



# Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung

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

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

123. Jahrgang · Juli/August 2008

**7/8 | 08**

## **Wohnungsöffnung und Widerstand des Schuldners beim Ausbau von Energiezählern: Ein Fall der Duldungsvollstreckung?**

**Zum Zusammenspiel der §§ 887, 890 und 892 ZPO<sup>1)</sup>**

Von Prof. Dr. Bernd Kannowski, Freiburg und Wiss. Mitarb. Denis Keil, Freiburg

### **I. Einführung und Problemskizze**

Die dem zu besprechenden Urteil zugrunde liegende vollstreckungsrechtliche Konstellation erscheint auf den ersten Blick simpel. Der Kunde eines Energieversorgungsunternehmens zahlt seine Rechnungen nicht. Mahnungen und Klagen zeitigen keinen Erfolg. Der Kunde nutzt weiterhin ungeniert die Leistung des Energieversorgers, der mit einiger Gewissheit davon ausgehen kann, dass er niemals eine Gegenleistung für die entnommene Energie erhalten wird. Eine mögliche Konsequenz ist die Unterbrechung der Energiezufuhr. Sie lässt sich am sichersten und mit dem technisch geringsten Aufwand nur am Zähler des Kunden verwirklichen. Das Energieversorgungsunternehmen will daher seinen Gaszähler zurückhaben. Er soll beim Kunden ausgebaut und entfernt werden. Da das Unternehmen im Besitz eines Titels ist, will es auf dieser Grundlage die Entfernung des Zählers im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen.

Ein solcher Fall liegt dem Beschluss des Landgerichts Koblenz vom 20. November 2006 zugrunde. Die Befassung des Landgerichts mit dieser Angelegenheit ergab sich daraus, dass der Gerichtsvollzieher den Vollstreckungsauftrag aufgrund der konkreten Titulierung nicht ausführen wollte. Die Gläubigerin, ein Energieversorgungsunternehmen, legte Erinnerung ein und der daraufhin ergangene zurückweisende Beschluss des Amtsgerichts Lahnstein<sup>2)</sup> wurde, da Beschwerde eingelegt war, vom Landgericht überprüft.

In dem zugrunde liegenden Fall war der Anspruch des Gläubigers wie folgt titulierte:

1. Der Antragsgegner hat zu dulden, dass die von der Antragstellerin mit einem Dienstausweis versehenen Beauftragten die Wohnung ... sowie den Keller der Wohnung betreten dürfen.
2. Weiterhin hat der Antragsgegner zu dulden, dass der im Hause ... installierte Gaszähler, Zählernummer ..., der im Eigentum der Antragstellerin steht, zur wirksamen Unterbrechung der Gaszufuhr abgelesen sowie ausgebaut und die gasführende Leitung mit einem Stopfen dicht verschlossen wird.
3. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, deshalb den Beauftragten der Antragstellerin die Hauseingangstür, Wohnungseingangstür und Kellertür zu öffnen.
4. Für den Fall der Zuwiderhandlung oder der Verweigerung des Zutritts und/oder des Widerstandes gegen die Liefer Sperre werden gemäß § 758 Abs. 2 ZPO die zwangsweise Öffnung verschlossener Türen und Behältnisse durch den zuständigen Gerichtsvollzieher und die Einstellung der Gasversorgung durch Ausbau des Gaszählers in Gegenwart und unter Aufsicht des zuständigen Gerichtsvollziehers angeordnet.

Der Gerichtsvollzieher hatte eine Vollstreckung aus Ziffer 4 der genannten einstweiligen Verfügung abgelehnt, solange nicht die Gläubigerin nachweisen könne, dass sie selbst einen Wegnahmeversuch unternommen habe. Das Amtsgericht Lahnstein zeigte Verständnis für diese Argumentation und verwies auf § 890 ZPO. Danach müsse dem Schuldner ebenfalls Gelegenheit zur freiwilligen Erfüllung der Verfügung gegeben wer-

<sup>1)</sup> Zugleich Besprechung zu LG Koblenz, Beschluss vom 20. November 2006, abgedruckt in diesem Heft, S. 119 f.

<sup>2)</sup> AG Lahnstein, Beschluss vom 4. Oktober 2006, DGVZ 2007, 150 f.

den. Überhaupt beruhe die gesamte Zwangsvollstreckungssystematik auf dem Gedanken, dass nach Erlass eines Titels dem Schuldner zunächst freiwillige Erfüllung zu ermöglichen sei. Zudem, und hier argumentiert das Amtsgericht streng am Wortlaut der Verfügung, enthalte Ziffer 4 die Ermächtigung des Gerichtsvollziehers nur „für den Fall der Zuwiderhandlung oder der Verweigerung des Zutritts und/oder des Widerstandes gegen die Liefersperre“, was voraussetzte, dass überhaupt schon einmal ein Versuch unternommen worden sei<sup>3)</sup>.

Dieser Argumentation folgt das Landgericht Koblenz nicht. Bei dem zu vollziehenden Beschluss handele es sich dem Wortlaut nach um einen Duldungstitel. Zur Durchsetzung desselben könne der Gläubiger wahlweise nach § 890 ZPO oder § 892 ZPO vorgehen. Der vom Amtsgericht geforderte Nachweis von Widerstand sei entbehrlich. Nur auf diese Weise könne die schnellstmögliche Vollziehung der einstweiligen Verfügung gewährleistet werden. Die Ansicht des Amtsgerichts führe lediglich zu einer „ungebührlichen Verzögerung in einem eilbedürftigen Verfahren“.

Ist mit dem Verweis auf die Eilbedürftigkeit der Sache alles gesagt? Diese auf den ersten Blick einfache Situation birgt Schwierigkeiten sowohl auf der Ebene des Erkenntnisverfahrens als auch auf der Ebene der Zwangsvollstreckung.

## II. Probleme im Erkenntnisverfahren

### 1. Kein Titel auf Herausgabe einer dem Schuldner unmöglichen Leistung

Eine erste Frage ergibt sich bei der Titulierung des Anspruches bzw. dem entsprechenden Antrag des Gläubigers. Die oben zitierte Titulierung ist auf eine Duldung (Ziffer 1 und 2) und eine vertretbare Handlung (Ziffer 3) gerichtet. Wenn das Ziel aber die Wegnahme eines Gaszählers ist, ist dann nicht denkbar, allein das titulieren und vollstrecken zu lassen?<sup>4)</sup> Wäre das der Fall, so müsste eine Klage bzw. ein Antrag auf einstweilige Verfügung in Ermangelung von Rechtsschutzbedürfnis im Erkenntnisverfahren scheitern bzw. vom Gericht umgestellt werden (§ 938 Abs. 1 ZPO). Auf Grundlage dieser Überlegung wäre das Begehren auf Herausgabe einer bestimmten beweglichen Sache (des Gaszählers Nr. ...) gerichtet, so dass die Zwangsvollstreckung nach § 883 ZPO stattzufinden hätte. Ein darauf gerichteter Antrag müsste jedoch scheitern, weil er auf eine jedenfalls dem Schuldner unmögliche Leistung (Ausbau und Herausgabe des Gaszählers) gerichtet wäre, § 275 Abs. 1 BGB. Mit gutem Grund verbieten die Lieferbedingungen der Versorgungsunternehmen dem Kunden, den Zähler auszubauen<sup>5)</sup>. Eine Herausgabeklage hätte somit keine Aussicht auf Erfolg<sup>6)</sup>, so dass der Antrag im Ergebnis darauf zu richten ist, den Ausbau des Zählers durch Fachleute zu ermöglichen.

### 2. Verfügungsgrund und Schaffung eines endgültigen Zustandes durch die einstweilige Verfügung?

Eine zweite Frage des Erkenntnisverfahrens ist es, worin der Verfügungsgrund liegt, eine dritte, ob eine solche einst-

weilige Verfügungen gegen den Grundsatz verstößt, es dürfe durch sie kein endgültiger Zustand geschaffen werden. Im Hinblick auf beide Fragen sind die Gerichte sich einig. Der Verfügungsgrund liege darin, dass sich der Vermögensschaden durch den ständigen Stromverbrauch des Antragsgegners täglich erhöhe, was zu einem erheblichen Forderungsausfall führen könne. Der Antragsteller könne deshalb nicht auf die Durchführung des Hauptsacheverfahrens verwiesen werden<sup>7)</sup>.

Darüber hinaus sei im Sinne von § 937 Abs. 2 ZPO eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung geboten, da laufend weitere Zahlungsrückstände entstünden<sup>8)</sup>. Auch werde die Hauptsache nicht vorweggenommen, denn mit dem Antrag auf Erlass einer Duldungsverfügung sei keine endgültige Erfüllung der Zahlungsansprüche aus Stromlieferungen verbunden. Angestrebt werde vielmehr allein die Durchsetzung einer Nebenpflicht, die zur Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts des Antragstellers<sup>9)</sup> erforderlich sei<sup>10)</sup>. Auch werde nicht Erfüllung des Energielieferungsvertrages, sondern eine einstweilige Regelung begehrt. Der Ausbau des Zählers schaffe keinen unwiderruflichen Zustand, da er jederzeit wieder eingebaut werden könne. Das Versorgungsunternehmen wolle ja nicht den Vertrag beenden, sondern nur sicherstellen, dass nicht weiterhin Verbrauch ohne Bezahlung erfolgen könne.

## III. Probleme in der Zwangsvollstreckung

Es fragt sich nun, wie genau ein Titel wie der oben genannte mit dem System des uns zur Verfügung stehenden Vollstreckungsrechts durchzuführen ist. Die Entscheidung des Landgerichts Koblenz ist aus verschiedenen Gründen zu hinterfragen:

Erstens wird der zitierte Titel insgesamt zum Duldungstitel erklärt, welcher nach §§ 890, 892 ZPO zu vollstrecken sei. Die Zwangsvollstreckung über §§ 887, 888 ZPO wird überhaupt nicht in Betracht gezogen.

Zweitens wird die freie Wahlmöglichkeit des Gläubigers zwischen einem Vorgehen nach § 890 ZPO oder § 892 ZPO unterstellt. Damit wird unausgesprochen vorausgesetzt, dass die Voraussetzungen der beiden Vorschriften inhaltsgleich sind.

Schließlich scheint das Landgericht keinerlei schutzwürdige Interessen des Schuldners zu sehen, die diese Art der Vollstreckung ausschließen.

### 1. Abgrenzung §§ 887 zu 890 ZPO

Eine zentrale Frage ist es, ob wir es mit einem Fall der Handlungs- oder der Duldungsvollstreckung zu tun haben. Werfen wir, um uns dieser Frage zu nähern, einen weiteren Blick auf die oben wiedergegebene Titulierung. Unter 1. und 2. sind Duldungen titulierte: Nr. 1 „Der Antragsteller hat zu dulden ... Betreten der Wohnung und des Kellers“, Nr. 2 „Weiterhin hat der Antragsteller zu dulden ... Ausbau des Zählers etc.“. Für die Vollstreckung dieser Duldungspflicht scheint § 890 ZPO die einschlägige Vorschrift zu sein. Da der Beauftragte der Gläubigerin den Zähler nicht ausbauen kann, ohne

<sup>3)</sup> AG Lahnstein, Beschluss vom 4. Oktober 2006, DGVZ 2007, 150 f.

<sup>4)</sup> So etwa AG Limburg, Urteil vom 2. April 2008, 4 C 317/08 (unveröffentlicht).

<sup>5)</sup> Gemäß § 24 der Verordnung über „Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Gasversorgung in Niederdruck“ ist der Netzbetreiber berechtigt, den Netzanschluss und die Anschlussnutzung zu unterbrechen.

<sup>6)</sup> Brackhahn, DGVZ 1992, 145, 147.

<sup>7)</sup> OLG Koblenz, RdE 2005, 83; LG Stuttgart, RdE 1985, 281.

<sup>8)</sup> LG Stuttgart, RdE 1985, 281.

<sup>9)</sup> Palandt/Heinrichs, 67. Aufl. (2008), § 320 Rdnr. 11.

<sup>10)</sup> OLG Koblenz, RdE 2005, 83.

Wohnung bzw. Keller zu betreten, ist die Duldung des Betretens im Antrag auf Ausbauduldung mit enthalten und könnte zu einer einheitlichen Duldung tituliert werden<sup>11)</sup>.

Unter 3. wird der Schuldner zu einer Handlung verurteilt. Ihm wird nämlich „aufgegeben ... Hauseingangstür, Wohnungseingangstür und Kellertür zu öffnen“. Das Öffnen der Türen allerdings stellt etwas qualitativ anderes dar als die Duldungsverpflichtungen, nämlich eine vertretbare Handlung, so dass hier ein gesonderter Antrag nötig<sup>12)</sup> und die Vollstreckung gemäß § 887 ZPO vorzunehmen sein könnte.

Um diese Frage zu beantworten, müssen wir uns mit der Abgrenzung der Vollstreckung nach § 887 ZPO und § 890 ZPO befassen. Für beide Fälle ist das Prozessgericht des ersten Rechtszuges das zuständige Vollstreckungsorgan. Eine originäre Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers ist dafür nicht begründet<sup>13)</sup>.

#### a. Anwendungsbereich des § 890 ZPO

Wo liegt der Anwendungsbereich dieser Normen? § 890 ZPO gehört zur zwangsweisen Erwirkung von Unterlassungen. Die Duldung wiederum ist eine Form der Unterlassung, die darin besteht, die Vornahme einer Handlung nicht zu behindern<sup>14)</sup>. Handelt der Schuldner einer solchen Pflicht zur Unterlassung oder Duldung zuwider, droht ihm Ordnungsgeld oder Ordnungshaft. Die ZPO entscheidet sich hier prinzipiell für indirekte Zwangsmittel<sup>15)</sup>.

Seine eigentliche Bedeutung hat § 890 ZPO im gewerblichen Rechtsschutz und im Urheberrecht. Duldungsverpflichtungen finden sich häufig auch im Nachbar- und Mietrecht<sup>16)</sup>. Die Formulierung der Verpflichtung ist, jedenfalls soweit sie auf ein „Hinnehmenmüssen“ hinausläuft, nicht entscheidend<sup>17)</sup>. Die Zuwiderhandlung kann sowohl durch bloßes Unterlassen wie auch durch positives Tun geschehen<sup>18)</sup>.

<sup>11)</sup> Diese könnte wie folgt aussehen: „Der Antragsgegner hat zu dulden, dass der im Hause ... installierte Gaszähler, Zählernummer ..., durch einen von der Antragstellerin mit einem Dienstaussweis versehenen Beauftragten abgelesen, ausgebaut und die gasführende Leitung mit einem Stopfen dicht verschlossen wird“. Häufig wird auch tatsächlich nur die eine Duldungspflicht tituliert. Zu den rechtlichen Folgeproblemen siehe unten S. 115.

<sup>12)</sup> In unserem Fall wurde dieser Antrag ja auch unter Ziffer 3 tatsächlich gestellt.

<sup>13)</sup> Die Begründung des Entwurfs zur CPO führt dazu aus: „Nach der Natur der für die Zwangsvollstreckung auf Vornahme, Unterlassung oder Duldung einer Handlung zugelassenen Maßregeln ist es ohne Weiteres klar, daß bei denselben, abgesehen von der gewaltsamen Verhinderung einer Störung, die Mitwirkung des Gerichts eintreten muss. Ueberall bedarf es nicht nur einer Prüfung, welche Maßregeln die zulässigen sind, sondern auch der Substituierung eines Anderen an Stelle der Handlung, welche den Gegenstand der Verurteilung gebildet hat, so daß das Urteil für sich allein nicht darüber Auskunft giebt, was zu thun ist. Den Gerichtsvollziehern, (...) ist nach den angenommenen Grundsätzen über deren Stellung eine so weitgehende Kognition nicht übertragen. Die zu treffende Entscheidung des Gerichts beruht wesentlich auf einer fortgesetzten Beurteilung des Haupt-Rechtsstreites und ist deshalb am zweckmäßigsten dem Prozessgericht zu überweisen.“ *Hahn/Stegemann*, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II: Die gesamten Materialien zur CPO, 1. Abt., 1881, S. 467.

<sup>14)</sup> *Thomas/Putzo/Hüßtege*, 28. Aufl. (2007), § 890 Rdnr. 3; *MüKo-Gruber*, 3. Aufl. (2007), § 890 Rdnr. 5.

<sup>15)</sup> Zur geschichtlichen Entwicklung der Naturalvollstreckung bis zur CPO vgl. *Nehlsen-von Stryk*: „Grenzen des Rechtszwanges: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung“ in: *AcP* 193 (1993), 529–555.

<sup>16)</sup> *Schuschke/Walker*, 2. Aufl. (1997), § 890 Rdnr. 1.

<sup>17)</sup> *Schuschke/Walker*, 2. Aufl. (1997), § 890 Rdnr. 3.

<sup>18)</sup> *Thomas/Putzo/Hüßtege*, 28. Aufl. (2007), § 890 Rdnr. 11.

#### b. Anwendungsbereich des § 887 ZPO

§ 887 ZPO hingegen gehört zur Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen. Die Vorschrift gibt dem Gläubiger die Möglichkeit, auf Ermächtigung vom Prozessgericht<sup>19)</sup> hin, eine vom Schuldner vorzunehmende Handlung auf dessen Kosten von einem Dritten vornehmen zu lassen. Man spricht dann von einer zivilprozessualen Ersatzvornahme<sup>20)</sup>, welche der Beschluss des Prozessgerichts ermöglicht<sup>21)</sup>. Darin ist nach dem System der ZPO eine Privilegierung des Schuldners zu sehen<sup>22)</sup>. Grundsätzlich sind nämlich auch für die Vollstreckung von Handlungen Zwangsmittel gegen den Willen des Schuldners vorgesehen (vgl. § 888 ZPO). Allerdings sah man es schon in der Begründung der CPO als überflüssige Härte an, den Versuch eines unmittelbaren Zwanges gegen den Schuldner zu unternehmen, wenn eine Handlung von einem Dritten vorgenommen werden konnte. Dieser Punkt scheint ganz unstrittig gewesen zu sein<sup>23)</sup>.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 887 ZPO ist aber eine so genannte vertretbare Handlung, also eine Handlung, welche ein Dritter ebenso gut wie der Schuldner selbst vornehmen kann<sup>24)</sup>. Im Fall der Wohnungsöffnung handelt es sich um eine vertretbare Handlung. Nicht allein der Schuldner ist in der Lage, die genannten Türen zu öffnen, das kann ebenso ein Dritter an seiner Stelle tun. Als weitere Beispiele vertretbarer Handlungen kommen in Betracht: die Reparatur von Sachen, Abrechnungen und Bewertungen, Freistellungen sowie Rechts- und Tathandlungen wie die Abwehr von Feuchtigkeit oder die Entfernung von Sachen<sup>25)</sup>.

Wichtig aber ist, dass es sich eben um die Vollstreckung einer Handlung handeln muss. Dafür ist zu fragen, was der Titel gebietet. In unserem eingangs zitierten Titel wurde in Nr. 3 dem Schuldner aufgegeben, „zu öffnen“. Folglich wurde hier ausdrücklich eine Handlung verlangt. Wird eine solche

<sup>19)</sup> Die Ermächtigung ist in ausschließlicher Zuständigkeit (§ 802 ZPO) bei dem Prozessgericht erster Instanz nachzusuchen. *Stein/Jonas/Brehm*, 22. Aufl. (2004), § 887 Rdnr. 31.

<sup>20)</sup> *Stein/Jonas/Brehm*, 22. Aufl. (2004), § 887 Rdnr. 30.

<sup>21)</sup> Der Beschluss ist der Beginn der Zwangsvollstreckung. *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, 66. Aufl. (2008), § 887 Rdnr. 8, *Stein/Jonas/Brehm*, 22. Aufl. (2004), § 887 Rdnr. 36.

<sup>22)</sup> „Berücksichtigt ist nur, daß ein Zwang gegen den Schuldner nicht stattfinden soll, wenn dasselbe Ziel auf anderem Wege zu erreichen bleibt.“ *Hahn/Stegemann*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II: Die gesamten Materialien zur CPO, 1. Abt., 1881, S. 465.

