

DEUTSCHE GERICHTSVOLLZIEHER ZEITUNG



ZEITSCHRIFT für VOLLSTRECKUNGS-
ZUSTELLUNGS- und KOSTENWESEN

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

DEZEMBER 1998 · 113. JAHRGANG · NR. 12/98

Voraussetzungen der Räumungsvollstreckung nach der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle (§§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 758 a n. F. ZPO)

Von wissenschaftl. Assistent Dr. Hans-Jörg Schultes, Bonn

Das zweite Gesetz zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften (2. Zwangsvollstreckungsnovelle) vom 17. Dezember 1997¹⁾ enthält eine Reihe von Änderungen zwangsvollstreckungsrechtlicher Normen, die mit dem 1. 1. 1999 in Kraft treten²⁾. Ausgangspunkt des zugrundeliegenden Gesetzentwurfs war die Einschätzung des Gesetzgebers, daß das Recht der Zwangsvollstreckung nach seiner über 100jährigen Geschichte nicht mehr zeitgemäß sei. Gesetzeslage und Vollstreckungswirklichkeit stimmten nicht mehr überein und das Zwangsvollstreckungsverfahren sei in vieler Hinsicht schwerfällig, kompliziert und unübersichtlich³⁾. Neben zahlreichen Änderungen, die im wesentlichen auf Vorschläge aus der Vollstreckungspraxis zurückgehen, finden sich speziell im Bereich der Räumungsvollstreckung Neuerungen in §§ 794, 758 a sowie in §§ 765a und 885 ZPO^{3a)}, deren aller Ziel es ist, das Zwangsvollstreckungsverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen. Zudem sollen ohne Beeinträchtigung berechtigter Interessen des Schuldners, die Durchsetzbarkeit von

Vollstreckungstiteln verbessert und die Vollstreckungsgerichte entlastet werden⁴⁾.

I. Titulierung gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO

1. Bisherige Rechtslage

Gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO a. F. fand die Zwangsvollstreckung aus notariellen Urkunden nur unter der Voraussetzung statt, daß „die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat“.

Diese Regelung hat sich in der Praxis nicht nur mit ihrer für die Gerichte entlastenden Wirkung bewährt. Die Regelung bietet zudem die Möglichkeit, mit einem geringen Kostenaufwand einen Vollstreckungstitel zu erlangen, ohne hierfür ein gerichtliches Verfahren anstrengen zu müssen und ohne dabei die Belange des Schuldners unzumutbar zu vernachlässigen, welche durch das Erfordernis einer ausdrücklichen Vollstreckungsunterwerfung und durch umfassende Aufklärungs- und Belehrungspflichten des Notars als hinreichend geschützt angesehen werden können⁵⁾.

¹⁾ Siehe BGBl. 1997 I Nr. 85, S. 3039 ff. sowie *Roschka*, DGVBZ 1998, 21 ff. zu den für den Gerichtsvollzieher maßgebenden Änderungen.

²⁾ Siehe Art. 4 I der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle, BGBl. 1997 I Nr. 85, S. 3039, 3046.

³⁾ Vgl. Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drucks. 13/341, S. 1.

^{3a)} Vgl. zu den beiden letztgenannten Vorschriften die Fortsetzung in DGVBZ 1999, S. 1 ff.

⁴⁾ Vgl. Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drucks. 13/341, S. 1.

⁵⁾ Vgl. BT-Drucks. 13/341, Begründung S. 20.

2. Neuregelung

Da ein hinreichender Grund für eine Beschränkung auf die in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO a. F. genannten Ansprüche nicht ersichtlich war, sollte die Vollstreckbarkeit, entsprechend einer langjährigen Forderung der Bundesnotarkammer, auf weitere Ansprüche ausgedehnt werden⁶⁾. In der neuen Fassung heißt es deshalb, daß die Vollstreckung stattfindet, „sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, der einer vergleichsweisen Regelung zugänglich, nicht auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist und nicht den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft“.

a) Gesetzliche Regelung

Da Räumungs- und Herausgabeansprüche⁷⁾ unproblematisch einer vergleichsweisen Regelung zugänglich sind, können ab dem 1. 1. 1999 auch diese Ansprüche grundsätzlich mittels einer notariellen Unterwerfungserklärung tituliert werden. Allerdings erschien es angesichts der Besonderheiten des Verfahrens nicht interessengerecht, diesen Weg sowohl für Grundstücke, Gewerbe- und Geschäftsraum, als auch für Wohnraum⁸⁾ gleichermaßen vorzusehen. Wie die schon seit dem 1. 1. 1998 geltende Regelung des Anwaltsvergleichs (§ 796 a Abs. 2 ZPO), macht deshalb auch die Neuregelung in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO eine Ausnahme für Ansprüche, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betreffen. Ausgenommen sind insbesondere Räumungs- und Herausgabeansprüche⁹⁾, aber auch Ansprüche auf Fortsetzung des Mietverhältnisses nach den §§ 556 a bis 556 c BGB, nicht aber Mietzinsansprüche, welche wie bisher von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. erfaßt bleiben sollen¹⁰⁾. Gesetzgeberischer Zweck dieser Ausnahme ist es, den Besonderheiten¹¹⁾ mietvertraglicher Räumungsansprüche bei Wohnraum, in Anlehnung an den Wortlaut des § 1025 a ZPO a. F. (Unwirksamkeit von Schiedsverträgen über Mietstreitigkeiten)¹²⁾, Rechnung zu tra-

⁶⁾ Vgl. BT-Drucks. 13/341, Begründung S. 20.

⁷⁾ Vgl. zu den Begriffen „Räumung“ und „Herausgabe“ sowie zu ihrem Verhältnis zueinander nur MünchKommZPO-Schilken, § 885, Rdnr. 5 m. v. w. N.

⁸⁾ Zum Begriff vgl. etwa Thomas/Putzo, 21. Aufl. 1998, § 23 GVG, Rdnr. 11: Wohnraum ist jeder vertragsgemäß zum Wohnen bestimmte Raum, d. h. zum Aufenthalt, Schlafen, Essen, Kochen zu verwendende Innenraum eines Gebäudes. Die Geschäftsraummiete ist kein Wohnraummietverhältnis.

⁹⁾ § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. verhindert so insbesondere, daß sich der Mieter von Wohnraum bei Abschluß des Mietvertrages wegen des Räumungsanspruchs nach Beendigung des Mietverhältnisses etwa in der Weise der Zwangsvollstreckung unterwirft, daß es des Nachweises der Entstehung und der Fälligkeit des Räumungsanspruchs nicht bedarf. Zwar wäre auch nach einer solchen Unterwerfung der Mieterschutz nicht endgültig ausgeschlossen. Der Mieter könnte durch die Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO eine volle Überprüfung der ihn schützenden Normen erreichen. Auch eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. § 769 ZPO kommt in Betracht. Da sich aber besonders rechtlich Unerfahrene zu diesem Schritt nicht immer werden durchringen können, hätten allzu geschäftstüchtige Teilnehmer am Rechtsverkehr die Möglichkeit einer Vollstreckungsunterwerfung für den Versuch nutzen können, die Schuldnerschutzvorschriften im Ergebnis wirkungslos zu machen, vgl. dazu Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, S. 6 f.

¹⁰⁾ Gleiches gilt für Ansprüche auf Erfüllung oder Schadenersatz, da auch diese nicht den Bestand des Mietverhältnisses betreffen; vgl. zu den genannten Ansprüchen insgesamt BT-Drucks. 13/341, Begründung S. 21.

¹¹⁾ Leider nennt die Begründung die Besonderheiten selber nicht, so daß eine Auslegung mit Blick auf den Gesetzeszweck nur begrenzt möglich ist.

¹²⁾ Seit dem 1. 1. 1998: § 1030 Abs. 2 S. 1 ZPO.

gen¹³⁾. Auch dort sind zum Schutz des Mieters¹⁴⁾ Streitigkeiten, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betreffen, ausgeklammert¹⁵⁾.

Der Notar hat angesichts dieser im Gesetz vorgenommenen Differenzierung zu prüfen, ob der zur Beurkundung anstehende Anspruch der oben genannten Regel oder der genannten Ausnahme unterfällt. Dabei erscheint die Regelung für Räumungs- und Herausgabeansprüche, die Wohnraum betreffen, auf den ersten Blick klar: Ihre Beurkundung scheint in keinem Fall zulässig zu sein. Bei näherer Betrachtung ergeben sich aber doch nicht unerhebliche Abgrenzungsfragen.

b) Abgrenzungsfragen

Da § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung nur für den Fall der Beurkundung eines Anspruchs anordnet, der „den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft“, erscheint zum einen die Zuordnung von Räumungsansprüchen problematisch, die zwar aus einem Mietverhältnis erwachsen und auch tatsächlich Wohnraum betreffen, deren rechtliche Grundlage aber nicht als ein „Mietverhältnis über Wohnraum“ qualifiziert werden kann (bb). Zum anderen stellt sich die Frage, ob dazu auch ein Anspruch auf Herausgabe von Wohnraum zu zählen ist, der nicht aufgrund eines „Mietverhältnisses“ bewohnt wird (aa).

aa) Herausgabe nach Grundstückskauf

So sind Herausgabeansprüche im Rahmen der Durchführung, aber auch der Rückabwicklung von Grundstückskaufverträgen denkbar, die, obwohl Wohnraum (z. B. ein Einfamilienhaus) betreffend, keinen mietvertraglichen Bezug aufweisen, da das Grundstück nur aufgrund des Kaufvertrages und nicht aufgrund eines etwa zusätzlichen Mietvertrages, überlassen werden sollte oder wurde¹⁶⁾. In diesen Fällen ist weder der Bestand eines „Mietverhältnisses“ berührt, so daß die Beurkundung schon nach dem Wortlaut des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. nicht unzulässig ist, noch sind Besonderheiten „mietvertraglicher“ Räumungsansprüche bei Wohnraum ersichtlich, so daß auch der Schutzzweck diesen Fall nicht erfaßt¹⁷⁾. Eine Beurkundung eines solchen Herausgabeanspruchs ist demnach, obwohl Wohnraum betreffend, zulässig¹⁸⁾.

bb) Zusammentreffen von Geschäftsraum- und Wohnraummiete

Fraglich ist des weiteren, inwieweit Räumungsansprüche aus Mietverhältnissen über Räume, die teils Wohnzwecken, teils anderen Zwecken dienen, nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. beurkundet werden dürfen.

¹³⁾ So BT-Drucks. 13/341, Begründung S. 21.

¹⁴⁾ Der Vermieter soll die zum Schutze des Mieters geschaffene ausschließliche Gerichtsstandsregelung des § 29 a ZPO nicht dadurch umgehen können, daß er auf eine Schiedsgerichtsvereinbarung ausweicht, so Stein/Jonas/Schlosser, 21. Aufl. 1994, § 1025 a, Rdnr. 1.

¹⁵⁾ Nicht dagegen Streitigkeiten über Gewerbe- oder Geschäftsraum, vgl. Stein/Jonas/Schlosser, § 1025 a, Rdnr. 5 ff. und Wiczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 1995, § 1025 a, Rdnr. 2.

¹⁶⁾ Die Anspruchsgrundlage ist dann im Kaufvertrag, im Rückgewährschuldverhältnis oder z. B. in § 985 BGB zu finden, nicht aber in einem Mietvertrag oder im Mietrecht.

¹⁷⁾ Vgl. zu dieser Fallkonstellation OLG Braunschweig NdsRpfl 1983, 120 f. mit ausführlicher Begründung, § 29 a ZPO ablehnend.

¹⁸⁾ Dies kann natürlich nicht für Fälle gelten, in denen der Herausgabeanspruch zwar aus § 985 BGB hergeleitet wird, in denen aber zugleich ein Wohnraummietvertrag vorliegt. Hier sind die tatsächlich vorhandenen Besonderheiten des mietvertraglichen Räumungsanspruchs dann zu beachten, wenn der Gläubiger auf § 985 BGB ausweicht. Eine Beurkundung des Herausgabeanspruchs wäre deshalb unzulässig. Vgl. zur Parallele bei § 29 a ZPO: OLG Braunschweig NdsRpfl 1983, 225.

(1) Selbständige Mietverträge

In derartigen Fällen ist zunächst zu prüfen, ob der Mietvertrag möglicherweise aus zwei selbständigen von einander unabhängigen Teilen besteht, was anzunehmen ist, wenn die Vereinbarungen über die Wohn- und Geschäftsräume nach dem Willen der Vertragschließenden verschiedene rechtliche Schicksale haben sollen. Vorstellbar wäre dies etwa in dem Fall, daß der Mieter mit dem Vermieter einen unbefristeten Wohnraummietvertrag abschließt und gleichzeitig einen befristeten Geschäftsraummietvertrag über Räume in einem anderen Mietobjekt. In solchen Fällen gibt es keine Einheitslösung¹⁹⁾, sondern eine differenzierende Lösung²⁰⁾, so daß sich der Schuldner zwar hinsichtlich des Räumungs- und Herausgabeanspruchs aus dem Geschäftsraummietvertrag, nicht aber hinsichtlich solcher Ansprüche aus dem Wohnraummietverhältnis der sofortigen Zwangsvollstreckung wird unterwerfen können.

(2) Mischmietverhältnisse

Ist dagegen eine solche Unabhängigkeit der Verträge nicht anzunehmen, liegt ein sog. Mischmietvertrag vor²¹⁾. Beispiele sind die einheitliche Vermietung einer Gaststätte²²⁾ oder einer Anwaltskanzlei nebst Wohnung²³⁾. Da die Vollstreckung des einheitlichen Räumungsanspruchs auch den Bestand des Mietverhältnisses über den Wohnraum mitbetreffen würde, liegt es nahe, eine Unterwerfungserklärung hier, da mit § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. jedenfalls teilweise unvereinbar, für unzulässig zu halten. Ein Überblick über Rechtsprechung und Literatur zeigt jedoch, daß die bisherige materielle und auch die prozessuale Behandlung der sog. Mischmietverhältnisse eine differenzierte Betrachtung erfordert.

So steht die wohl herrschende Auffassung auf dem Standpunkt, daß die rechtliche Behandlung eines Mischmietverhältnisses notwendig eine einheitliche sei und diese sich danach richte, wo der jeweilige Schwerpunkt des Vertrages liege²⁴⁾. Zur Feststellung des Schwerpunktes wird dabei fast einhellig auf den Vertragszweck abgestellt, wie er sich aus dem Parteiwillen ergibt²⁵⁾. Das objektive Kriterium des Verhältnisses der Mietzins- und Flächenanteile zueinander ist dabei ein Gesichtspunkt, dem bei der Feststellung des Parteiwillens nur zusätzliche Beachtung zukommt²⁶⁾. Überwiegt nach dem festgestellten Vertragszweck die Nutzung als Wohnraum, ist Wohn-

raummietrecht anzuwenden. Steht die Vermietung zu Zwecken im Vordergrund, die keinen Wohnraumcharakter haben, ist allgemeines Mietrecht maßgebend²⁷⁾. Läßt sich ein Übergewicht nicht feststellen, so ist zugunsten des Mieters Wohnraummietrecht anzuwenden²⁸⁾.

Betrachtet man nun die Fallgruppe genauer, in der bei einem Mischmietverhältnis der Schwerpunkt auf der Geschäftsräumung liegt, in der also insgesamt nur allgemeines Mietrecht angewandt wird, so läßt sich speziell für den Wohnraumteil dieser Mischmietverträge das Ergebnis festhalten, daß bezüglich dieses Wohnraums das an sich einschlägige Wohnraummietrecht keine Anwendung findet. Nimmt man hinzu, daß ein Mischmietvertrag auch dann zustandekommen kann, wenn hinsichtlich des Geschäftsraums und des Wohnraums zwei getrennte Verträge, zudem mit zeitlichem Abstand, abgeschlossen werden²⁹⁾, so ergibt sich sogar die Möglichkeit, daß ein isolierter Wohnraummietvertrag dem Wohnraummietrecht entzogen ist.

Damit stellt sich die Frage, ob sich diese materiellrechtliche Behandlung eines möglicherweise sogar isolierten Mietvertrages über Wohnraum (genauer dieses Teils des Gesamtvertrages) als Mietvertrag über Geschäftsraum auch im Prozeßrecht fortsetzt. Die Rechtsprechung bemüht hier den Grundsatz der Konkordanz zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht und kommt z. B. bei der Frage der Zuständigkeit gem. § 29 a ZPO a. F. zu dem Ergebnis, daß sich das Überwiegen der Geschäftsräumung nicht nur dadurch ausdrücke, daß das Mietverhältnis insgesamt materiellrechtlich dem Wohnraummietrecht entzogen sei, sondern gleiches auch bei Anwendung prozessualer Normen gelten müsse, so daß die den Wohnraummieter schützende³⁰⁾ Regelung des § 29 a ZPO a. F. keine Anwendung finde³¹⁾.

