Seit 1881

DEUTSCHE GERICHTSVOLLZIEHER ZEITUNG

ZEITSCHRIFT für VOLLSTRECKUNGS-, ZUSTELLUNGS- und KOSTENWESEN

DGVZ

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

MÄRZ 2006 · 121. JAHRGANG · NR. 3/2006

Die Verhaftung des Vollstreckungsschuldners (§§ 901 ff. ZPO)

– Insbesondere zum Problem des „Asyls" des Vollstreckungsschuldners bei Dritten –

Von Privatdozent Dr. Nikolaj Fischer und Assessor Mirko Weinert, Universität Frankfurt am Main*)

I. Einleitung

Die Verhaftung des Vollstreckungsschuldners durch den Gerichtsvollzieher gemäß §§ 901 ff. ZPO wirft in verfahrens- wie verfassungsrechtlicher Hinsicht eine Vielzahl praxisrelevanter Probleme auf: Neben der Frage, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Erlass eines Haftbefehls nach § 901 ZPO und die Verhaftung des Vollstreckungsschuldners gemäß § 909 ZPO zu stellen sind (vgl. II.), ist problematisch, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Verhaftung erfolgen darf, wenn sie nicht in der (gemäß der Haftanordnung als solche bezeichneten) Wohnung des Vollstreckungsschuldners, sondern in der eines Dritten vollzogen werden muss (siehe III.). Obwohl die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Haftanordnungsverfahrens nach § 901 ZPO durch zwei Senatsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) weitgehend geklärt ist[1]), wirft die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur selbst wieder Probleme auf – und zwar insbesondere in Bezug auf den verfassungsrechtlichen Schutz des Vollstreckungsschuldners[2]). Im Hinblick auf den Vollzug des Haftbefehls ist von großer praktischer Relevanz, ob und inwieweit der Gerichtsvollzieher einer separaten richterlichen Durchsuchungsanordnung gemäß § 758 a Abs. 1 ZPO[3]) bedarf, da aus §§ 758 a Abs. 2 2. Var., 901 ZPO hervorgeht, dass eine solche nur dann obsolet ist, wenn der Schuldner in seinen eigenen Räumen verhaftet werden soll[4]). Fraglich ist die Vorgehensweise des Gerichtsvollziehers insbesondere dann, wenn er kurzfristig den Aufenthaltsort des Vollstreckungsschuldners bei Dritten (Lebensgefährten, Familienmitgliedern, Freunden oder Arbeitgeber) erfährt. Entscheidend für das Eingriffsrecht des Gerichtsvollziehers ist daher letztlich auch die Bestimmung des „Wohnungsbegriffs" im Sinne von Art. 13 Abs. 1 GG und §§ 758, 758 a ZPO (siehe IV.).

II. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Haftanordnung und Verhaftung

Gemäß § 901 S. 1 ZPO hat das Vollstreckungsgericht gegen den Schuldner, der in dem zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung (§§ 899 f. ZPO) bestimmten Termin nicht erscheint oder die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ohne Grund verweigert, einen Haftbefehl zu erlassen. Zweck

*) Der Autor *Fischer* (Teile I, II, IV) vertritt im Wintersemester 2005/2006 die Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. J. Zekoll, LL.M.) an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, der Autor *Weinert* (Teile I, III, IV) ist Wiss. Mitarbeiter an dieser Professur.

1) Siehe Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 901 ZPO, Rdnr. 1 m. w. N.

2) Vgl. BVerfGE 48, 396 ff.; 61, 126 ff.; vgl. unten, II.2.

3) Siehe *N. Fischer/M. Weinert*, DGVZ 2005, S. 33 ff. m. w. N.; zur Judikatur des BVerfG zur Wohnungsdurchsuchung (BVerfGE 51, 97 ff.; 57, 346 ff.; 76, 83 ff.) *N. Fischer*, DGVZ 2004, S. 97 ff.

4) Vgl. dazu insb. Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 909 ZPO, Rdnr. 2 m. w. N. („Eine fremde Wohnung darf der Gerichtsvollzieher gegen den Willen des Inhabers zur Verhaftung nicht betreten"). Siehe auch Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 33 („in der Wohnung des Schuldners").

der Regelung ist es, die Befolgung der in § 901 S. 1 ZPO genannten Verpflichtungen des Vollstreckungsschuldners (Erscheinen zum Termin und Abgabe der eidesstattlichen Versicherung) mit einer Haftsanktion durchzusetzen[5]).

Die Aufgabe des Gerichtsvollziehers besteht darin, den Vollstreckungsschuldner anschließend zu verhaften (vgl. § 909 ZPO)[6]). Aufgrund der Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt (gemäß Artt. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) und der korrespondierenden bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle der Vollstreckungstätigkeit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG) stellt sich zunächst die Frage nach den grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Anforderungen an Haftanordnung und Verhaftung des Vollstreckungsschuldners (vgl. 1.), bevor in einem zweiten Schritt die sich aus der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur zur Haftanordnung (siehe 2.) ergebenden Konsequenzen näher zu untersuchen sind (dazu 3.).

1. Grundproblematik: Verfassungsrechtlicher Schuldnerschutz (insbesondere gemäß Art. 13 GG)

Für die verfassungsrechtliche Relevanz der Haftanordnung gemäß § 901 ZPO und der späteren Verhaftung des Vollstreckungsschuldners gemäß § 909 ZPO ist zunächst ein kurzer Blick auf die Grundrechte gemäß Artt. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG (Recht auf Freiheit) und aus Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) als (potentielle) Prüfungsmaßstäbe zu werfen.

Ausgehend von dem herrschenden Dogma des „Vollstreckungszugriffs als Grundrechtseingriff“[7]), stellt die Verhaftung des Vollstreckungsschuldners gemäß § 909 ZPO den „schwersten“ bzw. „tief greifendsten“ Eingriff in die persönliche Freiheit des Vollstreckungsschuldners dar, die durch Artt. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG[8]) grundrechtlich geschützt ist. Da die Haft im Rahmen der Zwangsvollstreckung zur Erzwingung von Handlungen und Unterlassungen (§§ 888 bis 890 ZPO) und zur Erzwingung von Offenbarungspflichten (§§ 807 Abs. 3, 836 Abs. 3 S. 2, 883 Abs. 2 ZPO, jeweils in Verbindung mit §§ 899 ff. ZPO[9]) als „ultima ratio“ grundsätzlich zulässig ist, wenn die Voraussetzungen der gemäß Artt. 2 Abs. 2 S. 3, 104 GG (jeweils) erforderlichen gesetzlichen Eingriffsbefugnis gegeben sind[10]), verlagert sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Verhaftung des Vollstreckungsschuldners[11]) auf die Problematik der verfassungskonformen Auslegung und Anwendung der einschlägigen Verfahrensregeln des einfachen Rechts. Davon, dass die einfachgesetzlich geregelten Befugnisse verfassungsrechtskonform sind, geht auch das BVerfG aus, das die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit der Haftanordnung gemäß § 901 ZPO bejaht[12]). Weiterhin ist für die Verhaftung des Vollstreckungsschuldners zu berücksichtigen, dass sich dieser häufig in eigenen oder fremden Privat- oder Geschäftsräumen befindet und damit die (räumliche) Privatsphäre betroffen ist. Damit wird auch der grundrechtliche Schutz der Wohnung gemäß Art. 13 GG[13]) als Prüfungsmaßstab relevant und ist demnach für Haftanordnung und Verhaftung zu berücksichtigen[14]). In seiner geschichtlichen Entwicklung steht das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung in einem engen Zusammenhang mit der freien Entfaltung der Persönlichkeit, da dem Grundrechtsträger ein „elementarer Lebensraum“ gewährleistet wird, verbunden mit dem Recht, darin „in Ruhe gelassen zu werden“[15]). Einschränkungen des Schutzbereichs des Art. 13 Abs. 1 GG („Die Wohnung ist unverletzlich.“) ermöglicht insbesondere Art. 13 Abs. 2 GG, wonach „Durchsuchungen“ grundsätzlich allein durch den Richter angeordnet werden dürfen und nur „bei Gefahr im Verzug“ auch durch andere Organe (wie den Gerichtsvollzieher, vgl. § 758 a Abs. 1 S. 2 ZPO). Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Haftanordnung und Verhaftung des Vollstreckungsschuldners stellt sich also die zentrale Frage, ob der Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG überhaupt einschlägig ist. Dies ist dann der Fall, wenn man bereits das (nach Art. 13 Abs. 1 GG jedenfalls relevante) Betreten einer Wohnung durch den Gerichtsvollzieher auch als „Durchsuchung“ im Sinne von Art. 13 Abs. 2 GG bewertet. Unabhängig von einer rein vollstreckungsrechtlichen Betrachtungs-

---

5) Vgl. m. w. N. Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 901 ZPO, Rdnr. 1; s. a. Baumbach/Lauterbach, 63. Aufl., *Hartmann* zu § 901 ZPO, Rdnr. 1 ff.; s. a. *Ritter*, ZZP 88 (1975), S. 126 ff., 157 ff.

6) Siehe Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 909 ZPO, Rdnr. 1 ff.; s. a. Baumbach/Lauterbach, 63. Aufl., Hartmann zu § 909 ZPO, Rdnr. 1 ff.; jeweils m. w. N.

7) Vgl. dazu m. w. N. krit. *Gilles*, in Beys (Hrsg.), Grundrechtsverletzungen bei der Zwangsvollstreckung, 1996, S. 111 ff.; *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, Habil.schrift Universität Frankfurt am Main 2004 (erscheint voraussichtlich Frühjahr 2006 im Vittorio Klostermann-Verlag, Frankfurt am Main).

8) Siehe für das Vollstreckungsrecht grundsätzlich BVerfGE 48, 396 ff.; 61, 126 ff.; s. a. m. w. N. *Vollkommer*, Rpfleger 1982, S. 1 ff., 2; *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., S. 83; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., S. 20 f., 910 f.; Baumbach/Lauterbach, 63. Aufl., *Hartmann* zu § 901 ZPO, Rdnr. 1 ff. (insb. Rdnr. 1 zur verfassungsrechtlichen Problematik von § 901 S. 1 1. Var. ZPO); Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 901 ZPO, Rdnr. 1 ff.; siehe allg. zum Schutz der Freiheit im Verfassungsrecht (Artt. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG) z. B. von Münch/Kunig (Hrsg.), 5. Aufl., *Kunig* zu Art. 2 GG, Rdnr. 73 ff.; Sachs (Hrsg.), 2. Aufl., *Murswiek* zu Art. 2 GG, Rdnr. 228 ff.; *Degenhart* zu Art. 104 GG, Rdnr. 1 ff.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, 9. Aufl., *Kannengießer* zu Art. 2 GG, Rdnr. 23 f.; *Schmidt-Bleibtreu* zu Art. 104 GG, Rdnr. 1 ff.; Jarass/Pieroth, 6. Aufl., *Jarass* zu Art. 2 GG, Rdnr. 82 ff.; *Jarass* zu Art. 104 GG, Rdnr. 1 ff.; *Leibholz/Rinck/Hesselberger*, zu Art. 2 GG, Rdnr. 580 ff.; zu Art. 104 GG, Rdnr. 1 ff.; s. a. *Bleckmann*, Staatsrecht II, 4. Aufl., S. 628 ff.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., S. 163 f.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 20. Aufl., S. 99 ff.; *Richter/Schuppert/Bumke*, Casebook Verfassungsrecht, 4. Aufl., S. 93 ff., *Ipsen*, Staatsrecht II, 8. Aufl., S. 74 ff.; *Badura*, Staatsrecht, 2. Aufl., S. 116 ff.

9) Vgl. zu weiteren Beispielen *Polzius*, DGVZ 1982, S. 97 ff., 100.

10) Skeptisch aber *Vollkommer*, Rpfleger 1982, S. 2, der Zweifel hegt angesichts der Verhaftung des Vollstreckungsschuldners im Interesse des Vollstreckungsgläubigers; siehe auch *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., S. 83 f.

11) Vgl. *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., S. 83.

12) Siehe BVerfGE 48, 396 ff.; 61, 126 ff.; vgl. dazu unten, sub II.2.

13) Vgl. zu Art. 13 GG von Münch/Kunig (Hrsg.), 5. Aufl., *Kunig* zu Art. 13 GG, Rdnr. 1 ff., 29; Dreier (Hrsg.), *Hermes* zu Art. 13 GG, Rdnr. 1 ff., 29, 37; Sachs (Hrsg.), 2. Aufl., *Kühne* zu Art. 13 GG, Rdnr. 1 ff., 31 f.; Jarrass/Pieroth, 6. Aufl., *Jarass* zu Art. 2 GG, Rdnr. 79; *Jarass* zu Art. 13 GG, Rdnr. 1 ff., 9; Schmidt-Bleibtreu/Klein, 9. Aufl., *Schmidt-Bleibtreu* zu Art. 13 GG, Rdnr. 1 ff., 3 ff.; *Richter/Schuppert/Bumke*, Casebook Verfassungsrecht, 4. Aufl., S. 233 ff., 237 ff., *Bleckmann*, Staatsrecht II, 4. Aufl., S. 1027 ff., 1032 f.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 20. Aufl., S. 221 ff., 224; *Ipsen*, Staatsrecht II, 8. Aufl., S. 79 ff.; *Badura*, Staatsrecht, 2. Aufl., S. 118; jeweils m. w. N.

14) Siehe für das vollstreckungsrechtliche Schrifttum z. B. *Vollkommer*, Rpfleger 1982, S. 1 ff., 4 f.; *Polzius*, DGVZ 1982, S. 97 ff., 101 f.; *Schlosser*, Zwangsvollstreckungsrecht, S. 30; *Lippross*, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, S. 117; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., S. 453 ff., 19 f.; *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., S. 84 f.; s. a. Behr, DGVZ 1980, S. 49 ff., 51; *Schilken*, Rpfleger 1994, S. 138 ff., 140; *Seip*, DGVZ 1979, S. 79 ff., 102; *Wittig*, DÖV 1968, S. 817 ff., 821 ff.; s. a. krit. *N. Fischer*, DGVZ 2004, S. 97 ff.; *N. Fischer/M. Weinert*, DGVZ 2005, S. 33 ff.

15) Vgl. z. B. BVerfGE 27, 1 ff., 6; 42, 212 ff., 219; 51, 97 ff., 110; 103, 142 ff., 150; s. a. m. w. N. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 20. Aufl., S. 222 ff.; *Ipsen*, Staatsrecht II, 8. Aufl., S. 79 ff.

weise[16]) ist dafür das Verfassungsrecht maßgebend, welches das BVerfG allgemeinverbindlich auslegt (vgl. § 31 BVerfGG). Da zahlreiche Vollstreckungsmaßnahmen bedingen, dass die Wohnung des Vollstreckungsschuldners gegen dessen Willen betreten oder durchsucht werden muss, man denke z. B. an die Sachpfändung gemäß §§ 808 ff. ZPO, die Herausgabevollstreckung bei beweglichen Sachen gemäß § 883 ZPO oder die hier im Vordergrund stehende Verhaftung des Vollstreckungsschuldners nach § 909 ZPO durch den Gerichtsvollzieher, verwundert es auch nicht, dass die einschlägigen Entscheidungen des BVerfG[17]) die Vollstreckungspraxis – und letztlich auch das normierte Zwangsvollstreckungsrecht – nachhaltig beeinflusst haben. Maßgebend für das Betretungsrecht des Gerichtsvollziehers im Rahmen der Verhaftung gemäß § 909 ZPO ist dabei besonders die erste Senatsentscheidung des BVerfG zur Wohnungsdurchsuchung in der Zwangsvollstreckung[18]). Dadurch wurde nämlich die bis dahin herrschende Meinung im Zwangsvollstreckungsrecht obsolet, wonach eine richterliche Durchsuchungsanordnung bei einer Wohnungsdurchsuchung durch den Gerichtsvollzieher nach § 758 Abs. 1 ZPO überhaupt nicht erforderlich sei.

Ausgehend von einem „weiten" Durchsuchungsbegriff, der von dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Art. 13 Abs. 2 GG („Durchsuchungen") und dem Schutzzweck des Grundrechts gestützt wird, hat der Erste Senat die Notwendigkeit einer richterlichen Anordnung auch bei zivilprozessualen Wohnungsdurchsuchungen bejaht. Nach dem weiten Durchsuchungsbegriff ist nicht nur die Durchsuchung als solche erfasst, sondern jedes „ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offen legen will"[19]). Damit ist auch das Aufspüren des Vollstreckungsschuldners in seiner Wohnung durch den Gerichtsvollzieher zum Zweck der Verhaftung erfasst, weil von vornherein regelmäßig nicht feststeht, ob sich der Vollstreckungsschuldner überhaupt unter der als Wohnung bekannten Adresse aufhält. Für den Bereich der Zwangsvollstreckung ist damit eine Unterscheidung nach Betreten und Durchsuchen nicht möglich. Im Ergebnis führt der vom BVerfG zugrunde gelegte „weite" Durchsuchungsbegriff dazu, dass für jeden „Vollstreckungszugriff", der in die räumliche Privatsphäre als Schutzgut des Art. 13 Abs. 1 GG, „eingreift"[20]), wie das Betreten der Wohnung des Vollstreckungsschuldners zum Zwecke seiner Verhaftung, im Regelfall ein richterlicher Beschluss (im Rahmen einer regelmäßig präventiven Kontrolle) erforderlich ist.

Es stellt sich dabei die grundsätzliche Frage, ob diese präventive Kontrolle gemäß § 758 a ZPO (vgl. früher § 761 ZPO analog[21]) auch für die Vollstreckung eines Haftbefehls nach § 901 Abs. 1 ZPO notwendig ist, was der Gesetzgeber im Anschluss an die h. M. verneint hat, vgl. § 758 a Abs. 2 2. Var. ZPO[22]). Der Grund dafür ist wiederum in der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur zu suchen, nämlich in der Rechtsprechung des BVerfG zur Räumungsvollstreckung: Danach steht fest, dass das Eindringen des Gerichtsvollziehers in die Wohnung des Schuldners zur Durchführung der Räumungsvollstreckung gemäß § 885 Abs. 1 ZPO zwar einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG darstellt. Jedoch wird dafür keine gesonderte Durchsuchungsanordnung für notwendig erachtet. Dies folgt implizit aus dem „Schweigen" des Verfassungsgerichts zu dieser Frage trotz des – wie bei der Wohnungsdurchsuchung gemäß §§ 758, 758 a ZPO – gegebenen (möglicherweise gewaltsamen, vgl. § 758 a Abs. 3 ZPO) Eindringens des Gerichtsvollziehers in die Wohnung des Schuldners im Rahmen der Vollstreckungstätigkeit nach § 885 Abs. 1 ZPO. Außerdem ist diesbezüglich auf die nur allgemeinen Ausführungen des BVerfG auf die lediglich generell bestehende Verpflichtung der Zivilgerichte zur Gewährung von Grundrechtsschutz im einfachen Recht hinzuweisen[23]).

Dies ist im Hinblick auf Art. 13 Abs. 2 GG jedoch unschädlich, da mit der notwendigen Haftanordnung gemäß § 901 ZPO bereits eine präventive richterliche Kontrolle besteht, die zudem den Erfordernissen von Artt. 2 Abs. 2 S. 3, 104 GG entspricht. In diesem Sinne ist diese Entscheidung auch von Zivilprozessrechtspraxis und -wissenschaft interpretiert worden: Da die Vollstreckungstätigkeit des Gerichtsvollziehers gemäß § 909 ZPO bereits durch die richterliche Haftanordnung gemäß § 901 ZPO gedeckt sei, wird eine zusätzliche richterliche Anordnung für das Eindringen des Gerichtsvollziehers in die Wohnung des Vollstreckungsschuldners nicht für erforderlich gehalten[24]). Es stellt sich aber gerade die Frage, ob dies auch für das Eindringen in schuldnerfremde Wohnungen gilt (vgl. III.).

---

16) Siehe z. B. MK-ZPO, 2. Aufl., *Heßler* zu § 758 ZPO, Rdnr. 2; *ders.* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 19 (der die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Betreten schuldnerfremder Wohnungen aus Art. 14 GG ableitet); s. a. Baumbach/Lauterbach, 63. Aufl., *Hartmann* zu § 758 ZPO, Rdnr. 5 (diff. zwischen Durchsuchung und Betreten); sowie *Hartmann* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 9 („der Haftbefehl umfasst seiner Rechtsnatur nach ja auch das Aufsuchen des Schuldners in seiner oder einer anderen Wohnung sowie das Herausholen seiner Person"); s. aber auch Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 758 ZPO, Rdnr. 6 („Räume in einer Wohnung, die allein (ausschließlich) von einem Dritten … bewohnt werden, sind von der Durchsuchung ausgeschlossen").

17) Vgl. für die Wohnungsdurchsuchung BVerfGE 51, 97 ff.; 57, 346 ff.; 76, 83 ff.; dazu m. w. N. *N. Fischer*, DGVZ 2004, S. 97 ff.; vgl. zur Auswirkungen auf die Räumungsvollstreckung BVerfGE 52, 214 ff.; 89, 1 ff.

18) BVerfGE 51, 97 ff.; dazu m. w. N. *N. Fischer*, DGVZ 2004, S. 97 ff., 98 ff.

19) Das BVerfG bewertete die Durchsuchung dabei „regelmäßig" als „schweren" bzw. „schwerwiegenden Eingriff in die Lebenssphäre des Betroffenen", so BVerfGE 51, 97 ff., 107, 110; siehe dazu m. w. N. Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 758 ZPO, Rdnr. 2, der davon das bloße Betreten unterscheiden will.