<sup>23)</sup> Verteidigen mussten sich die Redaktoren nur gegen den Vorwurf, die Ermächtigung zur Ersatzvornahme auf Kosten des Schuldners verweise den Gläubiger letztendlich wieder auf eine Art des Schadensersatzes. Über einen solchen gehe der Entwurf aber schon deshalb hinaus, hieß es, weil der Schuldner verpflichtet sei, die Vornahme der Handlung zu dulden. *Hahn/Stegemann*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II: Die gesamten Materialien zur CPO, 1. Abt., 1881, S. 466.

<sup>24)</sup> *Schuschke/Walker*, 2. Aufl. (1997), § 887 Rdnr. 2, *MüKo-Gruber*, 3. Aufl. (2007), § 887 Rdnr. 8, *Stein/Jonas/Brehm*, 22. Aufl. (2004), § 887 Rdnr. 3 ff. § 887 gilt nicht, wenn die Vornahme der Handlung davon abhängt, dass ein Dritter mitwirkt oder sie freiwillig duldet, z. B. der Mieter, wenn der Vermieter als Vollstreckungsschuldner eine Handlung an der Mietsache vornehmen soll. *Thomas/Putzo/Hüßtege*, 28. Aufl. (2007), § 887 Rdnr. 1a, *MüKo-Gruber*, 3. Aufl. (2007), § 887 Rdnr. 11. Die Unvertretbarkeit ergibt sich also grundsätzlich nur bei komplexen Handlungen, bei deren Durchführung mehrere zusammenwirken müssen und Eingriffe in die sonstigen Rechtsgüter der Beteiligten unvermeidbar sind. OLG München, NJW-RR 1992, 768; LG Göttingen, DGVZ 2002, 120. Das OLG Zweibrücken spricht ebenfalls – leider ohne Begründung – bei der Gewährung von Zutritt zu einer unververtretbaren Handlung, jedenfalls dann, wenn das zu betretende Objekt verschlossen ist. *ZMR* 2004, 268, 269.

<sup>25)</sup> *Thomas/Putzo/Hüßtege*, 28. Aufl. (2007), § 887 Rdnr. 2 ff.

Titulierung beantragt, so bedarf es keines weiteren Antrages auf Duldung der Ersatzvornahme<sup>26)</sup>). Vielmehr hat der Schuldner die Handlung zu dulden<sup>27)</sup>. Tut er dies nicht und leistet Widerstand gegen die Ersatzvornahme, so kann der Gerichtsvollzieher gemäß § 892 ZPO zur Beseitigung dieses Widerstandes beigezogen werden<sup>28)</sup>. Obwohl mit der Ermächtigung zur Ersatzvornahme auch eine Duldungspflicht des Schuldners einhergeht, sind bei Verstößen weder Ordnungsgeld noch Ordnungshaft nach § 890 ZPO zu verhängen<sup>29)</sup>. Das erscheint der Konzeption nach auch durchaus konsequent. Wird der Schuldner einer vertretbaren Handlung dadurch privilegiert, dass Zwangsmittel gegen ihn nicht stattfinden, kann diese Wertung auch nicht unter Berufung auf die Kehrseite der Medaille unterlaufen werden.

### c. Ausnahmen: vertretbare Handlungen unter dem Regime der Duldungsvollstreckung

Die Praxis kennt nun aber auch Fälle, in denen ausnahmsweise Handlungen, welche grundsätzlich von § 887 ZPO erfasst würden, nach § 890 ZPO vollstreckt werden. Das ist der Fall, wenn die Handlungen „wiederholt, anhaltend oder fortlaufend vorzunehmen sind“<sup>30)</sup>. Das ist in unserem Fall jedoch nicht anzunehmen. Der einmalige Zugang zur Wohnung des Schuldners genügt.

Weiterhin liegt auf der Hand, dass sich die Erfüllung einer Unterlassungsverpflichtung nicht immer im bloßen Nichtstun erschöpft, sondern auch Handlungen zur Beseitigung eines zuvor geschaffenen Störungszustandes umfassen kann, wenn diese erforderlich sind, um dem Unterlassungsgebot Folge zu leisten<sup>31)</sup>. So geht der Bundesgerichtshof davon aus, die Verpflichtung, den Ausbau einer Straße zu unterlassen, bringe die Verpflichtung mit sich, dem beauftragten Bauunternehmen mitzuteilen, dass es die Arbeiten einzustellen habe<sup>32)</sup>. Ähnlich liegt der Fall, wenn jemand zum Unterlassen von Werbung verurteilt wird und das Material bereits zur Verteilung an den Außendienst weitergegeben ist. Dann müssen entsprechende Anweisungen erteilt werden, also auch ein aktives Tun erfolgen<sup>33)</sup>. Ein Unterlassungstitel verpflichtet zum aktiven Handeln, wenn der Schuldner einen Störungszustand geschaffen hat und seine Aufrechterhaltung eine Fortsetzung der verbotenen Verletzungshandlung bedeuten

würde<sup>34)</sup>. Solche, häufig aus dem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes stammende Konstellationen, verbergen sich hinter Formulierungen wie „Vielmehr ist allein § 890 anzuwenden und im titulierten Umfang die Unterlassungsvollstreckung zu betreiben“<sup>35)</sup>.

Unsere Konstellation mit dem Gaszähler ist eine andere. Der Schuldner hat keinen Störungszustand geschaffen. Der Gläubiger fordert sein Eigentum zurück, das er dem Schuldner zuvor freiwillig überlassen hatte. Es geht auch nicht darum, zum Einhalten einer Verpflichtung erforderliche Informationen zu kommunizieren, sondern darum, Unbekannte in die eigene Wohnung einzulassen. Daraus folgt aber eben auch, dass ein Zutrittsrecht grundsätzlich nicht nach § 890 zu vollstrecken ist<sup>36)</sup>.

### 2. Erfordernis eines einheitlichen Vollstreckungszugriffs und Sogwirkung der titulierten Hauptpflicht?

Das vollstreckungsrechtliche System der §§ 887 ff. ZPO gerät dann ins Wanken, wenn man, wie es das Landgericht Koblenz tut, annimmt, der zu vollziehende Beschluss sei dem Wortlaut nach ein reiner Duldungstitel<sup>37)</sup>. Der Formulierung nach lehnt sich das Landgericht dabei an einen Beschluss des Landgerichts Braunschweig vom 4. Mai 1988 an<sup>38)</sup>. Auch dort handelte es sich „dem Wortlaut nach“ um einen Duldungstitel. Allerdings wurde das dort zugrunde liegende Versäumnisurteil anders als im Koblenzer Fall tituliert. Die Titulierung lautete: „Der Beklagte wird verurteilt, den Zutritt zu seinen Räumlichkeiten im Hause ... in Braunschweig durch einen Beauftragten der Klägerin – mit Ausweis versehen – sowie den Ausbau der installierten und in dem Eigentum der Klägerin stehenden Meßgeräte für Strom ... zu dulden.“ Hier ist die Duldung die einzig wörtlich erwähnte Pflicht. Im Unterschied zum Fall des Landgerichts Koblenz war die Pflicht, die Wohnung zu öffnen, gerade nicht einzeln tituliert. Daher kam das Landgericht Braunschweig zu dem Schluss, dass bei der Duldung des Zutritts der Wohnung und bei der dazu unerlässlichen Öffnung der Wohnungstür eine einheitliche Handlung vorliege, welche nicht nach getrennten Vorschriften vollstreckt werden könne<sup>39)</sup>. Weiter heißt es da, eine getrennte Vollstreckung komme nur in Betracht, wenn der Schuldner in einem Titel zu zwei selbstständigen Handlungen verurteilt worden ist. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn die eine Pflicht neben der anderen lediglich im Hintergrund des Gläubigerinteresses bestehe und wenn ihr keine selbstständige Bedeutung zukomme. In einem solchen Fall nämlich könne die Zwangsvollstreckung einheitlich nach den für die Hauptpflicht maßgeblichen Vorschriften durchzuführen sein. Hier sei der Ausbau der Messgeräte entscheidend. Dass dafür das Öffnen der Wohnungstür<sup>40)</sup> erforderlich sei, habe keinerlei

<sup>26)</sup> MüKo-Gruber, 3. Aufl. (2007), § 887 Rdnr. 27: § 892 ZPO zeige, dass der Schuldner dazu verpflichtet sei, Vorbereitungsmaßnahmen einer Vollstreckung nach § 887 ZPO (z. B. das Betreten des Grundstücks) zu dulden. Rdnr. 32: Klarstellende Anordnung sei aber sinnvoll. Stein/Jonas/Brehm, 22. Aufl. (2004), § 887 Rdnr. 52, weisen darauf hin, dass eine solche gesonderte Anordnung der Duldungspflicht nur dann konstitutive Wirkung habe, wenn man eine besondere Erlaubnis für das Tätigwerden in Wohn- und Geschäftsräumen des Schuldners für nötig erachte. A. A. Schuschke/Walker, 2. Aufl. (1997), § 887 Rdnr. 18, die es für notwendig halten, die Duldungspflichten dem Schuldner im Beschluss mit aufzugeben.

<sup>27)</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, 66. Aufl. (2008), § 887 Rdnr. 9. U. U. muss der Schuldner dem Gläubiger auch gestatten, seine Räume im erforderlichen Umfang zu betreten. Daraus mag sich erklären, dass das LG Mainz, DGVZ 2002, 138 feststellt, es handle sich um eine vertretbare Handlung, dann aber von einer Vollstreckung nach §§ 890, 892 spricht.

<sup>28)</sup> Thomas/Putzo/Hüßtege, 28. Aufl. (2007), § 887 Rdnr. 12, Baumbach/Lauterbach/Hartmann, 66. Aufl. (2008), § 887 Rdnr. 9, Schuschke/Walker, 2. Aufl. (1997), § 887 Rdnr. 23, MüKo-Gruber, 3. Aufl. (2007), § 887 Rdnr. 32.

<sup>29)</sup> Stein/Jonas/Brehm, 22. Aufl. (2004), § 887 Rdnr. 52.

<sup>30)</sup> Thomas/Putzo/Hüßtege, 28. Aufl. (2007), § 887 Rdnr. 1c.

<sup>31)</sup> BGHZ 120, 73 m. w. N.

<sup>32)</sup> BGHZ 120, 73.

<sup>33)</sup> OLG Hamburg, GRUR 1989, 150.

<sup>34)</sup> OLG Hamburg, WRP 1982, 657.

<sup>35)</sup> MüKo-Gruber, 3. Aufl. (2007), § 890 Rdnr. 7.

<sup>36)</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, 66. Aufl. (2008), § 887 Rdnr. 9.

<sup>37)</sup> S. o. S. 110.

<sup>38)</sup> LG Braunschweig, DGVZ 1988, 140 ff.

<sup>39)</sup> Die Argumentation des LG Braunschweig ist zweifelhaft, denn eine einheitliche Titulierung im Erkenntnisverfahren darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die zugrunde liegenden Pflichten unterschiedlich vollstreckt werden können und müssen. So käme bei einem Anspruch auf Erfüllung aus dem Kaufvertrag auch niemand auf die Idee, die beiden Vollstreckungsarten § 883 ZPO (für die Herausgabe der Sache) und § 894 ZPO (für die Übereignungserklärung) zu einer Vollstreckungshandlung zu verschmelzen.

<sup>40)</sup> Das LG Braunschweig erkennt dieses grundsätzlich als vertretbare Handlung i. S. d. § 887 ZPO an, DGVZ 1988, 140.

eigenständige Bedeutung gegenüber den Duldungspflichten. In der Kommentarliteratur finden sich dafür einige Stützen, wenn es heißt, die ungemein schwierigen Abgrenzungsfragen zwischen der Handlungs- und Duldungsvollstreckung müssten praktischerweise dadurch gelöst werden, dass man auf den Kern der zu erbringenden Leistung des Schuldners als das Wesentliche abstelle und sich nicht durch scheinbar ganz andersartige bloße Nebenpflichten verwirren lasse<sup>41</sup>).

Auch der Bundesgerichtshof will in solchen Fällen §§ 887 und 890 ZPO variabel einsetzen. In einem Beschluss vom 25. Januar 2007<sup>42</sup>) hatte er die Frage zu entscheiden, ob ein zur Duldung von Verputzarbeiten verurteilter Schuldner eine Handlung aus diesem Titel, nämlich das Öffnen der Tür zu seinem Grundstück, vornehmen müsse<sup>43</sup>). Da der Schuldner seiner Pflicht etwas zu unterlassen hier nur sinnvoll nachkommen könne, wenn er neben der Unterlassung auch eine positive Handlung vornehme, sei dies anzunehmen. Zudem würde die Vollstreckung unzumutbar erschwert, wenn der Gläubiger darauf verwiesen werden müsste, jeweils einzelne Handlungstitel zu erwirken, da Art und Umfang der erforderlich werdenden Handlungen in der Regel nicht hinreichend voraussehbar seien.

Der Schuldner wiederum werde nicht über Gebühr belastet, wenn insoweit auf einen ausdrücklichen Urteilsspruch verzichtet werde<sup>44</sup>). Die Vollstreckung dieser Handlungspflicht erfolge nach § 890 ZPO. War bis dahin zumindest offen, ob die Vollstreckung einer vertretbaren Handlung nach § 890 ZPO auch dann statfinde, wenn die Handlungspflicht einzeln tituliert wurde<sup>45</sup>), so meint der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung, der Vollstreckung nach § 890 ZPO stehe es auch nicht entgegen, dass der Schuldner durch dasselbe Urteil noch einmal ausdrücklich zu dem aktiven Tun verurteilt worden ist<sup>46</sup>). Damit erscheint durch höchstrichterliche Rechtsprechung vorgegeben, dass die Vollstreckung eines Titels, welcher neben einer primären Duldungspflicht noch weitere Handlungspflichten vorsieht, den Regeln des § 890 ZPO folgt. Für § 887 ZPO verbleibt hier kein Raum<sup>47</sup>).

Damit wird die in der ZPO angelegte Privilegierung des Schuldners bei vertretbaren Handlungen endgültig entwertet.

Die grundsätzliche Unterscheidung des erlaubten Zwanges danach, ob etwas Passives oder etwas Aktives herbeizuführen ist, wird damit aufgegeben. Als Folge dieser BGH-Entscheidung wurde hier der Schuldner einer vertretbaren Handlung mit Ordnungsgeld in Höhe von 300 Euro, ersatzweise für je 100 Euro einem Tag Ordnungshaft belegt.

### 3. Argumente gegen diese Praxis der Gerichte

Gegen dieses Ergebnis spricht aber nicht nur die Entstehungsgeschichte der angesprochenen Normen, die eine solche Rechtfolge – Ordnungshaft statt Ersatzvornahme – sicher ausschließt.

Grundsätzlich spricht man zwar heute von einem Dispositionsrecht des Gläubigers über Vollstreckungsart und -gegenstand. So kann der Gläubiger innerhalb einer Vollstreckungsart zwischen verschiedenen Modalitäten wählen. Diesen Grundsatz schränkt man nur dann ein, wenn das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Einschränkung fordert. Das ist im Rahmen des § 890 ZPO etwa dann der Fall, wenn dem Ordnungsgeld der Vorrang vor der Ordnungshaft gegeben wird<sup>48</sup>).

In unserem Fall geht es jedoch nicht um die Wahl einer Modalität, sondern um die Vollstreckungsart (Handlungs- oder eben Duldungsvollstreckung). Da es keine Disposition des Schuldners über die Vollstreckungsart gibt, scheint auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht einzugreifen. Geht es aber gerade um die Abgrenzung verschiedener Vollstreckungsarten, so kann die Frage, welche Vollstreckungsart der verhältnismäßig mildere Eingriff in die Sphäre des Schuldners ist, durchaus Gewicht gewinnen. So lässt sich fragen, warum man dem Schuldner mit Ordnungshaft (§ 890 ZPO) drohen soll, wenn man doch einfach den Schlosser zum Öffnen der Tür schicken könnte (§ 887 ZPO)? Da es sich bei der Vollstreckung durch Willensbeugung um einen Eingriff in die persönliche Freiheit (Artikel 2 Abs. 1 des Grundgesetzes), im Falle der Ordnungshaft sogar in die körperliche Freiheit (Artikel 2 Abs. 2 S. 2, 104 des Grundgesetzes) handelt, bringt diese Personal-exekution eine gesteigerte Eingriffsintensität gegenüber der Real-exekution<sup>49</sup>). Daher muss die willensbeugende Personal-exekution (§§ 888, 890 ZPO) im Hinblick auf den verfassungsrechtlich vorgegebenen gradus executionis als ultima ratio gelten<sup>50</sup>).

Zudem folgt aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Artikel 20 Abs. 3 des Grundgesetzes) der Vorbehalt des Gesetzes bei hoheitlichen Eingriffen in Freiheit und Eigentum. Das bedeutet konkret, dass die Vollstreckungsorgane an die gesetzlich geregelten Vollstreckungsarten (numerus clausus<sup>51</sup>) gebunden sind. Sie sind ebenso gehindert, neue Vollstreckungsarten zu erfinden, wie bestehende Vollstreckungsarten auf dafür nicht vorgesehene Sachverhalte anzuwenden<sup>52</sup>). Daher unterliegt die Ausweitung der Duldungsvollstreckung auf vertretbare Handlungen schon bei

<sup>41</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, 66. Aufl. (2008), § 887 Rdnr. 2. Jedoch scheint sich dieses Plädoyer eher auf eine Einschränkung des § 888 ZPO zu beziehen.

<sup>42</sup> NJW-RR 2007, 863 f., DGVZ 2007, 148.

<sup>43</sup> Der Inhalt dieses Titels umfasste wohl zum einen die Pflicht, Verputzarbeiten durch Handwerker im Innenhof des Anwesens zu dulden und zum anderen den Handwerkern jeweils die Haustür seines Anwesens zu öffnen.

<sup>44</sup> Unter Beachtung von Artikel 13 des Grundgesetzes bestehen hier schwerwiegende Bedenken, so schon Brackhahn, DGVZ 1992, 146, Anm. 1. In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es wohl nicht um den Anwendungsbereich von Artikel 13 des Grundgesetzes, da der Schuldner die Handwerker lediglich durch die Haustür und den Hausflur in einen Hinterhof lassen musste.

<sup>45</sup> Stein/Jonas/Brehm, 22. Aufl. (2004), § 890 Rdnr. 5 Fn. 31; Baur/Stürner, 6. Aufl. (1989), Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht S. 72 f. m. w. N.

<sup>46</sup> Ausdrücklich offen gelassen wurde dabei die Frage, ob dieser gesonderte Urteilsausspruch auch Grundlage einer Vollstreckung nach §§ 887 oder 888 ZPO sein könne.

<sup>47</sup> Hier scheint sich eine Tendenz zu bestätigen, dass § 887 ZPO überhaupt für überflüssig gehalten wird. Vgl. Stamm: „Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts“, S. 467, der als eigentliches Prinzip des § 887 ZPO die Verhältnismäßigkeit sieht. § 887 ZPO sei ein weniger einschneidendes Mittel als § 888 ZPO und finde darin seine Existenzberechtigung, S. 470.

<sup>48</sup> Baur/Stürner/Bruns, 13. Aufl. (2006), Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 6.14.

<sup>49</sup> Stein/Jonas/Brehm, 22. Aufl. (2004), § 890 Rdnr. 5.

<sup>50</sup> Zum Ganzen vgl. Baur/Stürner/Bruns, 13. Aufl. (2006), Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 7.7 ff., die bezüglich der Frage der Abgrenzung von vertretbarer und nichtvertretbarer Handlung von einer Vermutung zu Gunsten vertretbarer Handlungen sprechen.

<sup>51</sup> Zur Begründung des numerus clausus der Vollstreckungsarten mit der Gesetzesbindung staatlicher Eingriffe vgl. Baur/Stürner/Bruns, 13. Aufl. (2006), Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 6.64.