Spricht somit schon der Grundsatz der Konkordanz für die Zulässigkeit der Beurkundung gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. in der hier untersuchten Fallkonstellation, so bestätigt dies auch der Zweck der Regelung selbst: Durch sie soll nur den Besonderheiten mietrechtlicher Räumungsansprüche bei Wohnraum Rechnung getragen werden³²⁾. Da aber diese Besonderheiten bei Mischmietverträgen mit Schwerpunkt auf dem Geschäftsraumteil insgesamt, also auch bzgl. des Wohnraumteils, nicht vorliegen, werden diese Fälle weder vom Schutzzweck, noch vom Anwendungsbereich der Norm erfaßt.

Damit aber eröffnet § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. erneut die Möglichkeit der Titulierung eines Räumungsanspruchs be-

¹⁹⁾ Vgl. *Staudinger/Emmerich*, 13. Aufl. 1995, Vorbem. zu §§ 535, 536, Rdnr. 47 m. w. N.

²⁰⁾ Vgl. *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, I Rdnr. 153 m. w. N., der für den Fall, daß Mietverhältnisse über Wohn- und Geschäftsräume in einer Urkunde enthalten sind, ohne daß eine Zusammenfassung zu einer rechtlichen Einheit ausdrücklich oder schlüssig vereinbart wurde, rechtliche Selbständigkeit dieser Verträge annimmt. Voraussetzung sei allerdings, daß die Vertragsrechte und -pflichten teilbar seien, insbesondere die Räume unabhängig voneinander zurückgegeben werden können.

²¹⁾ Siehe zum Begriff und dessen Entwicklung: *Roquette*, Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, § 535, Nr. 150 ff.; vgl. aber auch *Sternel*, a. a. O., I Rdnr. 149 ff.; *Staudinger/Emmerich*, Vorbem. zu §§ 535, 536, Rdnr. 47.

²²⁾ Vgl. OLG Hamm ZMR 1986, 11.

²³⁾ Vgl. BGH MDR 1986, 842 = NJW-RR 1986, 877.

²⁴⁾ Vgl. nur BGH WM 1977, 234; BGH MDR 1979, 394; BGH MRD 1986, 842 = NJW-RR 1986, 877; OLG Celle MDR 1986, 324; OLG Hamburg ZMR 1979, 279; OLG Hamm ZMR 1986, 12; OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, 401; OLG Schleswig NJW 1983, 49; *Staudinger/Emmerich*, Vorbem. zu §§ 535, 536, Rdnr. 47; *Sternel*, a. a. O., I Rdnr. 154 ff.

²⁵⁾ So z. B. BGH NJW-RR 1986, 877, 878 unter cc) m. v. w. N.; OLG Hamm ZMR 1986, 12 m. w. N.; *Staudinger/Emmerich*, Vorbem. zu §§ 535, 536, Rdnr. 47; *Sternel*, a. a. O., I Rdnr. 154.

²⁶⁾ Vgl. BGH NJW-RR 1986, 877, 878 unter cc).

²⁷⁾ So BGH NJW-RR 1986, 877, 878 unter cc).

²⁸⁾ So *Sternel*, a. a. O., I Rdnr. 156; *Staudinger/Emmerich*, Vorbem. zu §§ 535, 536, Rdnr. 49 m. v. w. N. aus der OLG-Rechtsprechung; offengelassen von BGH NJW-RR 1986, 877, 878.

²⁹⁾ Vgl. *Sternel* a. a. O., I Rdnr. 150 ff. und *Roquette*, a. a. O., § 535, Rdnr. 155 a. E.

³⁰⁾ Vgl. BGH NJW 1984, 1028 m. w. N.

³¹⁾ So zur alten, aber mit § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. vergleichbaren Regelung des § 29 a ZPO: OLG Hamburg MDR 1969, 846; OLG Celle MDR 1986, 324; OLG Stuttgart ZMR 1986, 223; OLG Hamm ZMR 1986, 11; OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, 401; vgl. auch BGH NJW 1977, 1394. – A. A. LG Köln NJW-RR 1989, 403 ff. mit ausführlicher Begründung und weiteren Nachweisen aus der landgerichtlichen Rechtsprechung, wonach § 29 a ZPO bei Mischmietverhältnissen immer Anwendung findet, ohne Rücksicht auf etwaige Vertragsschwerpunkte, sofern nur Gegenstand der Vereinbarung auch die mietweise Überlassung von Wohnraum ist. Ähnlich *Stein/Jonas/Schumann*, 21. Aufl., § 29 a, Rdnr. 8. – Zur ebenfalls vergleichbaren Problematik bei § 1025 a ZPO (jetzt § 1030 II ZPO) und auch zur dort vertretenen Schwerpunkttheorie vgl. nur *Stein/Jonas/Schlosser*, § 1025 a, Rdnr. 6 m. w. N.

³²⁾ Siehe oben unter I 2 a.

zogen auf Wohnraum, u. U. sogar in Fällen isolierter Wohnraummietverträge³³).

c) Art. 13 GG

Art. 13 GG steht den zulässigen, aber auch den unzulässigen Beurkundungen nicht entgegen, da das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung weder das Besitzrecht, noch die Beachtung der Kündigungsschutz-, Räumungsschutz- oder gar Beurkundungsvorschriften garantiert, sondern ausschließlich die Privatheit der Wohnung³⁴). Diese wird aber durch die Beurkundung beim Notar nicht tangiert.

d) Ergebnis

Als Ergebnis ergibt sich, daß Räumungsansprüche der Beurkundung gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. grundsätzlich zugänglich sind. Dies gilt nicht nur für Ansprüche aus reinen Gewerbe- oder Geschäftsraummietverhältnissen, sondern auch für Räumungsansprüche, die Wohnraum betreffen, wenn entweder ein Mietverhältnis von vornherein nicht vorliegt (oben aa)), oder zwar ein solches besteht, dieses aber nicht als Mietverhältnis über Wohnraum anzusehen ist (oben bb)).

Unzulässig ist die Beurkundung dagegen, wenn der Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betroffen ist, also bei Mischmietverhältnissen mit Schwerpunkt bei der Wohnraumnutzung, bei selbständigen Wohnraummietverträgen (oben (1)) und natürlich bei allen reinen Wohnraummietverhältnissen.

3. Kein Prüfungs- und Ablehnungsrecht des Gerichtsvollziehers

Für den Gerichtsvollzieher ergibt sich mit der Neuregelung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erstmals die Aufgabe, Räumungsvollstreckungen aufgrund einer vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde durchzuführen. Soweit auf diesem Wege Geschäftsräume betroffen sind, ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber einer Räumung auf der Grundlage eines entsprechenden gerichtlichen Titels. Ist allerdings ein Anspruch auf Räumung von Wohnraum beurkundet worden, so stellt sich die Frage, ob der beauftragte Gerichtsvollzieher eine etwaige Unzulässigkeit dieser Beurkundung prüfen und die Räumung gegebenenfalls ablehnen darf, etwa mit der Begründung, es handele sich offensichtlich um ein reines Wohnraummietverhältnis.

a) Grundsatz

Grundsätzlich gilt, daß der Gerichtsvollzieher nur dann mit der Vollstreckung beginnen darf, wenn die allgemeinen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen³⁵) erfüllt sind. Der Gerichtsvollzieher hat daher in jedem Fall zu prüfen, ob u. a. der Titel und die Klausel rein äußerlich ordnungsgemäß³⁶) vorliegen. Fraglich ist allerdings, welchen weitergehenden Umfang diese Prüfungskompetenz im einzelnen hat. Aus dem Grund-

satz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung³⁷) folgt zunächst ganz allgemein, daß den Vollstreckungsorganen die Würdigung der Rechtmäßigkeit des Titels verwehrt ist. So darf der Gerichtsvollzieher sicher nicht hinterfragen, ob z. B. neben dem tatsächlichen Vorliegen des Titels auch dessen materiellrechtliche Voraussetzungen vorliegen³⁸). Gleiches gilt für die Vollstreckungsklausel gem. § 797 Abs. 2 S. 1 ZPO³⁹). Auch hier sind die Voraussetzungen für die Erteilung, soweit notarielle Urkunden betroffen sind, nur von dem zuständigen Notar⁴⁰), nicht aber noch einmal vom Gerichtsvollzieher zu überprüfen. Auch wenn die Beurkundung der Vollstreckungsunterwerfung und die Klauselerteilung unzulässig war und deshalb eigentlich vom Notar hätte abgelehnt werden müssen, liegt dennoch grundsätzlich ein vollstreckbarer Titel vor, der für den Gerichtsvollzieher bindend ist⁴¹).

b) Ausnahme

Auf der anderen Seite sind jedoch Fälle denkbar, in denen gravierende Mängel bei der Titulierung oder Klauselerteilung zu dem Ergebnis führen, daß schon der Titel (bzw. die Klausel) nicht existiert oder aber in seiner Funktion als Grundlage für eine Zwangsvollstreckung als nicht existent anzusehen ist⁴²). Erläßt z. B. nicht das zuständige Gericht, sondern der beauftragte Richter oder gar die Geschäftsstelle ein Urteil, so liegt ein sog. Nicht- oder Scheinurteil vor, welches keinerlei rechtliche Wirkung entfaltet⁴³). Spricht ein Gericht eine dem Recht unbekanntes Rechtsfolge aus, so ist das Urteil zwar existent, aber nichtig (wirkungslos)⁴⁴) und kein Vollstreckungstitel⁴⁵). Gleiches gilt für vollstreckbare Ausführungen notarieller Urkunden⁴⁶). Auch hier können schwerwiegende, offenkundige Fehler zu den oben genannten Folgen führen⁴⁷). So wird z. B. eine notarielle Unterwerfung als Nicht-Vollstreckungsurkunde angesehen, wenn sie nicht von einem Notar herührt⁴⁸). Bei gleichem Mangel muß auch die Vollstreckungsklausel als Nicht-Klausel angesehen werden⁴⁹).

³⁷) Vgl. dazu nur *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 5 IV mit umfassenden Nachweisen und *Stürner*, ZZZ 99 (1986), 291, 315 ff.

³⁸) Vgl. BGHZ 118, 229, 233 f.; *Stürner*, ZZZ 99 (1986), 291, 315 ff.; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 5 IV 1: „Der Titel ist der Nachprüfung der Vollstreckungsorgane entzogen, denn deren Aufgabe ist es nicht, das materielle Recht zur Grundlage ihrer Maßnahmen zu machen; dies gilt auch im Hinblick auf evidente Unrichtigkeiten des Titels, deren Beseitigung dem Erkenntnisverfahren vorbehalten ist.“

³⁹) Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 5 IV 1, S. 58; *Wolfsteiner*, a. a. O., Rdnr. 49.14.; *Münch*, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1988, S. 196, 211.

⁴⁰) Für diese Prüfung ist ein eigenes Verfahren vorgesehen, nämlich das Verfahren der Klauselerteilung, vgl. nur *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 172 II 1; *Stein/Jonas/Münzberg*, 21. Aufl. 1995, vor § 704 IV 1, *Wolfsteiner*, a. a. O., § 50 und *Münch*, a. a. O., S. 227 ff.

⁴¹) Vgl. *MünchKommZPO-Wolfsteiner*, § 794, Rdnr. 131.

⁴²) Vgl. zu dieser im einzelnen umstrittenen Differenzierung *Stein/Jonas/Grunsky*, 21. Aufl. 1994, vor § 578, Rdnr. 1 ff., 7.

⁴³) Vgl. *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 578, Rdnr. 2, 6.

⁴⁴) Vgl. BGHZ 124, 164, 170; *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 578, Rdnr. 17, 20; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., § 61.

⁴⁵) Vgl. *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 578, Rdnr. 7.

⁴⁶) So *Münch*, a. a. O., S. 196, 211.

⁴⁷) Vgl. *Wolfsteiner*, a. a. O., S. 135 ff. (zur Nichtigkeit des Titels) und S. 139 f. (zur Nichtigkeit der Vollstreckungsklausel) und *Münch*, a. a. O., S. 196, 211.

⁴⁸) So *Wolfsteiner*, a. a. O., S. 135, Rdnr. 49.3: in der Praxis komme dies dann vor, wenn ein Notarvertreter versehentlich amtiert, obwohl der Zeitraum, für den er zum Vertreter bestellt worden ist, bereits abgelaufen ist.

⁴⁹) Vgl. *Wolfsteiner*, a. a. O., § 50.

³³) Vgl. oben bei Fn. 29.

³⁴) Vgl. BVerfGE 89, 1, 11 f.: Der Schutzbereich wird nur im Vollstreckungsverfahren berührt, wenn der Gerichtsvollzieher in die Wohnung eindringt, um den Mieter zwangsweise zu entsetzen.

³⁵) Zu den Vollstreckungsvoraussetzungen im einzelnen vgl. nur *Rosenberg/Gaul/Schilken*. Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997, §§ 10 ff. (Vollstreckungstitel), §§ 16 f. (Vollstreckungsklausel), § 22 (Besondere Voraussetzungen des Vollstreckungsbeginns), § 26 II (Vollstreckungsantrag).

³⁶) Vgl. *Wolfsteiner*, a. a. O., § 49 (Prüfung des Titels), § 50 (Prüfung der Vollstreckungsklausel).

In diesen Fällen darf und muß der Gerichtsvollzieher aufgrund seiner eigenen Überprüfung zu dem Ergebnis kommen, daß er zwar möglicherweise ein Titel (bzw. Klausel) genanntes Schriftstück in Händen hat, dieses aber nicht als ein die Vollstreckung rechtfertigender Titel (bzw. Klausel) anzusehen ist. Da es damit an einer Vollstreckungsvoraussetzung fehlt, muß der Gerichtsvollzieher den Vollstreckungsantrag ablehnen⁵⁰⁾.

Ein derart schwerwiegender Mangel wird auch dann angenommen, wenn der zur Vollstreckung gestellte Anspruch der Zwangsvollstreckungsunterwerfung schlechthin unzugänglich ist⁵¹⁾, oder anders formuliert, wenn der Notar für derartige Beurkundungen absolut unzuständig⁵²⁾ ist. Dies soll der Fall sein, wenn eine notarielle Urkunde auf Räumung einer Wohnung gerichtet ist⁵³⁾⁵⁴⁾.

Diese noch zur alten Fassung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vertretene Ansicht wird man allerdings nach der Novellierung nicht mehr aufrechterhalten können. War zur alten Fassung die Prämisse, Ansprüche auf Räumung von Wohnraum seien der Zwangsvollstreckungsunterwerfung schlechthin unzugänglich noch richtig, so stellt sich dies nach der Novellierung anders dar: Räumungsansprüche sind der Unterwerfung schon grundsätzlich nicht mehr unzugänglich und selbst Räumungsansprüche, die „Wohnraum“ betreffen, sind der Unterwerfung, wenn auch nur ausnahmsweise⁵⁵⁾, so dennoch ebenfalls zugänglich.

Nun ließe sich, der neuen Rechtslage angepaßt, argumentieren, dann sei der Notar immerhin für Beurkundungen von Räumungsansprüchen absolut unzuständig, die den Bestand eines „Mietverhältnisses“ über Wohnraum betreffen. Aber auch hier liegt keine absolute Unzuständigkeit vor. Wie die obigen Ausführungen zu den Mischmietverhältnissen gezeigt haben, ergibt sich selbst bei Wohnraummietverhältnissen eine Zuständigkeit des Notars, wenn auch wiederum nur in Ausnahmefällen⁵⁶⁾. Ist somit die Unzuständigkeit des Notars eine relative, so kann eine dennoch erfolgte Beurkundung, auch in Fällen reiner Wohnraummietverhältnisse, allenfalls deutlich rechtswidrig, nicht aber nichtig sein.

