



Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung

**Zeitschrift für Vollstreckungs-, Zustellungs-
und Kostenrecht**

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

123. Jahrgang · November 2008

11 | 08

Zur Frage der Räumungsvollstreckung gegenüber dem sich in der Mietwohnung aufhaltenden nichtehelichen Lebensgefährten

BGH Beschluss vom 19. März 2008 – I ZB 56/07*)

Von Rechtsanwalt Holger Pauly, Saarbrücken

I. Einführung:

Die Frage, ob für eine Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe einer Wohnung nach § 885 ZPO auch ein gegen den nichtehelichen Lebensgefährten des Schuldners gerichteter Vollstreckungstitel erforderlich ist, beschäftigt Rechtsprechung und Literatur bereits seit Längerem. Nunmehr liegt mit dem Beschluss vom 19. März 2008 eine höchstrichterliche Entscheidung vor, die für die Praxis weitgehende Rechtssicherheit bedeutet. Die Entscheidung fügt sich dabei nahtlos in die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Problematik der Räumungsvollstreckung gegen nicht am Mietvertrag beteiligte Personen ein¹⁾, wonach aufgrund der Vorschrift des § 750 Abs. 1 ZPO grundsätzlich ein Vollstreckungstitel gegen jeden erforderlich ist, der an der Wohnung in rechtlich schützenswerter Weise ein Besitzrecht begründet hat.

Mit seinem kürzlich ergangenen Beschluss ist vom BGH die Gelegenheit verpasst worden, seine vielfach kritisierte Rechtsprechung²⁾ zu Gunsten einer den Gläubigerinteressen

besser Rechnung tragenden Gesetzesauslegung aufzugeben. Der vorliegende Beitrag geht nochmals³⁾ auf die Schwächen der BGH-Rechtsprechung ein.

Des Weiteren äußerte sich der BGH in dieser Entscheidung zu dem Problem, ob Räumungsmaßnahmen auch gegenüber (gerade) volljährig gewordenen mit ihren Eltern weiter zusammenlebenden Kindern eingeleitet werden dürfen, was vom Gericht bejaht wurde. Auch insoweit kann die Argumentation des BGH jedoch nicht überzeugen, wenngleich der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen ist.

II. Zur Auffassung des BGH – Gesonderter Vollstreckungstitel gegenüber jedem Wohnungsmitbesitzer

Die Rechtsprechung zur Räumungsvollstreckung gegen nicht am Mietvertrag beteiligte Personen wird im Ausgangspunkt ganz entscheidend von der Auslegung der einschlägigen zwangsvollstreckungsrechtlichen Normen bestimmt. Danach ergibt sich aus den §§ 809, 886 ZPO, dass die Räumungsvollstreckung auf den Mitbesitz Dritter im Sinne der §§ 854 ff. BGB nicht ausgedehnt werden darf.

Auf sonstige materiell-rechtliche Gesichtspunkte, beispielsweise ob der Ehepartner zu einer Herausgabe an den Gläubiger verpflichtet ist oder nicht, kommt es aufgrund des formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahrens nach Ansicht der Rechtsprechung demgegenüber nicht mehr an.

*) Abgedruckt in diesem Heft, S. 168 ff.

¹⁾ Im Falle am Mietvertrag direkt beteiligter mehrerer Personen ist praktisch unbestritten, dass hinsichtlich sämtlicher Mieter ein Vollstreckungstitel erwirkt werden muss. Schwierigkeiten treten immer dann auf, wenn, wie in der hier besprochenen Entscheidung, der von der Vollstreckung mitbetroffene Dritte nicht Partei des Mietvertrages geworden ist.

²⁾ Auch hinsichtlich der hier besprochenen Entscheidung liegt mittlerweile bereits eine ablehnende Stellungnahme vor. Vgl. die Urteilsanmerkung von *Schuschke* in: NJW 2008, 1960 f. Zustimmung hat die Entscheidung demgegenüber bei *Bergsdorf*, ZfR 2008, 474 ff. gefunden.

³⁾ Bereits in DGVZ 2000, 17 ff. hat der Verfasser die von der Rechtsprechung schon damals favorisierte Ein-Titel-Theorie kritisiert.

Bereits in seinem Beschluss vom 18. Juli 2003⁴⁾, bei dem es um die Räumungsvollstreckung gegenüber einem Untermieter ging, argumentierte der BGH in gleicher Weise. Demzufolge hielt es der BGH in dieser Entscheidung für vollkommen unerheblich, dass der Untermieter nach materiellem Recht gemäß § 546 Abs. 2 BGB n. F. zur Herausgabe der Mietsache an den Hauptmieter verpflichtet war. Mit seinem Beschluss vom 25. Mai 2004⁵⁾ übertrug der BGH diese Grundsätze zunächst auf den Fall der Räumungsvollstreckung gegenüber dem im Mietvertrag bzw. Titel nicht aufgeführten Ehegatten. Infolgedessen hielt der BGH den sachenrechtlichen Mitbesitz des von der Vollstreckung mitbetroffenen Ehegatten in Bezug auf die Gewährung von Vollstreckungsschutz schon für ausreichend.

Der BGH wendete mit seinem Beschluss vom 19. März 2008 unter Hinweis auf zuvor in diesem Sinne bereits ergangene unterinstanzliche Rechtsprechung⁶⁾ die vorgenannten Grundsätze ausdrücklich auf den Fall der Räumungsvollstreckung gegenüber dem sich in der Mietwohnung aufhaltenden nichtehelichen Lebensgefährten sinngemäß an.

III. Zur abweichenden Mindermeinung – Ein-Titel-Theorie

Nach vielfach vertretener Auffassung⁷⁾ ist der Vermieter dazu berechtigt, allein aufgrund eines gegen den Mieter gerichteten Räumungstitels die Räumungsvollstreckung auch gegen solche Personen zu betreiben, welche lediglich die Mieträume (mit-)bewohnen und im Titel selbst nicht aufgeführt worden sind. Die dogmatische Begründung hierfür differiert. Teilweise wendet man die Vorschrift des § 885 Abs. 2 ZPO analog an⁸⁾, zum Teil plädiert man aber auch für eine eigenständige (vollstreckungsrechtliche) Auslegung des Besitzbegriffes⁹⁾.

Bereits in DGVZ 2000, S. 19 f. wurde vom Autor ausführlich dargelegt, dass die besseren Gründe in vorliegendem Zusammenhang für eine vollstreckungsrechtliche Auslegung des Besitzbegriffes sprechen. Der Sinn und Zweck des bürgerlichen Besitzschutzsystems der §§ 854 ff. BGB ist mehr auf Schnelligkeit als auf Endgültigkeit ausgerichtet. Besitzschutz im Sinne der §§ 854 wird bereits demjenigen gewährt, der nachweisen kann, ursprünglich die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt zu haben, ohne dass es dabei auf ein Recht zum Besitz ankommt. Aus diesem Grund bestimmt die Vorschrift des § 863 BGB, dass Einwendungen aus materiellem Recht gegenüber den Ansprüchen aus §§ 861, 862 BGB grundsätzlich ausgeschlossen sind, womit unter Umständen mit dem materiellen Recht unvereinbare Ergebnisse zumindest für eine Übergangszeit hingenommen werden müssen.

In der Zwangsvollstreckung kann ein solch unzureichender Schutz dem Vollstreckungsgläubiger richtiger Auffassung nach nicht zugemutet werden. Dieser hat bereits ein zeit- und kostenaufwendiges Gerichtsverfahren als auch ein ebensol-

ches Vollstreckungsverfahren eingeleitet. In dieser Situation kann es nur um die Schaffung klarer endgültiger Verhältnisse und nicht etwa um eine mit dem Makel der Vorläufigkeit behaftete Zwischenlösung gehen. Der sachenrechtliche Besitzbegriff und der damit einhergehende weitreichende Besitzschutz nach den Vorschriften der §§ 854 ff. BGB kann im Vollstreckungsrecht folglich nicht uneingeschränkt Anwendung finden. Dies bedeutet: Ergibt sich das Besitzrecht nur aus dem Innenverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Mitbewohner, dann ist es abgeschwächt und deshalb unter vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht weiter schützenswert.

Sofern von der h. M.¹⁰⁾ gegen diesen Ansatz eingewandt wird, dass mit dieser Betrachtungsweise eine unzulässige Vermischung von Vollstreckungs- und Erkenntnisverfahren verbunden sei, trifft dies in Wirklichkeit nicht zu. Für jeden Gerichtsvollzieher muss nämlich ohne weitere Nachforschungen bzw. Überprüfungen sofort einsichtig sein, dass eine am Mietvertragsverhältnis unbeteiligte Person allenfalls eine Rechtsbeziehung mit dem Schuldner, nicht hingegen mit dem Gläubiger, eingegangen sein kann, was das Vorliegen eines abgeschwächten Besitzrechtes zuverlässig feststellbar macht. Im Übrigen muss ein Gerichtsvollzieher auch ansonsten in seiner Vollstreckungspraxis verschiedene Vorschriften des BGB bzw. der ZPO sicher beherrschen und anwenden. Bei Zug-um-Zug- Titeln beispielsweise muss der Gerichtsvollzieher die dem Schuldner gebührende Leistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise anbieten, was wiederum die zuverlässige Kenntnis der entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches impliziert. Aus diesem Grund billigt die ganz h. M.¹¹⁾ dem Gerichtsvollzieher auch eine eingeschränkt materiell-rechtliche Überprüfungscompetenz zu, was beispielsweise im Rahmen eines bestehenden Vermieterpfandrechtes von Bedeutung ist.

Die durch die Ein-Titel-Theorie angestrebte größere Effektivität von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ist im Übrigen ausdrückliches Ziel sonstiger gesetzgeberischer Maßnahmen, wie beispielsweise die Vorschriften der §§ 1362 BGB, 739 ZPO belegen. Auch dieser Gesichtspunkt spricht für die hier vertretene vollstreckungsrechtliche Auslegung des Besitzbegriffes.

IV. Vorteile der Ein-Titel-Theorie

Die jeweils einen gesonderten Vollstreckungstitel für notwendig erachtende Rechtsprechung des BGH mutet dem Gläubiger ohne innere Notwendigkeit zu, sowohl Klage gegen den Mieter als auch dessen Mitbewohner erheben zu müssen, was unter Kostengesichtspunkten betrachtet kaum hinnehmbar erscheint. Des Weiteren kann es zum Nachteil des Gläubigers zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen kommen, wenn beispielsweise lange nach Klageerhebung bzw. sogar erst nach Abschluss des ersten Räumungsprozesses das Vorhandensein weiterer unselbständiger Personen entdeckt wird. Zumindest die unterinstanzliche Rechtsprechung¹²⁾ eröffnet dem Vollstreckungsgläubiger in solchen – in der täglichen Rechtsanwendung durchaus häufigen – Fällen die

⁴⁾ BGH ZMR 2003, 826 = DGVZ 2003, 187. Vgl. hierzu ausführlich Pauly in: ZMR 2005, 337 ff.

⁵⁾ BGH NJW 2004, 3041 = DGVZ 2004, 138.

⁶⁾ OLG Köln, DGVZ 1997, 120; OLG Düsseldorf, DGVZ 1998, 140; KG, NJW-RR 1994, 713.

⁷⁾ LG Darmstadt, DGVZ 1980, 110; LG Freiburg, WuM 1989, 571; LG Berlin, DGVZ 1993, 173; Schneider, DGVZ 1986, 9; Pauly, DGVZ 2000, 19 mit weiteren Nachweisen; ders. in: ZMR 2005, 337 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 3.

⁸⁾ In diesem Sinne: MünchKomm/Schilken, ZPO, 3. Aufl., § 885 Rdnr. 11; Schuschke, NZM 2004, 206.