20) In den Fällen des früheren § 761 ZPO a. F. („Vollstreckung zur Nachtzeit und an Sonntagen und allgemeinen Feiertagen") soll sogar ein „unangemessen schwerer Eingriff" vorliegen, s. BVerfGE 51, 97 ff., 113. Vgl. dazu m. w. N. *Behr*, DGVZ 1980, S. 49 ff., 52; Stein/Jonas, 21. Aufl., *Münzberg* vor § 704 II ZPO, Rdnr. 43, 44 a; s. a. *Münzberg*, DGVZ 1988, S. 81 ff.

21) Der frühere § 761 ZPO (a. F.) ist zugleich mit der Einführung des § 758 a ZPO durch die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle vom 17. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3039) aufgehoben worden; s. a. *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., S. 84. Seitdem ist jedoch unklar, ob für eine Wohnungsdurchsuchung zur Nachtzeit oder an Sonn- bzw. Feiertagen eine gesonderte richterliche Anordnung erforderlich ist oder ob nicht bereits die (allg.) Durchsuchungsanordnung gem. § 758 a Abs. 1 S. 1 ZPO ausreicht, was wiederum für die Annahme bei Gefahr im Verzug bedeutsam ist. Dies ist umstritten, wobei für eine gesonderte richterliche Anordnung der Wortlaut des § 758 a Abs. 4 S. 1 ZPO spricht; so (m. w. N.) Baumbach/Lauterbach, 63. Aufl., *Hartmann* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 20; *N. Fischer/M. Weinert*, DGVZ 2005, S. 33 ff., 40; a. A. Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 35; s. zur legislatorischen Absicht Bundestagsdrucksache 13/341, S. 15 ff.

22) Siehe BVerfGE 89, 1 ff.; zu § 758 a Abs. 2 ZPO Bundesratsdrucksache 134/94, S. 47; Bundestagsdrucksache 13/341, S. 16 f.; Baumbach/Lauterbach, 63. Aufl., *Hartmann* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 8; Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 33.

23) Vgl. BVerfGE 89, 1 ff., 12 f.

24) Siehe *Gaul*, in Beys (Hrsg.), Grundrechtsverletzungen, S. 27 ff., 34 f.; sowie m. w. N. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., S. 455, 965; *Lackmann*, Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl., S. 145; Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 885 ZPO, Rdnr. 4; Baumbach/Lauterbach, 63. Aufl., *Hartmann* zu § 758 ZPO, Rdnr. 23; s. a. *N. Fischer/M. Weinert*, DGVZ 2005, S. 33 ff., 34.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass sich die Judikatur des BVerfG zur Haftanordnung bisher auch nicht mit der Verhaftung des Vollstreckungsschuldners inner- und außerhalb seiner Wohnung befasst hat. Bei dieser Rechtsprechung steht vielmehr die Bedeutung des (verfassungsrechtlichen) Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit für die Haftanordnung im Vordergrund. Dieser Grundsatz wurde bereits in der ersten Durchsuchungsentscheidung als Prüfungsmaßstab herangezogen[25]). Problematisch ist dabei insbesondere die Frage, in welchen Fällen ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Vollstreckung verhindert, zum Beispiel dadurch, dass der Richter den Erlass der Durchsuchungsanordnung oder Haftanordnung ablehnen muss[26]). Diese Problematik kann aber bereits durch sachgerechte Auslegung und Anwendung des (zivilprozessualen) Vollstreckungsrechts gelöst werden, wie ein Blick auf die einschlägige Rechtsprechung des BVerfG zeigt.

2. Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur Haftanordnung

Das BVerfG hat sich bisher in zwei Senatsentscheidungen mit der Verfassungsmäßigkeit der (vollstreckungsrechtlichen) Erzwingungshaft zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gemäß § 901 ZPO beschäftigt[27]). Seit diesen Beschlüssen steht fest, dass der Erlass des Haftbefehls dem Grundsatz der Erforderlichkeit – als Teilverbürgung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – und damit verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht.

a) Beschluss vom 20. Juni 1978 (BVerfGE 48, 396 ff.)

In dieser Entscheidung wurde die Frage der Verfassungsrechtsmäßigkeit der Erzwingungshaft gemäß § 901 ZPO nur am Rande behandelt[28]).

Den sechs Vorlagebeschlüssen des Amtsgerichts lag im Wesentlichen folgende (gleiche) Fallkonstellation zugrunde[29]): Die Gläubiger der Ausgangsverfahren betrieben aufgrund von Vollstreckungsbefehlen[30]) die Zwangsvollstreckung gegen mehrere Schuldner wegen geringer Forderungen (zwischen 16 DM und 46,50 DM), wobei die Verfahrenskosten (zwischen 51,30 DM und 184,30 DM) jeweils die Hauptforderung überstiegen. Nachdem Sachpfändungen erfolglos versucht worden waren, beantragten die Vollstreckungsgläubiger die Anordnung eines Termins zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und vorsorglich für den Fall des Nichterscheinens die Anordnung von Erzwingungshaft gegen die jeweiligen Schuldner. Diese erschienen nicht, obwohl sie im Wege der Ersatzzustellung geladen worden waren. Das Amtsgericht hatte diese Verfahren ausgesetzt und dem BVerfG (im Wege der konkreten Normenkontrolle) die Frage vorgelegt, ob es verfassungsrechtlich zu beanstanden sei, dass gegen einen Schuldner, der in dem – nach § 900 ZPO anberaumten – Termin zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nicht erscheint, die Erzwingungshaft auch dann anzuordnen ist, wenn die Vollstreckung nur wegen einer verhältnismäßig geringen (d. h. „Bagatell"-) Forderung betrieben wird. Bedenken hatte das vorlegende Amtsgericht insbesondere im Hinblick auf die Einhaltung des (verfassungsrechtlichen) Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (gemäß Art. 20 Abs. 3 GG).

Der Erste Senat des BVerfG beantwortet diese Frage aufgrund der mangelnden Zulässigkeit der Richtervorlage nicht explizit[31]), stellt aber mit dem Hinweis auf eine frühere Entscheidung[32]) klar, dass der (verfassungsrechtliche) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „nicht schon generell eine Erzwingungshaft wegen geringer Geldforderung" verbiete[33]). Grundsätzlich sei die Erzwingungshaft zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zulässig, um einem Gläubiger gegenüber einem zahlungsfähigen, aber nicht zahlungswilligen Schuldner zu seinem Recht zu verhelfen[34]). Dabei betont der Senat, dass sich die Frage, ob „die Anordnung der Erzwingungshaft wirklich unverhältnismäßig" ist, „nicht abstrakt" beurteilen lasse: Die Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Haftanordnung sei vielmehr abhängig von der „jeweiligen Sachlage" und den zur Verfügung stehenden „Schutzmöglichkeiten" des einfachen Rechts, d. h. den (vollstreckungsrechtlichen) Rechtsbehelfen, mit denen sich der Schuldner wehren kann. In diesem Zusammenhang nennt das BVerfG insbesondere den Vollstreckungsschutz gemäß § 765 a ZPO in Fällen „sittenwidriger Härte" sowie die Vertagungsmöglichkeit des Termins gemäß § 900 Abs. 4 ZPO (a. F.)[35]) bei Zahlungsbereitschaft des Schuldners (vgl. § 900 Abs. 3 ZPO).

Vor dem Hintergrund der (die Vollstreckungspraxis oft überfordernden) „Hyperkonstitutionalisierung" einfachen Verfahrensrechts durch das BVerfG[36]) geben viele der grundsätzlichen Ausführungen des BVerfG selbst zu Kritik Anlass, und zwar zum einen im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung und Anwendung des zivil-

---

25) Vgl. BVerfGE 51, 97 ff., 113. Zu kritisieren ist daran u. a. der „unmittelbare" Rückgriff auf grundrechtliche Anforderungen im Rahmen des einfachen (zivilprozessualen) Verfahrensrechts im Allgemeinen sowie im Besonderen, dass das Bundesverfassungsgericht – neben dem Grundrecht aus Art. 13 GG – regelmäßig auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit heranzieht, der (uneinheitlich) entweder aus den jeweils einschlägigen Grundrechten, wie hier Art. 13 GG, oder allgemein aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet wird. Siehe auch m. w. N. z. B. *Behr*, DGVZ 1980, S. 49 ff.; *Peters*, FS Baur, S. 549 ff.

26) Siehe zur Prüfungsverantwortlichkeit des Fachrichters m. w. N. *N. Fischer/M. Weinert*, DGVZ 2005, S. 33 ff., 36 ff.; s. a. Baumbach/Lauterbach, 63. Aufl., *Hartmann* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 6 ff.

27) Vgl. BVerfGE 48, 396 ff.; 61, 126 ff.; s. a. m. w. N. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., S. 20 f.; Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 901 ZPO, Rdnr. 1 ff.; Baumbach/Lauterbach, 63. Aufl., *Hartmann* zu § 901 ZPO, Rdnr. 1 ff.; *Ritter*, ZZP 88 (1975), S. 126 ff., 157 ff.

28) Az.: 1 BvL 30, 31, 32, 33, 34, 35/78, BVerfGE 48, 396 ff. Das AG hatte die Vorlagebeschlüsse nicht ausreichend begründet gemäß § 80 Abs. 2 BVerfGG, so dass der Antrag nach Art. 100 Abs. 1 GG bereits nicht zulässig war und sich das Bundesverfassungsgericht zu den aufgeworfenen Fragen nur im Wege eines „obiter dictum" äußerte.

29) Siehe zum Sachverhalt BVerfGE 48, 396 ff., 397 ff.

30) Nach heutiger Terminologie: Vollstreckungsbescheide (vgl. §§ 699 f. ZPO).

31) Siehe zur Begründung BVerfGE 48, 496 ff., 399 ff.

32) Vgl. BVerfGE 43, 101 ff., 106 f., wonach das BVerfGE anlässlich der Prüfung von § 96 OWiG bereits geklärt hatte, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht die Anordnung von Erzwingungshaft bei geringen Geldforderungen verbiete.

33) Siehe BVerfGE 48, 496 ff., 401.

34) Der Senat (BVerfGE 48, 496 ff., 401) verweist hier auf BGHSt. 19, 126 ff., 130.

35) Gemäß dem früheren § 900 Abs. 4 S. 1 ZPO konnte das Gericht den Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bis zu drei Monaten vertagen, wenn der Schuldner glaubhaft gemacht hat, dass er die Forderung des Gläubigers binnen einer Frist von drei Monaten tilgen werde. Vgl. zu der Änderung des § 900 ZPO durch die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle vom 17. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3039) *Schilken*, Rpfleger 1994, S. 138 ff., 146 f. m. w. N.; vgl. auch *Lackmann*, Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl., S. 156 ff.

36) Bei aller Kritik ist jedoch auch vor einer unzulässigen Verdrängung materieller Grundrechtsgehalte zu warnen, vgl. *N. Fischer*, Rpfleger 2004, S. 599 ff., 604. Vgl. zum Versuch der „Milderung" der „Verfassungsabhängigkeit des gesamten Rechts" für das Zivilrecht *Diederichsen*, AcP 198 (1998), S. 172 ff.

prozessualen Vollstreckungsrechts, zum anderen bezüglich der Aufgabenverteilung zwischen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit (vgl. Artt. 92, 93 GG).

Analysiert man die Entscheidungsgründe im Hinblick auf beide Aspekte, dann ergibt sich folgendes Bild, das auch insgesamt die bundesverfassungsgerichtliche „Herangehensweise" an vollstreckungsrechtliche Problemkonstellationen kennzeichnet: Das „Kontrollobjekt" im Verfassungsbeschwerdeverfahren (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG: „durch die öffentliche Gewalt") ist zum einen die Haftanordnung (Haftbefehl) gemäß § 901 ZPO[37]), also eine Beschlussentscheidung, die durch Amtsgericht (gemäß §§ 899, 901 Abs. 2 ZPO) und dort durch den Richter ergeht (vgl. § 4 Abs. 2 und 3 RPflG[38]). Zum anderen ist auf die Erzwingungshaft (vgl. §§ 904 ff. ZPO) selbst abzustellen, auf die das BVerfG jedoch in dieser Entscheidung nicht ausdrücklich eingeht. Zwar dient das Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung, wozu auch die Sanktion der Erzwingungshaft (und deren richterliche Anordnung) zählt, nicht direkt zu der „typischen" Vollstreckungstätigkeit, die „unmittelbar" auf Rechtsgüter des Vollstreckungsschuldners „zugreift". Dementsprechend wird die Verpflichtung des Vollstreckungsschuldners zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nicht nur normativ (§ 899 Abs. 1 ZPO mit dem Verweis auf §§ 807, 836, 883 ZPO[39]), sondern auch funktionell als ein „Hilfsmittel" zur Vollstreckung wegen Geldforderungen in das Vermögen des Schuldners und wegen Herausgabeansprüchen angesehen[40]). Jedoch stellt sich die (normierte) Verpflichtung des Vollstreckungsschuldners zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung als „Zwang" zur Vornahme von Handlungen dar, und die Verhaftung (vgl. § 909 ZPO) und anschließende Haft des Schuldners (§§ 911, 913, 914 ZPO) aufgrund der Haftanordnung sind „unmittelbare"[41]) Beeinträchtigungen seiner allgemeinen Handlungsfreiheit (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG) bzw. körperlichen Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, 104 GG). Der Erste Senat geht darauf jedoch nicht näher ein, sondern thematisiert – soweit er sich überhaupt im Rahmen der Zulässigkeitsausführungen mit der eidesstattlichen Versicherung und der Erzwingungshaft beschäftigt – vielmehr die vom Amtsgericht aufgeworfene Frage der Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Die (aus Sicht des BVerfG) einschlägige Verfassungsrechtsmaxime ist danach der (verfassungsrechtliche) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den das BVerfG „isoliert" aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG ableitet[42]). Eine Verletzung dieses (allgemeinen) Verfassungsrechtsprinzips durch die richterliche Beschlussentscheidung gemäß § 901 ZPO nimmt der Senat nicht an, weil ein daraus resultierendes generelles Verbot der Haftanordnung bei „Bagatellforderungen" nicht bestehe[43]). Jedoch betont der Erste Senat auch, dass die Frage der Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht „abstrakt" geklärt werden könne, vielmehr abhängig sei von dem konkreten Fall und den bestehenden „Schutzmöglichkeiten" für den Vollstreckungsschuldner. Damit hält sich das BVerfG jedenfalls die Möglichkeit offen, in besonderen Fallkonstellationen eine „Unverhältnismäßigkeit" annehmen zu können. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Hinweis des Senats auf die verschiedenen tatsächlichen Konstellationen, bei denen die genannten vollstreckungsrechtlichen Schutzmöglichkeiten nicht eingreifen, etwa in den Fällen, „in denen die Voraussetzungen für Vollstreckungsschutz (…) vom Schuldner nicht in Anspruch genommen werden"[44]). Mit dieser Feststellung behält sich das BVerfG somit die Verwirklichung von „Einzelfallgerechtigkeit" in solchen Fällen vor[45]). Dabei ist es wiederum bezeichnend für dessen in der Regel „schuldnerfokussierte" Sichtweise, dass das Recht des Vollstreckungsgläubigers unter dem Vorbehalt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit steht, da dieses Prinzip regelmäßig in dem Zusammenhang mit der Durchsetzung von Interessen des Vollstreckungsschuldners eingesetzt und damit instrumentalisiert wird[46]).

Vernachlässigt wird bei dieser Betrachtungsweise jedoch, dass im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Beurteilung vollstreckungsrechtlicher Eingriffskonstellationen stets auch das verfassungsmäßige Recht des Gläubigers auf Justizgewährung (Art. 2 Abs. 1, 19 Abs. 4, 20 Abs. 3, 101 Abs. 1 S. 2, 103 Abs. 1 GG[47]) berücksichtigt werden muss. Fraglich ist daher, inwieweit die Heranziehung des Verfassungsrechts dazu führen darf, dem Vollstreckungsgläubiger die Vollstreckung im Ergebnis praktisch zu versagen[48]). Durch das intensive Abstellen auf die Rechte und den Schutz des Vollstreckungsschuldners besteht außerdem die Gefahr, dass das materielle Recht des Vollstreckungsgläubigers „entwertet" wird. Wie auch die Durchsuchungsentscheidungen des BVerfG[49]) zeigen, wird vorrangig auf den Schuldner- und nicht auf den Gläubigerschutz abgestellt, wenn von einem „verfassungsmäßigen Schutz der Rechte in der Zwangsvollstreckung" die Rede ist. Diese Sichtweise ist symptomatisch für das bundesverfassungsgerichtliche Verständnis des Schuldnerschutzes in der Zwangsvollstreckung[50]).

---

37) Siehe dazu Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 901 ZPO, Rdnr. 1 ff.; Baumbach/Lauterbach, 63. Aufl., *Hartmann* zu § 901 ZPO, Rdnr. 6 ff.; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., S. 909 ff.; *Prütting/Stickelbrock*, Zwangsvollstreckungsrecht, S. 266 f.; jeweils m. w. N.

38) Vor der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle regelte der frühere § 901 ZPO (a. F.) nur die „Anordnung der Haft" und § 908 ZPO (a. F.) den „Haftbefehl", vgl. nunmehr allein § 901 ZPO für den „Erlass des Haftbefehls"; vgl. zu den Änderungen auch *Schilken*, Rpfleger 1994, S. 138 ff., 146 ff. m. w. N.

39) Vgl. dort §§ 807 Abs. 3, 836 Abs. 3 S. 2, 883 Abs. 2 ZPO.

40) Siehe m. w. N. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., S. 903; *Lackmann*, Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl., S. 156; s. a. *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, S. 236 f.

41) So insbesondere *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, S. 236 f., für die „Festnahme des Schuldners".

42) Siehe BVerfGE 48, 396 ff., 400 f.

43) Dazu etwa LG Köln, Beschl. v. 14. 2. 1991, Az.: 19 T 10/91, DGVZ 1991, S. 75 (keine Vollstreckung eines Haftbefehls wegen 2,10 DM); krit. dazu insb. *Jauernig*, Zwangsvollstreckungsrecht, 21. Aufl., S. 8 f.; s. a. *N. Fischer*, Rpfleger 2004, S. 599 ff., 603; jeweils m. w. N.

44) BVerfGE 48, 396 ff., 402.

45) Siehe BVerfGE 48, 396 ff., 402 („den Betroffenen übermäßig belastet").

46) Vgl. dazu kritisch *Gilles*, in Beys (Hrsg.), Grundrechtsverletzungen, S. 111 ff., 138; s. a. *N. Fischer*, Rpfleger 2004, S. 599 ff., 603 f. m. w. N.

47) Da Art. 19 Abs. 4 GG jedenfalls keinen umfassenden Rechtsschutzanspruch gewährleistet, ist für den Bereich der Zivilrechtspflege umstritten, woraus ein verfassungsrechtlicher Justizgewährungsanspruch resultiert, vgl. aus zivilprozessualer Sicht insbesondere Stein/Jonas, 20. Aufl., *Schumann*, Einleitung, Rdnr. 207 ff. m. w. N. Unabhängig von einer Verankerung im GG liegt der ZPO die Vorstellung zugrunde, dass die Zivilgerichte den Parteien gegenüber zur Ausübung der Zivilrechtspflege verpflichtet ist; in diesem Sinne war ein „zivilprozessualer" Justizgewährungsanspruch bereits vor Inkrafttreten der EMRK und des GG anerkannt; vgl. *Groh*, ZZP 51 (1926), S. 145 ff.; s. a. *Schwab*, ZZP 81 (1968), S. 412 ff.; *Gilles*, JZ 1985, S. 253 ff., 260.

48) So zu Recht *Münzberg*, DGVZ 1988, S. 81 ff., 84 f.; sowie *Münzberg*, Rpfleger 1986, S. 485 ff.; jeweils m. w. N.; siehe aber auch *Behr*, KritJ 1980, S. 156 ff.

49) Siehe BVerfGE 51, 97 ff.; 57, 346 ff.; 76, 83 ff.; vgl. dazu *N. Fischer*, DGVZ 2004, S. 97 ff. m. w. N.

50) Vgl. für eine ausführliche Analyse m. w. N. *N. Fischer*, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, 2004.

b) Beschluss vom 19. Oktober 1982 (BVerfGE 61, 126 ff.)

Der zweiten Senatsentscheidung zur vollstreckungsrechtlichen Erzwingungshaft[51]), ebenfalls in einem Verfahren der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) ergangen, lagen zwei amtsgerichtliche Vorlagebeschlüsse zugrunde.