Wollte man entgegen der hier vertretenen Auffassung auch bei relativer Unzuständigkeit Nichtigkeit der Beurkundung für möglich halten, so wäre Nichtigkeit nur bei reinen Wohnraummietverträgen gegeben, nicht aber z. B. bei Wohnraummietverträgen, die Bestandteil eines Mischmietvertrages mit Schwerpunkt bei der Geschäftsraumnutzung sind. Deshalb hätte der Gerichtsvollzieher ein Prüfungs- und Ablehnungsrecht auch nur in den erstgenannten Fällen. Um

feststellen zu können, ob der Vollstreckungsantrag abzulehnen ist oder nicht, bedürfte es zunächst einer abstrakten Abgrenzung beider Fallgruppen unter Zugrundelegung der nicht unumstrittenen Schwerpunkttheorie und des weiteren der Zuordnung des vorliegenden Falles zu einer dieser Fallgruppen. Dazu müßte der Gerichtsvollzieher alle einschlägigen Umstände des Einzelfalles würdigen, wobei auch Tatsachen außerhalb der Urkunde zu berücksichtigen wären, insbesondere dann, wenn nur der Räumungsanspruch selbst und nicht das Vertragsverhältnis als ganzes beurkundet wurde⁵⁷⁾, aber auch dann, wenn der ganze Vertrag beurkundet, aber nur der Räumungsanspruch allein (auszugsweise)⁵⁸⁾ mit der Klausel versehen wurde. Mit der Wahrnehmung dieser höchst schwierigen Aufgabe würde dem Gerichtsvollzieher eine materiellrechtliche Würdigung abverlangt, die im formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren grundsätzlich nicht zulässig ist⁵⁹⁾. Auch deshalb sollte Nichtigkeit generell nur bei absoluter und damit offensichtlicher Unzuständigkeit angenommen werden; nur in diesen Fällen bedürfte es einer genaueren materiellrechtlichen Prüfung nicht.

Bleibt es somit bei dem Ergebnis, daß die Voraussetzungen der Nichtigkeit im Falle der notariellen Beurkundung eines Räumungsanspruchs, der den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft nicht vorliegen, so folgt daraus zugleich, daß der Gerichtsvollzieher, jedenfalls aus diesem Grunde, weder das Recht noch die Pflicht zur Prüfung und Ablehnung des Vollstreckungsantrags hat.

c) Art. 13 GG

Nach der Rechtsprechung des BVerfG berührt die Räumungsvollstreckung den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG⁶⁰⁾, so daß sie, allein auf eine notarielle Urkunde gestützt, möglicherweise verfassungswidrig ist und der Gerichtsvollzieher aus diesem Grunde den Vollstreckungsantrag evtl. ablehnen müßte. Allerdings erfolgt die „Berührung“ des Schutzbereichs des Art. 13 Abs. 1 GG aufgrund eines Gesetzes i. S. d. Art. 13 Abs. 7 GG und ist deshalb gerechtfertigt⁶¹⁾. Es bedarf weder eines richterlichen Titels, noch einer nochmaligen Räumungsanordnung⁶²⁾. Dem entspricht auch die neue Regelung des § 758 a Abs. 2 ZPO, wonach die Räumungsvollstreckung aus (unterschiedslos allen) Titeln stattfindet, ohne daß eine weitere richterliche Anordnung erforderlich wäre.

d) Ergebnis

Da ein Räumungs- oder Herausgabebetitel gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. allenfalls deutlich rechtswidrig, in keinem Fall aber nichtig ist, hat der Gerichtsvollzieher weder das Recht, noch die Pflicht den Vollstreckungsantrag zu prüfen und abzulehnen. Dies gilt auch für reine Wohnraummietverhältnisse. Auch Art. 13 GG steht der Vollstreckung nicht entgegen. Es liegt damit allein beim Schuldner, eine etwaige Unzulässigkeit der Vollstreckung aus der notariellen Urkun-

⁵⁰⁾ Vgl. Wolfsteiner, a. a. O., Rdnr. 48.2, 49.3 ff., *Münch.*, a. a. O., S. 232 f., 254 f. und Stein/Jonas/Grunsky, vor § 578, Rdnr. 20: Aus der Unwirksamkeit folge notwendigerweise, daß der Mangel jederzeit und von jedermann geltend gemacht werden könne; sie sei von Amts wegen zu beachten.

⁵¹⁾ So Wolfsteiner, a. a. O., Rdnr. 49.6 und wohl auch *Münch.*, a. a. O., S. 255, 270 m. w. N.

⁵²⁾ Absolute Unzuständigkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn kein Fall denkbar ist, in dem die Beurkundung zulässig ist.

⁵³⁾ So LG Koblenz in DGfVZ 1982, 120 ff.; Wolfsteiner, a. a. O., Rdnr. 49.6 und *Münch.*, a. a. O., S. 255, 270.

⁵⁴⁾ Auch hier soll dem Gerichtsvollzieher ein Prüfungs- und Ablehnungsrecht zukommen, vgl. LG Koblenz in DGfVZ 1982, 120 ff.; Wolfsteiner, a. a. O., Rdnr. 49.6 und *Münch.*, a. a. O., S. 255, 270.

⁵⁵⁾ Vgl. oben unter I 2 b aa (Grundstückkauf) und I 2 b bb (2) – Schwerpunkt Geschäftsraum.

⁵⁶⁾ Vgl. oben unter I 2 b bb (2) – Schwerpunkt Geschäftsraum.

⁵⁷⁾ Vgl. *Münch/KommZPO–Wolfsteiner*, § 794, Rdnr. 189 f. und Stein/Jonas/Münzberg, § 794, Rdnr. 89.

⁵⁸⁾ Vgl. Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz, 3. Aufl., § 49, Rdnr. 19.

⁵⁹⁾ Vgl. zur organisatorischen Trennung des Vollstreckungsverfahrens vom Erkenntnisverfahren und den daraus folgenden Ableitungen nur Rosenberg/Gaul/Schilken, § 5 I 3 c und § 5 IV 1.

⁶⁰⁾ BVerfGE 89, 1, 12.

⁶¹⁾ Zu Einzelheiten siehe unten bei II. 2.

⁶²⁾ Vgl. unten: Ausführungen zu § 758 a ZPO n. F. und zu dessen Verhältnis zu Art. 13 GG.

de geltend zu machen⁶³). Zu seinem Schutz⁶⁴) schreibt § 798 ZPO vor, daß die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn der Titel mindestens zwei Wochen vorher zugestellt worden ist⁶⁵).

II. Vereinfachung der Räumungsvollstreckung durch § 758 a ZPO

§ 885 Abs. 1 ZPO regelt die Herausgabe, Überlassung oder Räumung unbeweglichen Sachen, also von Grundstücken und körperlichen Teilen eines Grundstücks, insbesondere der Wohnung und des Geschäftsraums unverändert: Die Vollstreckung erfolgt durch den Gerichtsvollzieher, der den Schuldner aus dem Besitz setzt und den Gläubiger in den Besitz einweist. Dieser ist gem. § 758 Abs. 2 ZPO befugt, verschlossene Haus- und Zimmertüren öffnen zu lassen. Notfalls wird dem Schuldner die tatsächliche Sachherrschaft mit Gewalt genommen, § 758 Abs. 3 ZPO⁶⁶).

Nachdem das BVerfG im Jahre 1979⁶⁷) die Regelung des § 758 ZPO für z. T. verfassungswidrig erklärt hat, ist der Gesetzgeber nunmehr tätig geworden und paßt zum 1. 1. 1999 die gesetzliche Regelung den Anforderungen des Art. 13 GG an⁶⁸). So findet sich u. a. in § 758 a Abs. 1 ZPO eine zusätzliche Regelung der Wohnungsdurchsuchung und in Abs. 2 eine solche der Räumungsvollstreckung. Ob und inwieweit durch diese Novellierung die bisherigen Schwierigkeiten beseitigt werden, soll im folgenden anhand nur vierer Problempunkte erörtert werden.

⁶³) Entweder durch die Erinnerung gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel gem. §§ 732, 795 ZPO oder, nach Beginn der Zwangsvollstreckung, durch die Vollstreckungserinnerung gem. §§ 766, 795 ZPO. Liegen zudem materiell-rechtliche Einwendungen vor, so kann der Schuldner stattdessen auch die Vollstreckungsabwehrklage gem. §§ 767, 795, 797 Abs. 3 und 4 ZPO erheben. Zum Verhältnis dieser Rechtsbehelfe zueinander (insbesondere von § 732 zu § 767) sowie zu weiteren Einzelheiten vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 13 IV 9 m. v. w. N. auch aus der neueren Rechtsprechung des BGH; *Münch*, a. a. O., S. 249 f., 252 f.; *Windel*, ZZZ 102 (1989), 175 ff. – Daneben besteht die Möglichkeit, Vollstreckungsschutz gem. § 765 a ZPO (neue Fassung ab 1. 1. 1999, siehe insbesondere Abs. 3) zu beantragen, aber auch analog § 794 a ZPO, da die Vollstreckungsunterwerfung in den maßgebenden Punkten ausweislich der gesetzlichen Konzeption dem Vergleich i. S. d. § 794 a ZPO hinreichend ähnlich ist.

⁶⁴) Vgl. zur Entstehungsgeschichte und zum Schutzzweck des § 798 ZPO ausführlich *Schilken*, DGVZ 1997, 81, 82 ff.

⁶⁵) Zur Frage, ob der Gerichtsvollzieher Bedenken an der Rechtmäßigkeit evtl. auch schon vor Vollstreckungsbeginn äußern darf oder gar muß vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 25 IV 2 b, bei Fn. 341-343, m. v. w. N. zum Meinungsspektrum: Eine allgemeine Beratungspflicht des Gerichtsvollziehers in der Zwangsvollstreckung bestehe nicht und ergebe sich insbesondere nicht aus § 139 ZPO, dessen Anwendbarkeit ein Verfahren mit Gehörsanspruch der Parteien vor Gericht voraussetze, an dem es beim Vollstreckungshandeln des Gerichtsvollziehers fehle; a. A. *Stürmer*, ZZZ 99 (1986), 291, 316, 317: Allgemeine lasse sich sagen, daß das Vollstreckungsorgan den Gläubiger auf evidente materielle Bedenken hinweisen dürfe und in existentiellen Fällen den Schuldner auf evidente Rechtsbehelfe sogar hinweisen müsse (§ 139 ZPO). Zur Beratungspflicht nach erfolgter Zwangsvollstreckung vgl. *Gaul*, a. a. O., bei Fn. 340.

⁶⁶) Vgl. § 107 Nr. 8 VGVA.

⁶⁷) BVerfGE 51, 97 ff.

⁶⁸) Siehe BGBl. 1997 I Nr. 85, S. 3039, 3046.

1. Räumungsvollstreckung aufgrund Urteils und Art. 13 GG⁶⁹)

Gem. Art. 13 Abs. 1 GG ist die Wohnung⁷⁰) unverletzlich. Durchsuchungen bedürfen nach Art. 13 Abs. 2 GG der Anordnung durch den Richter und dürfen nur bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen Organen angeordnet und in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden. Sonstige Eingriffe und Beschränkungen dürfen nur nach näherer Maßgabe des Abs. 7⁷¹) vorgenommen werden, u. a. aufgrund eines Gesetzes zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.

a) Bisherige Rechtslage

Vergleicht man die einfachgesetzliche Regelung der Räumungsvollstreckung in §§ 885, 758 Abs. 2 und 3 ZPO mit den Anforderungen des Art. 13 Abs. 2 GG, so fällt auf, daß die Zivilprozeßordnung die grundrechtlich gebotene (isolierte) richterliche Anordnung nicht vorsieht. Deshalb war nach bisherigem Recht umstritten, ob die Regelung des § 758 ZPO mit der Verfassung in Einklang zu bringen ist⁷²).

Die herrschende Sichtweise wird durch die Rechtsprechung des BVerfG bestimmt, u. z. durch einen Beschluß vom 3. 4. 1979⁷³) zu einer anderen, aber naheliegenden Problematik: Zu überprüfen war, ob § 758 ZPO im Falle der Durchsuchung der Wohnung im Rahmen der Geldvollstreckung mit dem Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung zu vereinbaren ist, also im Falle des ziel- und zweckgerichteten Suchens staatlicher Organe nach Personen oder Sachen, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will⁷⁴). Der Erste Senat führt u. a. aus, daß der Ansicht, daß jede auf ein richterliches Erkenntnis zurückzuführende Vollstreckungshandlung als bereits durch den Richter angeordnet anzusehen sei, nicht zu folgen sei. Denn allein dem richterlichen Urteil, das zur Zahlung einer Geldsumme verurteile, sei noch nichts in Richtung auf eine Durchsuchung zu entnehmen, mag der Spruch auch für vollstreckbar erklärt worden sein⁷⁵). Unter Berücksichtigung des Wortlauts, des Schutzzwecks, des Grundsatzes der größtmöglichen juristischen Wirkungskraft einer Grundrechtsnorm sowie der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, ergebe die Auslegung des Art. 13 Abs. 2 GG vielmehr, daß auch Durchsuchungen zum Zwecke der Zwangsvollstreckung aufgrund des § 758 ZPO vom Richter (isoliert) angeordnet werden müß-

⁶⁹) Obwohl das Besitzrecht des Mieters auch durch Art. 14 GG geschützt ist, steht die Eigentumsgarantie einer Räumungsvollstreckung von vornherein nicht entgegen, da das Besitzrecht des Mieters zu Beginn der Vollstreckung regelmäßig erloschen ist, sei es durch wirksame Kündigung (so BVerfGE 89, 1, 7), durch Räumungsvergleich oder notarielle Unterwerfung. A. A. *Pieroth/Schlink*, a. a. O., Rdnr. 881, die bei substantiellen Eingriffen einen Schutz durch Art. 13 GG ablehnen und auf Art. 14 GG verweisen.

⁷⁰) Der Begriff der Wohnung i. S. d. Art. 13 GG wird vom BVerfG weit ausgelegt und umfaßt auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume; vgl. nur *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 26 IV 3 und *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 13. Aufl. 1997, Rdnr. 872 ff., jew. m. w. N.

⁷¹) Der bisherige Abs. 3 ist durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 13) vom 26. März 1998 (BGBl. 1998 I Nr. 19, S. 610) zu Abs. 7 geworden.

⁷²) Vgl. zur Geschichte des § 758 ZPO *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 26 IV 3 a. A.

⁷³) BVerfGE 51, 97 ff.

⁷⁴) BVerfGE 51, 97, 106 f.

⁷⁵) BVerfGE 51, 97, 111 f.

ten, falls nicht Gefahr im Verzuge sei⁷⁶). Da § 758 ZPO eine solche Bestimmung nicht enthalte, müsse die Norm durch Art. 13 Abs. 2 GG ergänzt werden⁷⁷).

Die ganz h. M.⁷⁸) geht nun davon aus, daß diese Rechtsprechung auf die Räumungsvollstreckung nicht zu übertragen sei. Begründet wird dies damit, daß eine Räumung eindeutig nicht als Durchsuchung im obigen Sinne angesehen werden könne und zudem der richterliche Räumungstitel die Besonderheit aufweise, daß die zwangsweise Besitzentsetzung bereits mitangeordnet sei. Im Ergebnis sei deshalb hier eine nochmalige richterliche Durchsuchungsanordnung, besser eine Räumungsanordnung, nicht erforderlich.

Das Problem der Zulässigkeit einer Räumungsvollstreckung ohne zusätzliche Räumungsanordnung ist allerdings mit der Nichtübertragbarkeit der Entscheidung des BVerfG vom 3. 4. 1979 nicht gelöst. Geht man mit dem BVerfG⁷⁹) davon aus, daß Art. 13 Abs. 1 GG allein die Privatheit, nicht aber das Besitzrecht an der Wohnung schützt und daß dieser Schutzbereich zwar nicht im Erkenntnis-, wohl aber im Vollstreckungsverfahren berührt wird⁸⁰), wenn der Mieter die Wohnung nicht freiwillig räumt und der Gerichtsvollzieher in die Wohnung eindringt, um den Mieter zwangsweise zu entsetzen, so wird die „Berührung“ einer besonderen Rechtfertigung bedürfen⁸¹). Wenn dafür auf Art. 13 Abs. 2 GG abgestellt⁸²) und die dort geforderte Anordnung in dem Räumungsurteil erblickt wird⁸³), so kann dies schon deshalb nicht überzeugen, weil Abs. 2 nur Durchsuchungen zu rechtfertigen vermag, nicht aber Räumungen.

Zu denken ist deshalb zum einen an eine Einschränkung des Grundrechts des Mieters durch das kollidierende Grundrecht des Vermieters aus Art. 14 GG⁸⁴), da die Eigentumsgarantie alle vermögenswerte Rechte Privater und damit auch das Räumungsrecht des Vermieters erfaßt und zudem einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz begründet⁸⁵).