⁹⁾ Vgl. bereits Pauly in: DGVZ 2000, S. 18 mit zahlreichen weiteren Nachweisen in den Fußnoten 11 und 12.

¹⁰⁾ Vgl. beispielsweise: OLG Köln, WuM 1994 286; Winderlich, ZMR 1990, 125; Rabl, DGVZ 1987, 40; Brunn, NJW 1988, 1362.

¹¹⁾ Vgl. hierzu die Nachweise bei Schneider, DGVZ 1989, 145 unter Fußnote 3 und Pauly, DGVZ 2000, 19.

¹²⁾ OLG Hamburg, NJW 1992, 3308; KG, NZM 2003, 105; LG Mönchengladbach, DGVZ 1996, 74; LG Hamburg, DGVZ 2005, 164; LG Lübeck, in diesem Heft, S. 172 ff.

Möglichkeit der Einrede der unzulässigen Rechtsausübung. Die Rechtsprechung kommt also nicht umhin, die Ein-Titel-Theorie zumindest in bestimmten Fällen aufgrund materiell-rechtlicher (Billigkeits-)Erwägungen abzuschwächen. Von daher sorgt die Rechtsprechung wenigstens in Randbereichen für eine Korrektur. Überzeugender wäre es jedoch, den Weg zur Ein-Titel-Theorie konsequent zu beschreiten.

V. Verbleibende Zweifelsfragen

Die vom BGH bei der Problemlösung ganz in den Mittelpunkt gerückte Orientierung an den bürgerlich-rechtlichen Besitzvorschriften führt in der Praxis häufig zu nicht unerheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten. Nicht immer ist für einen Gerichtsvollzieher vor Ort nämlich zweifelsfrei zu klären, ob von einem Dritten solcher Besitz in schützenswerter Weise begründet wurde. Der BGH stellte in diesem Zusammenhang in seinem Beschluss vom 19. März 2008 das Postulat auf, dass sich ein Mitbesitz an der Wohnung stets aus den Umständen klar und eindeutig ergeben müsse.

In der hier besprochenen Entscheidung lagen diese Voraussetzungen dabei nach Ansicht des Gerichts nicht vor. Das Beschwerdegericht hatte die Voraussetzungen eines Mitbesitzes des nichtehelichen Lebensgefährten der Schuldnerin noch ohne größere Sachverhaltsfeststellungen bejaht. Es nahm an, dass der nichteheliche Lebensgefährte grundsätzlich Mitbesitzer sei. Lediglich für den Ausnahmefall, das ein Mieter häufig wechselnde Partner für nur jeweils kurze Zeit in die Wohnung aufnehme, könne unter Umständen anderes gelten.

Dem ist der BGH nicht gefolgt. Nach Ansicht des Gerichts könne anders als bei einem Ehepaar, das gemeinsam auf Grund der auf Lebenszeit angelegten Ehe in der ehelichen Wohnung lebe, bei einem nichtehelichen Lebensgefährten allein aus der Aufnahme in die Wohnung nicht auf einen Mitbesitz geschlossen werden¹³⁾. Vielmehr müsse immer anhand der tatsächlichen Umstände des jeweiligen Falles beurteilt werden, ob der nichteheliche Lebensgefährte Mitbesitzer oder aber nur Besitzdiener sei. Dabei müsse sich aus den Gesamtumständen stets klar und eindeutig ergeben, dass der Dritte Mitbesitzer sei, weil das Zwangsvollstreckungsverfahren formalisiert sei und der Gläubiger vor einer Verschleierung der Besitzverhältnisse durch den Schuldner zwecks Verhinderung der Zwangsvollstreckung geschützt werden müsse.

In seiner Urteilsanmerkung übte *Schuschke*¹⁴⁾ gegen diese Sichtweise bereits zu Recht Kritik. Den heutigen Lebensanschauungen dürfte es in der Tat erheblich eher entsprechen, wenn man auch für Lebensgefährten, mit denen man nicht „das Leben“ teilen will, im Regelfall Mitbesitz an der Wohnung annimmt. Richtiger Ansicht nach kann es hinsichtlich der Feststellung der Besitzverhältnisse vor dem Hintergrund der gebotenen Rechtssicherheit auch nur auf vom Zufall unabhängige allgemeingültige Kriterien wie insbesondere die allgemeine Verkehrsauffassung ankommen. Sofern der BGH hingegen die Anzeige des Mieters an den Vermieter von der beabsichtigten oder erfolgten Aufnahme des nichtehelichen Lebensgefährten oder dessen Anmeldung in der Wohnung nach den jeweiligen landesrechtlichen Meldegesetzen bereits als hinreichend zuverlässigen Anhaltspunkt für eine

Besitzeinräumung ansieht, kann dies nicht überzeugen. Da hingehende Versäumnisse des Mieters können beispielsweise auch auf bloßer Nachlässigkeit oder auf Verschleierungsabsicht beruhen. Zumindest im erstgenannten Fall fehlt es gemessen an den Kriterien der allgemeinen Verkehrsauffassung gleichwohl nicht an einer nach außen erkennbaren Besitzeinräumung. Im letztgenannten Fall liegt es wiederum näher, die Schutzbedürftigkeit der Besitzbegründung und nicht etwa die tatsächliche Sachherrschaft an sich zu verneinen.

Der BGH hatte weiterhin über den möglichen Vollstreckungsschutz (gerade) volljährig gewordener, mit ihren Eltern zusammenlebender Kinder zu entscheiden. Im Ausgangspunkt ging dabei der BGH zutreffend davon aus, dass minderjährige Kinder, die mit ihren Eltern zusammenleben, grundsätzlich keinen Besitz an der gemeinsam benutzten Wohnung haben. Diese Besitzverhältnisse ändern sich im Regelfall nicht, so der BGH weiter, wenn das Kind volljährig wird und mit seinen Eltern weiter zusammenwohnt¹⁵⁾. Selbst in diesem Fall bleiben die in der elterlichen Wohnung lebenden Kinder im Regelfall Besitzdiener, ohne dass es darauf ankommt, ob die Kinder unter der Adresse gemeldet sind und der Vermieter die tatsächlichen Vermieter kennt.

Mit der allgemeinen Verkehrsauffassung erscheint es richtiger Auffassung nach jedoch kaum vereinbar, volljährige Kinder als bloße Besitzdiener zu behandeln. Die besseren Gründe sprechen meines Erachtens vielmehr eindeutig dafür, dass die Eltern mit ihren erwachsenen Kindern an bestimmten Räumen Teil-, an anderen Mitbesitz haben¹⁶⁾. Die weiteren Konsequenzen hieraus hängen dann wiederum davon ab, ob man der Zwei-Titel-Theorie des BGH oder aber der Ein-Titel-Theorie der Mindermeinung folgt. Bei zutreffender Würdigung der allgemeinen Verkehrsauffassung hätte der BGH gemessen an seinem eigenen Rechtsverständnis hinsichtlich der einschlägigen vollstreckungsrechtlichen Besitzschutzvorschriften vorliegend also zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangen und die Räumungsvollstreckung auch gegenüber dem mittlerweile volljährigen Kind als unzulässig ansehen müssen.

VI. Zusammenfassende Ergebnisse:

Die Räumungsvollstreckung aus Familienwohnungen kann mit der aktuellen Rechtsprechung nicht mehr preisgünstig bzw. zügig durchgeführt werden. Zudem sind für den Vollstreckungsgläubiger bzw. dessen Rechtsvertreter aufgrund der Unsicherheiten bei der Bestimmung der Besitzverhältnisse die Erfolgsaussichten einer Zwangsvollstreckung kaum zuverlässig zu prognostizieren. Der BGH hat in diesem Zusammenhang durch weitere mit der Verkehrsauffassung nicht in Einklang stehende Abgrenzungskriterien für zusätzliche Verwirrung gesorgt.

Da in absehbarer Zeit wohl nicht damit zu rechnen ist, dass sich der BGH der Ein-Titel-Theorie anschließt, sollte sich in Übereinstimmung mit anderen Stimmen aus der Literatur¹⁷⁾ nunmehr endlich der Gesetzgeber dieser Problematik annehmen.

¹³⁾ Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 885 Rdnr. 10; Gruber, in: Münch-Komm-ZPO, § 885 Rdnr. 19; Musielak/Lackmann, ZPO, 5. Aufl., § 885 Rdnr. 10; Staudinger/Bund, BGB, Neubearb. 2007, § 866 Rdnr. 12. A. A.: Joost, in MünchKomm, 4. Aufl., § 866 Rdnr. 5.

¹⁴⁾ Schuschke, NJW 2008, 1960.

¹⁵⁾ Das LG Heilbronn, Rpfleger 2005, 154, hat den Mitbesitz des volljährigen Kindes von der Verpflichtung von Kost und Logis abhängig gemacht, was jedoch kaum zuverlässig festgestellt werden kann. Für eine Einzelfallentscheidung in diesem Zusammenhang hat sich Bergsdorf in: ZfIR 2008, 475 ausgesprochen.

¹⁶⁾ Zutreffend: Schuschke, NJW, 2008, 1961.

¹⁷⁾ Vgl. N. Fischer, DGVZ 2007, 118; Schuschke, NZM 2005, 688.

§ 885 Abs. 1 ZPO; § 180 GVGA

1. **Hat der Mieter in die Mietwohnung einen nichtehelichen Lebensgefährten aufgenommen, ist für die Räumungsvollstreckung ein Vollstreckungstitel auch gegen den nichtehelichen Lebensgefährten erforderlich, wenn dieser Mitbesitz an der Wohnung begründet hat. Ein Mitbesitz an der Wohnung muss sich aus den Umständen klar und eindeutig ergeben.**
2. **Minderjährige Kinder, die mit ihren Eltern zusammenleben, haben grundsätzlich keinen Mitbesitz an der gemeinsam genutzten Wohnung. Die Besitzverhältnisse an der Wohnung ändern sich im Regelfall nicht, wenn die Kinder nach Erreichen der Volljährigkeit mit ihren Eltern weiter zusammenleben. Haben Kinder keinen Mitbesitz an der Wohnung erlangt, reicht für eine Räumungsvollstreckung ein Vollstreckungstitel gegen die Eltern aus.*)**

**BGH, Beschl. v. 19. 3. 2008
– I ZB 56/07 –**

Gründe:

I.

Die Schuldnerin ist vom Amtsgericht Tübingen zur Räumung und Herausgabe ihrer Wohnung K.straße in T. verurteilt worden. Die Gerichtsvollzieherin lehnte die Vollstreckung des Räumungstitels mit der Begründung ab, in der Wohnung lebten außer der Schuldnerin deren Lebensgefährte sowie die volljährige Tochter der Schuldnerin und der Ehemann der Tochter, gegen die kein Vollstreckungstitel vorliege.

Dagegen hat die Gläubigerin Erinnerung eingelegt, mit der sie geltend gemacht hat, der Lebensgefährte der Schuldnerin sei nicht Partei des Mietvertrages geworden und habe sich ohne Wissen der Gläubigerin in der Wohnung aufgehalten. Er sei ebenso wie die volljährige Tochter der Schuldnerin und der Ehemann der Tochter nur Besitzdiener. Ein Vollstreckungstitel sei daher nur gegen die Schuldnerin und nicht gegen die weiteren in der Wohnung lebenden Personen erforderlich.

Das Amtsgericht hat die Erinnerung zurückgewiesen. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde der Gläubigerin zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Gläubigerin.

II.

Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Die Gerichtsvollzieherin habe sich zu Recht geweigert, aufgrund des allein gegen die Schuldnerin vorliegenden Urteils die Wohnung zu räumen. Der Lebensgefährte der Schuldnerin, deren erwachsene verheiratete Tochter und der Ehemann der Tochter seien nicht bloße Besitzdiener, sondern Mitbesitzer der Wohnung. Gegen sie sei deshalb ebenfalls ein Räumungstitel erforderlich.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Entscheidung darüber, ob die Gläubigerin aus dem ausschließlich gegen die Schuldnerin gerichteten Urteil des Amtsgerichts Tübingen die Räumungsvollstreckung betreiben kann, hängt von den Besitzverhältnissen an der zu räumenden Wohnung ab. Hierzu sind weitere tatsächliche Feststellungen des Beschwerdegerichts erforderlich.

a) Die Frage, ob für eine Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe einer Wohnung nach § 885 ZPO auch ein gegen den nichtehelichen Lebensgefährten des Schuldners gerichteter Vollstreckungstitel erforderlich ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

aa) Teilweise wird angenommen, zur Räumung einer Wohnung, in die der nichteheliche Lebensgefährte nach Abschluss des Mietvertrages und Einräumung des Alleinbesitzes an den Schuldner aufgenommen worden sei, reiche ein Vollstreckungstitel gegen den Schuldner aus, wenn der Dritte sein Besitzrecht nicht vom Vermieter ableitet (LG Darmstadt, DGVZ 1980, 110; LG Freiburg, WuM 1989, 571; LG Lübeck, JurBüro 1992, 196; LG Berlin, DGVZ 1993, 173; *Scherer*, DGVZ 1993, 161, 163; *H. Schneider*, DGVZ 1986, 4, 9; *Wieczorek/Schütze/Storz*, ZPO, 3. Aufl., § 885 Rdnr. 22; *Walker* in *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl., § 885 ZPO Rdnr. 14; ebenso für den Ehegatten: *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 67. Aufl., § 546 Rdnr. 13). Zum Teil wird ein gegen den nichtehelichen Lebensgefährten gerichteter Vollstreckungstitel nicht für notwendig angesehen, wenn der nichteheliche Lebensgefährte den Mitbesitz ohne oder gegen den Willen des Vermieters begründet und entgegen Treu und Glauben gegenüber dem Vermieter verheimlicht hat (OLG Hamburg, NJW 1992, 3308; KG NZM 2003, 105; LG Mönchengladbach, DGVZ 1996, 74; LG Hamburg, DGVZ 2005, 164; *Thomas/Putzo/Hüßtege*, ZPO, 28. Aufl., § 885 Rdnr. 4 d). Nach anderer Ansicht soll ein Vollstreckungstitel gegen den vom Mieter in die Wohnung aufgenommenen nichtehelichen Lebensgefährten generell erforderlich sein (*Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO, 66. Aufl., § 885 Rdnr. 15).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Gläubiger aus einem Räumungsurteil gegen den Mieter nicht gegen den im Titel nicht aufgeführten Ehepartner vollstrecken, weil regelmäßig selbst dann beide Ehegatten Mitbesitzer der ehelichen Wohnung sind, wenn nur einer von ihnen Partei des Mietvertrages ist. Ob der Ehepartner nach materiellem Recht zur Herausgabe der Mietsache an den Gläubiger verpflichtet ist, ist nicht im formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren zu prüfen, sondern einer Beurteilung im Erkenntnisverfahren vorbehalten. Der Gerichtsvollzieher hat im Räumungsverfahren nur die tatsächlichen Besitzverhältnisse zu beurteilen (BGHZ 159, 383, 384 ff.).

Diese Grundsätze sind auf die Räumungsvollstreckung gegen einen nichtehelichen Lebensgefährten sinngemäß anzuwenden. Ist der nichteheliche Lebensgefährte Mitbesitzer der Wohnung, ist grundsätzlich auch gegen ihn ein Räumungstitel notwendig (KG NJW-RR 1994, 713; OLG Köln, DGVZ 1997, 119, 120; OLG Düsseldorf, DGVZ 1998, 140; *Bunn*, NJW 1988, 1362, 1364; *Artzt/Schmidt*, ZMR 1994, 90, 92; *Becker-Eberhard*, FamRZ 1994, 1296, 1303; *Stickelbrock*, ZP 118, 106, 108; *Zöller/Stöber*, ZPO, 26. Aufl., § 885 Rdnr. 10; MünchKomm.ZPO/*Gruber*, 3. Aufl., § 885 Rdnr. 19). Den Mitbesitz an der Wohnung braucht der nichteheliche Lebens-

*) amtlicher Leitsatz

gefährte nicht vom Vermieter abzuleiten. Auch die Anzeige des Mieters an den Vermieter von der Aufnahme des nichtehelichen Lebensgefährten in die Wohnung ist nicht unabdingbare Voraussetzung für die Begründung von Mitbesitz.

Von diesen Maßstäben ist im Ansatz auch das Beschwerdegericht ausgegangen. Es hat zutreffend angenommen, dass es entscheidend darauf ankommt, ob der nichteheliche Lebenspartner Mitbesitzer oder Besitzdiener der Wohnung ist.

bb) Die Voraussetzungen eines Mitbesitzes des nichtehelichen Lebensgefährten der Schuldnerin hat das Beschwerdegericht im vorliegenden Verfahren bejaht. Es hat angenommen, der nichteheliche Lebenspartner sei grundsätzlich Mitbesitzer. Ob etwas anderes zu gelten habe, wenn ein Mieter häufig wechselnde Partner jeweils nur für kurze Zeit in die Wohnung aufnehme, brauche nicht entschieden zu werden, weil für eine solche Fallgestaltung keine Anhaltspunkte ersichtlich seien. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

(1) Zu Recht macht die Rechtsbeschwerde geltend, das Beschwerdegericht habe keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Lebensgefährte der Schuldnerin Mitbesitz an der Wohnung begründet habe. Anders als bei einem Ehepaar, das gemeinsam aufgrund der auf Lebenszeit angelegten Ehe in der ehelichen Wohnung lebt, kann bei einem nichtehelichen Lebensgefährten allein aus der Aufnahme in die Wohnung nicht auf einen Mitbesitz geschlossen werden (Zöller/Stöber, a. a. O., § 885, Rdnr. 10; MünchKomm.ZPO/Gruber, a. a. O., § 885, Rdnr. 19; Musielak/Lackmann, ZPO, 5. Aufl., § 885 Rdnr. 10; Staudinger/Bund, BGB (Bearbeitung 2007), § 866 Rdnr. 12; Becker-Eberhard, FamRZ 1994, 1296, 1303; Schuschke, NZM 2005, 10, 11; a. A. MünchKomm.BGB/Joost, 4. Aufl., § 866 Rdnr. 5). Vielmehr muss anhand der tatsächlichen Umstände des jeweiligen Falles beurteilt werden, ob der nichteheliche Lebensgefährte Mitbesitzer oder nicht nur Besitzdiener ist. Die tatsächlichen Besitzverhältnisse hat der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan zu prüfen. Die Einräumung des Mitbesitzes an den nichtehelichen Lebensgefährten muss durch eine von einem entsprechenden Willen getragene Handlung des zuvor alleinbesitzenden Mieters nach außen erkennbar sein (vgl. zur Übertragung des Alleinbesitzes: BGH, Urt. v. 10. 1. 1979 – VIII ZR 302/77, NJW 1979, 714, 715). Aus den Gesamtumständen muss sich klar und eindeutig ergeben, dass der Dritte Mitbesitzer ist, weil das Zwangsvollstreckungsverfahren formalisiert ist und der Gläubiger vor einer Verschleierung der Besitzverhältnisse durch den Schuldner zur Vereitelung der Zwangsvollstreckung geschützt werden muss. Anhaltspunkte, durch die sich nach außen die Einräumung des Mitbesitzes dokumentiert, sind die Anzeige des Mieters an den Vermieter von der beabsichtigten oder erfolgten Aufnahme des nichtehelichen Lebensgefährten oder seine Anmeldung in der Wohnung nach den jeweiligen landesrechtlichen Meldegesetzen.

(2) Die danach notwendigen Feststellungen sind allerdings auch nicht in einem Fall entbehrlich, in dem der Schuldner die Aufnahme des nichtehelichen Lebensgefährten in die Wohnung dem Gläubiger nicht angezeigt hat, weil es grundsätzlich nur auf die vom Vollstreckungsorgan zu beurteilenden tatsächlichen Besitzverhältnisse ankommt (vgl. BGHZ 159, 383, 386). Ob sich aufgrund des auch im Zwangsvollstreckungsrecht geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB (hierzu BGHZ 57, 108, 111) etwas anderes ergibt, wenn der Vermieter vor Einleitung des Räumungsprozesses bei dem Mieter nach weiteren in der Wohnung lebenden Personen fragt, um diese in die Klage einbeziehen

zu können, und der Mieter keine, eine falsche oder eine unvollständige Auskunft erteilt, kann im vorliegenden Verfahren offenbleiben. Die Gläubigerin hat zu einer entsprechenden Anfrage an die Schuldnerin vor Einleitung des Räumungsprozesses nichts vorgetragen.

(3) Im vorliegenden Fall hat das Beschwerdegericht keine Feststellungen zu den tatsächlichen Besitzverhältnissen getroffen. Die Schuldnerin hat einen Mitbesitz ihres nichtehelichen Lebensgefährten an der Wohnung bislang im Verfahren auch nicht geltend gemacht. Im wiedereröffneten Beschwerdeverfahren wird das Beschwerdegericht den Beteiligten hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen müssen und gegebenenfalls die erforderlichen Feststellungen zu den tatsächlichen Besitzverhältnissen nachzuholen haben. Die Beweislast für eine Begründung von Mitbesitz durch ihren Lebensgefährten trifft die Schuldnerin, wenn sie als Mieterin zunächst Alleinbesitz an der Wohnung begründet hat und ein Mitbesitz des Lebensgefährten geltend gemacht werden soll.

b) Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Gläubigerin benötige zur Räumung der Wohnung auch einen Vollstreckungstitel gegen die Tochter der Schuldnerin und ihren Ehemann. Dem kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen ebenfalls nicht zugestimmt werden.

aa) Minderjährige Kinder, die mit ihren Eltern zusammenleben, haben grundsätzlich keinen Mitbesitz an der gemeinsam benutzten Wohnung. Für eine Räumungsvollstreckung reicht deshalb ein Vollstreckungstitel gegen die Eltern aus (KG NJW-RR 1994, 713, 714; Wieczorek/Schütze/Storz, a. a. O., § 885 Rdnr. 21). Die gegenteilige Ansicht, die bei Kindern ab dem 14. Lebensjahr von einem Mitbesitz an den ihnen zugewiesenen Räumen ausgeht (Schuschke, NZM 2005, 10, 11), steht nicht nur mit den tatsächlichen Besitzverhältnissen nicht in Einklang. Sie lässt auch die schützenswerten Belange minderjähriger Kinder unberücksichtigt. Die Nachteile, die sich aus einer Mithaftung für die Kosten des Räumungsprozesses und der Zwangsräumung ergeben, überwiegen deutlich den Vorteil, als mitverklagte Partei im Prozess seine Rechte wahrnehmen zu können, weil den minderjährigen Kindern im Räumungsprozess im Verhältnis zum Vermieter grundsätzlich keine weitergehenden Rechte zustehen als ihren Eltern, die Mietvertragspartei sind.

