition des Gläubigers | 52 |
| 4. Ergebnis | 53 |
| B. <i>Rechtsverwirklichung mithilfe des Prozessrechts</i> | 54 |

| | |
|--|----|
| 3. Kapitel: Erfüllungsvoraussetzungen bei vorprozessualen Vorbehaltsleistungen | 57 |
| <i>A. Meinungsstand</i> | 57 |
| I. Vorbehaltsleistung mit Beweislastumkehr | 57 |
| II. Vorbehaltsleistung ohne Beweislastumkehr | 58 |
| III. Zwischenbefund | 59 |
| <i>B. Erfüllungseintritt bei §§ 814, 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausschließenden Vorbehalten</i> | 59 |
| I. § 814 BGB | 60 |
| 1. Schutzinteressen | 60 |
| 2. Zweck des § 814 BGB | 60 |
| II. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB | 63 |
| III. Ergebnis | 64 |
| <i>C. Die Notwendigkeit einer Beweislastumkehr für den Erfüllungseintritt</i> | 64 |
| I. Grundsätzliches zur Beweislast | 65 |
| 1. Objektive Beweislast | 65 |
| 2. Subjektive Beweislast | 69 |
| 3. Begriff der Beweislastumkehr | 69 |
| II. Die Beweislastumkehr als allgemeine Erfüllungsvoraussetzung | 71 |
| 1. Grundsätzliche Unabhängigkeit der Beweislastverteilung von der Frage der Erfüllung | 71 |
| 2. Konnexität zwischen Beweislastumkehr und Erfüllung? | 72 |
| a) Leistungsverlangen nach vorheriger Aufrechnung | 73 |
| b) Leistungen des Schuldners unter Druck | 74 |
| aa) BGHZ 152, 233 | 74 |
| bb) Verlängerte Vollstreckungsabwehrklage nach Vollstreckung aus einer vollstreckbaren Urkunde | 75 |
| cc) Zwischenbefund | 77 |
| 3. Ergebnis | 78 |
| III. Erfüllung ohne Beweislastumkehr bei freiwilligen Vorbehaltsleistungen des Schuldners | 79 |
| 1. Leistung ohne Beweislastumkehr in der Rechtsprechung | 79 |
| 2. Beweislastvertrag durch Vorbehaltsleistung | 79 |
| a) Zulässigkeit eines Beweislastvertrags | 80 |
| b) Abschluss eines Beweislastvertrags durch Annahme der Vorbehaltsleistung | 81 |
| aa) Grundsätze zur „Erlassfalle“ | 82 |
| bb) Übertragung auf Vorbehaltsleistungen | 84 |
| 3. Erfüllungseintritt | 85 |
| <i>D. Unterlassungsansprüche</i> | 86 |

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Dogmatische Einordnung | 87 |
| 1. | Gesetzliche Unterlassungsansprüche | 88 |
| 2. | Vertragliche Unterlassungsansprüche | 89 |
| II. | Erfüllungsvoraussetzungen | 91 |
| 1. | Begehungsgefahr als Voraussetzung bei vertraglichen Unterlassungsansprüchen | 91 |
| 2. | Ausräumung der Wiederholungsgefahr | 92 |
| a) | Erfüllungstaugliche strafbewehrte Unterlassungserklärung | 93 |
| aa) | Die Lehre vom Feststellungszweck | 94 |
| bb) | Wider einen Feststellungszweck | 95 |
| cc) | Abhängigkeit des vertraglichen Unterlassungsanspruchs von der verletzten Rechtsposition | 97 |
| b) | Einseitige Unterwerfung | 101 |
| aa) | „Abschreckungswirkung“ nur durch Vertragsschluss ... | 101 |
| bb) | Stellungnahme | 102 |
| cc) | Die Anforderungen an das Angebot des Schuldners ... | 104 |
| dd) | Zwischenergebnis | 106 |
| c) | Übertragung auf andere Unterlassungsansprüche | 106 |
| III. | Ergebnis | 107 |
| E. | <i>Fazit</i> | 109 |
| 4. | Kapitel: Erfüllung bei Leistungen im laufenden Prozess | 111 |
| A. | <i>Die Irrelevanz der Beweislastumkehr</i> | 111 |
| I. | Erfüllung ohne Beweislastumkehr | 112 |
| II. | Kein Erklärungswert der Beweislastverteilung | 113 |
| 1. | Berufungsbegründung lediglich mit materiellrechtlichen Argumenten | 113 |
| 2. | Abwendungsleistung auf ein vorläufig vollstreckbares Berufungsurteil | 113 |
| III. | Ergebnis | 115 |
| B. | <i>Verletzung der Rechtsposition durch das Einlegen von Rechtsmitteln</i> | 115 |
| C. | <i>Vorläufige Vollstreckbarkeit als Ausnahmerecht</i> | 118 |
| I. | Zweck der vorläufigen Vollstreckbarkeit | 118 |
| 1. | Gesetzesgeschichte der vorläufigen Vollstreckbarkeit | 118 |
| a) | Bei Schaffung der CPO | 118 |
| b) | Weitere Entwicklung | 120 |
| c) | Ergebnis | 121 |
| 2. | Heutige Sichtweise | 121 |
| II. | § 717 ZPO als Erfüllungshindernis | 125 |
| 1. | Entstehungsgeschichte | 126 |

| | |
|---|-----|
| 2. Heutiges Verständnis des § 717 Abs. 2 S. 1 ZPO | 127 |
| a) Rechtsprechung | 127 |
| b) Literatur | 129 |
| 3. Stellungnahme zu § 717 Abs. 2 S. 1 ZPO | 130 |
| a) Prozessualer Erstattungsanspruch | 130 |
| b) Schadensersatzanspruch | 133 |
| aa) Aufhebung durch Sachurteil | 133 |
| (1) Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs im anhängigen Verfahren | 133 |
| (2) Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs in einem gesonderten Verfahren | 134 |
| bb) Aufhebung durch Prozessurteil | 135 |
| c) Ergebnis | 137 |
| 4. § 717 Abs. 3 ZPO | 138 |
| III. Fazit | 139 |
| | |
| 5. Kapitel: Interessenlage | 141 |
| <i>A. Perspektive des Schuldners</i> | 142 |
| I. Verhinderung der Vollstreckung durch die Abwendungsleistung ... | 142 |
| 1. Schutz durch § 757 ZPO | 143 |
| 2. Schutz durch § 775 Nr. 4, 5 ZPO | 143 |
| 3. Schutz durch § 767 ZPO | 145 |
| 4. Abwendungsleistung bei Unterlassungsansprüchen | 147 |
| 5. Ergebnis | 150 |
| II. Keine materiellrechtlich durchsetzbare Rechtsposition des Gläubigers | 151 |
| 1. Prozessuale Konsequenzen | 152 |
| a) Erledigung des Rechtsstreits | 153 |
| b) Wegfall der Beschwer | 157 |
| c) Ergebnis | 159 |
| 2. Erhalt von Gegenrechten | 159 |
| a) Schutzwürdigkeit des Schuldners | 161 |
| aa) Vertrauensschutz durch prozessuale Präklusionsvorschriften | 162 |
| bb) Nach der Abwendungsleistung entstandenes Gegenrecht | 163 |
| cc) Gegenrecht bestand zum Zeitpunkt der Abwendungsleistung bereits | 164 |
| b) Prozessuale Zulässigkeit | 165 |
| aa) Verjährungseinrede im Berufungsverfahren | 165 |
| (1) Zweck der grundsätzlichen Präklusion neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz ... | 166 |