Beide Vorlagebeschlüsse weisen eine im Wesentlichen gleiche Sachverhaltskonstellation auf[52]): Ein Vollstreckungsgläubiger erwirkte gegen einen Vollstreckungsschuldner einen Vollstreckungsbefehl[53]) über eine Forderung, wobei in dem einen Fall bereits die Höhe der Nebenforderungen (80,12 DM) die Höhe der Hauptforderung (17,30 DM) überstieg[54]). In beiden Fällen war zu diesem Zeitpunkt der Vollstreckungsschuldner bereits im Schuldnerverzeichnis des Amtsgerichts eingetragen. In der Folgezeit führte der Vollstreckungsgläubiger jeweils mehrfach erfolglos Vollstreckungsmaßnahmen durch, die weitere Kosten verursachten (420 DM bzw. 1 850 DM). In einem Fall zahlte der Vollstreckungsschuldner schließlich den Betrag der Hauptforderung, wobei die Leistung vom Gläubiger auf die Kosten verrechnet wurde (vgl. § 367 Abs. 1 BGB). In beiden Fällen ergänzte der Vollstreckungsschuldner die bereits erneut abgegebene eidesstattliche Versicherung, nachdem gegen ihn Haftbefehl nach § 901 ZPO (a. F.) ergangen war, da er dem anberaumten Termin fernblieb. Daraufhin beantragte der Vollstreckungsgläubiger erneut, den Vollstreckungsschuldner nach § 903 ZPO zu verpflichten, seine letzte eidesstattliche Versicherung zu ergänzen. Zur Begründung trug er vor, dass der Vollstreckungsschuldner u. a. angeben solle, wo er derzeit arbeite und über welche Beträge, insbesondere aus Arbeitseinkommen, er verfüge. Zugleich stellte der Vollstreckungsgläubiger jeweils den Antrag, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 901 ZPO (a. F.) die Haft des Vollstreckungsschuldners zur Erzwingung der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung anzuordnen. Der Vollstreckungsschuldner erschien in beiden Fällen zu den hierfür festgesetzten Terminen nicht. In beiden Fällen hat das Amtsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 Abs. 1 BVerfGG das Verfahren ausgesetzt und dem BVerfG die Frage vorgelegt, ob der sich aus den §§ 750 Abs. 1, 754 ZPO ergebende Vollstreckungsanspruch des Gläubigers gegen den Staat auch dann mit dem Rechtsstaatsprinzip („Übermaßverbot", Art. 20 Abs. 3 GG) in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, falls die beabsichtigte Vollstreckungsmaßnahme aussichtslos sein wird, weil sie sich gegen einen nicht leistungsfähigen Vollstreckungsschuldner richtet. In einem der beiden Vorlagebeschlüsse hat das Amtsgericht zudem hilfsweise um Prüfung gebeten, ob das Antragserfordernis im Vollstreckungsschutzverfahren gemäß § 765 a Abs. 1 ZPO mit Art. 1 Abs. 3 GG vereinbar ist, da die Grundrechte und Verfassungsrechtsprinzipien nicht zur Geltung gelangen könnten, wenn der Schuldner keinen Vollstreckungsschutz begehrt[55]).

Der Erste Senat des BVerfG äußert sich in dieser Entscheidung – trotz Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit – in der Sache selbst[56]) und konzentriert die Vorlagebeschlüsse auf die Frage, „ob § 901 ZPO, soweit er die Haftanordnung zur Erzwingung der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung vorschreibt, wenn der Schuldner in dem zur Abgabe bestimmten Termin nicht erscheint, mit dem Rechtsstaatsprinzip (Übermaßverbot) in Verbindung mit dem Gleichheitssatz vereinbar ist, wenn die beabsichtigte Vollstreckungsmaßnahme erkennbar aussichtslos sein wird, weil sie sich gegen einen leistungsunfähigen Schuldner richtet"[57]). Der Senat verneint diese Frage und verwirft damit die Vorlagen, da er eine Verfassungswidrigkeit des § 901 ZPO weder für den Fall evidenter Leistungsunfähigkeit des Schuldners noch bei Ungewissheit über seine Vermögenslage annimmt. In beiden Fällen liege mit dem Rechtsschutzinteresse (als Zulässigkeitsvoraussetzung des einfachen Verfahrensrechts) ein Mittel zur verfassungsgemäßen Handhabung solcher Fälle vor[58]).

Analysiert man die Entscheidungsgründe wiederum im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung und Anwendung des Vollstreckungsrechts, dann ergibt sich folgendes Bild: Die beanstandete Vollstreckungsmaßnahme ist damit wiederum die Haftanordnung gemäß § 901 ZPO (a. F.) bzw. der Haftbefehl gemäß § 901 ZPO, also eine amtsrichterliche Beschlussentscheidung (vgl. § 899 Abs. 1 ZPO). Das betroffene Grundrecht ist das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den das BVerfG in dieser Entscheidung neben dem Rechtsstaatsprinzip aus dem „Wesen der Grundrechte" selbst herleitet[59]). Schließlich wird noch der „allgemeine Gleichheitssatz" des Art. 3 Abs. 1 GG für die Prüfung herangezogen. Im Ergebnis verneint das BVerfG eine Verletzung dieser Grundrechte und Verfassungsrechtsmaximen jedoch[60]): Bei feststehender Leistungsunfähigkeit des Vollstreckungsschuldners sei zwar sowohl die eidesstattliche Versicherung als auch die Haftanordnung zweckuntauglich, da eine Kenntnis über zu vollstreckendes Vermögen nicht zu erlangen sei. Jedoch ergebe sich daraus nicht bereits die Ungeeignetheit des Mittels und damit ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, weil in diesem Fall der Vollstreckungsgläubiger kein Rechtsschutzinteresse für ein Verfahren nach § 901 ZPO habe. Insbesondere bei der Haftanordnung folge die Notwendigkeit eines Rechtsschutzbedürfnisses daraus, dass das „Grundrecht der persönlichen Freiheit" (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) betroffen sei, „das einen hohen Rang unter den Grundrechten einnimmt" und „demgemäß besondere verfassungsrechtliche Anforderungen an die Zulässigkeit eines Eingriffs stellt"[61]).

Im Fall der Ungewissheit des Vollstreckungsgläubigers über die Einkünfte des Vollstreckungsschuldners liege ebenfalls kein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip vor[62]), da das Verfahren der eidesstattlichen Versicherung gerade dazu geschaffen ist, dem Vollstreckungsgläubiger die nötige Kenntnis zu verschaffen. Auch sei kein milderes Mittel ersichtlich, da der Vollstreckungsschuldner die Freiheitsent-

---

51) Az.: 1 BvL 34, 55/80, BVerfGE 61, 126 ff.; siehe dazu z. B. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., S. 20; *Bittmann*, Rpfleger 1982, S. 261 ff.; jeweils m. w. N.

52) Siehe zum Sachverhalt BVerfGE 61, 126 ff.

53) Nach heutiger Terminologie: Vollstreckungsbescheid – vgl. §§ 699 f. ZPO.

54) In dem anderen Fall beträgt die Hauptforderung 4 899,45 DM, die durchgeführten (erfolglosen) Vollstreckungsmaßnahmen verursachten Kosten in Höhe von ca. 1 850 DM, siehe BVerfGE 61, 126 ff., 126 f., 131.

55) Vgl. BVerfGE 61, 126 ff., 131.

56) Siehe zur Begründung BVerfGE 61, 126 ff., 132 ff.

57) BVerfGE 61, 126 ff., 133 f.

58) Siehe BVerfGE 61, 126 ff., 134 ff.

59) Vgl. BVerfGE 61, 126 ff., 134. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist anzumerken, dass eine Berechtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allein als sog. Schranken-Schranke (vgl. z. B. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 20. Aufl., S. 64 ff. m. w. N.) im Rahmen des jeweils einschlägigen Grundrechts anzuerkennen ist, nicht aber als „freischwebendes" Verfassungsrechtsinstitut gemäß Art. 20 Abs. 3 GG, vgl. nur *Ipsen*, Staatsrecht II, 8. Aufl., S. 51 ff.

60) Siehe BVerfGE 61, 126 ff., 134 ff.

61) So BVerfGE 61, 126 ff., 135 (mit dem Zitat von BVerfGE 35, 185 ff., 190).

62) Dabei wird allerdings nicht deutlich, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz „isoliert" aus Art. 20 Abs. 3 GG oder aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG abgeleitet wird, vgl. BVerfGE 61, 126 ff., 135 f.

ziehung durch Abgabe der eidesstattlichen Versicherung jederzeit abwenden könne (§ 902 ZPO). Bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen im Wege der „Angemessenheits"-Prüfung („Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne"[63]) überwiegen aus der Sicht des Senats die Interessen des Vollstreckungsschuldners ebenfalls nicht, weil dieser trotz der „Schwere" der Haftsanktion jederzeit die Möglichkeit der Abwendung habe und durch die Auskunft einerseits keinen Nachteil erleide, falls er tatsächlich kein pfändbares Vermögen habe, und er bei Verheimlichung der Zahlungsfähigkeit andererseits nicht schutzwürdig sei.

Hervorhebenswert an dieser Entscheidung ist, dass das BVerfG die Bedeutung des Rechts des Gläubigers auf eine effektive Vollstreckung betont, wenn es feststellt, dass ein öffentliches Interesse daran bestehe, „dem Vollstreckungsgläubiger (…) die Verwirklichung seines Anspruchs und als Voraussetzung dafür die mit der Offenlegung bezweckte Feststellung der pfändbaren Vermögensgegenstände zu ermöglichen"[64]). Auch erkennt das BVerfG an, dass dieses Interesse „der Wahrung des Rechtsfriedens und der Rechtsordnung" diene, „welche ihrerseits Grundbestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung ist"[65]). Interessanterweise ist die mit dieser Betrachtung einhergehende Betonung der Rechte des Vollstreckungsgläubigers in anderen Entscheidungen zum Vollstreckungsrecht nicht maßgebend oder zumindest nicht ausschlaggebend gewesen[66]). Auch verneint das BVerfG eine Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG, da eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung wegen fehlender Sonderregelungen für einen leistungsunfähigen Vollstreckungsschuldner aus den bereits genannten Erwägungen nicht vorliege[67]).

Diese Entscheidung des Ersten Senats ist somit dadurch gekennzeichnet, dass das BVerfG eine – in anderen Entscheidungen wünschenswerte – Sichtweise hinsichtlich des Rechts des Vollstreckungsgläubigers auf eine „wirkungsvolle" Vollstreckung erkennen lässt, indem es den Vollstreckungsanspruch als wichtig für den Rechtsfrieden und die Rechtsordnung anerkennt. Ebenfalls im Ansatz positiv zu bewerten ist, dass das Verfassungsgericht die Frage der Verhältnismäßigkeit im Wesentlichen mit Hilfe des Zwangsvollstreckungsrechts selbst löst, ohne einfachrechtliche Normen und Verfahrensweisen verfassungsrechtlich „aufzuladen".

3. Zusammenfassung

Zu begrüßen ist zunächst, dass das BVerfG die Verfassungsrechtswidrigkeit des § 901 ZPO weder für den Fall evidenter Leistungsunfähigkeit des Schuldners, noch bei Ungewissheit über seine Vermögenslage annimmt, da in beiden Fällen mit dem Rechtsschutzinteresse im einfachen Verfahrensrecht ein Korrektiv zur verfassungsgemäßen Handhabung solcher Fälle vorliegt[68]). Besondere Beachtung verdienen in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen des Ersten Senats zur „Selbstverantwortlichkeit des Vollstreckungsschuldners" im Rahmen der Bestätigung des Antragserfordernisses für Vollstreckungsschutz gemäß § 765 a Abs. 1 S. 1 ZPO in der zweiten Haftanordnungsentscheidung[69]): Das BVerfG prüft und bejaht die Verfassungsmäßigkeit des Antragserfordernisses bei § 765 a ZPO. Insbesondere einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 3 GG verneint es mit der Erwägung, dass eine Antragstellung zumutbar sei, um Vollstreckungsschutz zu erlangen, da der Vollstreckungsschuldner auf diese Weise das damit verbundene Risiko selbst in Kauf nehme. Zudem werde dadurch die Selbstverantwortlichkeit des Vollstreckungsschuldners mehr gefördert als durch eine amtswegige Prüfung[70]).

Auch wenn diese bundesverfassungsgerichtlichen Überlegungen im Sinne eines „effektiven" Vollstreckungsrechts zu begrüßen sind, so stehen sie doch – zumindest faktisch – im Widerspruch zu dem, was das BVerfG in seinen Zuschlagsentscheidungen[71]) vom (jeweiligen) Vollstreckungsgericht bei Verstößen gegen den (verfassungsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt hat: Danach sei der Vollstreckungszugriff dann von Amts wegen zu verweigern, wenn „besondere Umstände" vorliegen, die sämtlich den „schweren" Folgen für den Schuldner bzw. dessen Schutzbedürftigkeit „im Einzelfall" zuzuordnen sind[72]). Auf die Überforderung der Fachgerichtsbarkeit in Sachen Verfassungsrecht bei Erfüllung der bundesverfassungsgerichtlichen Anforderungen angesichts Quantität und Qualität der (nicht immer widerspruchfreien) Rechtsprechung auf dem Gebiet des Zwangsvollstreckungsrechts ist bereits eindringlich hingewiesen worden[73]). Daher ist fraglich, inwieweit diejenigen verfassungsrechtlichen Erwägungen methodologisch einwandfrei und

---

63) Siehe dazu krit. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 20. Aufl., S. 67 ff.; *Ipsen*, Staatsrecht II, 8. Aufl., S. 51, 53; für das Vollstreckungsrecht nur *N. Fischer*, Rpfleger 2004, S. 599 ff. m. w. N.

64) BVerfGE 61, 126 ff., 136.

65) So BVerfGE 61, 126 ff., 136.

66) Siehe aber die Entscheidung des BVerfG vom 13. Januar 1981, BVerfGE 56, 37 ff., zur Auskunftspflicht des Gemeinschuldners im Konkurs, wonach der Gemeinschuldner (gemäß §§ 75, 101 Abs. 2 KO) erzwingbar auskunftspflichtig ist (s. a. §§ 97 f. InsO). Mit diesem Beschluss hat das BVerfG auch das Informationsrecht des Vollstreckungsgläubigers als Teil seines Anspruchs auf „effektiven Rechtsschutz" anerkannt. Vgl. dazu insbesondere *Gaul*, in Beys (Hrsg.), Grundrechtsverletzungen, S. 27 ff., 37; s. a. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., S. 20 f.; *Stürner*, NJW 1981, S. 1757 ff.; *Gaul*, ZZP 108 (1995), S. 3 ff., 31 f. (zu „etwaigen verfassungsrechtlichen Bedenken"). Siehe zur Problematik der Verfassungsrechtsmäßigkeit der Eintragung in das Schuldnerverzeichnis z. B. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 25. 7. 1988, Az.: 1 BvR 109/85, NJW 1988, S. 3009 f.; vgl. dazu *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., S. 21; *Prütting*, ZZP 106 (1993), S. 427 ff., 446 ff. m. w. N. Siehe auch das „Gesetz zur Änderung von Vorschriften über das Schuldnerverzeichnis" v. 15. 7. 1994 (BGBl. I S. 1566); dazu m. w. N. *Lappe*, NJW 1994, S. 3067 ff.; *Lappe*, NJW 1995, S. 1657 f.

67) Vgl. BVerfGE 61, 126 ff., 136 f.

68) Siehe BVerfGE 61, 126 ff., 134 ff.

69) Vgl. BVerfGE 61, 126 ff., 137 f.

70) Siehe BVerfGE 61, 126 ff., 137 f. Dem ist schon deswegen zuzustimmen, da ein Schutz des Vollstreckungsschuldners gegen dessen Willen von Verfassungs wegen nicht nötig ist. Schließlich besteht durch das Antragserfordernis gemäß § 765 a Abs. 1 S. 1 ZPO eine ausreichende Möglichkeit des Betroffenen, auf das Vollstreckungsverfahren einzuwirken.

71) Vgl. insb. BVerfGE 42, 64 ff.; 46, 325 ff.; 49, 220 ff.; 49, 252 ff.; 51, 150 ff. (zur Zwangsversteigerung).

72) Einmal mehr wird deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht von Fall zu Fall die Verfassungswidrigkeit eines Vollstreckungszugriffs nicht nur anders begründet, sondern auch – je nachdem, wer im konkreten Einzelfall schutzwürdiger erscheint – im Wege einer „Billigkeits"-Rechtsprechung korrigierend in Entscheidungen der Fachgerichte eingreift, nicht nur wie eine Rechtsmittelinstanz, sondern weitergehend auch als „Gnadeninstitution". Siehe zum BVerfG als „Rechtsmittelinstanz" MK-ZPO, 1. Aufl., *Lüke*, Einleitung, Rdnr. 113; *Rupp*, ZZP 82 (1969), S. 1 ff.; *Redeker*, NJW 1976, S. 2111 ff., 2113; s. a. *Deubner*, NJW 1980, S. 263 ff.; zum BVerfG als „Gnadeninstitution" *Quack*, Rpfleger 1978, S. 197 ff.; *Bethge*, NJW 1982, S. 1 ff.; *Starck*, JuS 1981, S. 237 ff.; *Rennert*, NJW 1991, S. 12 ff.; sowie krit. im Hinblick auf die Folgen für das Vollstreckungsrecht *N. Fischer*, Rpfleger 2004, S. 599 ff., 603 f. m. w. N.

73) Allein die amtliche Sammlung der BVerfG-Judikatur umfasst mittlerweile 111 Bände, vgl. m. w. N. *Gilles*, in Beys (Hrsg.), Grundrechtsverletzungen, S. 111 ff., 135 ff.; *N. Fischer*, Rpfleger 2004, S. 599 ff., 603 f.

praktisch überzeugend Eingang in die einfachrechtliche Rechtsanwendung finden können, die über die sachgemäße Anwendung des verfassungsrechtskonformen (Zivil-)Verfahrensrechts hinausgehen.

Ein Beitrag zur Problemlösung für das zivilprozessuale Zwangsvollstreckungsrecht kann daher lauten: Soweit der Vollstreckungsschutz (wie z. B. in § 765 a ZPO oder § 900 Abs. 3 ZPO) verfassungsrechtskonform geregelt ist und auch in sachgemäßer Anwendung des einfachen Verfahrensrechts erfolgt, bleibt für die gesonderte („unmittelbare") Berücksichtigung einer (allgemeinen) „verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit" als „Schutzinstrumentarium" kein Raum mehr. Dies gilt gleichermaßen für das Verfahren der Haftanordnung gemäß § 901 ZPO wie für die Verhaftung gemäß § 909 ZPO. Darüber hinausgehende Probleme wirft aber die Verhaftung des Vollstreckungsschuldners in den eingangs angesprochenen Zweifelsfällen des „Asyls" des Vollstreckungsschuldners bei Dritten auf, weil bereits die einfachrechtlichen Eingriffsnormen nicht einfach zu bestimmen sind.

III. Verhaftung des Schuldners in Räumen Dritter

Welche konkreten Auswirkungen haben die dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben auf die Fälle der Verhaftung des Schuldners in Räumen Dritter?

Wenn Fragen dieser Art in der rechtswissenschaftlichen Literatur erörtert werden, stehen diese Erörterungen immer wieder im Zusammenhang mit Sachverhalten, in denen der (böswillige) Schuldner seine eigene Wohnung wegen des nahenden Gerichtsvollziehers verlässt und sich in Räume Dritter flüchtet, um die für ihn bedrohliche Situation dort „auszusitzen"[74]). Klassisch im Kontext der „Vollstreckungsvereitelung", und damit gerade auch in den Verhaftungsfällen von Bedeutung, ist ferner das Bild des nomadisierenden und dementsprechend nicht greifbaren Vollstreckungsschuldners, der jedoch periodisch zu bestimmten Anlässen in den Räumen eines Dritten anzutreffen ist (Geburtstagsfeiern o. Ä.)[75]). Diskutiert werden des Weiteren jedoch zudem weniger „private" Umstände wie der Zugriff am Arbeitsplatz des Vollstreckungsschuldners[76]). Aktuelle, selbständige wissenschaftliche Stellungnahmen zur Verhaftung des Schuldners in Räumen Dritter auf der Grundlage der seit dem 1. Januar 1999 geltenden Regelung[77]) des § 758 a ZPO sucht man indessen bisher vergebens[78]). In Verbindung mit dem gleichzeitigen Fehlen gerichtlicher Entscheidungen ruft diese jüngere rechtswissenschaftliche Abstinenz daher erneut Unsicherheiten in der Handhabung derartiger Fälle in der Vollstreckungspraxis hervor[79]).

1. Allgemeine Voraussetzungen der Vollziehung eines Haftbefehls

Der Versuch, die bestehende Verunsicherung aufzulösen, erfordert in einem ersten Schritt den Blick auf die aktuellen gesetzlichen Regelungen: Die Verhaftung des Vollstreckungsschuldners ist – wie jeder andere Vollstreckungsakt auch – nur dann rechtmäßig, wenn die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen gegeben sind. Die Prüfung dieser Voraussetzungen obliegt indessen zunächst allein dem Vollstreckungsgericht im Rahmen der Entscheidung über den Erlass eines Haftbefehls (§ 901 ZPO). Dem im Anschluss wegen der Vollziehung des Haftbefehls angerufenen Gerichtsvollzieher (§ 909 Abs. 1 S. 1 ZPO) verbleibt, ganz im Sinne einer schleunigen Vollziehung, insoweit nur die Berücksichtigung nachträglich eingetretener Verfahrenshindernisse (§§ 775 ff. ZPO)[80]). Selbst, wenn die Verhaftung eine Durchsuchung[81]) der Wohnung des Schuldners erfordern sollte, befreit § 758 a Abs. 2 2. Var. ZPO den Gläubiger von der Beibringung eines Durchsuchungsbeschlusses und den Gerichtsvollzieher von der Prüfung etwaiger besonderer Umstände im Sinne des § 758 a Abs. 1 S. 2 ZPO und konserviert damit den Beschleunigungseffekt. Noch weitergehend regelt § 758 a Abs. 3 S. 1

---

74) *Christmann*, DGVZ 1988, S. 91 f., 92; *Seip*, DGVZ 1987, S. 154 f. (Anmerkung der Schriftleitung).

75) *Bittmann*, DGVZ 1989, S. 65 ff., 66. Nach der (mittlerweile – leider – etwas betagten) Untersuchung der Rechtspraktikerforschungsgruppe des OLG Stuttgart scheiterten immerhin 17,4 % der Sachpfändungsanträge an der Nichtauffindbarkeit des Schuldners – s. *Schedler, Gerhard/Treuer, Wolf-Dieter/Legler, Brigitte/Kobler, Albrecht*: Arbeitsplatz Gericht, Effizienz der Zwangsvollstreckung, Zwischenbericht 30. 4. 1997, S. 32 und S. 48. Der Bericht ist online veröffentlicht unter http://www.uni-konstanz.de/rtf/praktfg/mobilzv.pdf – letzter Zugriff am 16. 12. 2005.