Zum anderen erscheint auch eine Rechtfertigung des Eingriffs über Art. 13 Abs. 7 GG möglich, denn es liegt nahe, die Entziehung der Wohnung durch Zwangsräumung als „beschränkenden Eingriff“ i. S. d. Abs. 7 anzusehen⁸⁶). Die Räumung erfolgt zudem aufgrund eines Gesetzes (§§ 885, 758 ZPO i. V. m. den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen Titel, Klausel, Zustellung) und wohl auch zur Verhütung dringender Gefahren⁸⁷) für die öffentliche Sicherheit⁸⁸) und Ordnung⁸⁹), wenn man bedenkt, daß neben dem oben bereits genannten individuellen, grundrechtlich geschützten Interesse des Gläubigers auch ein öffentliches Interesse daran besteht, dem Vollstreckungsgläubiger, dem der Staat als Inhaber des Zwangsmonopols die Selbsthilfe verbietet, die Verwirklichung seines Anspruchs zu ermöglichen. Denn dieses Interesse dient der Wahrung des Rechtsfriedens und der Rechtsordnung, welche ihrerseits Grundbestandteile der rechtsstaatlichen Ordnung sind⁹⁰). Dieser Weg der Rechtfertigung über Abs. 7 erscheint gegenüber dem zuvor genannten vorzugswürdig, da Einschränkungen von Grundrechten grundsätzlich zunächst anhand der grundrechtlichen Vorbehalte zu prüfen sind, bevor auf kollidierende Grundrechte oder Verfassungsgüter zurückgegriffen werden kann⁹¹).

Damit kann festgehalten werden, daß die ganz h. M. eine isolierte richterliche Räumungsanordnung nach bisherigem Recht im Ergebnis zu Recht für nicht erforderlich hält, wenn der Räumungsvollstreckung ein richterlicher Titel vorausgeht. Die Rechtfertigung des Eingriffs in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung ergibt sich nach der hier vertretenen Ansicht aus Art. 13 Abs. 7 GG.

b) Neuregelung

Der Gesetzgeber hielt es zunächst für erforderlich, die Vorschriften über die Durchsuchung von Wohnraum⁹²) an die Rechtsprechung des BVerfG anzupassen⁹³). In der Begrün-

⁷⁶) BVerfGE 51, 97, 106.

⁷⁷) BVerfGE 51, 97, 114.

⁷⁸) Siehe OLG Düsseldorf NJW 1980, 458 f.; OLG Köln NJW 1980, 1531, 1532 r. Sp.; LG Düsseldorf NJW 1979, 1990; LG Berlin DGVZ 1981, 184; Behr, NJW 1992, 2127; Bischof, ZIP 1983, 522, 524 f.; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 5. Aufl. 1996, Rdnr. 1059; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 20. Aufl. 1996, § 8 II 3; MünchKommZPO-Arnold, 1992, § 748, Rdnr. 59; Rosenberg/Gaul/Schilken, § 26 IV 3 a); Schneider, NJW 1980, 2377, 2379; Stein/Jonas/Münzberg, § 758, Rdnr. 9; Zöller/Stöber, ZPO, 20. Aufl. 1997, § 758, Rdnr. 10 – A. A.: Kühne, DGVZ 1979, 145, 147; Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-Konkurs- und Vergleichsrecht I, 1995, Rdnr. 39.9 und 8.21 (auch zum neuen Recht).

⁷⁹) So BVerfGE 89, 1, 12 f. (obiter dicta).

⁸⁰) Einen Eingriff nehmen an: Kühne, DGVZ 1979, 145, 147; Schilken, Dike International 1996 (DikIntern), S. 99, 103; Bausch, Probleme der zivilprozessualen richterlichen Durchsuchungsanordnung, Diss. 1997, S. 63, Fn. 246 m. w. N.; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 5. Aufl. 1996, Rdnr. 1059, Fn. 25 (Berührung). Ablehnend: Dagoglou, JuS 1975, 753, 755 sub. V 1. (Immanente Schranke), anders aber auf S. 758 (Fall der Durchsuchung nach Art. 13 Abs. 2 GG).

⁸¹) So auch Schilken, DikIntern, S. 99, 103.

⁸²) So z. B. Brox/Walker, a. a. O., Rdnr. 1059 und Kühne, DGVZ 1979, 145, 147.

⁸³) So z. B. Brox/Walker, a. a. O., Rdnr. 1059.

⁸⁴) So Bausch, a. a. O., S. 63, Fn. 246. Vgl. auch Maunz/Dürig/Herzog, Art. 13, Rdnr. 11 aE (immanente Schranke) und Rosenberg/Gaul/Schilken, § 26 IV 3 a), S. 456 oben.

⁸⁵) Vgl. zur Rechtsposition des Gläubigers Rosenberg/Gaul/Schilken, § 3 III 4. m. v. w. N.

⁸⁶) Vgl. Schilken, DikIntern, S. 99, 105 und Gaul, JZ, 1979, 496, 502 r. Sp. unten sowie JZ 1973, 473, 477, Fn. 63 zur Rechtfertigung des § 287 AO (Vollstreckung in Wohnräumen; damals ohne Abs. 4) durch Art. 13 Abs. 3 (heute 7) GG, mit der amtlichen Begründung (Bt-Drucks. VI/1982, S. 178 f.): § 287 AO sei i. S. des Art. 13 Abs. 3 GG als „Vorschrift zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Ordnung“ zu verstehen, zu deren Sicherheit es gehöre, „daß titulierte Ansprüche auch durchgesetzt werden können“.

⁸⁷) Der Gefahrenbegriff ist der herkömmliche Begriff aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht. Allerdings braucht, und das ist ein wesentlicher Unterschied zum Polizeirecht in den Fällen des Art. 13 Abs. 7 GG („Verhütung“), die dringende Gefahr noch nicht eingetreten zu sein; es genügt, daß die Beschränkung des Grundrechts dem Zweck dient, einen Zustand nicht eintreten zu lassen, der seinerseits eine dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen würde; so Ruthig, JuS 1998, 506, 509 mit Hinweis auf BVerfGE 17, 232, 251.

⁸⁸) So Schilken, DikIntern, S. 99, 106.

⁸⁹) Vgl. zu den Begriffen Maunz/Dürig/Herzog, Art. 13, Anm. 20 a: Zur öffentlichen Sicherheit gehört auch der Schutz des einzelnen gegen Bedrohungen seines Vermögens; zur öffentlichen Ordnung gehört der Schutz gegen Bedrohungen des gedeihlichen menschlichen und staatsbürgerlichen Zusammenlebens“.

⁹⁰) So BVerfGE 61, 126, 136; vgl. auch Schilken, DikIntern, S. 99, 106 und allgemein zu den Interessen auf Gläubigerseite Rosenberg/Gaul/Schilken, § 3 III 4.

⁹¹) So Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 3. Aufl., Vorb. vor Art. 1, Rdnr. 39; vgl. auch Pieroth/Schlink, Grundrechte, 13. Aufl. 1997, Rdnr. 314 ff., 331 und Ruthig, JuS 1998, 506, 511 m. w. N.

⁹²) Da der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BVerfG vor Augen hatte, ist davon auszugehen, daß er hier in § 758 a Abs. 1 ZPO den gleichen Wohnraumbegriff zugrundelegen wollte wie das BVerfG. So werden wohl auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume erfaßt (vgl. zur Rspr. des BVerfG nur Rosenberg/Gaul/Schilken, § 26 IV 3 e und Pieroth/Schlink, a. a. O., Rdnr. 872 ff., 876, jew. m. w. N.). In der Be-

derung des Entwurfs des Bundesrates heißt es, die vorliegenden Zahlen über die im Anschluß an den grundlegenden Beschluß des BVerfG vom 3. 4. 1979 ergangenen richterlichen Durchsuchungsanordnungen sowie die Vielzahl der aus dieser Rechtsprechung sich ergebenden Streitfragen verdeutlichen die Bedeutung und die Dringlichkeit einer angemessenen gesetzlichen Regelung. Die Gesetzesänderungen seien in § 758 a ZPO zusammengefaßt, dessen Abs. 1 Satz 1 jetzt deutlich mache, daß auch Durchsuchungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung grundsätzlich durch den Richter angeordnet werden müßten, womit die Entscheidung des BVerfG vom 3. 4. 1979, welche ohnehin Gesetzeskraft habe (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), in den Gesetzestext aufgenommen worden sei. Ausnahmen ergäben sich nur im Falle des Einverständnisses des Schuldners mit der Durchsuchung, was auf der Hand liege und nur aus Klarstellungsgründen in den Gesetzestext aufgenommen werde sowie bei Gefahr im Verzuge⁹⁴).

Für die Räumungsvollstreckung einschlägig ist nunmehr § 758 a Abs. 2 ZPO⁹⁵), der klarstellt, daß im Fall der Vollstreckung eines Titels auf Räumung oder Herausgabe von Räumen⁹⁶) Abs. 1 nicht anzuwenden, eine richterliche Durchsuchungsanordnung also nicht erforderlich ist. In der Begründung⁹⁷) heißt es dazu, es könne mit der ganzen h. M. davon ausgegangen werden, daß das BVerfG die in dem genannten Beschluß für die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen getroffene Entscheidung auf eine Räumungsvollstreckung nicht übertragen würde. Zum einen sei die Räumungsvollstreckung keine Durchsuchung und zum anderen könne die verfassungsrechtlich verbürgte Unverletzlichkeit der Wohnung schlechterdings nicht demjenigen ein Recht auf ungestörte Nutzung der Wohnung verleihen, dem durch vollstreckbare Gerichtsentscheidung das Recht auf Innehabung dieser Wohnung gerade abgesprochen wurde⁹⁸). Überspitzt formuliert: Die in einem rechtsstaatlich geregelten Verfahren ergangene – vollstreckbare – Entscheidung, daß dem Schuldner die Wohnung entzogen werden dürfe, bedürfe keiner weiteren richterlichen Entscheidung darüber, daß sie auch wirklich ernst gemeint sei. Zudem sei nicht ersichtlich, inwieweit beim Räumungstitel noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angestellt werden könnte, die über die ohnehin gegebenen Vollstreckungsschutzregelungen hinausginge.

Durch § 758 a Abs. 2 ZPO ergibt sich somit keine inhaltliche Änderung für das Recht der Räumungsvollstreckung, son-

gründung heißt es dazu: Zur Einbeziehung von Geschäftsräumen hätten sich in der Rspr. bereits Grundsätze herausgebildet, auf die zurückgegriffen werden könne (vgl. BT-Drucks. 13/341, Begründung S. 15) im Ergebnis wie hier: *Thomas/Putzo*, 21. Aufl. 1998, § 758 a, Rdnr. 7 und *Goebel*, DGVZ 1998, 161, 162.

⁹³) Vgl. BT-Drucks. 13/341, Begründung S. 15.

⁹⁴) BT-Drucks. 13/341, Begründung S. 15 f.

⁹⁵) Siehe BGBl. 1997 I Nr. 85, S. 3039.

⁹⁶) Anders als in § 758 a Abs. 1 ZPO ist Abs. 2 nicht auf „Wohnungen“ und damit auch nicht durch die entsprechende Rspr. des BVerfG beschränkt.

⁹⁷) Vgl. BT-Drucks. 13/341, S. 16.

⁹⁸) Diese Argumentation steht allerdings in Widerspruch zu BVerfGE 89, 1, 12: Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung wird nach Auffassung des BVerfG nicht durch die vollstreckbare Gerichtsentscheidung im Räumungsprozeß berührt, weil nicht das abekannte Besitzrecht durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützt wird, sondern nur die Privatheit der Wohnung. In die Privatheit aber kann weder eine Kündigungserklärung, noch ein Räumungsurteil eingreifen. Im Räumungsprozeß gegen den Mieter lassen sich der Grundrechtsverbürgung aus Art. 13 Abs. 1 GG nicht einmal Maßstäbe entnehmen (S. 11 unten). Deshalb steht, folgt man dem BVerfG, das Recht der Unverletzlichkeit der Wohnung sehr wohl auch dem Mieter zu, gegen den ein Räumungsurteil ergangen ist. Ähnlich *Kühne*, DGVZ 1979, 145, 147.

dern nur eine zu begrüßende Klarstellung durch eine Aufnahme in das Gesetz, was bisher schon nach ganz h. M. galt. Da sich der Gesetzgeber zudem über das Verhältnis der zwangsweisen Räumung zu Art. 13 GG nicht geäußert hat, wird unverändert umstritten sein, auf welchem Wege die Räumung von Wohnraum i. S. d. Art. 13 GG verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist⁹⁹).

c) Ergebnis

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß nach ganz h. M. für die Räumungsvollstreckung auf der Grundlage eines richterlichen Titels eine nochmalige richterliche Räumungsanordnung nicht erforderlich ist. Die Neuregelung in § 758 a Abs. 2 ZPO stellt dies begrüßenswerterweise klar.

2. Räumungsvollstreckung aufgrund anderer Titel

Ausgangspunkt der Frage, ob und ggfls. unter welchen Voraussetzungen die Räumungsvollstreckung auch aufgrund nichtrichterlicher Titel zulässig ist, muß die Rechtsprechung des BVerfG sein, nach welcher die Privatheit der Wohnung durch Art. 13 Abs. 1 GG verbürgt wird¹⁰⁰). Diese wird durch die zwangsweise Räumung berührt und bedarf daher einer Rechtfertigung. Umstritten ist, ob sich diese Rechtfertigung im Fall der Vollstreckung nichtrichterlicher Titel aus diesen allein ergeben kann, oder ob zusätzlich eine richterliche Räumungsanordnung zu fordern ist.

a) Bisherige Rechtslage

Die wohl h. M. geht dahin, daß für die Räumungsvollstreckung, die nicht aufgrund eines richterlichen Titels erfolgen soll, sondern etwa aufgrund eines vom Rechtspfleger im Zwangsversteigerungsverfahren erlassenen Zuschlagsbeschlusses (§ 93 ZVG), eine zusätzliche richterliche Räumungsanordnung erforderlich sei¹⁰¹), da dies Art. 13 Abs. 2 GG fordere¹⁰²). Wie bereits oben ausgeführt, kann diese Lösung jedoch nicht überzeugen, da Art. 13 Abs. 2 GG den Fall der Räumung nicht regelt.

Wenn man dagegen die Fälle der Räumungsvollstreckung schon grundsätzlich durch eine Einschränkung des Schutzbereichs des Art. 13 Abs. 1 GG löst, so ergibt sich zwanglos, daß auch die Vollstreckung aus einem Zuschlagsbeschluß nach § 93 ZVG oder aus einem Räumungsvergleich keinen zusätzlichen Räumungsbeschluß erfordert¹⁰³), da ein Eingriff ebensowenig vorliegt wie im Fall der Vollstreckung eines Urteils. Diese Auffassung steht allerdings in einem gewissen Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerfG, wonach die Räumung den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG jedenfalls berührt.

Das selbe Ergebnis stellt sich jedoch auch ein, wenn man mit der hier vertretenen Ansicht¹⁰⁴) auf Art. 13 Abs. 7 GG abstellt. Da auch die Vollstreckung nichtrichterlicher Titel „auf-

⁹⁹) Vgl. oben unter II 1.a; *Baur/Stürner* I, Rdnr. 8.21, 39,9 sehen die neue Regelung, ebenso wie die alte, mit einem verfassungsrechtlichen Risiko belastet.

¹⁰⁰) So BVerfGE 89, 1, 12.

¹⁰¹) So *Brox/Walker*, Rdnr. 1059; vgl. auch HansOLG Bremen OLGZ 1994, 606, 607; *Schneider*, NJW 1980, 2377, 2379; *Schuschke*, ZPO, § 885, Rdnr. 8 und DGVZ 1997, 49, 53; *Walker in Schuschke/Walker*, ZPO, § 758, Rdnr. 2 a; *Zöller/Stöber*, § 758, Rdnr. 10 und wohl auch *Pawlowski*, DGVZ 1997, 17 ff.

¹⁰²) So ausdrücklich *Brox/Walker*, Rdnr. 1059 und *Pawlowski*, DGVZ 1997, 17, 18.

¹⁰³) Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 26 IV 3 a) S. 456 oben, m. w. N. und MünchKommZPO-Arnold, § 758, Rdnr. 59 f.

¹⁰⁴) Vgl. oben II 1 a.

grund eines Gesetzes“ erfolgen, ist ein Unterschied zur Umsetzung richterlicher Titel nicht festzustellen. Die Rechtfertigung des angenommenen Eingriffs ergibt sich damit auf dem selben Wege¹⁰⁵). Da dies zudem für alle nichtrichterlichen Räumungstitel gleichermaßen gilt, ist deren Vollstreckung grundsätzlich immer ohne weitere richterliche Anordnung zulässig¹⁰⁶).

