

Es fehlt ihr aber an Konsequenz im Hinblick auf die vollständige Lösung aller Probleme.

Zunächst einmal muß man sich darüber im klaren sein, daß sich hinter dem Begriff „Zwangsgeld“ zwei völlig unterschiedliche Erscheinungen verbergen.

1. Würde der Schuldner verpflichtet, eine Handlung vorzunehmen, dann geht es darum, Zwangsmittel einzusetzen, die zur Vornahme der Handlung führen, d. h., die den Schuldner speziell stimulieren, seiner Verpflichtung nachzukommen, bzw. die dazu geeignet sind, innere Widerstände des Schuldners abzubauen, die der Erfüllung der Verpflichtung entgegenstehen. Ist dieses Ziel erreicht, erübrigen sich weitere Zwangsmittel, denn die Anwendung von Zwang findet nicht an sich, sondern nur als Mittel zum Zweck, d. h. zur Realisierung der Verpflichtung, statt. Reicht die Androhung des Zwangsgeldes, braucht dieses nicht verhängt zu werden. Reicht die Verhängung (Auferlegung), braucht das Zwangsgeld nicht vollstreckt zu werden. Es ist dem Schuldner überlassen, die jeweils nächste Stufe der Zwangsanwendung durch eigenes Handeln abzuwenden (vgl. § 130 Abs. 5 ZPO).

Den Zwang Schritt für Schritt einzusetzen ist also sicher sinnvoll. Den ersten Schritt, die Androhung des Zwangsgeldes, nicht zu tun, heißt u. U., Möglichkeiten für die Durchsetzung der gerichtlichen Entscheidung oder Einigung (vgl. ZPO-Kommentar, Berlin 1987, Anm. 3.4. zu § 130 [S. 201]) zu verschenken. Es hat jedoch keine Beeinträchtigung der Rechte des Schuldners zur Folge, wenn Zwangsgeld ohne vorherige Androhung verhängt wird, denn bevor wegen eines Zwangsgeldes vollstreckt werden kann, muß es verhängt worden sein, und zwischen Verhängung und Vollstreckung liegt ein ausreichender Zeitraum, um die Vollstreckung noch abzuwenden zu können.

2. Ist die Verpflichtung des Schuldners auf die Duldung oder Unterlassung einer Handlung gerichtet, dann ist die Situation eine andere. Solange der Schuldner nichts tut, was seinen Rechtspflichten widerspricht, verhält er sich den Ansprüchen des Gläubigers, also auch dem Gesetz, entsprechend. Gegen ihn bedarf es keiner Zwangsanwendung. Angesichts der Tatsache jedoch, daß eine Zuwiderhandlung nicht wieder rückgängig zu machen ist, gilt es, derartigem rechtspflichtverletzendem Handeln des Schuldners möglichst vorzubeugen.

Dies geschieht zweckmäßigerweise dergestalt, daß dem Schuldner zugleich mit der Verurteilung, eine Handlung zu dulden bzw. zu unterlassen, ein in seiner Höhe exakt bemessenes Zwangsgeld für jeden Fall der Zuwiderhandlung angedroht wird. Die Androhung ist eine präventive Maßnahme, ähnlich denen, die im Strafrecht und Ordnungswidrigkeitsrecht angewendet werden. Sie steht in Übereinstimmung mit dem unsere gesamte Rechtsordnung durchziehenden Grundsatz, daß niemandem strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Sanktionen auferlegt werden dürfen, die ihm nicht vorher angedroht wurden. Vorherige Androhung heißt dabei selbstverständlich mehr als nur pauschales In-Aussicht-Stellen staatlichen Zwanges; sie bedeutet Festlegung eines konkret bemessenen, dem Rechtsfall angemessenen Rahmens der zu erwartenden Sanktionen. Im allgemeinen geschieht dies im Wege rechtlicher Regelung. Angesichts der unüberschaubaren Vielfalt der zivilprozessual durchzusetzenden Unterlassungs- oder Duldungspflichten jedoch hat es der Gesetzgeber den Gerichten übertragen, einen angemessenen Rahmen für die Verhängung eines Zwangsgeldes festzulegen. Dies geschieht im Wege der Androhung eines konkret bemessenen Zwangsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen eine vollstreckbare Rechtspflicht.

Eine Pflichtverletzung hat dann zur Folge, daß das Zwangsgeld im Rahmen der vorher angedrohten Beträge verhängt und vollstreckt wird. Auf Grund der Androhung wußte der Schuldner, welche Folgen seine Rechtspflichtverletzung für ihn haben würde; er hat sie mit seinem Handeln in Kauf genommen und muß sie nunmehr tragen. Das Zwangsgeld ist Sanktion für pflichtwidriges Verhalten, es ahndet die Pflichtverletzung; seine Vollstreckung ist demzufolge unabwendbar. Nur so kann es seine speziell wie generell präventive Wirkung entfalten.

Daraus folgt, daß ein Zwangsgeld zur Durchsetzung von Unterlassungs- oder Duldungspflichten möglichst zeitig, jedenfalls vor einer ersten Rechtspflichtverletzung des Schuldners, anzudrohen ist. Eine frühzeitige, schon im Vollstreckungstitel über die Unterlassungs- oder Duldungsverpflichtung ausgesprochene Androhung von Zwangsgeld für den Fall der Zuwiderhandlung ist Ausdruck konsequenter Wahrnehmung der gesetzlich geschützten Rechte und Interessen des Gläubigers. Mit der Androhung von Zwangsgeld bis zu dem Zeitpunkt abzuwarten, bis der Schuldner seine Pflichten erstmalig verletzt, hat zur Folge, daß die Durchsetzung der

Rechte des Gläubigers auf die lange Bank geschoben wird. Es bedeutet letzten Endes, dem Rechtsverletzer ein unverständliches Entgegenkommen zu zeigen.

