

Die effizienteste Möglichkeit der Wohnungszwangsräumung für den Räumungsgläubiger

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von

Antonia Maierhofer
aus Mülheim an der Ruhr

2010

Erstberichterstatter: Frau Prof. Dr. Scherer

Zweitberichterstatter: Herr Prof. Dr. Kerwer

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Februar 2011

Meinen Eltern

INHALTSÜBERSICHT

INHALTSÜBERSICHT	IV
INHALTSVERZEICHNIS	V
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XI
EINLEITUNG	1
TEIL 1: DIE RÄUMUNGSVOLLSTRECKUNG GEM. § 885 ZPO	5
A. Voraussetzungen	5
B. Durchführung	8
C. Kosten	17
D. Haftung	22
E. Dauer des Räumungsverfahrens	29
TEIL 2: DIE ALTERNATIVEN MODELLE DER RÄUMUNGSZWANGSVOLLSTRECKUNG	32
A. Das Hamburger Modell	33
B. Das Frankfurter Modell	45
C. Die Teilräumung	55
D. Das Berliner Modell	58
TEIL 3: VERGLEICH DER ALTERNATIVEN RÄUMUNGSMODELLE	90
A. Vor- und Nachteile des Hamburger Modells	90
B. Vor- und Nachteile des Frankfurter Modells	97
C. Vor- und Nachteile des Berliner Modells	103
TEIL 4: SCHLUSSBETRACHTUNG	118
A. Das geeignetste Modell	118
B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	120
LITERATURVERZEICHNIS	123

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSÜBERSICHT	IV
INHALTSVERZEICHNIS	V
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XI
EINLEITUNG	1
TEIL 1: DIE RÄUMUNGSVOLLSTRECKUNG GEM. § 885 ZPO	5
A. Voraussetzungen	5
I. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen	5
II. Allgemeine und besondere Vollstreckungsvoraussetzungen	6
B. Durchführung	8
I. Leistung des Vollstreckungskostenvorschusses	8
II. Vorbereitung der Räumung	9
III. Vollziehung der Räumung	10
1. Besizentzug und Besizeinweisung	10
2. Umfang der Herausgabevollstreckung	11
a) Gegenstände der Zwangsvollstreckung	11
b) Nicht der Zwangsvollstreckung unterliegende Gegenstände	11
c) Zurückgelassene Tiere	12
3. Entfernung und Verwahrung der nicht der Vollstreckung unterliegenden Gegenstände	13
4. Art und Umfang der Verwahrung	14
IV. Verwertung	16
C. Kosten	17
I. Die Kostenschuldner und der Kostenerstattungsanspruch	17
II. Kosten bei Durchführung der Räumung	18
III. Kosten bei Nichtdurchführung der Räumung	19
1. Einstellung vor dem Räumungstermin	20
2. Einstellung vor Ort	20
IV. Zusätzliche Kosten bei Schuldnerschutzanträgen	21
D. Haftung	22
I. Fehlverhalten des Gerichtsvollziehers	22
II. Fehlverhalten des privaten Dritten	23
1. Erfüllung hoheitlicher Aufgaben	24

a) Verursachte Schäden i.R.d. Maßnahmen nach § 885 Abs. 1 und 2 ZPO.....	24
b) Verursachte Schäden i.R.d. Maßnahmen nach § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO	24
aa) Abgrenzung nach dem Wortlaut des § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO.....	25
bb) Differenzierung nach der Art des Schadens	25
cc) Stellungnahme.....	26
2. Eigener Entscheidungsspielraum	28
E. Dauer des Räumungsverfahrens.....	29
TEIL 2: DIE ALTERNATIVEN MODELLE DER RÄUMUNGSZWANGSVOLLSTRECKUNG	32
A. Das Hamburger Modell.....	33
I. Abgrenzung zur symbolischen Räumung	34
II. Voraussetzungen	35
1. Zusätzliche Voraussetzungen	35
2. Anspruch auf Durchführung des Hamburger Modells.....	36
III. Durchführung.....	37
1. Erste Räumungsphase	37
2. Zweite Räumungsphase.....	39
IV. Zulässigkeit des Hamburger Modells	39
1. Meinungsstand	40
a) Die Hamburgischen Entscheidungen	40
b) Unzulässigkeit des Hamburger Modells	41
c) Zulässigkeit des Hamburger Modells.....	41
2. Stellungnahme	42
B. Das Frankfurter Modell.....	45
I. Voraussetzungen	46
1. Zusätzliche Voraussetzungen	46
2. Anspruch auf Durchführung des Frankfurter Modells.....	47
a) Ermessen des Gerichtsvollziehers.....	47
b) Ermessensreduzierung	48
c) Anspruch auf Durchführung nach der Entscheidung des <i>AG Frankfurt a.M.</i> ..	49
aa) Verwahrvertrag zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher	49
bb) Vom Gläubiger zu stellendes fachkundiges Räumungspersonal.....	50
cc) Vom Gläubiger zu stellende Räumlichkeiten	50
dd) Haftungsfreistellung gegenüber dem Gerichtsvollzieher.....	50
ee) Schadensersatzverpflichtung gegenüber dem Schuldner.....	52

d) Stellungnahme	53
II. Durchführung	53
III. Zulässigkeit	54
C. Die Teilräumung	55
I. Zulässigkeit	56
1. Überwiegende Ansicht	56
2. Gegenansicht	56
3. Stellungnahme	57
II. Ergebnis	58
D. Das Berliner Modell	58
I. Voraussetzungen	59
1. Zusätzliche Voraussetzungen	59
a) Zeitpunkt der Geltendmachung	59
b) Umfang des Vermieterpfandrechts	60
c) Bestehen des Vermieterpfandrechts	60
2. Anspruch auf Durchführung des Berliner Modells	61
II. Durchführung	62
1. Dauerhafter Anspruch auf Herausgabe der unpfändbaren Sachen	62
2. Müll und Unrat	63
3. Unpfändbare Gegenstände	63
a) Hinterlegung	63
aa) Fälligkeit und Erfüllbarkeit	64
bb) Annahmeverzug gem. § 372 S. 1 BGB	65
cc) Sonstiger Grund gem. § 372 S. 2 BGB	66
b) Verwahrung	66
aa) Verwahrpflicht	66
bb) Verwahrdauer	68
c) Verwertung	69
aa) Selbsthilfeverkauf gem. § 383 Abs. 1 S. 1 BGB	70
bb) Selbsthilfeverkauf gem. §§ 383 Abs. 1 S. 2, 372 S. 2 BGB	70
d) Vernichtung	70
4. Pfändbare Gegenstände	71
a) Verwahrung	71
b) Öffentliche Versteigerung	71

aa) Verfahren	71
bb) Nicht versteigerte Gegenstände	72
c) Privatrechtlicher Verkauf	73
d) Verzicht	73
5. Dritteigentum	74
III. Zulässigkeit	75
1. Meinungsstand	75
a) Generelle Zulässigkeit	75
b) Unzulässigkeit bei unpfändbaren oder bestrittenem Pfandrecht	76
aa) Prüfungskompetenz des Gerichtsvollziehers	77
bb) Einwand der unzulässigen Rechtsausübung	79
c) Generelle Unzulässigkeit	79
2. Stellungnahme	80
a) Prüfungskompetenz des Gerichtsvollziehers	81
b) Einwand der unzulässigen Rechtsausübung	84
c) Verstoß gegen die Garantie auf menschenwürdiges Daseins	87
d) Ergebnis	88
TEIL 3: VERGLEICH DER ALTERNATIVEN RÄUMUNGSMODELLE	90
A. Vor- und Nachteile des Hamburger Modells	90
I. Vorteile	90
1. Kostenreduzierung	90
a) Kosten bei Durchführung der Räumung	90
b) Kosten bei Nichtdurchführung der Räumung	91
2. Keine Gläubigerhaftung	92
a) Staatshaftung	92
aa) Staatshaftung während der zweiwöchigen Schwebezeit	92
bb) Staatshaftung bei Fehlverhalten des Fuhrunternehmers	93
b) Beschränkte Regresshaftung	93
II. Nachteile	94
1. Verlängerter Rechtsschutz des Vollstreckungsschuldners	94
2. Keine Kostenerstattung	95
a) Keine Kostenerstattung nach § 788 ZPO bei Räumung durch den Schuldner	95
b) Kein Anspruch auf Erstattung der Verwahrkosten	95
3. Dauer des Räumungsverfahrens	96

III. Fazit.....	96
B. Vor- und Nachteile des Frankfurter Modells.....	97
I. Vorteile	97
1. Kostenreduzierung	97
2. Anspruch auf Erstattung der Verwahrkosten.....	97
a) Materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch	98
b) Anspruchshöhe	98
c) Gesonderte Geltendmachung.....	99
II. Nachteile.....	99
1. Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung	99
2. Private Haftung	100
a) Allgemeine Haftung	100
b) Haftung nach der Entscheidung des <i>AG Frankfurt a.M.</i>	101
3. Dauer des Räumungsverfahrens	102
III. Fazit.....	102
C. Vor- und Nachteile des Berliner Modells.....	103
I. Vorteile	103
1. Kostenreduzierung	103
2. Begrenzte Rechtsschutzmöglichkeiten.....	103
II. Nachteile.....	104
1. Zusätzliche Abwicklungskosten	104
2. Verlust materiell-rechtlicher Ansprüche	106
a) Verlust des Räumungsanspruchs	106
b) Keine vertraglichen Ersatzansprüche nach Geltendmachung des Vermieterpfandrechts.....	106
c) Beschränkte Ansprüche auf Ersatz der Verwendungen	107
3. Private Haftung	108
a) Unpfändbares Schuldner Eigentum	109
aa) Haftung für eigenes Verschulden	109
bb) Haftung für fremdes Verschulden.....	112
b) Pfändbares Schuldner Eigentum	112
c) Dritteigentum.....	113
d) Strafrechtliche Tatbestandsmäßigkeit.....	113
4. Zivilprozessuale Folgeprobleme.....	114

5. Dauer des Räumungsverfahrens	116
III. Fazit.....	116
TEIL 4: SCHLUSSBETRACHTUNG	118
A. Das geeignetste Modell.....	118
I. Das kostengünstigste Modell	118
II. Das effizienteste Modell.....	119
III. Kombination der Modelle	119
B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	120
LITERATURVERZEICHNIS	123

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
a.M.	am Main
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayPAG	Polizeiaufgabengesetz Bayern
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
B/L/A/H	Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann
BT	Bundestag
BTDrucks	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDU	Christlich Demokratische Union
CSU	Christlich Soziale Union
ders.	derselbe
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
DM	Deutsche Mark
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung

f.	folgende Seite
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GE	Das Grundeigentum
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVGA	Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher
GvKostG	Gerichtsvollzieherkostengesetz
GV KV	Kostenverzeichnis zum Gerichtsvollzieherkostengesetz
GVO	Gerichtsvollzieherordnung
Hamburger GE	Hamburger Grundeigentum
HintO	Hinterlegungsordnung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel
i.H.d.	in Höhe des/der
i.H.v.	in Höhe von
i.R.d.	im Rahmen des (der)
i.S.d.	im Sinne des (der)
i.S.e.	im Sinne einer
JurBüro	Das juristische Büro
jurisPR-MietR	juris PraxisReport Miet- und Wohnungseigentumsrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
Kg	Kilogramm
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	littera
LJKostG	Landesjustizkostengesetz
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MünchKomm-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKomm-ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NJWE-MietR und	Neue Juristische Wochenzeitschrift, Entscheidungsdienst Miet- Wohnungsrecht
NJW-RR	Neue Juristische Wochenzeitschrift, Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Rechtsprechungs-Report
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OBG NW	Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen
o.g.	obig genannt (en)
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report: Zivilrechtsprechung der Oberlandesgerichte
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Seite
s.	siehe
TierSchG	Tierschutzgesetz
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
v.	vom
VersR	Versicherungsrecht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VV	Vergütungsverzeichnis

WuM	Zeitschrift für Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung

Die vorliegende Arbeit untersucht und vergleicht die alternativen Modelle der Wohnungszwangsräumung und bestimmt im Anschluss die effizienteste Möglichkeit der Räumungsvollstreckung für den Räumungsgläubiger.

Anlass dieser Untersuchung sind die außergewöhnlich hohen Kosten, die dem Vermieter entstehen, wenn der Mieter die Wohnung trotz Kündigung und erwirkten Räumungstitel nicht herausgibt. Da die deutsche Rechtsordnung, von einigen Ausnahmen abgesehen¹, es nicht gestattet, ein Recht im Wege der Selbstjustiz durchzusetzen, muss der Vermieter als nunmehriger Vollstreckungsgläubiger staatliche Hilfe zur zwangsweisen Herausgabe in Anspruch nehmen. Hierzu beauftragt er das zuständige Vollstreckungsorgan, welches im Falle der Herausgabevollstreckung der Gerichtsvollzieher ist, mit der Räumung der Wohnung nach § 885 ZPO. Aufgrund der zumeist schwierigen finanziellen Lage des Schuldners wird der Vollstreckungsgläubiger häufig nicht nur die Ansprüche aus §§ 535 Abs. 2, 546a BGB auf Mietzahlung und auf Entschädigung wegen der verspäteten Rückgabe nicht durchsetzen können. Sondern vielmehr muss er zusätzlich auch einen Vollstreckungskostenvorschuss aufbringen, damit der Gerichtsvollzieher überhaupt mit der Vollstreckung beginnt. Hierin liegt jedoch die eigentliche Problematik der Räumungsvollstreckung, da der vom Gerichtsvollzieher veranschlagte Kostenvorschuss durchschnittlich eine Höhe von mindestens 1.000 Euro pro herauszugebenden Zimmer beträgt², im Extremfall sogar bis zu 200.000 Euro insgesamt erreichen kann³. Vor allem in wirtschaftlich schlechteren Zeiten ist es nicht jedem Vollstreckungsgläubiger möglich, eine Summe von mehreren tausend Euro aufzubringen. Gewährt ihm das für die Zwangsvollstreckung zuständige Gericht keine Prozesskostenhilfe nach §§ 114 ZPO, wird er seinen rechtmäßig titulierten Herausgabeanspruch kaum durchsetzen können, da die Leistung des Kostenvorschusses Voraussetzung zur Durchsetzung seines Anspruchs ist⁴. Für den Vollstreckungsgläubiger kann dieses Problem existenzbedrohend sein, wenn er z.B. die Wohnung fremdfinanziert oder diese zur Altersvorsorge erworben hat. Bringt der Vollstreckungs-

¹ S. z.B. § 229 BGB.

² Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (168); Körner, ZMR 2006, 201 (202); ders., GE 2005, 598 (600); Verstege, Hamburger GE 2006, 92.

³ Wenn sich in der Wohnung z.B. Tiere befinden: *OLG Karlsruhe*, NJW 1997, 1789 f (Kostenvorschuss i.H.v. 50.000 DM); *LG Oldenburg*, DGVZ 1995, 44 f (Kostenvorschuss i.H.v. 110.000 DM); *AG Eschwege*, DGVZ 2008, 140 f (Kostenvorschuss i.H.v. 200.000 Euro); wenn sich in den Räumen tonnenschwere Maschinen befinden: *LG Ulm*, DGVZ 1990, 123 f (Kostenvorschuss i.H.v. 40.000 DM).

⁴ Zur Prozesskostenhilfe im Zwangsvollstreckungsverfahren: *LG Ingolstadt*, NZM 1998, 883 f (für den konkreten Fall des Kostenvorschusses i.R.d. Herausgabevollstreckung in eine unbewegliche Sache; Zöller/Geimer, § 114 Rn. 1; MünchKomm-ZPO/Motzer, § 114 Rn. 41; Schuschke/Walker/Schuschke, Einf. Buch 8 Rn. 17).

gläubiger den Vorschuss auf, muss er sich bewusst sein, dass er zwar den Besitz an seinem Eigentum wiedererlangt, der Anspruch auf Erstattung der vorgestreckten Vollstreckungskosten gegen den Vollstreckungsschuldner gem. § 788 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ZPO ganz überwiegend nur theoretischer Natur ist. Im Jahre 2006 konnte dieser Anspruch nur in einem von tausend Fällen erfolgreich beigetrieben werden⁵. Das *LG Wuppertal* beschrieb dieses Dilemma trefflich mit dem Satz: „*Im Regelfall bringt eine Räumungszwangsvollstreckung für den Gläubiger erhebliche finanzielle Belastungen mit sich; diese muss er hinnehmen*“⁶. Aufgrund der stetig ansteigenden Anzahl an Privatinsolvenzen⁷ liegt es fern, dass sich diese Tatsache in naher Zukunft ändert. Der im Vergleich zu anderen Vollstreckungsarten bei der Wohnungsherausgabevollstreckung dramatisch hohe Kostenvorschuss ist darauf zurückzuführen, dass der Räumungstitel nach § 546 Abs. 1 BGB eben nicht nur die Herausgabe der Wohnung an sich, sondern auch die vollständige Räumung derselben umfasst. Da es dem Gerichtsvollzieher regelmäßig nicht möglich ist, den gesamten Hausrat allein aus der Wohnung zu schaffen und in Verwahrung zu bringen, benötigt er die Hilfe privater Fuhr- und Lagerunternehmen. Die hierdurch verursachten Drittkosten erhöhen die Vollstreckungskosten um über 80 Prozent⁸ und folglich auch⁹ den damit einhergehenden Kostenvorschuss in gleicher Höhe.

Bereits im Jahre 1995 erkannte der Gesetzgeber der 13. Wahlperiode, dass das Recht der Zwangsvollstreckung in seiner über 100jährigen Geschichte nicht mehr zeitgemäß sei und die in der Praxis aufwendige und kostenträchtige Behandlung des eingelagerten Räumungsguts bei der Herausgabevollstreckung verbessert werden müsse¹⁰. Die daraufhin verabschiedete Zweite Zwangsvollstreckungsnovelle brachte für den Vermieter als Vollstreckungsgläubiger zwar insofern eine Verbesserung, als dass die Neufassung des § 885 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 ZPO eine gewisse Einsparung an Lagerkosten ermöglichte. Der Kern des Problems, die maßgeblichen Transportkosten, wurde durch die Novelle jedoch nicht erfasst. Auch vier Legislaturperioden später sieht der Koalitionsvertrag der CDU, CSU und FDP aus dem Jahre 2009 einen Verbesserungsbedarf zur wirksamen Vollstreckung mietrechtlicher Ansprüche vor¹¹. Der Zentralverband der Deutschen Haus-, Wohnungs- und Grundeigentümer (Haus und

⁵ Körner, ZMR 2006, 201 (202); ebenso: Horst, MDR 2006, 249 (252).

⁶ *LG Wuppertal*, DGVZ 1987, 12 (13).

⁷ Während im Jahre 1999 die Zahl der eröffneten Kleininsolvenzverfahren und solche gegen Verbraucher noch bei 1.884 lag, stieg sie nach Angabe des Statistischen Bundesamtes im Jahre 2006 inflationsartig auf 100.721 und im Jahre 2009 auf 104.842 an: s. <https://www-ec.destatis.de/csp/shop/sfg/bpm.html.cms.cBroker.cls?cmspath=struktur,vollanzeige.csp&ID=1026122> (Fachserie 10, Reihe 2.1, 2009, abrufbar am 05.11.2010 um 10.04 h).

⁸ Z.B. *OLG Hamburg*, NZM 2000, 575 f.

⁹ Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (168); Schuschke, NZM 2005, 681 (683).

¹⁰ S. BTDrucks. 13/341, S. 1, 7 und 39.

¹¹ S. 109 f des Koalitionsvertrages zwischen der CDU, CSU und der FDP in der 17. Legislaturperiode, 2009.

Grund)¹² und der Immobilienverband Deutschland (IVD)¹³ haben dazu bereits Gesetzesvorschläge vorgelegt. Zum Zeitpunkt der Beendigung dieser Arbeit ist nach Angabe des Bundesjustizministeriums demnächst auch ein Referentenentwurf zu erwarten. Die *Frankfurter Allgemeine Zeitung* teilte mit, dass hierin das umstrittene *Berliner Modell* als Kostensenkungsmodell gesetzlich verankert werden soll¹⁴. Die Vermieter und späteren Vollstreckungsgläubiger werden auf die gesetzlichen Neuregelungen wohl aber frühestens Ende 2011 zurückgreifen können.

Daher liegt der Schwerpunkt dieser Arbeit in der Untersuchung und in dem Vergleich der im Laufe der Zeit von verschiedenen Vollstreckungsgerichten und Gerichtsvollziehern entwickelten alternativen Räumungsmodellen, welche versuchen die Transport- und Verwahrkosten zu senken oder ganz zu vermeiden. Bei diesen auf der momentanen und wohl auch auf der zukünftigen Rechtslage beruhenden Modellen handelt es sich namentlich um das *Hamburger*¹⁵, das *Frankfurter*¹⁶ und das *Berliner Modell*¹⁷, wobei das letztere das wohl bekannteste und umstrittenste Modell darstellt. In seiner ersten Entscheidung zur Berliner Räumung im Jahre 2005 entschied der *BGH*, dass die alleinige Besitzausweisung des Mieters unter Verzicht auf die Räumung der Wohnung und bei Geltendmachung eines umfassenden Vermieterpfandrechts als alternatives Kostensenkungsmodell zulässig ist¹⁸. In diesem Zusammenhang sei auf die im Folgenden näher eingegangene Arbeit von *Knapp* verwiesen, welche sich ausschließlich dem *Berliner Modell* widmet¹⁹. Aufgrund der Aktualität der kostenträchtigen Räumungsvollstreckung in der Vollstreckungspraxis und der fehlenden Neuregelungen des Gesetzgebers hat zudem *Schwieren* im Jahre 2010 eine Arbeit veröffentlicht, die sich u.a.

¹² Haus & Grund Deutschland, GE 2010, 82 f.

¹³ S. www.ivd.net/programme/screenscms/ausgabe.php?CMS_c=artikel&Nr=1060 (abrufbar am 05.11.2010 um 10.06 h).

¹⁴ S. <http://www.faz.net/s/RubA5A53ED802AB47C6AFC5F33A9E1AA71F/Doc~E2688D22735374528829D763BD1870C01~ATpl~Ecommon~Scontent.html> (abrufbar am 05.11.2010 um 10.09h).

¹⁵ S. hierzu: *OLG Hamburg*, NZM 2000, 575 f; *LG Hamburg*, MDR 1999, 1526; v. *Behren/Seumenicht*, *Hamburger GE* 1999, 352 f; *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (173 f); *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 37; *Grüßenmeyer*, NZM 2007, 310 (323 f); *Nies*, DGVZ 2000, 33 ff; *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (82 ff); *ders.*, NZM 2006, 919 (920 f); *Scholz*, ZMR 2010, 1 (3 f); *Schuschke*, NZM 2005, 681 (684 f); *Schwieren*, S. 158 ff; *Schuschke/Walker/Walker*, § 885 Rn. 25.

¹⁶ S. hierzu: *OLG Frankfurt a.M.*, DGVZ 1998, 188 f; *LG Köln*, DGVZ 2002, 169; *AG Lörrach*, DGVZ 2005, 109 f; *AG Frankfurt a.M.*, NZM 2004, 359 f; *Stein/Jonas/Brehm*, § 885 Rn. 34; *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (174 f); *Grüßenmeyer*, NZM 2007, 310 (322); *Riecke*, DGVZ 2004, 145 ff; *Scholz*, ZMR 2010, 1 (4 f); *Schwieren*, S. 135 ff.

¹⁷ S. hierzu: *BGH*, NJW-RR 2009, 1384 f; *BGH*, NJW 2006, 3273 f; *BGH*, NJW 2006, 848 f; *LG Köln*, DGVZ 1996, 75 (für Gewerbemietrecht); *LG Gießen*, DGVZ 1991, 156; *LG Arnsberg*, DGVZ 1984, 30 f; *AG Bremen*, BeckRS 2009, 20733; *Stein/Jonas/Brehm*, § 885 Rn. 29; *Dierck/Morvilius/Vollkommer/Hippler*, S. 665 Rn. 139 ff; *Knapp*, S. 1 ff; *Körner*, ZMR 2006, 201 ff; *Musielak/Lackmann*, § 885 Rn. 17; *Martini*, GE 2006, 360 ff; *Monjé*, GE 2006, 150 ff; *Staudinger/Rolfs*, § 546 Rn. 51; *Schwieren*, S. 82 ff; *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 20; *Schuschke/Walker/Walker*, § 885 Rn. 20.

¹⁸ *BGH*, NJW 2006, 848 f; bestätigt durch: *BGH*, NJW-RR 2009, 1384 f; *BGH*, NJW 2006, 3273 f.

¹⁹ *Knapp*, Das Berliner Modell der Wohnungszwangsvollstreckung.

auch mit den alternativen Modellen auseinandersetzt²⁰. Im Unterschied dazu legt die vorliegende Arbeit den Schwerpunkt auf den Vergleich der Modelle. Sie geht zudem auf die Ausführungen *Schwierens* ein und stellt dar, warum die dort vertretenen Ergebnisse überwiegend nicht überzeugen.

Der Gang der vorliegenden Arbeit verläuft wie folgt: Im ersten Teil wird einleitend die in § 885 ZPO normierte klassische Räumungsvollstreckung beschrieben. Der zweite Teil der Arbeit behandelt die verschiedenen Alternativmodelle und setzt sich mit der Frage auseinander, ob diese in der Praxis durchgeführten Modelle mit dem geltenden Recht vereinbar sind. Im dritten Teil dieser Arbeit werden die Modelle ungeachtet ihrer Zulässigkeit auf ihre Vor- und Nachteile hin überprüft und verglichen. Hier wird insbesondere das Gewicht auf die für den Gläubiger wichtigen Aspekte der konkreten Kosteneinsparung sowie auf das eigene Haftungsrisiko gelegt. Abschließend wird im vierten Teil dieser Arbeit das für den Vollstreckungsgläubiger im jeweiligen Einzelfall effizienteste Vollstreckungsmodell bestimmt und die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst.