Eine Ausnahme ist allerdings für den Räumungsvergleich, aber auch für die notarielle Urkunde zu erwägen: Geht die Räumung auf das Einverständnis des Mieters zurück, so kann darin u. U. zugleich ein Verzicht¹⁰⁷) auf das Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG gesehen werden. Soweit man so schon einen Eingriff in das Grundrecht als ausgeschlossen ansieht¹⁰⁸), ist eine Rechtfertigung über Abs. 7 nicht mehr nötig. Dies wird allerdings nur dann gelten können, wenn ein tatsächliches Einverständnis zu Beginn der Vollstreckung (noch) vorliegt¹⁰⁹). In der Regel wird der Verzicht aber weit vor der Räumung und zudem nicht ausdrücklich erklärt worden sein. Unter diesen Voraussetzungen wird man das Vorliegen eines Verzichts, welcher schon den Eingriff auszuschließen in der Lage wäre, bezweifeln müssen¹¹⁰). Die Räumung ist dann doch über Art. 13 Abs. 7 GG zu rechtfertigen.

b) Neuregelung

Ab 1. 1. 1999 heißt es in § 758 a Abs. 2 ZPO: „Auf die Vollstreckung eines Titels auf Räumung ... ist Absatz 1 nicht anzuwenden.“ Dieser sämtliche Titel unterschiedslos einschließende Wortlaut spricht deutlich dafür, weder zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Titeln, noch innerhalb der Gruppe der nichtrichterlichen Titel zu unterscheiden. Dies entspricht nicht nur dem oben gewonnenen Ergebnis zu Art. 13 Abs. 7 GG, sondern auch dem in der Begründung des Entwurfs herangezogenen Grundsatz der Gleichwertigkeit der Vollstreckungstitel¹¹¹). Der Gesetzgeber hat sich damit für die Auffassung entschieden, die schon nach bisherigem Recht für nichtrichterliche Titel keine weitere Räumungsanordnung verlangte.

Fraglich ist, ob damit auch auf Räumung gerichtete notarielle Urkunden gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. von § 758 a Abs. 2 ZPO erfaßt werden sollen und auch aus ihnen damit ohne weiteres vollstreckt werden kann. In der Begründung des Entwurfs zu § 758 a ZPO werden sie zwar nicht erwähnt, wohl aber der in vielerlei Hinsicht nahezu identische Räumungsvergleich¹¹²). Zu diesem wird ausgeführt, daß es

¹⁰⁵) So auch *Schilken*, DikIntern, S. 107 f. m. v. w. N. zu im Ergebnis übereinstimmenden Auffassungen.

¹⁰⁶) So auch *Schilken*, DikIntern, S. 107 f. und MünchKommZPO, 2. Aufl. 1999, § 885, Rdnr. 16; im Ergebnis ebenso MünchKommZPO-Arnold, § 758, Rdnr. 60; *Stein/Jonas/Brehm*, § 885, Rdnr. 6; *Thomas/Putzo*, 21. Aufl., § 758, Rdnr. 13, § 885, Rdnr. 3.

¹⁰⁷) Zur Möglichkeit des Verzichts vgl. *von Münch*, Grundgesetzkommentar, 4. Aufl. 1992, Vorb. Art. 1-19, Rdnr. 62 f.; *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 27 sowie *Esmek*, Der Durchsuchungsbegriff nach Art. 13 Abs. 2 GG in der Zwangsvollstreckung, Diss. 1988, S. 80, 49 m. w. N. – A. A. *Schuschke*, ZPO, § 885, Rdnr. 8.

¹⁰⁸) Vgl. *von Münch*, a. a. O., Vorb. Art. 1-19, Rdnr. 62 a. E.

¹⁰⁹) Vgl. *Bausch*, S. 64, Fn. 251; *Dagtolou*, JuS 1975, 753, 755 sub. III 2.; *Stein/Jonas/Brehm*, § 885, Rdnr. 18, Fn. 78; MünchKommZPO-Arnold, § 761, Rdnr. 7.

¹¹⁰) A. A. (zur Neuregelung): *Goebel*, KTS 1995, 143, 187; Zumindest beim Prozeßvergleich könne eine antizipierte Einwilligung i. S. d. E § 758 a Abs. 1 ZPO angenommen werden (so daß E § 758 a Abs. 2 ZPO vor der Verfassung Bestand haben werde).

¹¹¹) Vgl. BT-Drucks. 13/341, S. 16.

¹¹²) Die Begründung (BT-Drucks. 13/341, S. 16) nennt hier sowohl den Prozeßvergleich, als auch den Anwaltsvergleich nach § 1044 b ZPO.

von Bedeutung sei, daß sich der Schuldner der konkreten Besitzentziehung (erzwingbare Herausgabe der Wohnung) unterworfen habe. Er habe damit gleichsam vorweg sein Einverständnis zum Betreten der Wohnung im Rahmen der Räumungsvollstreckung erteilt. Ein Bedürfnis für eine zusätzliche richterliche Entscheidung (gleichen Inhalts) bestehe nicht, zumal auch hier die Möglichkeit, Vollstreckungsschutz zu erlangen, erhalten bleibe (§§ 765 a, 794 a ZPO)¹¹³). Da all dies auf die notarielle Urkunde ebenso zutrifft¹¹⁴), muß auch sie als Titel i. S. d. § 758 a Abs. 2 ZPO angesehen werden.

c) Ergebnis

War die Frage nach der Notwendigkeit einer richterlichen Räumungsanordnung bisher stark umstritten, so ergibt der Wortlaut des § 758 a Abs. 2 ZPO jetzt eindeutig, daß die Vollstreckung aus allen Räumungstiteln gleichermaßen zulässig ist, ohne daß es einer weiteren Anordnung bedürfte.

3. Räumung und Drittgewahrsam

Eine besondere Problematik ergibt sich, wenn der Gerichtsvollzieher bei der Räumungsvollstreckung nicht nur den Titelschuldner, sondern weitere Personen in der Wohnung antrifft und diese geltend machen, gegen sie dürfe nicht mitvollstreckt werden, da der Räumungstitel sich nicht gegen sie persönlich richte. Denkbar ist, daß dieser Einwand von Ehegatten, Verlobten, nichtehelichen Lebensgefährten, Familienangehörigen, aber auch Hausangestellten, den Kindern des Mieters sowie dessen Gäste erhoben wird.

a) Bisherige Rechtslage

Die Frage, gegen welche im Räumungstitel nicht erwähnten Personen mitvollstreckt werden kann, ist heftig umstritten. Auf die vielfältig denkbaren Fallkonstellationen und auf die umfangreiche Rechtsprechung und Literatur¹¹⁵) zu diesem Problem kann hier nicht annähernd vollständig eingegangen werden. Genügen muß ein kurzer Überblick, um deutlich zu machen, vor welcher Situation der Gesetzgeber der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle gestanden hat.

Weitgehende Einigkeit besteht zunächst noch darüber, daß gegen Mitbewohner, die die Räume aufgrund einer eigenen rechtlichen Beziehung zum Vermieter bewohnen, wie etwa die Mitmieter, aber auch gegen Untermieter¹¹⁶) ein eigener Räumungstitel erforderlich ist. Ebenso klar ist, daß minderjährige Kinder, Hausangestellte und Gäste auch ohne besonderen Titel mit dem Schuldner aus dem Besitz gesetzt werden können¹¹⁷). Zudem hat das BVerfG¹¹⁸) eine Verfassungsbeschwerde gegen einen Beschluß des OLG Hamburg¹¹⁹) mangels hinreichender

¹¹³) Vgl. BT-Drucks. 13/341, S. 16.

¹¹⁴) Dies gilt auch für den Vollstreckungsschutz gem. § 794 a ZPO, da diese Norm im Fall der notariellen Urkunde analog anzuwenden ist, vgl. oben Fn. 60.

¹¹⁵) Siehe nur *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 70 II b) bb), MünchKommZPO-Schilken, § 885, Rdnr. 8 f., *Schuschke*, NZM 1998, 58 f. und *Walker* in *Schuschke/Walker*, Bd. I, § 885 ZPO, Rdnr. 9 jeweils mit sehr umfangreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

¹¹⁶) Vgl. zur Ablehnung einer vorgeschlagenen Gesetzesänderung den Untermieter betreffend: Schlußbericht der Arbeitsgruppe zur Überarbeitung des Zwangsvollstreckungsrechts, 1992, S. 251 ff.

¹¹⁷) Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 70 II b) bb); MünchKommZPO-Schilken, § 885, Rdnr. 8 f.; *Schilken*, DikIntern, 1996, 99, 109; *Walker* in *Schuschke/Walker*, Bd. I, § 885 ZPO, Rdnr. 9 mit zahlreichen Nachweisen

¹¹⁸) NJW-RR 1991, 1101.

¹¹⁹) NJW-RR 1991, 909.

Erfolgsaussicht nicht angenommen, in welchem die Räumungsvollstreckung ohne weiteren Titel gegen die volljährigen Kinder der Mieter für zulässig gehalten wurde.

Ist dagegen der den Mietvertrag nicht mitunterzeichnende Ehegatte, Verlobte oder Lebensgefährte betroffen, so gehen die Meinungen auseinander. Die wohl noch herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur¹²⁰⁾ hält einen zusätzlichen Titel für entbehrlich, erlaubt also die Mitvollstreckung gegen die genannten Mitbewohner allein aufgrund des Räumungstitels gegen den Schuldner. Dies wird u. a. damit begründet, daß der die Wohnung nur aufgrund seiner persönlichen Beziehung zum Mieter bewohnende Dritte entweder Besitzdiener oder unselbständiger Mitbesitzer sei. In beiden Fällen aber könne der Schutz des § 886 ZPO nicht in Anspruch genommen werden, da dieser, wenn nicht Allein-, so jedenfalls (selbständigen) Mitgewahrsam voraussetze. Im Ergebnis seien sie nicht anders zu behandeln wie sonstige Dritte, die am Ort der Vollstreckung vorgefunden würden und den Vollstreckungsablauf behinderten¹²¹⁾.

Demgegenüber hält eine im Vordringen befindliche Meinung¹²²⁾ einen weiteren Räumungstitel gegen die Mitbewohner für erforderlich, da Ehegatten, Verlobte, Lebensgefährten und erwachsene Kinder¹²³⁾ nicht nur Besitzdiener seien, sondern gleichberechtigte Mitbesitzer, auch wenn sie den Mietvertrag nicht mitunterzeichnet hätten. Da das Gesetz zudem die Differenzierung zwischen selbständigem und unselbständigem Mitbesitz nicht kenne und den Gerichtsvollzieher mit der Notwendigkeit der Abgrenzung vor unlösliche Aufgaben stellen würde, sei die Auffassung, die aus dem unselbständigen Besitz die unproblematische Mitvollstreckung gegen die Mitbewohner folgere, abzulehnen. Des weiteren sei zu bedenken, daß der Dritte an dem Räumungsrechtsstreit nicht teilgenommen habe, so daß Art. 103 Abs. 1 GG verbiete, das Ergebnis dieses Verfahrens gegen den Mitbewohner wirken zu lassen¹²⁴⁾.

Neben diesen sich deutlich gegenüberstehenden Ansichten werden noch weitere, teilweise vermittelnde Auffassungen vertreten. Insgesamt führt allerdings die h. M. zu den überzeugendsten Ergebnissen, wenn auch die oben wiedergegebene Begründung (Besitzdiener) nicht mehr zeitgemäß erscheint. Für die h. M. spricht aber auch die folgende Überlegung: Die Frage der Zulässigkeit der Mitvollstreckung gegen Dritte hat der Gesetzgeber durch das Ineinandergreifen der §§ 885 und 886 ZPO geregelt. Unterfällt die vorgesehene Vollstreckung § 885 ZPO, so ist sie auch insoweit hinzunehmen, als Dritte mitbetroffen sind; fällt sie dagegen in den Anwendungsbereich des § 886 ZPO, so ist der dort genannte Gewahrsamsinhaber geschützt; ist er nicht herausgabebereit, ist die Voll-

streckung (zunächst) unzulässig. Während früher die Mitbewohner ohne eigenen Mietvertrag als Besitzdiener des „Haushaltungsvorstandes“ angesehen wurden und deshalb nicht in den Genuß des Schutzes des § 886 ZPO kamen, gegen sie also unproblematisch mitvollstreckt werden konnte, ist diese Argumentation heute, insbesondere mit Blick auf die geänderte Rechtsstellung der Ehefrau, nicht mehr vertretbar. Angesichts der vom Gesetzgeber gewollten einfachen Lösung erscheint es aber dennoch gerechtfertigt, dieses Ergebnis durch eine enge Auslegung des § 886 ZPO anzustreben. So ist es durchaus überzeugend, für den Fall der Räumungsvollstreckung diejenigen nicht als Gewahrsamsinhaber i. S. d. § 866 ZPO anzusehen, die ihren Allein- oder Mitgewahrsam nur rein tatsächlich vom Mieter ableiten, nicht aber vom Vermieter (sog. unselbständige Mitbewohner)¹²⁵⁾. Gleichzeitig ergibt sich aus § 885 Abs. 2 und 3 ZPO, daß die Räumungsvollstreckung sich auch gegen Dritte richten darf, bei wörtlicher Auslegung zwar nur durch das Wegschaffen beweglicher Sachen, bei Berücksichtigung der Vorstellungen des Gesetzgebers aber auch durch die Besitzentsetzung des Dritten selbst¹²⁶⁾. Die Vollstreckung gegen unselbständige Mitbewohner ist danach aufgrund des Räumungstitels gegen den Mieter zulässig. Die dadurch erforderliche Abgrenzung zwischen selbständigem und unselbständigem Mitgewahrsam überfordert den Gerichtsvollzieher hier ebensowenig, wie bei der Prüfung vergleichbarer Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung¹²⁷⁾.

Betrachtet man die betroffenen Grundrechte Art. 13 Abs. 1¹²⁸⁾ und Art. 103 Abs. 1 GG¹²⁹⁾, so ergibt sich, daß ein etwaiger Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung über Art. 13 Abs. 7 GG gerechtfertigt ist, da der Eingriff aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung (§ 885 ZPO) erfolgt¹³⁰⁾ und dem Grundrecht auf rechtliches Gehör dadurch Rechnung getragen wird, daß der Mitbewohner die Möglichkeit hat, sich gegen die Vollstreckung mit Hilfe der Erinnerung nach § 766 ZPO, der Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO¹³¹⁾ und evtl. auch mit der Vollstreckungsschutzermahnung gem. § 765 a ZPO zur Wehr setzen, bevor ihm der Besitz an der Wohnung entzogen wird¹³²⁾.

Damit hat sich gezeigt, daß eine Lösung der Problematik der Mitvollstreckung gegen Mitbewohner durchaus möglich ist. Hält man sich aber die höchst unterschiedlichen Auffassungen mit ihren ebenso unterschiedlichen praktischen Ergebnissen vor Augen, so wird klar, daß nur der Gesetzgeber für die in diesem Bereich höchst wünschenswerte baldige Rechtssicherheit sorgen kann¹³³⁾.

¹²⁰⁾ Vgl. OLG Düsseldorf MDR 1960, 234; OLG Frankfurt MDR 1969, 852; LG Krefeld DGVZ 1977, 24; LG Mainz MDR 1978, 765; LG Darmstadt DGVZ 1980, 110; *Baur/Stürner*, Rdnr. 39.10; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 70 II b) bb); MünchKommZPO-Schilken, § 885, Rdnr. 8 f.; *Schuschke*, NZM 1998, 58, 61 f.; *Walker in Schuschke/Walker*, Bd. I, § 885 ZPO, Rdnr. 9; jeweils mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

¹²¹⁾ Vgl. *Schuschke*, NZM 1998, 58, 59 m. v. w. N. und auch prozessualer Argumentation.

¹²²⁾ Ausführlich *Becker-Eberhard*, FamRZ 1994, 1296, 1297 ff., 1302 f., *Stein/Jonas/Brehm*, § 885, Rdnr. 15 ff. und *Schuschke*, NZM 1998, 58, 59, Fn. 6, jeweils mit sehr umfangreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

¹²³⁾ Nicht so: OLG Hamburg NJW-RR 1991, 909 (Titel gegen erwachsene Kinder nicht erforderlich) und BVerfG NJW-RR 1991, 1101. Differenzierend: *Becker-Eberhard*, FamRZ 1994, 1296, 1302 f.

¹²⁴⁾ Vgl. nur *Becker-Eberhard*, FamRZ 1994, 1296, 1302; *Pawlowski*, DGVZ 1997, 17, 18 f.