<sup>52</sup> Baur/Stürner/Bruns, 13. Aufl. (2006), Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 7.26.

einheitlichen Titeln starken Bedenken. Umso mehr gilt das bei ausdrücklich titulierter Handlungspflicht.

Wir werden auf diesen Punkt noch einmal zu sprechen kommen.

#### 4. Die Durchführung der Duldungsvollstreckung in der Praxis und ihre rechtlichen Folgeprobleme

##### a. Wahlrecht zwischen § 890 ZPO und § 892 ZPO?

Verfolgen wir aber die Argumentation des Landgerichts Koblenz weiter, so erweist sich der mit der Duldungsvollstreckung eingeschlagene Weg auch in anderer Hinsicht als schwierig. In der Mehrzahl der Fälle ist nämlich der Gläubiger gar nicht an der Verhängung von Ordnungsgeld und Ordnungshaft interessiert. Vielmehr soll ein schneller Zugriff auf den Energiezähler erfolgen. Das rechtliche Vehikel dafür soll § 892 ZPO sein. Diese Vorschrift gibt dem Gläubiger die Möglichkeit, im Falle des „Widerstandes“ des Schuldners gegen eine Handlung, die er nach den §§ 887 oder 890 ZPO zu dulden hat, den Gerichtsvollzieher hinzuzuziehen. Ist also einmal der Weg der Duldungsvollstreckung beschritten, so wird flux der Gerichtsvollzieher herangezogen, die Schuldnerwohnung aufgebrochen und der Zähler entfernt. Ermöglicht wird dies dadurch, dass nach h. M. dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen einem Vorgehen nach § 890 ZPO oder § 892 ZPO zusteht<sup>53</sup>).

Ein solches Wahlrecht kann jedoch nur zwischen gleichartigen Normen mit gleichen Voraussetzungen bestehen. Stellt eine der Normen besondere Anforderungen, so kann das Wahlrecht nur dann bestehen, wenn diese Anforderungen erfüllt sind.

##### aa. Widerstand als trennendes Merkmal?

Zunächst verlangt § 892 ZPO andere Tatbestandsvoraussetzungen als § 890 ZPO. Für das Eingreifen des Gerichtsvollziehers nach § 892 ZPO ist nämlich „Widerstand“ des Schuldners erforderlich. Was heißt das? Wenn der Schuldner mit einem langen Messer vor dem Gerichtsvollzieher und dem Vertreter des Energieversorgers steht und ihnen unmissverständlich bedeutet, dass sie sich aus dem Staub machen sollen, so ist das gewiss Widerstand. Die Frage ist nur, was geschieht, wenn etwas weniger Spektakuläres und vor allem weniger Überraschendes passiert, nämlich gar nichts. Der Schuldner öffnet einfach nicht. Ist das Widerstand? Das Landgericht Koblenz und das Landgericht Braunschweig scheinen davon auszugehen. Das ist aber schon deshalb nicht haltbar, weil der Gerichtsvollzieher keine Ahnung hat, warum der Schuldner nicht öffnet. Vielleicht ist er krank, vielleicht war der gesetzte Termin ungünstig für ihn, weil er seinen Arbeitsplatz nicht verlieren will, vielleicht ist er gar nicht anwesend, weil er die Ankündigung des Vollstreckungstermins nicht erhalten hat<sup>54</sup>). Der Gerichtsvollzieher kann nicht wissen, weshalb nicht geöffnet wird, und der Gerichtsvollzieher muss feststellen, ob Widerstand gegeben ist, weil er sonst nicht tätig werden darf (§ 892 ZPO). Aber selbst wenn der Gerichts-

vollzieher wüsste, dass der Schuldner das Klingeln hört und vorsätzlich nicht öffnet: Ist das Widerstand? Als Widerstand hätte der Gerichtsvollzieher nach der GVGA<sup>55</sup>) und der Kommentarliteratur<sup>56</sup>) jedes Verhalten anzusehen, das geeignet ist, die Annahme zu begründen, die Zwangsvollstreckung werde sich nicht ohne Gewaltanwendung durchführen lassen.

Die Begründung der CPO spricht bezüglich des heutigen § 892 ZPO lediglich von einer gewaltsamen Verhinderung einer Störung durch den Gerichtsvollzieher<sup>57</sup>). Im weiteren Gesetzgebungsverfahren befasste man sich mit der Frage, ob in den Fällen des § 719 (heute § 887 ZPO) nicht stets ein Gerichtsvollzieher beigezogen werden solle. Es könne schließlich leicht zu Gewalttätigkeiten unter den Parteien kommen. Von einer entsprechenden Anordnung im Gesetz wurde abgesehen, da doch, wenn z. B. ein Gebäude zu errichten sei, der Gerichtsvollzieher nicht stets anwesend sein könne. Damit sollte jedoch nicht bezweifelt werden, dass es Fälle geben könne, bei denen der Gerichtsvollzieher beigezogen werden müsse, um „Gewalttätigkeiten“ zu verhüten<sup>58</sup>). Diese Diskussion lässt erkennen, dass man dabei eher an aktive Gegenmaßnahmen des Schuldners, aber keinesfalls an bloße Passivität dachte.

Ein weiterer Auslegungsgesichtspunkt ist stets der Zweck der Norm. Als solcher findet sich in der Kommentarliteratur die Gewährleistung der Individualvollstreckung gegen den Willen des Schuldners, in denen zusätzlich ein Widerstand des Schuldners zu überwinden ist<sup>59</sup>). Insofern ergänzt § 892 ZPO hier den § 229 BGB. Auch das Verhältnis zu § 229 BGB wurde im Gesetzgebungsverfahren der CPO diskutiert. So hielt der Abgeordnete Pfafferott aufgrund des Entwurfs den Gläubiger selbst für berechtigt, den Widerstand des Schuldners angriffsweise zu brechen<sup>60</sup>) und befürchtete dadurch die „größten Gewalttätigkeiten“. Daher beantragte er, den Gerichtsvollzieher stets beizuziehen. Direktor von Amsberg erklärte daraufhin, dass durch den Entwurf dem Gläubiger dieses Recht gerade nicht erteilt werden sollte. Vielmehr habe dieser Paragraph (§ 892 ZPO) gerade den Zweck, auszusprechen, dass der Gerichtsvollzieher beizuziehen sei, wenn eine Beseitigung des entgegengesetzten Widerstandes mit Gewalt notwendig werde<sup>61</sup>). Im Grunde geht es § 892 ZPO daher um die Wahrung des staatlichen Gewaltmonopols. Der Gläubiger soll einen gegen die zu duldende Handlung gerichteten Widerstand eben nicht aus eigener Kraft heraus abwehren dürfen, sondern den Gerichtsvollzieher herbeirufen müssen<sup>62</sup>). Ganz ähnlich geht es auch in § 113 des Strafgesetzbuches um den Schutz der staatlichen Vollstreckungshand-

<sup>55</sup>) § 108 Nr. 3 GVGA.

<sup>56</sup>) MüKo-Heßler, 3. Aufl. (2007), § 758 Rdnr. 14. Auch die Drohung mit Gewalt könne bereits Widerstand sein. Thomas/Putzo/Hüßtege, 28. Aufl. (2007) § 892 Rdnr. 1: Widerstand ist das auf Verhinderung eines bestimmten Erfolgs gerichtete vorsätzliche Verhalten. Es ist mehr als bloßes Zuwiderhandeln.

<sup>57</sup>) Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II: Die gesamten Materialien zur CPO, 1. Abt., 1881, S. 467.

<sup>58</sup>) Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II: Die gesamten Materialien zur CPO, 1. Abt., 1881, S. 860.

<sup>59</sup>) MüKo-Gruber, 3. Aufl. (2007), § 892 Rdnr. 1.

<sup>60</sup>) So könne der Gläubiger, der dem Judikat nach zur Beseitigung einer Hecke berechtigt sei und dem dies durch den Schuldner verwehrt werde, „mit zahlreichen Arbeitern aufziehen und den Schuldner zwingen, die Beseitigung der Hecke zu dulden.“ S. Fn. 61.

<sup>61</sup>) Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II: Die gesamten Materialien zur CPO, 1. Abt., 1881, S. 863 f.

<sup>62</sup>) M. a. W. ist der Gläubiger durch das Duldungsurteil nicht zur Gewaltausübung bei Widerstand des Schuldners ermächtigt.

<sup>53</sup>) LG Braunschweig, DGVZ 1988, 140, 140, Baumbach/Lauterbach/Hartmann, 66. Aufl. (2008), § 892 Rdnr. 3, MüKo-Gruber, 3. Aufl. (2007), § 892 Rdnr. 3, Stein/Jonas/Brehm, 22. Aufl. (2004), § 892 Rdnr. 3, gehen auch auf das Urteil des AG Berlin-Wedding, DGVZ 1987, 63, ein, welches einen Vorrang des § 890 ZPO festgestellt hatte, und meinen, es sei vielmehr unverhältnismäßig, den Gläubiger noch länger warten zu lassen, in der Annahme, der Schuldner werde sich nur unter Androhung gemäß § 890 ZPO rechtmäßig verhalten.

<sup>54</sup>) Brackhahn, DGVZ 1992, 148. Ausdrücklich aber LG Weiden, Beschluss vom 27. März 2008, abgedruckt in diesem Heft, S. 120 f.

lung<sup>63</sup>). Schreibt also § 892 ZPO die Beziehung eines staatlichen Organs vor, wenn aufgrund des Schuldnerwiderstandes Gewaltanwendung nötig wird, so schützt § 113 StGB eben dieses staatliche Organ vor dem Zorn des Schuldners. Daher spricht einiges dafür, den Begriff des Widerstandes in beiden Normen einheitlich zu bestimmen<sup>64</sup>). Im strafrechtlichen Kontext aber ist Widerstand nur eine aktive Tätigkeit gegenüber Vollstreckungsbeamten, mit der die Durchführung einer Vollstreckungsmaßnahme verhindert werden soll. Rein passives Verhalten genügt dort nicht<sup>65</sup>). Teilweise wird auch von zivilrechtlicher Seite aufgrund der hinter § 892 ZPO stehenden Strafdrohung des § 113 StGB dafür plädiert, die Vorschrift strikt auszulegen<sup>66</sup>).

So kann man also bei einem Schuldner, der einfach nicht die Türe öffnet, nicht von Widerstand sprechen. Eine Anwendung von § 892 ZPO scheidet demnach in diesen Fällen aus. Auch ein Wahlrecht kann somit nicht bestehen.

#### bb. Nachweis von Widerstand?

Die Gerichtspraxis und Kommentarliteratur erlaubt dem Gläubiger den Gerichtsvollzieher auch ohne den Nachweis von aktivem Widerstand hinzuzuziehen. Schließlich sei es möglich, dass sich die Widerstandshandlung erst bei der Zwangsvollstreckung ergebe<sup>67</sup>). Andere argumentieren, dem Gläubiger sei es nicht zuzumuten, sich in Auseinandersetzungen mit dem Schuldner zu begeben<sup>68</sup>). Als Regulativ betrachtet man dabei offenbar das Kostenrisiko des Gläubigers<sup>69</sup>). Leiste der Schuldner keinen Widerstand, so zeige sich, dass die Kosten der Hinzuziehung des Gerichtsvollziehers nicht „notwendig“ i. S. d. § 788 ZPO gewesen seien und damit vom Gläubiger getragen werden müssten. Diese Sichtweise ist nachvollziehbar. Doch darf auch dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich bei dem Merkmal „Widerstand“ um ein Tatbestandsmerkmal von § 892 ZPO handelt, ohne welches die Rechtsfolge, nämlich die Berechtigung, den Gerichtsvollzieher hinzuzuziehen, nicht ausgelöst wird. Die Argumente der Gerichte verlagern aber die Prüfung, ob Widerstand vorliegt, von der Tatbestands- auf die Kostenseite.

Die Schöpfer der Civilprozeßordnung<sup>70</sup>) gingen ersichtlich nicht davon aus, dass § 892 ZPO die Möglichkeit eröffne, den

Gerichtsvollzieher prophylaktisch beizuziehen. Nun war man – wie wir bereits gesehen haben<sup>71</sup>) – nicht so blind, Widerstand des Schuldners für ausgeschlossen zu halten. Insbesondere im Rahmen der Ersatzvornahme rechnete man mit dessen Widerwillen. Eben darum wurde im Gesetzgebungsverfahren der Antrag gestellt, in diesen Fällen anzuordnen, dass stets ein Gerichtsvollzieher beigezogen werde. Man ist mit folgender Begründung wieder davon abgekommen: „Direktor von Amsberg: Da nach Abs. 1 des § 719 (heute § 887 ZPO) die Ermächtigung des Gläubigers zur Vornahme der betreffenden Handlung vom Gerichte zu erteilen ist, so könne man dem Gerichte überlassen, ob es bei der Ertheilung dieser Ermächtigung die Assistenz des Gerichtsvollziehers zur Vornahme der Handlung für nötig erachte oder nicht“<sup>72</sup>). Somit liegt es nach der Entstehungsgeschichte in der Hand des Prozessgerichts, den Gerichtsvollzieher ohne Nachweis von Widerstand beizuziehen<sup>73</sup>). Tritt der Widerstand unerwartet auf, so kann dem Gläubiger mit § 892 ZPO geholfen werden. Diese Sichtweise genügt auch dem Wortlaut des § 892 ZPO<sup>74</sup>) und die klare Zuständigkeit des Prozessgerichts für die Handlungs- und Duldungsvollstreckung wird gewahrt. Letztlich wird man die bloße Zuziehung des Gerichtsvollziehers ohne Nachweis von Widerstand auf Kosten des Gläubigers noch für vertretbar halten können. Eindeutig contra legem ist jedoch ein Tätigwerden ohne Prüfung, ob wirklich Widerstand vorliegt<sup>75</sup>).

#### cc. § 892 ZPO als Zwangsvollstreckungsart bei Duldungspflichten?

Nachdem wir festgestellt haben, dass Widerstand nur eine aktive Handlung sein kann und dass der Gerichtsvollzieher vor seinem Einschreiten prüfen muss, ob Widerstand vorliegt, stellt sich die Frage, wie diese Erkenntnis zum stets proklamierten Wahlrecht zwischen §§ 890 und 892 ZPO passt. *Brackhahn* hat versucht, das Verhältnis der Normen dahingehend zu bestimmen, dass „nur bei Widerstand des Schuldners gegen das Vollstreckungshandeln des Gläubigers diese Wahl“ möglich sei<sup>76</sup>).

Diese Ausführungen werfen die Frage auf, ob es sich bei § 892 ZPO um eine eigenständige Art der Zwangsvollstreckung handelt. Das Wahlrecht kann nämlich nur dann bestehen, wenn § 892 ZPO als eigenständige Vollstreckungsnorm für die Duldungsvollstreckung in Frage kommt.

Unsere Ausführungen zur Bedeutung des Begriffes „Widerstand“ legen jedoch die Vermutung nahe, dass es sich bei § 892 ZPO mehr um eine Norm mit Unterstützungs-, denn mit Vollstreckungsfunktion handelt. § 892 ZPO geht es hauptsächlich darum, Selbsthilfe des Gläubigers im Rahmen der Duldungs- und Handlungsvollstreckung weitgehend aus-

<sup>63</sup>) H. M. Schönke/Schröder-Eser, 27. Aufl. (2006), § 113 Rdnr. 2; Lackner/Kühl, 25. Aufl. (2004), § 113 Rdnr. 1; Tröndle/Fischer, 55. Aufl. (2007), § 113 Rdnr. 2: „Autorität staatlicher Vollstreckungsakte“.

<sup>64</sup>) Methodisch stellt sich hier die Frage nach der Relativität der Rechtsbegriffe. Die Rechtsordnung verlangt nämlich, eine „individualisierende Variation der Begriff unter Anpassung an den besonderen Sinn der einzelnen Rechtsbestimmung“ (*Grünhut*). Daher ist Fahrlässigkeit im Strafrecht anders zu deuten, als im Zivilrecht, weil die Bestrafung in höherem Maße eine Berücksichtigung aller konkreten Umstände bei Feststellung des Verschuldens erfordert als der billige Schadensausgleich, *Engisch*: „Einführung in das juristische Denken“, 4. Aufl. (1968), S. 157 ff.

<sup>65</sup>) Schönke/Schröder-Eser, 27. Aufl. (2006), § 113 Rdnr. 40; Lackner/Kühl, 25. Aufl. (2004), § 113 Rdnr. 5; Tröndle/Fischer, 55. Aufl. (2007), § 113 Rdnr. 22 und 25. Dort wird auch das Nichtöffnen der Tür nicht als Widerstand gewertet.

<sup>66</sup>) Baumbach/Lauterbach/Hartmann, 66. Aufl. (2008), § 892 Rdnr. 2.

<sup>67</sup>) AG Münster, Beschluss vom 19. September 1978, DGVZ 1979, 29.

<sup>68</sup>) LG Braunschweig, Beschluss vom 4. Mai 1988, DGVZ 1988, 141.

<sup>69</sup>) LG Braunschweig, ebd.; LG Koblenz, Beschluss vom 20. November 2006, abgedruckt in diesem Heft, S. 119 f.

<sup>70</sup>) Zu ihrer Entstehung jetzt *Ahrens*: „Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess. Einhundert Jahre legislative Reform des deutschen Zivilverfahrensrechts vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur Verabschiedung der Reichszivilprozessordnung“, 2007 und *Schubert*: „Entstehung und Quellen der Civilprozeßordnung von 1877“, 1987, S. 1–33.

<sup>71</sup>) S. o. S. 114.

<sup>72</sup>) *Hahn/Stegemann*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II: Die gesamten Materialien zur CPO, 1. Abt., 1881, S. 860.

<sup>73</sup>) So heißt es, obgleich § 719 des Entwurfs dies nicht ausdrücklich erwähnt, von Seiten der Abgeordneten *Herz, von Puttkamer* und *Thilo*: „Das Gericht habe nach dem Entwurf die Fakultät die Zuziehung des Gerichtsvollziehers stets zu verordnen, wenn nach Lage der Sache dies für angemessen erachtet werde.“ *Hahn/Stegemann*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II: Die gesamten Materialien zur CPO, 1. Abt., 1881, S. 860.

<sup>74</sup>) Andernfalls müsste § 892 ZPO lauten: „Rechnet der Gläubiger mit Widerstand, so kann er den Gerichtsvollzieher hinzuziehen“. Es heißt aber: „Leistet der Schuldner Widerstand“.

<sup>75</sup>) *Brackhahn*, DGVZ 1992, 146.

<sup>76</sup>) *Brackhahn*, DGVZ 1992, 146.

zuschließen. Für den Fall der Handlungsvollstreckung wird dies auch in der Literatur so gesehen<sup>77)</sup>. Im Falle der Duldungsvollstreckung aber liege in der „Tätigkeit des Gerichtsvollziehers die unmittelbare Zwangsvollstreckung des Titels“. Das Vorgehen nach § 892 ZPO ermögliche eben nicht das Vorgehen nach § 890 ZPO, sondern ersetze es<sup>78)</sup>.

Werfen wir auch hier einen Blick auf die Entstehungsgeschichte der Normen. Zur Zwangsvollstreckung von Duldung und Unterlassung heißt es: „Den zu erzwingenden Handlungen (heute § 888 ZPO) stehen die Unterlassungen und Duldungen, zu welchen Jemand verurtheilt ist, rücksichtlich der Zulässigkeit des Zwanges völlig gleich, da sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängen.“ Grundsätzlich sieht die ZPO eben deshalb von direkten Zwangsmitteln ab und schreibt statt dessen Ordnungsgeld und Ordnungshaft als indirekte Zwangsmittel vor. Nur eine einzige Ausnahme sahen die Redaktoren: „Sie (die Unterlassungen und Duldungen) können aber, mit Ausnahme der Duldung einer Handlung für den einzelnen Fall, nicht geradezu durch Gewalt erzwungen werden. Die Anwendung von Gewalt findet daher nur in diesem Ausnahmefalle statt; (...)“<sup>79)</sup>. Ob damit an eine Hinzuziehung des Gerichtsvollziehers nach § 892 ZPO gedacht war oder ob man mehr an eine Anordnung des Gerichtes zum Tätigwerden des Gerichtsvollziehers dachte<sup>80)</sup>, lässt sich aus der Begründung nicht sicher entscheiden. Sicher ist hingegen, dass die ZPO die Durchsetzung von Duldungspflicht mit (körperlicher) Gewalt kennt.