²⁰ *Schwieren*, Die Kostenbelastung des Gläubigers bei der Räumungsvollstreckung.

Teil 1: Die Räumungsvollstreckung gem. § 885 ZPO

Die klassische Räumungssituation entsteht, wenn der Vermieter seinen gegen den Mieter bestehenden Räumungsanspruch vor Gericht zwar erfolgreich erstritten hat, der Mieter aber trotzdem nicht auszieht. Damit der Vermieter zur Durchsetzung des Herausgabeanspruchs nicht zur Selbstjustiz greift²¹, bestimmt der Gesetzgeber den Gerichtsvollzieher als zuständiges Vollstreckungsorgan, die Herausgabe der unbeweglichen Sachen nach den § 885 ZPO und §§ 180 und 181 GVGA zwangsweise durchzuführen. Neben Geschäftsräumen und einzelnen Räumen umfasst der Begriff der unbeweglichen Sachen i.R.d. § 885 ZPO auch die Herausgabe von Wohnraum²². Die Wohnungsherausgabevollstreckung, auf welcher der Fokus der vorliegenden Untersuchung liegt, greift in den engsten Lebensbereich ein und ist daher sowohl emotional als auch rechtlich die brisanteste aller Vollstreckungsarten. Damit die später dargestellten Probleme i.R.d. alternativen Räumungsmodelle besser nachvollzogen werden können, wird zunächst die vom Gesetzgeber in § 885 ZPO geregelte klassische Räumung (auch *Preußische Räumung* genannt) beschrieben und untersucht.

A. Voraussetzungen

Der Vollstreckungsgläubiger hat einen Vollstreckungsanspruch gegenüber dem Staat, wenn die Voraussetzungen für die zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs vorliegen²³. Nur dann darf das Vollstreckungsorgan mit der Durchsetzung des Anspruchs beginnen.

I. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen

Zunächst muss der Vollstreckungsgläubiger dem für die Herausgabevollstreckung zuständigen Gerichtsvollzieher einen Vollstreckungsauftrag gem. §§ 753 Abs. 1 ZPO, 62 Nr. 1 S. 1 GVGA erteilen. Der Gerichtsvollzieher darf nur auf Antrag und nicht schon von Amts wegen tätig werden, da das Vollstreckungsverfahren ein Parteiverfahren zwischen Gläubiger und Schuldner ist²⁴. Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers ergibt sich aus §§ 753 Abs. 1, 885 ZPO, §§ 57 Nr. 2 lit. c, 180 f GVGA, die örtliche aus § 20 Nr. 1

²¹ Hüermann, WuM 2004, 135.

²² MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 7.

²³ Lackmann, S. 2 Rn. 3.

²⁴ Lackmann, S. 11 Rn. 28 f.

GVO. Erteilt der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher hierbei Weisungen, müssen diese berücksichtigt werden, soweit sie eindeutig erkennbar sind²⁵ und dem Gesetz nicht widersprechen, § 58 Nr. 2 GVGA.

II. Allgemeine und besondere Vollstreckungsvoraussetzungen

Sodann hat der Gerichtsvollzieher zu überprüfen, ob dem Auftrag ein wirksamer Vollstreckungstitel zur Herausgabe einer Wohnung als allgemeine Vollstreckungsvoraussetzung zu Grunde liegt. Zumeist handelt es sich hierbei um einen Titel aus einem Urteil nach § 704 Abs. 1 ZPO oder § 19 Abs. 1 WEG. Möglich ist aber auch die Vollstreckung eines Titels aus einem Prozessvergleich nach §§ 794 Abs. 1 Nr. 1, 794a Abs. 1 ZPO, aus einer einstweiligen Verfügung im Fall der verbotenen Eigenmacht²⁶ oder konkreter Gefahr für Leib und Leben²⁷, aus einem Zuschlagbeschluss eines Zwangsversteigerungsverfahrens nach §§ 93 Abs. 1 ZVG, 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, aus einem gerichtlich veranlassten Räumungsbeschluss i.R.e. Zwangsverwaltung nach § 149 Abs. 2 ZVG oder aus einem Zuschlagbeschluss nach § 148 Abs. 2 InsO²⁸. Ausgeschlossen ist die Räumungsvollstreckung, wenn sich die Herausgabepflicht allein aus einer notariellen Urkunde gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bei Wohnraummietverhältnissen ergibt²⁹. Zudem muss der Titel bestimmt genug sein, also mindestens die herauszugebende unbewegliche Sache im Sinne des § 885 ZPO beschreiben, die Herausgabe anordnen und den genauen Herausgabeschuldner bezeichnen. Für die Angabe des Grundstücks reicht die grundbuchmäßige Beschreibung aus (Gemarkung, Band, Blatt und Flurstücknummer)³⁰, für die Beschreibung der Herausgabeverpflichtung, die Anordnung der Herausgabe, die der Überlassung oder die der Räumung als solche³¹. Eine gesonderte Anordnung der Herausgabeverpflichtung ist nicht notwendig³², die Herausgabepflicht aller Schlüssel ist stets mit umfasst³³.

Sehr viel problematischer für den Vollstreckungsgläubiger gestaltet sich jedoch die gem. § 750 Abs. 1 ZPO notwendige namentliche Bezeichnung aller an der Wohnung Gewahrsam innehabenden Personen bzw. Besitzer³⁴. Da Zu- und Auszüge sowie Untervermietungen in der mietrechtlichen Praxis Alltag geworden sind, haben nicht alle Vermieter den notwendigen

²⁵ *LG Augsburg*, DGVZ 1995, 154 f.

²⁶ *Hüermann*, WuM 2004, 135 f.

²⁷ *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 2.

²⁸ *Stein/Jonas/Brehm*, § 885 Rn. 1.

²⁹ *AG Detmold*, DGVZ 2003, 60.

³⁰ *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 4.

³¹ *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 2.

³² *OLG München*, DGVZ 1999, 56 f.; *AG Ehingen*, DGVZ 1979, 77 (78).

³³ *Stein/Jonas/Brehm*, § 885 Rn. 5.

³⁴ *Thomas/Putzo/Hüßtege*, § 885 Rn. 4a ff.; *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 5.

Überblick über die momentanen Gewahrsamsverhältnisse. Zwar gingen die Rechtsprechung und die Literatur lange Zeit davon aus, dass ein Titel gegen einen Mitbewohner, der nicht selbst Partei des Mietvertrags ist, nicht erforderlich ist bzw. der Titel sich auch auf diese erstreckt³⁵. Aufgrund neuerer Rechtsprechung wird nunmehr das Vorliegen eines Titels gegen jeden den Gewahrsam an der Wohnung innehabenden Dritten verlangt³⁶. Zur Bestimmung des Gewahrsamsinhabers wird auf die Regelung § 854 Abs. 1 BGB zurückgegriffen³⁷, woraus sich ergibt, dass derjenige Gewahrsam an einer unbeweglichen Sache hat, der die tatsächliche Gewalt über diese ausübt. Daher ist auch ein Titel gegen den mit dem Räumungsschuldner lebenden Ehegatten³⁸, ebenso wie gegen den Lebenspartner, Verlobten, nichtehelichen Lebensgefährten³⁹ und weiteren Dritten⁴⁰ mit Sachherrschaft an der Wohnung, notwendige Voraussetzung der Vollstreckung. Darüber hinaus ist auch ein Titel gegen den Untermieter notwendig⁴¹, selbst dann, wenn der Verdacht besteht, dass ihm der Besitz nur eingeräumt worden ist, um die Zwangsäumung zu vereiteln⁴². Durch diese Rechtsprechung öffnet der *BGH* Tür und Tor für den Missbrauch i.R.d. Räumungsvollstreckung. Präsentiert der Vollstreckungsschuldner am Tag der Räumung einen vermeintlichen Untermieter, muss der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung mangels Titel einstellen. Ein Titel bei bloß zugehörigen Personen, wie bei (volljährigen) Kindern, ist hingegen nicht erforderlich⁴³. Als weitere allgemeine Voraussetzungen muss die Ausfertigung des Urteils mit einer Vollstreckungsklausel gem. §§ 724 ff ZPO versehen und dem Vollstreckungsschuldner das Urteil zugestellt worden sein, § 750 Abs. 1 ZPO. In besonders eilbedürftigen Fällen können Ausnahmen zugelassen werden⁴⁴.

Wurde dem Räumungsschuldner im Räumungstitel eine Räumungsfrist gewährt⁴⁵, stellt dies eine besondere Vollstreckungsvoraussetzung dar. Der Gerichtsvollzieher darf mit der Räumung erst dann beginnen, wenn die Frist abgelaufen ist, §§ 751 Abs. 1 ZPO, 181 Nr. 1 S. 1 GVGA.

³⁵ *LG Berlin*, DGVZ 1993, 173 f; *LG Darmstadt*, DGVZ 1980, 110 f; *LG Mainz*, MDR 1978, 765; *Scherer*, DGVZ 1993, 161 (163); *Rosenberg/Gaul/Schilken/Schilken*, S. 965 f.

³⁶ *BGH*, NJW 2008, 1959 (1960); *BGH*, NJW 2004, 3041 f; *BGH*, NJW-RR 2003, 1450 f; so auch: *Stein/Jonas/Brehm*, § 885 Rn. 15 ff; *Lackmann*, S. 131 f Rn. 390 f.

³⁷ *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 5.

³⁸ *BGH*, NJW 2004, 3041 f.

³⁹ *BGH*, NJW 2008, 1959 (1960); *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 19; *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 10.

⁴⁰ *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 21.

⁴¹ *BGH*, NJW-RR 2003, 1450 f.

⁴² *BGH*, NJW 2008, 3287 f.

⁴³ *BGH*, NJW 2008, 1959 (1960); *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 20.

⁴⁴ *Lackmann*, S. 26 f Rn. 77.

⁴⁵ S. Teil 1. B. I. 2. b.

B. Durchführung

I. Leistung des Vollstreckungskostenvorschusses

Auch wenn alle Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen, vollzieht der Gerichtsvollzieher die Räumung erst, wenn der Vollstreckungsgläubiger den von ihm festgesetzten Vollstreckungskostenvorschuss, also die Sicherheit für die bei der Räumung entstehenden Kosten, geleistet hat, § 4 Abs. 1 S. 1 und 2 GvKostG. Ein Ermessen bei der Kostenerhebung steht dem Gerichtsvollzieher nicht zu. Aufgrund des fiskalischen Interesses, den Kosteneingang in der Staatskasse zu sichern, ist er verpflichtet, vom Gläubiger den Vorschuss ohne Ausnahme zu verlangen⁴⁶. Er kann außerdem bestimmen, dass der Auftrag als zurückgenommen gilt, wenn die Zahlung nicht bis zum Ablauf des auf die Absendung der Vorschussanforderungen folgenden Kalendermonats eingegangen ist⁴⁷.

Die Höhe des Vorschusses hängt von der Höhe der Vollstreckungskosten ab, die voraussichtlich bei der Vollstreckung entstehen⁴⁸. Je nach Region veranschlagt der Gerichtsvollzieher für die Räumung eines einzelnen Zimmers zwischen 800 Euro und 1.000 Euro⁴⁹, teilweise auch bis zu 2.000 Euro⁵⁰. Im Einzelfall können sich die Vorschusskosten sogar auf eine Höhe von insgesamt bis zu 200.000 Euro belaufen, wenn sich in den herauszugebenden Räumen Tiere, große Maschinen oder andere schwer zu transportierende oder einzulagernde Sachen befinden⁵¹. Verschätzt sich der Gerichtsvollzieher oder treten Verteuerungen auf, kann er außerdem eine Nachforderung verlangen⁵², § 6 GvKostG. Der Gläubiger ist jedenfalls immer genötigt, mehrere tausend Euro aufzubringen, damit der Gerichtsvollzieher mit der Durchsetzung seines Anspruchs beginnt. Vor allem in wirtschaftlich schwierigen Zeiten dürfte dies nicht jedem Vollstreckungsgläubiger möglich sein. Da der deutsche Rechtsstaat keine Selbstjustiz gestattet, erhält der Gläubiger in diesem Fall sein Eigentum nicht zurück, wenn die

⁴⁶ *LG Frankenthal*, DGVZ 2004, 187 f; *AG Leipzig*, DGVZ 2009, 169 f; *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165; *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 57; *B/L/A/H/Hartmann*, § 885 Rn. 30; *Horst*, MDR 2006, 249; *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 33.

⁴⁷ *Hüermann*, WuM 2004, 135 (136).

⁴⁸ Zur ausführlichen Darstellung und Berechnung der i.R.d. Räumung anfallenden Vollstreckungskosten, s. Teil 1. C. II.

⁴⁹ Wobei Küche und Bad nicht als Zimmer gezählt werden; siehe zu den Vorschusskosten auch: *Monjé*, GE 2006, 150; *Scholz*, ZMR 2010, 1 (2); *Verstege*, Hamburger GE 2006, 92.

⁵⁰ *LG Heidelberg*, DGVZ 2009, 168 f, welches die Vorschusskostenhöhe von 5.000 Euro für eine Drei-Zimmer-Wohnung als angemessen erachtet.

⁵¹ Wenn sich in der Wohnung z.B. Tiere befinden (s. hierzu auch Teil 1. B. III. 2. c.): *OLG Karlsruhe*, NJW 1997, 1789 f (Kostenvorschuss i.H.v. 50.000 DM); *LG Oldenburg*, DGVZ 1995, 44 f (Kostenvorschuss i.H.v. 110.000 DM); *AG Eschwege*, DGVZ 2008, 140 f (Kostenvorschuss i.H.v. 200.000 Euro); wenn sich in den Räumen tonnenschwere Maschinen befinden (s. hierzu auch und Teil 2. B. I. 2. b.): *LG Ulm*, DGVZ 1990, 123 (124) (Kostenvorschuss i.H.v. 40.000 DM).

⁵² *LG Oldenburg*, DGVZ 1995, 59; *AG Pankow/Weißensee*, DGVZ 1997, 92 (94).

Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe nicht vorliegen⁵³. Leistet der Vollstreckungsgläubiger hingegen den Vorschuss, wird er das Geld, wie Anfangs erläutert, grundsätzlich nicht erstattet bekommen⁵⁴. Daher wird in den folgenden Teilen dieser Arbeit untersucht, auf welche Weise der Vollstreckungsgläubiger die Vorschusskosten, bzw. die Vollstreckungskosten am effizientesten reduzieren kann.

II. Vorbereitung der Räumung

Nach Eingang des Kostenvorschusses setzt der Gerichtsvollzieher den Räumungstermin nach Tag und Stunde fest und teilt dies den Vollstreckungsparteien mit. Liegt ein die Vollstreckungsmaßnahmen gem. § 765a Abs. 1 und 3 ZPO einschränkender Beschluss des Vollstreckungsgerichts vor, hat der Gerichtsvollzieher diesen bei der Terminsvergabe zu beachten. Da der für den Vollstreckungsschutz erforderliche Antrag spätestens zwei Wochen vor dem Räumungstermin gestellt sein muss, hat der Gerichtsvollzieher die Terminbestimmung so vorzunehmen, dass zwischen dem Tag der Mitteilungszustellung und dem Termin selbst mindestens drei Wochen liegen, § 180 Nr. 2 Abs. 2 S. 4 GVGA. Zudem kann auch der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung auf Antrag des Schuldners gem. § 765a Abs. 2 und 1 ZPO bis zur Entscheidung des Vollstreckungsgerichts für eine Woche aufschieben. Wie bei dem Antrag gegenüber dem Gericht muss der Schuldner hier ebenfalls glaubhaft machen, dass die Räumung für ihn eine Härte darstellt, die mit den guten Sitten nicht mehr vereinbar ist, also zu einem nicht ertragbaren Ergebnis führt⁵⁵.

Darüber hinaus informiert der Gerichtsvollzieher die Ordnungsbehörde, da der Schuldner nicht selten durch die Vollstreckung obdachlos werden würde, die drohende Obdachlosigkeit der Vollstreckung allerdings nicht entgegensteht, § 181 Nr. 3 S. 1 GVGA⁵⁶. Im Regelfall sorgt die Ordnungsbehörde für eine andere Unterbringung des Schuldners. Ist eine solche nicht vorhanden, hat die Behörde wegen der Gefahr für die Gesundheit des Schuldners die öffentlich-rechtliche Pflicht, die zu räumende Wohnung im Wege der Eingriffsverwaltung als *ultima ratio* in Beschlag zu nehmen⁵⁷. Eine aus diesen Gründen erlassene Wiedereinweisungsverfügung des Räumungsschuldners führt zu einer zeitweiligen Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung, § 181 Nr. 4 GVGA.

⁵³ S. Einl. S. 1.

⁵⁴ S. hierzu: Teil 1. C. I.

⁵⁵ BGHZ 44, 138 (143); s. hierzu auch: Teil 2. D. III.

⁵⁶ Hüermann, WuM 2004, 135 (136).

⁵⁷ Nies, MDR 1999, 1113 (1118).

III. Vollziehung der Räumung

Der Gerichtsvollzieher gibt dem Gläubiger gem. § 885 Abs. 1 S. 1 ZPO die unbewegliche Sache heraus, indem er den Schuldner aus dem Besitz derselben setzt und den Gläubiger in den Besitz einweist. Sachen, auf die sich der Titel ebenfalls erstreckt, verbleiben in der Wohnung, die übrigen werden aus der Wohnung entfernt und dem Schuldner übergeben oder eingelagert. Zu jeder Zeit ist der Gerichtsvollzieher verpflichtet, die Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme gem. § 180 Nr. 6 GVGA zu protokollieren. Insbesondere muss er die vorgefundenen Sachen, die anwesenden Personen, sowie die bei der Besitzaus- und einweisung getroffenen Maßregeln als auch das dem Gläubiger übergebene Zubehör genau bezeichnen. Nimmt der Gerichtsvollzieher Sachen des Schuldners in Verwahrung, ist der Grund und die Art der Verwahrung ebenfalls zu protokollieren, § 180 Nr. 6 S. 2 GVGA.

1. Besitzzug und Besitzeinweisung

Die am Tag der Räumung durchgeführte Besitzzugziehung des Vollstreckungsschuldners muss so vollkommen sein, dass der Gerichtsvollzieher in der Lage ist, dem Gläubiger die ungehinderte tatsächliche Gewalt an der Sache zu verschaffen⁵⁸. Daher ist er ermächtigt, unmittelbaren Zwang bei der Einziehung anwenden, § 758 Abs. 2 ZPO. Der Besitzzug ist abgeschlossen, wenn der Schuldner keine tatsächliche Möglichkeit mehr hat, Sachherrschaft über die Räumlichkeiten auszuüben⁵⁹. Dies ist der Fall, wenn er alle Schlüssel ausgehändigt hat⁶⁰ oder ein vom Gläubiger organisierter Sicherheitsdienst jeglichen Zugang zur Wohnung verwehrt⁶¹. Die Besitzeinweisung des Gläubigers ist erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger alle Schlüssel übergibt⁶². Hierdurch erlangt Letzterer die Sachherrschaft und somit wieder Zugang zu den Räumlichkeiten und kann andere davon ausschließen. Die Zwangsvollstreckung ist dem Kern nach also beendet. Der Titel ist demgegenüber erst nach der anschließenden Entfernung sämtlichen Räumungsguts verbraucht⁶³, § 885 Abs. 2 und 3 ZPO.

Zusammenfassend wird die Herausgabevollstreckung i.R.d. klassischen Räumung also *uno actu* vollzogen, d.h. das Wegschaffen der beweglichen Sachen erfolgt im unmittelbaren Anschluss an die Wegnahme der Wohnung. Die Räumung kann aber auch in zeitlich getrennten Abschnitten durchgeführt werden. Diese Vorgehensweise, welche als *Hamburger Modell* be-

⁵⁸ *LG Arnsberg*, DGVZ 1984, 30 (31); *LG Trier*, DGVZ 1972, 93 (94); Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rn. 19.

⁵⁹ *Schuschke*, NZM 2005, 681.

⁶⁰ *Schuschke*, NZM 2005, 681.

⁶¹ *KG Berlin*, NZM 2005, 422 (423).

⁶² *OLG München*, ZMR 1985, 298 (299); Thomas/Putzo/Hüßtege, § 885 Rn. 9.

⁶³ Thomas/Putzo/Hüßtege, § 885 Rn. 26.

zeichnet wird, stellt eines der alternativen Kostensenkungsmodelle dar und wird im folgenden Teil dargestellt⁶⁴.

2. Umfang der Herausgabevollstreckung

Welche beweglichen Sachen der Gerichtsvollzieher gem. § 885 Abs. 2 ZPO aus der Wohnung zu schaffen hat, hängt davon ab, ob diese Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind oder nicht. Ist dies nicht der Fall, hat der Gerichtsvollzieher diese zu entfernen, da der Gläubiger nur an solchen Sachen Gewahrsam erlangen soll, die von seinem Titel erfasst sind⁶⁵.

a) Gegenstände der Zwangsvollstreckung

Alle Sachen, über die der Titel einen ausdrücklichen Ausspruch enthält⁶⁶, sind Gegenstand der Zwangsvollstreckung und verbleiben bei Übergabe an den Gläubiger in der Wohnung⁶⁷. Geht aus ihm nicht hervor, wie mit dem Zubehör der unbeweglichen Sache zu verfahren ist (§§ 97 f BGB), muss der Gerichtsvollzieher davon ausgehen, dass sich der Titel auch auf diese erstreckt, § 180 Nr. 3 GVGA⁶⁸. Die Zubehörstücke gehen in diesem Fall ebenfalls i.R.d. Besitzeinweisung in die Sachherrschaft des Gläubigers über⁶⁹.

b) Nicht der Zwangsvollstreckung unterliegende Gegenstände

Die sonstigen beweglichen Sachen entfernt der Gerichtsvollzieher gem. § 885 Abs. 2 ZPO aus der Wohnung, wobei der Umfang der Wegschaffungspflicht von dem Begriff der Sache bestimmt wird, § 90 BGB. Wegzuschaffen sind danach alle körperlichen Gegenstände, unabhängig davon, ob sie unpfändbar oder unverwertbar sind, Gerümpel, Unrat oder Müll darstellen, §§ 885 Abs. 3 S. 2 ZPO, 180 Nr. 5 Abs. 3 S. 2 GVGA⁷⁰. Die Entfernung erfolgt auch dann, wenn die Sachen im Eigentum eines Dritten stehen⁷¹.

⁶⁴ S. Teil 2. A.

⁶⁵ *LG Düsseldorf*, DGVZ 1984, 78 (79); *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 16; s. hierzu auch die Problematik bei dem *Berliner Modell*, Teil 2. D. und Teil 3. C.

⁶⁶ *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 32.

⁶⁷ *Schilken*, DGVZ 1988, 49 (56).

⁶⁸ *Gilleßen*, DGVZ 2006, 145 (150 f); *MünchKomm-ZPO/Gruber* § 885 Rn. 32.

⁶⁹ *Schuschke/Walker/Walker*, § 885 Rn. 7.

⁷⁰ *LG Berlin*, DGVZ 1996, 171; *Nies*, MDR 1999, 1113 (1122 f).

⁷¹ *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 33; *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 16.

Macht der Vermieter jedoch ein gesetzliches Vermieterpfandrecht nach §§ 562 ff BGB an einzelnen Gegenständen geltend, lässt der Gerichtsvollzieher diese in der Wohnung zurück⁷² und verschafft dem Gläubiger so Gewahrsam an Gegenständen, die gar nicht vom Titel erfasst sind⁷³. Zur Geltendmachung des Pfandrechts benötigt der Gläubiger gem. §§ 562b Abs. 1 S. 1 BGB, 180 Nr. 4 S. 1 GVGA keinen zusätzlichen Titel. Verändert er den Inhalt des Räumungstitels jedoch derart, dass er ein umfassendes Vermieterpfandrecht an allen in der Wohnung befindlichen Gegenständen geltend macht, also die Räumung sämtlicher Gegenstände verhindert, beantragt er das *Berliner Modell* als alternatives Kostensenkungsmodell. Ob dem Gerichtsvollzieher hinsichtlich des Bestehens des an den Gegenständen umfassend geltend gemachten Vermieterpfandrechts eine Prüfungskompetenz zusteht, ist umstritten. Diese Frage wird im zweiten Teil dieser Arbeit eingehend diskutiert und beantwortet⁷⁴.

c) Zurückgelassene Tiere

Nicht eindeutig geklärt ist die Frage, wie der Gerichtsvollzieher vorzugehen hat, wenn Tiere in der herauszugebenden Immobilie zurückgelassen wurden⁷⁵. Da auf Tiere gem. § 90a S. 3 BGB die für Sachen geltenden Vorschriften anzuwenden sind, wird in der Literatur größtenteils vertreten, dass der Gerichtsvollzieher mit ihnen wie mit allen beweglichen Sachen nach § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO zu verfahren habe und einen entsprechend hohen Kostenvorschuss für die Entfernung verlangen könne⁷⁶. Sei der Schuldner bei der Räumung abwesend, müssten die Tiere auch bei erheblichen Kosten⁷⁷ gem. § 885 Abs. 3 ZPO in einem Tierheim verwahrt und gem. § 885 Abs. 4 ZPO verkauft werden. Dagegen verneint die überwiegende Rechtsprechung die Anwendbarkeit des § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO⁷⁸. Häufig sei der anwesende Schuldner gar nicht in der Lage, die Tiere gem. § 885 Abs. 2 ZPO an sich zunehmen. Zudem sei § 885 Abs. 3 ZPO nicht für eine artgerechte Unterbringung und Betreuung lebender Tiere geeignet. Es drohe der Leerlauf des Räumungstitels und somit die Aushöhlung des Eigentums, wenn

⁷² Zöller/Stöber, § 885 Rn. 20.