¹²⁵⁾ So MünchKommZPO-Schilken, § 886, Rdnr. 3; vgl. auch *Schuschke*, NZM 1998, 58, 62 und *Honsel*, Die Räumungsvollstreckung gegen Personenmehrheiten. Diss. 1990, S. 61 ff., 81 ff.

¹²⁶⁾ So MünchKommZPO-Schilken, § 885, Rdnr. 9; vgl. auch *Schuschke*, NZM 1998, 58, 62 und *Walker in Schuschke/Walker*, Bd. I, § 885 ZPO, Rdnr. 9. A. A.: *Becker-Eberhard*, FamRZ 1994, 1296, 1299 f.

¹²⁷⁾ Ausführlich: *Schilken*, Beiträge zum Zivilprozeßrecht V (Beiträge), S. 143, 155 ff. und MünchKommZPO-Schilken, § 885, Rdnr. 9.

¹²⁸⁾ Geschützt ist hier auch der Mitbewohner, vgl. *Becker-Eberhard*, FamRZ 1994, 1296, 1300, bei Fn. 40.

¹²⁹⁾ Zu weiteren verfassungsrechtlichen Aspekten vgl. *Schilken*, Beiträge, 160 f. und *Schuschke*, NZM 1998, 58, 62.

¹³⁰⁾ Vgl. oben II. 1. a. und II. 2. a.

¹³¹⁾ So BVerfG NJW-RR 1991, 1101; MünchKommZPO-Schilken, § 885, Rdnr. 9; *Schuschke*, NZM 1998, 58, 62.

¹³²⁾ So MünchKommZPO-Schilken, § 885, Rdnr. 9, 32; *ders.* Dik-Intern 1996, 99, 110; vgl. auch *Schuschke*, NZM 1998, 58, 62.

¹³³⁾ So auch *Schilken*, Beiträge, S. 162 (mit vergleichendem Blick auf die Regelung Österreichs) sowie ZP 105 (1992), 426 ff. und Dik-Intern 1996, 99, 110; *Pawlowski*, DGVZ 1997, 17, 20; *Schuschke*, NZM 1998, 58, 62 unter „Appell an den Gesetzgeber“.

b) Keine Neuregelung

Der Gesetzgeber hat die Chance einer klärenden Neuregelung im Rahmen der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle bedauerlicherweise nicht genutzt. Es findet sich zwar eine Neuregelung der Duldungspflicht des Mitbewohners für den Fall der Durchsuchung der Wohnung in § 758 a Abs. 3 ZPO n. F. Die obige Problematik der Räumung aber, die unstrittig nicht als Durchsuchung i. S. d. § 785 a Abs. 3 ZPO n. F. angesehen werden kann, ist weder in einer der neuen Vorschriften geregelt, noch in der Begründung des Entwurfs auch nur angesprochen, so daß die bisherige Rechtsunsicherheit weiter bestehen bleibt.

4. Räumung zur Nachtzeit, an Sonn- und Feiertagen

a) Bisherige Regelung

Nach bisherigem Recht bedurfte die Räumungsvollstreckung, ebenso wie jede andere auch, für den Fall, daß sie zur Nachtzeit (§ 188 Abs. 1) sowie an Sonn- und Feiertagen erfolgen sollte, der Erlaubnis des Amtsrichters (§ 761 ZPO a. F.), wobei die h. M. davon ausging, daß die Anordnung allein vom Richter und in keinem Fall vom Rechtspfleger erlassen werden durfte¹³⁴).

b) Neuregelung

Der Entwurf der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle sah zunächst vor, in § 761 Abs. 1 ZPO das Wort „Amtsrichters“ durch das Wort „Vollstreckungsgerichts“ zu ersetzen¹³⁵). In der Begründung heißt es dazu, auf diese Weise sollte der Richter weiter entlastet werden, denn durch die gewählte Formulierung werde zukünftig der Rechtspfleger für die Entscheidung nach § 761 ZPO zuständig (§ 20 Nr. 17 RpfLG). Der häufigste Anwendungsfall des § 761 ZPO in der heutigen Praxis sei die Vollstreckung von Haftbefehlen nach § 901 ZPO. Soweit dabei nicht Art. 13 GG berührt werde, bestünden gegen die Übertragung des Geschäfts auf den Rechtspfleger keine Bedenken. Denn der Gesetzgeber könnte die Vorschrift des § 761 ZPO auch streichen und den Gerichtsvollzieher ermächtigen, nach erfolgloser Vollstreckung in der normalen Vollstreckungszeit auch zur Nachtzeit und an Sonn- und Feiertagen zu vollstrecken¹³⁶). Die Ermächtigung des Gerichtsvollziehers wurde zunächst nicht weiterverfolgt, da befürchtet wurde, daß die Gläubiger dann generell und formularmäßig die Vollstreckung auch zur Nachtzeit und an Sonn- und Feiertagen verlangen würden. Die Folge wäre, daß der Streit zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger über die Notwendigkeit einer Vollstreckung zu den Ausnahmzeiten im Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO auszutragen wäre. Das bedeute aber erheblich mehr Arbeit für die Amtsgerichte¹³⁷).

Demgegenüber hat der Rechtsausschuß¹³⁸) der im Entwurf verworfenen Lösung zugunsten des Gerichtsvollziehers den Vorzug gegeben. Deshalb ist in § 758 a ZPO ein neuer Abs. 4 eingefügt und § 761 ZPO gestrichen worden. Mit der Streichung des § 761 ZPO, so der Rechtsausschuß, werde eine Entlastung der Gerichte eintreten, ohne daß die Gerichtsvollzieher zusätzlich belastet würden. Mit Nachteilen für den Schuldner sei dies nicht verbunden.

Die so Gesetz gewordene Regelung¹³⁹) sieht in § 758 a Abs. 4 ZPO vor: „Der Gerichtsvollzieher nimmt eine Vollstreckungshandlung zur Nachtzeit und an Sonn- und Feiertagen nicht vor, wenn dies für den Schuldner und die Mitbewohnersinhaber eine unbillige Härte darstellt oder der zu erwartende Erfolg in einem Mißverhältnis zu dem Eingriff steht, in Wohnungen nur auf Grund einer besonderen Anordnung des Richters bei dem Amtsgericht.“

Der hier allein interessierende Fall der Räumungsvollstreckung zur Ausnahmzeit ist in § 758 a Abs. 4 ZPO nicht ausdrücklich genannt. Ob der Gerichtsvollzieher allein entscheidet oder ob zur Räumung zur Nachtzeit und an Sonn- und Feiertagen zuvor eine richterliche Anordnung erforderlich ist, hängt davon ab, wie der Begriff „Vollstreckungshandlung in Wohnungen“ auszulegen ist.

Sicher zählt zu den Vollstreckungshandlungen in Wohnungen die Vollstreckung von Haftbefehlen nach § 901 ZPO¹⁴⁰) und auch die Durchsuchung der Wohnung mit dem Ziel, pfändbare Gegenstände ausfindig zu machen. Da in diesen Fällen die Vollstreckung zur Nachtzeit und an Sonn- und Feiertagen eine gegenüber der Vollstreckung zur Normalzeit weitergehende Beeinträchtigung des Grundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG mit sich bringt¹⁴¹), erhebt § 758 a Abs. 4, letzter Halbs. ZPO zu Recht das zur Voraussetzung, was Art. 13 Abs. 2 GG fordert: Eine gegenüber der Durchsuchungsanordnung weitergehende¹⁴²) richterliche Anordnung. Insoweit stellt sich die Neuregelung als durch das Grundrecht des Schuldners gebotene einfachgesetzliche Regelung dar.

Für die Räumungsvollstreckung gilt letzteres nicht. Da sie nicht als Durchsuchung angesehen werden kann, fällt sie nicht unter Art. 13 Abs. 2 GG, sondern unter Art. 13 Abs. 7 GG¹⁴³). Damit aber ist eine richterliche Verfügung der Räumung zur Nachtzeit und an Sonn- und Feiertagen von verfassungswegen nicht geboten. Vielmehr läßt Art. 13 Abs. 7 GG im Ergebnis sowohl eine Zuständigkeit des Rechtspflegers, als auch eine des Gerichtsvollziehers zu¹⁴⁴). Wenn also die folgende Auslegung ergibt, daß auch die Räumungsvollstreckung unter § 758 a Abs. 4, letzter Halbs. ZPO fällt und damit eine richterliche Anordnung erforderlich ist, so geht die gesetzliche Regelung über die verfassungsrechtlichen Anforderungen hinaus.

Für die Auslegung, daß Räumungsvollstreckungen als „Vollstreckungen in Wohnungen“ anzusehen sind, spricht zunächst der Wortlaut, der nicht zwischen unterschiedlichen Vollstreckungen in Wohnungen unterscheidet und deshalb die Räumungsvollstreckung mitumfaßt. Wenn auch der Gesetzgeber den Fall der Räumung nicht bedacht haben mag, so heißt es dennoch in der Begründung des Entwurfs, daß der Übertragung des Geschäfts auf den Rechtspfleger (und auch auf den Gerichtsvollzieher) Bedenken nur insoweit nicht entgegenstehen, als Art. 13 GG nicht berührt sei¹⁴⁵). Mit anderen Worten,

¹³⁴) Vgl. nur MünchKommZPO–Arnold, § 761, Rdnr. 12 und Rosenberg/Gaul/Schilken, § 26 IV 1 a), jew. m. w. N.

¹³⁵) BT-Drucks. 13/341, S. 4

¹³⁶) BT-Drucks. 13/341, S. 18

¹³⁷) So der Schlußbericht der Arbeitsgruppe zur Überarbeitung des Zwangsvollstreckungsrechts vom 23. September 1992, S. 59 f.

¹³⁸) BT-Drucks. 13/9088, S. 23

¹³⁹) BGBl. 1997 I Nr. 85, S. 3039.

¹⁴⁰) Siehe BT-Drucks. 13/341, S. 18.

¹⁴¹) So Bausch, S. 99, bei Fn. 383 m. w. N.

¹⁴²) Vgl. zum Verhältnis der Anordnung nach § 758 zu der nach § 761 ZPO: Esmek, S. 78.

¹⁴³) Siehe oben II 1 a und 2 a.

¹⁴⁴) So Schilken, GVG, 2. Aufl. 1994, Rdnr. 71. Für eine vollständige Übertragung auf den Gerichtsvollzieher hat sich ausgesprochen: Jesse, DGVZ 1993, 85, 86, mit abl. Anm. der Schriftleitung; dagegen auch Schilken, RpfL. 1994, 138, 141.

¹⁴⁵) So BT-Drucks. 13/341, Begründung S. 18.

es sollte die Zuständigkeit des Richters erhalten bleiben, soweit das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung betroffen ist. Da dies aber bei der Räumungsvollstreckung zur Nachtzeit sowie an Sonn- und Feiertagen unzweifelhaft der Fall ist, wollte der Gesetzgeber die Übertragung auch dieses Geschäfts (letztlich) auf den Gerichtsvollzieher vermeiden.

c) Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß nach § 758 a Abs. 4 ZPO auch die Räumungsvollstreckung zur Nachtzeit und an Sonn- und Feiertagen der richterlichen Anordnung bedarf.

Soweit § 758 a Abs. 5 ZPO eine Vorzeigepflicht nur für die Anordnung nach Abs. 1 nicht aber für die nach Abs. 4 anordnet, dürfte es sich um ein Versehen des Gesetzgebers handeln. Da § 758 a Abs. 5 ZPO an § 761 Abs. 2 ZPO a. F. angelehnt ist¹⁴⁶⁾ und eine inhaltliche Änderung wohl nicht beabsichtigt war¹⁴⁷⁾, ist auch die besondere richterliche Anordnung

¹⁴⁶⁾ So BT-Drucks. 13/341, Begründung S. 18.

¹⁴⁷⁾ Der jetzige Abs. 5 sollte zunächst neben § 761 Abs. 2 ZPO treten, nicht ihn ersetzen (BT-Drucks. 13/341, Begründung S. 18). Bei

nach § 758 a Abs. 4 ZPO, in analoger Anwendung des § 758 a Abs. 5 ZPO, bei der Vollstreckung vorzuzeigen.

5. Ergebnis zu § 758 a ZPO

Die Neuregelung des § 758 a Abs. 2 ZPO bestimmt für die Räumungsvollstreckung sowohl aufgrund richterlicher, als auch nichtrichterlicher Titel, daß eine zusätzliche richterliche Räumungsanordnung nicht erforderlich ist. Die bei der Vollstreckung häufig auftretende Frage, wie zu verfahren ist, wenn Mitbewohner der Räumung widersprechen, hat der Gesetzgeber in keiner der neuen Vorschriften geregelt. Hier wurde die Chance vertan, die herrschende Rechtsunsicherheit zu beseitigen, jedenfalls aber zu verringern. Die Neuregelung des § 758 a Abs. 4 ZPO bringt für die Räumungsvollstreckung keine Änderung. Nach wie vor ist Voraussetzung für die Vollstreckung zur Nachtzeit und an Sonn- und Feiertagen, daß zuvor eine besondere richterliche Anordnung ergeht. Diese ist, wie bisher auch, bei der Zwangsvollstreckung vorzuzeigen (§ 758 a Abs. 5 ZPO analog).

der späteren ersatzlosen Streichung des § 761 ZPO ist dessen Abs. 2 nicht bedacht worden (vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 13/9088, S. 23).

RECHTSPRECHUNG

§§ 103, 104, 788 Abs. 1 S. 1 ZPO; § 109 GVGA

Wird Räumungsgut in eigenen Lagerräumen des Gläubigers verwahrt, so ist für die Geltendmachung und Titulierung hierfür verlangter Lagerkosten regelmäßig nicht das Kostenfestsetzungsverfahren, sondern der streitige Zivilprozeß der richtige Weg.

**OLG Frankfurt/Main, Beschl. v. 29. 5. 1998
– 12 W 110/98 –**

Aus den Gründen:

Der vom Kläger zum Kostenausgleich angemeldete Betrag für die aufgrund der einstweiligen Verfügung 13 O 466/96 – 13 U 11/97 vorgenommene Einlagerung des beweglichen Inventars der Firma ... in den dem Kläger gehörenden Mieträumen kann im Kostenfestsetzungsverfahren nicht berücksichtigt werden.

Das auf schnelle und erleichterte Schaffung von Kostentiteln ausgerichtete Kostenfestsetzungsverfahren setzt voraus, daß keine komplizierten rechtlichen Beurteilungen, insbesondere im materiell-rechtlichen Bereich vorzunehmen sind, sondern daß einfach zu überprüfende Gebührentatbestände angemeldet werden (vgl. etwa den Gedanken des § 19 Abs. 5 BRAGO), die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung stehen (vgl. dazu OLG München, NJW 70, 1195 f.; OLG Koblenz Rpfl 77, 66 f.; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Aufl., 1995, § 788 Rdnr. 10).

Es ist nicht der Sinn der vereinfachten Kostenerstattung – und § 788 Abs. 1 Satz 1 ZPO legt sie in der Zwangsvollstreckung neben dem Kostenfestsetzungsverfahren vor dem Rechtspfleger allein dem Gerichtsvollzieher in die Hand –, dem Gläubiger sämtliche aus Verzug seines Schuldners erwachsenden

Schäden und Aufwendungen als Vollstreckungskosten zu erstatten (vgl. Stein/Jonas/Münzberg, a. a. O., Rdnr. 6). Das muß vielmehr dem Erkenntnisverfahren der ZPO mit seiner Gewährleistung für eine gründliche Prüfung der Sach- und Rechtslage mit den Beweismitteln des Zivilprozesses überlassen bleiben. Andernfalls besteht die Gefahr, daß einem Schuldner – unter Umständen und möglicherweise böswillig – dem Grund und der Höhe nach problematische Schadensersatzforderung des Gläubigers aufgebürdet und sogleich vollstreckt werden, ohne daß diesem die Ausführung seiner Rechte unter den Garantien des ordentlichen Zivilprozesses gewährleistet war.