76) Bittmann, DGVZ 1989, S. 65 ff., 66, 69 – allerdings nur hinsichtlich der de lege ferenda zu beachtenden Besonderheiten bei der Gefahr im Verzug.

77) Art. 4 Abs. 1 des Zweiten Gesetzes zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften (2. Zwangsvollstreckungsnovelle) vom 17. Dezember 1997, BGBl. I S. 3039.

78) Auch die Beiträge von *Münzberg*, DGVZ 1999, S. 177 ff.; *Wesser*, NJW 2002, S. 2136 ff.; und *Schilken*, FS Beys, Bd. II, S. 1447 ff., befassen sich nur mit der Frage des Dritten, soweit dieser Mitgewahrsamsinhaber der fraglichen Räumlichkeiten ist.

79) Eine erste Welle der Unsicherheit lässt sich auf die achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts datieren, wie die (kleine) Häufung der Beiträge in dieser Zeit belegt, s. dazu oben Fn. 74 und 75 und dort insbesondere die kurze Stellungnahme von *Seip*, DGVZ 1987, S. 154 f., 155, mit der Ankündigung weiterer Beiträge zu diesem Thema. Dem kurzen Aufflackern der Diskussion folgte eine lange Phase der Stille. Selbst Monographien, die der Themenstellung nach zumindest eine kurze Behandlung der offenen Fragen erwarten ließen – z. B. *Schnigula*, Das Offenbarungsverfahren – Darstellung und Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung, St. Augustin, 2001 – sowie auf die praktische Arbeitsweise des Gerichtsvollziehers orientierte Schriften – z. B. *Hippler/Winterstein*, Vermögensoffenbarung, eidesstattliche Versicherung und Verhaftung, 3. Aufl., 2005 – bieten insoweit, trotz der Behandlung der Verhaftung im Generellen, keine Anhaltspunkte für eine Lösung der hier in den Mittelpunk der Betrachtung gerückten Fallgestaltungen. Auch *Nies*, Praxis der Mobiliarvollstreckung, Kap. IX, Rdnr. 115, beklagt die rechtswissenschaftliche Abstinenz in Bezug auf Fragen der Verhaftung.

80) Vgl. *Hippler/Winterstein*, Vermögensoffenbarung, eidesstattliche Versicherung und Verhaftung, 3. Aufl., S. 126; Stein/Jonas, 22. Aufl., *Münzberg* zu § 909 ZPO, Rdnr. 5.

81) An dieser Stelle sei noch einmal erinnert, dass dem weiten Durchsuchungsbegriff gefolgt wird, der im Rahmen der Zwangsvollstreckung, d. h. des repressiven Tätigwerdens staatlicher Organe, auch jedes Betreten erfasst, s. oben, sub II.1. Die bisher vorherrschende Sichtweise, die pauschal die Fälle des Betretens der Wohnung vom Durchsuchungsbegriff ausnimmt, da die Durchsuchung gegenüber den „sonstigen" Eingriffen ein „besonders intensiver Eingriff" sei (so beispielhaft *Schilken*, FS Beys, Bd. II, S. 1447 ff., 1451), übersieht, dass es bei diesem Verständnis für das bloße Betreten einer Wohnung des Schuldners zum Zweck der Vornahme von Zwangsvollstreckungshandlungen insgesamt an einer Ermächtigungsgrundlage fehlt. Statt der Möglichkeit, sich über eine richterliche Anordnung den Zutritt erzwingen zu können, lässt diese Auffassung den Gerichtsvollzieher und den Gläubiger daher in den Fällen mit leeren Händen zurück, in denen der Aufenthaltsort des Vollstreckungsobjektes oder des Schuldners in der zu betretenden Wohnung definitiv bekannt ist (also z. B. bei einer Einraumwohnung). Die Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 7 GG werden in diesen Fallgestaltungen nur in den seltensten Fällen gegeben sein und die uneingeschränkte Verbürgung des Art. 13 Abs. 1 GG verbietet jede Relativierung, die sich nicht in einem Gesetz niedergeschlagen hat. Der Gläubiger stünde also besser, wenn er nicht um den konkreten Standort des Vollstreckungsobjektes bzw. des genauen Aufenthaltsortes des Vollstreckungsschuldners innerhalb der zu betretenden Wohnung weiß – ein widersinniges Ergebnis.

ZPO, dass Dritte, die Mitgewahrsam an der auch vom Vollstreckungsschuldner bewohnten Wohnung inne haben, eine auf dieser Basis gegen den Vollstreckungsschuldner vorgenommene Durchsuchung dulden müssen. Die Erleichterung und Beschleunigung des Vollstreckungsablaufs findet ihre Grenze dort, wo der Haftbefehl zur unüblichen Zeit vollzogen werden soll: Die Verhaftung des Vollstreckungsschuldners zur Nachtzeit oder an Sonn- und Feiertagen in einer Wohnung unterliegt in jedem Fall dem Erfordernis einer vorherigen, gesonderten richterlichen Anordnung (§ 758 a Abs. 4 ZPO)[82]).

2. Meinungsspektrum zur Verhaftung in Räumen Dritter

Über die in § 758 a Abs. 3 S. 1 ZPO geregelte Duldungspflicht der Mitbewohner des Vollstreckungsschuldners hinaus existiert in der ZPO derzeit keine Regelung, die die Vollstreckungspflichtigkeit von Dritten, d. h. von anderen Personen als dem Vollstreckungsschuldner, im Hinblick auf Durchsuchungen explizit thematisiert[83]). Aus der grundgesetzlichen Vorgabe in Art. 13 Abs. 2 GG, dem Fehlen einer ausdrücklichen Regelung in der ZPO für die Fälle der Durchsuchung fremder Wohnungen und der nicht gegebenen Analogiefähigkeit der strafprozessualen Norm des § 103 StPO schließt die heute überwiegende Ansicht im Vollstreckungsrecht, dass eine Verhaftung des Schuldners durch den Gerichtsvollzieher in schuldnerfremden Wohnungen mangels der Möglichkeit des Erlangens einer richterlichen Durchsuchungsanordnung unzulässig ist, wenn der Wohnungsinhaber dem Gerichtsvollzieher den Zutritt verweigert[84]). Demgegenüber wird aber auch die Ansicht vertreten, eine Durchsuchung der Wohnung des Dritten sei in bestimmten Fällen nötig und mit der entsprechenden richterlichen Anordnung (Art. 13 Abs. 2 GG) möglich[85]). Auf welcher einfachgesetzlichen Grundlage diese richterliche Anordnung gegen den Dritten erfolgen sollte, bleibt dabei aber offen[86]). Noch darüber hinaus geht *Brendel*, wenn er allein die Existenz des Haftbefehls gegen den Vollstreckungsschuldner als ausreichend ansieht, um jeden Dritten zum Adressaten eines möglichen Vollstreckungszwanges in Gestalt des gewaltsamen Betretens und Durchsuchens der Wohnung werden zu lassen[87]).

Das Grundrecht des betroffenen Wohnungsinhabers aus Art. 13 Abs. 1 GG sei in diesen Fällen nicht verletzt, sondern nur „tangiert", da sich die Maßnahme nicht gegen den Dritten richtet. Überdies sei ein bösgläubiger Dritter, der den Vollstreckungsschuldner in Kenntnis der drohenden Verhaftung aufnimmt, nicht schutzwürdig[88]).

3. Reichweite der Wirkung des Haftbefehls gegen den Vollstreckungsschuldner

Die für den Gläubiger günstigste – und für den Gerichtsvollzieher komplikationsärmste – Lösung ist die von *Brendel* aufrechterhaltene Annahme, der bestehende Haftbefehl gegen den Vollstreckungsschuldner berechtige auch zum Betreten und Durchsuchen fremder Wohnungen. Der Argumentation von *Brendel* wurde indessen schon früher völlig zu Recht entgegengehalten, dass diese in Ansehung der umfassenden grundrechtlichen Verbürgung des Art. 13 Abs. 1 GG nicht haltbar ist und allenfalls (schlechte) Sprachakrobatik darstellt[89]). Allein der Gedanke des „Es kann nicht sein, was nicht sein darf" bildet keine argumentativ tragfähige Basis im Rahmen der Auslegung des geltenden Rechts[90]).

Gestützt werden könnte die These des Abstellens auf den Haftbefehl heute aber vielleicht auf eine Analogie zur Duldungspflicht in § 758 a Abs. 3 S. 1 ZPO. Soweit Derartiges in der aktuellen Diskussion unter Hinweis auf den abschließenden Charakter des § 758 a Abs. 3 S. 1 ZPO – im Begründungsaufwand mehr oder weniger einsatzfreudig – abgelehnt wird[91]), ist auch dieser Aspekt jedenfalls in Ansehung des diesbezüglichen Schweigens der gesetzgeberischen Materialien[92]) angreifbar. Vergleicht man die vor der Einführung des § 758 a Abs. 3 S. 1 ZPO geführten Diskussionen über das Erfordernis gesonderter Durchsuchungsanordnungen gegenüber Mitbewohnern und Mitgewahrsamsinhabern des Vollstreckungsschuldners mit dem hier in Frage stehenden Meinungsspektrum, fallen zudem Parallelen in den jeweils verwendeten Argumentationsmustern auf[93]). Eine Analogie zu § 758 a

---

82) Zum gesonderten Anordnungserfordernis des § 758 a Abs. 4 ZPO s. zuletzt *N. Fischer/M. Weinert*, DGVZ 2005, S. 33 ff. m. w. N.

83) Zutreffend *Christmann*, DGVZ 1988, S. 91 f., 92; *Bittmann*, DGVZ 1989, S. 65 ff., 68; *Nies*, Praxis der Mobiliarvollstreckung, Kap. IX, Rdnr. 113. Unrichtig AG Flensburg DGVZ 1995, S. 60 – in dem Bemühen, vollstreckungsvereitelndes Verhalten des Schuldners zu unterbinden (dieser hatte seinen Pkw auf dem Grundstück des Dritten abgestellt), hat das AG übersehen, dass eine Eingriffsbefugnis für die Durchsuchung bei Dritten nicht besteht.

84) Vgl. *Siegel*, DGVZ 1987, S. 151 ff., 153; *Christmann*, DGVZ 1988, S. 91 f., 92; *Bittmann*, DGVZ 1989, S. 65 ff., 68; MK-ZPO, 2. Aufl., *Eickmann* zu § 909 ZPO, Rdnr. 8; Stein/Jonas, 22. Aufl., *Münzberg* zu § 909 ZPO, Rdnr. 14; Wieczorek/Schütze, 3. Aufl., *Storz* zu § 901 ZPO, Rdnr. 21; Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 909 ZPO, Rdnr. 2; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., S. 466.

85) Siehe *Noack*, JurBüro 1980, S. 1131 ff., 1136 f.; sowie JurBüro 1981, S. 481 ff., 485. Die zuvor unter Verweis auf ältere Rechtsprechung vertretene Position, dass ein erlassener Haftbefehl vom Gerichtsvollzieher überall, also auch in der Wohnung eines Dritten, ohne Einschränkung durchsetzbar sein muss – so noch in MDR 1967, S. 894 f., 895 – hat *Noack* stillschweigend aufgegeben. Ebenso pauschal zur Möglichkeit einer richterlichen Anordnung *E. Schneider*, NJW 1980, S. 2377 ff., 2379 f.; *Keller*, Die eidesstattliche Versicherung nach §§ 807, 899 ZPO, 2. Aufl., Rdnr. 290 a; und *Nies*, Praxis der Mobiliarvollstreckung, Kap. IX, Rdnr. 116.

86) Zu diesem Kritikpunkt schon *Bittmann*, DGVZ 1989, S. 65 ff., 66.

87) Vgl. *Brendel*, DGVZ 1982, S. 179 ff., 181.

88) Siehe *Brendel*, a. a. O.

89) Siehe *Siegel*, DGVZ 1987, S. 151 ff., 153 f.; *Christmann*, DGVZ 1988, S. 91 f.; *Bittmann*, DGVZ 1989, S. 65 ff., 66 f.

90) Für die überkommene Diskussion um die Durchsuchungsanordnung gegen Ehegatten hat schon *Pawlowski*, DGVZ 1997, S. 17 ff., 19, denselben Vorwurf gegen die Bemühungen erhoben, aus § 755 ZPO eine generelle Eingriffsbefugnis gegen Dritte zu generieren.

91) So *J. Goebel*, KTS 1995, S. 143 ff., 161, 164; Stein/Jonas, 22. Aufl., *Münzberg* zu § 909 ZPO, Rdnr. 14 i. V. m. Fn. 39.

92) Die Gesetzesbegründungen, Bundesratsdrucksache 134/94, S. 49 ff., und Bundestagsdrucksache 13/341, S. 10, 15 ff., enthalten sich jeder Stellungnahme zu diesem Problemkreis. Angesprochen ist jedoch, dass keine umfängliche Regelung gewollt war, sondern Raum für die weitere Entwicklung in der Rechtspraxis gelassen werden sollte – Bundestagsdrucksache 13/341, S. 15; dazu auch Keller, Die eidesstattliche Versicherung nach §§ 807, 899 ZPO, 2. Aufl., Rdnr. 15.

93) Hier wie dort wurde zunächst versucht, in dem privaten Entschluss des Dritten zur Aufnahme des Vollstreckungsschuldners eine Rechtfertigung für die Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG zu sehen. Hier wie dort ist dieses Argument aber nicht überzeugend, da nicht erklärt werden kann, wie sich aus einer privaten Vereinbarung staatliche Befugnisse herleiten könnten. Auch im Fall der Durchsuchungsanordnung gegen Mitgewahrsamsinhaber wurde zudem deutlich herausgestellt, dass es an einer rechtlichen Grundlage für den Erlass einer solchen Anordnung gegen den Mitgewahrsamsinhaber fehlt, vgl. Bundesratsdrucksache 134/94, S. 49; Bundestagsdrucksache 13/341, S. 17; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., S. 464. Auch *Bittmann*, DGVZ 1989, S. 65 ff., 65, Fn. 10, zweifelt, ob die Fälle des Dritten als Mitgewahrsamsinhaber anders zu behandeln sind als die des Dritten als Alleingewahrsamsinhaber.

Abs. 3 S. 1 ZPO scheidet unbeschadet dessen aber trotzdem aus, da für den Fall des Alleingewahrsams des Dritten dem Vollstreckungsgläubiger mit der Einräumung einer Duldungspflicht nicht gedient ist. Insoweit fehlt es an der Möglichkeit zum Erlass einer Durchsuchungsanordnung gegen den Vollstreckungsschuldner, auf welche sich eine Duldung durch den Dritten beziehen könnte. In Frage steht damit allein die originäre Anordnung der Durchsuchung gegen den nicht schuldenden Dritten. Diese Anordnung macht jedoch ihrerseits wegen des im Wortlaut eindeutigen Bezuges auf die Wohnung des Schuldners eine analoge Anwendung der §§ 758 Abs. 1, 758 a Abs. 1 ZPO auf den Nichtschuldner erforderlich. Eine solche Begründung von Eingriffsbefugnissen staatlicher Organe im Wege des Analogieschlusses ist aber nicht mehr vom Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes gedeckt und damit nicht verfassungskonform[94]).

Das Wortlautargument trägt natürlich nicht für den Bereich der Verhaftung des Vollstreckungsschuldners in einer Wohnung zu einer unüblichen Zeit, denn § 758 a Abs. 4 S. 1 ZPO besagt nichts darüber, dass die Wohnung, in der die Vollstreckungshandlung vorgenommen werden soll, eine solche des Schuldners sein muss. Dies führt zu der merkwürdigen Konsequenz, dass zwar die Durchsuchung der Wohnung Dritter nach den §§ 758 Abs. 1, 758 a Abs. 1 S. 1 ZPO nicht angeordnet werden darf, jedoch eine richterliche Anordnung der Vollstreckung zur Nachtzeit oder an Sonn- oder Feiertagen in Wohnungen Dritter durch den Richter sehr wohl erfolgen könnte. Dass diese Ermächtigungsgrundlage nur innerhalb des von den §§ 758 Abs. 1, 758 a Abs. 1, 2 und 3 ZPO abgesteckten Aktionsradius relevant werden kann, ist offensichtlich, ändert indessen nichts an dem Befund, dass der Gesetzgeber insgesamt bei der Schaffung des § 758 a ZPO den Bereich des Vollstreckungszugriffs gegen Dritte nicht hinreichend durchdacht hat[95]).

4. Richterliche Anordnung trotz fehlender Eingriffsbefugnis in der ZPO

An dem zuletzt genannten Argument scheitert auch die Auffassung von *Noack*, *E. Schneider* und *Keller*[96]). Es wird übersehen, dass mit der Erkenntnis der Notwendigkeit einer richterlichen Anordnung der Durchsuchung allein nichts gewonnen ist, weil auch der Richter für diese Anordnung einer gesetzlichen Eingriffsbefugnis bedarf[97]).

5. Ausnutzung des Spielraums der zivilprozessualen Regelungen

Eine Lösung der problematischen Fälle auf der Grundlage des geltenden Rechts muss sich darum primär darauf konzentrieren, das zur Verfügung stehende Arsenal an Eingriffsbefugnissen gegenüber Dritten nach der Zivilprozessordnung auszuschöpfen.

a) Die „Wohnung" des Vollstreckungsschuldners nach §§ 758 Abs. 1, 758 a Abs. 1 S. 1 ZPO

In gewissen Grenzen könnte hier die Handhabung des Wohnungsbegriffs in §§ 758 Abs. 1, 758 a Abs. 1 ZPO Abhilfe schaffen. Überwiegend wird in diesem Zusammenhang der weite Wohnungsbegriff zu Grunde gelegt, wonach Wohnungen alle Räumlichkeiten sind, die den häuslichen oder beruflichen Zwecken des Inhabers zu dienen bestimmt sind[98]). Die Bestimmung des gegenständlichen Schutzbereichs bereitet dementsprechend heute auch nur wenige Schwierigkeiten. Die Probleme beginnen jedoch bei der konkreten Bestimmung des Inhabers der Wohnung, d. h. beim persönlichen Schutzbereich. Hierzu wird formuliert, Inhaber sei derjenige, der in der Wohnung tatsächlich wohnt; wer die Räumlichkeiten entsprechend seines Willens für die gewünschten privaten Tätigkeiten nutzt[99]). Das heute in der zwangsvollstreckungsrechtlichen Literatur mehrheitlich anzutreffende Verständnis reduziert diese Formel auf die Frage der Inhaberschaft unmittelbaren Besitzes an den zu durchsuchenden Räumen, womit die Tatsache einer polizeilichen Meldung oder Nichtmeldung einer Person zu Recht für sich gesehen nicht als entscheidend eingestuft wird[100]). Bei Beachtung der unterschiedlichen Arten des unmittelbaren Besitzes (Fremd- und Eigenbesitz, Teil- und Mitbesitz) und der Möglichkeit der Stufung von Besitzverhältnissen führt diese Verkürzung in der Praxis regelmäßig noch zu verwertbaren Ergebnissen. Denn unter den Begriff des Wohnungsinhabers fallen dann nicht nur diejenigen, die eine Räumlichkeit allein oder zusammen als eigene besitzen, sondern auch solche Personen, die einen Gewahrsam an den Räumen begründen und diesen für einen anderen ausüben (Mieter, Untermieter, Gäste im Gästezimmer).

Das Abstellen auf die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Besitzes stößt indessen dort an Grenzen, wo die Voraussetzungen einer Besitzbegründung auf Seiten des Vollstreckungsschuldners zweifelhaft sind. Angesprochen sind damit z. B. die Fälle, in denen es um einen kürzeren oder längeren Besuch des Vollstreckungsschuldners bei einem Dritten geht, ohne dass ein bestimmter Raum (z. B. ein Gästezimmer) zur Nutzung zugewiesen würde. Hier wird jeder Vollstreckungsschuldner bemüht sein, darzutun, keinerlei Willen zur Sach-

---

94) Vgl. *Bittmann*, DGVZ 1989, S. 65 ff., 68 – im Rahmen der Erörterung der Analogie zu § 103 StPO. Allgemein zum Vorbehalt des Gesetzes und ausdrücklicher gesetzlicher Eingriffsbefugnis s. Maunz/Dürig, *Herzog* zu Art. 20 GG, Rdnr. 84. Einen anderen Begründungsweg geht *J. Goebel*, KTS 1995, S. 143 ff., 160 ff., der – für die Kombination von Alleingewahrsam des Dritten am Raum und Alleingewahrsam des Vollstreckungsschuldners an einer im Raum befindlichen Sache – eine Analogie zu § 758 a Abs. 3 ZPO mit Blick auf die fehlende Vergleichbarkeit der Gefährdungslagen ablehnt. Die Ansicht von Stein/Jonas, 22. Aufl., *Münzberg* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 7; *ders.*, DGVZ 1999, S. 177 ff., 179; und *Wesser*, NJW 2002, S. 2136 ff., 2145; § 758 a Abs. 3 S. 1 ZPO müsse verfassungskonform dahingehend verstanden werden, dass dieser eine Anordnungsermächtigung der Durchsuchung gegen den Mitgewahrsamsinhaber beinhaltet, führt im hier in Frage stehenden Kontext nicht weiter. Denn durch diese Auffassung wird die notwendige Verknüpfung einer derartigen Anordnung gegen den Dritten zu einer Anordnung gegen den Vollstreckungsschuldner nach § 758 a Abs. 1 ZPO nicht gelöst.