⁷³ LG Hildesheim, DGVZ 1987, 78 (79); LG Düsseldorf, DGVZ 1984, 78 (79); Zöller/Stöber, § 885 Rn. 16 und 20.

⁷⁴ S. Teil 2. D. III.

⁷⁵ Geißler, DGVZ 2006, 165 (166 f).

⁷⁶ Zur Höhe des Kostenvorschusses s. auch Fn. 78; für die Anwendbarkeit des § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO: Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rn. 33; MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 52; grundsätzlich auch: Rigol, MDR 1999, 1363 (1364); Zöller/Stöber, § 885 Rn. 19; s. auch Sues, der zwar ebenfalls von der Anwendbarkeit des § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO (S. 7 ff, 42) und von der Vorschusspflicht des Vollstreckungsgläubigers ausgeht (S. 17 ff, 32), nicht aber von der Notwendigkeit eines überhöhten Kostenvorschusses (S. 43 ff, 74).

⁷⁷ MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 52; Musielak/Lackmann, § 885 Rn. 14.

⁷⁸ OLG Karlsruhe, NJW 1997, 1789 f (Kostenvorschuss i.H.v. 50.000 DM); LG Oldenburg, DGVZ 1995, 44 f (Kostenvorschuss i.H.v. 110.000 DM); AG Eschwege, DGVZ 2008, 140 f (Kostenvorschuss i.H.v. 200.000 Euro).

der Gläubiger den extrem hohen Kostenvorschuss nicht aufbringen kann. Daher habe der Gerichtsvollzieher bei einer Vielzahl von Tieren die Vollstreckung einzustellen. Angesichts der drohenden Störung der öffentlichen Ordnung obliege es den Ordnungsbehörden einzuschreiten. Allerdings sei ein Anspruch des Vollstreckungsgläubigers als Privatperson auf Einschreiten der Behörde mangels einschlägiger, drittschützender öffentlich-rechtlicher Normen auszuschließen⁷⁹. Wird die Behörde nicht tätig, bleibt dem Vollstreckungsgläubiger im Ergebnis also nur die Möglichkeit, den unverhältnismäßig hohen Vollstreckungskostenvorschuss zu zahlen, die Behörde oder den Rechtsträger zu einem Tätigwerden zu verklagen oder von der Vollstreckung abzusehen.

3. Entfernung und Verwahrung der nicht der Vollstreckung unterliegenden Gegenstände

Mit den nicht der Vollstreckung unterliegenden Gegenständen verfährt der Gerichtsvollzieher grundsätzlich nach § 885 Abs. 2 ZPO. Er übergibt dem anwesenden Schuldner alle Gegenstände, in dessen Abwesenheit dem Bevollmächtigten, einem Familienangehörigen oder einer der Familie dienenden erwachsenen Person. Ist eine solche Person zur Übernahme der Gegenstände nicht vor Ort, ist er gem. § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO verpflichtet, die Sachen in ein Pfandlokal oder anderweitig in Verwahrung bringen. Da der Gerichtsvollzieher den gesamten Hausrat überwiegend nicht selbst verpacken, transportieren und einlagern kann, beauftragt er hierzu regelmäßig ein privates Fuhr⁸⁰- und Verwahrunternehmen. Bei diesen Verträgen handelt es sich nicht um öffentlichrechtliche, sondern um privatrechtliche Werk- oder Verwahrverträge nach § 631 BGB bzw. § 688 BGB⁸¹. Die hierdurch anfallenden Transport- und Lagerkosten stellen den größten Teil des vom Gläubiger zu entrichtenden Kostenvorschusses dar und bilden den Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit. Zwar hat der Gerichtsvollzieher die Vollstreckungskosten so gering wie möglich zu halten und darauf zu achten, dass er nur die marktüblichen Preise berechnet⁸², §§ 104 Abs. 1, 140 Nr. 1 GVGA. Allerdings existieren keine Gebührentabellen oder sonstige Vorschriften. Daher bestimmt der Gerichtsvollzieher das Unternehmen selbst und handelt jeweils ein entsprechendes Honorar aus⁸³, bei marktüblichen

⁷⁹ *VGH Baden-Württemberg*, NJW 1997, 1798.

⁸⁰ Zum Begriff des Fuhrunternehmers: Der Unternehmer, der den Transport der Gegenstände durchführt, ist entgegen der häufig gebräuchlichen Bezeichnung kein Spediteur, Spediteur ist i.S.d. §§ 453 Abs. 1, 454 Abs. 1 HGB derjenige, welcher den Transport organisiert, aber nicht selbst durchführt; jedoch den Begriff des Speditors benutzend: *Hüermann*, WuM 2004, 135 (136); *Riecke*, *Hamburger GE* 1998, 216 (217).

⁸¹ *BGH*, NJW 1984, 1759 f; *Grüßemeyer*, *NZM* 2007, 310 (314); *Nies*, S. 236 f Rn. 139.

⁸² *LG Stuttgart*, *DGvZ* 1990, 172 (173); *Nies*, *MDR* 1999, 1113 (1123).

⁸³ *Horst*, *MDR* 2006, 249.

Preisen braucht er noch nicht einmal ein Vergleichsangebot einzuholen, er wählt ein ihm als zuverlässig bekanntes Unternehmen aus⁸⁴.

Während unumstritten ist, dass der Gerichtsvollzieher bei Abschluss des Fuhr- und Verwahrvertrags weder den Vollstreckungsgläubiger noch den Vollstreckungsschuldner vertritt⁸⁵, herrschte lange Zeit Streit, ob der Gerichtsvollzieher die Verträge mit einem privaten Unternehmen im eigenen Namen oder in Vertretung des Dienstherrn abschließt⁸⁶. Das *RG* und die überwiegende Ansicht in der Literatur gingen zunächst von einem Abschluss im eigenen Namen aus. Im Jahre 1983 entschied der *BGH* allerdings für den damals vorliegenden Einzelfall, dass der Gerichtsvollzieher den Auftrag in Vertretung des Justizfiskus abschließen⁸⁷. Schließlich setzte er dem Streit ein Ende, indem er im Jahre 1999 feststellte, dass in den Fällen, in denen es an einer anderweitigen Regelung fehlt und der Gerichtsvollzieher, der nicht ausdrücklich in eigenem Namen handelt, den Vertrag als Bevollmächtigter des Landes, als dessen Bediensteter er die hoheitliche Aufgabe der Vollstreckung ausführe, abschließt⁸⁸. Da der Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung hoheitliche Aufgaben des Staates wahrnehme, sei es ungewöhnlich, wenn er nicht im Namen desjenigen Landes handle, dessen Aufgabe er wahrnimmt. Die Bevollmächtigung erfolge unmittelbar aus § 885 Abs. 3 ZPO. Da auch ein Polizeibeamter bei der Beauftragung eines Abschleppunternehmers selbstverständlich im Namen seiner Anstellungskörperschaft handle, könne für den Gerichtsvollzieher nichts anderes gelten. Auch die überwiegende Ansicht in der Literatur ist der Entscheidung gefolgt⁸⁹.

4. Art und Umfang der Verwahrung

Der Gerichtsvollzieher kann die Verwahrung der Gegenstände gem. § 885 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 und 2 ZPO auf zwei verschiedene Arten durchführen. Er kann die wegzuschaffenden Sachen einmal in eine Pfandkammer bringen lassen (Erste Alternative). Hierunter ist der von der Vollstreckungsbehörde gem. § 268 Nr. 1 GVGA zur Verfügung gestellte oder der gem.

⁸⁴ B/L/A/H/Hartmann, § 885 Rn. 27.

⁸⁵ RGZ 102, 77 (79); Berger, JZ 2000, 361 (362); Gilleßen/Polzius, DGVZ 2001, 5.

⁸⁶ Für einen Abschluss im eigenen Namen noch: RGZ 145, 204 (207 ff); RGZ 102, 77 (78 ff); *OLG Brandenburg*, NJW-RR 1999, 365; ebenso: Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 427 f.

⁸⁷ *BGH*, NJW 1984, 1759 f, hier war die Gläubigerin einer Arrestpfändung als Bundesland gem. § 8 GvKostG a.F. von der Zahlung der Kosten befreit und die Einlagerung des gepfändeten Holzes war mit einem erheblichen Kostenaufwand verbunden.

⁸⁸ *BGH*, NJW 1999, 2597 (2598) mit Verweis auf die entsprechend gelagerte Problematik bei der Beauftragung eines Abschleppunternehmers durch einen Polizisten: *BGH*, NJW 1978, 2502 f; *OLG Köln*, DGVZ 1994, 171.

⁸⁹ Berger, JZ 2000, 361 (362 f), der jedoch Bedenken äußert, dass der *BGH* die Bevollmächtigung des Gerichtsvollziehers als Landesbeamter unmittelbar aus einer bundesrechtlichen Norm herleitet; Gilleßen/Polzius, DGVZ 2001, 5 (6); MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 42; Musielak/Lackmann, § 885 Rn. 15.

§ 268 Nr. 2 GVGA eigene, auf Kosten des Gerichtsvollziehers, gehaltene Raum zu verstecken⁹⁰. Für gewöhnlich nimmt er jedoch die anderweitige Verwahrung vor (Zweite Alternative), indem er entweder einen privaten und fachkundigen Verwahrer mit der Lagerung der Gegenstände beauftragt⁹¹ oder die Gegenstände zur Verwahrung in den Räumlichkeiten des Vollstreckungsgläubigers belässt (*Frankfurter Modell*). Auch diese Methode wird im zweiten Teil vorgestellt⁹².

Der Gerichtsvollzieher muss aber nicht alle aus der Wohnung entfernten Gegenstände gem. § 885 Abs. 3 ZPO verwahren. Die Verwahrungspflicht richtet sich nach der Art des Gegenstandes: Nicht eingelagert werden Müll, Gerümpel und Unrat⁹³ sowie Sachen, die andere in ihrem Wert beeinträchtigen können (Befall mit Ungeziefer)⁹⁴ oder aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht einlagerungsfähig sind (Zerstörung durch Transport). Diese sind aus Kostengründen sofort der Müllverbrennung zuzuführen⁹⁵. Gleiches gilt auch für wertlose und beschädigte Sachen, wenn feststeht, dass der Schuldner sie nicht mehr behalten möchte⁹⁶. Die übrigen, pfändbaren und unpfändbaren, verwertbaren und unverwertbaren Sachen werden eingelagert. Unverwertbares Räumungsgut grenzt der Gerichtsvollzieher von wertlosen Müll und Gerümpel ab, indem er darauf abstellt, ob die Sache für den Schuldner noch einen individuellen Gebrauchswert hat, wobei der objektive Versteigerungswert unbeachtlich ist⁹⁷. So haben stark abgenutzte, aber noch brauchbare Möbel, getragene Kleidung und persönliche Erinnerungsstücke einen subjektiven Wert⁹⁸. Hat der Gerichtsvollzieher Zweifel bei der Beurteilung, muss er die Sache einlagern⁹⁹. So entstehen u.U. Lagerkosten für Sachen, die später wegen ihrer objektiven Wertlosigkeit mangels Abforderung vernichtet werden, § 885 Abs. 4 ZPO¹⁰⁰. Auf Verlangen des Schuldners hat der Gerichtsvollzieher zu jeder Zeit die unpfändbaren Sachen und solche, bei denen kein Verwertungserlös zu erwarten ist (unverwertbare Sachen), herauszugeben¹⁰¹, § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO. Hierdurch soll erreicht werden, dass das wirtschaftlich nicht verwertbare Räumungsgut tatsächlich abgefordert wird, die Pfandkammern entlastet und weitere Kosten vermieden werden können¹⁰². Daher kann der Gerichtsvollzieher dem Heraus-

⁹⁰ S. auch *BGH*, NJW 1999, 2597.

⁹¹ MünchKomm-ZPO/*Gruber*, § 885 Rn. 42; *Schuschke/Walker/Walker*, § 885 Rn. 24.

⁹² S. Teil 2. B.

⁹³ *B/L/A/H/Hartmann*, § 885 Rn. 28; *Schuschke*, NZM 2005, 681 (682).

⁹⁴ *Nies*, MDR 1999, 1113 (1122).

⁹⁵ *OLG Zweibrücken*, DGVZ 1998, 8 (9); *AG Berlin-Neukölln*, DGVZ 1980, 42 (43); *AG Bielfeld*, DGVZ 1974, 142.

⁹⁶ *Stein/Jonas/Brehm*, § 885 Rn. 34.

⁹⁷ *Nies*, MDR 1999, 1113 (1122); *Schuschke*, NZM 2005, 681 (682).

⁹⁸ *Schuschke*, NZM 2005, 681 (682).

⁹⁹ *Gilleßen*, DGVZ 2006, 185 (190).

¹⁰⁰ *Nies*, MDR 1999, 1113 (1122); *Schuschke*, NZM 2005, 681 (682).

¹⁰¹ *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 22.

¹⁰² *Schuschke/Walker/Walker*, § 885 Rn. 30.

gabeanspruch aus § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO keine Kostenforderungen oder Zurückbehaltungsrechte entgegen halten¹⁰³. Verlangt der Schuldner jedoch die Herausgabe der werthaltigen, also der verwertbaren und pfändbaren Sachen gem. §§ 885 Abs. 4 S. 1 ZPO, 180 Nr. 5 Abs. 3 S. 1 GVGA¹⁰⁴, hält der Gerichtsvollzieher ihm in diesem Fall wegen der angefallenen Transport- und Lagerkosten ein Zurückhaltungsrecht gem. §§ 273, 693; 677, 683 oder 1000 S. 1, 994 Abs. 1 BGB entgegen. Der Justizfiskus hat ein wirtschaftliches und rechtspolitisches Interesse daran, dass der Vollstreckungsschuldner die von ihm verursachten Kosten begleicht.

IV. Verwertung

Fordert der Schuldner die verwahrten Gegenstände nicht innerhalb von zwei Monaten ab oder begleicht er die aufgelaufenen Kosten nicht, wird das schuldnerische Eigentum entweder verwertet oder vernichtet, § 885 Abs. 4 ZPO. Verwertbare Sachen veräußert der Gerichtsvollzieher grundsätzlich im Wege des freihändigen Verkaufs¹⁰⁵, § 180 Nr. 5 Abs. 4 S. 1 und 2 GVGA, §§ 383 ff BGB. Da es sich bei der Verwertung nicht um eine Sachpfändung handelt, finden die Pfändungsschutzvorschriften¹⁰⁶ hier keine Anwendung¹⁰⁷, so dass auch die unpfändbaren Sachen verkauft werden, § 180 Nr. 5 Abs. 4 S. 2 GVGA. Unverwertbare Sachen vernichtet der Gerichtsvollzieher gem. § 885 Abs. 4 S. 2 ZPO. Soweit nach dem Abzug der angefallenen Kosten von Räumung, Verwahrung und Verkauf einmal ein Erlös zurückbleiben sollte, hinterlegt der Gerichtsvollzieher diesen zugunsten des Schuldners, §§ 885 Abs. 4 S. 1 ZPO, 180 Nr. 5 Abs. 5 GVGA. Letzterer hat sodann einen Anspruch auf Herausgabe des Erlöses gegen die Hinterlegungsstelle gem. §§ 12 ff HintO.

¹⁰³ MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 38.

¹⁰⁴ Es ist umstritten, ob das Zurückbehaltungsrecht auch dann besteht, wenn der Gläubiger den Kostenvorschuss bereits geleistet hat, bejahend: *KG Berlin*, MDR 1975, 235; *AG Bonn*, DGVZ 1984, 14 f; MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 57; *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 23; verneinend: *LG Berlin*, DGVZ 1974, 156 (157); *Stein/Jonas/Brehm*, § 885 Rn. 40.

¹⁰⁵ MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 46; *Gilleßen*, DGVZ 2006, 185 (194).

¹⁰⁶ Z.B. §§ 803 Abs. 2, 811, 812, 813a, 816, 817a, 765a ZPO.

¹⁰⁷ MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 46; eingeschränkt: *Stein/Jonas/Brehm*, § 885 Rn. 42.

C. Kosten

I. Die Kostenschuldner und der Kostenerstattungsanspruch

Um den Schuldner der Zwangsvollstreckungskosten zu ermitteln, sind zwei Rechtsverhältnisse zu unterscheiden. Gegenüber der Staatskasse¹⁰⁸, also dem Justizfiskus, haften der Vollstreckungsschuldner und der Vollstreckungsgläubiger als Gesamtschuldner, § 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 GvKostG. Im Verhältnis der Vollstreckungsparteien ist der Vollstreckungsschuldner gem. § 788 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ZPO der Anspruchsgegner für die Erstattung aller i.S.d. § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO notwendigen Zwangsvollstreckungskosten. Er hat die Kosten durch Nichterfüllung des titulierten Anspruchs verursacht¹⁰⁹.

Da der Gerichtsvollzieher das für die Herausgabevollstreckung zuständige Vollstreckungsorgan ist, treibt er den Kostenerstattungsanspruch des Gläubigers gem. § 788 Abs. 1 S. 1 ZPO zugleich mit dem Herausgabeanspruch bei. Da die Beitreibung gem. § 109 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GVGA, §§ 803 ff ZPO im Wege der Sachpfändung erfolgt¹¹⁰, sind die Pfändungsschutzvorschriften nach §§ 811 ff ZPO zu beachten. Auf Antrag kann der Gläubiger die Kosten auch in einem Kostenfestsetzungsverfahren feststellen und gesondert vollstrecken lassen, § 788 Abs. 2 S. 1 ZPO. In diesem Fall kann der Gläubiger den nach der Verwertung entstandenen Anspruch des Schuldners auf Auszahlung des Hinterlegungsbetrages gegen die Hinterlegungsstelle gem. §§ 788 Abs. 2 S. 1, 794 Abs. 1 Nr. 2, 829 ZPO pfänden lassen¹¹¹. Da der Erlös nur Surrogat der verwerteten Sachen ist, finden die Schuldnerschutzvorschriften hier keine Anwendung¹¹². Eine anderweitige gerichtliche Geltendmachung des Kostenerstattungserlöses ist nicht möglich, weil das Kostenfestsetzungsverfahren der speziellere Rechtsweg ist¹¹³. Aus Sicht des Gläubigers ist die Kostenerstattung allerdings nur graue Theorie¹¹⁴. Nur in einem von 1.000 Räumungsfällen können die Räumungskosten i.R.e. durchgeführten Versteigerung der Gegenstände realisiert werden¹¹⁵. In der Realität sind die vorgestreckten Räumungskosten also unwiederbringlich¹¹⁶, so dass sich der Vermögensschaden des Gläubigers noch zusätzlich erhöht¹¹⁷.

¹⁰⁸ Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Kessel, § 1 Rn. 3 (GvKostG).

¹⁰⁹ MünchKomm-ZPO/Schmidt, § 788 Rn. 1.

¹¹⁰ MünchKomm-ZPO/Schmidt, § 788 Rn. 28.

¹¹¹ MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 47.

¹¹² MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 47; eingeschränkt: Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rn. 45.

¹¹³ Thomas/Putzo/Hüßtege, Vorbem. § 91 Rn. 8.

¹¹⁴ Horst, MDR 2006, 249 (252); Nies, MDR 1999, 1113 (1125).

¹¹⁵ Körner, ZMR 2006, 201 (202).

¹¹⁶ Verstege, Hamburger GE 2006, 92.

¹¹⁷ Horst, MDR 2006, 249 (252).

II. Kosten bei Durchführung der Räumung

Die Zwangsvollstreckungskosten umfassen alle Aufwendungen, die der Gerichtsvollzieher tätigen muss, um die vom Schuldner nach dem Inhalt des Titels geschuldete Leistung zu erzwingen¹¹⁸. Diese setzen sich aus den Gerichtsvollzieher-, Schlosser- und Transportkosten, sowie Einlagerungs-,¹¹⁹ Verkaufs-, und Vernichtungskosten zusammen¹²⁰. Durchschnittlich betragen sie zwischen 2.000 und 6.000 Euro, wobei auch Kosten i.H.v. 10.000 Euro¹²¹ noch nicht als ungewöhnlich hoch zu bewerten sind. Die Höhe dieser im Vergleich zu anderen Vollstreckungsarten exorbitanten Kosten ist mit der Inanspruchnahme des Fuhr- bzw. Verwahrunternehmens zu erklären. Auch die Tatsache, dass der Gerichtsvollzieher i.R.d. klassischen Räumung das zukünftige Auftragsvolumen nur nach der Anzahl der Räume und nicht, wie bei dem *Hamburger Modell*, nach dem später festgestellten und tatsächlichen Bedarf bestimmen kann¹²², trägt nicht zu einer Kosten sparenden Räumung bei. Die Gerichtsvollzieherkosten betragen gem. § 9 GvKostG i.V.m. der Anlage zu § 9 GvKostG durchschnittlich ungefähr 120 Euro: Sieben Euro fünfzig für die Zustellung der Schuldnerbenachrichtigung (GV KV 100), 75 Euro für die Besitzaus- und Einweisung (GV KV 240), 15 Euro im Falle eines notwendigen Zeitzuschlags (GV KV 500), zehn Euro Wegegeld (GV KV 711), zehn Euro Pauschale für sonstige Auslagen (GV KV 713) und ca. fünf Euro für die Herstellung und Überlassung von Dokumenten (GV KV 700). Dies gilt auch dann, wenn der Räumungsschuldner die Wohnung freiwillig herausgibt¹²³. Die Beauftragung eines Schlossers (GV KV 704) kann bis zu 300 Euro kosten¹²⁴, die Aufwendungen für die Müllentsorgung belaufen sich auf ca. 13,30 Euro pro 100 Kg und die der monatlichen Lagerkosten auf ca. acht Euro pro Quadratmeter¹²⁵. Mehrkosten, die dadurch entstehen, dass das Räumungsgut statt in einen Lagerraum direkt in die neue Wohnung des Schuldners verbracht wird, gehen nicht zu Lasten des Gläubigers¹²⁶. Bei Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts fallen zusätzlich eine Verfahrens- und eine Termingebühr (VV 3309, 3310: 0,3 Gebühr), nicht aber Gerichtsgebühren an¹²⁷.

¹¹⁸ MünchKomm-ZPO/Schmidt, § 788 Rn. 12.

¹¹⁹ MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 57; Nies, MDR 1999, 1113 (1124); Zöllner/Stöber, § 885 Rn. 30.

¹²⁰ Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rn. 36; Schuschke/Walker/Walker, § 885 Rn. 27.

¹²¹ BGH, NJW-RR 2009, 1384: 4.000 Euro; BGH, NJW 2006, 848: 3.000 Euro; AG Bremen, BeckRS 2009, 20733: 1.800 Euro; AG Saarbrücken, DGVZ 2008, 174: 1.800 Euro; AG Frankfurt a.M., NZM 2004, 359: 6.000 Euro; Körner, ZMR 2006, 201 (202): 10.000 Euro.

¹²² Körner, ZMR 2006, 201 (202).

¹²³ Nies, MDR 1999, 1113 (1124).

¹²⁴ Riecke, NZM 2006, 919.

¹²⁵ Riecke, DGVZ 2005, 81 (86).

¹²⁶ Nies, MDR 1999, 1113 (1124 f).

¹²⁷ Zöllner/Stöber, § 885 Rn. 38.

Die Höhe der maßgeblichen Kosten der Räumungsarbeiten (GV KV 707) hängt von der Anzahl der eingesetzten Helfer, der Hilfsmittel sowie der benötigten Räumungszeit ab. Nach mündlicher Auskunft mehrerer Gerichtsvollzieher werden bei einer gewöhnlichen Räumung neben einem Transportwagen durchschnittlich sechs Räumungshelfer benötigt. Die Räumungszeit, welche abhängig vom Zustand der Wohnung und der Anzahl der Zimmer ist, liegt regelmäßig zwischen sechs und zehn Stunden. Die stündlichen Kosten für einen Räumungshelfer liegen bei ca. 25 Euro zuzüglich 19 Prozent Mehrwertsteuer (= 29,75 Euro), der stündliche Preis eines Transportwagens bei ca. 30 Euro¹²⁸. Bei einer sechsstündigen Räumung mit sechs Räumungshelfern (= 1071 Euro) und einem LKW (= 180 Euro) fallen bereits 1.251 Euro Kosten allein für die Inanspruchnahme eines Fuhrunternehmens an, welche häufig über 90 Prozent der Räumungskosten insgesamt darstellen¹²⁹. Ohne die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts belaufen sich die Vollstreckungskosten somit auf insgesamt wenigstens 1.700 Euro. Ein Räumungsverfahren ohne die Beauftragung eines Fuhrunternehmers (*Frankfurter* oder *Berliner Modell*) kostet dagegen durchschnittlich nur 400 bis 500 Euro¹³⁰.

III. Kosten bei Nichtdurchführung der Räumung

Wird die Räumung nicht vollzogen, hat der Gläubiger mittelbar auch für alle Kosten aufzukommen, die auch bei einer störungsfrei durchgeführten Räumungsvollstreckung entstanden wären¹³¹, da der Gerichtsvollzieher die von ihm i.R.d. Vorschusses geleisteten Zahlungen wegen der angefallenen Kosten im Regelfall einbehalten wird¹³².