| | |
|---|-----|
| (a) § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO | 168 |
| (b) § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO | 168 |
| (c) § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO | 169 |
| (2) Zulässigkeit der Verjährungseinrede | 169 |
| (3) Zwischenfazit | 172 |
| bb) Aufrechnung im Berufungsverfahren | 172 |
| (1) Zweck des § 533 ZPO | 173 |
| (a) § 533 Nr. 2 ZPO | 173 |
| (b) § 533 Nr. 1 ZPO | 175 |
| (2) Zulässigkeit der Aufrechnung | 177 |
| cc) Versäumnisurteil/Vollstreckungsbescheid | 177 |
| dd) Zwischenergebnis | 178 |
| c) Schutzmöglichkeiten des Schuldners | 178 |
| aa) Schutz durch materiellrechtliche Rechtsausübung | 178 |
| (1) Isolierte Geltendmachung der Aktivforderung | 179 |
| (2) Ausübung der Gegenrechte vor der Abwendungsleistung | 180 |
| bb) Prozessuale Schutzmöglichkeiten vor der Vollstreckung | 181 |
| (1) Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 Abs. 1 ZPO | 181 |
| (2) Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 707, 719 Abs. 1 ZPO | 182 |
| (a) Erfolgsprognose | 184 |
| (aa) Rechtliche Prüfung | 185 |
| (bb) Tatsachenprüfung | 186 |
| (cc) Entscheidung | 187 |
| (b) Abgrenzung zu § 712 ZPO | 187 |
| (c) Interessenabwägung | 188 |
| (d) Ergebnis | 190 |
| (3) Einstweilige Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO | 190 |
| cc) Schutzmöglichkeiten nach der Vollstreckung | 191 |
| (1) Nachträglicher Schutz über § 717 Abs. 2 ZPO | 191 |
| (2) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung | 192 |
| 3. Ergebnis | 194 |
| III. Bestehen einer materiellrechtlich durchsetzbaren Rechtsposition ... | 196 |
| 1. Schuldnerverzug | 196 |
| a) Rechtsprechung | 196 |
| b) Literatur | 198 |
| c) Ergebnis | 199 |
| 2. Rücktritt/Kündigung | 200 |
| 3. Zwischenfazit | 200 |
| B. <i>Perspektive des Gläubigers</i> | 200 |

| | | |
|-----|---|-----|
| I. | Bestehen einer materiellrechtlich durchsetzbaren Rechtsposition . . . | 201 |
| 1. | Insolvenz des Schuldners | 201 |
| 2. | Schuldnerverzug | 204 |
| 3. | Ergebnis | 204 |
| II. | Keine materiellrechtlich durchsetzbare Rechtsposition | 205 |
| 1. | Annahmeverzug | 205 |
| 2. | Gegenrechte des Schuldners | 207 |
| C. | <i>Fazit</i> | 207 |
| | Gesamtergebnis | 209 |
| | Literaturverzeichnis | 217 |
| | Register | 233 |

Einleitung

A. Das Problem und seine Auswirkungen

Erstreitet ein Gläubiger gegen den Schuldner ein mit Rechtsmitteln angreifbares Urteil, wird dieses ohne Sicherheitsleistung nach § 708 ZPO oder gegen Sicherheitsleistung nach § 709 ZPO für vorläufig vollstreckbar erklärt. Vollstreckt der Gläubiger nun aufgrund dieses Urteils oder leistet der Schuldner, um einer drohenden Vollstreckung zuvorzukommen,¹ stellt sich die Frage, ob dadurch der materiellrechtliche Anspruch des Gläubigers erfüllt wird gemäß § 362 Abs. 1 BGB. Auf den ersten Blick scheint es nahezuliegen, dies zu bejahen. Der Gläubiger hat schließlich dasjenige erhalten, auf das sein Titel gerichtet war. Legt der Schuldner Rechtsmittel gegen das vorläufig vollstreckbare Urteil ein, werden an dieser Sichtweise jedoch Zweifel laut. Durch die Einlegung des Rechtsmittels gibt der Schuldner gerade zu erkennen, das Urteil für falsch zu halten, den materiellrechtlichen Anspruch des Gläubigers in dieser Form nicht anzuerkennen und mit seiner Leistung lediglich die Zwangsvollstreckung verhindern zu wollen. Genügt die Leistung dennoch bereits für den Erfüllungseintritt oder ist dieser erst dann möglich, wenn der Gläubiger die Leistung des Schuldners endgültig behalten darf, das stattgebende Urteil also nicht mehr nur vorläufig vollstreckbar, sondern formell rechtskräftig geworden ist?

Kaum überraschend ist die Frage, ob in dieser Situation durch die Leistung des Schuldners sofort Erfüllung eintritt oder diese erst mit Eintritt der Rechtskraft eintritt, in Literatur und Rechtsprechung seit langem umstritten. Die höchstrichterliche Rechtsprechung verneinte schon früh² und seitdem beständig die Erfüllungswirkung.³ Die herrschende Meinung in der Literatur folgt dem BGH,⁴ wenn auch über die Begründungen und Detailfragen trefflich gestritten

¹ Im Folgenden als Abwendungsleistung bezeichnet.

² RGZ 63, 330.

³ Siehe nur BGHZ 80, 269; BGHZ 86, 267; BGH NJW 1981, 2244; BGH NJW 2012, 717; BGH NJW 2014, 2199; abweichend aber OLG Köln NJW-RR 1992, 237, 238 f., das nach Rechtskrafteintritt einen rückwirkenden Erfüllungseintritt im Zeitpunkt der Leistung bejaht, sich dabei aber zu Unrecht im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH wähnt.