95) Das Denken wurde durch den Hinweis ersetzt, dass mit dem Gesetz nicht alle Probleme der Wohnungsdurchsuchung gelöst werden wollten – Bundesratsdrucksache 134/94, S. 47 und Bundestagsdrucksache 13/341, S. 15.

96) Vgl. *Noack*, JurBüro 1980, S. 1131 ff., 1136 f.; *ders.*, JurBüro 1981, S. 481 ff., 485; *E. Schneider*, NJW 1980, S. 2377 ff., 2379 f.; *Keller*, Die eidesstattliche Versicherung nach §§ 807, 899 ZPO, 2. Aufl., Rdnr. 290 a.

97) Zutreffend insoweit der Vorhalt von *Bittmann*, DGVZ 1989, S. 65 ff., 67 f.

98) Vgl. dazu an dieser Stelle nur *Schilken*, FS Beys, Bd. II, S. 1447 ff., 1448 f. Näheres oben unter II.1.

99) Siehe Maunz/Dürig, *Papier* zu Art. 13 GG, Rdnr. 12; von Münch/Kunig, 5. Aufl., *Kunig* zu Art. 13 GG, Rdnr. 12; *Wesser*, NJW 2002, S. 2136 ff., 2138. In ähnlicher Weise wird zu § 178 ZPO definiert, dass Wohnung der Raum ist, den der Zustellungsadressat zur Zeit der Zustellung tatsächlich für eine gewisse Zeit schon und noch bewohnt, den er regelmäßig aufsucht, wo er tatsächlich überwiegend, nicht aber unbedingt ständig schläft, der m. a. W. seinen derzeitigen Lebensmittelpunkt bildet – Baumbach/Lauterbach, 63. Aufl., *Hartmann* zu § 178 ZPO, Rdnr. 4 a. E.

100) Vgl. MK-ZPO, 2. Aufl., *Heßler* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 8.

herrschaft an den benutzten Räumlichkeiten zu haben. Abgesehen davon, dass sich der Bestand eines Besitzwillens aus den objektiven Tatsachen ergeben muss[101]) und damit von gegenteiligen Äußerungen des Vollstreckungsschuldners oder Dritter nicht betroffen wird[102]), hilft hier eine Rückbesinnung auf die allgemeiner gefasste Ausgangsformel: Maßgeblich ist die Tatsache des Wohnens, begriffen als willensgestützte Nutzung der Räumlichkeiten zu privaten Tätigkeiten, d. h. die Widmung der Räume zur Verfolgung eines eigenen häuslichen oder beruflichen Zwecks. Die gegenüber dem Gerichtsvollzieher vorgetragene Behauptung, jemand sei nur zu Gast, hindert damit nicht generell die Annahme einer Wohnungsinhaberschaft dieses Gastes, sondern drückt nur die Abhängigkeit des Bleiberechts vom Willen des Gastgebers aus. Anders gewendet: Die Widmung der Räume zum Zweck des eigenen Wohnens durch den Vollstreckungsschuldner steht unter dem Vorbehalt der Erlaubnis durch den Gastfreundschaft gewährenden Dritten als primären Wohnungsinhaber.

Trennscharfe Bestimmungen, wann ein Besucher zum Wohnungsinhaber wird, sind natürlich mit dieser Formel ebenfalls nicht möglich. Insbesondere ist dem Problem der Feststellung einer durch den Vollstreckungsschuldner erfolgten Widmung von Räumlichkeiten zu privaten Zwecken nicht ohne das Abstellen auf äußere Indizien beizukommen. Ein derartiges Indiz kann vor allem in der Dauer des Gastaufenthaltes gesehen werden – je länger der Aufenthalt, desto wahrscheinlicher die (Mit-)Wohnungsinhaberschaft des Vollstreckungsschuldners. Auch diese Erkenntnis bietet indessen keine praktische Hilfe zur Festlegung der zeitlichen Grenze zwischen Besuch und Wohnungsbegründung.

Im Mietrecht besteht eine ähnliche Abgrenzungsproblematik bei der Frage, ob einem Dritten der Gebrauch der Mietsache vom Mieter überlassen wurde (§§ 540, 553 BGB). Auch hier existiert keine feststehende zeitliche Beschränkung des Besuchsrechts[103]). Wenn jedoch die Nutzungsdauer den Zeitraum von vier bis sechs Wochen überschreitet, soll eine Vermutung dafür sprechen, dass es sich um eine dauerhafte Gebrauchsüberlassung und nicht mehr um einen vorübergehenden Aufenthalt, also einen Besuch, handelt[104]). Bei Notwendigkeit der genauen Prüfung der Umstände des Einzelfalles mag in diesen Zahlen auch für die Zwangsvollstreckungspraxis eine grobe Richtschnur liegen, ab wann von einer (Mit-)Wohnungsinhaberschaft des Vollstreckungsschuldners beim Dritten ausgegangen werden kann.

Ganz kurze Aufenthalte des Vollstreckungsschuldners bei einer dritten Person, d. h. insbesondere die eingangs erwähnten Fälle des „Unterstellens“ in einer Nachbarwohnung für die Dauer der Anwesenheit des Gerichtsvollziehers, genügt auch nach diesen Ansätzen damit nicht, um die Wohnungsinhaberschaft des Vollstreckungsschuldners an den Räumen des Dritten annehmen zu können. Nicht erfasst werden zudem Kurzbesuche des Vollstreckungsschuldners zu Familienfeiern o. Ä.

b) Verhaftung des Vollstreckungsschuldners am Arbeitsplatz

Diese oben entwickelte zeitliche Abgrenzung führt nun nicht dazu, dass auch jeder Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz als Inhaber des dortigen Wohnungsgrundrechts anzusehen ist, nur weil er bereits länger angestellt ist und die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Arbeitsräume länger als vier bis sechs Wochen nutzt. Vielmehr scheitert die Begründung einer Wohnung durch den Arbeitnehmer in diesen Fällen bereits an einem der zeitlichen Grenzziehung vorgelagerten Punkt: Dem Arbeitnehmer fehlt regelmäßig die Befugnis, die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Arbeitsräume einer Widmung zu einem selbst gewählten, privaten Zweck zuzuführen[105]). Die Widmung der Räume steht im Normalfall ausschließlich dem Arbeitgeber zu, der eine ergänzende Widmung – anders als bei der Aufnahme des Vollstreckungsschuldners durch Dritte in Wohnräumen – durch den Arbeitnehmer nicht tolerieren wird. Diese fehlende Widmungsbefugnis des Vollstreckungsschuldners hinsichtlich der Nutzung der Arbeitsräume ist heute auch gemeint, wenn auf der Basis des materiellen Rechts überwiegend davon die Rede ist, dass ein Besitzdiener nicht selbst Wohnungsinhaber sein kann[106]).

Die Räumlichkeiten am Arbeitsplatz des Vollstreckungsschuldners sind demgemäß regelmäßig solche Dritter, mit der Folge, dass eine Eingriffsbefugnis hinsichtlich des Durchsuchens dieser Räume durch den Gerichtsvollzieher nicht existiert und damit auch eine Verhaftung des Schuldners am Arbeitsplatz regelmäßig nicht möglich ist.

c) Verhaftung in öffentlich zugänglichen Räumen Dritter

Dieses Ergebnis steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass sich der Arbeitsplatz in einem nicht der Öffentlichkeit zugänglichen Bereich befindet. Komplexere Fragestellungen ergeben sich, wenn der Vollstreckungsschuldner in einem Raum arbeitet, der zum allgemeinen Publikumsverkehr bestimmt ist[107]). Unabhängig von dem Element der Ausübung einer Arbeitstätigkeit sind in diesem Zusammenhang jedoch auch allgemeine Fälle des Vollstreckungszugriffs in öffentlich zugänglichen Räumen Dritter zu erwägen[108]). Ist der Gerichtsvollzieher hier gehalten, auf eine Verhaftung zu verzichten bzw. im Eingangsbereich (also vor der Tür) auf das Erscheinen des Vollstreckungsschuldners zu warten, da es sich offensichtlich nicht um die Räume des Vollstreckungsschuldners handelt oder deckt die Öffnung dieser Räumlichkeiten für den Publikumsverkehr durch den Inhaber auch das zwangsvollstreckungsrechtliche Tätigwerden des Gerichtsvollziehers?

---

101) Siehe Staudinger, 13. Bearbeitung, *Bund* zu § 854 BGB, Rdnr. 20.

102) Unbeachtlichkeit einer protestatio facto contraria – § 242 BGB.

103) OLG Hamm NJW 1982, S. 2876 f., 2877. Der BGH hat zuletzt allgemein einen Besuch als „kurzen Aufenthalt“ beschrieben – BGHZ 157, 1 ff., 5.

104) Vgl. Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 8. Aufl., *Blank* zu § 540 BGB, Rdnr. 32. Bei einer Nutzung der Wohnung über einen Zeitraum von drei Monaten soll nach AG Frankfurt WuM 1995, S. 396, jedenfalls nicht mehr von einem Besuch ausgegangen werden können.

105) Ausnahmen sind selbstverständlich denkbar, wenn auf Grund der Tätigkeit die Verpflichtung besteht, am Arbeitsort zu wohnen: Leuchtturmwärter/in, Vollzeitpfleger/in o. Ä. Hier wird von dem Arbeitnehmer geradezu verlangt, die Räume mit einer eigenen Widmung zu versehen.

106) Entscheidend ist also die Tatsache der fehlenden, eigenen Widmungsbefugnis und nicht die des fehlenden Besitzes. Zum bisherigen Verständnis s. nur MK-ZPO, 2. Aufl., *Heßler* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 8.

107) Z. B. ein/e Verkäufer/in im Kundenbereich eines Supermarktes, ein/e Kellner/in in einer Gaststätte, ein/e Arzthelfer/in im Warteraum einer Arztpraxis, Beamtin/Beamter der Bundespolizei in einer Bahnhofshalle, Bankkauffrau/-mann im Schalterraum einer Bank oder das Servicepersonal am Abfertigungsschalter in einem Flughafenterminal.

108) Analog zu den eben bemühten Beispielen: Die Verhaftung des Kunden im Supermarkt, des Gastes in der Gaststätte, des Patienten im Warteraum, des Kunden im Schalterraum einer Bank, des Fahr- oder Fluggastes in der Bahnhofshalle oder im Flughafenterminal.

Überwiegend wird heute im Verhältnis zum Vollstreckungsschuldner angenommen, die einfache Öffnung der Räumlichkeiten für einen Verkehr durch den Vollstreckungsschuldner impliziere noch nicht die Einwilligung in die Vornahme von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und damit auch nicht in eine Durchsuchung durch staatliche Organe[109]). Diese Auslegung der vom Vollstreckungsschuldner erteilten allgemeinen Erlaubnis ist richtig, denn es ist für jeden objektiven Dritten als Empfänger der Einwilligungserklärung ohne weiteres einsichtig, dass sich der Wohnungsinhaber nicht durch die Öffnung derselben dem ungehemmten Vollstreckungszugriff aussetzen will. Es bedarf in diesen Fällen daher nicht der Erklärung eines ausdrücklichen Vorbehaltes nach der – überspitzt formulierten – Art: „Gerichtsvollzieher in Ausübung ihrer Befugnisse müssen draußen bleiben."

Es fragt sich jedoch, ob diese Sichtweise auch zutreffend sein kann, wenn in den grundsätzlich zum Publikumsverkehr eröffneten Räumen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen andere Personen als den Wohnungsinhaber erfolgen sollen. Ist m. a. W. die in der bloßen Öffnung liegende Einwilligungserklärung dahin gehend zu reduzieren, dass sich der Inhaber nicht nur gegen das auf ihn abzielende Vollstreckungshandeln, sondern schlechthin gegen jede nicht ausdrücklich gestattete staatliche Vollstreckungshandlung in seinen Räumen verwahrt? In dieser Pauschalität dürfte eine solche Annahme nicht zutreffend sein, denn sie impliziert ausschließlich eine gegenüber dem Handeln staatlicher Organe grundsätzlich pessimistische Einstellung. Wie bei jeder Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) entscheiden jedoch die gesamten Umstände des Einzelfalles. Nur dann, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass es im Interesse des Inhabers liegt, staatlichen Organen in Ausübung hoheitlicher Befugnisse den Zutritt zu seinen Räumen nur im Einzelfall zu gestatten, kann auch davon ausgegangen werden, dass die allgemeine Öffnung des Raumes nicht für staatliche Organe und damit auch nicht für den Gerichtsvollzieher gilt.

Derartige besondere Anzeichen können z. B. gegeben sein, wenn der vom Inhaber eröffnete Verkehr darauf zielt, Beziehungen mit einem besonderen Vertrauensverhältnis zu begründen oder zu unterhalten, so dass jede überraschende Intervention staatlicher Organe in diesen Räumen dazu führen kann, das Zustandekommen eines solchen Vertrauensverhältnisses zu verhindern oder ein bestehendes Vertrauensverhältnis nachhaltig zu stören. Diese Umstände sind namentlich gegeben, wenn es um den Verkehr in der Rezeption einer Arztpraxis oder auch im Vorzimmer einer Rechtsanwaltskanzlei oder eines Steuerberaters geht.

Anders liegt der Fall aber in einer Bahnhofshalle, im Supermarkt oder im Flughafenterminal: Hier hat der Inhaber des Wohnungsgrundrechts kein ohne weiteres erkennbares Interesse an einem Schutz der Vertraulichkeit des Ortes gegenüber staatlicher Gewalt, dementsprechend kann auch eine Auslegung der erteilten Einwilligung nicht pauschal den Ausschluss jedes staatlichen Handelns in den Räumen ergeben. Dasselbe muss m. E. wegen der Anonymität des stattfindenden Rechtsverkehrs auch für einen öffentlich zugänglichen Schalterraum einer Bank gelten – der Inhaber der Räume setzt hier nicht auf eine besondere, vertrauensvolle Atmosphäre[110]); das Handeln staatlicher Organe in den Schalterräumen gegenüber Dritten stört die Beziehung des Inhabers zu anderen Kunden nicht.

Dem kann nicht die Erwägung entgegengehalten werden, ein Arbeitgeber/Unternehmer hätte immer, d. h. unabhängig davon, ob es sich um einen öffentlich zugänglichen Arbeitsort handelt, „etwas dagegen", dass seine Arbeitnehmer/Kunden am Arbeitsplatz/in den Geschäftsräumen verhaftet würden[111]). Diese Überlegung liegt außerhalb des durch Art. 13 Abs. 1 GG gezogenen Schutzbereichs und somit auch außerhalb der Einwilligungsreichweite. Die Verhaftung des Vollstreckungsschuldners selbst ist nicht von der Zustimmung des Dritten abhängig, sondern nur das Betreten und Durchsuchen. Der Gerichtsvollzieher ist bei diesen Sachlagen also schon kraft der generellen Einwilligung des Inhabers befugt, die Räume auch in der Eigenschaft als staatliches Vollzugsorgan zu betreten, um eine bestimmte Person zu verhaften. Dies gilt auch, wenn durch die Verhaftung der Person in den Räumen des Dritten der Betriebsablauf des Geschäftsinhabers gestört wird[112]), denn die Störungsfreiheit des Betriebes ist ein bloßer, aus dem Schutz der Räume nach Art. 13 Abs. 1 GG folgender Reflex, der sich mit der Erteilung der Zutrittserlaubnis abschwächt[113]) und im Endeffekt sogar ganz entfällt[114]).

Es kommt insoweit zudem nicht darauf an, ob der Gerichtsvollzieher genau weiß, wo sich der Vollstreckungsschuldner im Raum aufhält. Vielmehr ist zusätzlich zum Betreten auch das Begehen der öffentlich zugänglichen Räume zum Zweck der Suche nach dem Vollstreckungsschuldner – und damit nichts anderes als die Durchsuchung – von der generellen Einwilligung des Dritten erfasst[115]). Wollen die Dritten in diesen Fällen von vornherein sicherstellen, dass staatliche Organe nicht von der allgemeinen Öffnung für den Verkehr profitieren, dann muss die Betretungserlaubnis entsprechend deutlich gefasst werden. Denkbar, wenngleich bisher nicht erwogen, sind dann in der Tat deutliche Hinweise (etwa durch Schilder), die staatliche Organe von der Zutrittserlaubnis ausnehmen und diese entsprechend auf die Geltendmachung gesetzlicher Eingriffsermächtigungen verweisen[116]).

6. Nutzbarmachung von Eingriffsbefugnissen in anderen Gesetzen

Verbleibt es dementsprechend für weite Bereiche des Vollstreckungszugriffs in Räumen Dritter bei der Feststellung, dass es in der Zivilprozessordnung an einer notwendigen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für Durchsuchungen

---

109) LG Wuppertal DGVZ 1980, S. 11; LG Mönchengladbach-Rheydt DGVZ 1981, S. 14; LG Düsseldorf DGVZ 1981, S. 115 f.; Baumbach/Lauterbach, 63. Aufl., *Hartmann* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 10; MK-ZPO, 2. Aufl., *Heßler* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 32; *Schilken*, FS Beys, Bd. II, S. 1447 ff., 1450; *E. Schneider*, NJW 1980, S. 2377 ff., 2380; *Seip*, NJW 1994, S. 354 f.; Stein/Jonas, 22. Aufl., *Münzberg* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 13; Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 12.

110) Besonders deutlich wird diese Situation, wenn man sich die völlige Entpersonalisierung von Bankdienstleistungen etwa an einem Kontoauszugsdrucker im Foyer vor Augen führt.

111) Denkbar ist etwa ein Vortrag, dass infolge der öffentlichen Verhaftung in den Räumen des Unternehmens der „gute Ruf" dieses Unternehmens leidet.

112) In einem Geschäft wird die/der Kassierer/in verhaftet, die/der Schaffner/in auf dem Bahnsteig wird verhaftet.

113) Jeder Eintretende kann eine Störung des Geschäftes bewirken.

114) Der Eingriff ist also nicht dadurch schwerwiegender, dass er in der „Wohnung" eines Dritten erfolgt. Man denke an die Fälle, in denen ein/e Busfahrer/in aus dem Fahrzeug heraus festgenommen wird oder die Notärztin/der Notarzt, die/der von der Unfallstelle weg verhaftet wird.

115) Als Beispiel mag die/der Angestellte im Supermarkt dienen, wo nicht klar ist, in welcher Regalreihe sich diese/r gerade aufhält. Hier darf der Gerichtsvollzieher den Supermarkt nicht nur betreten, sondern auch die Regalreihen abschreiten und nach dem Vollstreckungsschuldner suchen.

116) Denkbare Formulierungen wären insoweit: „Zutritt nur zu privatrechtlichen Zwecken", o. Ä.

durch den Gerichtsvollzieher fehlt, rücken Ermächtigungen in anderen Gesetzen ins Blickfeld. Vorab ist diesbezüglich zu konstatieren, dass auch hier eine analoge Anwendung nicht in Betracht kommt, da diese dem Vorbehalt des Gesetzes nicht gerecht wird. Die (vorgelagerte) Frage nach einer direkten Anwendung von Durchsuchungsbefugnissen aus anderen Gesetzen ist damit aber noch nicht beantwortet.

a) Strafprozessuale Durchsuchungsbefugnisse

Nach § 102 StPO dürfen Wohnungsdurchsuchungen beim Tatverdächtigen einer Straftat, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei zum Zweck der Ergreifung dieser Person oder zum Zweck der Beweismittelgewinnung vorgenommen werden. Allerdings macht sich ein Dritter, der einen Vollstreckungsschuldner bei sich aufnimmt, nicht per se strafbar. Die Fälle, in denen der Vollstreckungsschuldner in der Wohnung des Dritten mit dessen Kenntnis Vermögen beiseite schafft oder überträgt (Vollstreckungsvereitelung – § 288 Abs. 1 StGB), um weitere Vollstreckungsmaßnahmen ins Leere laufen zu lassen, oder der Dritte in Kenntnis der bereits in Vereitelungsabsicht erfolgten Übertragung oder des erfolgten Beiseiteschaffens durch den Vollstreckungsschuldner diesen aufnimmt, um ihn vor der Verhaftung zu bewahren (Begünstigung – § 257 Abs. 1 StGB), sind zwar nicht völlig von der Hand zu weisen. Unrealistisch ist aber die Annahme, dass der Gläubiger davon insoweit Kenntnis besitzt, um gegenüber den Strafverfolgungsbehörden (§ 105 Abs. 1 StPO – Staatsanwaltschaft und die Ermittlungspersonen) einen Anfangsverdacht für diese Straftaten durch den Dritten zu begründen und diese Behörden zur Vornahme einer Wohnungsdurchsuchung nach den §§ 102, 105 Abs. 1 StPO zu bewegen[117]).

Selbiges gilt für den Fall, dass der Vollstreckungsschuldner ohne Mithilfe des Dritten in dessen Wohnungen vollstreckungsvereitelnde Handlungen im Sinne des § 288 Abs. 1 StGB begeht. In diesem Fall wäre zwar eine Durchsuchung beim Dritten nach § 103 StPO zum Zweck der Ergreifung des Vollstreckungsschuldners durch die Strafverfolgungsbehörden denkbar. Die Darlegung der diesbezüglichen Tatsachen zur Begründung des Anfangsverdachtes einer Straftat dürfte dem Gläubiger aber ebenfalls nur selten gelingen. Wenn ihm die überzeugende Darlegung gelingt und der Vollstreckungsschuldner daraufhin durch die Polizei ergriffen wird, besteht jedoch die Möglichkeit der anschließenden Verhaftung durch den Gerichtsvollzieher auf Grund des Haftbefehls nach § 901 ZPO.

b) Umweg über das Polizei- und Ordnungsrecht?