Die konkret anfallenden Gerichtsvollzieherkosten von insgesamt 47,50 Euro gem. § 9 GvKostG i.V.m. der Anlage zu § 9 GvKostG berechnen sich wie folgt: sieben Euro fünfzig für die Schuldnerbenachrichtigung (GV KV 100), 25 Euro für die nicht erledigte Amtshandlung (GV KV 602), fünf Euro für die Herstellung und Überlassung von Dokumenten (GV KV 700) und zehn Euro für sonstige Auslagen (GV KV 713), die Kosten für den Zeitzuschlag und das Wegegeld entfallen ganz. Darüber hinaus entstehen zumeist auch Schlosserkosten¹³³ und zumindest teilweise (Ausfall-) Kosten für die vorsorgliche Bereitstellung von Transportmitteln und Arbeitskräften¹³⁴. Die Höhe der dann geltend gemachten Kosten hängt davon ab, zu welchem Zeitpunkt die Räumung abgesagt wurde. Es ist zu unterscheiden, ob die Räumung

¹²⁸ Riecke, DGVZ 2005, 81 (86); <http://www.ok-umzug.de/price.php> (abrufbar am 05.11.2010 um 10.11 h).

¹²⁹ LG Frankfurt a.M., DGVZ 1972, 136 (138).

¹³⁰ BGH, NJW-RR 2009, 1384 (1384 f); BGH, NJW 2006, 848 f; Riecke, NZM 2006, 919.

¹³¹ Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (166); Nies, MDR 1999, 1113 (1123 f).

¹³² Nies, MDR 1999, 1113 (1123).

¹³³ Nies, MDR 1999, 1113 (1123).

¹³⁴ AG Flensburg, DGVZ 2005, 130 (131); Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rn. 36.

noch vor dem Tag der Durchführung oder aber erst am Tag der Durchführung vor Ort eingestellt wird.

1. Einstellung vor dem Räumungstermin

Stellt der Gerichtsvollzieher die Räumung noch vor dem anberaumten Tag ein, etwa weil der Schuldner erfolgreich Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO eingelegt oder der Gläubiger den Auftrag wirksam zurückgenommen hat¹³⁵, kommt der Gläubiger mit seiner Vorschusszahlung zum einen für die tatsächlich angefallenen Kosten und zum anderen für die Bereitstellungskosten mittelbar auf¹³⁶. Neben den tatsächlichen Gerichtsvollzieherkosten i.H.v. 47,50 Euro wird der Vorschuss ebenfalls für die vom Fuhrunternehmer gegenüber dem jeweiligen Landesjustizfiskus gem. § 649 S. 1 BGB verlangte Vergütung verbraucht. Zwar muss der Unternehmer sich sowohl die infolge der Kündigung ersparten Aufwendungen als auch anderweitig erworbene oder böswillig unterlassene Verwendungen seiner Arbeitskraft anrechnen lassen, § 649 S. 2 BGB. Bei einer Kündigung vor dem Tag der Räumung können die vom Fuhrunternehmer erhobenen Bereitstellungskosten dennoch zwischen ca. 50 Euro und 700 Euro betragen¹³⁷. Selbiges gilt für die Verwendung des Kostenvorschusses zur Begleichung der etwaigen Ausfallkosten des Verwahrers.

2. Einstellung vor Ort

Stellt der Gerichtsvollzieher die Räumung erst vor Ort ein, weil z.B. der Vollstreckungsschuldner die Wohnung an einen Dritten untervermietet hat und es somit an einem notwendigen Titel fehlt¹³⁸, oder weil die Identität des Schuldners nicht festgestellt werden kann, fallen neben den 47,50 Euro Gerichtsvollzieherkosten nicht nur das Wegegeld i.H.v. 10 Euro an (GV KV 711). Die regelmäßig durch den Vollstreckungskostenvorschuss beglichenen Ausfallkosten des Fuhrunternehmers und des Verwahrers können sich bei einer Einstellung vor Ort sogar auf dieselbe Höhe wie die Vollstreckungskosten belaufen, die bei Durchführung der Räumung entstanden wären¹³⁹ (durchschnittlich 1.250 Euro Transport und wenigstens 30 Euro

¹³⁵ *LG Augsburg*, DGVZ 2009, 117 f; hier hatte der Gläubiger jedoch nicht für die Bereitstellungskosten aufzukommen, da er die Auftragsrücknahme dem Gerichtsvollzieher rechtzeitig mitteilte.

¹³⁶ *LG Siegen*, DGVZ 1994, 76 f; *Stein/Jonas/Brehm*, § 885 Rn. 36; *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (166).

¹³⁷ *Riecke*, *Hamburger GE* 1998, 216 (217): Bereitstellungskosten zwischen 90 DM und 1320 DM.

¹³⁸ S. Teil 1. A. II.

¹³⁹ *AG Flensburg*, DGVZ 2005, 130 f; Ausfallkosten i.H.v. 9.651,20 Euro.

ro Lager- und Vernichtungskosten¹⁴⁰). Den Unternehmern wird die Erfüllung anderweitiger Aufträge so kurzfristig selten möglich sein.

IV. Zusätzliche Kosten bei Schuldnerschutzanträgen

Hat der Vollstreckungsschuldner bei dem Vollstreckungsgericht einen Vollstreckungsschutzantrag gem. § 765a Abs. 1 ZPO gestellt und ist die Entscheidung nicht vor dem Räumungstag ergangen, oder ist die vom Gerichtsvollzieher auf Antrag gem. § 765a Abs. 2 und 1 ZPO gewährte Aufschubfrist abgelaufen, führt der Gerichtsvollzieher die Räumung durch. Gewährt das angerufene Gericht dem Vollstreckungsschuldner jedoch im nachhinein den beantragten Schutz, müssen die entfernten Gegenstände wieder in die Wohnung zurückgeschafft werden¹⁴¹. Der zumeist befristeten Verfügung steht jedoch nicht entgegen, dass es nach dem Fristablauf schließlich doch zu einer endgültigen Räumung kommt¹⁴². Da der Vollstreckungsschuldner meist mittellos ist, trifft den Gläubiger hier die doppelte Kostenlast, da er neben den generell anfallenden Vollstreckungskosten auch für die Kosten der Rückschaffung der Sachen aufkommen muss¹⁴³. Diese Problematik stellt sich bei einer nachträglich befristeten Beschlagnahmeverfügung der Verwaltungsbehörde wegen drohender Obdachlosigkeit zunächst zwar auch¹⁴⁴, § 181 Nr. 4 GVGA. Allerdings hat der einmal mehr vorleistungspflichtige Gläubiger nach Abschluss der Räumung grundsätzlich einen Aufopferungsanspruch gegen die Behörde wegen der entgangenen Miete und der zusätzlichen Räumungskosten¹⁴⁵, wenn der Schuldner nach Zeitablauf nicht freiwillig auszieht¹⁴⁶. Kann der Gläubiger vor der Vollstreckung bereits absehen, dass der Schuldner wieder in den Besitz der Wohnung eingewiesen werden wird, bietet sich für ihn die Räumung nach dem *Hamburger Modell* an. Da hier die Besitzeinweisung des Gläubigers erst zwei Wochen nach der Besitzeinweisung des Schuldners erfolgt, kann der Gläubiger im Wiedereinweisungsfall des Schuldners wenigstens die doppelten Transport- und Verwahrungskosten vermeiden.

¹⁴⁰ S. auch Teil 1. C. II.

¹⁴¹ Nies, DGVZ 2000, 33.

¹⁴² Voraussetzung für die später folgende Vollstreckung ist, dass der Vollstreckungstitel noch nicht durch vollständige Durchführung der Räumung verbraucht ist: MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 25.

¹⁴³ Nies, MDR 1999, 1113 (1120).

¹⁴⁴ Nies, DGVZ 2000, 33.

¹⁴⁵ Dieser Anspruch ergibt sich z.B. aus Art. 70 Abs. 1 BayPAG und § 39 Abs. 1 OBG NW.

¹⁴⁶ Z.B.: BGH, NJW 1995, 2918 ff; Nies, MDR 1999, 1113 (1118); Volkmann, JuS 2001, 888 (892 ff).

D. Haftung

Um in den folgenden Teilen das für den Vollstreckungsgläubiger geeignetste Modell bestimmen zu können, muss zunächst der Haftungsgegner i.R.d. klassischen Vollstreckung bestimmt werden. Denn nicht nur die Kostenlast, sondern auch das Haftungsrisiko ist bei der Wahl eines Vollstreckungsmodells für den Gläubiger von entscheidender Bedeutung. Daher stellt sich die Frage, wer dem Vollstreckungsschuldner den bei Durchführung der klassischen Räumung entstandenen Schaden zu ersetzen hat. In Betracht kommen der Gerichtsvollzieher als vollstreckendes Organ, das Transport- oder Verwahrungsunternehmen, sowie der Gläubiger als Auftraggeber der Zwangsvollstreckungsmaßnahme.

I. Fehlverhalten des Gerichtsvollziehers

Verursacht der Gerichtsvollzieher während der Räumung selbst einen Schaden an den Gegenständen des Schuldners, ist zu beachten, dass die Räumungsvollstreckung eine Maßnahme des öffentlichen Rechts¹⁴⁷ zur zwangsweisen Befriedigung des Gläubigers darstellt¹⁴⁸. Der Gerichtsvollzieher ist Amtsträger¹⁴⁹ und hat gem. § 154 GVG, § 1 GVO gegenüber dem Schuldner die Amtspflicht, die Vollstreckung für seine Dienstherrin, die jeweilige Landesjustizverwaltung¹⁵⁰, durchzuführen¹⁵¹ und die in der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA) normierten Pflichten einzuhalten. Verletzt er seine Amtspflicht und verursacht vorsätzlich oder fahrlässig einen Schaden, z.B. durch ungenügende Sicherstellung der vorgefundenen Sachen¹⁵², muss die Landesjustizverwaltung als Trägerin der Vollstreckungsgewalt und Anstellungsbehörde des Gerichtsvollziehers dem Schuldner den entstandenen Schaden ersetzen, § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG¹⁵³. Diese kann wiederum den Gerichtsvollzieher gem. Art. 34 S. 2 GG in Regress nehmen, soweit dieser vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Der Amtshaftungsanspruch des Schuldners ist jedoch gem. § 839 S. 2 BGB subsidiär, wenn der Gerichtsvollzieher lediglich fahrlässig gehandelt hat und ein Anspruch gegenüber dem Privatunternehmer besteht. Eine Inanspruchnahme des Vollstreckungsgläubigers ist jedoch zu jeder Zeit ausgeschlossen. Dem Gläubiger kann auch nicht ein Verschulden des Gerichtsvollziehers gem. § 278 S. 1 BGB zugerechnet werden, da der Gerichtsvollzieher al-

¹⁴⁷ BGH, NJW-RR 2009, 658 (659); *Grüßenmeyer*, NZM 2007, 310 (311).

¹⁴⁸ Stein/Jonas/Münzberg, Vor § 704 Rn. 1.

¹⁴⁹ Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 421 ff.

¹⁵⁰ *Grüßenmeyer*, NZM 2007, 310 (311); MünchKomm-ZPO/Zimmermann, § 154 Rn. 5 (GVG).

¹⁵¹ Stein/Jonas/Münzberg, Vor § 704 Rn. 16; Schuschke/Walker/Walker, Vor §§ 753-763 Rn. 1.

¹⁵² BGH, VersR 1963, 88 f.; *AG Frankfurt a.M.*, WuM 1983, 87; Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 426.

¹⁵³ BGH, NJW-RR 2009, 658 (659).

lein als staatliches Organ der Gerichtsverfassung und nicht als privatrechtlicher Vertreter des Gläubigers tätig ist¹⁵⁴. Aus diesem Grund scheidet auch die Haftung für eigenes Verschulden gem. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB¹⁵⁵.

II. Fehlverhalten des privaten Dritten

Verursacht jedoch ein privater Dritter während der gem. § 885 ZPO durchgeführten Räumung schuldhaft einen Schaden an den Gegenständen, ist nicht ohne weiteres ersichtlich, wen der Geschädigte in Anspruch zu nehmen hat. Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, ob das Handeln des Dritten als privatrechtlich oder als hoheitlich i.S.d. Art. 34 S. 1 GG zu qualifizieren ist. Einer hoheitlichen Einordnung stünde jedenfalls nicht entgegen, dass der Dritte aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages tätig geworden ist¹⁵⁶. Die öffentliche Hand soll sich der Haftung nicht dadurch entziehen können, dass sie eigene Aufgaben durch privatrechtlichen Auftrag auf private Dritte überträgt¹⁵⁷. Zur Bestimmung der Rechtsnatur stellt der *BGH* darauf ab, inwieweit dem privaten Unternehmer bei der Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe ein eigener Entscheidungsspielraum eingeräumt wird¹⁵⁸. Beeinflusst der Hoheitsträger die Tätigkeit des privaten Dritten in weitgehendem Maße, muss er die fremde Arbeit wie die eigene gegen sich gelten lassen. Je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund tritt und je enger die Verbindung zwischen der übertragenen und der eigenen zu erfüllenden Tätigkeit ist, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Unternehmer Werkzeug der öffentlichen Hand und somit „Erfüllungsgehilfe“ ist¹⁵⁹. Da sich die Durchführung der Räumungsvollstreckung nach § 885 ZPO jedoch in mehrere Einzelmaßnahmen unterteilt, ist die Rechtsnatur der unternehmerischen Tätigkeit und damit der Haftungsgegner für jede dieser Maßnahmen einzeln zu bestimmen.

¹⁵⁴ Schuschke/Walker/Walker, Vor §§ 753-763 Rn. 3.

¹⁵⁵ *BGH*, NJW-RR 2009, 658 (659).

¹⁵⁶ So der *BGH*, NJW 1993, 1258 (1259) in einem Urteil, welches sich auf die vergleichbare Frage bezog, ob der von der Polizei privatrechtlich beauftragte Abschleppunternehmer hoheitlich oder privatrechtlich tätig wird.

¹⁵⁷ *BGH*, NJW 1993, 1258 (1259); *Grüßemeyer*, NZM 2007, 310 (311); *Staudinger/Wurm*, § 839 Rn. 101.

¹⁵⁸ *BGH*, NJW 1993, 1258 (1259).

¹⁵⁹ *BGH*, NJW 1993, 1258 (1259).

1. Erfüllung hoheitlicher Aufgaben

a) Verursachte Schäden i.R.d. Maßnahmen nach § 885 Abs. 1 und 2 ZPO

Unproblematisch zu ermitteln ist der Haftungsgegner bei Schäden, die während der Maßnahmen nach § 885 Abs. 1 und 2 ZPO verursacht werden. Bei der Besitzaus- und -einweisung nach § 885 Abs. 1 ZPO handelt es sich um die vorgesehene Maßnahme der eigentlichen Herausgabeverpflichtung durch den Gerichtsvollzieher¹⁶⁰, also um den Kern der hoheitlichen Herausgabevollstreckung. Selbst wenn sich der Gerichtsvollzieher zum Vollzug der Maßnahme eines Schlossers zur Öffnung der Wohnungstür bedient, ändert dies nichts an der Hoheitlichkeit der Maßnahme¹⁶¹. Da der Schlosser unter der unmittelbaren Aufsicht des Gerichtsvollziehers steht und somit weisungsgebunden ist, übt er nach der Formel des *BGH* eindeutig eine unselbständige hoheitliche Tätigkeit aus. Sollte sich der Gerichtsvollzieher bei der Übergabe der Gegenstände oder der Zurverfügungstellung derselben gem. § 885 Abs. 2 ZPO tatsächlich der Unterstützung eines privaten Dritten bedienen, ist auch diese Tätigkeit unstrittig als hoheitlich zu definieren¹⁶². Dem Dritten steht kein eigener Entscheidungsspielraum zu, da der Gerichtsvollzieher bei diesen Maßnahmen stets anwesend ist (im Gegensatz zum *Hamburger Modell*¹⁶³) und das Handeln des Dritten überwacht. Haftungsgegner für die durch den privaten Verwaltungshelfer verursachten Schäden ist daher gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG die Anstellungskörperschaft des Gerichtsvollziehers, also die jeweilige Landesjustizverwaltung. Die Dienstherrin kann wiederum den privaten Dritten aus dem Werk- oder Verwahrvertrag in Regress nehmen.

b) Verursachte Schäden i.R.d. Maßnahmen nach § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO

Wesentlich schwieriger zu beantworten ist die Frage nach dem Haftungsgegner bei Maßnahmen nach § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO. Hier ist der Kern der Vollstreckung bereits beendet, der Gerichtsvollzieher hat die schuldnerischen Gegenstände nur noch in ein Pfandlokal zu schaffen (erste Alternative) oder anderweitig in Verwahrung zu bringen (zweite Alternative). Daher stellt sich die Frage, ob die erste Voraussetzung der Abgrenzungsformel des *BGH*, das Vorliegen einer hoheitlichen Aufgabe, überhaupt bejaht werden kann. Nur in diesem Fall ist der Grad der Einflussnahme auf den privaten Unternehmer wegen der möglichen Flucht der

¹⁶⁰ MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 23.

¹⁶¹ *Medicus*, JZ 1967, 63 (64).

¹⁶² *Grüßmeyer*, NZM 2007, 310 (311); *Schwieren*, S. 39 f.

¹⁶³ S. Teil 2. A. und Teil 3. A.

Justizverwaltung in das Privatrecht überhaupt von Bedeutung. Ob es sich bei den Maßnahmen nach § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO jedoch noch um solche hoheitlicher Natur handelt, ist umstritten.

aa) Abgrenzung nach dem Wortlaut des § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO

Die Rechtsprechung und auch einige Stimmen in der Literatur stellen zur Abgrenzung der hoheitlichen von der privatrechtlichen Handlung allein auf den Wortlaut der beiden Alternativen des § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO ab. Gehe der Gerichtsvollzieher nach § 885 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 ZPO vor, sei die staatliche Maßnahme erst mit der Übergabe in das Pfandlokal beendet, da der Gerichtsvollzieher die Sachen nach dem Wortlaut selbst dorthin zu schaffen habe¹⁶⁴. Nach dieser Ansicht ist der Transport und die Übergabe der Sachen noch den hoheitlichen Amtspflichten des Gerichtsvollziehers und somit dem Staat zuzurechnen. Für Schäden, die an den schuldnerischen Gegenständen während der Einlagerung in der behördlichen Kammer entstehen, hafte allein der Staat, ohne Zurechnung des Handelns des Gerichtsvollziehers¹⁶⁵. Demgegenüber sei im Falle der anderweitigen Verwahrung die hoheitliche Maßnahme des Gerichtsvollziehers bereits mit der Übergabe des Räumungsguts an den Fuhrunternehmer beendet¹⁶⁶. Der Dritte handle in Erfüllung des mit dem Staat geschlossenen, privatrechtlichen Transport- oder Lagervertrags und könne nicht als Verwaltungshelfer qualifiziert werden¹⁶⁷. Für einen Amtshaftungsanspruch sei daher kein Raum, da die Handlung ausschließlich privatrechtlicher Natur sei.

bb) Differenzierung nach der Art des Schadens

Die von *Grüßemeyer* vorgenommene, deutlich differenziertere Abgrenzung führt zu einer im Vergleich zur vorherigen Ansicht erweiterten hoheitlichen Maßnahme und somit zu einer umfangreicheren Amtshaftungspflicht¹⁶⁸. *Grüßemeyer* vertritt die Ansicht, dass den Gerichtsvollzieher nicht nur die Pflicht träfe, das Räumungsgut in Verwahrung zu bringen¹⁶⁹, sondern darüber hinaus dieses auch hoheitlich in Verwahrung zu nehmen. Diese hoheitlichen Aufgaben seien auf die weiterreichenden Amtspflichten des Gerichtsvollziehers aus § 885 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 ZPO, § 180 Nr. 5 Abs. 1 S. 2 und Abs. 5 GVGA zurückzuführen, wel-

¹⁶⁴ *OLG Köln*, DGVZ 1994, 171 (172); *LG Berlin*, DGVZ 1997, 168 f; *AG Mönchengladbach*, NVwZ-RR 2003, 405; *Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul*, S. 428; *Schwieren*, S. 40 f.

¹⁶⁵ *Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul*, S. 428.

¹⁶⁶ *LG Berlin*, DGVZ 1997, 168 f; *Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul*, S. 428 f.

¹⁶⁷ *OLG Köln*, DGVZ 1994, 171 (172); *Schwieren*, S. 40 f.

¹⁶⁸ *Grüßemeyer*, NZM 2007, 310 ff.

¹⁶⁹ *Grüßemeyer*, NZM 2007, 310 (312).

che erst mit der Verwertung oder Vernichtung der Gegenstände beendet seien. Daher sei der Gerichtsvollzieher auch nach Abschluss der Vollstreckung im engeren Sinne (Besitzeinweisung des Gläubigers) zu jeder Zeit verpflichtet, dem Schuldner die unverwertbaren Sachen herauszugeben und die anderen Sachen nach Ablauf von zwei Monaten zu verwerten oder zu vernichten. Allerdings nimmt *Grüßmeyer* eine weitergehende Differenzierung nach der Art des Schadens vor, so dass seiner Ansicht nach im Einzelfall doch ein privatrechtliches Handeln angenommen werden muss. Zwar ergebe sich für Transportschäden die Hoheitlichkeit der Maßnahme aus der Anlehnung an den Begriff der Bringschuld¹⁷⁰. Auch könne die öffentliche Ordnung nicht dadurch gefährdet werden, dass das Räumungsgut unkontrolliert auf der Straße verbleibe¹⁷¹. Jedoch sei zwischen einem Transportschaden aufgrund mangelhafter Verpackung, einem solchen aufgrund eines Verkehrsunfalls oder einem Schaden aufgrund eines Lagerungsdefizits zu unterscheiden.

Während ein Transportschaden aufgrund mangelhafter Verpackung oder Zerlegung noch der Räumung im engeren Sinne zuzuordnen sei, also in nahem Zusammenhang mit dem primären hoheitlichen Eingriff stehe, stelle der durch einen Verkehrsunfall verursachte Schaden die Realisierung allgemeinen Risikos dar, welches allein durch den beauftragten Privatunternehmer beherrschbar sei. Demgegenüber müsse im Bereich der Lagerhaftung zur Unterscheidung auf die vom Gerichtsvollzieher zu bestimmende Art des Räumungsgutes abgestellt werden¹⁷². Durch die Zuordnung entscheide dieser, inwieweit die Verantwortung der öffentlichen Hand bestehen bleibt. Wenn er die Gegenstände als pfänd- oder verwertbar deklariere, stünde ihm wegen der Einlagerungskosten ein Zurückbehaltungsrecht an den Sachen zu, § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO¹⁷³. Dann sei die Lagerung eigennützig und somit hoheitlich, da sie im Interesse der Beitreibung der Vollstreckungskosten vorgenommen werde. Lügen allein unpfänd- oder unverwertbare Sachen vor, sei die Lagerung ausschließlich im Interesse des Schuldners und eine hoheitliche Maßnahme somit auszuschließen. In diesem Fall könne nur der private Unternehmer für Schäden in Anspruch genommen werden.

cc) Stellungnahme

Zur Bestimmung des zeitlichen Umfangs der hoheitlichen Maßnahme erscheint zunächst die zuerst genannte Ansicht zu überzeugen, welche auf den Wortlaut des § 885 Abs. 3 S. 1

¹⁷⁰ *Grüßmeyer*, NZM 2007, 310 (316).

¹⁷¹ *Grüßmeyer*, NZM 2007, 310 (316).

¹⁷² S. Teil I. B. III. 4.; *Grüßmeyer*, NZM 2007, 310 (315).

¹⁷³ Auf die Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht noch besteht, wenn der Gläubiger bereits den Vorschuss geleistet hat, geht er nicht ein, s. Fn. 104.

ZPO abstellt. Hierbei handelt es sich um eine klare, praktisch leicht umsetzbare und von Handlungen Dritter unabhängige Lösung. Die Vertreter dieser Ansicht lassen jedoch vollkommen außer Acht, dass der Gerichtsvollzieher auch nach der Übergabe an den Lageristen weitere hoheitliche Pflichten zu erfüllen hat, § 885 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 ZPO, § 180 Nr. 5 Abs. 1 S. 2 GVGA¹⁷⁴. Zwar besteht die Herausgabevollstreckung aus mehreren zeitlichen Abschnitten, allerdings hat der Gesetzgeber diese als ein einheitliches Verfahren in § 885 ZPO geregelt, so dass die Abschnitte im Zusammenhang zu betrachten sind. Demgegenüber berücksichtigt *Grüßmeyer* diese Systematik in dem von ihm entwickelten Lösungsansatz. Allerdings knüpft er die Rechtsnatur der Maßnahme primär an das (unvorhersehbare) Verhalten des Fuhrunternehmers und des Gerichtsvollziehers, bzw. an Zufälle an. Daher stellt sich die Frage, ob dieser Ansatz zur Definition der hoheitlichen Maßnahme geeignet ist und den Haftungsgegner schlussendlich zuverlässig bestimmen kann.