So liegt die Sache hier: Der Kläger macht nämlich nicht Kosten geltend, die unzweifelhaft und belegbar bereits entstanden sind (wie z. B. Gerichtsvollzieher- oder Anwaltskosten nach entsprechend vorgelegten Gebührenrechnungen oder tatsächliche und bereits gezahlte Kosten für Transport oder Aufbewahrung von Pfandgut entsprechend vorgelegter Belege), sondern er macht Aufwendungsersatz geltend für die Einlagerung von Inventar des Schuldners in eigenen Räumen. Damit verfolgt der Kläger einen materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruch, der – wie bereits ausgeführt – im normalen Erkenntnisverfahren zu verhandeln und zu beurteilen ist. Der Kläger kann demgegenüber nicht damit gehört werden, er habe im Rahmen seiner Pflicht zur Geringhaltung der Vollstreckungskosten das Pfandgut günstiger eingelagert als dies durch Einlagerung bei einem fremden Lagerhalter der Fall gewesen wäre, zumal anderenfalls noch beträchtliche Transportkosten hinzugekommen wären. Solche materiell-rechtlichen Fragen können nämlich komplizierte rechtliche Erwägungen und umfangreiche Ermittlungen etwa in der Richtung erforderlich machen, ob der Kläger für die gesamte Zeit der Aufbewahrung des Pfandguts in seinen Räumen diese überhaupt entgeltlich und zu gleichen Bedingungen hätte nutzen können. Es

liegt auf der Hand, daß die Aufklärung solcher mitunter schwierig zu beurteilender Fragen nicht dem vereinfachten Verfahren der Kostenberechnung durch den Gerichtsvollzieher oder wahlweise dem Rechtspfleger im förmlichen Kostenfestsetzungsverfahren überlassen werden kann.

Der Kläger ist damit nicht rechtlos gestellt. Es bleibt ihm unbenommen, die im Zusammenhang mit der Einlagerung des Pfandguts zur Sicherung seines Vermieterpfandrechts entstandenen Kosten in einem Klageverfahren geltend zu machen.

Art. 34 GG; §§ 847, 839, 823 BGB; § 750 ZPO; §§ 75, 104 GVGA

Die unrechtmäßige Pfändung eines Kraftfahrzeugs aufgrund einer Namensverwechslung begründet für den Kraftfahrzeughalter, der nicht Schuldner war, auch dann keinen Anspruch auf Schmerzensgeld, wenn die Pfändung für Außenstehende erkennbar und dadurch vielen Personen bekanntgeworden ist.

**LG Köln, Urteil v. 9. 6. 1998
– 5 O 60/98 –**

Aus den Gründen:

Am 21. 11. 1997 pfändete der Vollziehungsbeamte für das Finanzamt ... das Kraftfahrzeug der Klägerin, damaliges polizeiliches Kennzeichen Anstellungskörperschaft des Beamten ist das beklagte Land.

Das Fahrzeug stand in der Einfahrt des Einfamilienhauses der Klägerin, einen Meter vom Straßenrand entfernt. Dieses Haus befindet sich in einem Dorf mit etwa 400 Einwohnern und liegt an einer Sackgasse, die am Waldrand entlangführt. Diese Sackgasse ist Bestandteil eines eingetragenen Wanderwegs, der am Wochenende von einer Vielzahl Wanderer benutzt wird.

Der Vollziehungsbeamte versiegelte die Schlösser des Fahrzeugs. Er montierte die polizeilichen Kennzeichen ab.

Die Pfändung war rechtswidrig, da nicht die Klägerin, sondern eine andere Person gleichen Namens Schuldnerin der vollstreckbaren Steuerschuld gewesen ist. Bei einer Adressanfrage der zuständigen Sachbearbeiterin des Finanzamts beim Einwohnermeldeamt hatte diese es unterlassen, das Geburtsdatum der Steuerschuldnerin anzugeben, so daß das Einwohnermeldeamt fälschlich die Umzugsadresse der Klägerin angegeben hatte. Am 24. 11. 1997 hob das Finanzamt ... die Pfändung daher auf.

Die Klägerin forderte das beklagte Land mit Schreiben vom 5. 12. 1997 unter Fristsetzung bis zum 31. 12. 1997 zur Zahlung von Schadensersatz auf. Die Oberfinanzdirektion wies einen Betrag in Höhe von 272,32 DM als Aufwandsentschädigung für die Fahrten der Klägerin zu ihrem Anwalt und als Nutzungsausfallentschädigung zur Zahlung auf das Konto der Klägerin an. Schmerzensgeldzahlungen sowie die Erstattung einer Kostenpauschale verweigerte sie.

Die Klägerin behauptet, die Pfändung sei von der Straße deutlich sichtbar durch die Anbringung von Pfändungszeichen auf dem Kraftfahrzeug erkennbar gemacht worden. Die versehentliche Pfändungsmaßnahme habe sich daher zur Kenntnis aller Einwohner herumgesprochen.

Dadurch sei das Ansehen der Klägerin tiefgreifend geschädigt und durch die Erschütterung des Vertrauens in ihre Zahlungsmoral und -fähigkeit eine Kreditgefährdung bewirkt worden. Die Pfändungsmaßnahme habe zudem zu einer erheblichen psychischen Belastung der Klägerin geführt. Sie habe sich während des Fortdauerns der Pfändungsmaßnahme kaum aus dem Haus getraut.

Die Klägerin beantragt, das beklagte Land zu verurteilen, an sie ein angemessenes Schmerzensgeld (mindestens aber 6 000,- DM) nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 1. 1. 1998 sowie eine angemessene Kostenpauschale zu zahlen.

Das beklagte Land beantragt, die Klage abzuweisen.

Es ist der Auffassung, daß die Zahlung eines Schmerzensgeldes nicht gerechtfertigt sei.

1. Die Klägerin hat gegen das beklagte Land keinen Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld gemäß § 847 BGB i. V. m. § 839 BGB, Art. 34 GG.

a) In der rechtswidrigen Pfändung des Kraftfahrzeugs ist keine schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin zu sehen.

Die ständige Rechtsprechung und die herrschende Meinung in der Literatur haben den deliktischen Schutz des § 823 BGB auch auf Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausgedehnt. Eine rechtswidrige Pfändung, die sichtbar auf einem Kraftfahrzeug angebracht wird und daher grundsätzlich geeignet ist, Ansehen und Kreditwürdigkeit des Fahrzeugeigentümers zu schädigen, stellt zwar eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar. Einem Ersatz des immateriellen Schadens in Form von Schmerzensgeld steht jedoch entgegen, daß es sich für das Bestehen eines solchen Anspruchs nach der Rechtsprechung des BGH um eine *schwerwiegende* Verletzung des Persönlichkeitsrechts handeln muß, und eine andere Genugtuung durch Unterlassung, Gegendarstellung und Widerruf nach Art der Verletzung nicht zu erreichen ist (Palandt/Thomas, 56. Aufl., 1997, § 823, Rdnr. 200).

Ob eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt, richtet sich nach Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, nach Anlaß und Beweggrund des Schädigenden, nach dem Grad seines Verschuldens sowie danach, in welcher Sphäre der Eingriff stattgefunden hat (BGH, NJW 1985, 1617).

Bedeutung und Tragweite des Eingriffs sind hier nicht von solcher Intensität, daß eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin bejaht werden könnte. Zum einen ist die Pfändung nur einem vergleichsweise geringen Personenkreis zur Kenntnis gelangt. Das Haus der Klägerin befindet sich in einer ruhigen Wohngegend an einer Sackgasse, so daß schon durch die Lage nicht viele Personen die Pfändung erkennen konnten. Die Pfändung ist nach zweieinhalb Tagen wieder aufgehoben worden, so daß die Nachbarn relativ bald auch von der Entfernung der Pfändungszeichen Kenntnis erlangen konnten. Die Kenntnisnahme durch den Wanderweg benutzende Passanten führt, sofern es sich nicht um Nachbarn oder Dorfbewohner handelt, nicht zu einer Schädigung des Ansehens der Klägerin.

Die zu Unrecht erfolgte Pfändung bei der Klägerin beruhte zudem auf einem allenfalls fahrlässigen Verhalten, so daß kein besonders hohes Maß an Verschulden vorliegt. Den handelnden Vollziehungsbeamten trifft kein Verschulden, da er lediglich die Pfändungsanordnung des Finanzamts ... befolgt hat. Der Sachbearbeiterin des Finanzamts ... kann nur fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden, weil sie bei der Anfrage beim Einwohnermeldeamt das Geburtsdatum der Steuerschuldnerin nicht angegeben hat.

Auch Anlaß und Beweggrund des Schädigers geben, da es sich um den Wunsch einer ordnungsgemäßen Pfändung bei einer erwiesenen Steuerschuld handelt, keinen Anhaltspunkt für eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts.

b) Eine Verletzung der Gesundheit der Klägerin gemäß § 847 i. V. m. § 823 I BGB liegt ebenfalls nicht vor. Die Klägerin trägt vor, psychische Beeinträchtigungen erlitten zu haben und sich während des Fortdauerns der Pfändungsmaßnahme kaum aus dem Haus getraut zu haben.

Eingriffe in geistige oder seelische Lebensvorgänge können zwar grundsätzlich eine Gesundheitsverletzung bewirken (Palandt/Thomas, § 823, Rdnr. 4), jedoch nur dann, wenn sie medizinisch feststellbar sind und über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehen (BGH, VersR 1991, 704).

Eine medizinisch feststellbare psychische Beeinträchtigung hat die Klägerin jedoch nicht substantiiert vorgetragen. Daß sich die Klägerin während des Fortdauerns der Pfändungsmaßnahme kaum aus dem Haus traute und sich in ihrem Ansehen geschädigt fühlte, stellt eine bloße „Unannehmlichkeit“, nicht aber eine ersatzfähige schwerere psychische Folge der rechtswidrigen Pfändung dar.

2. Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf Erstattung einer Kostenpauschale gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG.

Durch die rechtswidrige Pfändung wurde zwar das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin verletzt. Die bei der Regulierung von Unfällen im Straßenverkehr als Schadensersatzposten anerkannte Kostenpauschale kann bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts keine Anwendung finden, da hier die typischerweise bei den Unfällen anfallenden Kosten nicht auftreten. Die Aufwendungen der Klägerin für Telefonate etc. müssen im übrigen substantiiert dargetan werden. Auch hieran fehlt es.

§ 850 c ZPO

Die von Ehegatten (lange vor der Pfändung) getroffene Wahl der Steuerklasse ist auch dann nicht rechtsmißbräuchlich, wenn sie für den Gläubiger ungünstig ist (a. A.: LG Köln, Rpfleger 1996, S. 120 = DGVZ 1996, S. 61).

**LG Osnabrück, Beschl. v. 20. 5. 1998
– 7 T 54/98 –**

Aus den Gründen:

Die Gläubigerin und Beschwerdeführerin kann vorliegend nicht verlangen, daß die verheiratete Schuldnerin so behandelt wird, als hätte sie ohne Ehegatten-Splitting anstelle der für sie in der Zwangsvollstreckung günstigen Lohnsteuerklasse V die Regel-Steuerklasse IV gewählt.

Soweit die Rechtsprechung des OLG Zweibrücken (NJW-RR 1989/517), die bei Unterhaltsforderung die Wahl einer ungünstigen Steuerklasse ohne sachlichen Grund für rechtsmißbräuchlich ansieht, auf andere Forderungen ausgeweitet wird (LG Köln, Rpfleger 1996/120 = DGVZ 1996/61; AG Köln, JurBüro 1997/158 mit zustimmender Anmerkung Ernst; AG Memmingen, JurBüro 1986/660 und AG Philippsburg, JurBüro 1986/661; vgl. Stöber, Forderungspfändung, 11. Aufl., 1996, Rn. 1134, Fn. 2), erscheint dies der Kammer im Ergebnis bedenklich. Denn grundsätzlich ist nur das tatsächliche Einkommen pfändbar und nicht ein fiktives Einkommen, das der Schuldner bei gehöriger Anstrengung hätte erzielen können. Hat ein Ehegatte daher von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, eine von der Steuerklasse IV abweichende Steuerklasse zu wählen, so muß diese rechtlich zulässige Wahl grundsätzlich auch von dem Pfändungsgläubiger hingenommen werden. Eine Ausnahme ist – im Ergebnis mit der Ansicht des OLG Zweibrücken a. a. O. und des LG Köln a. a. O. – nach Ansicht der Kammer allenfalls dann zu machen, wenn der Schuldner gerade wegen der ausgebrachten oder bevorstehenden Pfändung eine die Pfändung benachteiligende Steuerklasse wählt. Ist dagegen völlig unabhängig und schon lange vor der Pfändung aus völlig anderen Gründen eine Steuerklasse gewählt worden, die ex-post gesehen den Gläubiger benach-

teiligt, so besteht nach Ansicht der Kammer kein Grund, die Wahl zur Zeit der beginnenden Pfändung als rechtsmißbräuchlich anzusehen. Vielmehr muß sich der Pfändungsgläubiger in diesen Fällen grundsätzlich daran halten, daß nur das tatsächliche Nettoeinkommen und nicht ein fiktiv höher erzielbares Einkommen pfändbar ist.

Vorliegend ist nichts dafür ersichtlich und von der Gläubigerin vorgetragen, daß die Schuldnerin gerade wegen der bevorstehenden oder ausgebrachten Pfändung rechtsmißbräuchlich die für sie ungünstigere Steuerklasse V gewählt hat. Der angefochtene Beschluß hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die Pfändungsgläubigerin nicht dargelegt hat, daß ohne sachlichen Grund eine Änderung allein zum Nachteil der Gläubigerin erfolgt ist. Dem Ergebnis des angefochtenen Beschlusses kann daher mit etwas anderer Begründung zugestimmt werden.

§ 756 ZPO; § 84 GVGA

Bei einer Zug-um-Zug-Vollstreckung ist die Gegenleistung (hier 1205 Paar Schuhe) ordnungsgemäß angeboten, wenn diese der im Urteil enthaltenen Bezeichnung entspricht.

**AG Pirmasens, Beschl. v. 1. 10. 1998
– 1 M 3689/98 –**

Aus den Gründen:

Die nach § 766 ZPO zulässige Erinnerung ist unbegründet.

Dem Antrag der Erinnerungsführerin konnte nicht entsprochen werden. Gemäß Tenor des Urteils des LG Zweibrücken vom 4. 5. 1998, Az: 6 – 90/94, ist die Erinnerungsführerin zur Zahlung verurteilt worden „Zug um Zug gegen Rückgabe von 1205 Paar Schuhen, Artikel-Nr. 8846, Damenstiefel, gefüttert, Farbe schwarz“. Diese Formulierung ist eindeutig und der Gerichtsvollzieher hat sich im Vollstreckungsverfahren auch hieran zu halten. Aus der Titulierung ergibt sich nicht, daß die Schuhe mit „grauem Futter“ versehen sein müssen. Ob es sich aufgrund der verschiedenen Bezeichnungen ... bzw. ... um „offensichtlich nachgearbeitete Ware“ handelt, ist eine materiell-rechtliche Einwendung, über die der Gerichtsvollzieher nicht zu entscheiden hat. Es kommt allein auf die Art.-Nr. an, die entweder in den Schuhen oder auf den dazugehörigen Kartons aufgebracht sein muß. Der Gerichtsvollzieher teilt in seiner Stellungnahme vom 30. 9. 1998 mit, daß die von ihm am 21. 9. 1998 veranlaßte Zählung eine ausreichende Zahl von „1205 Paar Schuhen, Art.-Nr. 8846, Damenstiefel, gefüttert, Farbe schwarz“ ergeben habe. Hierbei seien die Schuhe ohne Gegenstück unberücksichtigt geblieben. Getragene Schuhe oder Schuhe mit gebrochenen Sohlen können ebenfalls als ordnungsgemäß im Sinne des Tenors angeboten werden, da gerade wegen des Sohlenbruchs eine Verurteilung der Erinnerungsführerin erfolgt ist.

Die Erinnerungsführerin kann somit nicht die Einstellung der Zwangsvollstreckung mit dem Zusatz verlangen, „soweit die Stiefel nicht aus der Lieferung der Fa. ... stammen“. Der Gerichtsvollzieher kann jedenfalls keine Entscheidung treffen, ob dies zutrifft oder nicht. Materiell-rechtliche Einwendungen können nicht Gegenstand des Vollstreckungsverfahrens sein.

§§ 766, 885 ZPO; § 180 GVGA

Bei der zwangsweisen Räumung einer Wohnung von Eheleuten, die bereits getrennt leben, ist es weder Sache des Gerichtsvollziehers noch des Vollstreckungsgerichts, die

Eigentumsfrage zu klären und den eingelagerten Hausrat aufzuteilen.

AG Siegburg, Beschl. v. 8. 5. 1998
– 33 M 797/98 –

Aus den Gründen:

Aufgrund des Versäumnisurteils vom 17. 10. 1997 hat die Gläubigerin die Räumungsvollstreckung gegen die Schuldner betrieben. Zum Zeitpunkt der Räumung (15. 12. 1997) befand sich nur noch der schuldnerische Ehemann in der Wohnung, die Schuldnerin war bereits ausgezogen und befand sich im Frauenhaus. Die in der Wohnung befindlichen Gegenstände hat der zuständige Gerichtsvollzieher eingelagert.