Die Besitzverhältnisse an der Wohnung, in der die Familie lebt, ändern sich im Regelfall nicht, wenn das Kind volljährig wird und mit seinen Eltern weiter zusammenwohnt (OLG Hamburg, NJW-RR 1991, 909; KG NJW-RR 1994, 713, 714; Zöller/Stöber, a. a. O., § 885 Rdnr. 7; MünchKomm.ZPO/Gruber, a. a. O., § 885 Rdnr. 20; Musielak/Lackmann, a. a. O., § 885 Rdnr. 9; a. A. LG Heilbronn, DGVZ 2005, 167; Bunn, NJW 1988, 1362, 1364; Riecke, DGVZ 2006, 81, 83). In diesem Fall bleiben die nach Erreichen der Volljährigkeit weiter in der elterlichen Wohnung lebenden Kinder im Regelfall Besitzdiener, ohne dass es darauf ankommt, ob die Kinder unter der Adresse gemeldet sind und der Vermieter die tatsächlichen Verhältnisse kennt. Etwas anderes kann nur gelten, wenn eine Änderung der Besitzverhältnisse volljähriger Kinder an der elterlichen Wohnung nach außen eindeutig erkennbar geworden ist.

bb) Zu Recht macht die Rechtsbeschwerde geltend, dass das Beschwerdegericht zu den Besitzverhältnissen der volljährigen Tochter keine Feststellungen getroffen hat. Dass die volljährige Tochter der Schuldnerin verheiratet ist und mit ihrem Ehepartner in der Wohnung der Schuldnerin lebt, besagt nichts über die tatsächlichen Besitzverhältnisse. Der Umstand, dass die Tochter mit ihrem Ehemann keine eigene Wohnung bezogen hat, sondern in der Wohnung der Schuld-

nerin weiterlebt, kann umgekehrt auch für den Fortbestand eines Besitzverhältnisses zwischen der Schuldnerin und ihrer Tochter sprechen, wie es bei minderjährigen Kindern angenommen wird. In diesem Fall hat die Tochter keinen eigenen Mitbesitz neben der Schuldnerin begründet und ist Besitzdienerin geblieben (§ 855 BGB).

Entsprechendes würde dann auch – wie das Amtsgericht zu Recht angenommen hat – für ihren Ehemann gelten.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu Pauly – in diesem Heft – S. 165 ff.

§§ 724, 727, 794 Abs. 1 ZPO; §§ 57, 93 ZVG

Das vereinfachte Klauselerteilungsverfahren für eine Räumungsvollstreckung aus dem Zuschlagsbeschluss darf nicht in ein bestehendes Recht auf Besitz eingreifen, wenn es nach § 57 ZVG schützenswert ist.

**BGH, Beschl. v. 14. 2. 2008
– V ZB 108/07 –**

Gründe:

I.

Der Beteiligte zu 1 erwarb den im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitz des Beteiligten zu 2 durch Erteilung des Zuschlags in der Zwangsversteigerung. Die Büroräume des aufstehenden Gebäudes werden von der Beteiligten zu 3 genutzt. Die Rechtsgrundlage hierfür sieht sie in einem Vertrag vom 11. März 2003, wonach sie alle Rechte und Pflichten des Einzelunternehmens G. aus einem Mietvertrag vom 20. Januar 2003 zwischen diesem Unternehmen und dem Beteiligten zu 2 übernommen hat. In dem Zwangsversteigerungsverfahren meldete der Beteiligte zu 2 als Mieter Baukosten an.

Der Beteiligte zu 1 hat eine vollstreckbare Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses beantragt, die sich in der Vollstreckungsklausel gegen die Beteiligte zu 3 richtet. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Auf die sofortige Beschwerde hat das Landgericht das Amtsgericht angewiesen, die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht wegen des Vertrags vom 11. März 2003 zu versagen. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde will die Beteiligte zu 3 die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erreichen. Der Beteiligte zu 1 beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

II.

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts darf der Beteiligte zu 1 gegen die Beteiligte zu 3 die auf Räumung und Herausgabe gerichtete Zwangsvollstreckung aus dem Zuschlagsbeschluss betreiben, weil der Vertrag vom 11. März 2003 keinen ausreichenden Anhaltspunkt für ein Besitzrecht der Beteiligten zu 3 nach § 57 ZVG bietet. Bedenken bestünden gegen die Wirksamkeit dieses Vertrags, weil der Mietvertrag vom 20. Januar 2003 wegen Personenidentität auf Vermieter- und Mieterseite unwirksam sein dürfte. Selbst wenn der Vertrag vom 11. März 2003 wirksam sei, begründe dies kein Besitzrecht der Beteiligten zu 3; denn die Vereinbarung sei ein Scheinvertrag. Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

III.

Das Rechtsmittel ist – ungeachtet des Umstands, dass die Sache entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts keine grundsätzliche Bedeutung (siehe dazu nur Senat, BGHZ 154,

288, 291 m. umfangr. N.) hat und deshalb kein Grund zur Zulassung der Rechtsbeschwerde bestand – statthaft (§ 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO) und im Übrigen zulässig (§ 575 ZPO). Es ist jedoch unbegründet. Das Beschwerdegericht hat ein die Klauselerteilung hinderndes Besitzrecht der Beteiligten zu 3 zu Recht verneint.

1. Nach § 93 Abs. 1 Satz 2 ZVG soll der Ersteher aus dem Zuschlagsbeschluss die Zwangsvollstreckung gegen den Besitzer auf Räumung und Herausgabe von Geschäftsräumen nicht betreiben, wenn dieser aufgrund eines Rechts besitzt, welches durch den Zuschlag nicht erloschen ist. Ein solches Recht kann dem Mieter nach Maßgabe des § 57 ZVG zustehen. Sind ihm die Räume überlassen, findet die Vorschrift des § 566 BGB i. V. m. § 578 Abs. 2 BGB Anwendung. Dies setzt allerdings voraus, dass es noch vor der Versteigerung zur Überlassung der Räume durch den Vermieter in Erfüllung seiner Pflichten aus § 535 Abs. 1 BGB gekommen ist; die Besitzräumung muss gerade im Hinblick auf das Mietverhältnis erfolgt sein. Denn § 57 ZVG will allein den im Zeitpunkt des Zuschlags bereits besitzenden Mieter vor einer nachfolgenden Räumung schützen. Durch das vereinfachte Klauselerteilungsverfahren, das es dem Ersteher ermöglicht, aus dem Zuschlagsbeschluss gegen den Besitzer von Räumen vorzugehen, darf dann nicht in ein bestehendes Recht zum Besitz eingegriffen werden, wenn es nach § 57 ZVG schützenswert ist. Wird ein solches Recht geltend gemacht, ist nach § 93 Abs. 1 Satz 2 ZVG zu prüfen, ob es einer Klauselerteilung entgegensteht. Auch wenn der Besitzer nicht den vollen (materiellen) Beweis für sein Besitzrecht erbringen muss, genügt es nicht, dass er sich lediglich auf ein solches Recht beruft. Es müssen – von ihm im Einzelnen darzulegende – Anhaltspunkte gegeben sein, die sein Besitzrecht zumindest nahe legen. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass der Missbrauch der Schutzvorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes – insbesondere des § 57 ZVG – zum Nachteile des Erstehers gefördert und das vereinfachte Klauselerteilungsverfahren dadurch entwertet würde (siehe zu allem BGH, Beschluss vom 27. Februar 2004, IX a ZB 269/03, WM 2004, 754 f.).

2. Solche Anhaltspunkte hat die Beteiligte zu 3 nicht ausreichend dargelegt.

a) Unklar ist allerdings, was das Beschwerdegericht im Hinblick auf den Vertrag vom 11. März 2003 mit dem Begriff „Scheinvertrag“ hat ausdrücken wollen. Falls es von einem Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB ausgegangen ist, trägt seine Begründung diese Annahme nicht. Denn der Umstand, dass die Beteiligte zu 3 zur Sicherung ihres sich aus § 57 ZVG ergebenden Besitzrechts in dem Zwangsversteigerungsverfahren nicht als Mieterin benannt wurde, ist kein Indiz dafür, dass sie und der Beteiligte zu 2 einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, die mit dem Vertrag vom 11. März 2003 verbundenen Rechtsfolgen jedoch nicht eintreten lassen wollten. Auch spricht der Vortrag der Beteiligten zu 3, dass die Vermietung der Räume steuerrechtliche Gründe gehabt habe, gegen ein Scheingeschäft; die von dem Beteiligten zu 2 erstrebten Steuervorteile ließen sich nämlich nur mit einem wirksamen Mietvertrag erzielen. Schließlich hat das Beschwerdegericht den Vortrag der Beteiligten zu 3 nicht berücksichtigt, dass sie seit Februar 2005 für die Überlassung der Räume Miete an den Beteiligten zu 2 zahle. Diese Zahlungen sprechen ebenfalls gegen ein Scheingeschäft.

b) Rechtlich nicht zu beanstanden ist es, dass das Beschwerdegericht die Frage der Wirksamkeit des Mietvertrags vom 20. Januar 2003 offen gelassen hat. Die gegen seine Bedenken gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde sind

deshalb unerheblich. Denn sowohl im Fall der Wirksamkeit als auch im Fall der Unwirksamkeit beurteilt es sich nach dem Vertrag vom 11. März 2003, ob die Beteiligte zu 3 ein die Klauselerteilung hinderndes Recht zum Besitz hat. Entweder hat sie – angeblich – die Rechte und Pflichten der vorherigen Mieterin übernommen, oder es ist – im Wege der Auslegung (§ 157 BGB) oder der Umdeutung (§ 140 BGB) – (vgl. Senat, Urteil vom 11. Dezember 1981, V ZR 222/80, NJW 1982, 2381, 2382) davon auszugehen, dass – angeblich – zu ihren Gunsten ein Mietvertrag mit dem Inhalt des Vertrags vom 20. Januar 2003 neu vereinbart wurde.

c) Wie das Beschwerdegericht weitgehend zutreffend dargestellt hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Vertrag vom 11. März 2003 die Erteilung der von dem Beteiligten zu 1 beantragten Vollstreckungsklausel hindert.

aa) Zwar können sowohl die Mietzahlungen der Beteiligten zu 3 seit Februar 2005 als auch die Inbesitznahme der Räume durch sie im Jahr 2003 Indizien sein, die für den Abschluss eines Mietvertrags vor der Zuschlagserteilung sprechen. Auch mag es zur Zerstreung der von dem Zwangsverwalter in seinem Bericht vom 21. November 2005 geäußerten rechtlichen Bedenken gegen die Wirksamkeit des Mietvertrags vom 20. Januar 2003 sinnvoller gewesen sein, einen eigenständigen neuen Mietvertrag zu schließen, als sich auf den Vertrag vom 11. März 2003 zu berufen, wenn ein Mietverhältnis der Beteiligten zu 3 nur vorgeschoben werden sollte.

bb) Aber gegen das tatsächliche Bestehen dieses Mietverhältnisses spricht neben den übrigen von dem Beschwerdegericht angeführten Umständen entscheidend, dass nicht die Beteiligte zu 3, sondern der Beteiligte zu 2 am 9. Januar 2006 persönlich und am 16. November 2006 unter seiner Einzel-Firma (vgl. den im Mietvertrag vom 20. Januar 2003 verwendeten Stempel) als Mieter bei dem Vollstreckungsgericht einen Baukostenzuschuss angemeldet hat. Diese Anmeldung entbehrt der Grundlage, wenn man davon ausgeht, dass der Beteiligten zu 3 mit dem Vertrag vom 11. März 2003 dieselbe Rechtsstellung wie die der früheren Mieterin übertragen wurde. Die Anmeldung konnte keinen Kündigungsschutz zugunsten der Beteiligten zu 3 (§ 57 c ZVG) bewirken; sie war – die von der Beteiligten zu 3 behauptete Wirksamkeit des Vertrags vom 11. März 2003 unterstellt – unsinnig. Weshalb dieser Weg gleichwohl beschritten wurde, hat die Beteiligte zu 3 nicht erklärt, sondern sich lediglich auf den Vertrag berufen.

4. Somit hat sie nicht genügend Anhaltspunkte vorgetragen, die ihr Besitzrecht im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nahe legen. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts hat deshalb Bestand.