Nach allem komme ich zu dem Ergebnis, daß der bisherige Absatz 3 des § 79 ZPO in zwei, der unterschiedlichen Sach- und Rechtslage Rechnung tragende Absätze gegliedert werden sollte. Sie könnten wie folgt lauten:

„Wird eine Prozeßpartei zur Vornahme einer Handlung verurteilt, kann das Gericht zugleich die Rechte des Gläubigers und die zu treffenden Maßnahmen für den Fall festlegen, daß der Schuldner innerhalb der im Urteil bestimmten Frist die Handlung nicht vornimmt. Es können dem Schuldner die voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme auferlegt oder ein angemessenes Zwangsgeld angedroht werden.

Wird eine Prozeßpartei zur Duldung oder Unterlassung einer Handlung verurteilt, ist ihr für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein konkret bemessenes Zwangsgeld anzudrohen.“

Mit dieser Regelung erhalte der § 79 ZPO eine Fassung, die den vorgeschlagenen §§ 130, 130 a und 130 b ZPO entspricht.

#### *Entscheidung über das Zwangsgeld im Vollstreckungsverfahren*

Die §§ 130, 130 a und 130 b des Entwurfs der ZPO-Novelle tragen den unterschiedlichen Sachlagen bei der Vollstreckung wegen der Verpflichtung zur Duldung oder Unterlassung einerseits und zur Vornahme einer Handlung andererseits nunmehr im wesentlichen Rechnung. Einige Aspekte sollten allerdings noch berücksichtigt werden:

Voraussetzung für die Verhängung eines Zwangsgeldes zur Durchsetzung der vollstreckbaren Verpflichtung zur Duldung oder Unterlassung einer Handlung gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 muß m. E. die schuldhaft e Zuwiderhandlung sein. Wem das Risiko obliegen sollte, die Nachteile der Unbewiesenheit der Schuld zu tragen, kann dahingestellt bleiben. Ich halte es jedoch für zweckmäßig, sich insofern der Regelung des § 330 ff. ZGB anzuschließen.

Nicht akzeptabel erscheinen mir die Sätze 2 und 3 des neuformulierten § 130 Abs. 1, wonach im Vollstreckungsverfahren der Gläubiger die Zuwiderhandlung des Schuldners glaubhaft zu machen hat und eine Anhörung des Schuldners nicht erforderlich ist. Zum einen halte ich es für unververtretbar, die Verhängung des Zwangsgeldes lediglich von einer seitens des Gläubigers versicherten (vgl. § 53 Abs. 2 ZPO) Zuwiderhandlung des Schuldners abhängig zu machen. Die Zuwiderhandlung muß m. E. bewiesen sein. Zum anderen — und das folgt schon aus Vorstehendem — darf auf eine mündliche Verhandlung darüber, ob eine Zuwiderhandlung gegen die in einem Vollstreckungstitel ausgesprochene Verpflichtung vorliegt, nicht verzichtet werden. Ein solcher Verzicht bedeutete für den Schuldner die Verletzung seines Anspruchs, vor Gericht gehört zu werden (Art. 20 Abs. 1 Satz 3, 102 Abs. 1 Verf.), und hätte überdies zur Folge, daß eine gründliche Prüfung der für die Verhängung des Zwangsgeldes erforderlichen Voraussetzungen in die zweite Instanz verlagert würde. Da bei der gegebenen Regelung im Beschwerdeverfahren eine Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz kaum in Betracht käme und übrigens auch nicht wünschenswert ist, würde dem Schuldner also eine Rechtsmittelinstanz faktisch genommen.

Der § 130 a Abs. 1 und 2 des Entwurfs der ZPO-Novelle ist in seiner gegenwärtigen Fassung unexakt. Danach müßte bei einer Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung der Schuldner zwingend zugleich unter Androhung eines Zwangsgeldes für den Fall der Zuwiderhandlung zur Duldung der Ersatzvornahme verpflichtet werden. Zu bedenken gebe ich, daß es dem Schuldner nicht generell möglich ist, Ersatzvornahmen des Gläubigers störend zu beeinflussen. Die Androhung von Zwangsgeld ist deshalb auf die erforderlichen Fälle zu begrenzen. Außerdem geht es nicht nur darum, daß der Schuldner Handlungen des Gläubigers zu dulden hat. Er hat vielmehr auch eigene, die Ersatzvornahme beeinträchtigende Handlungen zu unterlassen. Die Regelung müßte demgemäß etwa wie folgt lauten: „Soweit erforderlich, ist der Schuldner zugleich unter Androhung eines konkret bemessenen Zwangsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verpflichten, auf Ersatzvornahme gerichtete Handlungen des Gläubigers zu dulden bzw. gegen ihre Durchführung gerichtete Handlungen zu unterlassen.“

Für § 130 b Abs. 1 des Entwurfs der ZPO-Novelle sollten meine Ausführungen zu § 130 Abs. 1 berücksichtigt und anstelle des zweiten Satzes des § 130 b Abs. 1 die in § 130 Abs. 1 Sätze 2 und 3 enthaltenen Regelungen aufgenommen werden.