Erreicht das Verhalten des Vollstreckungsschuldners nicht die Schwelle der strafrechtlichen Relevanz, ist zu erwägen, ob eine Durchsuchung beim Dritten auf der Grundlage des Polizei- und Ordnungsrechts Vorteile für den Vollstreckungsgläubiger bringen könnte. Durchsuchungsbefugnisse sehen die Polizei- und Ordnungsgesetze aller Bundesländer vor. Für Hessen enthält beispielsweise § 38 des HSOG[118]) die Befugnis der Polizei- und Gefahrenabwehrbehörden zum Betreten und Durchsuchen von Wohnungen. Auf diese Standardbefugnis könnte zugegriffen werden, denn zu den Aufgaben der Polizei- und Gefahrenabwehrbehörden gehört subsidiär auch der Schutz der privaten Rechte gemäß § 1 Abs. 3 HSOG, dessen Voraussetzungen in Ansehung der fehlenden Eingriffsbefugnisse nach der ZPO und des drohenden endgültigen Verlustes oder der wesentlichen Erschwerung der Verwirklichung der Rechte des Gläubigers für den Fall des (erneuten) Verschwindens des Vollstreckungsschuldners gegeben wären[119]).

Als konkrete Grundlage der Wohnungsdurchsuchung kommt namentlich § 38 Abs. 3 2. Var. HSOG in Betracht: Nach dieser Regelung kann eine Wohnung betreten und durchsucht werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in der Wohnung Personen aufhalten, die nach § 32 HSOG in Gewahrsam genommen werden dürfen. § 32 Abs. 1 Nr. 4 HSOG sieht diese Möglichkeit dann vor, wenn eine Ingewahrsamnahme unerlässlich ist, um private Rechte zu schützen und ohne dieses polizeiliche Einschreiten eine Festnahme und Vorführung der Person nach den §§ 229, 230 Abs. 3 BGB zulässig wäre[120]). Eine vorläufige Festnahme im Wege der Selbsthilfe durch den Vollstreckungsgläubiger setzt indessen voraus, dass der Vollstreckungsschuldner nicht nur der Flucht verdächtig ist, sondern auch, dass obrigkeitliche Hilfe – hier zum Zweck der Festnahme – nicht rechtzeitig erlangt werden kann[121]). Auf § 229 BGB kann sich der Vollstreckungsgläubiger also gerade immer dann nicht berufen, wenn er mit dem Gerichtsvollzieher vor der Tür des Dritten steht, in dessen Wohnung sich der Vollstreckungsschuldner versteckt, da insoweit obrigkeitliche Hilfe bei der Verhaftung ja vor Ort wäre. Ein Herbeirufen der Polizei zum Zweck der Wohnungsdurchsuchung scheidet in dieser Konstellation mithin aus.

Der Umweg über das Polizei- und Ordnungsrecht ist daher überhaupt nur dann möglich, wenn der Gerichtsvollzieher den Ort nach der Verweigerung des Einlasses durch den Dritten unverrichteter Dinge verlassen hat und nicht kurzfristig wieder zurückkehren kann. Selbst dann darf die Polizei den Vollstreckungsschuldner aber nur in Gewahrsam nehmen, wenn diese Handlung unerlässlich ist, um die Rechte des Vollstreckungsgläubigers zu schützen. Es muss sich mithin um das einzig verbleibende Mittel handeln. Ob diese Situation bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen bereits allein mit Verweis auf den bestehenden Haftbefehl nach § 901 ZPO nachgewiesen werden kann, ist stark zu bezweifeln, da die Anordnung der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung in diesen Fällen nur vom Fehlschlagen der Pfändung (§ 807 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO) oder vom Nichterreichen des Vollstreckungsschuldners (§ 807 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) resp. der Verweigerung der Wohnungsdurchsuchung (§ 807 Abs. 1 Nr. 3 ZPO) abhängt. Auf jeden Fall unberücksichtigt bleibt jedoch die bestehende Möglichkeit zur Immobiliarzwangsvollstreckung[122]). Umstritten ist zudem, ob auch eine mögliche Forderungspfändung nach den §§ 828 ff. ZPO für die Zulässigkeit

---

117) Verfehlt daher MK-ZPO, 2. Aufl., *Heßler* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 21, der in diesen Fällen den Gerichtsvollzieher für berechtigt hält, Wohnungen zu durchsuchen. Die Durchsuchung bei dem Dritten darf auch in diesen Fällen nicht ohne Eingriffsbefugnis erfolgen. Der Gerichtsvollzieher gehört jedoch nicht zu den Ermittlungspersonen im Sinne des §§ 105 Abs. 1 StPO, 152 Abs. 1 GVG, für Hessen vgl. dazu VO über die Hilfsbeamten und Hilfsbeamtinnen der Staatsanwaltschaft vom 15. März 1996, GVBl. I S. 114, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Juli 1997, GVBl. I S. 232.

118) Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung i. d. F. vom 14. Januar 2005, GVBl. I S. 14, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. März 2005, GVBl. I S. 229.

119) Es ist bisher jedoch kein Fall veröffentlicht, in dem diese Aufgabenzuweisung praktische Bedeutung erlangt hätte, was mit einer rigiden Handhabung dieser Norm zusammenhängen kann.

120) Die übrigen Alternativen des § 32 Abs. 1 HSOG sind nicht einschlägig.

121) Unerheblich ist, aus welchem Grund die Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann, s. MK-BGB, 4. Aufl., *Grothe* zu § 229 BGB, Rdnr. 4.

122) Ganz herrschende Meinung, OLG Hamburg MDR 1999, S. 255; MK-ZPO, 2. Aufl., *Eickmann* zu § 807 ZPO, Rdnr. 22; Stein/Jonas, 22. Aufl., *Münzberg* zu § 807 ZPO, Rdnr. 10.

des Offenbarungsverfahrens unerheblich ist[123]). Die Ingewahrsamnahme kann bei dieser Sachlage kaum als letztes Mittel der Rechtssicherung angesehen werden. Bei der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung wegen des Fehlschlagens der Herausgabezwangsvollstreckung in bestimmte bewegliche Gegenstände (§ 883 Abs. 2 ZPO) oder der Hilfsvollstreckung in bestimmte Urkunden (§ 836 Abs. 3 S. 2 ZPO) ist die Situation nicht besser, da auch in diesen Fällen der Vollstreckungsgläubiger nicht von sich aus erklären muss, vom Verbleib der Gegenstände keine Kenntnis zu haben[124]). Auch hier belegt der Erlass eines Haftbefehls nach § 901 ZPO mithin nicht, dass die Ingewahrsamnahme des Vollstreckungsschuldners letztes Mittel des Rechtsschutzes ist.

Zieht man die Bilanz aus den obigen Ausführungen, dann stehen einem Erfolg versprechenden Rückgriff des Vollstreckungsgläubigers auf das Polizei- und Ordnungsrecht drei große Hindernisse entgegen: (1) die Überzeugung der Polizei von der Eröffnung der subsidiären Aufgabe des Schutzes privater Rechte, (2) die Schaffung der Voraussetzungen der privaten Selbsthilfe und (3) der Nachweis der Ingewahrsamnahme als einziges Mittel des Rechtsschutzes. Damit dürfte eine gehobene praktische Relevanz des Umweges über das Polizei- und Ordnungsrecht ausscheiden, was jedoch nicht bedeutet, dass im Einzelfall ein solches Vorgehen erwägenswert sein kann.

7. Zusammenfassung

Die obigen Ausführungen führen im Ergebnis dazu, dass es im geltenden Zivilprozessrecht keine hinreichenden Möglichkeiten der Durchsuchung von Räumen Dritter zum Zweck der Verhaftung des Vollstreckungsschuldners gibt. Selbst bei Räumen, die der Öffentlichkeit zugänglich gemacht sind, haben es die Inhaber durch eine ausdrückliche Beschränkung der Zutrittserlaubnis in der Hand, Vollstreckungsorgane von vornherein auszuschließen. Der bestehende vollstreckungsfreie Raum kann auch nicht über den Rückgriff auf Eingriffsbefugnisse aus dem Strafprozessrecht oder aus dem Polizei- und Ordnungsrecht abgedeckt werden.

IV. Ausblick

Dieses Fazit leitet zwangsläufig zu der Überlegung, ob es eine Regelung der Durchsuchung in Räumen Dritter in der Zivilprozessordnung zukünftig geben sollte. Derartige Forderungen wurden schon im Rahmen der ersten Diskussionswelle laut[125]). Auch *J. Goebel* trat später dafür ein, die Entwurfsfassung des § 758 a Abs. 3 ZPO um eine Anordnung gegen Dritte, die Alleingewahrsam an Räumen haben, zu erweitern[126]). Dennoch hat der Gesetzgeber derartige Vorschläge bisher nicht aufgegriffen und es ist auch nicht bekannt, dass bestimmte Interessengruppen verstärkt für eine solche Regelung gestritten hätten.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass nicht nur die Schuldnerrechte, sondern auch und gerade die Rechte des Gläubigers durch das Zwangsvollstreckungsrecht effektiv geschützt werden müssen, ist der Ruf nach einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für den Zwangsvollstreckungszugriff durch Gerichtsvollzieher in Räumen Dritter zu erneuern. Die Zurückhaltung gegenüber der Verfügung von Vollstreckungsmaßnahmen gegen Nichtschuldner ist bereits von *Münzberg*[127]) und *Wesser*[128]) für die Wohnungsdurchsuchung zu Recht in Frage gestellt und § 758 a Abs. 3 ZPO als Anordnungsermächtigung gegen Mitgewahrsamsinhaber begriffen worden. Dieser Gedanke ist verallgemeinerungsfähig: Als Standort einer allgemeinen Regel bietet sich § 758 Abs. 1 ZPO an, der durch eine Streichung des einschränkenden Zusatzes „des Schuldners“ auch für alle anderen Räumlichkeiten anwendbar gemacht werden könnte. § 758 a Abs. 1 ZPO müsste entsprechend angepasst werden; § 758 a Abs. 3 ZPO wäre obsolet. Schutz würde der betroffene Dritte durch das initialisierte Verfahren selbst erlangen, d. h. primär durch die präventive richterliche Kontrolle des Vollstreckungszugriffs.

Infolge einer solchen Ausweitung werden sich zwangsläufig Überschneidungsprobleme mit dem herkömmlichen System ergeben, so dass auch § 886 ZPO in seinem Anwendungsbereich überdacht und vielleicht auch in anderer Form in ein zukünftiges System des Vollstreckungszugriffs gegen Dritte eingebunden werden muss.

---

123) Zu diesem Meinungsstreit vgl. die Darstellung bei Stein/Jonas, 22. Aufl., *Münzberg* zu § 807 ZPO, Rdnr. 19; und Zöller, 25. Aufl., *Stöber* zu § 807 ZPO, Rdnr. 15.

124) Zur Beweislast des Vollstreckungsschuldners hinsichtlich der Kenntnis des Vollstreckungsgläubigers MK-ZPO, 2. Aufl., *Schilken* zu § 883 ZPO, Rdnr. 24.

125) Vgl. *Siegel*, DGVZ 1987, S. 151 ff., 154; *Christmann*, DGVZ 1988, S. 91 ff., 92 f.; *Bittmann*, DGVZ 1989, S. 65 ff., 68 f. Die Betretungsrechte der Gerichtsvollzieher in der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung sind auch im Ausland alles andere als gesichert. In England zum Beispiel dürfen die *enforcement officer* oder *bailiffs* Wohnräume des Schuldners grundsätzlich nur ohne Zwangsausübung auf einem dafür vorgesehenen Weg betreten – Semayne v. Grisham (1604) 77 E. R. 194. Diese Beschränkung entfällt jedoch dann, wenn der Gerichtsvollzieher die Räume einmal friedlich betreten hat und absichtlich ausgesperrt wird. In diesen Fällen darf sich der Gerichtsvollzieher auch unter Ausübung von Zwang Zugang verschaffen – zu den Betretungsrechten nach englischem Recht s. McLeod v. Butterwick [1998] 1 W. L. R. 1603; *Kruse*, Civil Justice Quarterly (C. J. Q.) 2002, 21 (Jan), 42 ff.

126) Vgl. *J. Goebel*, KTS 1995, S. 143 ff., 162.

127) Siehe Stein/Jonas, 22. Aufl., *Münzberg* zu § 758 a ZPO, Rdnr. 7; *ders.,* DGVZ 1999, S. 177 ff., 179.

128) Vgl. *Wesser*, NJW 2002, S. 2138 ff., 2145.

RECHTSPRECHUNG

§ 811 Abs. 1 Nr. 3 ZPO

Ein Grabstein ist wegen einer Geldforderung grundsätzlich jedenfalls dann pfändbar, wenn er unter Eigentumsvorbehalt geliefert wurde und der Steinmetz wegen seines Zahlungsanspruchs vollstreckt.*)

BGH, Beschl. v. 20. 12. 2005
– VII ZB 48/05 –

*) amtlicher Leitsatz

Aus den Gründen:

Die Gläubigerin betreibt gegen die Schuldner die Zwangsvollstreckung wegen eines titulierten Zahlungsanspruchs aus einem Vertrag über die Lieferung eines Grabmals.

Nach dem Tode ihrer Mutter bzw. Schwiegermutter beauftragten die Schuldner die Gläubigerin mit der Herstellung und Montage einer so bezeichneten Einzelurnengrabstätte aus Granit, bestehend aus der Grabeinfassung und einem Liegemal mit Beschriftung zum Preis von

1 105 Euro. Eigentumsvorbehalt war vereinbart. Die Schuldner zahlten nicht. Die Gläubigerin erwirkte über ihren Zahlungsanspruch einen Vollstreckungsbescheid. Vollstreckungsversuche blieben erfolglos; die Schuldner gaben die eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO ab.

Die Gläubigerin hat den Gerichtsvollzieher beauftragt, das Grabmal zu pfänden. Das hat dieser abgelehnt. Die Erinnerung der Gläubigerin hat das Amtsgericht zurückgewiesen. Ihre sofortige Beschwerde ist erfolglos geblieben. Dagegen richtet sich ihre vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde.

Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

1. Das Beschwerdegericht führt aus, ein Grabstein sei gemäß § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO unpfändbar. Die Vorschrift diene dem Schutz des Pietätsempfindens und der Totenruhe. Unter den daher nicht zu eng einzugrenzenden Begriff der Bestattung falle auch als abschließende Maßnahme das Aufstellen des Grabsteins, auch wenn das regelmäßig erst mehrere Wochen nach der Beerdigung erfolgen könne. Unerheblich sei, dass die Gläubigerin ihren eigenen Werklohnanspruch verfolge und unter Eigentumsvorbehalt geliefert habe. Einer unterschiedlichen Behandlung gegenüber anderen Gläubigern fehle die gesetzliche Grundlage. Vorbehaltsverkäufer seien nur in den in § 813 Abs. 2 ZPO genannten Fällen bevorzugt. Die Gläubigerin könne ihr Eigentum durch eine Herausgabeklage und entsprechende Vollstreckung durchsetzen.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das von der Gläubigerin gelieferte Grabmal ist nicht unpfändbar.

a) Die Unpfändbarkeit ergibt sich nicht aus § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO.

aa) Nach dieser Vorschrift sind unpfändbar die zur unmittelbaren Verwendung für die Bestattung bestimmten Gegenstände. Ob hierzu auch Grabsteine oder Grabmäler (im Folgenden nur noch: Grabstein) gehören, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (vgl. die Nachweise bei Zöller/*Stöber*, ZPO, 25. Aufl., § 811 Rdnr. 37 und bei *Schuschke/Walker*, ZPO, 3. Aufl., § 811 Rdnr. 45). Die diese Frage verneinenden Stimmen legen die Vorschrift dahin aus, dass nur solche Gegenstände erfasst seien, die unmittelbar der Bestattungshandlung selbst zu dienen bestimmt seien, wie etwa der Sarg oder das Leichenhemd (z. B. OLG Köln, JurBüro 1991, 1703). Nach der Gegenansicht soll das Wort „unmittelbar“ nur den Sinn haben, dass sich ein aktueller Trauerfall in der Familie des Schuldners ereignet haben müsse, dem die Bestattungsgegenstände dienen sollten (z. B. *Wacke*, DGVZ 1986, 161, 163). Eine Unterscheidung zwischen dem Vorgang des Bestattens und dem sich anschließenden Zeitraum des Bestattetseins sei nicht angebracht. Entscheidend sei der Widmungszweck gegenüber dem Grab (z. B. LG München I, DGVZ 2003, 122).

bb) Der Senat entscheidet die Streitfrage dahin, dass Grabsteine nicht unter die Vorschrift des § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO fallen.

(1) Ein Grabstein ist kein Gegenstand, der zur unmittelbaren Verwendung für die Bestattung bestimmt ist. Das Wort Bestattung beschreibt einen Vorgang, nämlich alle Handlungen, die notwendig sind, um den Verstorbenen zu bestatten. Alle Gegenstände, die bei diesem Vorgang unmittelbar Verwendung finden sollen, sind unpfändbar. Zwischen dem Vorgang der Bestattung und dem Gegenstand, der vom Pfändungsverbot erfasst sein soll, muss ein direkter Zusammenhang bestehen. Das ist bei einem Grabstein, bis zu dessen Aufstellung geraume Zeit vergehen kann (bei Grabmälern u. U. sogar Jahre, vgl. den vom Landgericht Hamburg, DGVZ 1990, 90 entschiedenen Fall), nicht der Fall. Er dient nicht der Bestattung, sondern danach dem Andenken des Verstorbenen.

(2) Das Verständnis des Wortes „unmittelbar“ dahin, dass nur ein Bezug zu einem aktuellen Trauerfall gegeben sein müsse, entfernt sich zu sehr vom Wortlaut der Vorschrift. Dass diese nicht Bestattungsunternehmen, Sargfabrikanten, Friedhofsgärtner und ähnliche Unternehmen schützen soll, sondern die Familie des Schuldners, in der ein Todesfall zu beklagen ist (*Schuschke/Walker*, ZPO, 3. Aufl., § 811 Rdnr. 45), ergibt sich bereits aus dem Normzweck. Diese Zielrichtung sagt noch nichts darüber aus, auf welche einzelnen Gegenstände sich der Schutz der Vorschrift erstreckt.

(3) Die ausdehnende Auslegung des Wortes „Bestattung“ dahin, dass auch der anschließende Zustand des Bestattetseins erfasst werde, ist ebenfalls nicht mehr vom Wortlaut der Norm gedeckt. Dieser Zustand kann sich über viele Jahre hinziehen. Er kann nicht mit dem Vorgang der Bestattung gleichgesetzt werden. Hätte der Gesetzgeber einen derart weiten Anwendungsbereich der Norm gewollt, wäre es ein Leichtes gewesen, dies durch eine entsprechende Formulierung klarzustellen.

b) Ob sich ein übergesetzliches Pfändungsverbot außerhalb von § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO aus Pietätsgründen ergeben kann (so z. B. Kammergericht, DGVZ 1935, 286 = JW 1935, 2072 und Zöller/*Stöber*, ZPO, 25. Aufl., § 811 Rdnr. 37), muss der Senat nicht abschließend entscheiden. Ein derartiges Pfändungsverbot kann jedenfalls dann nicht gelten, wenn der Steinmetz den Grabstein unter Eigentumsvorbehalt geliefert hat und wegen seines Zahlungsanspruchs vollstreckt (Kammergericht, Zöller/*Stöber* jeweils a. a. O.). In diesem Fall müssen Pietätsgesichtspunkte zurücktreten. Der Steinmetz könnte seinen Herausgabeanspruch klageweise durchsetzen und nach § 883 ZPO vollstrecken. Der Schuldner könnte sich demgegenüber weder auf ein gesetzliches Pfändungsverbot noch auf Pietätsgesichtspunkte berufen (Zöller/*Stöber* a. a. O., § 811 Rdnr. 2 und § 883 Rdnr. 10; *Schuschke/Walker*, ZPO, 3. Aufl., § 811 Rdnr. 3, 45). In diesem Fall spielen weder das Andenken des Verstorbenen noch das Pietätsempfinden des Schuldners eine Rolle. Es besteht kein Anlass, diesen Gesichtspunkten gegenüber einem Steinmetzen, der nicht den Herausgabe-, sondern den ebenfalls durch Art. 14 GG geschützten Zahlungsanspruch verfolgt, Vorrang einzuräumen. Der Schuldner hat diese Situation dadurch, dass er seiner Zahlungsverpflichtung nicht nachgekommen ist, selbst herbeigeführt.

3. Danach ist die von der Gläubigerin hergestellte und montierte Urnengrabstätte grundsätzlich pfändbar. Der Senat kann jedoch in der Sache nicht abschließend entscheiden. Denn das Beschwerdegericht hat, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, noch keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Friedhofsverwaltung der Pfändung zugestimmt hat. Ihre Zustimmung ist gemäß § 809 ZPO erforderlich. Dabei kann offen bleiben, ob die Friedhofsverwaltung Alleingewahrsam an der Grabstätte hat (vgl. *Wacke*, DGVZ 1986, 161, 162). Denn jedenfalls hat sie neben den Erben Mitgewahrsam (vgl. Zöller/*Stöber* a. a. O., § 811 Rdnr. 37, § 809 Rdnr. 4).