Anmerkung der Schriftleitung:

Die Räumungsvollstreckung aus einem Zuschlagsbeschluss in der Zwangsversteigerung soll gegen den Besitzer des Grundstücks durchgeführt werden. Soweit der Besitz nicht offenkundig ist, muss der Räumungsschuldner in der Vollstreckungsklausel ausdrücklich genannt werden. Soweit der Besitzer jedoch vor dem Zuschlag bereits Mieter war, und ihm der Besitz überlassen wurde, kann der Ersteher gemäß §§ 57 ff. ZVG nur selbst kündigen und muss gegebenenfalls einen eigenen Titel gegen den Besitzer erwirken. Hat der Besitzer jedoch kein vor der Versteigerung entstandenes Besitzrecht, kann der zu räumende Besitzer aus dem Zuschlagsbeschluss im vereinfachten Klauselverfahren benannt werden, wodurch die Räumungsvollstreckung gegen diesen Besitzer dann möglich wird.

§ 242 BGB; § 185 ZPO

Ist die öffentliche Zustellung gemessen an den Voraussetzungen des § 185 ZPO unwirksam, ist es dem von der Unwirksamkeit Begünstigten verwehrt, sich auf diese zu berufen, wenn er zielgerichtet versucht hat, eine Zustellung, mit der er sicher rechnen musste, zu verhindern. In einem solchen Fall ist das Berufen auf die Unwirksamkeit rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich (Bestätigung von BGHZ 149, 311).

BGH, Beschl. v. 28. 4. 2008

– II ZR 61/07 –

Gründe:

Das Berufungsgericht hat den Vortrag des Klägers nur unvollständig und zudem nur im Zusammenhang mit der Prüfung der Frage der ordnungsgemäßen Zustellung des Versäumnisurteils zur Kenntnis genommen. Es hat sich dadurch unter Verstoß gegen den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör (Artikel 103 Grundgesetz) in entscheidungserheblicher Weise den Blick für die sich nach dem Vortrag des Klägers aufdrängende Prüfung verstellt, ob ein Berufen des Beklagten auf die nicht ordnungsgemäße Zustellung rechtsmissbräuchlich ist (§ 242 BGB).

I. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann auch in einem Fall, in dem die öffentliche Zustellung, wie das Berufungsgericht hier angenommen hat, unwirksam ist, ein Berufen auf die Unwirksamkeit im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein (BGHZ 149, 311, 323). Diese im vorliegenden Fall gebotene Prüfung hat das Berufungsgericht unterlassen, weil es den Vortrag des Klägers zu dem Verhalten des Beklagten, mit dem dieser seine postalische Erreichbarkeit zu verhindern versucht hat in einer Zeit, in der er mit einer Inanspruchnahme seitens des Klägers aus der Garantieerklärung rechnen musste, nicht ausreichend zur Kenntnis genommen hat.

1. Der Kläger hat unter Vorlage eines Schreibens der Meldebehörde vorgetragen, dass sich der Beklagte bereits zum 1. Januar 2005 mit unbekanntem Aufenthaltsort abgemeldet hat, er mithin seiner Meldepflicht fast ein halbes Jahr nicht nachgekommen ist. Obwohl seine Ehefrau weiterhin am bisherigen gemeinsamen Wohn- und Geschäftssitz lebte und erreichbar war, hat der Beklagte während dieser Zeit nichts unternommen, um sicherzustellen, dass ihn dort – weiterhin – für ihn eingehende Post erreichen konnte. Er hat weder, was angesichts des Verbleibens seiner Ehefrau unter der gemeinsamen Wohnanschrift ohne Weiteres möglich gewesen wäre, dafür Sorge getragen, dass die für ihn dort eingehende Post entgegengenommen und an ihn weitergeleitet wird noch hat er – was sich ebenfalls aufgedrängt hätte, wenn er nicht beabsichtigte, unerreichbar zu sein, – einen Postnachsendeauftrag gestellt.

2. Ebenfalls nur unvollständig zur Kenntnis genommen hat das Berufungsgericht den unter Bezugnahme auf die Akten des Verfahrens 2 O 163/98 LG Bielefeld gehaltenen Vortrag des Klägers zu dem Verhalten des Prozessbevollmächtigten des Beklagten. Das Berufungsgericht hat insoweit lediglich berücksichtigt, dass der Prozessbevollmächtigte die Nachfrage des Klägers nach der Anschrift des Beklagten unbeantwortet gelassen hat. Es hat dabei aber nicht in den Blick genommen, dass der Prozessbevollmächtigte genau zu dieser Zeit den Beklagten in der Zwangsvollstreckungssache 2 O 163/98 LG Bielefeld und dem sich daran anschließenden Kostenstreit vertreten hat, in der er für den Beklagten Anträge gestellt hat und mehrfach schriftsätzlich tätig geworden ist. Angesichts dessen hätte sich dem Berufungsgericht aufdrängen müssen,

dass zwischen dem Beklagten und seinem Anwalt zu der Zeit, in der der Beklagte für den Kläger u.a. deshalb nicht erreichbar war, weil der Anwalt die Auskunft über den Aufenthaltsort verweigerte, Kontakt bestand. Der Anwalt hätte dem Kläger daher den Aufenthaltsort des Beklagten mitteilen können, was er Monate nach der öffentlichen Zustellung des Versäumnisurteils im Verfahren 2 O 163/98 LG Bielefeld schließlich getan hat mit der Bemerkung, er sei „vom Gericht“ nie zur Mitteilung der Anschrift aufgefordert worden. Jedenfalls aber war der Beklagte unter Zugrundelegung dieses Vortrags des Klägers darüber informiert, dass der Kläger ihn erneut gerichtlich aus der Garantie in Anspruch nehmen wollte. Über seinen Prozessbevollmächtigten, den der Klägeranwalt zeitnah und fortlaufend informiert hatte, wusste der Beklagte von dem Inhalt des Gesellschafterbeschlusses vom 7. Dezember 2004 und der sich daran anschließenden Korrespondenz über die Sanierung und die von dem Kläger geforderte Sonderzahlung, und ihm musste aufgrund dieser Informationen bewusst sein, dass der Kläger nach dem Scheitern des Zwangsvollstreckungsversuchs, wie schriftlich gegenüber seinem Prozessbevollmächtigten angekündigt, Klage gegen ihn erheben würde und er dafür für ihn postalisch erreichbar sein musste. Trotz dieses Wissens hat der Beklagte weder seinen Anwalt angehalten, dem Kläger seinen Aufenthaltsort mitzuteilen, noch hat er, nachdem er seinen neuen Wohnsitz genommen und sich angemeldet hatte, es für nötig befunden, seiner Ehefrau die neue Anschrift mitzuteilen, damit diese die zu erwartenden gerichtlichen Schriftstücke an ihn nachsenden konnte.

3. Hätte das Berufungsgericht nicht nur das Bemühen des Klägeranwalts und des Landgerichts hinsichtlich der Aufenthaltsermittlung des Beklagten, sondern den gesamten Vortrag des Klägers zu dem Verhalten des Beklagten berücksichtigt, ist nicht ausgeschlossen, dass es darin ein Vorgehen des Beklagten gesehen hätte, das dem Ziel diene, eine erfolversprechende gerichtliche Inanspruchnahme seitens des Klägers aus der Garantie durch „Untertauchen“ zu verhindern. Es hätte dann möglicherweise das Berufen des Beklagten auf die Fehlerhaftigkeit der öffentlichen Zustellung als rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) gewertet und es ihm deshalb versagt, die Unwirksamkeit der Zustellung im Prozess geltend zu machen.

II. Der Senat hat bei der Zurückverweisung von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

§ 885 Abs. 1 ZPO; § 180 GVGA

Liegt ein Zusammenwirken mit dem Hauptmieter im Sinne einer Vollstreckungsvereitelung vor, ist es rechtsmissbräuchlich, wenn sich der angebliche Besitzer darauf beruft, dass er im Titel nicht genannt ist.

**LG Lübeck, Beschl. v. 23. 4. 2008
– 7 T 193/08 –**

Aus den Gründen:

I.

Der Gläubiger ist der Insolvenzverwalter, der gegenüber den Beteiligten zu 1. bis 3. und dem weiteren Beteiligten die Räumungsvollstreckung betreibt, um zugunsten der Masse bald wieder Mieteinnahmen aus den streitbefangenen Räumlichkeiten erzielen zu können.

Der Gläubiger erwirkte am 1. Februar 2008 das Räumungsurteil des Landgerichts Lübeck (17 O 98/07) gegen die Beteiligten zu 1. bis 3., durch das diese zur Räumung der Gewerberäume im Erdgeschoss eines Hotels verurteilt worden sind.

Der Gläubiger beauftragte den zuständigen Gerichtsvollzieher mit der Durchführung der Räumung. Dieser kündigte den Beteiligten zu 1. bis 3. mit Schreiben vom 8. März 2008 an, dass Räumungstermin auf den 7. April 2008 angesetzt sei. Mit Schriftsatz vom 27. März 2008 meldete sich daraufhin der weitere Beteiligte mit der Behauptung, alleiniger Untermieter des Beteiligten zu 1. zu sein. Dies habe er dem Gläubiger vor etwa vier Wochen mitgeteilt. Die Beteiligten zu 1. und 2. hätten geräumt und keine Verfügungsgewalt mehr über das Objekt. Gleiches gelte für die Beteiligte zu 3., die er als seine Angestellte bezeichnete. Er widersprach der Räumung unter Berufung auf ein Urteil des BGH, da gegen ihn kein Titel vorliege, auf den die Räumung gestützt werden könne.

Da der Gerichtsvollzieher am Räumungstermin festhielt, legte der weitere Beteiligte mit Schriftsatz vom 1. April 2008 Erinnerung nach § 766 ZPO ein. Der Gerichtsvollzieher leitete seine Sonderakte dem Amtsgericht mit dem Bemerkten zu, dass nach seiner Auffassung durch das jetzige Anzeigen des Untermietverhältnisses und die neue Mitgewahrsamsbegründung die Räumungsvollstreckung vereitelt werden solle. Für ihn ergäben sich keine Anhaltspunkte, dass der weitere Beteiligte Gewahrsam an den Räumlichkeiten habe.

Die Beteiligten zu 1. und 2. teilten dem Gerichtsvollzieher mit Schreiben vom 2. April 2008 mit, dass sie die Räumung nicht mehr betreffe, sie hätten geräumt. Der weitere Beteiligte sei seit dem 1. Februar 2008 alleiniger Untermieter und dieser betreibe in den Gewerberäumen seit April 2007 sein angemeldetes Automatenaufstellgewerbe. Die Beteiligte zu 3. habe ihren Untermietvertrag fristgerecht zum 31. Januar 2008 aufgekündigt. Der weitere Beteiligte habe die gleiche Adresse wie die Beteiligten zu 1. und 2., er wolle es gerichtlich abklären lassen, ob er wirklich räumen müsse, zumal er eine erhebliche Mietzinsvorauszahlung geleistet habe. Nach dem eingereichten Untermietvertrag vom 10. Februar 2007, in dem sowohl der weitere Beteiligte als auch die Beteiligte zu 3. mit dem Zusatz „und/oder“ als Untermieter bezeichnet sind, endet das Untermietverhältnis erst am 31. Januar 2010, jedoch mit zweijähriger einseitiger Verlängerungsoption für den weiteren Beteiligten.