#### dd. Grenzen des Wahlrechts

Bedeutet dies für den Fall des Landgerichts Koblenz, dass es dem Gläubiger tatsächlich freisteht, Ordnungsgeld und Ordnungshaft (§ 890 ZPO) oder ein gewaltsames Vorgehen des Gerichtsvollziehers (§ 892 ZPO) zu wählen? Bei richtiger Betrachtung muss man das verneinen. Die ZPO kennt die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung einer Duldungs- oder Unterlassungspflicht mittels Gewalt eben nur bei der Duldung. Es handelt sich dabei um eine Ausnahme<sup>81)</sup>. Das wird deutlich, wenn man sich die Verbindung zu § 892 ZPO vor Augen führt. Widerstand gegen eine Duldungspflicht ist nämlich nur durch aktives Zuwiderhandeln denkbar. Ist dem Schuldner etwa auferlegt, zu dulden, dass der Gläubiger über sein Grundstück fährt, so kann er das eben nur verhindern, indem er sich in den Weg stellt. Dann aber leistet er Widerstand und man kann den Gerichtsvollzieher hinzuziehen, um diesen Widerstand zu brechen. Das Tätigwerden des Gerichtsvollziehers ist dann zugleich die Vollstreckung der Duldungspflicht<sup>82)</sup>.

<sup>77)</sup> Schuschke/Walker, 2. Aufl. (1997) § 892 Rdnr. 1: Im Falle des § 887 stelle „die Hinzuziehung des Gerichtsvollziehers lediglich eine Hilfsmaßnahme im Rahmen der Vollstreckung dar.“

<sup>78)</sup> Schuschke/Walker, 2. Aufl. (1997), § 892 Rdnr. 1.

<sup>79)</sup> Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II: Die gesamten Materialien zur CPO, 1. Abt., 1881, S. 466 f.

<sup>80)</sup> Dafür würde sprechen, dass man diese Möglichkeit jedenfalls bei vertretbaren Handlungen sah. S. o. S. 18.

<sup>81)</sup> Darum findet sich § 892 ZPO in Lehrbüchern auch nicht bei der funktionellen Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers. Vgl. nur Baur/Stürmer/Bruns, 13. Aufl. (2006), Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 8.9.

<sup>82)</sup> Man könnte hier natürlich fragen, wie die Fälle zu beurteilen sind, in denen der Gläubiger mehrmals das Grundstück passieren muss. Soll man dann jedes Mal den Gerichtsvollzieher hinzuziehen? Die Antwort lautet ausweislich der Begründung der CPO: „Nein“. Die Gewaltanwendung bei der Duldungsvollstreckung kommt eben nur in Betracht für den Fall „der Duldung einer Handlung für den einzelnen Fall“. In allen anderen Fällen ist nur die Festsetzung von Ordnungsgeld und Ordnungshaft möglich.

Ein Wahlrecht kann es demnach nur geben, wenn eine reine Duldungspflicht zu vollstrecken ist. Sobald eine Handlungspflicht unter das Regime der Duldungsvollstreckung gezogen wird, ist das nicht mehr so. Will man entgegen dieser Erkenntnis eine Handlung mit den Regeln der Duldungsvollstreckung erzwingen, so sind die terminologischen Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Bedeutung von „Widerstand“ im Sinne des § 892 ZPO ein erstes Anzeichen dafür, dass der gewählte Vollstreckungsweg nicht passt. Evident ist das, wenn es nicht wie in unserem Fall um eine vertretbare, sondern um eine unvertretbare Handlung geht<sup>83)</sup>. Wie sollte der Gerichtsvollzieher hier zur Brechung von „Widerstand“ tätig werden können? Auch in den Fällen, in denen man den Schuldner aufgrund einer Unterlassungs- oder Duldungspflicht für verpflichtet hält, eine Handlung vorzunehmen, etwa ein Bauunternehmen anzurufen und ihm mitzuteilen, dass es die Arbeiten einstellen soll<sup>84)</sup>, scheidet ein Tätigwerden des Gerichtsvollziehers aus. Oder soll man ihn aufgrund des § 892 ZPO für berechtigt halten, „zur Brechung des Widerstandes“ das Bauunternehmen selbst anzurufen?

Die Fälle des Ausbaus von Energiezählern in der Wohnung des Schuldners bereiten vollstreckungsrechtlich deshalb Probleme, weil es gerade nicht um eine reine Duldungspflicht geht. Vielmehr wird die vertretbare Handlung des Öffnens der Wohnungstür ausschließlich zum Zwecke der Beschleunigung des Verfahrens unter die Duldungsvollstreckung gezwungen. Was man erreichen will ist doch, dass die Wohnungstür geöffnet wird. Da der Schuldner dies nicht tut, soll es der Gerichtsvollzieher machen. Damit wird deutlich, dass im Grunde eine Ersatzvornahme durch den Gerichtsvollzieher ohne vorherige richterliche Ermächtigung begehrt wird. Eine solche Vollstreckungsart kennt die ZPO bekanntlich nicht.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass ein Wahlrecht zwischen §§ 890 und 892 ZPO dann ausscheidet, wenn mit der Duldungspflicht eine Handlungspflicht verknüpft wird.

#### b. Verfassungsrechtliche Probleme

Beschlüsse wie der des Landgerichts Koblenz unterliegen zudem verfassungsrechtlichen Bedenken. Wir haben bereits gesehen, dass es der Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Artikel 20 Abs. 3 des Grundgesetzes) auch verbietet, bestehende Vollstreckungsarten auf dafür nicht vorgesehene Sachverhalte anzuwenden<sup>85)</sup>. Die Ersatzvornahme durch den Gerichtsvollzieher ohne richterliche Anordnung fällt unter dieses Verbot. Die Duldungsvollstreckung mittels Gewalt des Gerichtsvollziehers ist nur für die Vollstreckung reiner Duldungspflichten vorgesehen. Ein darüber hinausgehender Anwendungsbereich darf ihr nicht erschlossen werden.

Infolge der Anwendung des § 892 ZPO hält die Gerichtspraxis den Gerichtsvollzieher außerdem für ermächtigt, ohne weitere richterliche Anordnung die Wohnung des Schuldners aufzubrechen, wenn er nicht öffnet. Das Erfordernis der richterlichen Durchsuchungsanordnung könnte sich hier aus der verfassungsrechtlich garantierten Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 und 2 des Grundgesetzes) ergeben. Aufgrund dieser Garantie hat die Wohnungsdurchsuchung durch den Gerichtsvollzieher im Zuge der 2. Zwangsvollstre-

<sup>83)</sup> Das ist deshalb relevant, weil wir gezeigt haben, dass in einigen Fällen die Gewährung von Zutritt als unvertretbare Handlung gewertet wird. Vgl. Fn. 24.

<sup>84)</sup> S. o. S. 112.

<sup>85)</sup> Bauer/Stürmer/Bruns, 13. Aufl. (2006), Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 7.26.

ckungsnovelle 1999 in § 758 a ihre einfachgesetzliche Neu-  
regelung erfahren. Trotz dieser Vorschrift hält die h. M. und  
die Vollstreckungspraxis eine im Duldungstitel gesondert  
ausgewiesene Durchsuchungsanordnung für entbehrlich. Der  
Bundesgerichtshof hat Fälle wie den des Landgerichts Koblenz  
dem Richtervorbehalt mit dem Argument entzogen, es  
handele sich dabei nicht um eine Durchsuchung. Eine Durch-  
suchung liege nur dann vor, wenn ein Betreten der ziel- und  
zweckgerichteten Suche nach Personen oder Sachen oder zur  
Ermittlung eines nicht bereits offenkundigen Sachverhalts,  
d. h. dem Aufspüren dessen dient, was der Wohnungsinhaber  
von sich aus nicht herausgeben oder offen legen will<sup>86</sup>). Eine  
solche Suche sei im Fall des Energiezählers gar nicht erforder-  
lich. Mit dieser Entscheidung steht der Bundesgerichtshof  
durchaus auf dem Boden der Rechtsprechung des Bundes-  
verfassungsgerichts<sup>87</sup>). Allerdings ist in diesem Zusammen-  
hang auch zu beachten, dass danach das Grundrecht auf  
Unverletzlichkeit der Wohnung in nahem Zusammenhang mit  
dem verfassungsrechtlichen Gebot unbedingter Achtung der  
Privatsphäre des Bürgers steht<sup>88</sup>). Denn auch wenn es nicht  
zu einer Durchsuchung komme, bedeute das Eindringen  
staatlicher Organe und ihrer Gehilfen regelmäßig einen  
schweren Eingriff in die persönliche Lebenssphäre des Be-  
troffenen<sup>89</sup>). Dem Einzelnen soll das Recht „in Ruhe gelassen  
zu werden“ gerade in seinen Wohnräumen gesichert wer-  
den<sup>90</sup>). Kann es vor diesem Hintergrund Widerstand sein,  
wenn man einfach die Tür nicht öffnet?

Zudem stellt sich hier die Frage der Rechtsgrundlage. Wel-  
che Vorschrift berechtigt den Gerichtsvollzieher, die Tür auf-  
brechen zu lassen? Die überwiegende Mehrzahl der Gerichte  
beantwortet die Frage mit § 758 Abs. 2 ZPO. Dies ist ange-  
sichts des klaren Wortlauts der Verweisung des § 892 ZPO ein  
erstaunliches Ergebnis. Das LG Braunschweig rechtfertigt es  
mit einem Vergleich zu den Befugnissen des Gerichtsvollzie-  
hers im Rahmen der Herausgabevollstreckung. Wenn nämlich  
der Gerichtsvollzieher eine Herausgabevollstreckung gemäß  
§ 883 ZPO durchführen müsse, sei er ordentliches Vollstre-  
ckungsorgan und dann stünden ihm auch alle Befugnisse des  
§ 758 ZPO offen. Da es aber im Falle der Duldungsvollstre-  
ckung in den Energiezähler im Grunde ebenso um eine Her-  
ausgabe gehe, müssten dem Gerichtsvollzieher die gleichen  
Befugnisse zustehen<sup>91</sup>). Andere Gerichte berufen sich auf die  
ermächtigende Wirkung des Titels<sup>92</sup>). Der Gerichtsvollzieher  
ist im Falle der Duldungsvollstreckung allenfalls dann das zu-

ständige Vollstreckungsorgan, wenn reine Duldungspflichten  
zu vollstrecken sind. In allen anderen Fällen der Handlungs-  
und Duldungsvollstreckung ist es das Prozessgericht<sup>93</sup>).

Gerade weil die Handlungs- und Duldungsvollstreckung  
grundsätzlich in den Händen des Prozessgerichts liegt, muss  
§ 892 ZPO ausdrücklich auf die Befugnisse des Gerichtsvoll-  
ziehers aus § 758 Abs. 3 ZPO verweisen. Diese gelten nämlich  
nur dann, wenn der Gerichtsvollzieher bei seinen Vollstre-  
ckungshandlungen Widerstand vorfindet. § 892 ZPO befasst  
sich aber im Grundsatz nicht mit Vollstreckungs-, sondern mit  
Hilfshandlungen. Die Tatsache, dass in § 892 ZPO nur auf  
§ 758 Abs. 3 ZPO verwiesen wird, gründet sich also nicht auf  
ein irgendwie geartetes Versehen des Gesetzgebers. Vielmehr  
verdeutlicht diese Verweisung noch einmal den Charakter der  
Norm. Sie hat hauptsächlich Unterstützungsfunktion. Der  
Gewalt des Schuldners gegen eine Vollstreckungsmaßnahme  
soll eben nicht die Gewalt des Gläubigers, sondern die des  
Staates entgegengesetzt werden. Wird der Schuldner ver-  
urteilt zu dulden, dass sein Energiezähler ausgebaut wird, so  
ermächtigt § 892 ZPO den Gerichtsvollzieher, den tobenden  
Schuldner zurückzuhalten, solange der Gläubiger oder seine  
Bevollmächtigten den Zähler ausbauen. Keinesfalls wird der  
Gerichtsvollzieher damit zum Ausbau des Zählers ermächtigt.  
Ganz ähnlich darf der Gerichtsvollzieher den gegen eine Woh-  
nungsöffnung gerichteten aktiven Widerstand brechen und so  
die Sicherheit der Beteiligten gewährleisten. Er darf aber eben  
nicht selbst die Tür öffnen. Mit anderen Worten kann man  
sagen, dass er durch § 892 ZPO nicht zur Ersatzvornahme er-  
mächtigt wird. Darum ist es nur konsequent, dass § 892 ZPO  
ausschließlich auf die Befugnis zur Gewaltanwendung des  
§ 758 Abs. 3 ZPO<sup>94</sup>) und nicht auf die Wohnungsöffnung  
(§ 758 Abs. 2 ZPO) verweist. Damit fehlt eine Rechtsgrund-  
lage für den Eingriff des Gerichtsvollziehers in die Unverletz-  
lichkeit der Wohnung des Schuldners.

Anders zu sehen ist das allenfalls, wenn der Titel entspre-  
chend lautet. Spricht das zu vollstreckende Urteil aus, dass  
eine auch nach Klingeln und Klopfen verschlossene Türe ge-  
nügt, um sie durch den Gerichtsvollzieher gewaltsam öffnen  
zu lassen, so muss der Gerichtsvollzieher das tun, auch wenn  
dieses Urteil alles andere als frei von Rechtsfehlern ist. Das  
bringt der Grundsatz von der Formalisierung der Zwangsvoll-  
streckung mit sich, der nach ganz herrschender und richtiger  
Meinung dem Vollstreckungsorgan selbst bei evident unrich-  
tigen Titeln weder Prüfungskompetenz noch Ablehnungsbe-  
fugnis einräumt<sup>95</sup>).

Eine solche Titulierung wird jedoch in den seltensten Fäl-  
len gegeben sein. Auch die Titulierung unter 4. in unserem Fall  
vor dem Landgericht Koblenz („Für den Fall der Zuwiderhand-  
lung oder der Verweigerung des Zutritts und/oder des Wider-  
standes gegen die Liefersperre werden ... die zwangsweise  
Öffnung verschlossener Türen und Behältnisse durch den  
zuständigen Gerichtsvollzieher ... angeordnet“) reicht dafür  
nicht aus. Zwar werden hier rechtsfehlerhaft „Verweigerung  
des Zutritts“ und „Widerstand“ in einen Topf geworfen, doch  
kann der Gerichtsvollzieher in Anbetracht dieser Gleichset-  
zung nur tätig werden, wenn zumindest „Verweigerung des  
Zutritts“ gegeben ist. Der Grundsatz von der Formalisierung

<sup>86</sup>) BGH, Beschluss vom 10. August 2006, DGVZ 2006, 179. Zustimmend  
*Scheidacker*, NZM 2007, 591. Anders die DGVZ-Schriftleitung, die noch vor der  
Novelle annahm, die Wegnahme einer Messeinrichtung bzw. die Beseitigung  
von Widerstand hiergegen würde in Zukunft eine richterliche Durchsuchungs-  
anordnung erforderlich machen, DGVZ 1998, 45. Vgl. auch AG Montabaur,  
Beschlüsse vom 27. August 2007 und 22. Oktober 2007, abgedruckt in die-  
sem Heft, S. 121 f.

<sup>87</sup>) Vgl. nur BVerfGE 51, 97, 106 f.; BVerfGE 75, 318, 327; BVerfGE, NJW  
200, 943, 944.

<sup>88</sup>) BVerfGE 75, 318, 328.

<sup>89</sup>) BVerfGE 75, 318, 328.

<sup>90</sup>) BVerfGE 27, 1, 6 und BVerfGE 32, 54, 75 und 51, 97, 107.

<sup>91</sup>) LG Braunschweig, DGVZ 1988, 141 f.

<sup>92</sup>) AG Wiesbaden, Beschluss vom 21. Januar 1997, DGVZ 1998, 45:  
„Nach Auffassung des Vollstreckungsgerichts ist der Gerichtsvollzieher für  
die Öffnung der Wohnungstür Vollstreckungsorgan im engeren Sinne.  
Voraussetzung für die Sperrung des Gaszählers ist das Betreten der Woh-  
nung und damit das Öffnen der Wohnungstür, wozu der Gerichtsvollzieher  
schon allein aufgrund des Titels gemäß § 758 Abs. 2 ZPO neben den Befug-  
nissen gemäß §§ 892, 758 Abs. 3 ZPO berechtigt ist.“; ebenso LG Berlin,  
Beschluss vom 17. Mai 1991, DGVZ 1992, 92.

<sup>93</sup>) *Brackhahn*, DGVZ 1992, 146; wohl auch OLG Köln, NJW-RR 1988, 832;  
a. A. *Schuschke/Walker*, 2. Aufl. (1997), § 892 Rdnr. 1.

<sup>94</sup>) U. U. mit polizeilicher Unterstützung.

<sup>95</sup>) *Baur/Stürmer/Bruns*, 13. Aufl. (2006), Zwangsvollstreckungsrecht,  
Rdnr. 6.58 m. w. N.

der Zwangsvollstreckung entbindet den Gerichtsvollzieher (selbstverständlich) nicht davon zu prüfen, ob die im Titel genannten Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung gegeben sind<sup>96</sup>). Dafür muss der Schuldner die Tür vorsätzlich verschlossen halten. Davon ist auszugehen, wenn er sich entweder in der Wohnung befindet und das Einlassbegehren des Gläubigers wahrgenommen hat oder wenn er sich in Kenntnis des Termins für den Zählerausbau wissentlich entfernt hat. Darüber aber wird der Gerichtsvollzieher vermutlich nichts wissen<sup>97</sup>). Wenn der Schuldner aus der Wohnung lautstark verkündet, er werde niemanden hineinlassen, ist das anders zu beurteilen. Wenn er sich aber gar nicht bemerkbar macht, sind die in der genannten Titulierung statuierten Voraussetzungen nicht gegeben.

Es kommt noch hinzu, dass nach der oben bereits angeführten Rechtsprechung<sup>98</sup>) ein Eingriff in das Recht des Einzelnen, in seinen Wohnräumen in Ruhe gelassen zu werden, verfassungsrechtlich nur dann zulässig ist, wenn durch die Art des angewendeten Verfahrens und insbesondere durch ausreichende vorherige Anhörung des Betroffenen sichergestellt ist, dass diesem nur diejenigen Beeinträchtigungen zugemutet werden, die bei Beachtung der berechtigten Anforderungen einer geregelten Rechtspflege als die geringfügigsten erscheinen<sup>99</sup>). Da aber effektiver Grundrechtsschutz nur gewährt werden kann, wenn vor der Zwangsvollstreckung eine Anhörung stattfindet, kommt § 891 ZPO ins Spiel. Mit dieser Vorschrift schließt sich auch der Kreis zu § 887 ZPO. Folgt man nämlich dem System der ZPO und vollstreckt die Wohnungsöffnung nach § 887 ZPO, so wird vor Anordnung der Ersatzvornahme, die dann auf die Öffnung der Wohnung gerichtet ist, der Schuldner gehört. Zugleich wird damit die ausdrückliche richterliche Erlaubnis zum Betreten der Wohnung erteilt<sup>100</sup>). Das beseitigt auch die Unsicherheit darüber, ob der Richter des Erkenntnisverfahrens mit dem Erlass der Duldungsverfügung bezüglich des Zählerausbaus gleichzeitig eine richterliche Anordnung zum Betreten der Wohnung aussprechen wollte<sup>101</sup>). Auf seine Kenntnis von der Belegenheit des Zählers – innerhalb oder außerhalb der Wohnung – kommt es dann nicht mehr an.