§§ 180, 182 Abs. 2 Nr. 4 ZPO

Zum Nachweis der Wirksamkeit einer Ersatzzustellung nach § 180 ZPO ist es nicht erforderlich, dass der Zusteller in der Urkunde angibt, in welche Empfangseinrichtung – Briefkasten oder ähnliche Vorrichtung – er das Schriftstück eingelegt hat, und im Fall einer ähnlichen Vorrichtung diese näher bezeichnet.*)

BGH, Urt. v. 10. 11. 2005
– III ZR 104/05 –

*) amtlicher Leitsatz

Aus den Gründen:

Die Klägerin erwirkte gegen den Beklagten im maschinell bearbeiteten Verfahren einen Mahnbescheid über eine Hauptforderung von 915,70 Euro. Nach dem in den Gerichtsakten befindlichen Aktenausdruck wurde der Mahnbescheid dem Beklagten im Wege der Ersatzzustellung am 13. Dezember 2003 zugestellt. Am 12. Januar 2004 erließ das Amtsgericht einen Vollstreckungsbescheid. Dieser wurde nach dem Aktenausdruck dem Beklagten am 14. Januar 2004 zugestellt. Die hierüber gefertigte Urkunde enthielt dem Ausdruck zufolge den Vermerk „Weil die Übergabe des Schriftstücks in der Wohnung/ in dem Geschäftsraum nicht möglich war, habe ich das Schriftstück in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt".

Mit am 1. März 2004 eingegangenem anwaltlichen Schriftsatz hat der Beklagte Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid eingelegt. Er hat behauptet, weder den Mahn- noch den Vollstreckungsbescheid erhalten zu haben und von diesen erst durch den von der Klägerin beauftragten Gerichtsvollzieher erfahren zu haben. Das Amtsgericht Hamburg-Harburg hat den Einspruch wegen Versäumung der Einspruchsfrist verworfen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht, das durch den Einzelrichter entschieden hat, hat die Revision gegen sein Urteil zugelassen.

Die Revision des Beklagten ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, der Einspruch des Beklagten sei verspätet. Die Zustellung des Vollstreckungsbescheids am 14. Januar 2004 sei durch den Aktenausdruck nach § 696 Abs. 2 ZPO bewiesen. Hierfür sei es nicht erforderlich, dass der Zusteller angebe, ob er das Schriftstück in den Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung gelegt habe. Beide Empfangseinrichtungen stelle § 180 ZPO als gleichwertig nebeneinander. § 182 Abs. 2 Nr. 4 ZPO fordere hierzu keine differenzierten Angaben.

Hiergegen wendet sich die Revision vergeblich.

1. Das angefochtene Urteil ist nicht bereits deshalb aufzuheben, weil es einen Tatbestand, eine ausdrückliche Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts und die wörtliche Wiedergabe der Berufungsanträge der Parteien nicht enthält.

a) Nach § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, durch den eine weitgehende Entlastung der Berufungsgerichte bei der Urteilsabfassung bezweckt ist, ist ein Tatbestand (§ 313 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) nicht erforderlich. Es genügt eine – nicht notwendig ausdrückliche – Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil mit einer Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen.

Die Aufnahme der Berufungsanträge in das Berufungsurteil ist hingegen nicht entbehrlich (BGHZ 154, 99, 100; 156, 97, 99). Zureichend aber ist, wenn aus dem Zusammenhang deutlich wird, was der Berufungskläger mit seinem Rechtsmittel erstrebt hat (BGHZ 154, 99, 100 f.; 156 a. a. O.). Darüber hinaus müssen die tatbestandlichen Darstellungen in den Gründen des Berufungsurteils ausreichen, um eine revisionsrechtliche Nachprüfung zu ermöglichen (BGHZ 156 a. a. O.).

b) Diesen Anforderungen genügt das angefochtene Berufungsurteil noch. Aus ihm wird deutlich, dass das Amtsgericht den Einspruch des Beklagten gegen den Vollstreckungsbescheid vom 12. Januar 2004 wegen Versäumung der hierfür geltenden Frist verworfen hat. Ferner ist dem Berufungsurteil zu entnehmen, dass sich der Beklagte mit seiner Berufung hiergegen gewandt und welche Einwendungen er geltend gemacht hat. Auch der dem Rechtsstreit zugrunde liegende – sehr überschaubare – Tatsachenkern ist erkennbar. Dies ermöglicht in ausreichendem Maß die Überprüfung durch das Revisionsgericht.

2. Das Berufungsurteil unterliegt entgegen der Ansicht der Revision ferner nicht der Aufhebung, weil der Einzelrichter über die Berufung des Beklagten entschieden hat, ohne den Rechtsstreit der Kammer wegen der Grundsatzbedeutung zur Entscheidung über eine Übernahme vorzulegen. Die durch den Einzelrichter wegen Grundsätzlichkeit zugelassene Revision führt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurteil vom 23. Oktober 2003 – III ZR 41/03 – NJW 2003, 3768; Urteile vom 16. Juni 2004 – VIII ZR 303/03 – NJW 2004, 2301 und vom 16. Juli 2003 – VIII ZR 286/02 – NJW 2003, 2900 f.) nicht wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zur Aufhebung des Berufungsurteils.

Ob etwas anderes gilt, wenn das Kollegium dem Einzelrichter „sehenden Auges" entgegen § 526 Abs. 1 Nr. 3 ZPO eine Sache zur Entscheidung überträgt, obgleich sie Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft, braucht nicht entschieden zu werden. Ein solcher Fall liegt hier entgegen der Ansicht der Revision nicht vor. Das Kammerkollegium hatte in seinem Hinweisbeschluss vom 29. Dezember 2004 die grundsätzliche Bedeutung noch verneint. Zwar ist der Prozessbevollmächtigte der Beklagten mit Schriftsatz vom 20. Januar 2005 dieser Ansicht entgegengetreten. Es ist aber nichts dafür ersichtlich, dass das Kammerkollegium seine Auffassung daraufhin vor dem Beschluss vom 14. Februar 2005, mit dem es die Sache dem Einzelrichter übertragen hat, revidiert hat. Erst der Einzelrichter hat in der mündlichen Verhandlung vom 3. März 2005 erklärt, die Zulassung der Revision sei beabsichtigt, da sich eine klärungsbedürftige Rechtsfrage stelle.

3. Schließlich ist der Einspruch des Beklagten gegen den Vollstreckungsbescheid vom 12. Januar 2004 zu Recht wegen Versäumung der in § 339 Abs. 1 i. V. m. § 700 Abs. 1 ZPO bestimmten Frist zur Einlegung dieses Rechtsbehelfs gemäß § 341 Abs. 1 ZPO als unzulässig verworfen worden. Der Einspruch ist nach den erstgenannten Bestimmungen binnen zwei Wochen einzulegen. Diese Frist beginnt mit der Zustellung des Vollstreckungsbescheids (§ 339 Abs. 1, 2. Halbsatz ZPO). Die Vorinstanzen sind zutreffend davon ausgegangen, dass diese am 14. Januar 2004 erfolgte, die Einspruchsfrist damit am 28. Januar 2004 ablief und der am 1. März 2004 eingegangene Rechtsbehelf mithin verspätet war.

a) Der Tag der Zustellung des Vollstreckungsbescheids ist aufgrund des in dem Aktenausdruck gemäß § 696 Abs. 2 Satz 1 ZPO dargestellten Textes der hierüber errichteten Urkunde nachgewiesen. Der Aktenausdruck erbringt den vollen Beweis für den Inhalt der in ihm wiedergegebenen Zustellungsurkunde (§ 696 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 418 Abs. 1 ZPO). Nach § 182 Abs. 1 Satz 2 ZPO gilt für die Zustellungsurkunde wiederum § 418 Abs. 1 ZPO. Das heißt, dass es sich um eine öffentliche Urkunde handelt, die den vollen Beweis der in ihr bezeugten Tatsachen begründet – im vorliegenden Fall die fehlende Möglichkeit der Übergabe des Vollstreckungsbescheids und die Einlegung in einen zur Wohnung gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche geeignete Vorrichtung (Voraussetzungen der Ersatzzustellung gemäß § 180 ZPO) am 14. Januar 2004. Zwar kann der Beweis der Unrichtigkeit geführt werden (§ 418 Abs. 2 ZPO). Dafür genügt es jedoch nicht, wenn – wie hier der Beklagte – der Adressat der Zustellung schlicht behauptet, das Schriftstück nicht erhalten zu haben. Dies folgt schon allein daraus, dass es für die Wirksamkeit der Zustellung nicht darauf ankommt, ob und wann er das Dokument seiner Empfangsvorrichtung entnommen und ob er es tatsächlich zur Kenntnis genommen hat (BFH/NV 2004, 509, 510 m. w. N.; BFH/NV 2004, 497, 498 m. w. N.; BSG, Beschluss vom 27. Januar 2005 – B 7a/7 AL 194/04 B – juris Rdnr. 5). Der Beweis der Unrichtigkeit der in der Zustellungsurkunde bezeugten Tatsachen erfordert vielmehr den vollen Beweis eines anderen als des beurkundeten Geschehens, der

damit ein Fehlverhalten des Zustellers und eine objektive Falschbeurkundung belegt (BVerfG NJW-RR 2002, 1008; BFH/NV 2004, 509, 510 m. w. N.; BSG a. a. O.). Notwendig ist der volle Beweis in der Weise, dass die Beweiswirkung der Zustellungsurkunde vollständig entkräftet und jede Möglichkeit der Richtigkeit der in ihr niedergelegten Tatsachen ausgeschlossen ist (BFH und BSG a. a. O.; vgl. auch Senatsurteil vom 7. Juni 1990 – III ZR 216/99 – NJW 1990, 2125 f. m. w. N.). Der Beklagte hat insoweit nichts vorgebracht, was auch nur ansatzweise diesen Anforderungen genügen könnte.

b) Entgegen der Ansicht der Revision ist es zum Nachweis der Wirksamkeit einer hier in Rede stehenden Ersatzzustellung nach § 180 ZPO nicht erforderlich, dass der Zusteller in der Urkunde angibt, in welche Empfangseinrichtung – Briefkasten oder ähnliche Vorrichtung – er das Schriftstück eingelegt hat, und im Fall der ähnlichen Vorrichtung diese näher bezeichnet (vgl. auch BFH/NV 2004, 509, 510). Der Senat vermag sich dieser auch von *Stöber* (in Zöller, ZPO, 25. Aufl., § 182 Rdnr. 8) vertretenen Auffassung nicht anzuschließen. Es bedarf nach dem für den Inhalt der Zustellungsurkunde bei einer Ersatzzustellung nach § 180 ZPO maßgebenden § 182 Abs. 2 Nr. 4 ZPO keiner Beschreibung, in welchen Briefkasten oder in welche ähnliche Vorrichtung das Schriftstück eingelegt wurde. Nach dieser Bestimmung ist im Fall des § 180 ZPO lediglich die Angabe des Grundes, der die Ersatzzustellung rechtfertigt, notwendig. Zur Bezeichnung der Empfangsvorrichtung, in die die Sendung eingelegt wird, enthält die Vorschrift keine Regelung.

Auch aus der Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf des Zustellungsreformgesetzes vom 25. Juni 2001 (BGBl. I S. 1206, geändert durch Art. 5 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 26. November 2001, BGBl. I S. 3138, 3181), durch das unter anderem die Bestimmungen über die Zustellungsurkunde mit Wirkung vom 1. Juli 2002 neu gefasst wurden, ergibt sich die Notwendigkeit der Angabe der konkreten Empfangseinrichtung, in die das zuzustellende Dokument eingelegt wurde, nicht (siehe Bundestagsdrucksache 14/4554, S. 21 f.). Dies gilt ebenfalls für die Anlage 1 zu § 1 Nr. 1 Zustellungsvordruckverordnung vom 12. Februar 2002 (BGBl. I S. 671, 672 f., geändert mit Wirkung vom 1. Mai 2004, BGBl. I S. 619, 620 f.), in der der Inhalt und die Gestaltung der Zustellungsurkunde vorgeschrieben sind. Zwar ergibt sich aus Nummern 10.1 und 10.2 des Vordruckmusters die Verpflichtung des Zustellers, in der Urkunde anzugeben, dass er das zuzustellende Schriftstück in einen zur Wohnung oder zum Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder eine ähnliche Vorrichtung eingelegt hat. In dem Vordruckmuster ist aber die Mitteilung, welche von beiden Alternativen erfüllt ist, und gegebenenfalls die nähere Bezeichnung der ähnlichen Vorrichtung nicht vorgesehen, so dass diese Angaben auch nach der Verordnung nicht erforderlich sind.

Entgegen der Ansicht der Revision ist die Aufnahme dieser Angaben in die Zustellungsurkunde auch nicht aus Gründen eines effektiven Rechtsschutzes sowie der Gewährung des rechtlichen Gehörs und damit von Verfassungs wegen geboten. Die Führung des dem Adressaten obliegenden Beweises, dass eine Ersatzzustellung gemäß § 180 ZPO entgegen den Angaben in der hierüber errichteten Urkunde nicht oder nicht wirksam erfolgt ist, wird nicht unzumutbar dadurch erschwert, dass der Zusteller sich auf die Angabe beschränken kann, er habe die Sendung in einen Briefkasten oder eine ähnliche Vorrichtung eingelegt. Ein Briefkasten und eine ähnliche Vorrichtung, die zum Beispiel in einem Briefschlitz bestehen kann (Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Zustellungsreformgesetzes a. a. O., S. 21; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 63. Aufl., § 180 Rdnr. 5; MünchKommZPO/*Wenzel*, ZPO, Aktualisierungsband, 2. Aufl., § 180 Rdnr. 3; *Musielak/Wolst*, ZPO, 4. Aufl., § 180 Rdnr. 2; *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl., § 180 Rdnr. 3), müssen dem Adressaten eindeutig zuzuordnen, für den Postempfang eingerichtet sowie für eine sichere Aufbewahrung geeignet sein und sich in einem ordnungsgemäßen Zustand befinden (z. B. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Zustellungsreformgesetzes; MünchKommZPO/*Wenzel*; *Stein/Jonas/Roth* jeweils a. a. O.). In aller Regel wird der Zustellungsadressat nur über eine Einrichtung verfügen, bei der die Erfüllung dieser Kriterien in Betracht kommt. Er wird deshalb unschwer erkennen können, welche Vorrichtung der Zusteller mit der Eintragung in der Urkunde gemeint hat, und seine Rechtsverteidigung oder -verfolgung hierauf einrichten können. Aber auch wenn mehrere derartige als zum Postempfang geeignet anzusehende Vorrichtungen vorhanden sind und auch durch Nachfrage bei dem Zusteller nicht in Erfahrung zu bringen ist, welche dieser genutzt hat, wird dem Adressaten der Rechtsschutz nicht unverhältnismäßig erschwert, wenn die Zustellungsurkunde nicht bezeichnet, in welche der Einrichtungen das Schriftstück eingelegt wurde. Zwar muss der Empfänger in diesem Fall den Beweis, dass die Zustellung nicht oder nicht wirksam vorgenommen wurde, in Bezug auf jede dieser Einrichtungen führen. Dies ist ihm aber zuzumuten, da es in seiner Sphäre liegt, nur eine einzige geeignete Einrichtung deutlich erkennbar für den Postempfang zu bestimmen und so Mehrdeutigkeiten zu vermeiden.

§§ 143 Abs. 1 InsO; 788 ZPO; 109 GVGA

Der Vollstreckungsgläubiger als Auftragsgeber schuldet dem Gerichtsvollzieher die durch die Vollstreckungshandlung entstandenen Kosten, für welche er vom Vollstreckungsschuldner nach § 788 ZPO wiederum Ersatz verlangen kann. Demzufolge hat er im Falle einer begründeten Anfechtung nach § 143 Abs. 1 InsO dem Insolvenzverwalter auch die vom Gerichtsvollzieher beim Schuldner vereinnahmten Gerichtsvollzieherkosten zu erstatten.

BGH, Urteil v. 12. 2. 2004
– IX ZR 70/03 –

Aus den Gründen:

Die damals bereits zahlungsunfähige Schuldnerin übergab am 14. September 1999 auf der Grundlage eines entsprechenden Zahlungstitels dem Gerichtsvollzieher 5 000 DM in bar zur Abführung an die beklagte Zusatzversorgungskasse, einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Der Beklagte zog außer den eigenen Beiträgen aufgrund tarifvertraglicher Ermächtigung auch die Beiträge anderer Sozialkassen der Bauwirtschaft von den Arbeitgebern ein und führte hierüber Beitragskonten (§§ 3 und 24 des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe, Stand 10. Dezember 1997 – im Folgenden VTV).

Der Gerichtsvollzieher kehrte den Zahlbetrag nach Abzug von 15,50 DM Vollstreckungskosten an den Beklagten aus, der hiervon 413,29 DM = 211,31 Euro als eigenen Beitrag einbehielt. Den überschießenden Betrag leitete er an die insoweit berechtigten Sozialkassen weiter.

Am 8. Dezember 1999 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin beantragt. Nach Eröffnung des Verfahrens verlangte der klagende Insolvenzverwalter den Zahlungsbetrag von dem Beklagten im Wege der Anfechtung zurück.

Das Amtsgericht hat den Beklagten zur Rückzahlung des vereinnahmten Beitrages von 211,31 Euro nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hatte keinen Erfolg. Mit seiner – zugelassenen – Revision verfolgt der Kläger den aberkannten Rückgewähranspruch weiter.

Das Landgericht ist der Ansicht des Amtsgerichts gefolgt, dass der Beklagte zur Masse nur dasjenige zurückgewähren

müsse, was er selbst erlangt habe. Soweit der Beklagte den vollstreckten Betrag als tarifvertraglich ermächtigte Einzugsstelle für Rechnung anderer Kassen geltend gemacht, erhalten und – wie hier – an die Berechtigten weitergeleitet habe, sei er nicht der richtige Anfechtungsgegner.

Gegen diese Annahme des Berufungsgerichts wendet sich die Revision mit Recht. Die Klage ist vollen Umfangs begründet.

1. Die Revision beanstandet allerdings ohne Erfolg, dass das Berufungsurteil die Berufungsanträge (§ 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) nicht wiedergebe. Denn die Entscheidungsgründe des Landgerichts lassen hinreichend erkennen, dass der Kläger den geltend gemachten Anspruch in seinem aberkannten Teil ohne Einschränkung weiterverfolgt und insoweit die Abänderung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt hat. Die Entscheidungsgründe enthalten die im Zusammenhang hier noch genügende Angabe, dass die Berufung sich gegen die Teilabweisung der Klage durch das Amtsgericht wende (vgl. zu den Anforderungen an das Berufungsurteil insoweit BGH, Urt. v. 26. Februar 2003 – VIII ZR 262/02, NJW 2003, 1743; Urt. v. 30. September 2003 – VI ZR 438/02, NJW 2004, 293 f.).

2. Der Beklagte schuldet dem Kläger Rückgewähr auch der Sozialkassenbeiträge, die er als tarifvertragliche Einzugsstelle fremdnützig gegen die Schuldnerin vollstreckt und an die berechtigten Kassen ausgekehrt hat. Dabei ist der Anfechtungsgrund (§ 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO) zwischen den Parteien nicht mehr im Streit und wird auch von der Revisionserwiderung rechtlich nicht in Zweifel gezogen.

a) Das Oberlandesgericht Hamburg ist in einer vom Berufungsgericht als nicht einschlägig betrachteten Entscheidung (abgedruckt ZIP 2001, 708, 710) zu dem Ergebnis gekommen, dass der Insolvenzverwalter die Zahlung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen (§ 28 d SGB IV) gegenüber der Krankenkasse (§ 4 Abs. 2 SGB V) als Einzugsstelle (§§ 28 h, 28 i SGB IV) auch insoweit anfechten kann, als diese Beträge im Innenverhältnis anderen Versicherungsträgern zustehen. Dem zugrunde liegt, dass nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (insbesondere BSGE 15, 118, 122 f.) die Einzugsstelle gemäß § 28 h SGB IV (ebenso schon nach § 1399 Abs. 1 RVO; vgl. auch § 121 Abs. 1 AVG und § 176 Abs. 1 AFG) Verwaltungstreuhänderin der von ihr einzuziehenden Fremdbeiträge ist; ihr sind für den Beitragseinzug Rechte übertragen worden, so dass sie gegenüber den Arbeitgebern als Inhaberin der Gesamtforderung auftritt, selbst wenn im Innenverhältnis zu den anderen Versicherungsträgern deren Beiträge ein fremdes Recht bleiben. Im sozialversicherungsrechtlichen Schrifttum wird die Verwaltungshoheit der Einzugsstellen für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag so verstanden, dass sie auch Gläubiger der Beitragsansprüche sind (z. B. *Hauck/Haines/Sehnert*, SGB Losebl. § 28 h SGB IV Stand April 1999 Rdnr. 4; *Wannagat/Felix*, SGB Losebl. § 28 h SGB IV Stand April 2003 Rdnr. 10 a. E.; vgl. ebenso KG ZIP 2003, 589, 590). Unabhängig davon spricht wegen der Verwaltungshoheit der sozialversicherungsrechtlichen Einzugsstellen vieles dafür, dass sie im Hinblick auf den verwalteten Gesamtsozialversicherungsbeitrag jedenfalls Insolvenzgläubiger im Sinne der Deckungsanfechtung sein können. Sie können anfechtungsrechtlich mithin im Grundsatz auch zur Rückgewähr des Gesamtsozialversicherungsbeitrags verpflichtete Empfänger im Sinne der §§ 143, 144 InsO sein (vgl. dazu MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, § 143 Rdnr. 5).