Der Gläubiger beantragte mit Schriftsatz vom 3. April 2008, auf den Bezug genommen wird, die Erinnerung zurückzuweisen. Darin ist insbesondere davon die Rede, dass der Beteiligte zu 1. angesichts der ihm gegenüber erfolgten fristlosen Kündigung vom 29. Dezember 2006 wegen Zahlungsrückständen versucht habe, sich die Räumung durch eine Rückzahlung von 60 000,- Euro, nämlich 40 Prozent der nicht abgerechneten Nebenkostenvorauszahlungen der letzten 13 Jahre von insgesamt rund 150 000,- Euro, abkaufen zu lassen, anderenfalls werde es einen Rechtsstreit bis zum BGH und über Jahre keine Mietzahlungen an die Insolvenzmasse geben. Zeitnah und nach fristloser Kündigung des Hauptmietverhältnisses sei dann die Beteiligte zu 3., eine damalige Angestellte des Beteiligten zu 1., als neue Konzessionsinhaberin und Strohfrau vorgeschoben worden, um die Räumung zu erschweren. Diese habe bei ihrer Antragstellung gegenüber der Stadt einen Untermietvertrag vom 31. Januar 2007 vorgelegt, der sie als alleinige Untermieterin der Gewerberäume ausgewiesen hat und der bereits am 10. Februar 2007 durch den Untermietvertrag ersetzt worden sein soll, in dem auch der weitere Beteiligte genannt ist. In einem Schreiben der Beteiligten zu 3. vom 6. April 2007 sei der weitere Beteiligte als von ihr eingesetzte Aufsichtsperson bezeichnet worden. Weder dort noch im gesamten Räumungsrechtsstreit sei davon die Rede gewesen, dass der weitere Beteiligte angeblich bereits

am 10. Februar 2007 weiterer Untermieter geworden ist. Auch der weitere Beteiligte sei letztlich nur vorgeschoben, bei ihm soll es sich um einen Bezieher von Arbeitslosengeld handeln. Die Zwangsäumung sei äußerst eilbedürftig, weil die Mietausfälle bereits mehr als 100 000,- Euro erreicht hätten und inzwischen von den Spielothekenbetreibern die Wasser- und Energieversorgung des Hotels angezapft worden sei.

Das Amtsgericht hat der Erinnerung mit Beschluss vom 4. April 2008 stattgegeben und die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts für unzulässig erklärt. Gegen den weiteren Beteiligten liege kein Räumungstitel vor, was jedoch erforderlich sei. Ob ein Untermietvertrag mit dem weiteren Beteiligten besteht, könne nur im Hauptsacheverfahren, nicht aber im Rahmen eines Erinnerungsverfahrens geklärt werden, Gleiches gelte für die Frage eines etwaigen kollusiven Zusammenwirkens bzw. einer treuwidrigen Berufung auf den angeblichen Untermietvertrag.

Gegen den am selben Tag per Fax vorab übermittelten Beschluss richtet sich die sofortige Beschwerde des Gläubigers vom 9. April 2008, mit der er die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses sowie die Anweisung an den Gerichtsvollzieher anstrebt, die Räumung gegenüber den Vollstreckungsschuldnern und dem weiteren Beteiligten zu betreiben. Der Gläubiger macht insoweit erneut geltend, der weitere Beteiligte versuche offensichtlich rechtsmissbräuchlich und kollusiv die Vollstreckung aus dem Räumungstitel zu verhindern, um das Gewerbeobjekt weiterhin ohne Gegenleistung nutzen zu können. Die Berufung auf das Untermietverhältnis sei evident rechtsmissbräuchlich, Feststellungen im Rahmen eines Erkenntnisverfahrens bedürfe es nicht. Wegen der Einzelheiten wird auf die Beschwerdeschrift Bezug genommen.

II.

Die sofortige Beschwerde ist nach § 793 ZPO statthaft und zulässig. Sie ist in der Sache auch begründet.

Das Amtsgericht und auch der Gläubiger gehen jedoch im Ansatz zutreffend davon aus, dass ein Räumungstitel gegen einen Räumungsschuldner nicht die Räumung gegen jeden Besitzer ermöglicht. Dem steht schon § 750 ZPO entgegen, der eindeutig fordert, dass die Person, gegen die vollstreckt werden soll, im Titel namentlich bezeichnet ist. Dementsprechend hat der BGH bereits entschieden, dass aus einem Titel gegen den Hauptmieter nicht gegen den Untermieter vollstreckt werden kann, vgl. BGH NJW-RR 2003, 1450 f. Auch für Mitbesitzer wie den Ehegatten des Mieters gilt entsprechendes, vgl. BGHZ 159, 383 ff.; BGH FamRZ2005, 269 f.

Nicht höchstrichterlich entschieden ist jedoch der Fall, dass dem Gläubiger kurz vor Beginn der beabsichtigten Räumungsvollstreckung ein angeblicher Mitbesitzer (hier streng genommen Alleinbesitzer) präsentiert wird, von dem bislang nicht die Rede war und auf den sich der Räumungsgläubiger dementsprechend auch nicht einstellen konnte. Ob insoweit die in der Rechtsprechung des BGH getroffene Aussage, die allgemeinen Voraussetzungen jeder Zwangsvollstreckung (Titel, Klausel, Zustellung) könnten nicht durch materiell-rechtliche Überlegungen oder Gesichtspunkte der Billigkeit außer Kraft gesetzt werden, uneingeschränkt gelten kann, wird in der Rechtsprechung der Instanzgerichte uneinheitlich bewertet. So hat das LG Memmingen DGVZ 2007, 126 f. die Ablehnung eines Räumungsauftrages durch einen Gerichtsvollziehers bestätigt, der damit konfrontiert war, dass „sich mittlerweile eine Firma ... in den Räumlichkeiten befindet“ und der Gläubiger behauptete, es läge angesichts der Erfahrungen der Vergan-

genheit der Versuch der Vollstreckungsvereitelung durch den Räumungsschuldner durch Aufnahme immer neuer Mieter vor. Der Gläubiger wurde insoweit darauf verwiesen, er müsse einen Titel gegen die besagte Firma erwirken. Dieser Verweis zeigt die Grenzen des oben genannten formalen Begründungsansatzes auf, denn einem räumungsunwilligen Räumungsschuldner wird so Tür und Tor geöffnet, die geschuldete Räumung nach Belieben durch die Präsentation immer neuer angeblicher Untermieter zu verzögern. Faktisch läuft dies auf eine Rechtsverweigerung gegenüber dem Gläubiger hinaus, denn dieser müsste wegen der Kosten in Vorlage treten und liefe selbst bei erfolgreicher Klage zudem Gefahr, die Kosten wegen Mittellosigkeit des angeblichen Untermieters letztendlich tragen zu müssen. Hinzu kommt, dass dieses Risiko mehrfach hintereinander auftreten kann, wenn sich beim nächsten Räumungsversuch herausstellt, dass nunmehr wiederum eine Person Besitzer sein soll, gegen die es noch keinen Titel gibt, so dass der aufgezwungene Räumungsprozess für nichts und wieder nichts geführt wurde. Vor diesem Hintergrund hat das AG Hamburg-St. Georg DGVZ 2007, 63 f. im Anschluss an eine Entscheidung des KG NZM 2003, 105 (dort Untervermietung nach erfolgter Kündigung des Hauptmietverhältnisses) die Räumung auch ohne Titel gegen den angeblichen Untermieter zugelassen, wenn die zu räumende Wohnung nicht zu Wohnzwecken sondern zur Ausübung der Prostitution genutzt wird, die Untermieterin heimlich und erst nach Rechtshängigkeit der Räumungsklage aufgenommen wurde und hohe Mietrückstände des Hauptmieters bestehen.

Die Kammer schließt sich im Ergebnis dem zuletzt genannten Ansatz an. Zwar ist grundsätzlich an den Voraussetzungen des § 750 ZPO festzuhalten. Jedoch muss der Rechtsstaat auch in der Lage sein, dem Rechtsmissbrauch zu begegnen, der sich aus der Ausnutzung formaler Rechtspositionen ergeben kann, sei dies nun im Aktien- (BGHZ 107, 296 ff.), Wettbewerbs- oder auch Zwangsvollstreckungsrecht. In allen genannten Bereichen gibt es Ansatzmöglichkeiten, Rechte in einer Weise geltend zu machen, die den jeweiligen Gegner faktisch lähmen oder zumindest finanziell belasten, so dass eine gewisse Bereitschaft bestehen kann, zur Vermeidung langwieriger und teurer Auseinandersetzungen Zugeständnisse zu machen, auf die kein Anspruch besteht. Ein angeblicher Untermieter, der erst nach Beendigung des Besitzrechtes des Hauptmieters angebliche Besitzrechte begründet haben will, ist jedoch nicht schutzwürdig, insbesondere, wenn er diese nicht so frühzeitig anmeldet, dass der Gläubiger schon im Räumungsprozess gegen den Hauptmieter darauf reagieren kann. Genau das sind die Fälle des Rechtsmissbrauchs, denn es geht um Besitzer, die im Falle eines Räumungsversuches wie aus dem Nichts auftauchen und auch vorher nicht als potentielle Besitzer erkennbar waren und bei denen ein gewisses Näheverhältnis zum längst räumungspflichtigen Hauptmieter erkennbar ist. Wer hingegen als Opfer einer Täuschung des Hauptmieters vertragliche Verpflichtungen eingegangen ist, wird ein solches Näheverhältnis in der Regel nicht aufweisen und soll auch des Schutzes, den § 750 ZPO bietet, nicht verlustig gehen. Lässt sich unter Zugrundelegung der vorgenannten Kriterien ein Zusammenwirken mit dem Hauptmieter im Sinne einer Vollstreckungsvereitelung festmachen, ist es rechtsmissbräuchlich, wenn sich der angebliche Besitzer darauf beruft, dass ihm gegenüber § 750 ZPO nicht gewahrt ist.

Ein solcher Missbrauchsfall ist hier gegeben. Der Beteiligte zu 1., der zugleich für die Beteiligte zu 2. handelt und sich im Schreiben vom 19. Februar 2008 als Sprachrohr des weiteren Beteiligten geriert, hat das angebliche Untermietverhältnis mit dem weiteren Beteiligten erst begründet, nachdem ihm we-

gen erheblicher Mietrückstände fristlos gekündigt worden war. Mit der berechtigten fristlosen Kündigung war sein Recht zum Besitz beendet, das vertragliche Recht zur Untervermietung ist schon nach § 12 des Mietvertrages auf die gesamte Laufzeit des Vertrages beschränkt und endete mithin auch mit der Beendigung des Vertrages durch fristlose Kündigung.

Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, weil angesichts mehrerer Entscheidungen des BGH aus jüngerer Zeit zu § 750 ZPO, in denen es allerdings nicht um eine Konstellation wie diese ging, und widerstreitender Entscheidungen der Instanzgerichte eine höchstrichterliche Klärung der Rechtsfrage angezeigt ist, ob die von der Kammer vertretene Einschränkung mit der Rechtsprechung des BGH vereinbar ist.

Anmerkung der Schriftleitung:

Aus vorgenannter Entscheidung wird der weitere Diskussions- und möglicherweise Gesetzgebungsbedarf ersichtlich. Allerdings wäre auch an die Möglichkeit zu denken, das vorhandene Urteil gemäß § 727 ZPO kurzfristig auf den neuen angeblichen Besitzer als Räumungsschuldner umzuschreiben. Vgl. auch Pauly, S. 165 ff. und BGH, S. 168 ff. in diesem Heft.

§§ 885 Abs. 1 ZPO; § 866 BGB; § 180 GVGA

Bei der mitbenutzenden Mutter eines Räumungsschuldners ist davon auszugehen, dass sie die Sachherrschaft an der Wohnung als Mitbesitzer ausübt und daher ein eigener Räumungstitel notwendig ist.

**AG Tettngang, Beschl. v. 23. 4. 2008
– 2 M 1024/08 –**

Gründe:

Die Erinnerung der Gläubigerin vom 22. April 2008 gegen die Ablehnung der Durchführung des Zwangsvollstreckungsauftrages durch den Gerichtsvollzieher ist gemäß § 766 Abs. 2 ZPO zulässig, jedoch unbegründet. Der Gerichtsvollzieher hat die Durchführung der Zwangsvollstreckung gegen die Schuldnerin zu Recht abgelehnt, da der Gläubigerin das Rechtsschutzbedürfnis zur Räumung und Herausgabevollstreckung allein gegenüber der Schuldnerin fehlt.