##### 5. Abwägung der Vor- und Nachteile des Verfahrens nach § 887 ZPO

Das Vorgehen nach § 887 ZPO bringt für den Gläubiger einige Nachteile mit sich. Die Ermächtigung zur Ersatzvornahme kann – anders als die Duldung – nicht in dem Urteil, welches die Verpflichtung ausspricht, erteilt werden. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Erteilung der Ermächtigung im Rahmen des § 887 ZPO den Beginn der Vollstreckung bildet<sup>102</sup>). Sie setzt weiterhin die Verweigerung der geschuldeten Handlung voraus<sup>103</sup>), und zwingt damit den Gläubiger einen (vergeblichen) Versuch zu unternehmen.

Diesen Nachteilen des Verfahrens nach § 887 ZPO für den Gläubiger stehen jedoch zwingende Gründe des Verfassungs- und Vollstreckungsrechts gegenüber. Angesichts dieser Gründe und der bereits früher geäußerten Kritik erscheint es erstaunlich, dass das Amtsgericht Wiesbaden mit Beschluss vom 21. Januar 1997 feststellt, der Kritik könne aus „praktischen Erwägungen“ nicht gefolgt werden<sup>104</sup>). Wo und wie diese „praktischen Erwägungen“, denen sich auch das Landgericht Koblenz verpflichtet sieht, in die gesetzliche Wertung einfließen sollen, bleibt unklar.

Die Vorteile der Exekution der Wohnungsöffnung gemäß § 887 ZPO bestehen darin, dass sie das System der Zwangsvollstreckungsarten wahrt. Die Handlungs- und Duldungsvollstreckung bleibt dabei ganz in der Hand des zuständigen Prozessgerichts. Sie wahrt damit den *numerus clausus* der Vollstreckungsarten und setzt auch den Schuldner nicht der Gefahr aus, in Ordnungshaft zu geraten. Damit genügt sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Den aus Artikel 13 des Grundgesetzes resultierenden Anforderungen wird diese Lösung durch die gesonderte richterliche Anordnung der Ersatzvornahme und die Gewährung rechtlichen Gehörs nach § 891 ZPO gerecht.

**Das Verfahren stellt sich dann wie folgt dar:** Der Gläubiger erlangt einen Titel, in dem die Duldung des Zählerausbaus und die Verpflichtung, zu diesem Zwecke Türen zu öffnen, festgestellt wird<sup>105</sup>). Der Gläubiger unternimmt einen Versuch, diesen Titel durchzusetzen. Scheitert er, so kann beim Prozessgericht die Ersatzvornahme gemäß § 887 ZPO beantragt werden. Das Gericht hört den Schuldner an und ermächtigt dann den Gläubiger zur Ersatzvornahme. Ist absehbar, dass man auf Widerstand stoßen wird, so ist die Beiziehung des Gerichtsvollziehers sinnvoll und kann vom Gericht sogleich zum Schutz der Beteiligten bei der Ersatzvornahme angeordnet werden. Wurde das nicht angeordnet und stößt der Gläubiger auf Widerstand, kann der Gerichtsvollzieher umgehend gemäß § 892 ZPO, ohne weitere richterliche Anordnung, hinzugezogen werden, um die Wohnungsöffnung im Wege der Ersatzvornahme zu ermöglichen.

Die entgegenstehende Ansicht muss, um den praktischen Bedürfnissen der Gläubiger entgegenzukommen, mehrere gesetzliche Vorgaben uminterpretieren. Zum Ersten muss die vertretbare Handlung des Öffnens dem Bereich der Duldungsvollstreckung zugeschlagen werden. Zum Zweiten muss dann der Ausnahmefall der Duldungsvollstreckung mittels Gewalt verallgemeinert und auf Handlungspflichten ausgeweitet werden. Dadurch entsteht eine neue Art der Zwangsvollstreckung, nämlich die Ersatzvornahme durch den Gerichtsvoll-

<sup>104</sup>) AG Wiesbaden, DGVZ 1998, 45.

<sup>105</sup>) Gegen eine solche eigenständige Titulierung spricht auch nicht das Argument des BGH, dass man dann einzelne Handlungstitel erwirken müsste, weil Art und Umfang der erforderlich werdenden Handlungen in der Regel nicht hinreichend voraussehbar seien. Es soll somit verhindert werden, dass die Vollstreckung unnötig verkompliziert wird. Insbesondere soll der Schuldner sich nicht ständig darauf berufen können, dass diese oder jene auch noch so unwichtige Handlung nicht tituliert sei. Richtig ist sicherlich, dass nicht jede erdenkliche Handlung tituliert werden kann und soll (etwa einen bissigen Hund zurückzuhalten oder einen vor dem Zähler stehenden Schrank beiseite zu rücken etc.). Es ist schließlich weder dem Gläubiger noch dem Gericht möglich, jede Handlung, welche notwendig werden wird, um den Vollstreckungserfolg herbeizuführen, im Voraus zu erkennen. Dass aber das Öffnen der Wohnungstür erforderlich werden wird, ist klar voraussehbar. Außerdem unterscheidet sich diese Handlung von anderen „unwichtigen“ Handlungen dadurch, dass genau hier die Schwelle zu einem Grundrechtseingriff überschritten wird.

<sup>96</sup>) Vgl. Baur/Stürmer/Bruns, 13. Aufl. (2006), Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 6.53.

<sup>97</sup>) S. o. S. 114.

<sup>98</sup>) S. o. S. 116 f.

<sup>99</sup>) BVerfGE, 75, 318, 328.

<sup>100</sup>) Auch Baur/Stürmer/Bruns, 13. Aufl. (2006), Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 8.14 halten die richterliche Erlaubnis für erforderlich.

<sup>101</sup>) Häufig hat nämlich das Prozessgericht die Einzelheiten der Vollstreckung gar nicht im Blick, wenn es zur Duldung des Ausbaus oder der Sperrung eines Energiezählers verurteilt. Brackhahn, DGVZ 1992, 147.

<sup>102</sup>) Stein/Jonas/Brehm, 22. Aufl. (2004), § 887 Rdnr. 36, Baumbach/Lauterbach/Hartmann, 66. Aufl. (2008), § 887 Rdnr. 11.

<sup>103</sup>) Thomas/Putzo/Hüßtege, 28. Aufl. (2007), § 887 Rdnr. 4.

zieher ohne richterliche Anordnung. Dadurch wird dem Schuldner das nach § 891 ZPO vorgeschriebene rechtliche Gehör abgeschnitten. Zum Dritten wird ein Tatbestandsmerkmal des § 892 ZPO als reine Frage des Kostenrisikos deklariert und auch rein passives Verhalten als Widerstand interpretiert. Schlussendlich wird die Begrenzung der Befugnisse des Gerichtsvollziehers auf § 758 Abs. 3 ZPO aufgehoben.

Eine unserer Ansicht nach korrekte Titulierung könnte so lauten:

1. Der Antragsgegner hat den ungehinderten Zutritt eines durch ein Legitimationspapier ausgewiesenen Beauftragten des Antragstellers zu den Räumlichkeiten (Anschrift, in denen sich die Energiemesseinrichtungen befinden) zu dulden, damit der Beauftragte die Energieversorgung unterbrechen bzw. den Zähler ausbauen kann.
2. Der Antragsgegner hat dem Beauftragten des Antragstellers zu dem unter 1. genannten Zweck alle erforderlichen verschlossenen Türen (insbesondere Haus-, Wohnungs- und Kellertür) zu öffnen<sup>106</sup>).

Es ist dem Gläubiger nach ganz herrschender Meinung unbenommen, den Gerichtsvollzieher gleich beim ersten Nachsuchen um Einlass zur Wohnung des Schuldners mitzunehmen, damit der Gerichtsvollzieher vermeintlichen Widerstandes gegebenenfalls brechen kann. Schützenswerte

<sup>106</sup> Anträge, die Handlung und Duldung zu einer diffusen Einheit verschmelzen lassen, kommen immer wieder vor, so etwa AG Hanau, Urteil vom 29. Januar 2007 (37 C 3221/06): „Die Beklagte wird verurteilt, einem mit Ausweis versehenen Beauftragten der Klägerin Zutritt zu dem Stromzähler der Klägerin mit der Fabrikations-End-Nr. ... in ihrer Verbrauchsstelle ... zu ermöglichen und die Sperrung des Zählers zu dulden.“ Hier wird nicht beantragt, dass das Gericht klar ausspricht, was die Klägerin verlangt und wovon der Erfolg ihres Anliegens maßgeblich abhängt: Das Öffnen der Tür.

Interessen des Schuldners stehen nicht entgegen, insbesondere trägt der Gläubiger das Kostenrisiko. Das heißt, wenn es keinen Widerstand gibt, kann der Gläubiger nicht vom Schuldner Ersatz für die Kosten verlangen, die durch die Anwesenheit des Gerichtsvollziehers anfallen, weil diese nicht notwendig waren (§ 788 Abs. 1 Satz 1 ZPO<sup>107</sup>).

Hervorzuheben ist, dass der Gerichtsvollzieher, auch wenn er sogleich mitkommen darf, dabei stets ausschließlich als Hilfsperson die Ersatzvornahme begleitet. Er darf also weder aus eigenem Antrieb die Tür aufbrechen, noch darf er, ohne dass aktiver Widerstand gegen die Ersatzvornahme vorliegt, irgendwie gegen den Schuldner einschreiten.

#### IV. Zusammenfassung

Eine eigenständig titulierte Handlungspflicht zum Öffnen der Wohnungstür ist nicht im Rahmen der Duldungsvollstreckung zu vollstrecken. Dies gilt auch dann nicht, wenn es sich um eine bloße Nebenpflicht handeln sollte. Richtigerweise ist diese Handlungspflicht im Wege der Ersatzvornahme gemäß § 887 ZPO zu vollstrecken.

§ 892 ZPO ist eine Ausformung des staatlichen Gewaltmonopols, welche lediglich Selbsthilfe des Gläubigers unterbinden soll. Dafür ist am Vorliegen von aktivem Widerstand als ernstzunehmenden Tatbestandsmerkmal des § 892 ZPO festzuhalten. Ein Alternativverhältnis zwischen §§ 890 und 892 ZPO besteht nur bei reinen Duldungspflichten. Eine Wohnungsöffnung kann nicht ohne richterliche Anordnung einfach nur aufgrund der §§ 892, 758 ZPO stattfinden. Das Recht des Schuldners auf Anhörung vor Wohnungsöffnung ist über § 891 ZPO zu wahren.

<sup>107</sup> S. o. S. 115.

## RECHTSPRECHUNG

### §§ 890, 892 ZPO; § 184 GVGA

1. **Eine einstweilige Verfügung zur Wegnahme eines Gaszählers kann als Duldungstitel vollstreckt werden.**
2. **Widerstand des Schuldners kann durch den Gerichtsvollzieher gebrochen werden. Zur Einschreitung des Gerichtsvollziehers ist es nicht erforderlich, eine Widerstandshandlung oder deren Absicht vor Auftragserteilung nachzuweisen.**
3. **Eine richterliche Durchsuchungsanordnung zum Betreten der Schuldnerwohnung kann sich aus dem Inhalt der einstweiligen Verfügung ergeben.**

LG Koblenz, Beschl. v. 20. 11. 2006  
– 2 T 829/06 –

Gründe:

Die Gläubigerin betreibt die Vollziehung einer durch das Amtsgericht Lahnstein am 11. August 2006 erlassenen einstweiligen Verfügung.

Diese lautet wie folgt:

„1. Der Antragsgegner hat zu dulden, dass die von der Antragstellerin mit einem Dienstausweis versehenen Beauf-

tragten die Wohnung sowie den Keller der Wohnung betreten dürfen.

2. Weiterhin hat der Antragsgegner zu dulden, dass der im Haus installierte Gaszähler, der im Eigentum der Antragstellerin steht, zur wirksamen Unterbrechung der Gaszufuhr abgelesen sowie ausgebaut und die gasführende Leitung mit einem Stopfen dicht verschlossen wird.

3. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, deshalb den Beauftragten der Antragstellerin die Hauseingangstür, Wohnungseingangstür und Kellertür zu öffnen.

4. Für den Fall der Zuwiderhandlung oder der Verweigerung des Zutritts und/oder des Widerstandes gegen die Liefersperrung werden gemäß § 758 Abs. 2 ZPO die zwangsweise Öffnung verschlossener Haustüren, Wohnungstüren, Zimmertüren, Kellertüren und Behältnisse durch den zuständigen Gerichtsvollzieher und die Einstellung der Gasversorgung durch Ausbau des Gaszählers in Gegenwart und unter Aufsicht des zuständigen Gerichtsvollziehers angeordnet.“

Unter dem 16. August 2006 beantragte die Gläubigerin die Durchführung der Vollziehung.

Der zuständige Obergerichtsvollzieher hat die Zustellungsunterlagen nach erfolgter Zustellung zurückgereicht und

ausgeführt, ein Mitwirken gemäß Ziffer 4 des Beschlusses sei erst nach einem erfolglosen Wegnahmeversuch durch die Gläubigerin möglich.

Gegen die Weigerung des Obergerichtsvollziehers, die Vollziehung durchzuführen, legte die Gläubigerin mit Schriftsatz vom 12. September 2006 „Beschwerde“ ein.

Die Richterin des Vollstreckungsgerichts beim Amtsgericht Lahnstein hat das als Erinnerung anzusehende Rechtsmittel durch den angefochtenen Beschluss, auf dessen Gründe zum Zwecke der weiteren Sachdarstellung Bezug genommen wird, kostenpflichtig zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluss, der ihr am 13. Oktober 2006 zugestellt wurde, wendet sich die Gläubigerin mit ihrer Beschwerde vom 26. Oktober 2006, die noch am gleichen Tag per Telekopie beim Amtsgericht Lahnstein eingegangen ist.

Die Richterin des Vollstreckungsgerichts beim Amtsgericht Lahnstein hat, ohne Abhilfeentscheidung, die Akten der Kammer zur Entscheidung vorgelegt.

Da das Beschwerdevorbringen sich in dem Vorbringen der 1. Instanz erschöpft, hat die Kammer davon abgesehen, die Akten der Richterin des Vollstreckungsgerichts beim Amtsgericht Lahnstein zum Zwecke der Nachholung der Abhilfeentscheidung zurückzusenden.

Das als sofortige Beschwerde zulässige Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg.

Der vorliegend gegen den Schuldner zu vollziehende Beschluss ist dem Wortlaut nach ein Duldungstitel. Zur Vollstreckung eines solchen Titels kann ein Gläubiger wahlweise gemäß § 890 ZPO die Festsetzung von Ordnungsgeld und/oder Ordnungshaft beantragen oder nach § 892 ZPO den Widerstand des Schuldners durch die Gerichtsvollzieher brechen lassen.

Die letzte Alternative hat die Gläubigerin vorliegend gewählt. Der Gerichtsvollzieher hat insoweit die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, insbesondere den zugestellten Titel, als Grundlage seines Einschreitens sowie außerdem zu prüfen, inwieweit das Verlangen des Gläubigers oder ein Widerstand des Schuldners gerechtfertigt ist. Dass der Schuldner ungerechtfertigt Widerstand leistet oder beabsichtigt, braucht hingegen der Gläubiger nicht nachzuweisen (LG Braunschweig DGVZ 1988, 140). Zwangsausübung in der Schuldnerwohnung ohne Einwilligung des Schuldners erfordert eine richterliche Durchsuchungsanordnung. Diese liegt, ebenso wie die übrigen Voraussetzungen der Vollziehung vor, denn Ziffer 4 des Beschlusses des Amtsgerichts Lahnstein vom 11. August 2006 enthält die erforderliche richterliche Durchsuchungsanordnung.

Lediglich die vorliegende Betrachtungsweise ist geeignet, die schnellstmögliche Vollziehung der einstweiligen Verfügung zu gewährleisten. Die Auffassung der Richterin des Vollstreckungsgerichts beim Amtsgericht Lahnstein, es müsse zunächst ein Versuch der Vollziehung ohne Beiziehung des Gerichtsvollziehers stattfinden, führt demgegenüber zu einer ungebührlichen Verzögerung in einem eilbedürftigen Verfahren.

Die Kosten, die durch die Einschaltung des Gerichtsvollziehers entstehen, sind Vollstreckungskosten im Sinne des § 788 ZPO. Sie sind dann nicht erstattungsfähig, wenn kein Anlass zur Beiziehung des Gerichtsvollziehers bestand. Insoweit hat die Gläubigerin vorliegend das Kostenrisiko zu tragen.

Nach alledem ist der angefochtene Beschluss aufzuheben und der Obergerichtsvollzieher entsprechend anzuweisen, die Vollziehung – wie beantragt – durchzuführen.

#### *Anmerkung der Schriftleitung:*

*Die vorliegende Entscheidung hebt als Beschwerdebeschluss die Entscheidung des AG Lahnstein vom 4. Oktober 2006, die in DGVZ 10/2007, S. 150 abgedruckt war, auf. Zur Frage, welche Vollstreckungsart bei der dargestellten Titulierung in Frage kommt, vgl. Aufsatz von Kannowski/Keil in diesem Heft, S. 109. Darin wird auch auf das Problem eingegangen, wann Widerstand des Schuldners vorliegt, der sowohl bei einer nach Auffassung der Autoren vermeintlichen Duldungsvollstreckung gemäß § 890 ZPO als auch bei Vollstreckung als vertretbare Handlung gegebenenfalls durch den Gerichtsvollzieher zu beseitigen ist. Ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss bei Zählersperrung ist nicht erforderlich, vgl. BGH, DGVZ 11/2006, S. 179.*

### **§ 892 ZPO; § 184 GVGA**

- 1. Zur Beiziehung des Gerichtsvollziehers bei Sperrung eines Stromanschlusses hat der Gläubiger nicht nachzuweisen, dass mit Widerstand des Schuldners zu rechnen ist.**
- 2. Der Gerichtsvollzieher hat ggf. Handwerker zu beauftragen, um die verschlossenen Türen beim Schuldner öffnen zu lassen.**
- 3. Es stellt eine Widerstandsmaßnahme des Schuldners dar, wenn der Schuldner nach Mitteilung eines Termins zur Sperrung des Stromanschlusses nicht zu Hause anzutreffen ist.**

**LG Weiden, Beschl. v. 27. 3.2008  
– 22 T 40/08 –**

#### Gründe:

Die zulässige sofortige Beschwerde ist unbegründet. Das Amtsgericht Weiden i. d. Opf. hat mit Beschluss vom 14. Februar 2008 die Erinnerung der Gläubigerin vom 8. Januar 2008 zu Recht zurückgewiesen. Dies folgt bereits daraus, weil diese Erinnerung aus Sicht der Kammer unzulässig war, da die Zwangsvollstreckungsmaßnahme aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 3 Abs. 4 Satz 5 GvKostG zum Zeitpunkt der Einlegung der Erinnerung als beendet galt. Nach der vorgenannten Vorschrift steht eine nicht rechtzeitige Vorschusszahlung der Zurücknahme des Vollstreckungsauftrages gleich. Unstreitig wurde der von der Gerichtsvollzieherin angeforderte Kostenvorschuss nicht bis zum 31. Dezember 2007, sondern erst nach diesem Zeitpunkt an die Gerichtsvollzieherin bezahlt. Maßgebend ist der Zeitpunkt des Eingangs bei der die Vollstreckungsmaßnahme durchführenden Gerichtsvollzieherin. Da der Vollstreckungsauftrag damit als zurückgenommen gilt, war die Vollstreckungsmaßnahme beendet, so dass die erhobene Erinnerung nicht mehr zulässig war.