Im Hinblick auf die Frachtführerhaftung kann dies noch bejaht werden. Nach *Grüßmeyer* haftet der Staat in allen Fällen, in denen die Schadensursache noch während der Räumung als primären hoheitlichen Eingriff gelegt wurde, nicht jedoch bei Schäden, die aufgrund eines Unfalls entstanden sind. Während die Unfallursache meist ohne Umstände festgestellt werden kann, gestaltet sich das Anknüpfen an die Zuordnungspflicht des Gerichtsvollziehers bzw. an den gegen ihn bestehenden Herausgabeanspruch im Rahmen der Lagerhaftung bereits problematisch. Die Amtspflicht nach § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO ist eine angreifbare¹⁷⁵ Einzelfallentscheidung des Gerichtsvollziehers. Wer haftet, wenn sich Schuldner und Gerichtsvollzieher um die vorgenommene Zuordnung einer Sache streiten, die Sache jedoch in der Zwischenzeit im Lager beschädigt wird? Muss der Schuldner gegen den Staat und gegen den Lagerhalter vorgehen, wenn ein Schaden sowohl an pfändbaren und verwertbaren als auch an unpfändbaren und unverwertbaren Sachen entstanden ist? Dies hätte schlechterdings zur Folge, dass der Schuldner zwei Schädiger in Anspruch nehmen müsste, obwohl der gleiche Lebenssachverhalt zu Grunde liegt. Aufgrund der unbeantworteten Fragen erscheint die von *Grüßmeyer* vertretene Ansicht, die Rechtsnatur der Maßnahme und somit den Anspruchsgegner von der Entscheidung eines Dritten abhängig zu machen, bereits schwierig durchsetzbar und prozessunökonomisch.

Bemerkenswert ist zudem, dass der *BGH* wiederholt entschieden hat, dass der Anspruch gem. § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO dann nicht bestehe, wenn der Gläubiger an dem Räumungsgut

¹⁷⁴ Nicht aber *Schwieren*, S. 40, die jedoch davon ausgeht, dass diese Pflichten keine Rückschlüsse auf die hoheitliche Natur der Verwahrung zulassen.

¹⁷⁵ *Grüßmeyer*, NZM 2007, 310 (315).

ein umfassendes Vermieterpfandrecht geltend mache¹⁷⁶. Der Anspruch sei zu verneinen, da die Sachen in diesem Fall nicht aus der Wohnung geschafft würden. Aber gerade mit den weiteren hoheitlichen Verpflichtungen nach § 885 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2 ZPO begründet *Grüßmeyer* seine Auffassung. Zwar lässt er im Falle der Geltendmachung eines umfassenden Vermieterpfandrechts die Haftung mangels hoheitlicher Pflicht konsequenterweise entfallen¹⁷⁷. Bedenklich ist die pauschale Anknüpfung an weiterreichende Pflichten aber dennoch. Während er im Rahmen von § 885 Abs. 4 S. 2 ZPO stets von einer Pflicht zur Vernichtung nicht verwertbarer Sachen ausgeht, lässt der Wortlaut („soll“) ein (intendiertes) Ermessen zu. Auch in der Literatur wird von der Möglichkeit der Vernichtung der Sachen, bzw. von einem Beurteilungsspielraum des Gerichtsvollziehers gesprochen¹⁷⁸, nicht aber von einer Pflicht.

Beachtlich ist ferner, dass die hoheitlichen Pflichten des Gerichtsvollziehers nach § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO nicht ohne weiteres mit den weiteren Pflichten nach § 885 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 ZPO gleichgestellt werden können. Der Gerichtsvollzieher ist zum einen mit der „gefährdungen“ Wegschaffung des Räumungsgutes betraut, während ihn auf der anderen Seite lediglich eine Zuordnungs-, Vernichtungs- oder Verwertbarkeitspflicht trifft. Das Abstellen auf die zuletzt genannten Pflichten erscheint in Bezug auf die Haftungserweiterung somit verfehlt, zumal eine Schadensverursachung bei diesen Pflichten kaum denkbar ist.

Daher ist im Einklang mit den Vertretern des Wortlautarguments auf die jeweilige Alternative des § 885 Abs. 3 ZPO abzustellen. Auch wegen der unbeantworteten Fragen ist der Umfang der hoheitlichen Maßnahme und somit der Staatshaftung nicht wegen der zusätzlichen hoheitlichen Pflichten § 885 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 ZPO zu erweitern, sondern allein dem Wortlaut des § 885 Abs. 3 S.1 ZPO zu entnehmen. Somit endet die Hoheitlichkeit der Maßnahme und damit die mögliche Staatshaftung nach der hier vertretenen Auffassung i.R.d. ersten Alternative mit der Übergabe der Gegenstände in das Pfandlokal, i.R.d. zweiten Alternative mit der Übergabe der Gegenstände an den Fuhrunternehmer.

2. Eigener Entscheidungsspielraum

Auf den Grad des Entscheidungsspielraums des Unternehmers kommt es daher nur in den Fällen an, in denen die Handlung hoheitlicher Natur ist, also im Falle der Maßnahmen nach § 885 Abs. 1 und 2 ZPO und, wie so eben entschieden, nach den durch den Wortlaut zeitlich

¹⁷⁶ *BGH*, NJW-RR 2009, 1384 f; *BGH*, NJW 2006, 3273 (3274); *BGH*, NJW 2006, 848 (845).

¹⁷⁷ *Grüßmeyer*, NZM 2007, 310 (322 f).

¹⁷⁸ MünchKomm-ZPO/*Gruber*, § 885 Rn. 43; *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 26; andere Ansicht: *B/L/A/H/Hartmann*, § 885 Rn. 33, der in der „Soll-Vorschrift“ eine „Muss-Vorschrift“ sieht.

begrenzten hoheitlichen Maßnahmen der Alternativen des § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO. Nur hier stellt sich die Frage, ob der Staat versucht, sich durch die Beauftragung Dritter der Staatshaftung zu entziehen. Aber selbst wenn sich der Gerichtsvollzieher i.R.d. Maßnahmen nach § 885 Abs. 1 und 2 ZPO einmal der Hilfe Dritter bedienen sollte, kann ihnen kein eigener Spielraum eingeräumt werden, da sie stets der Aufsicht des anwesenden Gerichtsvollziehers unterliegen. Nichts anderes gilt für die Fälle des § 885 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 und 2 ZPO. Auch hier hat der Gerichtsvollzieher bis zum jeweiligen Ende der hoheitlichen Maßnahme gem. § 180 Nr. 6 GVGA die Pflicht zur Kontrolle und Überwachung der Räumung. Für einen Entscheidungsspielraum des Unternehmers bleibt während dieser Zeit kein Raum. Der Unternehmer ist allein Werkzeug der öffentlichen Hand, sein Verschulden ist dem Amtsträger i.S.d. Art. 34 GG zu zurechnen. Für Schäden, die er nach Ende der hoheitlichen Maßnahme verursacht, haftet jedoch er selbst gegenüber dem Schuldner aus unerlaubter Handlung, Drittschadensliquidation und gegebenenfalls aus einem Vertrag zu Gunsten Dritter oder mit Schutzwirkung Dritter. Vertragsbeziehungen gegenüber dem Vollstreckungsschuldner bestehen nicht¹⁷⁹. Der Vollstreckungsgläubiger haftet im Rahmen der klassischen Räumungsvollstreckung daher zu keiner Zeit¹⁸⁰.

E. Dauer des Räumungsverfahrens

Kündigt der Vermieter dem Mieter wegen Zahlungsverzuges, muss er mit einer Zeitspanne von ca. eineinhalb Jahren rechnen, bis er seine Wohnung zurückerhält. Der Vermieter kann den Mietvertrag gem. § 543 Abs. 2 Nr. 3 lit. a BGB erstmals kündigen, wenn der Mieter in zwei aufeinander folgenden Monaten mit der Mietzahlung in Verzug ist. Aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung darf der Vermieter die Räumungsklage erst ein bis zwei Wochen nach der Kündigung erheben, da dem Mieter eine Ziehfrist einzuräumen ist¹⁸¹. Ungeachtet dessen vergehen zumeist weitere ein oder zwei Monate, bis der Vermieter beim zuständigen Amtsgericht seine Räumungsklage einreicht, §§ 253, 29a Abs. 1 ZPO. Bei der Terminbestimmung beachtet der Richter die Möglichkeit des Beklagten, die Kündigung durch Zahlung der rückständigen Mieten innerhalb von zwei Monaten nach Rechtshängigkeit der Klage heilen zu können, § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB. Daher beraumt der Richter gem. §§ 274 ff ZPO häufig

¹⁷⁹ S. Teil 1. B. III. 3.; *Grüßemeyer*, NZM 2007, 310 (319).

¹⁸⁰ *Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul*, S. 429 f: dieser haftet nur dann, wenn er gegen ihn beim Vollstreckungsbetrieb selbst obliegende Verhaltenspflichten verstößt.

¹⁸¹ *LG Berlin*, GE 1994, 707; *LG München II*, WuM 1989, 181; *LG Hamburg*, WuM 1975, 227; *AG Hamburg*, WuM 1986, 337.

erst nach Ablauf der Heilungsmöglichkeit im dritten Monat einen Termin zur mündlichen Verhandlung an. Erscheint der Beklagte zur mündlichen Verhandlung, möglicherweise aus Gründen der (legalen) Prozessverschleppung, nicht, ergeht gegen ihn ein Versäumnisurteil, § 331 ZPO. Gegen den daraufhin vom Beklagten eingelegten Einspruch ergeht ca. im elften Monat ein das Versäumnisurteil gem. § 343 S. 1 ZPO aufrecht erhaltendes Endurteil. Ungefähr ein Jahr nach Beginn des Zahlungsverzugs des Beklagten erhält der Kläger schließlich eine vollstreckbare Ausfertigung des (vorläufig) vollstreckbaren Titels und beauftragt den Gerichtsvollzieher mit der Räumung, vorausgesetzt er zahlt den Kostenvorschuss.

Hat das Prozessgericht dem Schuldner jedoch gem. § 721 ZPO eine zusätzliche Räumungsfrist von ein oder zwei Monaten gewährt, muss der Gerichtsvollzieher diese bei Festsetzung des Räumungstermins beachten. Zwischen der Räumung und der Mitteilung derselben müssen mindestens drei Wochen liegen, für den Fall, dass der Räumungsschuldner einen Räumungsschutzantrag stellt, §§ 765a ZPO¹⁸². Auch wenn das Vollstreckungsgericht diesen abweist, vergeht zumeist ein weiterer Monat. Ungefähr im 14. Monat kann der Gerichtsvollzieher die Wohnungsräumung schließlich durchführen. Häufig ist die Wohnung sanierungsbedürftig, so dass der Räumungsgläubiger vielleicht erst ab dem 16. Monat nach Beginn des Zahlungsverzugs die Wohnung weitervermieten kann. Der Vollstreckungsgläubiger steht dann nicht nur vor dem Verlust des Kostenvorschusses und zumeist dem der Mieteinnahmen für die Dauer von fast eineinhalb Jahren, er hat auch etwaige Sanierungskosten zu bewältigen. Somit stellt auch die Dauer des klassischen Räumungsverfahrens für den Vollstreckungsgläubiger ein zusätzliches wirtschaftliches Risiko dar.

Zu beachten ist jedoch, dass die umfassenden Mieterschutzvorschriften, welche die ohnehin schon mühsamen Kündigungs-, Räumungs- und Vollstreckungsprozesse noch verlängern, in der Praxis auch für potentielle Mieter zu einer vom Gesetzgeber ungewollt negativen Entwicklung geführt haben. Allerspätestens nach Abschluss der ersten Zwangsräumung lässt der Vermieter bei der Auswahl seines künftigen Mieters höchste Vorsicht walten. Nahezu vor jedem Vertragsabschluss müssen Mieter nunmehr eine äußerst sensible Selbstauskunft über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse ablegen, die oftmals sogar durch Vorlage des Arbeitsvertrags nachzuweisen ist. Nicht schon genug, verlangen Vermieter immer häufiger eine vom vorherigen Vermieter ausgestellte Mietschuldenfreiheitsbescheinigung. Die Brisanz und Not, welche sich aus diesen Vorkontrollen für die Mieter ergeben kann, wird durch eine Entscheidung des *BGH* aus dem Jahre 2009 verdeutlicht. Hier verklagten Mieter ihren ehemaligen Vermieter vergeblich auf Erteilung einer Mietschuldenfreiheitsbescheinigung. Auf diese

¹⁸² S. Teil I. B. II.

bestand der neue Vermieter trotz zweifacher Klageabweisung in beiden Vorinstanzen bis zuletzt¹⁸³. Ob eine solche, auf den Mieterschutzvorschriften beruhende Entwicklung noch vom Interesse des Gesetzgebers gedeckt ist, steht zu bezweifeln. Es bleibt abzuwarten, ob und wie die zukünftige Gesetzesreform diese Problematik lösen können wird.

¹⁸³ S. hierzu *BGH*, NJW 2010, 1135 ff.

Teil 2: Die alternativen Modelle der Räumungszwangsvollstreckung

Seit mehr als drei Jahrzehnten suchen Vollstreckungsgläubiger Methoden, die hohen Vollstreckungskosten zu senken¹⁸⁴. Zwar sieht der Koalitionsvertrag der 17. Legislaturperiode vor, dass „mietrechtliche Ansprüche wirksam vollstreckt werden können müssen“¹⁸⁵, eine entsprechende Gesetzesänderung ist aber noch nicht in Kraft. Daher werden in dem zweiten Teil dieser Arbeit die aufgrund des § 885 ZPO entwickelten und praktizierten Räumungsalternativen vorgestellt: das *Hamburger Modell*, das *Frankfurter Modell*, die *Teilträumung* und das *Berliner Modell*¹⁸⁶. Während die ersten beiden Modelle lediglich eine Art Unterfall der klassischen Räumungsvollstreckung darstellen, weichen die zwei zuletzt genannten Modelle in erheblichem Maße von der in § 885 ZPO normierten Verfahrensweise ab. Im Folgenden werden die vier praktizierten Modelle mit ihren Voraussetzungen dargestellt, ihre Durchführung beschrieben und auf ihre Zulässigkeit hin überprüft. Jedoch ist die Frage der Zulässigkeit des einzelnen Modells streng von der Frage zu trennen, ob der zwangsvollstreckungsrechtliche *numerus clausus*¹⁸⁷ überhaupt eine von § 885 ZPO abweichende Räumungsvollstreckung zulässt. Obwohl alle Modelle häufiger Gegenstand vollstreckungsgerichtlicher Entscheidungen waren und sind, ist bisher kein Gericht dieser Frage nachgegangen, ebenso wenig der *BGH*, der im Jahre 2005 erstmals über die Zulässigkeit des *Berliner Modells* zu entscheiden hatte¹⁸⁸. Daher soll zunächst überprüft werden, ob überhaupt eine von § 885 ZPO abweichende Herausgabevollstreckung zulässig ist.

Wie im Sachenrecht herrscht aus Gründen der Rechtssicherheit auch im Zwangsvollstreckungsrecht der *numerus clausus*¹⁸⁹. Dies bedeutet, dass der Gläubiger und das Vollstreckungsorgan nur nach den gesetzlich vorgesehenen und gesetzlich ausgeformten Vollstreckungsarten vorgehen dürfen¹⁹⁰ (Typenzwang). Es ist ihnen nicht möglich, neue Vollstreckungsarten zu schaffen oder Mischformen zu bilden (Typenfixierung). Ein Titel auf Herausgabe von Grundstücken bzw. Wohnungen kann daher nur in der in § 885 ZPO normierten Art und Weise vollstreckt werden. Im Sachenrecht sind jedoch Ausnahmen zugelassen¹⁹¹, wie

¹⁸⁴ *AG Berlin-Wedding*, DGVZ 1986, 123 ff; *Geißler*, DGVZ 1987, 65 (69 ff); *Noack*, DGVZ 1978, 161 (164).

¹⁸⁵ S. 109 f des Koalitionsvertrags der 17. Legislaturperiode zwischen der CDU, CSU und FDP.

¹⁸⁶ Die Namen der Modelle wurden durch die Entscheidungen der örtlich zuständigen Gerichte geprägt, so *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (173).

¹⁸⁷ *Gaul*, Rpfleger 1971, 1 (9).

¹⁸⁸ *BGH*, NJW 2006, 848 f.

¹⁸⁹ *Baur/Stürner/Bruns/Bruns*, S. 77 Rn. 6.63; *Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul*, S. 93.

¹⁹⁰ *Lackmann*, S. 2 Rn. 4.

¹⁹¹ *Wolf/Wellenhofer/Wellenhofer*, S. 15 Rn. 3.

z.B. das dingliche Anwartschaftsrecht oder das Treuhandeigentum, so dass für den zwangsvollstreckungsrechtlichen „*numerus clausus*“ unter Beachtung des geltenden Rechts ebenfalls Variationen des in § 885 ZPO fixierten Typus zulässig sein müssten. Dieser Ansicht folgt auch der Gesetzgeber, da er dem Gerichtsvollzieher innerhalb der Herausgabevollstreckung von Grundstücken einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumt. So hat das Vollstreckungsorgan die Wünsche des Vollstreckungsgläubigers gem. § 104 Abs. 2 GVGA zu beachten, soweit diese ohne überflüssige Kosten und Schwierigkeiten und ohne Beeinträchtigung des Zwecks der Vollstreckung umsetzbar sind. Der Gerichtsvollzieher ist z.B. nicht verpflichtet, die einzulagernden Gegenstände in einem behördlichen Pfandlokal zu verwahren, gem. § 139 Nr. 4 S. 2 GVGA wird ihm ein gewisser Entscheidungsspielraum bei der Bestimmung der Verwahrperson eingeräumt. Zudem lässt der Gesetzgeber durch die Regelung § 180 Nr. 4 S. 1 Hs. 2 GVGA eine grundsätzliche Abweichung von § 885 Abs. 2 ZPO zu. Danach entfällt die Entfernung der nicht der Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenstände vom Grundstück, wenn der Vollstreckungsgläubiger ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht an ihnen geltend macht. Innerhalb der in § 885 ZPO fixierten Räumungsvollstreckung sind daher alternative Vollstreckungsmodelle mit dem „*numerus clausus*“ vereinbar, soweit sie keinen von § 885 ZPO abweichenden Vollstreckungstyp darstellen, mit den sonstigen Gesetzen im Einklang stehen¹⁹² und den vom Gesetzgeber in § 885 Abs. 2 und 3 ZPO vorgesehenen Schuldnerschutz¹⁹³ beachten.

A. Das Hamburger Modell

Die überwiegende Zahl der in den Hamburger Amtsgerichtsbezirken tätigen Gerichtsvollzieher führen seit Ende der 90er Jahre das Hamburger Modell durch¹⁹⁴. Bei diesem Modell handelt es sich um eine Herausgabevollstreckung in zwei Schritten¹⁹⁵: Nach der Besitzausweisung des Vollstreckungsschuldners verbleiben die Gegenstände weitere zwei Wochen in den Räumen des Gläubigers, ehe der Gerichtsvollzieher die Räumung und die Besitzeinweisung durch die Schlüsselübergabe endgültig vollzieht. Dieses Vorgehen verringert die Transportkosten und vermindert das Risiko der doppelten Kostenlast¹⁹⁶. Zwar hat der Gläubiger

¹⁹² Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 423.

¹⁹³ AG Nürnberg, DGVZ 2006, 181 f; Flatow, NJW 2006, 1396 (1398); Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (177); MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 50; Dierck/Morvilius/Vollkommer/Hippler, S. 664 Rn. 137.

¹⁹⁴ Riecke, DGVZ 2005, 81 (83 f).

¹⁹⁵ MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 37.

¹⁹⁶ S. Teil 1. C. IV.

nach wie vor den nicht reduzierten Kostenvorschuss zu entrichten¹⁹⁷. Jedoch verringern sich die später anfallenden Vollstreckungskosten, da der Fuhrunternehmer den Wohnungsinhalt vor der Räumung begutachtet. So kann er die Transportkapazitäten an die Verhältnisse vor Ort anpassen und durch vorherige Organisation Zeit und somit Kosten sparende Sammeltermine durchführen. Nach mündlicher Auskunft einiger Gerichtsvollzieher nimmt der Schuldner in ca. 30 Prozent der Räumungsvollstreckungen die Räumung während der Schwebezeit doch noch selbst vor¹⁹⁸ mit der Folge, dass die Transport- und Verwahrungskosten dann gänzlich entfallen. Nach Abschluss der Räumung erhält der Gläubiger den nicht verbrauchten Kostenvorschuss vom Gerichtsvollzieher zurück.

Als einziges Räumungsmodell verfolgt die Hamburger Räumung jedoch noch ein weiteres Ziel: Die zeitliche Streckung ermöglicht ein flexibles Reagieren auf angeordnete kurzfristige Einstellungen der Zwangsvollstreckung während der Schwebezeit¹⁹⁹. So wird verhindert, dass die Wohnung zunächst auf Kosten des Gläubigers geräumt wird, um wenig später aufgrund der gerichtlichen Verfügung vom Schuldner mitsamt seiner Habe vorübergehend wieder in Besitz genommen zu werden. Da eine solche Verfügung befristet ist, erfolgt schließlich die endgültige Räumung, für die der Gläubiger ein zweites Mal aufzukommen hätte²⁰⁰. Innerhalb der Stadtgrenzen Hamburgs erfreut sich das Hamburger Modell großer Beliebtheit²⁰¹, darüber hinaus hat es sich jedoch nicht etabliert.

I. Abgrenzung zur symbolischen Räumung

Vermutet der für die Vollstreckung zuständige Gerichtsvollzieher eine drohende Obdachlosigkeit, unterlässt er auch bei der symbolischen Räumung die Entfernung der Sachen aus der Wohnung und stellt stattdessen *pro forma* ein oder zwei Möbelstücke des Schuldners auf die Straße. Auch dieses nur symbolische Vorgehen hat das Ziel, die durch eine Einweisungsverfügung doppelt verursachten Räumungskosten zu vermeiden²⁰². Allerdings kennt das Gesetz ein solches Handeln nicht²⁰³. Dieses stellt keine Maßnahme i.S.d. § 885 ZPO dar, sondern allenfalls einen Vollstreckungsversuch²⁰⁴, da der Räumungstitel nicht verbraucht wird²⁰⁵. Die-

¹⁹⁷ Riecke, NZM 2006, 919 (920); Schuschke, NZM 2005, 681 (684).

¹⁹⁸ Ähnlich: Körner, GE 2005, 598, der angibt, dass die Wohnungen vor dem Räumungstag in ca. 60 Prozent der Fälle entweder geräumt sind oder nur Müll und Unrat beinhalten.

¹⁹⁹ Riecke, DGVZ 2005, 81 (84); s. auch Teil 1. C. IV.

²⁰⁰ Nicht jedoch bei einer Wiedereinweisungsverfügung durch die Ordnungsbehörde, S. Teil 1. C. IV.

²⁰¹ Riecke, S. 566.

²⁰² Nies, DGVZ 2000, 33.

²⁰³ Noack, DGVZ 1978, 161 (164).

²⁰⁴ LG Wuppertal, DGVZ 1991, 26 (27).

²⁰⁵ LG Wuppertal, DGVZ 1991, 26 (27).

ses vollstreckungsrechtlich irrelevante Vorgehen erscheint nur dann sinnvoll, wenn die zu informierende²⁰⁶ Verwaltungsbehörde bei tatsächlich drohender Obdachlosigkeit zu Beginn der Vollstreckungsmaßnahme noch keine Einweisungsverfügung erlassen hat. Unnötig ist das Vorgehen hingegen, wenn die Einweisungsverfügung bereits ergangen ist, da der Räumungsvollstreckung dann ein Verwaltungsakt entgegensteht²⁰⁷.

II. Voraussetzungen

Um eine Räumung nach Hamburger Art durchzuführen, müssen die grundsätzlichen Voraussetzungen der Herausgabevollstreckung²⁰⁸, also auch der nicht reduzierte Kostenvorschuss gem. § 4 Abs. 1 S. 1 und 2 GvKostG geleistet, und die zusätzlichen Voraussetzungen des Hamburger Modells erfüllt sein.

1. Zusätzliche Voraussetzungen

Der Gläubiger muss den Antrag zur Vollstreckung nach dem Hamburger Modell ausdrücklich oder konkludent stellen, er muss Kenntnis von seinem Wahlrecht zwischen der gesetzlichen und der alternativen Räumung haben und den Unterschied der beiden kennen²⁰⁹. Der Antrag auf Räumung nach dem Hamburger Modell geht nicht über den titulierten Anspruch hinaus und stellt somit auch keine unzulässige Erweiterung oder Veränderung des Titels dar, da dem Gläubiger keine weitergehenden Rechte eingeräumt werden. Eine zusätzliche Dispositionsbefugnis über die Gegenstände, wie es etwa bei dem *Berliner Modell* diskutiert wird²¹⁰, ist hier auszuschließen, da der Gläubiger erst durch die Schlüsselübergabe nach Abschluss der Räumung seinen Alleingewahrsam zurückerhält. Auch beantragt er kein *aliud*, da der Gläubiger allein den titulierten Herausgabeanpruch durchsetzen möchte, sondern ein Minus zur klassischen Räumung, da die Vollstreckung zeitlich verzögert und nicht *uno actu* vollzogen wird²¹¹.

Zudem muss der Gläubiger sein Einverständnis zur Hamburger Räumung erklären²¹². Dies kann bereits durch die ausdrückliche Beantragung dieses Modells geschehen. Ist die Vollstreckungspartei eine Großgläubigerin, so reicht es bereits aus, dass diese Kenntnis von der re-

²⁰⁶ S. Teil 1. B. II.

²⁰⁷ Schuschke/Walker/Walker, § 885 Rn. 21.

²⁰⁸ S. Teil 1. A. II.

²⁰⁹ Riecke, S. 566.

²¹⁰ S. Teil 2. D. III. 1 und 2.

²¹¹ Riecke, S. 565.