⁴ Siehe nur *Kerwer*, Erfüllung, S. 132 ff., 158; *Kreutz*, Abwendung S. 30 ff.; *Krüger*, NJW 1990, 1208 ff.; *MüKo/Götz*, ZPO, § 708 Rn. 5 f.

wird. Aber auch die Gegenmeinung weist Vertreter auf, die mit großem Nachdruck für einen sofortigen Erfüllungseintritt streiten.⁵

Auswirken kann sich die Beantwortung dieser Frage sowohl prozessual als auch materiellrechtlich. Möchte der Schuldner nach der Leistung in der Rechtsmittelinstanz noch Einwendungen oder Einreden geltend machen, könnte ein sofortiger Erfüllungseintritt seine Handlungsmöglichkeiten beschränken. Kann der Schuldner im Rechtsmittelverfahren noch aufrechnen oder fehlt es an einer Aufrechnungslage, weil die Passivforderung⁶ bereits durch Erfüllung erloschen ist? Kann der Schuldner noch geltend machen, die Forderung des Gläubigers sei verjährt oder ist ihm dieser Einwand nun versperrt, weil auch ein verjährter Anspruch erfüllbar ist? Zudem stellt sich die Frage, ob sich der Schuldner auch nach der Leistung weiterhin im Schuldnerverzug befindet oder ob dieser durch die Leistung des Schuldners endet? Hat der Gläubiger aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils ein Recht auf eine lediglich vorläufige Leistung des Schuldners und ist deshalb gezwungen, die Leistung unter Vorbehalt des Schuldners anzunehmen oder hat der Gläubiger einen Anspruch auf ein „Mehr“ – auf eine vorbehaltlose Leistung, mit welcher der Schuldner das Bestehen des Anspruchs anerkennt? Ist ein sofortiger Erfüllungseintritt ausgeschlossen, weil durch die Leistung des Schuldners keine Beweislastumkehr stattfindet, der Gläubiger also weiterhin „um sein Recht kämpfen“ muss?

Daneben stellen sich auch weitere, primär prozessuale Fragen. Kann oder muss der Gläubiger den Rechtsstreit für erledigt erklären infolge der Leistung durch den Schuldner? Entfällt durch die Leistung die Beschwer des Schuldners für die Rechtsmittelinstanz? Verneint man einen sofortigen Erfüllungseintritt, ist außerdem zu klären, wie der Schuldner eine trotz der erbrachten Abwendungsleistung vom Gläubiger eingeleitete Vollstreckung unterbinden kann. Welche Einwendung kann der Schuldner dann im Rahmen des § 767 ZPO geltend machen?

Die meisten dieser Fragen wurden in Literatur und Rechtsprechung zwar bereits diskutiert, allerdings ohne dass insoweit ein schlüssiges System erkennbar wäre. Vielmehr kreiste die Diskussion vornehmlich um die jeweiligen kurz zuvor von der Rechtsprechung entschiedenen Einzelfragen. Lediglich *Christof Kerwer* hat in seiner Dissertation aus dem Jahr 1996 den Versuch unternommen, eingehend zu begründen, wieso aus seiner Sicht eine Abwendungsleistung des Schuldners ebenso wie die Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil Erfüllung erst im Falle der formellen Rechtskraft des der Klage stattgebenden Urteils herbeiführen könne.⁷ Seitdem ist jedoch weitgehend Ruhe in der Diskussion eingeleitet. Zwar äußerte sich der BGH in einigen weiteren Entscheidungen

⁵ Allen voran Stein/Jonas/Münzberg, 22. Aufl., § 708 Rn. 5 ff.; aber auch Staudinger/Kern, § 362 Rn. 32 ff.; und Pecher, Schadensersatzansprüche, S. 175 ff.

⁶ Verbreitet auch als Hauptforderung bezeichnet.

⁷ Kerwer, Erfüllung, S. 113 ff. und 237 ff.

zu dem hiesigen Problembereich, wobei er an seiner bisherigen Linie festhielt.⁸ In der Literatur wurden diese Entscheidungen aber lediglich zur Kenntnis genommen, ohne Anlass zu sein für eine erneute, grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Frage des Erfüllungseintritts. Gerade dieser weitgehende Stillstand der Debatte lässt es knapp 30 Jahre nach dem Erscheinen von *Kerwers* Untersuchung gerechtfertigt erscheinen, das Problem erneut unter die Lupe zu nehmen und die bisherigen Lösungsansätze auf ihre systematische Stimmigkeit und ihre Interessengerechtigkeit hin zu untersuchen.

B. Gang und Zielsetzung der Untersuchung

Die nachfolgende Untersuchung beginnt mit einer Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung. Im Anschluss daran wird der derzeitige Stand der Diskussion in der Literatur nachgezeichnet. Allen voran ist hier nochmals die Arbeit von *Kerwer*⁹ zu nennen, der eingehend begründet, warum seiner Meinung nach die Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil und Leistungen zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil keinen sofortigen Erfüllungseintritt herbeiführen.

Im daran anschließenden Abschnitt folgt zunächst eine Auseinandersetzung mit der Frage, was der Begriff der Erfüllung für die vorliegende Untersuchung bedeutet und ob es der Schuldner einseitig in der Hand hat, einen Erfüllungseintritt trotz erbrachter Leistung durch die Abgabe einer negativen Tilgungsbestimmung zu verhindern. Dabei wird sich zum einen zeigen, dass der Begriff der Erfüllung nicht mit § 362 Abs. 1 BGB gleichzusetzen ist, sondern es vielmehr allgemein darum geht, ob der Schuldner die Verletzung einer dem Gläubiger zustehenden Rechtsposition bereits durch eine Abwendungsleistung beendet. Daran anschließend sind zunächst die Voraussetzungen für einen Erfüllungseintritt bei vorprozessualen Vorbehaltsleistungen zu klären. Insbesondere die Frage nach einer notwendigen Beweislastumkehr zugunsten des Gläubigers wird hierbei eine entscheidende Rolle spielen. Entgegen der herrschenden Meinung ist diese nicht als Voraussetzung für einen Erfüllungseintritt, sondern lediglich als typische Konsequenz der durch die erbrachte Leistung geänderten tatsächlichen Umstände einzuordnen. Gesondert beleuchtet wird in diesem Zusammenhang die vorprozessuale Erfüllung von Unterlassungsansprüchen. Bei diesen hat sich vor allem im gewerblichen Rechtsschutz eine Sonderdogmatik herausgebildet, die nicht mit den anerkannten Grundsätzen bei auf eine positive Leistung des Schuldners gerichteten Ansprüchen harmonisiert und deshalb eine gesonderte Überprüfung erfordert.

⁸ BGH, NJW 2012, 1717; BGH, NJW 2014, 2199; BGH, NJOZ 2022, 156.