Im Übrigen weist die Kammer in der Sache darauf hin, dass sie an ihrer in der Verfügung vom 11. März 2008 vertretenen Auffassung, dass für die Zwangsvollstreckungsmaßnahme nach § 892 ZPO eine gesonderte richterliche Durchsuchungsanordnung gemäß § 758 a ZPO erforderlich sei, nicht mehr festhält. Die Beschwerdeführerin hat zutreffend auf die Entscheidung des BGH vom 10. August 2006 verwiesen, wonach im vorliegenden Fall sich die richterliche Ermächtigung zum

Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung des Schuldners bereits aus dem ergangenen Versäumnisurteil ergibt. Die Kammer ist auch der Auffassung, dass die Gläubigerin nicht nachweisen muss, dass mit Widerstand des Schuldners zu rechnen sei (vgl. dazu Zöller/Stöber, Zivilprozessordnung, 25. Auflage, § 892 Rdnr. 1). Dies würde, worauf die Gläubigerin zurecht hinweist, ihr zumuten, sich zunächst in die Gefahr einer Auseinandersetzung mit dem Schuldner zu begeben.

Aus Sicht der Kammer ist die Gerichtsvollzieherin aufgrund der Vorschriften des § 892 i. V. m. § 758 Abs. 3 ZPO auch berechtigt, durch von ihr beauftragte Handwerker, die sie hinzuziehen darf, gegebenenfalls die verschlossene Türe beim Schuldner öffnen zu lassen, so dass Mitarbeiter der Gläubigerin die Maßnahme, die der Schuldner zu dulden hat, durchführen können. Aus Sicht der Kammer wird das gewaltsame Öffnen der Tür auch von der Vorschrift des § 758 Abs. 3 ZPO mitumfasst. Voraussetzung ist jedoch, dass es sich bei dem Nichtöffnen der Tür um eine Widerstandsmaßnahme des Schuldners handelt. Dies ist aus Sicht der Kammer jedoch bereits dann anzunehmen, wenn die Gläubigerin dem Schuldner den Termin zur Sperrung des Stromanschlusses ordnungsgemäß mitgeteilt hat und dieser darauf wie bereits zuvor bei den Versuchen, rückständige Forderungen einzutreiben, überhaupt nicht reagiert oder nicht zuhause anzutreffen ist.

*Anmerkung der Schriftleitung:*

*Dezidiert eine andere Auffassung vertreten Kannowski/Keil, vgl. Aufsatz in diesem Heft, S. 109.*

## **§§ 890, 892 ZPO; § 184 GVGA**

- 1. Vor zwangsweiser Öffnung des Kellerraums zur Unterbrechung der Gasversorgung ist dem Schuldner Gelegenheit zu geben, freiwillig dieser Verpflichtung nach Erlass der einstweiligen Verfügung nachzukommen.**
- 2. Ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss ist nicht erforderlich, da der Zutritt zur Wohnung zur Vornahme einer bestimmten vorgegebenen Handlung und nicht der Suche nach Personen oder Sachen dient.**

**AG Montabaur, Beschl. v. 27. 8. 2007 u. 22. 10. 2007  
– 8 M 1365/07 –**

Gründe:

I.

(Beschl. v. 27. 8. 2007)

Die Gläubigerin betreibt die Zwangsvollstreckung aus dem Beschluss des Amtsgerichts Montabaur vom 19. Juli 2007 (10 C 330/07), durch den die Schuldnerin im Wege der einstweiligen Verfügung verpflichtet wird,

- das Betreten des zur ihrer Wohnung gehörenden Kellers durch einen Beauftragten der Gläubigerin zu dulden,
- zu dulden, dass der in ihrem Keller installierte Gaszähler zur wirksamen Unterbrechung der Gaszufuhr abgelesen, ausgebaut und die gasführende Leitung mit einem Stopfen dicht verschlossen werde,
- zu diesem Zweck den Beauftragten der Gläubigerin Hauszugangstür und Kellertür zu öffnen.

Der hierzu beauftragte zuständige Gerichtsvollzieher beim Amtsgericht Montabaur gab die Vollstreckungsunterlagen

nach erfolgter Zustellung des Beschlusses vom 19. Juli 2007 unter dem 30. Juli 2007 im Übrigen unerledigt an die Gläubigerin zurück mit dem Bemerkten, dass eine evtl. erforderlich werdende zwangsweise Wohnungsöffnung durch ihn zum Ausbau des Gaszählers durch den Beschluss nicht gedeckt sei und im Übrigen noch kein Versuch von der Gläubigerin unternommen worden sei, mit der Schuldnerin einen Termin zum Ausbau des Gaszählers zu vereinbaren.

Mit der Erinnerung vom 20. August 2007 begehrt die Gläubigerin die Verpflichtung des Gerichtsvollziehers, durch das Vollstreckungsgericht die Zwangsvollstreckung fortzusetzen.

Sie ist der Auffassung, in dem Beschluss des Amtsgerichts Montabaur vom 19. Juli 2007 sei bereits eine Ermächtigung zur gewaltsamen Wohnungsöffnung bereits enthalten, da die Schuldnerin zur Duldung des Ausbaus des Gaszählers verpflichtet worden sei. Daher sei eine zusätzliche richterliche Durchsuchungserlaubnis im Sinne von § 785 Abs. 2 ZPO nicht erforderlich. Im Übrigen sei die Gläubigerin wegen der Eilbedürftigkeit der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht verpflichtet, zunächst den Versuch zu unternehmen, ob die Schuldnerin ihr den Ausbau des Gaszählers freiwillig ermöglichen werde.

Die nach § 766 ZPO zulässige Erinnerung ist unbegründet und daher zurückzuweisen.

Nach dem Inhalt der einstweiligen Verfügung vom 19. Juli 2007 ist dem Gerichtsvollzieher die gewaltsame Öffnung der Wohnung der Schuldnerin und der hierzu gehörenden Kellerräume nicht gestattet. Entgegen der von der Gläubigerin vertretenen Auffassung enthält die Verpflichtung der Schuldnerin, Ausbau und Wegnahme des Gaszählers zu dulden, nicht zugleich die Ermächtigung zur zwangsweisen Öffnung des Kellerraums für den Fall, dass die Schuldnerin nicht freiwillig der ihr aus der einstweiligen Verfügung erwachsenden Verpflichtung nachkommt.

Auch dann, wenn an den eigentlichen Wohnräumen der Schuldnerin kein Interesse besteht, sondern nur die Öffnung eines Kellerraumes begehrt wird, stellt die zwangsweise Öffnung einen Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung dar, weshalb hierzu der Erlass einer richterlichen Durchsuchungsanordnung gemäß § 758 a Abs. 1 ZPO erforderlich ist.

Entgegen der von der Gläubigerin vertretenen Auffassung ist eine solche Anordnung in dem Beschluss des Amtsgerichts Montabaur vom 19. Juli 2007 nicht enthalten. Sie kann auch nicht in die ausgesprochene Verpflichtung, das Betreten der Kellerräume durch Bevollmächtigte der Gläubigerin zu dulden, hineingelesen werden. Es bedarf vielmehr einer ausdrücklichen Durchsuchungsanordnung. Eine solche hat die Gläubigerin im vorliegenden Verfahren auch zu keinem Zeitpunkt beantragt. Im Ergebnis hat der Gerichtsvollzieher daher die Fortsetzung des Vollstreckungsauftrages zu Recht und mit zutreffender Begründung abgelehnt.

Soweit die Gläubigerin sich zur Begründung ihrer Auffassung auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 10. Februar 1988 (NJW-RR 1988, 832) bezieht, ist sie darauf hinzuweisen, dass diese Auffassung als überholt angesehen wird (vgl. Zöller-Stöber, 26. Aufl., § 758 a Rdnr. 6).

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass der Schuldnerin vor einer zwangsweisen Öffnung des Kellerraumes Gelegenheit gegeben werden muss, ihren aus dem Beschluss des Amtsgerichts Montabaur vom 19. Juli 2007 erwachsenden Verpflichtungen freiwillig nachzukommen. Ein Rechtsschutz-

bedürfnis für den Erlass einer Durchsuchungsanordnung ist nämlich stets erst dann gegeben, wenn das Ziel, die entsprechenden Räume betreten zu können, anders als durch Erlass einer Durchsuchungsanordnung nicht erreicht werden kann. Der Erlass eines vorsorglichen Durchsuchungsbeschlusses gleich bei Beginn der Vollstreckungsmaßnahme ist unzulässig (vgl. Zöller-Stöber, 26. Aufl., § 758 a, Rdnr. 19).

## II.

(Beschl. v. 22. 10. 2007)

Die sofortige Beschwerde der Gläubigerin ist zulässig und begründet, so dass dieser dahingehend abgeholfen wird, dass der Gerichtsvollzieher zur auftragsgemäßen Fortsetzung der Vollstreckung angewiesen wird.

Entgegen der zunächst vertretenen Rechtsauffassung im Beschluss vom 27. August 2007 war der Erlass einer richterlichen Durchsuchungsanordnung gemäß § 758 a Abs. 1 ZPO zur Fortsetzung der Vollstreckung nicht erforderlich.

Der von der Gläubigerin erteilte Vollstreckungsauftrag war nicht auf die Vornahme einer Durchsuchung im Sinne von Artikel 13 Abs. 2 des Grundgesetzes, §§ 758, 758 a ZPO gerichtet. Die in dieser Hinsicht geltenden Grundsätze und Beschränkungen finden daher im Streitfall keine Anwendung.

Nicht jeder Eingriff in die durch Artikel 13 Abs. 1 des Grundgesetzes grundsätzlich gewährleistete Unverletzlichkeit der Wohnung enthält eine Durchsuchung in dem vorstehend bezeichneten Sinne. Eine Durchsuchung liegt vielmehr nur dann vor, wenn ein Betreten der ziel- und zweckgerichteten Suche nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines nicht bereits offenkundigen Sachverhalts, d. h. im Aufspüren dessen dient, was der Wohnungsinhaber von sich aus nicht herausgeben oder offenlegen will. Im Streitfall ist ein Eingriff in die Geheimsphäre des Schuldners nicht gegeben. Der Schuldnerin wurde mit Beschluss vom 19. Juli 2007 aufgegeben, der Gläubigerin Zutritt zu ihrer Wohnung zu gestatten und die Einstellung der Gasversorgung durch Sperrung des Gaszählers zu dulden. Zur Durchführung dieser Maßnahme bedarf es nicht der Ermittlung nichtoffenkundiger Tatsachen. Hat der Schuldner nach dem Titel dem Gläubiger Zutritt zu der Wohnung zu gewähren und in ihr bestimmte vorgegebene Handlungen zu dulden, geht es nicht um eine Durchsuchung (vergl. hierzu Urteil des BGH vom 10. August 2006 zu Aktenzeichen I ZB 126/05).

Es bedurfte daher einer weitergehenden, speziellen richterlichen Anordnung, wie sie bei Durchsuchungen im Hinblick auf die dort betroffene Geheimsphäre erforderlich ist, im Hinblick auf das bereits titulierte Zutrittsrecht der Gläubigerin zu der Wohnung der Schuldnerin nicht. Die im Beschluss vom 27. August 2007 insoweit angegebene Auffassung aus Zöller-Stöber, 26. Aufl., § 758 a Rdnr. 6, rechtfertigt die Auffassung des zuständigen Gerichtsvollziehers nicht. Insoweit handelt es sich um eine Mindermeinung, der sich das erkennende Gericht nicht anschließt. Hierzu wird ebenfalls auf die bereits genannte Entscheidung des ersten Zivilsenats des BGH Bezug genommen.

### *Anmerkung der Schriftleitung:*

*Anderer Meinung sind Kannowski und Keil in diesem Heft, Seite 109, die über die §§ 887, 891 ZPO die richterliche Ermächtigung zur Türöffnung für den Energieversorger schaffen wollen. Danach wäre die Beziehung des Gerichtsvollziehers auch nur bei einer echten Widerstandshandlung erforderlich.*

## **§§ 887, 890, 892 ZPO; §§ 838, 242, 826 BGB; § 184 GVGA**

**Ist ein Gaskunde verurteilt worden, den Ausbau des Gaszählers zu dulden, können sich Dritte, die das Haus angeblich mitbenutzen, hiergegen nicht mit der Begründung wehren, dass sie nicht im Titel genannt sind.**

**AG Waldbröl, Beschl. v. 12. 10. 2007  
– 5 a M 1659/07 –**

### Gründe:

Die Gläubigerin (Erinnerungsgegnerin) erwirkte vor dem Amtsgericht Waldbröl am 30. August 2007 im schriftlichen Verfahren ein Anerkenntnisurteil, wonach der Erinnerungsführer zu 1 (Schuldner zu 1) sowie eine Frau A. verurteilt wurden, den Ausbau der Gasmesseinrichtung in dem Hause B. in W. zu dulden. Ferner wurden sie verurteilt, dem Gerichtsvollzieher mit einem Beauftragten der Gläubigerin Zugang zu den Räumen zu verschaffen, in denen sich die Einrichtungen der Gläubigerin befinden.

Der Gerichtsvollzieher beraumte am 21. September 2007 einen Termin zum Ausbau der Gasmesseinrichtung an, und zwar auf den 17. Oktober 2007.

Mit ihrer Erinnerung begehren die Erinnerungsführer, dass die Durchführung der Zwangsvollstreckung aus dem Anerkenntnisurteil für unzulässig erklärt wird. Unter Vorlage des Mietvertrages für die Wohnung weisen die Erinnerungsführerinnen zu 2. und 3. nach, dass sie Mieterinnen der Wohnung in W. sind; die Erinnerungsführerin unterzeichnet hier mit dem Nachnamen „A...“, hat sich indes beim Einwohnermeldeamt mit B. C. angemeldet.

Die Erinnerung des Schuldners sowie der beiden weiteren Erinnerungsführerinnen, welche sich gegen eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung des Gerichtsvollziehers richtet, ist an sich statthaft. Im Ergebnis greift sie jedoch nicht durch.

Die Erinnerung des Schuldners (Erinnerungsführer zu 1.) ist haltlos. Er hat keine Umstände aufgezeigt, welche der Zwangsvollstreckung entgegen stehen könnten. Es liegt gegen ihn ein wirksamer Titel vor, durch den er zur Duldung all dessen verpflichtet ist, was im Rahmen der Zwangsvollstreckung bevor steht. Weshalb er sich nunmehr gegen die Vollstreckung wehrt, nachdem er im Erkenntnisverfahren den Anspruch der Gläubigerin (Erinnerungsgegnerin) anerkannt hat, lässt sich seinem Vorbringen nicht entnehmen.

Die Erinnerung der Erinnerungsführerinnen zu 2. und 3., die sich als Dritte gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung wenden und einwenden, dass ihre Rechte, also Rechte Dritter, verletzt werden, ist im Erinnerungsverfahren zulässig. Auch ihre Erinnerung ist indes unbegründet.

Allerdings beruht dies nicht schon darauf, dass die Erinnerungsführerinnen Mieterinnen einer anderen Wohnung in dem Hause W. sind. Der von den Erinnerungsführerinnen vorgelegte Mietvertrag beschreibt als Mietobjekt ein Einfamilienhaus; dies stimmt auch mit den Erkenntnissen überein, über die das Einwohnermeldeamt verfügt. Die Gläubigerin hat auch nicht vorgetragen, dass sich in dem Hause mehrere Gaszähler befinden. Daher ist die Identität der Wohnung der Erinnerungsführerinnen mit derjenigen, in welcher der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung auf Zählerstilllegung betreibt, anzunehmen.

Diese Erinnerung war jedoch wegen eines groben Verstoßes der Erinnerungsführerinnen gegen die guten Sitten zurückzuweisen. Nicht nur der Erinnerungsführer zu 1., sondern

auch die beiden Erinnerungsführerinnen sind „Kunden“ der Gläubigerin. Dies folgt aus der „Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz“ (Gas GVV). Während nach der früheren, in Form einer Rechtsverordnung erlassenen Regelung der AVB Gas V als Kunde der Tarifkunde bezeichnet wurde, bestimmt § 1 Abs. 2 der Gas GVV, dass als Kunden der Haushaltskunde sowie der Letztverbraucher anzusehen sind. Wenn die Erinnerungsführerinnen zu 2. und 3. gemeinsam die Wohnung mit dem Erinnerungsführer zu 1. benutzen, sind sie als Letztverbraucherinnen auch Kundinnen der Gläubigerin geworden. Die für Kunden geltenden Bestimmungen der Gas GVV sind gesetzliche Vorschriften und gelten daher auch ohne Vertrag im Verhältnis zwischen der Gläubigerin und den Erinnerungsführerinnen zu 2. und 3. Zwar handelt es sich bei der Gas GVV nur um ein Gesetz im materiellen Sinne, aber dieses ist wirksam. Nach Inhalt, Zweck und Ausmaß ist in § 39 Abs. 2 des Energiewirtschaftsgesetzes im Detail dasjenige vorgegeben, was der Verordnungsgeber in der Gas GVV festgelegt hat.

Nach § 9 der Gas GVV haben alle Kunden, also auch die Erinnerungsführerinnen zu 2. und 3., nach vorheriger Benachrichtigung dem mit einem Ausweis versehenen Beauftragten des Gasversorgers den Zutritt zu Grundstück und Räumen zu gestatten, soweit Vertragszwecke dies erfordern. Ferner sind die Erinnerungsführerinnen zu 2. und 3. auch verpflichtet, eine Unterbrechung der Versorgung nach § 19 Abs. 1 Gas GVV hinzunehmen. Dies gilt nach § 19 Abs. 2 Satz 2 Gas GVV nur dann nicht, wenn die Folgen der Unterbrechung aus dem Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung (des Kunden) stehen oder der Kunde darlegt, dass hinreichende Aussicht besteht, dass er seinen Verpflichtungen nachkommt. In dieser Richtung haben die Erinnerungsführerinnen zu 2. und 3. jedoch nichts vorgetragen. Offenbar sind sie auch nicht gewillt, die rückständigen Beträge aus dem Vertrag des Erinnerungsführers zu 1. mit der Erinnerungsgegnerin auszugleichen.

Allerdings bedarf die Gläubigerin grundsätzlich eines Titels gegenüber ihrem Kunden, wenn sie von ihrem Recht auf Unterbrechung der Versorgung gegenüber ihren Kunden Gebrauch machen will und sie zur Realisierung ihrer Rechte dessen Wohnung betreten muss. Einen solchen Titel hat die Gläubigerin nur gegenüber dem Erinnerungsführer zu 1. erwirkt. Aus dem Rechtsgedanken der §§ 138, 242, 826 BGB folgt jedoch, dass es den Erinnerungsführerinnen zu 2. und 3. verwehrt ist, sich gegenüber der Gläubigerin auf das Fehlen des Titels zu berufen.

Da die Erinnerungsführerinnen selbst Kundinnen der Gläubigerin sind, also ein Schuldverhältnis zur Gläubigerin besteht, müssen sie die Grundsätze von Treu und Glauben beachten, dürfen sich also nicht arglistig gegenüber der Gläubigerin verhalten. Insbesondere dürfen sie die Gläubigerin nicht vorsätzlich in einer sittenwidrigen Weise schädigen. Das aber würde bewirkt, wollte man die Berufung der Erinnerungsführerinnen auf die Unverletzlichkeit ihrer Wohnung für begründet erachten. Sie haben, indem sie selbst die Wohnung anmieteten, aber den Gasversorgungsvertrag durch den Erinnerungsführer zu 1., den Sohn der Erinnerungsführerin zu 2., abschließen ließen, ohne dass dieser Mieter der Wohnung ist, eine Konstruktion gewählt, die geeignet sein kann, die Rechte der Gläubigerin leer laufen zu lassen.

Es mag durchaus sein, dass dies nicht von vorne herein in betrügerischer Absicht geschehen ist wie die Gläubigerin es mutmaßt. Eine Berufung auf diese ungewöhnliche Konstruk-

tion ist jedoch sittenwidrig, wobei den Erinnerungsführerinnen alle die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände bekannt sind. Es verstößt in grober Weise gegen das Anstandsgefühl der Bevölkerung, dass ein Kunde gegenüber seinem Gläubiger seine Rechtsstellung als Kunde geheim hält, bei dem Gläubiger die Vorstellung erweckt, ein anderer sei Kunde, um sodann aus dem Irrtum des Gläubigers Vorteile zu ziehen und dessen Vollstreckung gegen einen Mitkunden, der nach außen als alleiniger Kunde auftritt, ins Leere laufen zu lassen, obgleich der Kunde materiellrechtlich zur Duldung der Vollstreckung verpflichtet ist.