²¹² Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (173).

gelmäßig praktizierten Hamburger Räumung hat und ihr Einverständnis konkludent erteilt²¹³. Der Gerichtsvollzieher und der Gläubiger müssen außerdem für die Zeit zwischen der Besitzausweisung des Schuldners und der tatsächlichen Entfernung der Gegenstände gem. §§ 688 ff BGB einen unentgeltlichen Lagervertrag über die Verwahrung der Gegenstände in der Wohnung abschließen²¹⁴. Wäre der Verwahrvertrag entgeltlicher Natur, stünde dies der Amtspflicht des Gerichtsvollziehers entgegen, im Interesse des Schuldners gem. §§ 104 Abs. 1 S. 3, 140 Nr. 1 GVGA die Kosten so gering wie möglich zu halten. Zudem wäre es unbillig, den Schuldner i.R.d. § 788 Abs. 1 ZPO mit Kosten zu belasten, die vom Gesetzgeber bei Durchführung der klassischen Herausgabevollstreckung gar nicht vorgesehen sind.

2. Anspruch auf Durchführung des Hamburger Modells

Fraglich ist aber, ob der Gerichtsvollzieher zur Ausführung dieses Modells überhaupt verpflichtet ist. Die Literatur ist der Auffassung, dass dem Gerichtsvollzieher ein Ermessen zustehe, ob er die klassische oder die alternative Räumung durchführt²¹⁵. Er handle nicht ermessensfehlerhaft, wenn er den Antrag ablehne²¹⁶.

Dieser Ansicht steht auch nicht der allgemeine Vollstreckungsanspruch entgegen²¹⁷. Danach hat der Vollstreckungsgläubiger zwar einen generellen Anspruch auf die zwangsweise Durchsetzung seines titulierten Rechts, grundsätzlich aber keinen Anspruch auf eine bestimmte Art oder Weise der Durchführung. Dies ergibt sich auch nicht daraus, dass der Gerichtsvollzieher den mit dem Gesetz im Einklang stehenden und auf der Dispositionsmaxime beruhenden Gläubigerweisungen nachzukommen hat und die Räumungskosten so gering wie möglich halten muss, §§ 58 Nr. 2, 104 Abs. 1 S. 3, 140 Nr. 1 GVGA. Zwar muss der Gerichtsvollzieher seinen Amtspflichten gem. § 1 Abs. 3 GVGA jederzeit nachkommen²¹⁸. Geht es aber um das „Wie“ der Vollstreckung, hat er eine Weisung des Gläubigers nur als ernstzunehmenden Vorschlag bzw. Wunsch zu betrachten²¹⁹, vergl. auch § 104 Abs. 2 GVGA. Zudem ist die GVGA kein formelles Gesetz, sondern nur eine Verwaltungsvorschrift²²⁰, so dass sie für das Gericht nicht verbindlich und folglich auch nicht vom Vollstreckungsgläubiger mit

²¹³ Riecke, S. 566.

²¹⁴ Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (173); Nies, DGVZ 2000, 33 (34); Riecke, Hamburger GE 2000, 6 (7).

²¹⁵ Schwierien, S. 165; Schuschke, NZM 2005, 681 (685).

²¹⁶ Schuschke, NZM 2005, 681 (685).

²¹⁷ S. Teil I. A.

²¹⁸ Strehlau-Weise, S. 82.

²¹⁹ Vergl. auch § 111 Nr. 1 S. 1 GVGA; Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 423: Weisungen hinsichtlich des „Ob“, also des Beginns und Umfangs, sind demgegenüber zwingend zu befolgen; ebenso: Strehlau-Weise, S. 83 f.

²²⁰ Baur/Stürner/Bruns/Bruns, S. 98 Rn. 8.2; Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 407 f; Grawert, DGVZ 1989, 97 (100).

der Erinnerung nach § 766 ZPO oder anderweitig durchsetzbar ist²²¹. Da durch die Schwebezeit und die Einlagerung erhebliche Beweisführungs- und Beweislastprobleme sowie schwierige Haftungsfragen entstehen²²², kann es schon deshalb nur im Ermessen des Gerichtsvollziehers stehen, ob er die für ihn risikoreichere alternative Vollstreckung vornimmt²²³.

Stimmen, die einen Anspruch des Gläubigers wegen einer Ermessensreduzierung auf Null annehmen, gibt es dagegen nicht²²⁴. Eine solche könnte jedoch dann anzunehmen sein, wenn ein Vollstreckungsschutzantrag mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. In diesem Fall trägt der Gläubiger die doppelte Kostenlast, da die Wohnung vorhersehbar und erneut geräumt werden müsste²²⁵. Allein die zweimalige finanzielle Räumungskostenbelastung kann aber keinen Anspruch auf Durchführung des Hamburger Modells begründen, da diese im Regelfall nicht so unverhältnismäßig hoch ist, dass sie zu einer wirtschaftlichen Unzumutbarkeit führen würden²²⁶.

III. Durchführung

1. Erste Räumungsphase

Im Gegensatz zu der klassischen Räumung erscheint der Gerichtsvollzieher am Tag der Vollstreckung gerade nicht mit Möbelpackern und Möbelwagen. Er wird nur von dem Vertreter des beauftragten Umzugsunternehmens²²⁷ und von einem Schlosser begleitet. Trifft der Gerichtsvollzieher den Schuldner doch einmal in der Wohnung an, setzt er ihn aus dem Besitz. Verweigert der Schuldner den Zutritt oder händigt er die Schlüssel nicht freiwillig aus, lässt der Gerichtsvollzieher die Wohnung gewaltsam öffnen und das Schloss auswechseln²²⁸. In beidem Fällen darf der Schuldner seine wichtigsten persönlichen Sachen mitnehmen²²⁹. Ist der von der Räumung informierte Schuldner nicht anwesend, genügt die bloße Schlossaus-

²²¹ Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 407 f; *Strehlau-Weise*, S. 82.

²²² *Schuschke*, NZM 2005, 681 (685).

²²³ So auch *Schwieren*, S. 165.

²²⁴ So zwar: *Nies*, DGVZ 2000, 33 (34), der jedoch eine solche für den Fall annimmt, dass die Transportkosten für den Gläubiger erheblich hoch und voraussichtlich uneinbringlich sind. Er verweist allerdings auf eine Entscheidung im Rahmen des *Frankfurter Modells*, verwechselt also die Modelle, da es bei dem Hamburger Modell nur um eine kurzfristige Lagerung in den gläubigereigenen Räumen geht und eben nicht um eine Verwahrung i.S.d. § 885 Abs. 3 ZPO.

²²⁵ Zwar ist der Vollstreckungsschuldner der Schuldner der Vollstreckungskosten, jedoch wird der Vollstreckungsgläubiger seinen Anspruch auf Erstattung des Vollstreckungskostenvorschusses überwiegend nicht betreiben können, s. Teil 1. C. I.

²²⁶ Im Gegensatz zum *Frankfurter Modell*: S. Teil 2. B. I. 2. b.

²²⁷ *Riecke*, S. 565.

²²⁸ *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (173).

²²⁹ *Nies*, S. 227 Rn. 109.

wechslung. Der über die Schlüssel verfügende Gerichtsvollzieher wird nunmehr unmittelbarer Besitzer der Wohnung und mittelt dem Schuldner den Besitz an den in der Wohnung befindenden Sachen²³⁰. Zwischen dem Justizfiskus, welcher durch den Gerichtsvollzieher vertreten wird, und dem Vollstreckungsschuldner entsteht ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis, auf das die Vorschriften der §§ 688 ff BGB entsprechende Anwendung finden²³¹. So dann protokolliert der Gerichtsvollzieher in Anwesenheit des Fuhrunternehmers, welche der vorgefundenen Gegenstände eingelagert und welche vernichtet werden sollen²³². Zu Beweis-zwecken fertigt er Fotos von dem Wohnungsinhalt an und fügt diese als Anlage dem Bestandsprotokoll hinzu²³³. Er weist den Unternehmer an, die Wohnung in zwei Wochen zu räumen²³⁴ und unterrichtet hiervon die Vollstreckungsparteien. Zugleich übergibt er dem Unternehmer das Bestandsprotokoll und die Wohnungsschlüssel, wodurch Letzterer alleiniger Gewahrsamsinhaber wird²³⁵. Üblicherweise betritt der Gerichtsvollzieher die Wohnung nach diesem Zeitpunkt nicht wieder²³⁶. Für die Zeit von zwei Wochen schließen der Justizfiskus und der Gläubiger einen privatrechtlichen und unentgeltlichen Verwahrvertrag gem. §§ 688 ff BGB²³⁷. Die Vollstreckung ist hiermit aber noch nicht beendet, da die Besitzeinweisung des Gläubigers noch nicht erfolgt ist²³⁸.

Ab dem Zeitpunkt der Besitzeinweisung kann der Schuldner den Herausgabeanspruch des § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO geltend gemachten. Grundsätzlich entsteht der Anspruch zwar erst nach Wegschaffung der Gegenstände aus der Wohnung. Die Norm bezweckt jedoch, dass das Räumungsgut tatsächlich abgefordert wird²³⁹ und der Verwahrungsaufwand so gesenkt wird. Daraus ist zu schließen, dass die vorübergehende Verwahrung der Sachen in den gläubigereigenen Räumen mit der endgültigen Verwahrung nach § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO gleichgestellt werden muss. Bereits während dieser Zeit besteht das zu schützende Interesse des Vollstreckungsschuldners, mit den notwendigen Sachen versorgt zu sein²⁴⁰. Ihm kann nicht zugemutet werden, zwei Wochen lang auf diese Gegenstände zu verzichten. Da der Gläubiger über keinerlei Besitz an der Wohnung verfügt, kann nur der Gerichtsvollzieher oder der Fuhrunternehmer Schuldner des Herausgabeanspruchs sein. Konsequenter wäre die Herausgabe durch

²³⁰ Nies, MDR 1999, 1113 (1121).

²³¹ BGHZ 4, 192 (193).

²³² Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (173); Nies, DGVZ 2000, 33 f.

²³³ Riecke, S. 565.

²³⁴ Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (173); Nies, DGVZ 2000, 33 (34).

²³⁵ Nies, DGVZ 2000, 33 (34).

²³⁶ Riecke, DGVZ 2005, 81 (83): ab der Schlüsselübergabe an den Unternehmer wird das Räumungsverfahren allein von diesem durchgeführt, da der Gerichtsvollzieher während der ganzen Zeit abwesend ist.

²³⁷ Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (173).

²³⁸ LG Hamburg, DGVZ 1981, 157; Nies, DGVZ 2000, 33 (34); Riecke, S. 565.

²³⁹ Schultes, DGVZ 1999, 1 (5).

²⁴⁰ Thomas/Putzo/Hüßtege, § 885 Rn. 8 und 19; s. auch Teil 1. B. III. 4.

den Fuhrunternehmer als nunmehriger Gewahrsamsinhaber. Da § 885 Abs. 3 ZPO aber eine Schuldnerschutzvorschrift darstellt und der Gerichtsvollzieher seine Amtspflichten, hier die Aussonderung der unpfändbaren und wertlosen Gegenstände, nach der hier vertretenen Auffassung nicht delegieren kann²⁴¹, bleibt das Vollstreckungsorgan Adressat dieses Herausgabeanspruchs.

2. Zweite Räumungsphase

Räumt der Schuldner während der Schwebzeit die Gegenstände doch selbst aus der Wohnung, verwirklicht er den Sinn und Zweck des Hamburger Modells. Ist die neue Adresse des Schuldners bekannt, kann der Gerichtsvollzieher den Unternehmer alternativ anweisen, die Sachen in die neue Wohnung des Schuldners zu bringen, wenn der Transport in die Räume des Schuldners vom Vorschuss des Gläubigers gedeckt ist²⁴². Dies ist der Fall, wenn die sonst anfallenden Transport- und Verwahrungskosten nicht überschritten werden, § 180 Nr. 4 Abs. 3 S. 2 GVGA. Bleibt der Schuldner jedoch untätig, werden die Sachen von dem Fuhrunternehmer aus der Wohnung geschafft²⁴³, verwahrt oder vernichtet²⁴⁴. Da der Gerichtsvollzieher der Räumung grundsätzlich fern bleibt, fertigen die Mitarbeiter des Unternehmens eine detaillierte Liste der vorgefundenen Gegenstände sowie einen Stundenzettel an²⁴⁵. Nach der Räumung übergibt der Unternehmer dem Vollstreckungsgläubiger die Wohnungsschlüssel, wodurch Letzterer in den Besitz seiner Wohnung gelangt und die Zwangsvollstreckung beendet ist. Im Anschluss sendet der Unternehmer dem Gerichtsvollzieher die Rechnung und die Liste der entfernten Sachen zu. Die so üblicherweise praktizierte Hamburger Vollstreckung führt im Ergebnis dazu, dass die Räumung und die Besitzeinweisung nicht vom Gerichtsvollzieher, sondern allein vom Fuhrunternehmen durchgeführt wird.

IV. Zulässigkeit des Hamburger Modells

Das Hamburger Modell ist eine äußerst umstrittene Vollstreckungsmethode. Als Hauptargument gegen die Zulässigkeit wird eingewandt, dass der Gerichtsvollzieher seine Amtspflichten verletze, wenn er der Räumung nicht beiwohne und diese allein durch Hilfskräfte durchführen lasse. Der Streit über die Zulässigkeit des Modells wurde im Jahre 1999 erneut

²⁴¹ Dazu sogleich in Teil 2. A. IV. 2.

²⁴² Schuschke/Walker/Walker, § 885 Rn. 25.

²⁴³ Schuschke/Walker/Walker, § 885 Rn. 25.

²⁴⁴ Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (173).

²⁴⁵ Riecke, DGVZ 2005, 81 (84 f).

entfacht, als das *LG Hamburg* zu entscheiden hatte, ob der Gerichtsvollzieher i.R.d. Hamburger Modells gegen seine Amtspflicht, die Kosten des Vollstreckungsverfahrens so gering wie möglich zu halten, verstoßen hatte²⁴⁶.

1. Meinungsstand

a) Die Hamburgischen Entscheidungen

In der von den Vollstreckungsgläubigerinnen eingelegten Beschwerde entschied das *LG Hamburg*, dass die von dem Gerichtsvollzieher im Rahmen des Hamburger Modells geltend gemachten Kosten zu hoch bemessen seien. Die Speditionskosten seien nicht notwendig gewesen und wären bei richtiger Behandlung des Vollstreckungsauftrags erst gar nicht entstanden²⁴⁷. Daher sei der Gerichtsvollzieher seiner Amtspflicht, die Kosten des Vollstreckungsverfahrens so gering wie möglich zu halten, nicht nachgekommen, §§ 104 Abs. 1 S. 3, 140 Nr. 1 GVGA. Das Gericht entschied außerdem, dass der Gerichtsvollzieher die Tätigkeit seiner Arbeitshilfen nach Nr. 709 Kostenverzeichnis der Anlage zu § 9 GvKostG²⁴⁸ überwachen und die Höhe des erhobenen Entgeltes hätte überprüfen müssen²⁴⁹. Allerdings wies das *LG Hamburg* ausdrücklich darauf hin, dass die Entscheidung allein die Überprüfung der Auslagenhöhe und gerade nicht die Überprüfung der Zulässigkeit des Hamburger Modells beinhalte²⁵⁰. Nichts anderes entschied das für die sofortige Beschwerde gegen diese Entscheidung zuständige *OLG Hamburg*²⁵¹. Während die ganz überwiegende Ansicht der Meinung ist, dass eine gerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit des Hamburger Modells noch gar nicht ergangen sei²⁵², gehen vereinzelte Stimmen in der Literatur überraschend davon aus²⁵³. Dem ist aber schon der eindeutige Wortlaut der Entscheidungen entgegen zu halten. Aus der Feststellung, der Gerichtsvollzieher habe seine Amtspflichten verletzt, kann auf eine Grundsatzentscheidung, ob das Hamburger Modell mit den Amtspflichten des Gerichtsvollziehers überhaupt in Einklang gebracht werden kann, nicht geschlossen werden²⁵⁴.

²⁴⁶ *LG Hamburg*, MDR 1999, 1526.

²⁴⁷ *LG Hamburg*, MDR 1999, 1526.

²⁴⁸ = § 35 Abs. 1 Nr. 11 GVGA a.F.

²⁴⁹ *LG Hamburg*, MDR 1999, 1526.

²⁵⁰ *LG Hamburg*, MDR 1999, 1526.

²⁵¹ *OLG Hamburg*, NZM 2000, 575 (576): Auch hier sah das Gericht keine Veranlassung, „sich mit der Frage zu befassen, ob die so genannte Hamburger Räumung mit den Verpflichtungen des Gerichtsvollziehers bei der Durchführung von Räumungsvollstreckungen in Einklang zu bringen ist.“

²⁵² *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (174); *Nies*, MDR 1999, 1526 f; *ders.*, DGVZ 2000, 33 (34); *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (83).

²⁵³ *Von Behren/Seumenicht*, Hamburger GE 1999, 352 f.

²⁵⁴ *OLG Hamburg*, NZM 2000, 575 (576); *Nies*, MDR 1999, 1526.

b) Unzulässigkeit des Hamburger Modells

Die die Unzulässigkeit des Modells vertretenden Stimmen nehmen einen Verstoß des Gerichtsvollziehers gegen seine Amtspflichten aus §§ 104 Abs. 1 S. 3, 140 Nr. 1 GVGA und Nr. 709 Kostenverzeichnis der Anlage zu § 9 GvKost an²⁵⁵. Selbst wenn der Gerichtsvollzieher über genügend Berufserfahrung verfüge und das Transportunternehmen seines Vertrauens beschäftige, sei seine durchgehende Anwesenheit bei Abholung des Räumungsgutes unerlässlich²⁵⁶. Neben dem Vollstreckungsgläubiger habe auch der Vollstreckungsschuldner ein schützenswertes Interesse daran, dass das vom Staat bestimmte und zur Umsicht verpflichtete Vollstreckungsorgan die Räumung beaufsichtige²⁵⁷. Ein abwesender Gerichtsvollzieher könne die Räumung nicht überwachen und die eingereichte Rechnung nicht genügend überprüfen. Die besondere Gefahr bestehe darin, dass die nicht unmittelbar beaufsichtigten Hilfspersonen für eine gewisse Zeit die Sachherrschaft über die Habe des Mieters ausüben²⁵⁸. Fehlten Wertgegenstände oder seien Sachen beschädigt, stellten sich neben schwierigen Haftungsfragen auch erhebliche Beweisführungs- und Beweislastprobleme.

c) Zulässigkeit des Hamburger Modells

Auch die Befürworter sehen die Kollision des Hamburger Modells mit den Amtspflichten des Gerichtsvollziehers, halten das Modell aber in einigen Fällen als mit diesen Pflichten vereinbar²⁵⁹. Zwar habe sich der Gesetzgeber dafür entschieden, die Hinzuziehung von Hilfspersonen nur eingeschränkt zuzulassen, §§ 758 Abs. 2, 885 Abs. 3 ZPO und Nr. 707 und 709 Kostenverzeichnis der Anlage zu § 9 GvKostG²⁶⁰. Auch stelle die Vollstreckung einen erheblichen Eingriff in die Privat- und Vermögenssphäre des Schuldners dar²⁶¹. Jedoch sei ein tatenloses und ständiges Zugewesen des Gerichtsvollziehers nur in Ausnahmefällen geboten²⁶². Entscheidend sei allein das Maß, in welchem der Gerichtsvollzieher die Hilfe Dritter in

²⁵⁵ *BGH*, DGVZ 1963, 24 ff; *Behren/Seumenicht*, Hamburger GE 1999, 352 f; *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (173 f).

²⁵⁶ *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (173 f).

²⁵⁷ *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (174).

²⁵⁸ *Schuschke*, NZM 2005, 681 (685).

²⁵⁹ MünchKomm-ZPO/*Gruber*, § 885 Rn. 37, der eine dauerhafte Anwesenheit nicht in jedem Fall für notwendig erachtet, allerdings ohne Begründung; *Körner*, GE 2005, 600 f, wobei dieser auf die kollidierende Amtspflicht nicht eingeht; *Nies*, DGVZ 2000, 33 ff; *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (82 ff); *ders.*, Hamburger GE 2000, 6 f.

²⁶⁰ *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (87 ff).

²⁶¹ *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (88): In dieser Frage stimmt er mit der die Unzulässigkeit vertretenden Auffassung über ein.

²⁶² *Riecke*, Hamburger GE 2000, 6 (7).

Anspruch nehme²⁶³. Soweit es um die Entfernung einzelner, genau bezeichneter Gegenstände gehe, halten *Riecke* und *Schwieren* ein selbständiges Handeln der Hilfskräfte für zulässig²⁶⁴. Der Gerichtsvollzieher könne die Hilfskräfte so einweisen, dass das Fortschaffen durch die Hilfspersonen nur rein physischer Natur sei²⁶⁵. Zudem könne der Gerichtsvollzieher vertraglich vereinbaren, dass der Unternehmer bei Überschreitung des mit dem Gerichtsvollzieher abgesteckten Kostenrahmens zur Rücksprache verpflichtet ist. So sei es dem abwesenden Gerichtsvollzieher möglich, die behaupteten Kostensteigerungen zu überprüfen²⁶⁶. Andere halten die Abwesenheit schon dann für zulässig, wenn ein berufserfahrener Gerichtsvollzieher den Auftrag durchführt²⁶⁷. Nach Besichtigung der Schuldnerwohnung könne dieser die zu erwartenden Räumungskosten meist richtig einschätzen und somit auch die Rechnung des Transporteurs seines Vertrauens kontrollieren. Zudem sei zu Bedenken, dass eine lückenlose Überwachung der Hilfskräfte auch einem anwesenden Gerichtsvollzieher nicht möglich ist²⁶⁸.

Erreicht sei die Grenze der Zulässigkeit jedoch dann, wenn der Gerichtsvollzieher dem Umzugsunternehmer gestatte, die Räumung in zu eigenständiger Weise durchzuführen²⁶⁹. So müsse der Gerichtsvollzieher der Durchsuchung der Wohnung nach wertvollen oder leicht zerstörbaren Gegenständen beiwohnen, sowie deren Abtransport überwachen und seiner generellen Protokollpflicht gem. § 180 Nr. 6 GVGA nachkommen. Die bei einer Vollstreckung durch Hilfskräfte verursachten Kosten dürften nur unter der hinreichenden Kontrolle des Gerichtsvollziehers entstehen²⁷⁰. Allein eine ausreichende Überwachung könne einen Schadens Eintritt, einen Verlust oder schwierige Haftungsfragen verhindern²⁷¹.

2. Stellungnahme

Die verschiedenen Auffassungen stimmen zunächst darin überein, dass der Gerichtsvollzieher zu jeder Zeit seinen Amtspflichten nachkommen muss. Der Streit dreht sich allein um die Frage, ob der Gerichtsvollzieher die Pflichten auch dann noch erfüllen kann, wenn er die Besitzeinweisung und das Wegschaffen der Gegenstände von einem Fuhrunternehmer durchführen lässt. Daher ist zunächst zu untersuchen, ob und in welchem Umfang der Gerichtsvollzieher überhaupt seine Aufgaben auf Dritte übertragen darf.

²⁶³ *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (87, 90).

²⁶⁴ *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (90); *Schwieren*, S. 164.

²⁶⁵ *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (88).

²⁶⁶ *Riecke*, Hamburger GE 2000, 6 (7).

²⁶⁷ *Nies*, DGVZ 2000, 33 (34 f).

²⁶⁸ *Nies*, DGVZ 2000, 33 (35).

²⁶⁹ *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (90).

²⁷⁰ *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (89).

²⁷¹ *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (89, 91).

Gem. § 4 GVO ist er grundsätzlich verpflichtet, sein ihm übertragenes Amt persönlich auszuführen. Aus §§ 758 Abs. 2 und 885 Abs. 3 S. 1 ZPO ergibt sich jedoch, dass er bei der Herausgabevollstreckung die Hilfe Dritter beanspruchen kann. Danach darf er das Wohnungsschloss von einem Dritten aufbrechen und den Wohnungsstand nach der Besitzeinweisung in die Verwahrung eines Privaten bringen lassen. Zudem ist in den Nummern 707 und 709 der Anlage zu § 9 GvKostG eindeutig geregelt, dass sich der Gerichtsvollzieher beim Transport der Vollstreckungsgegenstände Dritter bedienen und Arbeitshilfen in Anspruch nehmen darf. Allerdings ergibt sich hieraus nur, dass der Gerichtsvollzieher bei Abwicklung der Vollstreckung physische Hilfe in Anspruch nehmen, nicht aber den Vollzug der Vollstreckung selbst auf einen Dritten delegieren darf. Die hoheitliche Besitzeinweisung des Gläubigers, welche üblicherweise von dem Fuhrunternehmer durchgeführt wird, stellt aber gerade den maßgeblichen Akt der hoheitlichen Räumungsvollstreckung dar, da durch diesen die eigentliche Herausgabevollstreckung beendet wird. Zudem lässt § 115 Nr. 1 GVO die Übertragung einzelner Gerichtsvollziehergeschäfte allein auf Beamte zu. Eine wesentliche Vollstreckungsmaßnahme nach § 885 Abs. 1 ZPO²⁷² kann also nicht auf eine Privatperson delegiert werden, die Übertragung rein physischer Hilfstätigkeiten dagegen schon. Das Hamburger Modell ist nach der hier vertretenen Ansicht schon dann unzulässig, wenn der Gerichtsvollzieher seinen Pflichten i.R.d. § 885 Abs. 1 ZPO nicht eigenhändig nachkommt.