⁹ Erfüllung S. 113 ff. und 248 ff.

Die gewonnenen Erkenntnisse werden sodann auf den Fall einer Abwendungsleistung nach Erlass eines vorläufig vollstreckbaren Urteils übertragen. Dabei wird sich herausstellen, dass auch hier weder das Kriterium der Beweislastumkehr noch die Einlegung von Rechtsmitteln einer Beendigung der Rechtsverletzung grundsätzlich entgegenstehen. Im darauffolgenden Abschnitt erfolgt eine Untersuchung, ob die Annahme eines sofortigen Erfüllungseintritts mit dem Zweck der vorläufigen Vollstreckbarkeit vereinbar ist. Insbesondere ist hierfür eine Untersuchung der vollstreckungsrechtlichen Sonderregel des § 717 ZPO notwendig. Auch hier wird sich letztlich ergeben, dass sich hieraus keine tragenden Einwände gegen einen sofortigen Erfüllungseintritt ergeben.

Im Anschluss daran sind die Interessen des Schuldners in den Blick zu nehmen. Hierbei ist zunächst zu hinterfragen, inwieweit der Schuldner durch eine Abwendungsleistung überhaupt in der Lage ist, die Vollstreckung durch den Gläubiger zu verhindern und ob der Zeitpunkt des Erfüllungseintritts hierfür entscheidend ist. Sodann ist zwischen zwei Situationen zu differenzieren: Steht dem Gläubiger gegen den Schuldner ein Anspruch zu, dessen Durchsetzbarkeit der Schuldner durch die Ausübung ihm zustehender Gegenrechte verhindern kann, ist zu untersuchen, ob die Annahme eines sofortigen Erfüllungseintritts nicht möglicherweise rechtlich anerkannte Interessen des Schuldners in nicht hinnehmbarer Weise beschneiden würde. In Betracht kommt insoweit vor allem ein dem Schuldner drohender Verlust von Einwendungen und Einreden im Berufungsverfahren oder nach Einlegung eines Einspruchs. Dieser Verlust droht aufgrund der mittlerweile strengen Präklusionsregeln im Berufungsverfahren tatsächlich jedoch nur in deutlich geringerem Maße als herrschend implizit unterstellt wird. Dennoch sind Fälle eines Einwendungsverlusts für den Schuldner denkbar; vor allem wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil in einem Versäumnisurteil besteht, gegen das der Schuldner Einspruch eingelegt hat. Um zu ermitteln, ob dieser dem Schuldner drohenden Gefahr tatsächlich nur durch Konstruktionen im materiellen Recht abgeholfen werden kann, ist deshalb im Anschluss zu untersuchen, ob und inwieweit der Schuldner diesem drohenden Rechtsverlust selbst vorbeugen kann. In Betracht kommen hier Schutzmöglichkeiten vor der Vollstreckung, indem der Schuldner die ihm zustehenden Gegenrechte außerprozessual ausübt, bevor vollsteckt wird. Daneben ist der Umfang der prozessualen Schutzmechanismen zu untersuchen, mit denen der Schuldner eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung erreichen kann, bis eine Entscheidung im Rechtsmittelverfahren ergangen ist. Sodann ist ein Blick darauf zu werfen, inwieweit der Schuldner seine Gegenrechte sogar nach der Vollstreckung noch geltend machen kann.

Steht dem Gläubiger hingegen ein Anspruch zu, gegen den sich der Schuldner materiellrechtlich nicht in erfolgsversprechender Weise wehren kann, ist ebenfalls zu untersuchen, ob es aus Sicht des Schuldners günstiger ist, von einem bis zur Rechtskraft aufgeschobenen Erfüllungseintritt oder einem sofortigen Erfüllungseintritt auszugehen. Virulent wird diese Frage hier vor allem bei der Pro-

blematik des noch fortbestehenden Schuldnerverzugs und etwaiger trotz der Leistung fortbestehender Rücktritts- oder Kündigungsrechte des Gläubigers.

Spiegelbildlich zu den Interessen des Schuldners sind sodann noch die Interessen des Gläubigers in den Blick zu nehmen. Auch insoweit ist zu differenzieren zwischen dem Fall, dass dem Gläubiger ein materiellrechtlich durchsetzbarer Anspruch zusteht, und dem gegenteiligen Fall. Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Arbeit noch einmal gesammelt zusammengefasst.

C. Einschränkungen der Untersuchung

Die nachfolgende Untersuchung ist auf das deutsche Zivilrecht beschränkt. Zwar können vorläufig vollstreckbare Urteile gemäß § 167 VwGO auch bei Verfahren im Verwaltungsrechtsweg auftreten. Die hiesige Problematik wird dort aber allenfalls unter Rückgriff auf die Stellungnahmen in der zivilrechtlichen Literatur diskutiert, ohne eigene neue Gesichtspunkte beizutragen.¹⁰ Es erübrigt sich deshalb, auf die Rechtslage im Verwaltungsrecht einzugehen, zumal sich überdies die Frage stellt, ob der Begriff der Erfüllung im Zivilrecht und im Verwaltungsrecht deckungsgleich ist. Daneben erfolgt auch keine rechtsvergleichende Betrachtung. Die hier zu untersuchende, primär dogmatische Fragestellung wird in so weitem Umfang von dem Zusammenspiel zwischen Zivilrecht und Zivilprozessrecht im deutschen Recht geprägt, dass sich auch ein Vergleich mit anderen Rechtsordnungen, die das Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit ebenfalls kennen, nicht anbietet. Deutlich wird dies durch einen Seitenblick in die eng verwandten Rechtsordnungen in Österreich und der Schweiz:

In Österreich stellt sich die hiesige Frage bei Urteilen grundsätzlich nicht, weil Urteile gemäß § 1 Nr. 1 EO¹¹ nur ab Eintritt der formellen Rechtskraft einen Vollstreckungstitel darstellen, der zu einer Befriedigungsexekution berechtigt.¹² Bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft ist lediglich eine Exekution zur Sicherstellung nach den §§ 370 ff. EO möglich, wenn das Urteil den Schuldner zu einer Geldleistung verpflichtet hat. Diese führt jedoch nur zu einer Sicherung des

¹⁰ Siehe nur Schoch/Schneider/Pietzner/Möller, VwGO, § 167 Rn. 115 f.; außerdem nimmt die vorläufige Vollstreckbarkeit in der verwaltungsgerichtlichen Praxis eine deutlich geringere Rolle ein als im Zivilprozess, Schoch/Schneider/Pietzner/Möller, VwGO, § 167 Rn. 108.

¹¹ Exekutionsordnung.