Die Drittwirkung von Titeln ist dem geltenden Recht nicht fremd. Wenn etwa ein Ehemann einen Miet- und Gasversorgungsvertrag abschließt, so ist die Ehefrau als Mitbewohnerin der Wohnung, obgleich auch ihre Rechte tangiert werden, selbstverständlich verpflichtet, die Zwangsvollstreckung des Gasversorgers auf Stilllegung des Gaszählers zu dulden. Gleiches gilt für eine Räumungsvollstreckung: Der gegen einen Schuldner auf Räumung erwirkte Titel erstreckt sich auch auf die Räumung von Sachen, welche Dritte, die Räume des Schuldners mit dessen Duldung eingebracht haben und die mit Duldung des Räumungsschuldners die Räume benutzen. Eine solche Drittwirkung muss der gegen den Erinnerungsführer zu 1. erwirkte Titel auch gegenüber den Erinnerungsführerinnen zu 2. und 3. unter dem Aspekt entfalten, dass sie Kundinnen der Gläubigerin sind und die Gläubigerin ihnen gegenüber nur die gesetzlichen Rechte aus dem Versorgungsvertrag bzw. der Gas GVV geltend macht.

Nach allem kann die Erinnerung daher keinen Erfolg haben, so dass sie abzuweisen war.

*Anmerkung der Schriftleitung:*

*Dieser Beschluss wurde vollauf in der Beschwerdeinstanz durch das LG Bonn mit Beschl. v. 19. 10. 2007 – 4 T 461/07 – ohne neue wesentliche Gründe bestätigt.*

## **Artikel 2 Abs. 1 GG; §§ 765 a, 807, 900 Abs. 4 ZPO; 185 i VGVA**

- 1. Erhebt der Schuldner im Termin Widerspruch gegen die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung mit der Begründung, dass aufgrund eines ärztlichen Attestes die Gefahr für einen Schlaganfall besteht, sind auch die Voraussetzungen für die Gewährung von Vollstreckungsschutz zu prüfen.**
- 2. Eine Verzögerung des Verfahrens ist dem Gläubiger zuzumuten, sofern ihm keine irreparable Rechtsbeeinträchtigung droht.**

**BVerfG, Beschl. v. 13. 3. 2008  
– 1 BvR 572/08 –**

Gründe:

I.

Die mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbundene Verfassungsbeschwerde betrifft ein auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gerichtetes Verfahren der Zwangsvollstreckung.

Die Gläubigerin betreibt aufgrund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils die Zwangsvollstreckung und hat in diesem Zusammenhang beantragt, dem Beschwerdeführer die eidesstattliche Versicherung abzunehmen. Den im betreffenden Termin erhobenen Widerspruch des Beschwerdefüh-

ers hat das Amtsgericht zurückgewiesen, ohne die Voraussetzungen des § 765 a ZPO im Hinblick auf ein hausärztliches und ein amtsärztliches Attest über eine für den Beschwerdeführer bestehende Gefahr eines Schlaganfalls näher zu prüfen.

Das Landgericht hat mit dem angegriffenen Beschluss vom 22. Januar 2008 zwar den rechtlichen Ausgangspunkt des Amtsgerichts berichtigt und die Voraussetzungen des § 765 a ZPO geprüft. Es hat die sofortige Beschwerde des Beschwerdeführers aber zurückgewiesen. Die vorgelegten amtsärztlichen Atteste genügten nicht den strengen Anforderungen an den Nachweis einer der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung entgegenstehenden Gesundheitsgefahr.

Mit dem weiter angegriffenen Beschluss hat das Landgericht die Anhörungsrüge des Beschwerdeführers zurückgewiesen.

## II.

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seiner Rechte aus Artikel 2 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 20 Abs. 3, aus Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 sowie aus Artikel 103 Abs. 1 des Grundgesetzes durch die Beschlüsse des Landgerichts.

## III.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung liegen hier vor.

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei müssen die Gründe, welche für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme sprechen, außer Betracht bleiben, es sei denn, die Hauptsache erweise sich als von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet. Ist dies nicht der Fall, müssen die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde aber Erfolg hätte, mit den Nachteilen abgewogen werden, die entstünden, wenn die einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre (vgl. BVerfGE 94, 334 <347>; 96, 120 <128 f.>; 104, 23 <28 f.>; 108, 34 <41 f.>; stRSpr).

Nach diesen Maßstäben hat der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz hier Erfolg. Die Verfassungsbeschwerde ist nach dem gegenwärtigen Verfahrensstand weder von vornherein unzulässig noch offensichtlich unbegründet. Vielmehr erscheint eine Verletzung des Rechts des Beschwerdeführers aus Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes in Zusammenhang mit der Würdigung der amtsärztlichen Atteste durch das Landgericht im Rahmen der §§ 765a, 900 Abs. 4 ZPO möglich.

Die danach gebotene Folgenabwägung fällt zugunsten des Beschwerdeführers und seines Rechts aus Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes aus. Denn dem Beschwerdeführer droht nach den vorliegenden Attesten Lebensgefahr und damit ein irreparabler Rechtsverlust. Dem steht lediglich eine Verzögerung der von der Gläubigerin beantragten Zwangsvollstreckung durch Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gegenüber. Das auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung des Beschwerdeführers gerichtete Verfahren kann aber jederzeit fortgesetzt werden. Eine dem Gläubiger drohende irreparable Rechtsbeeinträchtigung ist derzeit nicht erkennbar.

## IV.

Wegen der jederzeit möglichen Fortsetzung des auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gerichteten Verfahrens, der für den Beschwerdeführer nach den Attesten bestehenden erheblichen Gesundheitsgefahr und der daraus folgenden besonderen Dringlichkeit der Sache sieht die Kammer nach § 32 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG davon ab, den Äußerungsberechtigten bereits vor der Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren.

### §§ 766, 807, 900 Abs. 1 ZPO

**Ein Gläubiger, der geltend macht, der Gerichtsvollzieher habe ein unvollständiges oder ungenaues Vermögensverzeichnis aufgenommen, ist zunächst gehalten, beim Gerichtsvollzieher eine Nachbesserung zu beantragen. Erst wenn der Gerichtsvollzieher den Antrag ablehnt, steht dem Gläubiger dagegen die Erinnerung nach § 766 ZPO zu.<sup>\*)</sup>**

**BGH, Beschl. v. 4. 10. 2007  
– I ZB 11/07 –**

### Gründe:

#### I.

Der Schuldner hat in dem von der Gläubigerin gegen ihn betriebenen Zwangsvollstreckungsverfahren die eidesstattliche Versicherung abgegeben und dabei angegeben, unterhaltsberechtigte Kinder zu haben. Eine Erklärung des Schuldners, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die unterhaltsberechtigten Personen über eigenes Einkommen verfügen, enthält das Vermögensverzeichnis nicht.

Die Gläubigerin hat mit Schriftsatz vom 21. September 2006 gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung Erinnerung eingelegt und beantragt, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, ein vollständiges Vermögensverzeichnis aufzunehmen. Sie hat geltend gemacht, zur Prüfung der Frage, ob die Stellung eines Antrags nach § 850 c Abs. 4 ZPO Aussicht auf Erfolg biete, benötige sie die Mitteilung, ob ein gegenüber dem Schuldner Unterhaltsberechtigter eigene Einkünfte erziele.

Das Amtsgericht – Vollstreckungsgericht – hat die Erinnerung zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Gläubigerin ist erfolglos geblieben.

Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Gläubigerin ihren mit Schriftsatz vom 21. September 2006 gestellten Antrag weiter. Der Schuldner hat sich im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht geäußert.

#### II.

Die gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Der Gläubigerin ist es unter den im Streitfall gegebenen Umständen verwehrt, den zuständigen Gerichtsvollzieher im Wege der Erinnerung anweisen zu lassen, ein vollständiges Vermögensverzeichnis aufzunehmen.

1. Das Beschwerdegericht hat angenommen, die von der Gläubigerin eingelegte Erinnerung sei wegen (noch) fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Die Gläubigerin

<sup>\*)</sup> amtlicher Leitsatz

hätte zunächst beim Gerichtsvollzieher den einfacheren und kostengünstigeren Antrag auf Ergänzung des Vermögensverzeichnisses stellen müssen.

Aus der rein fiktiven Annahme, der Gerichtsvollzieher könnte den Antrag eines Gläubigers, das Vermögensverzeichnis zu ergänzen, ablehnen, ergebe sich kein Rechtsschutzinteresse des Gläubigers für eine Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung. Im Streitfall sei weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die zuständige Gerichtsvollzieherin einen Ergänzungsauftrag der Gläubigerin ablehnen werde. Das Nachbesserungsverfahren werde vielmehr verzögert und verursache zusätzliche Kosten, wenn die Gläubigerin Erinnerung beim Vollstreckungsgericht einlege, anstatt den Gerichtsvollzieher unmittelbar mit der Durchführung der Nachbesserung zu beauftragen.

2. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht zu Recht angenommen, dass der Gläubigerin für die von ihr eingelegte Erinnerung (§ 766 ZPO) das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

a) Hat der Schuldner ein äußerlich erkennbar unvollständiges, ungenaues oder widersprüchliches Verzeichnis vorgelegt, so ist er zur Nachbesserung (Ergänzung) verpflichtet (BGH, Beschl. v. 19. 5. 2004 – IX a ZB 297/03, NJW 2004, 2979, 2980; MünchKomm.ZPO/Eickmann, 3. Aufl., § 903 Rdn. 19; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 903 Rdnr. 14 f.; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 903 Rdnr. 4 f.; Musielak/Voit, ZPO, 5. Aufl., § 903 Rdnr. 8; HK-ZPO/Rathmann, 2. Aufl., § 903 Rdnr. 9 f.).

b) Ein Gläubiger, der geltend macht, der Gerichtsvollzieher habe ein unvollständiges oder ungenaues Vermögensverzeichnis aufgenommen, ist zunächst gehalten, beim Gerichtsvollzieher eine Nachbesserung zu beantragen. Erst wenn der Gerichtsvollzieher den Antrag ablehnt, steht dem Gläubiger dagegen die Erinnerung nach § 766 ZPO zu (vgl. BGH NJW 2004, 2979, 2980; MünchKomm.ZPO/Eickmann, a. a. O. § 903 Rdnr. 21).

Der Rechtsbeschwerde kann nicht darin beigetreten werden, dass der Gläubiger ein Wahlrecht hat, ob er die Nachbesserung des Vermögensverzeichnisses beim Gerichtsvollzieher beantragt oder im Rahmen eines Erinnerungsverfahrens vornehmen lässt. Die Auffassung, die dem Gläubiger ein Wahlrecht zubilligt (LG Hildesheim, DGVZ 2000, 37 f.; LG Chemnitz, DGVZ 2005, 166 f.; LG Nürnberg-Fürth, DGVZ 2005, 165; Schmidt, DGVZ 2005, 180, 181), berücksichtigt nicht hinreichend, dass die Nachbesserung nicht in einem neuen oder gesonderten Verfahren erfolgt, sondern Fortsetzung des alten Verfahrens ist, weil der Schuldner die ihm dort obliegende Offenbarungspflicht noch nicht vollständig erfüllt hat. Die von dem Gerichtsvollzieher durchgeführte Nachbesserung löst deshalb auch keine neuen Kosten aus (Münch-Komm. ZPO/Eickmann, a. a. O. § 903 Rdnr. 20; Musielak/Voit, a. a. O. § 903 Rdnr. 8; HK-ZPO/Rathmann, a. a. O. § 903 Rdnr. 11), während bei Durchführung der Erinnerung nach § 766 ZPO zumindest eine Erhöhung der 0,3-Verfahrensgebühr gemäß Nr. 3309 VV-RVG auf 0,5 nach Nr. 3500 VV-RVG erfolgt (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 17. Aufl., VV 3500 Rdnr. 12).

Der Umstand, dass der Gerichtsvollzieher selbst zur Abhilfe der Erinnerung befugt ist, steht dieser Beurteilung nicht entgegen, weil sich die Verfahrensgebühr bereits mit Einlegung der Erinnerung erhöht. Das Erinnerungsverfahren er-

weist sich damit im Vergleich zu einem Antrag auf Nachbesserung des Vermögensverzeichnisses in jedem Fall als der kostenintensivere Weg. Dementsprechend hat der Gläubiger ein Rechtsschutzinteresse an der Durchführung einer Erinnerung erst dann, wenn der Gerichtsvollzieher die Nachbesserung ablehnt. Gegen diese Entscheidung ist die Erinnerung statthaft (LG Limburg, DGVZ 2005, 183, 184; MünchKomm. ZPO/Eickmann, a. a. O. § 903 Rdnr. 21; Zöller/Stöber, a. a. O. § 900 Rdnr. 41; Stein/Jonas/Münzberg, a. a. O. § 903 Rdnr. 5; Musielak/Voit, a. a. O. § 900 Rdnr. 23; s. auch BGH NJW 2004, 2979, 2980). Die Gläubigerin hat nicht vorgetragen, dass die zuständige Gerichtsvollzieherin einen Auftrag zur Ergänzung des Vermögensverzeichnisses bislang abgelehnt hat. Damit fehlt der Gläubigerin für die von ihr eingelegte Erinnerung das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis.

## §§ 807, 903 ZPO; § 185 a GVGA

**Der Gläubiger kann im Wege der Nachbesserung einer eidesstattlichen Versicherung vollständige Angaben zu Namen und Anschrift einer dritten Person, über deren Konto der Zahlungsverkehr des Schuldners abgewickelt wird, verlangen.**

**LG Wiesbaden, Beschl. v. 9. 11. 2006  
– 4 T 578/06 –**

Der angefochtene Beschluss wird abgeändert:

Auf die Vollstreckungserinnerung des Gläubigers wird der Gerichtsvollzieher angewiesen, den Schuldner zu laden und das von ihm am 13. Juni 2006 erstellte Vermögensverzeichnis dahingehend nachbessern zu lassen, dass er Namen und Anschrift der Person angibt, über deren Konto er seinen Zahlungsverkehr laufen lässt.

Gründe:

Im Zwangsvollstreckungsauftrag vom 26. Mai 2006 hat der Gläubiger gegenüber dem Gerichtsvollzieher beantragt, dass der Schuldner bei der Errichtung des Vermögensverzeichnisses für den Fall, dass er angibt, kein eigenes Bankkonto zu haben, Vor- und Zuname der Anschrift derjenigen Person anzugeben hat, über deren Konto sein unbarer Zahlungsverkehr läuft.

In dem am 13. Juni 2006 errichteten Vermögensverzeichnis hat der Schuldner angegeben: „Zahlungen laufen über das Konto der Tochter“; Angaben über Namen und Anschrift der Kontoinhaberin enthält das Vermögensverzeichnis nicht. Wegen der teilweisen Nichtausführung seines Vollstreckungsauftrags vom 26. Mai 2006 durch den Gerichtsvollzieher hat der Gläubiger Vollstreckungserinnerung mit dem Antrag eingelegt, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, den Schuldner vollständige Angaben zum Namen und Anschrift der dritten Person machen zu lassen, über deren Konto sein Zahlungsverkehr abgewickelt wird.

In seiner dienstlichen Stellungnahme vom 18. September 2006 hat der Gerichtsvollzieher die Auffassung vertreten, die vom Gläubiger gewünschten Angaben des Schuldners seien nicht im Vermögensverzeichnis aufzuführen.

Mit dem angefochtenen, hiermit in Bezug genommenen Beschluss hat das Amtsgericht die Vollstreckungserinnerung des Gläubigers zurückgewiesen.

Hiergegen wendet sich die sofortige Beschwerde des Gläubigers, auf deren Begründung auch verwiesen wird.

Das Amtsgericht hat – ohne die nach § 572 Abs. 1 ZPO vorgesehene Nichtabhilfeentscheidung zu erlassen – die Akte dem Landgericht vorgelegt.

Von einer Nachholung der Nichtabhilfeentscheidung durch das Amtsgericht hat das Beschwerdegericht abgesehen, da die gemäß § 793 ZPO statthafte und auch ansonsten zulässige Beschwerde offensichtlich begründet ist.

Auf die Vollstreckungserinnerung des Gläubigers war der Gerichtsvollzieher anzuweisen, den Schuldner zur Nachbesserung des am 13. Juni 2006 errichteten Vermögensverzeichnisses zu laden, weil dieses lückenhaft und ungenau ist (vgl. insoweit zu den Voraussetzungen der Nachbesserung: *Zöller/Stöber*, ZPO, 25. Aufl., § 903, Rdnr. 14). Die Lückenhaftigkeit des errichteten Vermögensverzeichnisses des Schuldners besteht deshalb, weil er nach § 807 Abs. 1 ZPO auch Namen und Anschrift derjenigen Personen zu offenbaren hat, über deren Konto er seinen Zahlungsverkehr abwickelt.

Sowohl das Amtsgericht als auch der Gerichtsvollzieher verkennen, dass der Schuldner als Auftraggeber gegen den Dritten, über dessen Konto seine Gelder laufen, einen der Pfändung unterworfenen schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch aus § 667 BGB hat (BGHZ 124, 298, 300; LG Stuttgart, Rpfleger 1997, 175; *Stöber*, „Forderungspfändung“, 12. Aufl., Rdnr. 166 k; *Zöller/Stöber*, a. a. O., § 829, Rdnr. 33, „Kontokorrent“, f).

Der Schuldner ist daher verpflichtet, Namen und Anschrift der Kontoinhaberin so anzugeben, dass der Gläubiger ohne weitere Nachforschungen mögliche Ansprüche des Schuldners gegen diese als Drittschuldnerin pfänden kann (LG Stuttgart, a. a. O., m. w. N.). Um dem Gläubiger die Pfändung von Ansprüchen des Schuldners gegen dritte Personen zu ermöglichen, ist der Schuldner im Rahmen seiner Offenbarungspflicht nach § 807 Abs. 1 ZPO gehalten, Namen und Anschrift des Drittschuldners anzugeben (*Zöller/Stöber*, a. a. O., § 807, Rdnr. 22).

Da mithin der Gerichtsvollzieher schon aufgrund des Vollstreckungsauftrags vom 26. Mai 2006 verpflichtet gewesen wäre, sich vom Schuldner im Vermögensverzeichnis auch Namen und Anschrift der Kontoinhaberin angeben zu lassen, war die gemäß § 766 Abs. 2 ZPO eingelegte Vollstreckungserinnerung begründet.

## **§§ 807, 906 ZPO; §§ 186, 187 GVGA**

**Es ist Sache des Schuldners, seine Haftunfähigkeit nachzuweisen. Gefälligkeitsatteste zwingen nicht zu Nachforschungen von Amts wegen.**

**LG Lübeck, Beschl. v. 14. 4. 2008  
– 7 T 187/08 –**

Gründe:

I.

Das Amtsgericht erließ am 21. Februar 2008 auf Antrag des Gläubigers Haftbefehl gegen den Schuldner, nachdem dieser zum Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung am 20. Dezember 2007 unentschuldig nicht erschienen war.

Mit Schreiben vom 12. März 2008 bot der zuständige Gerichtsvollzieher dem Schuldner an, zur Vermeidung der Unannehmlichkeiten einer Verhaftung am 31. März 2008 freiwillig zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zu erscheinen.

Der Schuldner beantragte daraufhin mit Schriftsatz vom 28. März 2008 Vollstreckungsschutz nach § 765 a ZPO mit dem Ziel, dem Gerichtsvollzieher die Verhaftung zu untersagen, hilfsweise einstweilen einzustellen. Zur Begründung berief er sich auf zwei beigefügte Atteste. Im Attest der Ärztin für Neurologie und Psychiatrie Frau Dr. H.-G. vom 3. Januar 2008 heißt es, dass der Patient auf dem Boden vielfältiger organischer Leiden und einer nervenärztlich begründbaren Störung nach einer nachvollziehbaren erheblichen Kränkung nicht haftfähig sei, mit einer psychischen Dekompensation müsse gerechnet werden. Das Attest der praktischen Ärztin Frau R.-Z. vom 28. März 2008 bescheinigt ihm, dass er chronisch krank sei. Bedingt durch eine erhebliche Verschlimmerung sei er nicht haftfähig, mit einer Besserung sei nicht zu rechnen.