Möglicherweise wäre das Hamburger Modell aber dann zulässig, wenn der Gerichtsvollzieher nach Ablauf der zwei Wochen die Einweisung selbst vornimmt, der Räumung im Übrigen aber fernbleibt. Wie gerade dargelegt, darf das Vollstreckungsorgan zwar private Dritte mit dem Transport und der Verwahrung beauftragen. Allerdings müsste die generelle Abwesenheit mit den sonstigen hoheitlichen Amtspflichten vereinbar sein. Letztere umfassen insbesondere eine Pflicht zur Anwesenheit und zur Protokollführung, zur Überwachung²⁷³ und Obhut der schuldner eigenen Gegenstände²⁷⁴, sowie gem. §§ 104 Abs. 1 S. 3, 140 Nr. 1 GVGA die Pflicht, die Vollstreckungskosten so gering wie möglich zu halten²⁷⁵. Daher stellt sich die Frage, ob der erfahrene, aber abwesende Gerichtsvollzieher seine Pflichten einhalten kann, wenn er dem Unternehmer seines Vertrauens genau vorschreibt, wie er bei der weiteren Räumung vorzugehen hat²⁷⁶.

²⁷² Vgl. Teil 1. D. II. 1. a.

²⁷³ *BGH*, *DGVZ* 1963, 24 (25); *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 37, der eine dauerhafte Anwesenheit nicht in jedem Fall für notwendig erachtet.

²⁷⁴ Für die Obhutspflicht: *LG Hamburg*, *MDR* 1999, 1526; *Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul*, S. 428; wohl auch: *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 37.

²⁷⁵ *OLG Hamburg*, *NZM* 2000, 575 (576).

²⁷⁶ *Riecke*, *Hamburger GE* 2000, 6 (7), der eine vertragliche Regelung vorschlägt; so auch *Schwieren*, S. 163 f, die eine Vereinbarung für zulässig erachtet, wenn einzelne, genau bezeichnete Gegenstände zu entfernen sind.

Nach der hier vertretenen Auffassung kann der abwesende Gerichtsvollzieher aber selbst dann seine Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen. Trotz präzisester Anweisungen läge es allein in der Hand des Dritten, die selbst verursachten Kosten zu beurteilen, sowie wertvolle Gegenstände oder Schadensereignisse zu protokollieren und den Gerichtsvollzieher über das eigene Fehlverhalten zu unterrichten. Der Gerichtsvollzieher darf aber keineswegs davon ausgehen, dass der von den Räumungsaufträgen abhängige Unternehmer alle, auch ihn belastende Umstände der Räumung tatsächlich angibt. Auch der Einwand, ein erfahrener Gerichtsvollzieher sei nach der Wohnungsbesichtigung zumeist in der Lage, die zu erwartenden Kosten richtig einzuschätzen und somit die später eingereichte Rechnung kontrollieren zu können²⁷⁷, greift nicht durch. Wie kann festgestellt werden, ob ein Gerichtsvollzieher überhaupt erfahren genug ist, die zu erwartenden Kosten und die möglichen Gefahren richtig einzuschätzen? Ist dies abhängig von seinen individuellen Fähigkeiten, von einer bestimmten Anzahl von Dienstjahren oder von einer gewissen Anzahl von Herausgabevollstreckungen? Selbst wenn die Kostenüberwachungspflicht dadurch eingehalten werden könnte, seine Protokoll- und Überwachungspflichten kann der Gerichtsvollzieher im Hinblick auf Schäden oder Verlust nicht erfüllen. Diese Schadensfälle beruhen auf einem zufälligen Ereignis, auf welches der Gerichtsvollzieher den Fuhrunternehmer gar nicht entsprechend vorbereiten kann. Daher ist auch die von *Riecke* und *Schwieren* vorgeschlagene Ausnahme, dass Hamburger Modell dann zu zulassen, wenn nur einzelne, genau bestimmte Gegenstände zu räumen sind²⁷⁸, abzulehnen. Wenn es schon einem anwesenden Gerichtsvollzieher nicht gelingen wird, eine lückenlose Überwachung der Hilfskräfte zum Schutz des Schuldnerigentums durchzuführen²⁷⁹, darf diese Aufgabe erst Recht nicht von den Hilfskräften durchgeführt werden. Außerdem erscheint dieser Vorschlag praxisfremd, da dem Vollstreckungsgläubiger gerade daran gelegen sein dürfte, die Wohnung vollständig zu räumen, da er eine nur teilweise geräumte Wohnung nicht weitervermieten kann. Der Vollstreckungsgläubiger wird den Gerichtsvollzieher eher anweisen, vereinzelte Gegenstände aufgrund eines Pfandrechts gerade nicht zu entfernen.

Zuzugeben ist dennoch, dass die zeitliche Streckung des Hamburger Modells der täglichen Räumungssituation gerecht wird und zudem ökonomisch ist. Für die Zulässigkeit der Hamburger Räumung spricht auch die Tatsache, dass der Gläubiger bewusst auf die Einhaltung der ihn schützenden Amtspflichten verzichtet. Allerdings erstreckt sich der Schutzbereich der

²⁷⁷ *Nies*, DGVZ 2000, 33 (34 f).

²⁷⁸ *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (90); *Schwieren*, S. 164.

²⁷⁹ *Nies*, DGVZ 2000, 33 (35).

Amtspflichten gerade auch auf den Schuldner und auf Dritte²⁸⁰, §§ 180 Nr. 4 Abs. 4 und Nr. 6 GVGA. Die Protokollierungspflicht gem. § 180 Nr. 6 GVGA soll vor allem verhindern, dass Eigentum des Schuldners verloren geht oder falsch bewertet wird. Zudem ist der Gerichtsvollzieher gem. §§ 180 Nr. 4 Abs. 4 GVGA im Interesse der Allgemeinheit verpflichtet, den öffentlichen Straßenraum zu schützen und die öffentliche Ordnung einzuhalten²⁸¹. Über dritt-schützende Normen kann jedoch niemand disponieren, schon gar nicht der Vollstreckungsgläubiger. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die zeitliche Streckung i.R.d. Hamburger Modells unter der Voraussetzung zulässig ist, dass der Gerichtsvollzieher seine Amtspflichten erfüllt. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung nur dann der Fall, wenn der Gerichtsvollzieher während der gesamten Räumung anwesend ist²⁸² und insbesondere die spätere Besitzeinweisung selbst durchführt. Da dies bei der üblicherweise durchgeführten Hamburger Vollstreckung gerade nicht der Fall ist, ist dieses Vorgehen somit unzulässig. Hiervon kann auch dann keine Ausnahme gemacht werden, wenn lediglich einzelne, genau bezeichnete Gegenstände zu entfernen sind²⁸³.

B. Das Frankfurter Modell

Das Frankfurter Modell stellt einen Unterfall der klassischen Räumung dar, da es sich um eine besondere Art der anderweitigen Verwahrung i.S.d. § 885 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 ZPO handelt. Bei der klassischen Räumung schafft der Gerichtsvollzieher die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenstände entweder in ein behördliches Pfandlokal oder bringt diese bei einem gewerblichen Lageristen in Verwahrung. Beantragt der Gläubiger die Frankfurter Räumung, beauftragt der Gerichtsvollzieher hingegen diesen selbst mit der Verwahrung der Gegenstände in seinen eigenen Räumen²⁸⁴. Das Modell stellt eine äußerst kostengünstige Alternative dar. Es entfallen die durch die Inanspruchnahme Dritter verursachten exorbitant hohen Lager²⁸⁵- und Transportkosten, da der Gläubiger häufig nicht nur die Verwahrung, sondern auch die Räumung selbst durchführt. Entsprechend reduziert sich bei dieser „Privatisierung“²⁸⁶ der Kostenvorschuss nach § 4 Abs. 1 S. 1 GvKostG. Das *AG Frankfurt a.M.* hat im Jahr 2003 entschieden, dass diese Verwahrungsmethode zulässig ist und unter bestimmten

²⁸⁰ *BGH*, DGVZ 1963, 24 (25).

²⁸¹ *OLG Hamburg*, NJW 1966, 2319 (2320); *Nies*, MDR 1999, 1113 (1120).

²⁸² So auch: *Dierck/Morvilius/Vollkommer/Hipler*, S. 663 Rn. 135.

²⁸³ So aber: *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (90); *Schwieren*, S. 164.

²⁸⁴ S. Teil 1. B. III. 4.

²⁸⁵ S. Teil 1. C. II.

²⁸⁶ *Scholz*, ZMR 2010, 1 (4).

Voraussetzungen sogar ein Anspruch auf Durchführung dieses Modells zu bejahen ist²⁸⁷. Diese Räumungsmethode ist bundesweit häufiger Gegenstand vollstreckungsgerichtlicher Entscheidungen und Literaturbesprechungen.

I. Voraussetzungen

1. Zusätzliche Voraussetzungen

Sind die Voraussetzungen der Herausgabevollstreckung erfüllt²⁸⁸ und der Kostenvorschuss geleistet²⁸⁹, kann der Vollstreckungsgläubiger die Durchführung des Frankfurter Modells beantragen. Als zusätzliche Voraussetzung müssen ihm eigene Räumlichkeiten zur Verwahrung der Gegenstände und eigene Hilfskräfte bei der Räumung zur Verfügung stehen.

Über die vom *AG Frankfurt a.M.* aufgestellten Voraussetzungen hinaus²⁹⁰ muss aus Gründen des Schuldnerschutzes nach der hier vertretenen Meinung zudem gewährleistet sein, dass der Gerichtsvollzieher die Lagerräume auf ihre Lagertauglichkeit hin überprüft, nach der Einlagerung das alleinige Zutrittsrecht hat und dem Herausgabeverlangen des Schuldners gem. § 885 Abs. 3 S. 2 und 4 S. 1 Hs. 1 ZPO jederzeit nachkommen kann²⁹¹. Bei den privaten Räumen handelt es sich eben nicht um gewerbliche Lagerräume, welche auf langfristige Verwahrungen ausgerichtet und in der Regel gegen Schäden und Diebstahl abgesichert und versichert sind. Nur durch die Übergabe aller Schlüssel kann der Gerichtsvollzieher dem Schuldnerschutzinteresse und dem Herausgabeverlangen gerecht werden. Allerdings bedeuten diese Voraussetzungen für das Vollstreckungsorgan zumeist einen zusätzlichen Zeit- und Arbeitsaufwand²⁹². Der Gläubiger und der Justizfiskus müssen zudem einen privaten Verwahrvertrag abschließen. Dieser Vertrag sollte auch hier unentgeltlicher Natur sein²⁹³, da der Gerichtsvollzieher zu Kosten sparenden Maßnahmen gem. § 104 Abs. 1 S. 3 GVGA verpflichtet ist. Die Vereinbarung eines Entgeltes wäre zudem unsinnig, weil die so verursachten Verwahrkosten notwendige Vollstreckungskosten i.S.d. § 788 Abs. 1 S. 1 ZPO darstellten, wo-

²⁸⁷ *AG Frankfurt a.M.*, NZM 2004, 359 f.

²⁸⁸ S. Teil 1. A. II.

²⁸⁹ S. Teil 1. B. I.

²⁹⁰ *AG Frankfurt a.M.*, NZM 2004, 359.

²⁹¹ So auch (i.R.d. Entscheidung des *AG Frankfurt a.M.*, NZM 2004, 359 f): *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (175); *Riecke*, DGVZ 2004, 145 (146); *Schwieren*, S. 146, die aber nur von einer Raumüberlassung durch den Vollstreckungsgläubiger spricht.

²⁹² *LG Wuppertal*, DGVZ 1987, 12 (13), welches mindestens das Auswechseln der Schlösser fordert; *Knapp*, S. 28; *Riecke*, DGVZ 2004, 145 (146); *ders.*, GE 2006, 623 (624); *Scholz*, ZMR 2010, 1 (4).

²⁹³ *OLG Frankfurt a.M.*, DGVZ 1998, 188 f; *Grißenmeyer*, NZM 2007, 310 (322); a.A.: *Brossette*, NJW 1989, 963 (964).

durch die Vollstreckungskosten und auch der Vollstreckungskostenvorschuss insgesamt unnötiger Weise erhöht würden. Hierdurch hätte der Vollstreckungsgläubiger wegen seines eigenen Anspruchs auf Entgeltzahlung nur einen erhöhten Vorschuss zu leisten²⁹⁴.

2. Anspruch auf Durchführung des Frankfurter Modells

a) Ermessen des Gerichtsvollziehers

Nach überwiegender Ansicht wird dem Gerichtsvollzieher auch i.R.d. Frankfurter Modells ein Ermessensspielraum eingeräumt²⁹⁵. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut als auch aus dem Sinn und Zweck der § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO, § 139 Nr. 4 S. 2 und 3 GVGA analog²⁹⁶. Der Gerichtsvollzieher soll die geeignetste Verwahrmethod für den jeweiligen Einzelfall bestimmen können. Zwar regelt § 139 GVGA in der direkten Anwendung nur die Verwahrung im Rahmen der Vollstreckung wegen Geld in bewegliche Sachen. Die Vorschrift ist aber auf die Herausgabevollstreckung analog anwendbar²⁹⁷, da sie eine Schutzvorschrift zugunsten des schuldnerischen Eigentums darstellt. Sind die Gegenstände schon dann schützenswert, wenn sie später zugunsten des Gläubigers verwertet werden, müssen sie erst recht gegen Beschädigung geschützt werden, wenn sie an den Vollstreckungsschuldner zurückzugeben sind.

Allerdings ist das eingeräumte Ermessen nur intendierter Natur. Der Gesetzgeber bestimmt in § 139 Nr. 4 S. 3 GVGA, dass eine Verwahrung durch den Gläubiger in der Regel nicht angebracht ist. Der Gerichtsvollzieher hat bei der Auswahl zu beachten, dass der Vollstreckungsgläubiger selbst Partei des kontradiktorischen Vollstreckungsverfahrens²⁹⁸ ist und sich die Beschädigungsgefahr am Räumungsgut bei einer laienhaft durchgeführten Verwahrung erheblich erhöhen kann. Ein Anspruch auf Durchführung des Frankfurter Modells kann, wie beim *Hamburger Modell*²⁹⁹, weder auf den allgemeinen Vollstreckungsanspruch³⁰⁰ noch auf die Tatsache gestützt werden, dass der Gerichtsvollzieher die Räumungskosten gem. §§ 104 Abs. 1 S. 3, 140 Nr. 1 GVGA so gering wie möglich zu halten hat³⁰¹. Zudem handelt es sich

²⁹⁴ Schwieren, S. 155.

²⁹⁵ LG Köln, DGVZ 2002, 168 (169); LG Düsseldorf, JurBüro 1987, 464; AG Lörrach, DGVZ 2005, 109 f; AG Rastatt, DGVZ 2002, 46; Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rn. 34; B/L/A/H/Hartmann, § 885 Rn. 29; Dierck/Morvilius/Vollkommer/Hipler, S. 664 Rn. 138; Riecke, GE 2006, 623 (624); Schuschke/Walker/Walker, § 885 Rn. 24.

²⁹⁶ So auch: AG Frankfurt a.M., NZM 2004, 359 f, welches auf die Frage der Anwendbarkeit für die Herausgabevollstreckung nicht eingeht.

²⁹⁷ Riecke, DGVZ 2004, 145 (146); Schwieren, S. 139; wohl auch: Burkhardt, S. 397 f.

²⁹⁸ Lackmann, S. 2 Rn. 5.

²⁹⁹ S. Teil 2. A. II. 2.

³⁰⁰ S. Teil 1. A.

³⁰¹ So grundsätzlich auch Schwieren, S. 139 f.

bei der GVGA um eine Verwaltungsvorschrift, die zwar ein Anhaltspunkt zur Norminterpretation sein kann, jedoch im Außenverhältnis keine für den Gläubiger erzwingbare Pflicht begründet³⁰².

b) Ermessensreduzierung

Beim Frankfurter Modell gibt es allerdings Stimmen, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Ermessensreduzierung auf Null annehmen. So wurde ein Anspruch in den Fällen bejaht, in denen der Gläubiger selbst Fuhrunternehmer war³⁰³ oder der Vollstreckungsschuldner der Verwahrung in den Räumen des Gläubigers zustimmte³⁰⁴. Diesen Entscheidungen ist auch ohne weiteres zu folgen. Im ersten Fall ist der Vollstreckungsschuldner wegen der Fachkompetenz des Gläubigers genauso geschützt wie bei der Beauftragung eines Drittunternehmens. Im zweiten Fall verzichtet der Schuldner auf den ihm in §§ 885 Abs. 2 und 3 ZPO, 104 GVGA zustehenden Schutz³⁰⁵, so dass auch hier der Bejahung des Anspruchs auf das Alternativmodell nichts entgegensteht. Dies gilt ebenso für die Fälle, in denen der Wohnungsinhalt ausschließlich aus Müll und Unrat besteht. Da der Gerichtsvollzieher diesen sowieso vernichtet hätte, besteht kein Interesse des Schuldners, dass die Verwahrung desselben von einem Unternehmer durchgeführt wird.

Nicht ganz so eindeutig sind die Fälle zu beurteilen, in denen eine Ermessensreduzierung auf Null angenommen wurde, weil der Transport der tonnenschweren Maschinen wegen der hohen (Vorschuss-) Kosten als wirtschaftlich unvertretbar angesehen wurde³⁰⁶. So entschieden z.B. das *LG Detmold* und das *LG Ulm*, dass das wirtschaftliche Interesse des Gläubigers, bei der Durchsetzung des Räumungsantrags Kosten zu vermeiden, zwar grundsätzlich auch dann zurückzutreten habe, wenn die Kostenerstattung durch den Schuldner nicht durchsetzbar ist³⁰⁷. Hiervon müsse allerdings eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Vorschusskosten im Vergleich zum Normalfall wesentlich höher sind, die Durchführung der Räumung wirtschaftlich unvertretbar und die Uneinbringlichkeit für den Gläubiger unzumutbar ist (Trans-

³⁰² S. Teil 2. A. II. 2.

³⁰³ *AG Herne*, DGVZ 1980, 30 f; a.A.: *AG Hamburg-St. Georg*, DGVZ 2004, 189 f, der Gerichtsvollzieher sei nicht verpflichtet, ein mit dem Gläubiger verwandtschaftlich verbundenes Unternehmen zu beauftragen, auch wenn dieses deutlich günstigere Preise anbiete.

³⁰⁴ Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rn. 34; Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (175); MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 42.

³⁰⁵ *AG Nürnberg*, DGVZ 2006, 181 f; Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (177); MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 50; Dierck/Morvilius/Vollkommer/Hipler, S. 664 Rn. 137.

³⁰⁶ *LG Detmold*, DGVZ 1996, 171 (172); *LG Ulm*, DGVZ 1990, 123 (124); Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rn. 34; kritisch: Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (174).

³⁰⁷ *LG Detmold*, DGVZ 1996, 171 (172); *LG Ulm*, DGVZ 1990, 123 (124).

portkosten: 40.000 bzw. 50.000 DM)³⁰⁸. Obgleich der in § 885 Abs. 2 und 3 ZPO normierte Schuldnerschutz³⁰⁹ durch eine private Verwahrung beeinträchtigt werden könnte, ist diesen Entscheidungen nach der hier vertretenen Auffassung dennoch zu folgen. In diesen gravierenden (Einzel-) Fällen überwiegt das Gläubigerinteresse, den titulierten Anspruch gegenüber dem Schuldner durchzusetzen, ohne mit wirtschaftlichen Verlusten erheblichen Ausmaßes belastet zu werden. Die Verwahrung der Gegenstände durch den Gläubiger bedeutet für den Schuldner keinen so schwerwiegenden Nachteil, als dass die Verwirklichung des dem Gläubiger innehabenden Rechts von einer Zahlungspflicht so hohen Umfangs abhängig gemacht werden dürfte³¹⁰. Daher ist die Lagerung der schuldnerischen Gegenstände in den Räumlichkeiten des Gläubigers in diesen Fällen geboten.

c) Anspruch auf Durchführung nach der Entscheidung des *AG Frankfurt a.M.*

Das *AG Frankfurt a.M.* hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003 fünf Bedingungen aufgestellt, bei deren Einhaltung es einen Anspruch auf Durchführung des Frankfurter Modells annimmt³¹¹. Diese Bedingungen gehen zum Teil weit über die Voraussetzungen hinaus, die grundsätzlich für die Durchführung des Frankfurter Modells notwendig sind³¹²: Eingehung eines Verwahrungsvertrags zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher, vom Gläubiger zu stellendes fachkundiges Räumungspersonal, vom Gläubiger zu stellende und gesicherte Räumlichkeiten, Erklärung einer Haftungsfreistellung gegenüber dem Gerichtsvollzieher und eine Schadensverpflichtungserklärung gegenüber dem Vollstreckungsschuldner.

aa) *Verwahrvertrag zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher*

Auch das *AG Frankfurt a.M.* setzt voraus, dass der Gerichtsvollzieher im Namen des Justizfiskus³¹³ mit dem Vollstreckungsgläubiger einen privatrechtlichen Verwahrvertrag i.S.d. §§ 688 ff BGB abschließt.

³⁰⁸ Es stellt sich hier die gleiche Problematik wie bei der Behandlung von Tieren in der Zwangsvollstreckung, s. Teil 1. B. III. 2. c.

³⁰⁹ Dierck/Morvilius/Vollkommer/Hippler, S. 664 Rn. 137.

³¹⁰ So auch: Schwieren, S. 240 f.

³¹¹ *AG Frankfurt a.M.*, NZM 2004, 359 f; ähnliche Voraussetzungen: MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 42; Riecke, DGVZ 2004, 145 ff; kritisch: Gilleßen, DGVZ 2006, 145 (174 f).

³¹² S. Teil 2. B. I. 1.

³¹³ S. Teil 1. B. III. 3.

bb) Vom Gläubiger zu stellendes fachkundiges Räumungspersonal

Die folgende Voraussetzung des Gerichts stellt den Gerichtsvollzieher allerdings vor eine schwierige Aufgabe. Wie soll er feststellen, ob das ihm präsentierte Räumungspersonal tatsächlich die erforderliche Fachkunde besitzt? Es wäre nur verständlich, wenn der Gerichtsvollzieher dies verneinen würde. Schließlich beauftragt der Vollstreckungsgläubiger aus Kostengründen gerade kein auf Räumungen spezialisiertes Unternehmen, sondern greift auf Helfer aus seinem persönlichen Umfeld zurück. Dem Vollstreckungsorgan kann auch nicht zugemutet werden, im Vorfeld der Räumung beispielsweise Arbeitszeugnisse zu kontrollieren oder eine Räumungstestphase zu veranstalten³¹⁴. Der vom *AG Frankfurt a.M.* zu entscheidende Fall gestaltete sich hier unproblematisch. Das Gericht konnte die Fachkunde getrost annehmen, da der Vollstreckungsgläubiger ehemaliger Miteigentümer eines Geschäfts für Altbauanierungen mit Schreinerei war und sich somit mit dem Umgang von Möbelstücken verstand. Wie der Gerichtsvollzieher aber in anders gelagerten Fällen die Fachkunde der Helfer feststellen können soll, bleibt fraglich.

cc) Vom Gläubiger zu stellende Räumlichkeiten

Als weitere Voraussetzung bestimmt das *AG Frankfurt a.M.* lediglich, dass das Verwahrgut in abschließbaren und für den Gerichtsvollzieher zugänglichen Räumen, auch in den herauszugebenden, eingelagert werden muss. Die vom *AG Frankfurt a.M.* geforderte Übergabe eines Schlüssels reicht nach der hier vertretenen Auffassung nicht aus³¹⁵. Aus Gründen des Schuldnerschutzes ist die alleinige Zutrittsmöglichkeit des Gerichtsvollziehers zu gewährleisten.

dd) Haftungsfreistellung gegenüber dem Gerichtsvollzieher

Führt der Gerichtsvollzieher die Frankfurter Räumung durch, entsteht durch die private Lagerung ein höheres Schadensrisiko als bei der Einlagerung durch einen Fachmann. Daher verlangt das *AG Frankfurt a.M.* eine Haftungsfreistellungserklärung des Vollstreckungsgläubigers gegenüber dem Gerichtsvollzieher³¹⁶. Das Gericht geht allerdings nicht darauf ein, dass im Rahmen einer Staatshaftung nicht der Gerichtsvollzieher, sondern der Justizfiskus als Dienstherr für dessen schuldhaftes Handeln verantwortlich ist, § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 34

³¹⁴ So auch *Riecke*, GE 2006, 623 (624).

³¹⁵ S. Teil 2. D. I.

³¹⁶ Ebenso: *LG Frankenthal*, BeckRS 2010, 17745.

S. 1 GG³¹⁷. Der Gerichtsvollzieher ist nur dem Fiskus und auch nur dann im Innenverhältnis regresspflichtig, wenn er bei der Ausführung einer Amtshandlung vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat, § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 34 S. 2 GG. Das Gericht kann in seinem Beschluss nichts anderes gemeint haben, als dass der Vollstreckungsgläubiger gerade gegenüber dem Gerichtsvollzieher die Freistellung für die Schäden erklären soll, die durch die außerordentliche Lagerung in seinen eigenen Räumen entstanden sind. Der Gerichtsvollzieher hat dem Vollstreckungsgläubiger die Verwahrung der fremden Gegenstände entgegen dem Grundsatz des § 139 Nr. 4 S. 3 GVGA analog anvertraut, obwohl er nicht wissen kann, ob dieser die Räumung so zuverlässig durchführt, wie ein bewährtes Unternehmen dies täte. Da er dem Wunsch des Gläubigers nachgekommen und ein eigenes Risiko eingegangen ist, weil er sein Auswahlermessen zugunsten des Gläubigers ausgeübt hat, soll er von der Regresshaftung wegen Auswahlverschuldens freigestellt werden³¹⁸.