Aufgrund des vorliegenden Titels wäre grundsätzlich nur die Zwangsvollstreckung gegenüber der Schuldnerin, nicht auch gegenüber deren das Objekt mitbenutzende Mutter der Schuldnerin möglich, vgl. BGH Beschluss vom 25. Juni 2004. Mitbesitz (§ 866 BGB) ist gegeben, wenn mehrere Personen die tatsächliche Sachherrschaft gemeinsam in der Weise ausüben, dass diese lediglich durch die gleiche Herrschaftsausübung des anderen beschränkt ist, und die Ausübung der sonstigen beschränkten eigenen Sachherrschaft auch nicht lediglich unter Anerkennung einer Alleinherrschaft des anderen und somit ohne eigenen Besitzwillen erfolgt. Danach sind als Mitbesitzer einer Wohnung neben Ehegatten regelmäßig auch andere Personen anzusehen, die im Rahmen einer auf Dauer angelegten Gemeinschaft gemeinsam eine Wohnung bewohnen. Denn in solchen Fällen ist anzunehmen, dass jeder der Partner einer solchen Gemeinschaft die tatsächliche Herrschaft über die Wohnung als eigene ausübt, vgl. hierzu OLG Köln, Beschluss vom 5. September 1996 (AZ 2 B 101/96) sowie Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 885, Rdnrn. 11, 10.

Abgesehen davon, dass daher ein Räumungstitel gegen beide Vollstreckungsschuldner notwendig ist, würde auch eine Herausgabevollstreckung allein gegenüber der Schuldnerin

selbst keinen Sinn machen, da die Mutter der Schuldnerin der Schuldnerin selbst jederzeit wieder Zutritt verschaffen könnte.

§ 885 Abs. 1 ZPO; § 180 GVGA

Auch bei Geltendmachung des Vermieterpfandrechts durch den Räumungsgläubiger ist der Gerichtsvollzieher verpflichtet, zweifelsfrei unpfändbare persönliche Habe dem Schuldner auszuhändigen.

**AG Saarbrücken, Beschl. v. 27. 2. 2008
– 108 M 5507/07 –**

Gründe:

Die Gläubigerin vollstreckt aus einem Räumungstitel. Die zuständige Gerichtsvollzieherin hat für die Räumung der Wohnung einen Kostenvorschuss von 1 800,- Euro angefordert unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Gläubigerin bezüglich der in der Wohnung befindlichen Sachen der Schuldnerin von ihrem Vermieterpfandrecht Gebrauch gemacht hat. Die Gläubigerin wendet sich mit ihrer Erinnerung gegen die Höhe des angeforderten Vorschusses und ist der Ansicht, ein Vorschuss von 500,- Euro sei ausreichend. Im Hinblick, auf die Geltendmachung des Vermieterpfandrechts seien alle vorgefundenen Gegenstände in der Wohnung zu belassen; die Aussonderung der unpfändbaren Habe der Schuldnerin sei nicht Sache der Gerichtsvollzieherin. Vielmehr sei die Gläubigerin bereit, die unpfändbare Habe herauszugeben, jedoch sei es Sache der Schuldnerin, ihre diesbezüglichen Ansprüche geltend zu machen.

Die Erinnerung ist nicht begründet.

Die Gerichtsvollzieherin hat zu Recht den Vorschuss in der streitigen Höhe angefordert. Denn sie ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die zweifelsfrei unpfändbare persönliche Habe der Schuldner diesen bei der Räumung auszuhändigen. Es wäre ein Verstoß gegen die Menschenwürde (Artikel 1 Grundgesetz), wenn der Gerichtsvollzieher die Schuldner ohne die persönliche, lebensnotwendige Habe (Kleidung, Spiel- und Schulsachen der Kinder, persönliche Unterlagen) „auf die Straße setzt“. Für den Fall, dass die Schuldner bei der Räumung nicht anwesend sind, müssen die Kosten für die Öffnung der Tür sowie die Einlagerung der genannten persönlichen Gegenstände abgedeckt sein. Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist ein Vorschuss von 1 800,- Euro nicht zu hoch bemessen. Es ist darauf hinzuweisen, dass gemäß § 885 Abs. 3 Satz 2 ZPO der Gerichtsvollzieher zu prüfen hat, ob es sich bei vom Schuldner herausverlangten Gegenständen um unpfändbare Sachen handelt. Daraus folgt, dass der Gerichtsvollzieher berechtigt ist, die Unpfändbarkeit zu prüfen, was bei Abwesenheit des Schuldners eine zumindest grobe Sortierung erfordert. Der Entscheidung des BGH vom 17. November 2005 – auf die sich die Gläubigerin stützt – ist nicht zu entnehmen, dass der Gerichtsvollzieher nicht diejenigen Gegenstände aus der Wohnung entfernen darf, an denen ein Vermieterpfandrecht unzweifelhaft nicht besteht; vielmehr kann die Argumentation in der genannten Entscheidung nur gelten, wenn das Vermieterpfandrecht streitig ist bzw. ernsthaft streitig sein kann.

Anmerkung der Schriftleitung:

Am 7. Januar 2008 hat das selbe Gericht in anderer Besetzung zum Geschäftszeichen 108 M 5504/07 H entschieden, dass unter Bezugnahme auf BGH, Beschluss vom 17. November 2005, IZB 45/05, DGVZ 2006, S. 23, der erforderliche Kosten-

vorschuss auf einen Betrag ohne Hinzuziehung eines Transportunternehmens herabgesetzt werden muss. Wiederholt wird dabei die Argumentation des BGH, dass der Gerichtsvollzieher nicht zu prüfen habe, ob sich das Vermieterpfandrecht auf alle in der Wohnung befindlichen beweglichen Gegenstände erstrecke und dies ausdrücklich auch für unpfändbare Sachen gelte, die nicht dem Vermieterpfandrecht unterliegen.

§§ 754, 788 ZPO; § 3 GvKostG; KV 604 zu § 9 GvKostG

Sind in einem Räumungsauftragsschreiben Rechtsanwaltskosten berechnet, so ist davon auszugehen, dass der Gerichtsvollzieher auch mit der Beitreibung dieser Kosten beauftragt ist. Dementsprechend fallen Gebühren und Auslagen für den Pfändungsauftrag an.

**LG Düsseldorf, Beschl. v. 25. 2. 2008
– 19 T 251/07 –**

Gründe:

I.

Die Gläubigerin erteilte mit Schreiben vom 29. Juni 2006 unter Beifügung eines Vollstreckungstitels den Auftrag, die Zwangsräumung einer näher bezeichneten Wohnung durchzuführen.

Weiter heißt es in dem Schreiben wie folgt: „Die Kosten für diesen Auftrag berechnen sich wie folgt: ... 67,23 Euro.“

Der Gerichtsvollzieher erteilte der Gläubigerin am 3. Februar 2007 – nach Rücknahme des Auftrags zur Zwangsvollstreckung – folgende Kostenrechnung:

KVGv 602	Nicht erl. KV 240/241/242	25,00 Euro
KVGv 604	Nicht erl. Amtshandlung 200 pp	12,50 Euro
KVGv 711	Wegegeld	5,00 Euro
KVGv 713	Auslagenpauschale	<u>7,50 Euro</u>
Summe		50,00 Euro

Gegen diese Kostenrechnung legte die Gläubigerin Erinnerung ein. Sie ist der Auffassung, es sei lediglich eine Gebühr in Höhe von 12,50 Euro gemäß Nr. 604 KVGv und eine Auslagenpauschale in Höhe von 3,00 Euro als Mindestsatz gemäß Nr. 713 KVGv, insgesamt also 15,50 Euro und nicht 50,00 Euro anzusetzen.

Der Gerichtsvollzieher hat der Erinnerung nicht abgeholfen und diese dem Amtsgericht Neuss zur Entscheidung vorgelegt.

Das Amtsgericht hat die Kosten auf 35,00 Euro festgesetzt und die Erinnerung im Übrigen zurückgewiesen. Das Amtsgericht ist der Ansicht, der Gerichtsvollzieher habe 25,00 Euro gemäß Nr. 602 in Verbindung mit Nr. 240 KVGv, Wegegeld in Höhe von 5,00 Euro gemäß Nr. 711 KVGv und eine Auslagenpauschale in Höhe von 5,00 Euro ($0,2 \times 25,00 \text{ Euro} = 5,00 \text{ Euro}$) gemäß Nr. 713 KVGv erheben dürfen, so dass insgesamt 35,00 Euro festzusetzen waren. Die Gebühr nach Nr. 604 KVGv sei nicht gerechtfertigt, da der Gerichtsvollzieher nicht beauftragt war, auch die Rechtsanwaltskosten zu vollstrecken. Die bloße Angabe dieser Kosten in dem ausdrücklich auf Zwangsräumung gerichteten Antrag reiche nicht aus, ohne Weiteres von einem weitergehenden Auftrag zur Vollstreckung auch der Kosten der Zwangsvollstreckung auszugehen, da diese Angabe auch lediglich als Grundlage für die spätere Kostenfestsetzung habe dienen können.

Das Amtsgericht hat die Beschwerde zugelassen.

Der Bezirksrevisor bei dem Landgericht hat gegen den Beschluss Beschwerde eingelegt.

II.

Die Beschwerde ist gemäß §§ 5 Abs. 2 S. 2 GvKostG, 66 Abs. 2 S. 2 GKG zulässig, da das Amtsgericht Neuss die Beschwerde zugelassen hat.

Die Beschwerde richtet sich lediglich dagegen, dass das Amtsgericht die Kosten gemäß Nr. 604 KVGv in Höhe von 12,50 Euro nicht in Ansatz gebracht hat und hinsichtlich der Auslagenpauschale in Höhe von 20 Prozent nicht auch diese Gebühr der Berechnung zugrunde gelegt hat.

Insoweit ist die Beschwerde auch begründet. Denn auch die Kosten gemäß Nr. 604 KVGv in Höhe von 12,50 Euro nebst die darauf entfallende Auslagenpauschale sind in Ansatz zu bringen.

Der Auftrag der Gläubigerin die Zwangsräumung einer Wohnung durchzuführen, ist dann auch als Auftrag gemäß § 3 Abs. 1 GvKostG auf Zwangsvollstreckung der Kosten der Zwangsvollstreckung zu werten, wenn diese die Kosten der Zwangsvollstreckung in dem Auftrag berechnet.

Nach § 788 Abs. 1 S. 1 ZPO fallen die Kosten der Zwangsvollstreckung, soweit sie notwendig waren, dem Schuldner zur Last und sind zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beizutreiben.

Damit ist festgelegt, dass der Hauptsachetitel auch Vollstreckungstitel für die Beitreibung der Zwangsvollstreckungskosten ist und ein selbständiger gesonderter Vollstreckungstitel nicht zu beschaffen ist (*Stöber* in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 788, Rdnr. 14). Dabei ist es nicht notwendig, dass der Hauptsachetitel auf eine Geldzahlung lautet (*Stöber*, a. a. O.).

Daher ist die Angabe der Zwangsvollstreckungskosten in einem Auftrag zur Zwangsvollstreckung aus einem Räumungstitel zugleich als Auftrag gemäß § 3 Abs. 1 GvKostG zur Vollstreckung der Zwangsvollstreckungskosten zu sehen.

Die Angabe der Kosten der Zwangsvollstreckung in einem Auftrag gemäß § 3 Abs. 1 GvKostG würde im Übrigen sonst keinen Sinn machen. Soweit das Amtsgericht darauf abstellt, die Angabe der Kosten der Zwangsvollstreckung könne auch als Grundlage für die spätere Kostenfestsetzung dienen, so kann dies nicht überzeugen. Denn soweit die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht gemäß § 788 Abs. 1 ZPO vollstreckt werden, erfolgt die Festsetzung nach § 788 Abs. 2 ZPO im Wege der gesonderten Festsetzung durch das Vollstreckungsgericht bzw. das Prozessgericht. Die Angabe der Vollstreckungskosten in dem Auftrag an den Gerichtsvollzieher macht daher keinen Sinn.