Das Amtsgericht hat diesen Antrag mit Beschluss vom 31. März 2008 zurückgewiesen. Zur Begründung heißt es, der Schuldner sei jederzeit in der Lage, die Haft durch Abgabe der eidesstattlichen Versicherung abzugeben. Es liege deshalb keine Härte vor, die mit den guten Sitten nicht vereinbar sei. Ob der Schuldner haftunfähig ist, könne wegen der Abwägungsmöglichkeit dahinstehen.

Mit Schriftsatz vom 1. April 2008, eingegangen am 3. April 2008, hat der Schuldner gegen den vorgenannten Beschluss sofortige Beschwerde eingelegt. Zur Begründung heißt es, dass ein Widerspruch zu § 906 ZPO vorliege, wonach gegen einen Schuldner, dessen Gesundheit durch die Vollstreckung der Haft einer nahen und erheblichen Gefahr ausgesetzt wird, die Haft nicht vollstreckt werden dürfe. Zum Nachweis der Haftunfähigkeit würden zwei Atteste in der Regel ausreichen.

Das Amtsgericht hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und ergänzt, dass das Attest von Frau Dr. H.-G. nicht aktuell genug sei. Die ärztliche Bescheinigung von Frau R.-Z. lasse nicht erkennen, um welche chronische Erkrankung es gehe und aufgrund welcher fachmedizinischen Qualifikation das Attest ausgestellt worden sei. Der Schuldner hätte sich im Übrigen um alternative Lösungen bemühen können, um die Verhaftung zu vermeiden.

II.

Die sofortige Beschwerde ist nach § 793 ZPO statthaft und zulässig, jedoch in der Sache nicht begründet.

Im Ausgangspunkt hat sich allerdings das Amtsgericht mit den Voraussetzungen des § 906 ZPO erst in der Nichtabhilfeentscheidung auseinander gesetzt. Danach darf gegen einen Schuldner, dessen Gesundheit durch die Vollstreckung der Haft einer nahen und erheblichen Gefahr ausgesetzt wird, die Haft nicht vollstreckt werden, solange dieser Zustand andauert. Eine solche Gesundheitsgefährdung muss offensichtlich oder nachgewiesen sein. Den Nachweis der nicht offensichtlichen Gesundheitsgefährdung hat der Schuldner zu erbringen, vgl. *Zöller-Stöber*, § 906 Rdnr. 2; *E. Schneider*, JR 1978, 182; *Midderhoff*, DGVZ 1982, 81 (82). Bei der Frage, ob eine Gesundheitsgefährdung vorliegt, ist ein strenger Maßstab anzusetzen, vgl. OLG Jena, Rpfleger 1997, 446.

Die vorgelegten Atteste sind nicht hinreichend, um den Nachweis einer erheblichen Gesundheitsgefährdung zu erbringen. Ob das Attest der Frau Dr. H.-G. nicht aktuell genug ist, wie es das Amtsgericht gerügt hat, kann dabei im Ergebnis dahinstehen. Dieses Attest ist nämlich so inhaltsarm und aus sich heraus nicht nachprüfbar, dass es zum Nachweis einer Haftunfähigkeit ungeeignet ist. Haftunfähigkeit im Sinne des

§ 906 ZPO liegt vor, wenn der Schuldner ständiger ärztlicher Überwachung bedarf und diese Überwachung und die erforderlichen Pflegeleistungen allenfalls in einem Vollzugskrankenhaus durchgeführt werden könnten, vgl. OLG Karlsruhe DGVZ 1993, 8 (LS). Ein ärztliches Zeugnis muss deshalb konkret und nachvollziehbar begründen, weswegen und in welcher Art Gesundheitsschäden für den Schuldner zu erwarten sind, vgl. OLG Jena, Rpfleger 1997, 446. Insoweit nennt das Attest von Frau Dr. H.-G. zwar, dass mit einer psychischen Dekompensation gerechnet werden müsse. Worauf sich diese Schlussfolgerung stützt, wird jedoch nicht erkennbar. Auch das Attest von Frau R.-Z. ist ähnlich nichtssagend. Weshalb der Schuldner haftunfähig sein soll, ist nicht ersichtlich. Die Kammer verkennt nicht, dass der Schuldner tatsächlich so krank sein könnte, dass Haftunfähigkeit vorliegt. Es ist jedoch Sache des Schuldners, seine Haftunfähigkeit nachzuweisen, nicht Aufgabe des Gerichtsvollziehers bzw. der ihn kontrollierenden Gerichte, die Haftfähigkeit zu begründen, denn diese ist der Regelfall. Dem Schuldner ist unbenommen, umgehend den Nachweis der Haftunfähigkeit mit einer detaillierten ärztlichen Stellungnahme zu erbringen, die dann ggf. amtsärztlich überprüft werden mag. Ärztliche Bescheinigungen von einer Qualität, wie sie auch Gefälligkeitsatteste haben, zwingen jedoch nicht zu Nachforschungen von Amts wegen. Der Schuldner hat vielmehr die Voraussetzungen der Haftunfähigkeit zu substantiieren, da die Darlegungs- und Beweislast bei ihm liegt.

#### **§ 807 ZPO; §§ 5, 7 GvKostG; KV 604 zu § 9 GvKostG**

- 1. Drängt sich dem Gerichtsvollzieher nicht offensichtlich die Unvollständigkeit einer abgegebenen eidesstattlichen Versicherung auf, liegt keine unrichtige Sachbehandlung vor.**
- 2. Für die Zurückweisung eines Nachbesserungsantrages fällt keine eigene Gebühr an, jedoch entstehen Kosten.**

**AG Augsburg, Beschl. v. 17. 3. 2008  
– 2 M 21277/08 –**

Gründe:

Nachdem der Schuldner am 3. Dezember 2007 die eidesstattliche Versicherung abgegeben hatte, stellte der Gläubiger am 7. Dezember 2007 Antrag auf Nachbesserung. Für die Nachbesserung vom 16. Januar 2008 stellte die Gerichtsvollzieherin dem Gläubiger 12,50 Euro am 17. Januar 2008 in Rechnung (Zustellung KV 110 7,50 Euro, Dokumentenpauschale KV 700 1,- Euro, Wegegeld KV 711 2,50 Euro und Auslagenpauschale KV 713 1,50 Euro).

Mit Schriftsatz vom 18. Februar 2008 hat der Gläubiger Erinnerung gegen die Kostenrechnung eingelegt. Hierzu haben die Gerichtsvollzieherin und der Bezirksrevisor Stellung genommen.

Die Erinnerung ist zulässig nach § 766 Abs. 2 Alt. 3 ZPO, jedoch nur insoweit begründet, dass 7,45 Euro als Kosten anzusetzen sind. Im Übrigen ist die Erinnerung als unbegründet zurückzuweisen.

Bei der Erinnerung nach § 766 Abs. 2 Alt. 3 ZPO kann der Kostenansatz richtig sein, aber auf einer unrichtigen Sachbehandlung beruhen (§ 7 GvKostG) und/oder der Kostenansatz unrichtig sein (vgl. § 5 GvKostG).

Eine unrichtige Sachbehandlung liegt vorliegend nicht vor. In Betracht kommt allenfalls, dass die Nachbesserung durch

eine korrekte Sachbehandlung bei der Abnahme der eidesstattlichen Versicherung vermieden worden wäre. Dies wäre dann der Fall gewesen, wenn bei der Abnahme der eidesstattlichen Versicherung am 3. Dezember 2007 erkennbar gewesen wäre, dass das Vermögensverzeichnis offensichtlich unvollständig war. Bei einem Girokonto bedarf es nicht der Angabe der Kontonummer (BGH NJW 1982, 2193/2195 a. E.; Musielak, 3. Aufl. § 807 ZPO Rdnr. 14; Zöller, 26. Aufl. § 807 Rdnr. 31)). Ebenso wenig bedarf es der Angabe des Kontostandes. Zwar wird oftmals der Betrag der Forderung anzugeben sein, um die für eine Forderungspfändung notwendige Bestimmbarkeit realisieren zu können.

Darüber hinaus ergibt sich aus dem Zweck des Vermögensverzeichnisses, dem Gläubiger die Kenntnis derjenigen Vermögensstücke zu verschaffen, welche einem Zugriff im Wege der Zwangsvollstreckung unterliegen, dass ein Bedürfnis seitens des Gläubigers hinsichtlich des Betrages der Forderung gegenüber dem Drittschuldner besteht (so Zöller, 26. Aufl. § 807 ZPO Rdnr. 22). Beides ist jedoch bei einem Girokonto zu verneinen, weil es nur das jeweilige Tagesguthaben ausweist und damit vollkommen ungewiss ist, was bei einer Pfändung für ein Saldo maßgeblich ist. Insoweit hätte der Nachbesserungsantrag vom 7. Dezember 2007 zurückgewiesen werden müssen. Soweit der Nachbesserungsantrag darauf gestützt wurde, dass der Schuldner nur angab, ab dem 3. Dezember 2007 (= Zeitpunkt der eidesstattlichen Versicherung) für drei Monate arbeitslos zu sein (Bau), und keine Angaben zum Arbeitgeber machte, war er berechtigt. So ist davon auszugehen, dass der Schuldner nur saisonbedingt arbeitslos geworden ist und nach drei Monaten wieder bei demselben Arbeitgeber tätig sein wird. Allerdings musste sich dies der Gerichtsvollzieherin nicht schon bei der Abnahme der eidesstattlichen Versicherung am 3. Dezember 2007 als offensichtliche Unvollständigkeit der eidesstattlichen Versicherung aufdrängen, sodass keine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 7 GvKostG gegeben ist.

Der Kostenansatz für die Nachbesserung ist nur teilweise korrekt. Für die Nachbesserung selbst fällt keine eigene Gebühr an. Jedoch sind entgegen der Auffassung des Erinnerungsführers sehr wohl sonstige Kosten anzusetzen. Insoweit ist allein das GvKostG und nicht § 439 BGB maßgebend. Wegen § 104 Satz 3 GVGA hat der Gerichtsvollzieher darauf zu achten, dass nur unbedingt notwendige Kosten entstehen. Ein Grund für die hier erfolgte persönliche Zustellung der Ladung zu dem Nachbesserungstermin ist nicht angegeben. Daher muss die Kostenrechnung wie folgt lauten:

Zustellung-Ladung nach KV 101 i. V. m. §§ 1, 9 GvKostG: 2,50 Euro; Abschrift Auftrag nach KV 700 i. V. m. §§ 1, 9 GvKostG: 1,- Euro; Zustellungsauslagen nach KV 701 i. V. m. §§ 1, 9 GvKostG: 3,45 Euro sowie Auslagenpauschale nach KV 713 i. V. m. §§ 1, 9 GvKostG: 0,50 Euro.

Damit sind insgesamt 7,45 Euro anzusetzen

*Anmerkung der Schriftleitung:*

*Vgl. hierzu Winterstein, DGVZ 2004, S. 119. Andere Ansichten: Seip, DGVZ 2001, S. 70 (73), sowie DGVZ 2004, S. 121; ferner AG Gütersloh, DGVZ 2004, S. 94; AG Lindau, DGVZ 2004, S. 157; AG Münster, DGVZ 2004, S. 63.*

*Darauf hinzuweisen ist, dass die Art der Zustellung im Ermessen des Gerichtsvollziehers liegt und nicht alleine von Kostengesichtspunkten bestimmt werden kann, vgl. LG Bonn, DGVZ 2004, 44.*

## ■ BUCHBESPRECHUNGEN

### Kostengesetze – Kurzkomentar

Kommentar von Dr. Dr. *Peter Hartmann*, Richter a. D. am Amtsgericht Lübeck, 38., völlig neu bearbeitete Auflage, 2008, 2 097 Seiten in Leinen gebunden, 110,- Euro, ISBN 978-3-4065-7079-7, Verlag C. H. Beck oHG, München – [www.beck.de](http://www.beck.de) –

Der „Hartmann“ beantwortet alle Fragen zum Gerichtskosten- und Anwaltskostenrecht praxisnah und kompakt mit Stand Januar 2008, teilweise mit den geplanten Änderungen für Juli 2008 bereits eingearbeitet. Die 38. Auflage berücksichtigt die jüngsten zwölf Gesetzesänderungen, u. a. mit dem Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12. Dezember 2007 nebst dem neu geschaffenen Gesetz über die außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen (RDG) und dem entsprechenden Einführungsgesetz, das geplante Gesetz zur Neuregelung des Verbots anwaltlicher Erfolgshonorare (Inkrafttreten voraussichtlich 1. Juli 2008) und die zum 1. Januar 2007 bundes einheitlich beschlossenen Änderungen der Ländervorschriften zu den DB-PKH/DB-InsO.

Insbesondere die Kommentierung zum Gerichtsvollzieherkostengesetz, die nun 116 Seiten umfasst, wurde grundlegend überarbeitet. Die aktuellen Rechtsprechungen und Meinungen wurden eingepflegt, die Formulierungen sprachlich und inhaltlich „kurz und knapp auf den Punkt gebracht“.

In den vorangestellten Grundzügen zum Gerichtsvollzieherkostengesetz werden der Regelungszweck (Ausrichtung der Gebühren in der Kombination festes Grundgehalt als Beamter und Teilfreiberufler) und das Verhältnis Staatskasse – Gerichtsvollzieher – Gläubiger untersucht: Nicht der Gerichtsvollzieher „erhält“ die Gebühr. Sie wird vielmehr „erhoben“ für die Landeskasse.

Aktuelle Entscheidungen sind vorrangig zu finden in der Einzelfallproblematik: So werden die als Anlage zu § 9 GvKostG aufgelisteten Kostenverzeichnis-Nummern der Gebühren- und Auslagentatbestände einzeln besprochen, Beispiele angeführt, eine Fülle von Verweisen aufgezeigt und dem Suchenden eine reichhaltige Unterstützung in der Rechtsfindung geboten.

Zu KV 240 wird klargestellt, dass die Gebühr von 75,- Euro für die Entsetzung aus dem Besitz (Räumung) auch dann entsteht, wenn der Schuldner denselben freiwillig aufgegeben hat. Eine Inbesitznahme des Gerichtsvollziehers und Einweisung des Gläubigers in den Besitz bedarf es zur Entstehung der Gebühr dann nicht mehr.

Die neu erschienene Auflage konnte die gewohnte Präzision und Übersichtlichkeit beibehalten. Der Kurzkomentar wendet sich in erster Linie an Richter, Rechtsanwälte, Notare, Rechtspfleger, Bezirksrevisoren, Kostenbeamte, Rechtsanwalts-Fachangestellte und Sachverständige. Aufgrund der ständigen Berührung der Gerichtsvollzieher Tätigkeit mit der Kostenmaterie bei der täglichen Arbeit sollte das Werk aber auch im Gerichtsvollzieher-Büro zu finden sein.

*Ingo Stollenwerk*

### Musielak – Kommentar zur Zivilprozessordnung

Herausgegeben von Prof. Dr. *Hans-Joachim Musielak*, 6., neu bearbeitete Auflage, 2008, 2 966 Seiten in Leinen, 159,- Euro, ISBN 978-3-8006-3485-9, Verlag Franz Vahlen.

Neben dem Herausgeber arbeiten 14 weitere Autoren an diesem Kommentar mit. Immer häufiger wird er von Gerichten und in fachwissenschaftlichen Aufsätzen zitiert. Dies kommt nicht von ungefähr. Die ZPO wird ausführlich kommentiert, einleitend wird der Normzweck dieser Vorschrift dargestellt, anschließend werden die einzelnen

Absätze behandelt und thematisch in Randziffern untergliedert, so dass ein einfaches Auffinden und eine genaue Zitierweise möglich sind. Seine Besonderheit sind die genaue Auswertung von Rechtsprechung und Literatur. Der Leser findet sie als Fußnote wieder in den umfangreichen Belegen zu den Kommentierungen, die auch Ansichten des jeweiligen Autors darstellen, aber ausdrücklich auch Gegenansichten berücksichtigen. Damit wird dieser Kommentar wissenschaftlichen Ansprüchen gerecht.

Sowohl optisch als auch inhaltlich sind die Kommentierungen klar strukturiert und hervorragend formuliert. Trotz seines hohen Abstraktionsniveaus sind die Ausführungen der Autoren praxisbezogen und anwenderorientiert.

Die Grundzüge des Zivilprozessrechts werden in der Einleitung ausführlich dargestellt, ohne den Faden zu verlieren. Gegliedert ist die Einleitung in das Wesen des Zivilprozesses, das Prozessrecht, die Rechtswege, nicht streitige Konfliktregelungen, in Grundbegriffe und Reformvorhaben. Der Abschnitt „Zwangsvollstreckung“ wird unverändert von *Rolf Lackmann*, vorsitzender Richter am OLG Hamm, kommentiert, die Vorschriften zur eidesstattlichen Versicherung (§ 899 ff. ZPO) von Dr. *Wolfgang Voigt*, Professor an der Universität Marburg. *Lackmann* lässt in seinen Vorbemerkungen zur Zwangsvollstreckung durchaus die Zwitterstellung dieses Verfahrens zwischen Parteiverfahren und Amtsverfahren im Einklang mit der Literatur offen. Ansonsten favorisiert er eindeutig eine ergebnisorientierte Vollstreckung, in dem er beispielsweise eine Großzügigkeit bei Erlass der richterlichen Durchsuchungsanordnung gemäß § 758 a ZPO angewandt wissen will. Insofern steht allerdings im Widerspruch, dass er eine Notwendigkeit zur Einholung eines Nachtbeschlusses für Geschäftsräume der Definition des Bundesverfassungsgerichts für Durchsuchungsbeschlüsse folgend mit dem Wohnraum gleichsetzt, obwohl hierbei gesetzlicher Maßstab eher die Lästigkeit des staatlichen Eingriffes als die Unverletzlichkeit der Wohnung gemäß Artikel 13 des Grundgesetzes ist. Dem Katalog der sonstigen Titel zu § 794 ZPO könnte man sich ausführlicher vorstellen, z. B. auch bezogen auf Vergütungsfestsetzungsbeschlüsse für den Insolvenzverwalter oder gesetzlichen Betreuer. Insgesamt bergen die Kommentierungen keine Überraschung. Dies spricht aber mehr für seine Zuverlässigkeit, in Rechtsprechung und Literatur behandelte Thema auch in diesem Kommentar vollständig wieder zu finden.

Enthalten ist auch ein Hinweis auf dem Gesetzentwurf zur Reform der Sachaufklärung, wobei allerdings die Autoren noch von einer Verkürzung der Frist zu erneuter Abgabe der eidesstattlichen Versicherung auf zwölf Monate ausgehen. Die Bedeutsamkeit der Titelschaffung und Vollstreckung im EU-Raum hat gleichfalls vollständige Berücksichtigung gefunden: Abgedruckt und teilweise kommentiert werden die Verordnungen EG Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Eu GVVO), die Verordnung (EG) Nr. 805/2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (Eu VTVO), die Verordnung (EG) 1896/2006 zur Einführung eines europäischen Mahnverfahrens (Eu MahnVO) sowie die Verordnung (EG) 891/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen (Eu GFVO). Zu den in nationales Recht bereits umgesetzten Verordnungen fällt auf, dass es bislang gerichtliche Entscheidungen hierzu nur sehr wenige gibt.

Neben den bisherigen Anwendern des Kommentars, vor allem Richter, Rechtspfleger, Rechtsanwälte sowie Rechtsabteilungen in Unternehmen und Behörden, kann auch Gerichtsvollziehern die Anschaffung des Kommentars dringend empfohlen werden.

*Stefan Mroß*

**HERAUSGEBER:**  
Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e. V. (DGVB) – 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](mailto: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.

#### CHFREDAKTION:

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](mailto: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](mailto: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.