Demgegenüber haben das Kammergericht (a. a. O. S. 589 f. = NZI 2002, 660) und das Oberlandesgericht Frankfurt (Urt. v. 1. Februar 2002 – 2 U 20/01, Umdruck S. 7) Sozialkassen im Baugewerbe, die tarifvertragliche Arbeitgeberbeiträge in einem Gesamtbetrag einziehen, anfechtungsrechtlich nicht als Empfänger solcher Beiträge angesehen, die anderen Sozialkassen zufließen (zustimmend HK-InsO/*Kreft*, 3. Aufl. § 129 Rdnr. 89). Die Sozialkassen machen insoweit nur fremde Ansprüche im eigenen Namen kraft tarifvertraglicher Ermächtigung geltend (BAG AP Nr. 1 und 11 zu § 4 TVG Gemeinsame Einrichtungen).

b) Zur Rückgewähr verpflichtet ist nach § 143 InsO der Empfänger, der die Leistung des Schuldners erlangt hat (vgl. auch § 144 InsO). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist der Beklagte danach auch insoweit Rückgewährschuldner gewesen, als er die tarifvertraglichen Arbeitgebersozialleistungen der Schuldnerin für fremde Rechnung einzuziehen hatte.

Die bereicherungsrechtlich differenziert gelöste Frage, wer nach Abtretung nicht bestehender Ansprüche zur Herausgabe der rechtsgrundlos erlangten Leistung verpflichtet ist, hat der Bundesgerichtshof in dem rechtlich ähnlichen Zusammenhang der Insolvenzanfechtung eingezogener Gesamtsozialversicherungsbeiträge ohne nähere Erörterung auch bisher schon zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen als Einzugsstellen beantwortet (vgl. dazu BGHZ 149, 100; 178; BGH, Urt. v. 10. Juli 2003 – IX ZR 89/02, WM 2003, 1776). Auf das Innenverhältnis der Einzugsstellen als Verwaltungstreuhänder der anderen Sozialversicherungsträger und auf die teilweise Fremdnützigkeit des Beitragseinzugs kommt es insoweit nicht an. Die Treugeber sind in diesen Fällen nicht Anfechtungsgegner.

In der insolvenzrechtlichen Wertung kann die Rechtsstellung des Beklagten als tarifvertragliche Einzugsstelle eines Gesamtsozialkassenbeitrags aber nicht anders beurteilt werden, obwohl hier ein treuhänderischer Rechtsübergang von den in das tarifvertragliche Leistungssystem eingebundenen Sozialkassen auf die Einzugsstelle nicht stattfindet. Der Beklagte ist als Einzugsstelle im Rahmen der Deckungsanfechtung gleichwohl wie ein Insolvenzgläubiger zu behandeln. Das Innenverhältnis zwischen der Einzugsstelle und den hinter ihr stehenden anderen Sozialkassen spielt auch für diese Fallgruppe anfechtungsrechtlich keine entscheidende Rolle.

Im Außenverhältnis zu den Beitragsschuldnern besteht zwischen gesetzlicher und tarifvertraglicher Einzugsstelle anfechtungsrechtlich kein wesentlicher Unterschied. Der Beklagte ist zur Einziehung der Arbeitgebersozialleistungen tarifvertraglich ermächtigt, soweit Beiträge an andere Sozialkassen abzuführen sind. Die Arbeitgeber können gemäß § 24 Abs. 1 VTV, § 362 Abs. 2 BGB auf die Beitragsforderungen aller systemangehörigen Sozialkassen befreiend nur an den Beklagten leisten; der Beklagte hat die ausschließliche Empfangszuständigkeit der trarifvertraglich geregelten Arbeitgebersozialleistungen. Der Beklagte ist für die Durchsetzung aller Beitragsforderungen des tarifvertraglichen Systems Prozessstandschafter, Titelgläubiger und Klauselberechtigter im Sinne des § 725 ZPO (vgl. insoweit BGH, Urt. v. 22. September 1982 – VIII ZR 293/81, NJW 1983, 1678 zur gewillkürten Prozessstandschaft im Allgemeinen). In Ausnutzung dieser Befugnisse ist der Beklagte auch wie ein Vollrechtsinhaber gegen die spätere Gemeinschuldnerin vorgegangen und hat ihre Leistungen noch während der Krise mit Vollstreckungszwang beigetrieben.

Diese anfechtungsrechtliche Interessenabwägung steht im Einklang mit den bereicherungsrechtlichen Lösungen, die auch anderweitig in der Anfechtungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs als Wertungsparallelen herangezogen worden sind (vgl. BGHZ 142, 284, 287 für die Anweisungslage; BGH, Urt. v. 5. Februar 2004 – IX ZR 473/00, z. V. b. für die Drittzahlung gemäß § 267 BGB). Zum Bereicherungsrecht hat der

Bundesgerichtshof entschieden, dass der Drittschuldner seine Leistung an den Vollstreckungsgläubiger von diesem zurückfordern kann, wenn die zur Einziehung überwiesene Forderung nicht besteht (BGHZ 151, 127, 130 f.). Auch dort ergibt sich die Rückgewährpflicht – wie im Streitfall – aus der Einziehungsermächtigung und alleinigen Empfangszuständigkeit des Vollstreckungsgläubigers (§ 836 Abs. 1 ZPO). Dagegen sind die Leistungsbeziehungen im Streitfall mit einer Anweisungslage nicht vergleichbar, bei der die Schuldnerin dem Beklagten auf die fremden Beitragsansprüche nichts geleistet hätte. Denn es gibt kein Valutaverhältnis zwischen den anderen Sozialkassen, wenn man sie als Anweisende der angewiesenen Schuldnerin denkt, und dem Beklagten, ihrer Einzugsstelle. Vielmehr musste der Beklagte die fremdnützig eingezogenen Arbeitgeberbeiträge nach § 667 BGB an die insoweit berechtigten anderen Sozialkassen herausgeben.

In der Gesamtschau spricht deshalb alles dafür, den tarifvertraglich einzugsermächtigten Beklagten auch insoweit selbst als Empfänger und damit als Anfechtungsgegner zu betrachten, als er keine eigenen Beitragsansprüche vollstreckt hat.

c) Der Beklagte kann gegen den Anfechtungsanspruch des Klägers nicht einwenden, nach Weiterleitung der fremdnützig eingezogenen Beiträge an die empfangsberechtigten Sozialkassen entreichert zu sein. Das Gesetz schließt diesen Einwand durch § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO mit der Verweisung auf § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 292, 989 BGB für den Regelfall aus. Ausnahmsweise kann sich zwar der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung nach § 143 Abs. 2 InsO auf den Entreicherungseinwand berufen. Diese gesetzliche Ausnahme greift aber vorliegend nicht ein; denn den eingezogenen Arbeitgeberbeiträgen standen im Leistungsaustausch tarifvertragliche Ansprüche der Arbeitnehmer gegen die jeweiligen Sozialkassen gegenüber.

Auch dem uneigennützigen Treuhänder des Schuldners hat der Senat bei der Bemessung des anfechtungsrechtlichen Wertersatzes die Berufung auf eine Entreicherung gestattet, weil die formelle Rechtsstellung, die er erlangt hat, von vornherein schuldrechtlich gebunden war (vgl. BGHZ 124, 298, 303). In diesem Fall war aus dem Schuldnervermögen jedoch nur die formale, auf den Treuhänder übergegangene Rechtsposition ausgeschieden und anschließend zugunsten des Schuldners selbst wieder aufgegeben worden. Um eine vergleichbare Gestaltung geht es im Streitfall nicht. Aus dem Vermögen der Schuldnerin war der an den Gerichtsvollzieher übergebene Geldbetrag rechtlich und wirtschaftlich endgültig ausgeschieden.

3. Der Kläger kann endlich die Rückgewähr der Vollstreckungskosten beanspruchen, die der Gerichtsvollzieher von der Leistung der Schuldnerin einbehalten hat.

Die Vorinstanzen haben die Klage in diesem Punkt ohne Gründe abgewiesen (§ 547 Nr. 6 ZPO). Ob der absolute Verfahrensfehler hinreichend gerügt worden ist, mag offen bleiben. Denn das Revisionsgericht darf auch bei zutreffender Rüge, dass das Berufungsurteil nicht mit Gründen versehen sei, wenn möglich nach § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden (vgl. BGH, Urt. v. 28. September 1978 – III ZR 203/74, VersR 1979, 348, 349). So liegt es hier. Der Beklagte hat nach begründeter Anfechtung auch die als Vollstreckungskosten einbehaltenen 15,50 DM dem Kläger zu ersetzen.

Die Vollstreckungskosten sind gleichfalls dem haftenden Vermögen der Schuldnerin entzogen worden. Der Beklagte schuldete diese Kosten dem Gerichtsvollzieher als Auftraggeber nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 GvKostG und konnte dafür von der (Vollstreckungs-)Schuldnerin nach § 788 ZPO Erstattung verlangen. Der eingezogene Betrag ist nach § 367 BGB mit Vorrang gegenüber den Beitragsansprüchen auf diesen Kostenerstattungsanspruch angerechnet worden, für den der Beklagte selbst Insolvenzgläubiger war. Der Beklagte hat insoweit auf Kosten der Schuldnerin in anfechtbarer Weise die Befreiung von den ihn treffenden Gerichtsvollzieherkosten erlangt. Dafür hat er der Masse Wertersatz zu leisten. In dieser Hinsicht liegt der Streitfall anders als in der Sache des Landgerichts Hamburg (Urteilsabdruck in ZIP 2001, 711, 715; zustimmend dazu MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, § 143 Rdnr. 5); denn dort war die beklagte Krankenkasse als Einzugsstelle gemäß § 28 h SGB IV nicht zugleich auch Vollstreckungsbehörde, sondern diese Zuständigkeit lag gemäß § 66 Abs. 1 SGB IV, §§ 19, 4 Buchst. b) BVwVG bei dem Hauptzollamt.

§§ 883, 888, 935 ZPO; 179, 195 GVGA

Zur Art der Vollstreckung einer Leistungsverpflichtung ist allein der sachliche Inhalt der Verpflichtung maßgebend, auch wenn das erkennende Gericht eine andere Art der Vollstreckung vorgesehen hat.

LG Bremen, Beschl. v. 29. 12. 2005
– 4 O 2257/05 –

Aus den Gründen:

Durch einstweilige Verfügung hat das erkennende Gericht dem Verfügungsbeklagten „bei Meidung eines … Ordnungsgeldes, ersatzweise Ordnungshaft“, aufgegeben, bestimmte näher bezeichnete Urkunden an den Gerichtsvollzieher herauszugeben.

Dem ist der Verfügungsbeklagte nicht nachgekommen.

Der Verfügungskläger beantragt nunmehr, die angedrohten Ordnungsmittel festzusetzen.

Der Antrag ist nicht begründet und war dementsprechend zurückzuweisen. Bei der titulierten Forderung handelt es sich um einen Anspruch auf Herausgabe beweglicher Sachen, die grundsätzlich gemäß § 883 ZPO zu vollstrecken ist, d. h. durch Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher.

Zwar trifft es zu, wie der Verfügungskläger geltend macht, dass in der einstweiligen Verfügung des Gerichtes auf Antrag des Verfügungsklägers auch Ordnungsmittel angedroht worden sind. Dies ist indessen zu Unrecht erfolgt und führt nicht dazu, dass diese entgegen der gesetzlichen Regelung nunmehr auch verhängt werden könnten. Soweit sich der Verfügungskläger auf die nicht näher begründete Fundstelle bei Zöller-*Stöber*, ZPO, 25. Aufl., § 883, Rdnr. 2 stützt und diese sich wiederum auf das AG Aachen, DGVZ 1979, 95, ebenfalls nicht weiter begründet, vermag die Kammer dem nicht zu folgen. Allein maßgeblich ist vielmehr der sachliche Inhalt der zu vollstreckenden Leistungsverpflichtung, allein danach bestimmt sich, wie diese zu vollstrecken ist (OLG Hamm, NJW 1974, 653; *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, 21. Aufl., § 883, Rdnr. 2 m. w. N. in Fn. 12). Dies hat das Gericht im Rahmen der Zwangsvollstreckung – erneut – zu prüfen und kann nur solche Maßnahmen verhängen, die ihrer Art nach gesetzlich zugelassen sind (RG Gruch. 43, 767). Es liegt auf der Hand, dass eine fehlerhafte gerichtliche Ankündigung die gesetzliche Regelung nicht zu ersetzen vermag.

Hier handelt es sich, wie dargetan, um eine Herausgabeverfügung, die ausschließlich vom Gerichtsvollzieher zu vollstrecken ist, ohne dass die unzutreffende Androhung von Ordnungsmitteln dem entgegenstünde (OLG Hamm a. a. O., *Stein/Jonas/Brehm*, a. a. O.). An diesen wird sich der Verfügungskläger daher zum Zwecke der Vollstreckung zu wenden haben.

■ BUCHBESPRECHUNG

Zwangsvollstreckung aus der Sicht des Handels-, Erb-, Betreuungs- und Minderjährigenrechts

Von Diplomrechtspfleger (FH) *Uwe Wasserl*, 1. Auflage 2005, 265 Seiten, kartoniert, 20,– Euro, Juristischer Verlag Pegnitz GmbH, 91257 Pegnitz, Lohestraße 17, – www.juristischer-verlag-pegnitz.de –

Das hier besprochene Werk ist in der Reihe „Recht in der Ausbildung und Praxis für den Gerichtsvollzieher" erschienen und ist der Kategorie der Lehrbücher zuzurechnen. Der Autor ist als hauptamtlicher Dozent an der Justizschule in Pegnitz tätig.

Schwerpunktmäßig beschäftigt sich der Autor mit der Zwangsvollstreckung in Bezug auf das Gesellschafts- bzw. Handelsrecht. Dieses Thema nimmt nahezu zwei Drittel des Buches in Anspruch. Zurecht, denn auch in der Praxis spielt die Vollstreckung auf diesem Rechtsgebiet eine große Rolle. Auch die Komplexität dieses Gebietes verbietet eine kürzere Darstellung. Schade nur, dass die drei anderen in diesem Buch vorgestellten Rechtsgebiete hierdurch etwas kurz geraten sind.

Das vorliegende Foliant zeichnet sich durch viele graphische Darstellungen aus, die dem Leser eine schnelle Information über den Sachverhalt des behandelten Themas geben. Viele Übersichten und Synopsen tun ein Übriges, um dem Leser diese schnelle Informationsmöglichkeit zu bieten. Anhand von Beispielsfällen mit sich anschließenden Lösungsvorschlägen wird auch dem in der Rechtskunde weniger bewanderten Leser die behandelte Problematik deutlich gemacht. Grundsätze, wie „Die GbR ist zwar rechtsfähig, aber dennoch keine juristische Person", sind deutlich und kaum übersehbar herausgestellt. Auszüge aus Gesetzestexten werden durch eine graue Unterlegung deutlich hervorgehoben. Insbesondere sind viele Auszüge aus dem Umwandlungsgesetz (UmwG) abgedruckt, dessen Inhalt vielleicht nicht jedem Leser sofort zur Verfügung steht. Zur schnelleren Auffindbarkeit der einzelnen Sachthemen wird aber noch ein in anderen Büchern übliches Stichwortverzeichnis vermisst.

Nach einer kurzen Einführung in die Grundzüge des Handelsrechts stellt der Autor die zu berücksichtigenden Kriterien bei der Zwangsvollstreckung für und gegen natürliche und juristische Personen vor. Bei der Vorstellung der verschiedenen Gesellschaften finden auch in der Praxis eher selten vorkommende Formen, wie die eingetragene Genossenschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien oder Vereine ihre Berücksichtigung. Begrüßenswert wäre, wenn der Verfasser zumindest auch die europäischen Gesellschaftsformen, welche in der Praxis eine immer größere Bedeutung finden, vorgestellt hätte.

Nachdem der Leser über die Grundlagen des Erbrechts informiert wurde, behandelt der Autor in einem weiteren Kapitel die grundlegenden Fragen der Zwangsvollstreckung im Erbfall. Hierin werden beispielsweise Themen zur Zwangsvollstreckung vor und nach Annahme der Erbschaft, bei Miterbengemeinschaft, bei Testamentsvollstreckung oder bei einer Vor- und Nacherbschaft werden eingehend behandelt.

Das letzte ausgearbeitete Thema, welches in der Praxis deswegen jedoch keine geringere Rolle spielt, sind die Aspekte der Zwangsvollstreckung gegen unter Betreuung stehende Personen und gegen minderjährige Kinder. Nach einer allgemeinen Vorstellung des Betreuungsrechts beschreibt der Verfasser eingehend den vollstreckungsrechtlichen Umgang mit unter Betreuung stehenden Schuldnern. Er gibt aber auch Hinweise darüber, wie sich der Gerichtsvollzieher am besten verhält, wenn er einen Schuldner antrifft, an dessen Prozessfähigkeit der Gerichtsvollzieher ernsthafte Zweifel hegt.

Das Werk empfiehlt sich nicht nur, wie vom Verlag beschrieben, für Gerichtsvollzieherbewerber, auch langjährige Praktiker können dem Buch den einen oder anderen Hinweis auf Lösungsmöglichkeiten eines Problemfalles finden.

■ HINWEIS AUF ANDERE SCHRIFTEN

Behr, Johannes, *„Erweiterter Pfändungszugriff in Arbeitseinkommen gemäß § 850 d ZPO und § 850 f Abs. 2 ZPO – auch im Hinblick auf die Neuordnung durch Hartz IV"*. In: Rpfleger. 2005, 10. S. 498–501.

Giers, Michael, *„Die Pfändung des Einkommensteuer-Rückerstattungsanspruchs"*. In: Familien-Rechtsberater. 2005, 12. S. 375–378.

Krause, Lambert, *„Unterhalt und Insolvenz"*. In: FamRZ. 2005, 20. S. 1725–1727.

Rausch, Hans, *„Vereinfachte Unterhaltsvollstreckung in der EU mit dem neuen Europäischen Vollstreckungstitel"*. In: Familie und Recht. 2005,10. S. 437–443.

Schmerbach, Ulrich, *„Die Versagung der Restschuldbefreiung nach §§ 290 und 295 InsO – eine Bestandsaufnahme der veröffentlichten Rechtsprechung 1999 bis August 2005"*. In: Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung. 2005, 10. S. 521–530.

Smyrek, Daniel Sven, *„Einheitlicher Rechtsraum – nur in der Theorie? Die Verhinderung der gebotenen Titelfreizügigkeit durch die nationalstaatliche Judikative am Beispiel eines Beschlusses des LG Stuttgart vom 20. Oktober 2004 – 17 O 547/04, RIW 2005, 709"*. In: Recht der Internationalen Wirtschaft. 2005, 9. S. 695–697.

Thomsen, Kai, *„Pebb§y – besser als sein Ruf!"* In: Schleswig-Holsteinische Anzeigen/A. 2005, 10. S. 322–326.

Warrikoff, Alexander, *„Die Befreiung des Schuldners von seinen Verbindlichkeiten – ein Vergleich zwischen Restschuldbefreiung, Insolvenzplan und gerichtlicher Schuldenbereinigung"*. In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht. 2005, 22. S. 1179–1185.

Zipperer, Helmut, *„Das Vermieterpfandrecht, ein Fallstrick bei der Unternehmensfortführung?"*. In: Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung. 2005, 10. S. 538–542.

Herausgeber: Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V. (DGVB) – 50672 Köln, Goebenstraße 3. **Verantwortlich:** Schriftleiter Obergerichtsvollzieher Werner Blaskowitz; Stellvertreter: Gerichtsvollzieher Stefan Mroß in 77815 Bühl, Aloys-Schreiber-Str. 8, Telefon (0 72 23) 80 76 25.
Verlag: Heenemann Verlagsgesellschaft mbH, 12103 Berlin, Bessemerstraße 83–91. **Druck:** H. Heenemann GmbH & Co., 12103 Berlin, Bessemerstraße 83–91. Erscheinungsweise: monatlich 1 Heft, Versand als Postvertriebsstück. Bezugspreis: jährlich 35,– € einschließlich Versandkosten und Mehrwertsteuer. Einzelheft 4,– €. 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 DGVZ dauernd das alleinige Nutzungsrecht.
Alle Rechte sind vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der weiteren Vervielfältigung im Wege des fotomechanischen oder ähnlichen Verfahrens.
Einsendungen und Zuschriften, die den Inhalt der Zeitung (Aufsätze, Entscheidungen etc.) betreffen, sind nur zu richten an den Schriftleiter der DGVZ, Obergerichtsvollzieher Werner Blaskowitz.
Bestellungen und Zuschriften, die den **Bezug** der Zeitschrift betreffen, sind an den Kassenführer der DGVZ, Ingo Stollenwerk, Eschweiler Straße 199, 52222 Stolberg, Telefon (0 24 03) 78 59 68, Telefax (0 24 03) 78 59 67, E-Mail: gv-stollenwerk@web.de, zu richten. **Anzeigenaufträge** sind an den stellvertretenden Schriftleiter, Stefan Mroß, Aloys-Schreiber-Straße 8, 77815 Bühl, Telefax (0 72 23) 80 76 26, E-Mail: SMross.GV-Buero@t-online.de, zu richten. **Vergriffene Jahrgänge** (ab 1949) sind im Reprintverfahren bei der Firma Auvermann & Keip GmbH, Bayernstraße 9, 63773 Goldbach, erhältlich.
Einbanddecken sind zu beziehen bei Firma Grit und Mathias Wenig GbR, Montanstraße 6, 13407 Berlin, Telefon (030) 4 64 45 48, Telefax (030) 41 40 46 41.
Das **Jahres-Inhaltsverzeichnis** wird jeweils der Februar-Ausgabe des folgenden Jahres beigefügt.