¹² Anders ist dies nur, wenn das Urteil mit der außerordentlichen Revision angegriffen wird. Diese hemmt gemäß § 505 Abs. 4 S. 2 öZPO nur den Eintritt der formellen Rechtskraft, nicht aber die Vollstreckbarkeit des Urteils, sodass hier eine Befriedigungsexekution ausnahmsweise bereits vor dem Eintritt der formellen Rechtskraft möglich ist. Allerdings kann der Schuldner nach Erhebung der außerordentlichen Revision einen Antrag auf Aufschiebung der Exekution nach § 42 Abs. 1 Nr. 2a EO stellen, dem stattzugeben sein soll, ohne dass das Gericht die Erfolgsaussichten der außerordentlichen Revision dafür zu berücksichtigen habe, siehe dazu Rechberger/Klicka/Kodek, öZPO, § 505 Rn. 4.

Gläubigers, keinesfalls hingegen zu dessen Befriedigung, § 374 Abs. 3 EO.¹³ Gerichtliche Beschlüsse¹⁴ sind hingegen grundsätzlich vorläufig vollstreckbar, weil der gegen Beschlüsse gemäß § 514 Abs. 1 öZPO zulässige Rekurs nach § 524 Abs. 1 S. 1 öZPO keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Gemäß § 1 Nr. 1 EO sind auch vorläufig vollstreckbare Beschlüsse ein Exekutionstitel. Allerdings erklärt § 1 Nr. 2, 3 EO einige besonders wichtige Sachbeschlüsse wie den im Mahnverfahren erlassenen Zahlungsbefehl wiederum nur nach Eintritt der formellen Rechtskraft zum Exekutionstitel, der zu einer Befriedigung des Gläubigers berechtigt.¹⁵ Es dürfte deshalb in Österreich nur in sehr wenigen Fällen tatsächlich dazu kommen, dass der Gläubiger infolge einer vor formeller Rechtskraft des Vollstreckungstitels durchgeführten Vollstreckung beziehungsweise einer Abwendungsleistung des Schuldners die geschuldete Leistung erhält und sich die Frage nach der materiellrechtlichen Bewertung stellt.¹⁶ Dies erklärt auch, wieso – soweit ersichtlich – das hier zu untersuchende Problem in Österreich nicht diskutiert wird.

Seit der Einführung einer bundeseinheitlichen Zivilprozessordnung im Jahr 2011 kennt die Schweiz hingegen die vorläufige Vollstreckbarkeit¹⁷ gerichtlicher Urteile in weiterem Umfang, als das zuvor unter Geltung von jeweils kantonal abweichenden Zivilverfahrensordnungen der Fall war.¹⁸ Dies gilt sowohl für Urteile, die auf eine Geldleistung oder eine Sicherheitsleistung des Schuldners gerichtet sind und deshalb gemäß Art. 38 Abs. 1 SchKG¹⁹, Art. 335 Abs. 2 sZPO nach dem SchKG vollstreckt werden, als auch für sonstige Urteile, die nach den Art. 335 ff. sZPO vollstreckt werden. In beiden Fällen kann ein Urteil bereits vor Eintritt der formellen Rechtskraft vollstreckbar sein, Art. 336 Abs. 1 lit. b) sZPO.²⁰ Gemäß Art. 315 Abs. 1 sZPO kommt einer gegen ein erstinstanzliches

¹³ Siehe dazu *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, S. 65 f., 409 ff.

¹⁴ Das sind nach österreichischem Zivilverfahrensrecht alle gerichtlichen Entscheidungen, die keine Urteile sind, vgl. § 425 Abs. 1 öZPO. Viele Beschlüsse dienen lediglich der Durchführung des Verfahrens, es gibt aber durchaus auch Beschlüsse, die eine Sachentscheidung enthalten, siehe dazu eingehend *Fasching*, Österreichisches Zivilprozessrecht, Rn. 1376, 1586 ff.; siehe weiter die Aufzählung bei *Rechberger/Klicka/Rechberger/Klicka*, öZPO, § 425 Rn. 2.

¹⁵ Vgl. dazu *Feill/Marent*, EO, § 1 Rn. 17; eine Exekution zur Sicherstellung bleibt dagegen auch hier, teilweise sogar unter erleichterten Voraussetzungen, möglich, vgl. § 371 EO.

¹⁶ *Schimik*, Exekution, S. 250 f. hält diese Fälle zwar ebenfalls für denkbar, handelt diese dann aber auf nicht einmal anderthalb Seiten ab, ohne ein einziges konkretes Beispiel anzuführen oder einen Rechtsprechungsnachweis zu liefern. Auch dies spricht für einen sehr geringen Stellenwert im österreichischen Recht.

¹⁷ In der Terminologie der sZPO vorzeitige Vollstreckung.

¹⁸ Zur Möglichkeit einer vorläufigen Vollstreckbarkeit auf Basis der kantonalen Zivilverfahrensrechte siehe *Zoller*, Vorläufige Vollstreckbarkeit, S. 13 ff.

¹⁹ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.

²⁰ Auch ein noch nicht formell rechtskräftiges Urteil führt deshalb zu einer definitiven Rechtsöffnung nach Art. 80 SchKG und nicht nur zu einer provisorischen Rechtsöffnung, siehe *Kren Kostkiewicz*, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, Rn. 589; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7374.

Urteil eingelegten Berufung jedoch grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu.²¹ Die vorläufige Vollstreckbarkeit tritt in diesem Fall nur ein, wenn das Berufungsgericht einem entsprechenden Antrag des Gläubigers, gegebenenfalls gegen Anordnung einer vom Gläubiger zu erbringenden Sicherheitsleistung, stattgibt, Art. 315 Abs. 2 S. 1 sZPO.²² Besteht die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urteils, sind alle Vollstreckungsmaßnahmen zulässig, die auch aufgrund eines formell rechtskräftigen Urteils möglich wären.²³ Kann gegen ein Urteil hingegen keine Berufung, sondern nur Beschwerde nach Art. 319 ff. sZPO²⁴ eingelegt werden oder im Falle einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht nach Art. 103 BGG²⁵, wird das Urteil trotz des eingelegten Rechtsmittels formell rechtskräftig, Art. 325 Abs. 1.²⁶ Die Vollstreckbarkeit ergibt sich in diesen Fällen damit bereits aus Art. 336 Abs. 1 lit. a) sZPO und kann lediglich nach Art. 325 Abs. 2 S. 1, 311 Abs. 2 S. 1 sZPO beziehungsweise Art. 103 Abs. 3 BGG gehemmt werden.²⁷ Aufgrund des gegen das formell rechtskräftige Urteil eingelegten Rechtsmittels ist die Situation aber hier durchaus mit derjenigen vergleichbar, in der ein noch nicht rechtskräftiges Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde.²⁸ Wegen dieser Möglichkeiten der Vollstreckung aus einem Urteil, über das noch keine abschließende Sachenentscheidung ergangen ist, wurde unter Rückgriff auf die deutsche Rechtsprechung und herrschende Meinung in der Literatur ein erster Versuch unternommen, die materiellrechtlichen Wirkungen

²¹ Ausnahmen bestehen nach Art. 315 Abs. 4 sZPO bei Entscheidungen über das Gegenstandsrecht nach Art. 28g ff. ZGB und bei Entscheidungen über vorsorgliche Maßnahmen nach Art. 261 ff. sZPO.