Damit ist die Angabe der Kosten der Zwangsvollstreckung als Auftrag gemäß § 3 Abs. 1 GvKostG zur Beitreibung der Kosten zu sehen. Da der Gerichtsvollzieher auftragsgemäß einen Vollstreckungsversuch auch dieser Kosten unternommen hat, ist die Gebühr gemäß Nr. 604 KVGv in Höhe von 12,50 Euro angefallen.

Entsprechend fällt auch die Gebühr gemäß Nr. 713 KVGv höher aus ($0,2 \times 37,50 \text{ Euro} (12,50 \text{ Euro} + 25,00 \text{ Euro}) = 7,50 \text{ Euro}$).

Insgesamt sind daher weitere 15,00 Euro in Ansatz zu bringen, so dass insgesamt 50,00 € festzusetzen waren. Die Kostenrechnung des Gerichtsvollziehers vom 3. Februar 2007 ist daher nicht zu beanstanden. Folglich war die Erinnerung insgesamt zurückzuweisen.

■ BUCHBESPRECHUNG

Ein Praxisleitfaden zur Erstattungsfähigkeit von Inkassokosten

Von Frank-Michael Goebel, RiOLG Koblenz, 2008, 279 Seiten, Leinen, 42,- Euro, ISBN 978-3-8240-0995-4, Deutscher AnwaltVerlag, Bonn.

Spätestens seit Inkrafttreten des Rechtsdienstleistungsgesetzes am 1. Juli 2008 muss jedem klargeworden sein, dass Inkassounternehmen aus unserem Rechts- und Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken sind. Anfänge dieses Gewerbes gibt es übrigens schon im 19. Jahrhundert. Die Nähe des Autors zum Bund Deutscher Inkassounternehmen (BDIU e.V.) wird in dem jüngst vorgelegten Werk, das sich mit den Inkassokosten beschäftigt, nicht verschwiegen. Die Inkassobranche selbst ist lukrativ und wird daher nicht zuletzt auch von Tochterunternehmen großer Handels- und Medienunternehmen bestimmt. Insbesondere der BDIU versucht sich durch fundierte rechtspolitische Ansätze vehement von unseriösen Inkassounternehmen abzugrenzen. Das vorliegende Werk ist sicherlich ein Beitrag hierfür. Mit Stand vom April 2008 wertet der Autor umfangreiche Literatur und Rechtsprechung zum Thema aus und stellt auch gegensätzliche Ansichten dar, um selbst Lösungsvorschläge zu entwickeln. Mit Sachargumenten wird der Wettbewerb des gewerblichen Inkassos unterstützt – vor allem gegen im Forderungseinzug tätige Rechtsanwälte. Im Mittelpunkt steht die Erstattungsfähigkeit der Inkassokosten als Schadensersatzpflicht bei Verzug durch den Schuldner. Bereits der BGH hat dies in seiner Rechtsprechung von 1967 und 2005 anerkannt. Einer gerichtlichen Überprüfung soll sich das Inkassounternehmen vor allem durch die Anerkennung von Teilzahlungsvereinbarungen bereits im Vorfeld der Titulierung entziehen können. Hier werden Schuldnerverbände wohl aufmerken. Die Voraussetzungen „Mahnung/Verzug“ werden erläutert. Breite Ausführungen werden zur Erstattungsgrenze der Inkassokosten gemacht. Angedeutet wird, dass diese eigentlich höher sein müssten als die Rechtsanwaltsvergütung, da im Einzelfall höherer Aufwand eines Inkassobüros auch durch Außenleistungen besteht. Allerdings soll die Erstattungsfähigkeit erst eintreten, nachdem der Gläubiger selbst kostenfrei den Verzug herbeigeführt hat. Die Titulierung im Mahnverfahren ist durch das Inkassobüro günstiger als durch den Rechtsanwalt, weshalb sich die Berechtigung nach dessen Erstattungsfähigkeit künftig aus Schadensminderungsgesichtspunkten stellt. Die Höhe der vorgerichtlichen Inkassokosten sollten am RVG orientiert werden, so ist letztendlich herauszulesen. Nachdem nunmehr der Katalog der möglichen Zwangsvollstreckungsaufträge durch das RDLG erweitert wurde, liege hier die Erstattungsgrenze gemäß § 788 ZPO eindeutig bei den RVG-Gebühren. Abgerundet wird das Werk durch eine Checkliste. Hervorragend formuliert, wissenschaftlich vertieft und dennoch praxisbezogen stellt der Autor höchst übersichtlich diese nicht ganz einfache Rechtsmaterie im Sinne der Inkassounternehmen dar. Niemand kommt an einer Auseinandersetzung mit seinen fundierten Ausführungen vorbei.

Stefan Mroß

■ HINWEIS AUF ANDERE SCHRIFTEN

App, Michael: „Zur Brechung von Widerstand des Vollstreckungsschuldners.“ In: Kommunal-Kassen-Zeitschrift. 2008, 5. S. 107–108.

App, Michael: „Zum Hausrat des Vollstreckungsschuldners.“ In: Kommunal-Kassen-Zeitschrift. 2008, 6. S. 130–131.

Bork, Reinhard: „Grundtendenzen des Insolvenzanfechtungsrechts.“ In: ZIP. 2008, 23. S. 1041–1049.

David, Peter: „Aktuelle Rechtsbeschwerdeentscheidungen des BGH zum Zwangsvollstreckungsrecht – ein Überblick mit kurzen Anmerkungen.“ In: MDR. 2008, 10. S. 547–551.

Dreyer, Heinrich: „Das Rechtsdienstleistungsgesetz aus 2007 im Überblick.“ In: KSl. 2008, 2. S. 65–68.

Fischer, Gero: „Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht im Jahr 2007.“ In: NZl. 2008, 5. S. 265–279.

Godefroid, Christoph; Witting, Marco: „Der Begriff ‚Zahlungsunfähigkeit‘ in der jüngeren BGH-Rechtsprechung – Zahlungsunfähigkeit weiter konkretisiert.“ In: Finanzierung, Leasing, Factoring. 2008, 3. S. 126–129.

Goebel, Frank-Michael: „Der zukünftige prozessuale Kostenerstattungsanspruch für Inkassounternehmen im Mahnverfahren.“ In: MDR. 2008, 10 S. 542–546.

Haarmeyer, Hans: „Guter Rat bei Insolvenz – Problemlösungen für Schuldner und Gläubiger.“ Unter Mitarbeit von Christian Stoll. 3., akt. Aufl., Orig.-Ausg. – München: Dt. Taschenbuch-Verl.; [München]: Beck, 2008. – XVII, 9329 S. – (dtv; 50626: Beck-Rechtsberater).

Helwich, Günther: „Immobilienvollstreckung in der Praxis – Systematische Übersicht der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.“ T. 1. In: Das juristische Büro. 2008, 4. S. 172–175.

Hintzen, Udo: „Pfändung und Vollstreckung im Grundbuch – Rechtsgemeinschaften, Rechte am Grundstück, Zwangssicherungshypothek, Arresthypothek.“ 3. überarb. Aufl. – Münster: ZAP-Verl., 2008. – XXV. 171 S.

Jäger, Ulrich; Schatz, Jochen H.: „Etwas Licht und viel Schatten – Der Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung.“ In: ZVl. 2008, 4. S. 143–152.

Kilger, Hartmut: „Deregulierung statt Freiheit? Wie viel und welche Reglementierung braucht der Freie Beruf des Anwalts.“ In: Anwaltsblatt. 2008, 4. S. 217–221.

Kreutzkam, Johannes: „Die etwas andere Versicherung an Eides statt (§ 836 Abs. 3 ZPO) zur Vorbereitung der Durchsetzung gepfändeter Ansprüche.“ In: Das juristische Büro. 2008, 5. S. 231–234.

Manteuffel, Kerstin: „Keine Vollmachtovorlage nach § 171 S. 2 ZPO – ein Fallstrick bei der Zustellungsbevollmächtigung?“ In: JR. 2008, 3. S. 94–96.

„Reform des Kontopfändungs-schutzes.“ T. 2. In: Forderung & Vollstreckung. 2008, 3. S. 40–43.

Rüthers, Bernd: „Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte.“ In: JZ. 2008, 9. S. 446–451.

Salten, Uwe: „Mahnverfahrensvergütung und Inkassokosten – neues Rechtsberatungsrecht zwischen Anspruch und Wirklichkeit.“ In: NJW. 2008, Beil. Zu H. 27. S. 60–61.

Sandhaus, Sebastian: „Folgefragen der Einführung des § 795 ZPO beim Widerrufungsvergleich.“ In: Rpfleger. 2008, 5. S. 236–238.

Schmidt, Bernd: „Erneut: Der Drittschuldnerprozess.“ In: Das juristische Büro. 2008, 4. S. 175–178.

Schmidt, Karsten: „Schwierigkeiten mit dem Prozessrecht der GbR, oder: Steine statt Brot? Zum Stand der Rechtsfortbildung im formellen Recht.“ In: NJW. 2008, 26. S. 1841–1844.

Schubert, Hans-Werner: „Rechtsgrundlagen der Pfändungsfreigrenzen.“ In: Fachanwalt Arbeitsrecht. 2008, 3. S. 33–38.

Smid, Stefan: „Freigabe des Neuerwerbs in der Insolvenz selbstständig tätiger Schuldner.“ In: Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht. 2008, 4. S. 133–142.

Wick, Hartmut: „Pfändungs- und Insolvenzschutz von Versorgungsanrechten.“ In: Familienrecht kompakt. 2008, 4. S. 68–70.

HERAUSGEBER:

Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V. (DGVB) – www.dgvb.de – 17454 Zinnowitz, Holunderweg 19. **Verantwortlich:** Schriftleiter Gerichtsvollzieher Stefan Mroß in 77815 Bühl, Aloys-Schreiber-Straße 8; Stellvertreter: Gerichtsvollzieher Rainer Jung in 35410 Hungen, Bahnhofstraße 31.

VERLAG:

Heenemann Verlagsgesellschaft mbH, 12103 Berlin, Bessemerstraße 83–91.

DRUCK:

H. Heenemann GmbH & Co. KG, 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 %.

ABONNEMENT UND ABO-SERVICE:

Kassenführer der DGVB, Ingo Stollenwerk, 52249 Eschweiler, Arndtstraße 3, Telefon (0 24 03) 78 59 68, Telefax (0 24 03) 78 59 67, E-Mail: gv-stollenwerk@web.de.

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 beigelegt.

CHEFREDAKTION:

Einsendungen von Aufsätzen und Entscheidungen an den Schriftleiter der DGVB, Stefan Mroß, Aloys-Schreiber-Straße 8, 77815 Bühl, Telefon (0 72 23) 80 76 25, E-Mail: SMross.GV-Buero@t-online.de. Beiträge zur Veröffentlichung werden nur unter der Bedingung angenommen und honoriert, dass sie keiner anderen Zeitschrift angeboten worden sind oder angeboten werden. Mit der Annahme erwirbt die DGVB dauernd das alleinige Nutzungsrecht. Alle Rechte sind vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der weiteren Vervielfältigung im Wege des fotomechanischen, elektronischen oder ähnlichen Verfahrens.

ANZEIGENAUFTRÄGE UND ANZEIGENABWICKLUNG:

Stellvertretender Schriftleiter, Rainer Jung, Bahnhofstraße 31, 35410 Hungen, Telefon und -fax (0 64 02) 4 05 38, E-Mail: Rainerjung27@aol.com. Es gelten unsere Mediadaten- und Preisliste vom 1. Oktober 2007 und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Anzeigen und Fremdbeilagen in der Fassung vom 1. Juli 2006.