Mit ihrer Erinnerung begehrt die Schuldnerin die Herausgabe „diverser Einrichtungsgegenstände“, insbesondere die Herausgabe der Waschmaschine. Wegen der ungeklärten Eigentumsverhältnisse hat sich der Gerichtsvollzieher geweigert, die Gegenstände – bis auf einen „sehr geringen Teil“ – auszuhändigen.

Die gem. § 766 ZPO statthafte Erinnerung ist unbegründet.

Die Schuldnerin hat bisher nicht den Nachweis erbracht, daß die eingelagerten Sachen – und welche – in ihrem alleinigen Eigentum stehen. Bei einem eindeutigen Nachweis hätten Gerichtsvollzieher und Vollstreckungsgericht die Herausgabe anordnen können, auch wenn es sich letztlich um materiellrechtliche Fragen (Eigentum) handelt, die im Vollstreckungsverfahren grundsätzlich keine Berücksichtigung finden. Auch hat die Schuldnerin – bisher – ihr angebliches Eigentumsrecht nicht im dafür gegebenen Klageweg vor dem Prozeßgericht geltend gemacht, noch hat sie – nach Aktenlage – versucht, sich mit ihrem Ehemann über dessen Anwalt, Rechtsanwalt ..., zu einigen. Dieser hat zwar mit Schreiben vom 27. 3. 1998 an den Gerichtsvollzieher sein Einverständnis zur Herausgabe verschiedener Gegenstände erklärt, darunter die Waschmaschine. Es ist jedoch fraglich, ob diese Erklärung (noch) wirksam ist, da zwischenzeitlich eine Eingabe des Ehemanns vom 3. 4. 1998 bei Gericht eingegangen ist, die als Widerruf gewertet werden könnte. Den Einzelfragen brauchte das Gericht jedoch nicht nachzugehen, da die Ungewißheit darüber, wem im Innenverhältnis beider Schuldner die Gegenstände zuzuordnen sind, nicht – wie ausgeführt – im Vollstreckungsverfahren zu klären ist.

§§ 90, 36 OWiG; § 112 SGB IV; § 66 SGB X

Mit der Vollstreckung des von einer Berufsgenossenschaft erlassenen Bußgeldbescheides kann der Gerichtsvollzieher beauftragt werden, der die Vollstreckung nach den Vorschriften der ZPO vorzunehmen hat.

AG Bergisch Gladbach, Beschl. v. 13. 8. 1998
– 30 M 1766/98 –

Aus den Gründen:

Die Vollstreckung eines Bußgeldbescheides hat zwar gem. § 90 OWiG grundsätzlich im Verwaltungszwangverfahren zu erfolgen; dies gilt jedoch – wie sich ebenfalls aus § 90 OWiG ergibt – nur, „soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt“ (vgl. hierzu auch Göhler, Kommentar zum OWiG, 11. Aufl., § 90 Rdnr. 8).

Eine „anderweitige gesetzliche Bestimmung“ im vorbezeichneten Sinne aber enthält, worauf die Gläubigerin zutreffend hinweist, § 112 SGB IV, aus dem sich die Zuständigkeit der Berufsgenossenschaft als Verwaltungsbehörde im Sinne von § 36 OWiG ergibt und der in Abs. 3 Satz 1 letzter Halbsatz für das Zwangsvollstreckungsverfahren den § 66 SGB X für entsprechend anwendbar erklärt. Dieser wiederum eröffnet in Abs. 4 der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit, aus einem Verwaltungsakt – und um einen solchen handelt es sich bei dem hier in Rede stehenden Bußgeldbescheid – auch in entsprechender Anwendung der ZPO zu vollstrecken, wobei die Entscheidung, welches Verfahren sie wählt, im Ermessen der Behörde liegt (vgl. Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Band 2, § 66 SGB X, Rdnr. 2).

Zu prüfen bleibt daher nur, ob die seitens der Gläubigerin auf den Bußgeldbescheid gesetzte Vollstreckungsklausel den Voraussetzungen des § 66 Abs. 4 Satz 3 SGB X entspricht (vgl. hierzu Kasseler Kommentar, a. a. O., Rdnr. 23 ff.), was jedoch nicht Aufgabe des Gerichts ist.

§ 66 SGB X; §§ 249, 252 AO; §§ 3, 8 GVKostG

Ein nicht kostenbefreiter Gläubiger erlangt die Kostenbefreiung nicht dadurch, daß er seine Forderung durch Einschaltung des Hauptzollamtes vollstreckt. Das Hauptzollamt hat entstehende Gerichtsvollzieherkosten zu zahlen, kann aber von seinem Auftraggeber deren Erstattung verlangen.

AG Leverkusen, Beschl. v. 22. 9. 1998
– 45 M 4124/98 –

Aus den Gründen:

Die nach § 766 Abs. 2 ZPO, § 9 GVKostG zulässige Erinnerung ist nicht begründet.

Die Antragstellerin wendet sich mit ihrer Erinnerung gegen die Kostenrechnung des Gerichtsvollziehers über 46,90 DM. Die Antragstellerin hat den Gerichtsvollzieher zur Verhaftung des Schuldners auf Grund eines Titels der Kaufmännischen Krankenkasse beauftragt.

Die Kostenrechnung ist nicht zu beanstanden, weil keine Gebührenfreiheit i. S. v. § 8 GVKostG besteht. Zwar ist das Hauptzollamt als Bundesbehörde grundsätzlich von Kosten befreit. Dies kann aber dann nicht gelten, wenn das Hauptzollamt für einen Dritten die Vollstreckung betreibt, der seinerseits nicht befreit ist, was bei der Kaufmännischen Krankenkasse der Fall ist. Anderenfalls könnte auf diese Weise ein nicht befreiter Gläubiger ohne Kosten vollstrecken. Dem steht nicht § 252 AO entgegen, wonach die Körperschaft als Gläubiger des zu vollstreckenden Anspruchs gilt, der die Vollstreckungsbehörde angehört. Hier liegt lediglich eine Fiktion vor, die auf die materiell-rechtliche Lage keine Auswirkung hat und die nicht den Sinn hat, eine Frage der Kostenbefreiung zu regeln. Insofern ist nach wie vor die Kaufmännische Krankenkasse als Vollstreckungsgläubiger anzusehen. Ausgeführt wird die Zwangsvollstreckung lediglich durch die Erinnerungsführerin. Demgemäß ist die Kaufmännische Krankenkasse nicht von den Kosten befreit. Die Erinnerungsführerin als ihre ausführende Vollstreckungsbehörde hat diese Kosten zunächst zu zahlen, kann sie später gegebenenfalls an die Kaufmännische Krankenkasse weitergeben.

Gerichtsvollzieherkostenrecht von A-Z – ein Ratgeber für unterwegs

Von Dipl. Rpfl. (FH) *Bernd Winterstein*, 1. Auflage, 1998, Taschenbuchformat, 108 Seiten. Verlag Pastyrik, 91257 Pegnitz, Kleiner Johannes 8.

Für diese Orientierungshilfe im Außendienst ist ein Kaufpreis nicht festgesetzt; sie ist auch im Einzelverkauf nicht erhältlich. Vielmehr handelt es sich um eine Gratiszugabe des Autors und des Verlags, die an alle Bezieher von Ergänzungslieferungen und den künftigen Bestellern des vom Verfasser im gleichen Verlag herausgegebenen Loseblatt-Kommentars zum Gerichtsvollzieherkostenrecht übersandt wird.

Der Gerichtsvollzieher muß immer dann, wenn an Ort und Stelle an ihn Zahlung geleistet wird, auch seine Kosten an Ort und Stelle berechnen. Dabei können Zweifelsfragen auftreten, für deren Klärung das vorliegende Büchlein von Nutzen ist. Es enthält auf 64 Seiten mehr als 300 Stichworte mit Kurz-Erläuterungen zum Gerichtsvollzieherkostengesetz. Außerdem den kompletten Gesetzestext des GVKostG und die vollständigen Gerichtsvollzieherkostensätze sowie auf der letzten Umschlagseite die Gebührentabelle des GVKostG mit den Werten bis zu 70.000,- DM. Mit der Unterstützung dieses Büchleins ist der Gerichtsvollzieher im Außendienst auch in Problemfällen nicht ratlos. Ein haltbarer Umschlag gibt die Gewähr dafür, daß es trotz eines ständigen Transports in der Aktentasche seine Form behält. Gewicht: 112 Gramm.

Gerichtsvollzieherkostenrecht

Kommentar von Dipl. Rpfl. (FH) *Bernd Winterstein*. Prüfungsbeamter für Gerichtsvollzieher in Augsburg und Lehrer an der Bayerischen Justizschule in Pegnitz. 4. Ergänzungslieferung, September 1998, 152 Seiten, DM 29,60. Preis der Gesamtausgabe: DM 98,-. Verlag F. Pastyrik, Kleiner Johannes 8, 91257 Pegnitz.

Die 4. Ergänzungslieferung enthält eine Überarbeitung der Kommentierung auf Grund der Zweiten Zwangsvollstreckungs-Novelle; insbesondere auch hinsichtlich der neuen Kostenbestimmungen, die für die Übertragung des Verfahrens zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung auf den Gerichtsvollzieher maßgeblich sind. Sie berücksichtigt die neueste Rechtsprechung und die Literatur zum GVKostG nach dem Stand vom 1. 10. 1998. Der Verfasser vertritt zu § 27a GVKostG die Auffassung, daß neben der darin festgesetzten Verfahrensgebühr und der nach dem GVKostG anfallenden Auslagen auch Schreibauslagen für die dem Gläubiger zu übersendende Abschrift des Vermögensverzeichnisses sowie Postgebühren für die persönliche Zustellung der Ladung zum Termin gem. § 900 ZPO zu erheben sind, daß für diese Zustellung aber keine Gebühr nach § 16 GVKostG anfällt. Letzteres dürfte durch Nr. 1 Abs. 3 b und Nr. 16 Abs. 1 der Gerichtsvollzieherkostensätze gestützt werden, falls insoweit keine Änderung erfolgt. Bei persönlicher Zustellung der Ladung durch den Gerichtsvollzieher hält *Winterstein* den Ansatz des Wegegeldes für gerechtfertigt, was schon deshalb plausibel erscheint und auch den §§ 21 Abs. 2, 104 GVGA entspricht, weil die Postgebühren für die persönliche Zustellung in der Regel das Wegegeld übersteigen. Die Kommentierung auch der neuen Kostenbestimmungen kann als durchdacht bezeichnet werden und ist für die Erledigung der neuen Aufgaben hilfreich. Die an die Bezieher der Ergänzungslieferung sowie an alle Neubesteller auszuliefernde Beigabe ist vorstehend beschrieben.

- Adam, Roman F., „Die Forderungspfändung und das Wahlrecht des § 103 InsO“. In: Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1998, S. 227–230.
- Edenfeld, Stefan, „Der Schuldner am Pranger – Grenzen zivilrechtlicher Schuldbetreibung“. In: Juristen-Zeitung, 1998, S. 645–653.
- Hild, Dieter, „Steuerarrest“. In: Der Betrieb, 1998, S. 1358–1362.
- Fink, Jörn Ulrich, „Bestimmtheitsgrundsatz bei der Pfändung von Kreditsicherheiten“. In: Monatsschrift für Deutsches Recht, 1998, S. 749–751.
- Gottwald, Uwe, „Zwangsvollstreckung: Kommentierung der §§ 704–915h ZPO mit Antrags- und Klagemustern für die Rechtspraxis. Im Anh. GVGA (u. a.)“. – 2., überarb. und erg. Aufl. – Verlag Haufe, Freiburg im Breisgau, 1997 – 1112 S. + 1 Diskette (Berliner Praxiskommentare) 1. Aufl. 1996 – 1030 S. DM 128,-.
- Haarmeyer, Hans, „Anfechtung von Rechtshandlungen nach der neuen Insolvenzverordnung“. In: Zeitschrift für die Anwaltspraxis, Aug. 1998, 12, = Fach 14. S. 285–292.
- Haarmeyer, Hans, „Neuordnung des Rechts der Absonderung im einheitlichen Insolvenzverfahren“. In: Zeitschrift für die Anwaltspraxis, Aug. 1998, 13, = Fach 14. S. 293–300.
- Hauser, Wolfgang u. Michael Hawelka, „Neue Masseverbindlichkeiten und Gefährdung der „Kaug“-Vorfinanzierung durch die InsO“. In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1998, S. 1261–1265.
- Hess, Harald u. Michaela Weis, „Die sachgerechte Abgrenzung der Gläubigergruppen nach der InsO – zugleich eine Replik auf Ansatz von Smid, InVO 1997, 169“. In: Insolvenz und Vollstreckung, 1998, S. 64–68.
- Hintzen, Udo u. Hans-Joachim Wolf, „Pfändung von Lebensversicherungsansprüchen“. In: Insolvenz und Vollstreckung, 1998, Heft 4, Einhefter, S. E 3–E 4.
- Holzer, Johannes, „Entscheidungssträger im Insolvenzverfahren: Zusammenarbeit zwischen Richter, Rechtspfleger und Insolvenzverwalter“. 2. neubearb. Aufl. – RWS-Verlag, Köln, Kommunikationsforum, 1998. XXVII, 147 S. (RWS-Skript; 284) DM 72,-.
- Niesert, Burkhard, „Das Recht der Aus- und Absonderung nach der neuen Insolvenzverordnung“. In: Insolvenz und Vollstreckung, 1998, S. 85–91.
- Riggert, Rainer, „Das Insolvenzplanverfahren. Strategische Probleme aus der Sicht absonderungsberechtigter Banken“. In: Wertpapier-Mitteilungen, 1998, S. 1521–1525.
- Schulze, Götz, „Die zukunftsbezogene Auslegung des geltenden Insolvenzrechts“. In: Neue Juristische Wochenschrift, S. 2100–2102.
- Smid, Stefan, „Die Abwicklung masseunzulänglicher Insolvenzverfahren nach neuem Recht“. In: Wertpapier-Mitteilungen, 1998, S. 1313–1324.
- Smid, Stefan u. Eckehard Nellessen, „Acht Thesen zum Verhältnis der Aufgaben von Insolvenzgericht und Insolvenzverwalter zu den verfahrensrechtlichen Befugnissen des Schuldners im neuen Insolvenzverfahren“. In: Insolvenz und Vollstreckung, 1998, S. 113–117.

Herausgeber: Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e. V. (DGVB) – 50739 Köln, Longericher Str. 225, Telefon (02 21) 1 70 35 15.
Verantwortlich: Schriftleiter Obergerichtsvollzieher Theo Seip in 65549 Limburg, Am Rosenhang 4, Telefon (0 64 31) 2 23 76; Stellvertreter: Obergerichtsvollzieher Frank Schneider in 12159 Berlin, Sarrazinstr. 11–15, Telefon (0 30) 8 51 49 48.
Verlag: Heenemann Verlagsgesellschaft mbH in 12103 Berlin, Bessemerstr. 83–91. **Druck:** H. Heenemann GmbH & Co in 12103 Berlin, Bessemerstr. 83–91.
 Erscheinungsweise: monatlich 1 Heft. Versand als Postvertriebsstück. Bezugspreis: jährlich DM 60,- einschließlich Versandkosten und Mehrwertsteuer. Einzelheft DM 5,-. Für Mitglieder des DGVB Preisermäßigung. Buchhändler-Rabatt 20 %.
 Beiträge zur Veröffentlichung werden nur unter der Bedingung angenommen und honoriert, daß sie keiner anderen Zeitschrift angeboten worden sind oder angeboten werden. Mit der Annahme erwirbt die DGVB dauernd das alleinige Nutzungsrecht.
 Alle Rechte sind vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der weiteren Vervielfältigung im Wege des fotomechanischen oder ähnlichen Verfahrens. **Bestellungen** und **Zuschriften**, die den **Bezug** der Zeitung betreffen, sowie **Anzeigenaufträge** sind an die Bundesgeschäftsstelle des Deutschen Gerichtsvollzieher Bundes in 50739 Köln, Longericher Str. 225, zu richten.
Einbanddecken sind zu beziehen bei Firma Rudolf Lucke GmbH, Postfach 20 03 42, 44649 Herne.
 Das **Jahres-Inhaltsverzeichnis** wird jeweils der Februar-Ausgabe des folgenden Jahrgangs beigelegt.
Einsendungen und Zuschriften, die den **Inhalt der Zeitung (Aufsätze, Entscheidungen etc.) betreffen**, sind nur zu richten an den **Schriftleiter der DGVB, Obergerichtsvollzieher Theo Seip, 65549 Limburg, Am Rosenhang 4.**