²² Entscheidungskriterien soll insoweit im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung vor allem die Wahrscheinlichkeit sein, mit der das Urteil Bestand haben wird, siehe dazu Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Reetz/Hilber, sZPO, Art. 315 Rn. 24 ff., die daneben zu Recht auf den ungenauen Wortlaut des Art. 315 Abs. 2 S. 1 sZPO hinweisen. Es geht nicht um eine vorzeitige Vollstreckung, sondern das Gericht erklärt das Urteil lediglich für vorzeitig vollstreckbar, Rn. 23.

²³ Huber, Vollstreckung, S. 28; Zoller, Vorläufige Vollstreckbarkeit, S. 95 f.

²⁴ Beispielsweise wenn die Berufungssumme von mindestens 10.000 CHF nicht erreicht ist, Art. 319 Abs. 1 lit. a), 308 Abs. 2 sZPO.

²⁵ Bundesgerichtsgesetz.

²⁶ Aus dem Wortlaut des Art. 103 Abs. 1 BGG geht das hingegen nicht gleichermaßen klar hervor. Allerdings soll auch insoweit der Rechtskräfteintritt durch die Beschwerde nicht aufgeschoben werden, Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Rn. 1296 f.; siehe zum Begriff der formellen Rechtskraft in der Schweiz Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Rn. 513. Nur die Berufung als ordentliches Rechtsmittel hemmt danach den Eintritt der formellen Rechtskraft, nicht aber die sog. außerordentlichen Rechtsmittel.

²⁷ Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Rn. 1402 f., 1475 f.

²⁸ Als weiteres außerordentliches Rechtsmittel kommt daneben die Revision nach Art. 328 ff. sZPO beziehungsweise Art. 121 ff. BGG in Betracht. Allerdings dient die Revision, anders als die Beschwerden (Art. 320 sZPO, Art. 95 ff. BGG), weniger einer inhaltlichen Kontrolle des Urteils, sondern – vergleichbar mit den §§ 579, 580 ZPO – mehr einer Wiederaufnahme eines fehlerhaft abgelaufenen Verfahrens, siehe dazu Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Rn. 1410 ff., 1490 ff.

einer Vollstreckung oder Abwendungsleistung nach Erlass eines vorläufig vollstreckbaren Urteils zu ergründen.²⁹ Dies führte in der Folge jedoch nicht dazu, dass die in Deutschland zumindest früher lebhaft geführte Debatte in der Schweiz längerfristig aufgegriffen worden und um eigene Impulse erweitert worden wäre. Vielmehr finden sich – soweit ersichtlich – weder in der zwangsvollstreckungsrechtlichen Literatur noch in der zivilrechtlichen Literatur weitere Beiträge zu diesem Themenkomplex,³⁰ obwohl ansonsten gerade im Rahmen der Erfüllung durchaus in großem Umfang auf die deutsche Literatur zurückgegriffen wird.³¹

Im Folgenden wird die Rede von Gläubiger und Schuldner anstelle von Kläger und Beklagten sein. Dabei liegt der folgenden Untersuchung immer die Konstellation zugrunde, in welcher der Gläubiger geklagt hat und ein stattgebendes, vorläufig vollstreckbares Urteil erhalten hat. Diese Terminologie wird auch beibehalten, wenn Ausgleichsansprüche des Schuldners untersucht werden, in deren Rahmen der vormalige Schuldner als Gläubiger des Ausgleichsanspruchs auftritt. Auch hier wird im Interesse einer – hoffentlich – leichteren Verständlichkeit trotz der im Rahmen der Ausgleichsansprüche vertauschten Rollen der ursprüngliche Schuldner weiterhin als Schuldner und der ursprüngliche Gläubiger als Gläubiger bezeichnet. Mit dieser terminologischen Abgrenzung ist zugleich eine Eingrenzung verbunden: Soweit es nicht gesondert kenntlich gemacht wird, liegt den folgenden Ausführungen immer die Annahme zugrunde, dass materielles Recht und gerichtliche Entscheidung sich decken. Die Möglichkeit fehlerhafter Urteile wird damit grundsätzlich außen vor gelassen. Dies liegt darin begründet, dass es bei Fehlurteilen zu einem Auseinanderfallen von materieller Rechtslage und gerichtlicher Entscheidung kommt, die mangels eines bestehenden materiellrechtlichen Anspruchs Überlegungen zur Erfüllungswirkung nicht sinnvoll zulassen.³²

Die Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil und die Abwendungsleistung des Schuldners zur Verhinderung der Zwangsvollstreckung wer-

²⁹ Zoller, Vorläufige Vollstreckbarkeit, S. 96 ff.

³⁰ Huber, Vollstreckung, S. 28 f. bedenkt die vorzeitige Vollstreckbarkeit lediglich mit wenigen, dünnen Worten und meint, eine Auseinandersetzung damit sprengt den Umfang ihrer sich mit der Vollstreckung von Urteilen befassenden Arbeit. Auch dies spricht für einen eher geringen Stellenwert der vorläufigen Vollstreckbarkeit in der Schweiz.

³¹ Siehe bspw. Koller, Obligationenrecht AT, § 35, der sich eingehend mit den verschiedenen Erfüllungstheorien im deutschen Zivilrecht auseinandersetzt, das hiesige Problem aber mit keiner Silbe erwähnt. Möglicherweise liegt das auch darin begründet, dass die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung in der Schweiz nicht als Erfüllung eingeordnet wird, Rn. 35.29.

³² Anders wäre das nach der materiellen Rechtskrafttheorie (siehe zu den verschiedenen Rechtskrafttheorien Roth, FS Sutter-Somm, S. 505 ff.; und mit Kritik zur prozessualen Rechtskrafttheorie Braun, Zivilprozeßrecht, S. 902 ff.), allerdings auch nur, wenn das Urteil bereits rechtskräftig geworden ist. Für die hiesige Situation eines lediglich vorläufig vollstreckbaren Fehlurteils müsste auch die materielle Rechtskrafttheorie von einem Auseinanderfallen von materieller Rechtslage und in dem Urteil festgestellter Rechtslage ausgehen.

den gleich behandelt; es sind insoweit keine Unterschiede in der Sache ersichtlich.³³ Es gibt jedoch Konstellationen, in denen die Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil von vornherein nicht auf eine Erfüllung gerichtet sein kann, weil der Gläubiger die verlangte Leistung durch die Vollstreckung nicht erhält. Dies sind zum einen die Fälle des § 895 ZPO, weiter diejenigen des § 720a ZPO, § 888 ZPO und § 890 ZPO. Dort stellt sich das zu untersuchende Problem damit nicht. Allerdings ist es auch in diesen Fallgestaltungen denkbar, dass der Schuldner eine Abwendungsleistung erbringt, beispielsweise die verlangte Willenserklärung abgibt oder die Zahlung trotz fehlender Sicherheitsleistung des Gläubigers erbringt. In einer solchen Konstellation stellt sich die Frage nach einer Erfüllungswirkung gleichermaßen. Umgekehrt ist es auch bei einer dem Vollstreckungsorgan gegenüber erbrachten Abwendungsleistung denkbar, dass die Leistung noch nicht an den Gläubiger ausgekehrt wurde. Auch diese Fälle sind nicht Gegenstand der Untersuchung. Es interessieren hier lediglich die Fälle, in denen der Gläubiger infolge der Abwendungsleistung tatsächlich das Leistungssubstrat erhalten hat, die Vermögensverschiebung zu seinen Gunsten also bereits stattgefunden hat. Im Folgenden wird aufgrund des umfassenderen Anwendungsbereichs zumeist generell von der Abwendungsleistung des Schuldners die Rede sein. Der Fall der Vollstreckung ist damit mit Ausnahme der eben erwähnten Fallgestaltungen aber ebenfalls erfasst, sofern sich aus dem konkreten Abschnitt nichts Gegenteiliges ergibt.

Die folgende Untersuchung bezieht sich primär auf die Situation nach Erlass eines vorläufig vollstreckbaren Urteils.³⁴ Das zu untersuchende Problem taucht jedoch gleichermaßen auf, wenn der Schuldner eine Abwendungsleistung erbringt, um die Vollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid zu verhindern, gegen den er Einspruch eingelegt hat, §§ 700 Abs. 1, 338 ZPO. Ähnlich gelagert sind möglicherweise daneben noch die Fälle, in denen aus einem rechtskräftigen Vorbehaltsurteil, §§ 302, 599 ZPO, vollstreckt wird und es später zu einem Nachverfahren kommt. Ebenso denkbar ist diese Problematik bei einer Abwendungsleistung nach Erlass einer sogenannten Befriedigungsverfügung, die der Gläubiger im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erhalten hat. Von diesen Konstellationen wird im Folgenden aber lediglich die Vollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid in die Untersuchung miteinbezogen. Die Frage nach einer Erfüllungswirkung in Folge der Vollziehung einer Befriedigungsverfügung würde eine Auseinandersetzung mit der Rechtfertigung der Befriedigungsverfügung und der Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes erfordern,³⁵ eine Ein-

³³ So auch BGH, NJW 1981, 1244; A. Blomeyer, JR 1979, 490; Krüger, NJW 1990, 1208, 1209; Kerwer, Erfüllung, S. 113 ff., 241 ff. trennt dagegen zwischen der Vollstreckung und der Abwendungsleistung. Letztlich kommt auch er aber für beide Fälle in der Sache zu denselben Ergebnissen.

³⁴ Entweder in Gestalt eines kontradiktorischen Urteils oder in Gestalt eines Versäumnisurteils, § 331 Abs. 1 ZPO.

³⁵ Siehe zur Befriedigungsverfügung, Schilken, Befriedigungsverfügung, passim; und zur Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes Walker, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 62 ff.

beziehung der §§ 302, 599 ZPO würde eine Untersuchung der Besonderheiten dieser Verfahrensarten, insbesondere des Zwecks des Nachverfahren erforderlich machen. Beides würde den Rahmen dieser Arbeit übersteigen.

Daneben wird in der nachfolgenden Untersuchung vorausgesetzt, dass der Schuldner bereits Rechtsmittel³⁶ gegen das vorläufig vollstreckbare Urteil eingelegt hat, bevor er die Abwendungsleistung erbracht hat.³⁷ Außerdem wird lediglich die Vollstreckung in das schuldner eigene Vermögen beziehungsweise eine Abwendungsleistung des Schuldners mit seinem eigenen Vermögen betrachtet. Bei der Vollstreckung in schuldnerfremdes Vermögen stellen sich wiederum viele weitere Fragen, deren Untersuchung vom eigentlichen Gegenstand dieser Arbeit wegführen würde und deshalb unterbleiben soll.³⁸

Zur besseren Anschaulichkeit sollen abschließend zwei aus der Rechtsprechung entlehnte, beispielhafte Konstellationen geschildert werden:

1. Der Gläubiger klagt gegen den Schuldner auf Zahlung in Höhe von 50.000 € und erhält erstinstanzlich ein stattgebendes, vorläufig vollstreckbares Urteil. Er kündigt dem Schuldner die Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil an. Der Schuldner legt Berufung gegen das Urteil ein, zahlt die 50.000 € aber zugleich an den Gläubiger, weil er im Falle einer Vollstreckung einen erheblichen Reputationsschaden befürchtet. Gleichwohl besorgt sich der Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung und schreitet zur Vollstreckung. Der Schuldner fragt sich nun, auf welchem Wege er die Vollstreckung verhindern kann. Im Berufungsverfahren möchte der Schuldner mit einer unstreitigen Zahlungsforderung gegenüber dem Gläubiger in Höhe von 20.000 € aufrechnen, die er erst nach Abschluss der ersten Instanz erworben hatte.³⁹

2. Der Gläubiger klagt gegen den Schuldner auf Räumung einer Wohnung und erhält ein erstinstanzlich stattgebendes Urteil. Der Schuldner legt Berufung gegen das Urteil ein. Dennoch betreibt der Gläubiger die Vollstreckung und lässt die Wohnung räumen. In der Berufungsverhandlung erklärt der Gläubiger daraufhin den Rechtsstreit für erledigt. Der Schuldner widerspricht, weil kein erledigendes Ereignis vorliege.⁴⁰

³⁶ Unter dem Begriff des Rechtsmittels werden nachfolgend, soweit nicht anders gekennzeichnet, die Berufung, die Revision und der Einspruch gegen ein Versäumnisurteil beziehungsweise einen Vollstreckungsbescheid verstanden. Letzterer ist zwar mangels Devolutiv effekt kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne. Im Interesse sprachlicher Kürze wird der Einspruch aber für die Zwecke dieser Arbeit vom Begriff des Rechtsmittels erfasst.

³⁷ Fragen, ob eine vor Einlegung eines Rechtsmittels erbrachte Abwendungsleistung möglicherweise als Rechtsmittelverzicht aufgefasst werden kann, bleiben deshalb ausgeklammert; sie haben sachlich nichts mit der Erfüllungswirkung zu tun.

³⁸ Siehe ausführlich zur Vollstreckung in schuldnerfremdes Vermögen *Kerwer*, Erfüllung, S. 179 ff.

³⁹ Angelehnt an RGZ 63, 330.

⁴⁰ Nach RGZ 130, 393 und BGH, NJW 2014, 2199.

Register

- Annahmeverzug 50, 71 f., 85, 205 f.
Anspruch 29–35, 40 f., 54 ff.
– Auskunftsanspruch 14, 34,
– Herausgabeanspruch 18, 45 ff.,
– negatorischer Anspruch 33, 40 f.,
52 f., 90 f., 145, 160
– prozessualer Anspruch 55 f.
– rechtsverwirklichender Anspruch 31–
35, 40 f., 46, 51, 54 ff., 68, 73, 145,
151, 180, 196, 205, 208
– Unterlassungsanspruch 46 Fn. 99, 86–
108, 117, 147–150, 158 Fn. 70
Anspruch, negatorischer 33, 40 f., 52 f.,
90 f., 145, 160
Anspruch, rechtsverwirklichender 31–
35, 40 f., 46, 51, 54 ff., 68, 73, 145,
151, 180, 196, 205, 208
Aufrechnung 39, 43 ff., 73 f., 127–130,
159–165, 172–180, 195, 201
– Berufungsverfahren 172–178, 195
– Eventualaufrechnung 18, 23, 155 f.,
174 Fn. 140
Ausnahmerecht 16, 20, 26, 118–139

Berufung 7, 10, 113, 157, 160–178, 182,
185, 189
– Aufrechnung 172–178, 195
– Verjährung 165–172
Beschwer 2, 13 f., 34, 152, 157 f.
Beweislast 21, 58 f., 64–85, 98 f.,
112 ff., 136 ff.
– Beweislastverteilung 66–85, 113 f.
– Beweislastvertrag 79–85
– objektive 58 f., 65–85, 98 f., 136, 138,
189
– subjektive 69
Beweislast, objektive 58 f., 65–85, 98 f.,
136, 138, 189

Beweislastumkehr 2 ff., 14 ff., 21 ff.,
57 f., 64–85, 111–115
– Erfüllungsvoraussetzung 64–85, 111–
115

Einstweilige Einstellung der Zwangsvoll-
streckung 182–195
Entstehungsgeschichte 49, 126 f., 206
Erfolgsprognose 183 ff.
Erfüllung 27–54, 71–86, 111–140
– Erfüllungsbegriff 27–54, 202
– Erfüllungseintritt 59–86
– Erfüllungsvoraussetzungen 71–86,
111 f.
Erlassfälle 82–85
Erledigung des Rechtsstreits 149, 152–
156
Ermessen 182, 187, 190

Forderung als Rechtsposition 28–30

Gerichtsvollzieher 143

Hinterlegung 39, 103

Insolvenz 122 f., 164, 179, 193, 201–204
Interessen 43 f., 141–207
– Interessenabwägung 188–191
– Interessenlage 141–207
– schutzwürdige Interessen 43 f.,
Klageänderungstheorie 112, 154 f.
Kondiktion 44 Fn. 94, 45, 58–63, 72–85,
97–98, 113, 116, 192
– Leistungskondiktion 48
– Zweckverfehlungskondiktion 48–50,
85 f.
– Kondiktion der strafbewehrten Unter-
lassungserklärung 97–98
Kündigung 94, 200, 208

- Leistungsbewirkung 36 ff.
 – reale 36 f.
 – finale 37 f.
- Präklusion 96, 161 ff., 166, 170 f.
 Privatautonomie 39–42, 51 f., 80 f.
 Prozessrecht 54 ff.
 Prozessurteil 135–137
 Rechtsposition, heteronom
 begründet 52 f.
 Rechtsposition, privatautonom
 begründet 51 f.
 Rücktritt 200, 203
- Sachurteil 133 ff.
 Schadensersatz nach § 717 Abs. 2
 ZPO 125–138, 191 f.,
 Schuldnerverzug 196–199, 204
 Schutzmöglichkeiten 178–194
 – materiellrechtliche Rechtsaus-
 übung 178–181
 – prozessuale Schutzmöglichkei-
 ten 181–194
- Theorie der finalen Leistungsbewir-
 kung 36 f.
 Theorie der realen Leistungsbewir-
 kung 37 f.
 Tilgungsbestimmung 35–53
 – gesetzlich anerkannte Fälle 38 f.
 – negative 39–53
- Unterlassungsanspruch 46 Fn. 99, 86–
 108, 117, 147–150, 158 Fn. 70
 – Begehungsgefahr 86, 91 f.
 – gesetzlicher Unterlassungsan-
 spruch 88 f.
 – vertraglicher Unterlassungsan-
 spruch 89 f.
 – Wiederholungsgefahr 92–108
- Unterwerfungserklärung, strafbe-
 wehrte 93–108, 148–151, 158 Fn. 70
 – einseitige 101–108
 – Feststellungszweck 94–97
 Urkunde, vollstreckbare 75 f.
- Verjährung 63 f., 160, 165–172, 192 ff.
 – Berufung 165–172
 – Neubeginn 63 f.
 Verletzung einer Rechtsposition 28–35,
 54 f., 77 f., 88 ff., 115–118
 Versäumnisurteil 156, 177, 190 Fn. 207
 Vollstreckungsabwehrklage 75 f., 94 f.,
 145 ff., 177 Fn. 156, 186
 – verlängerte Vollstreckungsabwehr-
 klage 75 f.
 Vollstreckungsbescheid 177
 Vollstreckungsdruck 146, 191, 205 f.
 Vollstreckbarkeit, vorläufige 118–139
 – Ausnahmerecht 16, 20, 26, 118–139
 – Gesetzesgeschichte 118–121
 – Zweck 121–125
 Vorbehaltsleistung 57–108, 114 ff.
 – § 814 BGB 60–64, 116
 – mit Beweislastumkehr 57 f.
 – ohne Beweislastumkehr 58 f., 79–85
 – vorprozessuale Vorbehaltslei-
 stung 57–108
- Zweckverfehlungskondiktion 48–50,
 85 f.