Allerdings stellt sich die Frage, wie die vom *AG Frankfurt a.M.* geforderte Haftungsfreistellung rechtlich zu verstehen ist. Eine Schuldübernahme gem. §§ 414 f BGB und ein Schuldbeitritt in Form eines reinen Verpflichtungsvertrags gem. § 311 Abs. 1 BGB sind auszuschließen. Zwar ist die bloße Bestimmbarkeit einer zukünftig entstehenden Forderung grundsätzlich ausreichend³¹⁹. Allerdings müsste der Staat und gleichzeitiger Gläubiger des Regressanspruchs gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 34 S. 2 GG im Falle eines Haftungserignisses entweder gem. § 414 BGB selbst Vertragspartner werden oder gem. § 415 Abs. 1 S. 1 BGB den Vertrag zwischen Vollstreckungsgläubiger und Gerichtsvollzieher nachträglich genehmigen. Sonst wäre es möglich, dass der Gerichtsvollzieher als solventer Schuldner ohne Wissen des Dienstherrn gegen einen möglicherweise insolventen Dritten ausgetauscht würde. Der Fiskus würde sich auf einen solchen Tausch wohl nicht einlassen, da er sich um einen i.d.R. solventen Schuldner bringt.

In Betracht kommt daher allein das selbständige Schuldversprechen gem. §§ 780 f BGB. Dieses stellt einen abstrakten und einseitig verpflichtenden Vertrag dar und ist von dem zugrunde liegenden Kausalverhältnis völlig losgelöst³²⁰. Das Kausalverhältnis liegt hier in dem zwischen dem Staat und dem Vollstreckungsgläubiger geschlossenen Verwahrvertrag, welcher nur deshalb mit dem Gläubiger geschlossen wird, weil die von ihm beantragte Frankfurter Räumung durchgeführt wird. Die Abstraktheit des Versprechens hat zur Folge, dass der Gerichtsvollzieher ohne Rücksicht auf etwaige Einwendungen des Gläubigers, wie z.B. nur in

³¹⁷ S. Teil 1. B. IV. 1.; so auch *Schwieren*, S. 150 f.

³¹⁸ So auch *Schwieren*, S. 150 f.

³¹⁹ *Staudinger/Rieble*, § 414 Rn. 52.

³²⁰ *Palandt/Sprau*, § 780 Rn. 1a.

eigenen Angelegenheiten gem. § 690 BGB haften zu müssen, die Freistellung verlangen kann. Möchte er kein Risiko eingehen, müsste er im Einzelfall die Bonität des Vollstreckungsgläubigers überprüfen. Dennoch befreit das Schuldversprechen den Gerichtsvollzieher zu keinem Zeitpunkt von der Haftung gegenüber dem Staat, da dieser nicht Partei des abstrakten Schuldversprechens ist. Er kann sich erst nach der eigenen Inanspruchnahme bei dem Vollstreckungsgläubiger schadlos halten.

ee) Schadensersatzverpflichtung gegenüber dem Schuldner

Wegen des erhöhten Schadensrisikos bei der Verwahrung durch den Gläubiger muss sich dieser unabhängig anderweitiger Schadensersatzansprüche gegenüber dem Schuldner verpflichten, für alle entstandenen Schäden uneingeschränkt aufzukommen. Auch hier kommt ein abstraktes, uneingeschränktes Schuldversprechen für die selbständige Ersatzverpflichtung gem. §§ 780 f BGB in Betracht. Dann aber sieht sich der Gläubiger mit der Tatsache konfrontiert, dass der Vollstreckungsschuldner überwiegend unbekannt verzogen ist und daher die für die Ersatzverpflichtung notwendige Annahmeerklärung³²¹ nicht erteilt. Dieses Problem kann auch nicht über die Zugangsvereitelung gelöst werden, da hier nur der Zugang, nicht aber die Abgabe einer Willenserklärung fingiert wird. Aus diesem Grunde scheidet auch ein rechtsgeschäftlicher Schuldbeitritt gem. § 311 Abs. 1 BGB.

Vorgeschlagen wird daher ein Vertrag zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und dem Staat zugunsten des Vollstreckungsschuldners³²², da eine Annahmeerklärung des Drittbegünstigten nicht notwendig ist³²³, § 328 Abs. 1 BGB. Diese Möglichkeit wirkt jedoch konstruiert, da es dem *AG Frankfurt a.M.* gerade darum geht, dem Vollstreckungsschuldner einen direkten Schadensersatzanspruch gegen den Gläubiger als gleichzeitigen Schädiger einzuräumen. Außerdem wird sich der Staat, bzw. der Gerichtsvollzieher, wegen des „gefahrenereigneten“ Frankfurter Modells vor der Durchführung fragen müssen, ob der den Schadensersatz garantierende Gläubiger überhaupt liquide ist. Ist dies zu verneinen, trägt der Staat im Falle der Staatshaftung das Ausfallrisiko der Schadensforderung. Daher wird als probates Mittel sowohl für die Haftungsfreistellungserklärung als auch für die Schadensersatzverpflichtung eine vom Gläubiger für eine bestimmte Zeit zu stellende Sicherheit vorgeschlagen³²⁴. Ob sich der Staat auf einen solchen Verwaltungsaufwand einlassen wird, ist fraglich. Zudem wird der

³²¹ Palandt/*Sprau*, § 780 Rn. 1a.

³²² *Riecke*, DGVZ 2004, 145 (146).

³²³ MünchKomm-BGB/*Gottwald*, § 328 Rn. 3; *Jauernig/Stadler*, § 328 Rn. 15.

³²⁴ *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (175); *Riecke*, DGVZ 2004, 145 (146).

Vollstreckungsschuldner kaum darauf eingehen, im Schadensfall allein den Gläubiger in Anspruch nehmen zu können.

d) Stellungnahme

Grundsätzlich liegt es im Ermessen des Gerichtsvollziehers, ob er das Frankfurter Modell durchführt. Der Gläubiger hat nur dann einen Anspruch auf diese Verwahralternative, wenn die Schuldnerschutzvorschriften nicht beeinträchtigt werden oder sein Interesse an der alternativen Verwahrung ganz entscheidend überwiegt. Letzteres ist nach der hier vertretenen Ansicht nur der Fall, wenn die Zahlung des Kostenvorschusses für den Vollstreckungsgläubiger unzumutbar ist oder aber der Wohnungsinhalt ausschließlich aus Müll und Unrat besteht. Die von dem *AG Frankfurt a.M.* aufgestellten Voraussetzungen für die Begründung eines Anspruchs überzeugen dagegen nicht³²⁵. Eine sach- und praxisgerechte Umsetzung der Voraussetzungen ist für den Gerichtsvollzieher nicht durchführbar, da die Bedingungen zu unbestimmt und zeitintensiv sind³²⁶.

II. Durchführung

Der Gerichtsvollzieher führt zunächst die klassische Räumung durch³²⁷. Ist niemand auf Seiten des Vollstreckungsschuldners anwesend, lässt der Gerichtsvollzieher die Gegenstände auf Antrag des Gläubigers eben nicht in ein Pfandlokal schaffen³²⁸, sondern veranlasst die Verwahrung i.S.d. § 885 Abs. 3 S. 1. Alt. 2 ZPO in den gläubigereigenen Räumen, indem er mit dem Gläubiger einen privaten, unentgeltlichen Verwahrvertrag abschließt. Steht dem Gläubiger eigenes Personal zur Verfügung, führt er die Räumung und den Transport eigenständig durch. Ab dem Zeitpunkt der Wegschaffung besteht der Herausgabeanspruch gegen den Gerichtsvollzieher gem. § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO. Der Schuldner kann diesen nur dann direkt gegenüber dem Gläubiger geltend machen, wenn der Gerichtsvollzieher dies bei Abschluss des Verwahrvertrags bestimmt hat. Werden die pfändbaren und unpfändbaren, verwertbaren und unverwertbaren Gegenstände nach dem Ablauf von zwei Monaten nicht gem. § 885 Abs. 4 S. 1 ZPO abgeholt, erfolgt der übliche Verkauf bzw. die Vernichtung der Gegenstände i.R.d. klassischen Räumung³²⁹.

³²⁵ A.A. Huth, DWW 2004, 22.

³²⁶ So auch: Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (174); Scholz, ZMR 2010, 1 (4).

³²⁷ S. Teil 1. B. III.

³²⁸ S. Teil 1. B. III. 4.

³²⁹ LG Rottweil, DGVZ 1993, 44 (45); Zöller/Stöber, § 885 Rn. 24.

III. Zulässigkeit

Die Rechtsprechung und die Literatur gehen ganz überwiegend von der generellen Zulässigkeit des Frankfurter Modells als anderweitige Verwahrungsmöglichkeit i.S.d. § 885 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 ZPO aus und räumen dem Gerichtsvollzieher grundsätzlich ein Ermessen ein, ob er das beantragte Modell durchführt oder nicht³³⁰. Schon der Wortlaut des § 885 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 ZPO lässt ausdrücklich eine andere Verwahrung der Gegenstände als in einem Pfandlokal zu. Verfügt der Gerichtsvollzieher nicht über ausreichende Pfandräume, bleibt ihm gar keine andere Möglichkeit, als einen privatrechtlichen Verwahrvertrag mit einem Dritten abzuschließen. Eine generelle Kollision mit den Amtspflichten des Gerichtsvollziehers durch die Beauftragung eines privaten Helfers, wie sie beim *Hamburger Modell* vorliegt³³¹, ergibt sich daraus aber nicht. Hier werden nicht maßgebliche Teile der Vollstreckung delegiert³³², sondern lediglich eine untergeordnete Tätigkeit im Rahmen der Abwicklungsphase übertragen. Der Gerichtsvollzieher hat zu jeder Zeit Weisungsmacht über den Verwahrer und ist nach der hier vertretenen Ansicht alleiniger Schlüsselinhaber und damit sogar unmittelbarer Besitzer der Gegenstände.

Der Verwahrung durch den Gläubiger selbst stehen auch die den Schuldner schützenden § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO nicht entgegen. Zum einen bleibt die Verwahrung immer behördlicher Natur, da allein der Gerichtsvollzieher ein Zutrittsrecht zu den Verwahräumen haben darf³³³ und somit nur das staatlich bestimmte Vollstreckungsorgan die Vollstreckung in den Händen hält. Der Schuldner kann zu jeder Zeit seinen Anspruch auf Herausgabe der unpfändbaren und wertlosen Sachen gem. § 885 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 1 Hs. 1 ZPO erfolgreich geltend machen. Zudem sind die Bedenken, dass der Gläubiger die Sachen nicht mit hinreichender Sorgfalt behandelt, entgegen der Ansicht *Schwierens* grundsätzlich zu verneinen³³⁴. Zwar wird die Verwahrung nicht professioneller Natur sein, wie es bei einer gewerblichen Verwahrung der Fall wäre. Der Gläubiger hat aber ein eigenes Interesse an der Unversehrtheit der Gegenstände, da er für eine Beschädigung während der Verwahrzeit selbst haftet³³⁵. Zudem kann er die unversehrten Gegenstände wegen des Kostenerstattungsanspruchs gem. § 788 Abs. 1 S. 1

³³⁰ OLG Stuttgart, DGVZ 1966, 41 (42); LG Köln, DGVZ 2002, 168 (169); LG Ulm, DGVZ 1990, 123 (124); LG Düsseldorf, JurBüro 1987, 464; LG Wuppertal, DGVZ 1987, 12 (13); AG Lörrach, DGVZ 2005, 109 f; AG Frankfurt a.M., NZM 2004, 359 f; Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rn. 34; Breiholdt, Hamburger GE 2004, 128; MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 42; B/L/A/H/Hartmann, § 885 Rn. 29; Dierck/Morvilius/Vollkommer/Hippler, S. 664 Rn. 136 ff; Schneider, MDR 1982, 984 (986); Schwierens, S. 140; Schuschke/Walker/Walker, § 885 Rn. 24.

³³¹ S. Teil 2. A. IV. 2.

³³² S. Teil 2. A. III. 2.

³³³ S. Teil 2. B. I. 1.

³³⁴ Schwierens, S. 139.

³³⁵ S. Teil 3. B. II. 2. a.

ZPO oder den Anspruch auf Herausgabe des Verwertungserlöses gem. §§ 788 Abs. 2 S. 1, 794 Abs. 1 Nr. 2, 829 ZPO später pfänden lassen³³⁶. Obgleich der Gläubiger selbst Partei des Vollstreckungsverfahrens ist, kann daher ein Interessenkonflikt ausgeschlossen werden. Der Zulässigkeit des Frankfurter Modells steht auch die vorgebrachte Kritik, möglicher komplizierter Haftungsfragen und Beweisführungs- sowie Beweislastprobleme, nicht entgegen³³⁷. Diese Schwierigkeiten sind lediglich Folge der Durchführung des alternativen Modells und können nicht als Kriterium für die zwangsvollstreckungsrechtliche Zulässigkeit des Modells herangezogen werden.

Allein *Riecke* spricht sich gegen die Zulässigkeit dieser Variante aus³³⁸. Er führt z.B. an, dass der Gerichtsvollzieher keine Billigarbeiter als Transporthelfer zu akzeptieren habe und die Räume auf ihre Tauglichkeit hin überprüfen müsse. Diese Argumentation läuft jedoch ebenfalls nicht auf die Frage nach der Zulässigkeit des Frankfurter Modells hinaus, sondern bezieht sich auf die obig dargestellte Diskussion, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Durchführung zu bejahen ist³³⁹. Auch könne dem Gerichtsvollzieher nicht zugemutet werden, im jeweiligen Stadt- oder Gemeindegebiet versprengte Pfandlager zu betreiben³⁴⁰. Dem ist entgegen zu halten, dass der Gerichtsvollzieher die Lagerung nach § 139 Nr. 4 S. 2 GVGA analog lediglich am Ort der Vollstreckung vornehmen soll. Aus der Norm geht nicht hervor, dass er hierzu verpflichtet ist. Er kann daher selbst entscheiden, ob er sich eine Lagerung in verschiedenen ortsnahen Lagern zumuten möchte oder nicht.

C. Die Teilräumung

Eine andere Variante den Kostenvorschuss zu verringern, stellt die Beschränkung des Vollstreckungsauftrags dar. Der Vollstreckungsgläubiger beantragt allein die Besitzausweisung des Schuldners und verzichtet auf die Entfernung der Gegenstände aus der Wohnung³⁴¹. Durch diese als Teilräumung bezeichnete Vollstreckungsmethode³⁴² entfallen ebenfalls die hohen Transport- und Lagerkosten. Der Vollstreckungstitel wird so in ein persönliches Moment (Entfernung des Schuldners) und in ein sachliches Moment (Entfernung der Gegenstände)

³³⁶ S. Teil 1. C. I.: unter der Voraussetzung, dass überhaupt pfändbare Gegenstände vorhanden sind.

³³⁷ *Grißbenmeyer*, NZM 2007, 310 (322); *Horst*, MDR 2006, 249 (252); *Schuschke*, NZM 2005, 681 (685).

³³⁸ *Riecke*, NZM 2006, 919 (920).

³³⁹ S. Teil 2. B. I. 2. b.

³⁴⁰ *Riecke*, NZM 2006, 919 (920); *ders.*, DGVZ 2004, 145 (146); ebenso: *Scholz*, ZMR 2010, 1 (4).

³⁴¹ *LG Hildesheim*, DGVZ 1987, 78 (79).

³⁴² *AG Berlin-Wedding*, DGVZ 1986, 123 (124).

de) gespalten³⁴³. Ein Pfandrecht oder sonstiges Recht an den in der Wohnung verbleibenden Gegenständen macht der Gläubiger nicht geltend. Gegen die Zulässigkeit der Teilräumung besteht aber erhebliche Kritik.

I. Zulässigkeit

1. Überwiegende Ansicht

Die ganz überwiegende Mehrheit hält eine Beschränkung des Vollstreckungsantrags zwar für generell zulässig, nicht aber die spezielle Beschränkung des Räumungsauftrags auf die bloße Besitzausweisung³⁴⁴. Der Vollstreckungsgläubiger erhalte dadurch unzulässigerweise auch an den Sachen Gewahrsam, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind³⁴⁵. Dies verstoße gegen den Wortlaut des § 885 Abs. 2 ZPO, wonach nur die der Vollstreckung unterfallenden Sachen in den Räumen verbleiben dürften³⁴⁶. § 885 Abs. 2 ZPO stelle zudem eine Schutzvorschrift des Schuldners dar³⁴⁷, weshalb das Wegschaffen der Sachen schon deshalb vorzunehmen sei. Zudem sei der Schuldner häufig gar nicht in der Lage, die in der Wohnung verbliebenen Sachen selbst abzuholen. Die Beschränkung des Auftrags sei zudem unzulässig, weil der Gläubiger hierdurch mehr beantrage, als ihm das Gericht zugesprochen habe. Tituliert sei lediglich der Herausgabeanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB, nicht jedoch die Dispositionsbefugnis über die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegenden Sachen. Dies ergebe sich aus dem Inhalt des Anspruchs gem. § 546 Abs. 1 BGB³⁴⁸. Danach habe der Mieter seine Räumungspflicht so zu erfüllen, dass er sämtliche von ihm eingebrachten Sachen entfernt und eben nicht zurücklässt. Ein Recht zum Besitz an den Gegenständen ergebe sich daraus nicht. Der Anspruch auf Räumung und Herausgabe der Wohnung sei unteilbar³⁴⁹.

2. Gegenansicht

Vereinzelt wird vertreten, dass der Räumungsauftrag auf die bloße Entfernung des Schuldners aus der Wohnung zulässigerweise beschränkt werden könne, da die Besitzausweisung ei-

³⁴³ *LG Arnsberg*, DGVZ 1984, 30 (31).

³⁴⁴ *LG Hildesheim*, DGVZ 1987, 78 (79); *LG Düsseldorf*, DGVZ 1984, 78 (79); *AG Berlin-Wedding*, DGVZ 1986, 123 (124 ff); *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 16.

³⁴⁵ *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 16.

³⁴⁶ *LG Hildesheim*, DGVZ 1987, 78 (79).

³⁴⁷ *LG Düsseldorf*, DGVZ 1984, 78 (79).

³⁴⁸ = § 556 Abs. 1 BGB a.F.

³⁴⁹ *AG Berlin-Wedding*, DGVZ 1986, 123 (124).

nen isolierbaren Teil des Vollstreckungsgehalts darstelle³⁵⁰. Der Tenor beinhalte einmal die Verpflichtung des Schuldners, die Wohnung zu verlassen und zum anderen die Verpflichtung, die Gegenstände zu entfernen³⁵¹. Die isolierte Entfernung des Schuldners stelle nicht ein Begehren außerhalb des Titels dar, sondern sei ein Teil des weitergehenden Vollstreckungsgehaltes.

3. Stellungnahme

Die Beschränkbarkeit eines Vollstreckungsantrags hängt von der Natur des zugrunde liegenden Titels ab. Bei einer Vollstreckung, z.B. wegen einer Geldforderung, ist die Beschränkung auf nur einen Teil der Forderung unproblematisch zu bejahen. Es bleibt dem Vollstreckungsgläubiger vorbehalten, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, weniger bewegliche Gegenstände für die Beitreibung zu pfänden, als zur Befriedigung notwendig wären oder nur einen Teilbetrag einer Forderung zu pfänden³⁵². Die Auftragsbeschränkung ist hier unproblematisch, da sich der Inhalt des zugrunde liegenden titulierten Zahlungsanspruchs nicht verändert. Zudem lässt § 752 S. 1 ZPO die Vollstreckung eines Teilbetrages ausdrücklich zu.

Anders gestaltet sich aber die Situation bei der Vollstreckung eines Räumungstitels³⁵³ nach § 546 Abs. 1 BGB. Zweck des titulierten Herausgabeanspruchs ist es, dem Gläubiger dieselbe uneingeschränkte Verfügungsmacht zu verschaffen, die er vor der Übergabe an den Schuldner innehatte, also die Wiedereinräumung des unmittelbaren Besitz an den leeren Räumen. Bei einer Teilräumung wird der Inhalt des Anspruchs aber nicht nur verändert, sondern darüber hinaus erweitert. Indem der Vollstreckungsgläubiger allein die isolierte Besitzausweisung des Vollstreckungsschuldners beantragt, macht er zusätzlich eine Dispositionsbefugnis über die fremden Gegenstände geltend. Durch den Verzicht auf die Entfernung der Sachen würde ihm unrechtmäßigerweise Gewahrsam an den schuldnerischen Gegenständen eingeräumt³⁵⁴. Grundsätzlich macht er zwar nur einen Teil des Titels geltend, faktisch beantragt er aber weit mehr, da die Dispositionsbefugnis nicht vom Titel umfasst ist und der beantragte Leistungszweck ein völlig anderer ist. Zudem sieht § 885 Abs. 1 ZPO ausdrücklich vor, dass der Gerichtsvollzieher die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenstände aus der Wohnung schafft. Bei dem Antrag auf Teilräumung handelt es sich somit um eine unzulässige Ti-

³⁵⁰ *LG Arnsberg*, DGVZ 1984, 30 (31); Thomas/Putzo/Hüßtege, § 753 Rn. 11.

³⁵¹ *LG Arnsberg*, DGVZ 1984, 30 (31).

³⁵² MünchKomm-ZPO/Heßler, § 753 Rn. 25 f.; Schuschke/Walker/Walker, § 753 Rn. 4.

³⁵³ MünchKomm-ZPO/Heßler, § 754 Rn. 23.

³⁵⁴ So auch *LG Düsseldorf*, DGVZ 1984, 78 (79).

telerweiterung³⁵⁵, da der Vollstreckungsgläubiger auch kein materiell-rechtliches Besitzrecht geltend macht, auf die er die Dispositionsbefugnis an den Gegenständen stützt (vgl. *Berliner Modell*)³⁵⁶.

II. Ergebnis

Da der Herausgabeanspruch gem. § 546 Abs. 1 BGB nicht geteilt werden kann, ist die Annahme einer zulässigen Beschränkung des Antrags auf die alleinige Besitzausweisung ohne materielles Besitzrecht nach ganz überwiegender Ansicht unvertretbar. Der Vollstreckungsgläubiger muss eine andere Vollstreckungsmethode wählen, um die Höhe des Kostenvorschusses zu verringern. Daher wird die Teilräumung in der Arbeit nicht weiter verfolgt.

D. Das Berliner Modell

Das Berliner Modell stellt ebenfalls eine *Teilräumung* dar. Neben dem Antrag auf bloße Besitzausweisung macht der Vollstreckungsgläubiger hier jedoch zusätzlich ein umfassendes Vermieterpfandrecht an allen in der Wohnung zurückbleibenden Gegenständen gem. §§ 562 Abs. 1 S. 1, 562b Abs. 1 S. 1 BGB geltend. Die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers endet in diesem Falle bereits mit der Besitzausweisung des Gläubigers und dem Zurücklassen der schuldnerischen Gegenstände in der Wohnung. Ab diesem Zeitpunkt ist der Vollstreckungsgläubiger allein für die ordnungsgemäße Verwaltung der schuldnerischen Gegenstände verantwortlich. Dadurch entfällt die kostenintensive Inanspruchnahme des Fuhr- und des Lagerunternehmens, wodurch bis zu 90 Prozent der Vollstreckungskosten eingespart werden können³⁵⁷ und der Kostenvorschuss nur noch maximal 500 Euro beträgt³⁵⁸. Die Berliner Räumung ist äußerst beliebt und gewinnt in der Praxis immer mehr an Bedeutung³⁵⁹.

Am 17. November 2005 entschied der *Bundesgerichtshof* erstmals, dass das Modell auch im Wohnraummietrecht zulässigerweise angewendet werden darf³⁶⁰. Während insbesondere

³⁵⁵ So im Ergebnis auch *Schwieren*, S. 49 f, die ihre Ansicht jedoch mit der einheitlichen Anwendung des § 885 ZPO begründet.

³⁵⁶ S. sogleich Teil 2. D.

³⁵⁷ *Monjé*, GE 2006, 150 (151 f).

³⁵⁸ *BGH*, NJW-RR 2009, 1384 f.

³⁵⁹ *Schuschke*, NZM 2010, 117.

³⁶⁰ *BGH*, NJW 2006, 848 f; bereits im Jahre 2003 hatte der *BGH* entschieden, dass ein Vermieter, der ein Vermieterpfandrecht geltend machen will, den Vollstreckungsauftrag entsprechend beschränken kann (*BGH*, DGVZ 2003, 88 f). Diese Entscheidung bezog sich aber nur auf gewerbliches Mietrecht und nicht auf das Wohnraummietrecht.

Praktiker das im Folgenden mehrfach höchstrichterlich bestätigte Berliner Modell³⁶¹ als Revolution³⁶² und spektakuläre Entscheidung der andauernden Versuche zur Senkung der Vollstreckungskosten begrüßen³⁶³, kritisieren insbesondere Stimmen in der Literatur diese Rechtsprechung stark. Die rechtliche Brisanz des Modells besteht darin, dass der Vollstreckungsgläubiger sehenden Auges ein Vermieterpfandrecht auch an solchen Gegenständen ausübt, die gem. § 562 Abs. 1 S. 2 BGB, §§ 811 ff ZPO unpfändbar sind und der Gerichtsvollzieher aufgrund des Formalisierungsgrundsatzes grundsätzlich verpflichtet ist, auch diese Gegenstände in der Wohnung und somit im Gläubigergewahrsam zu belassen.

I. Voraussetzungen

1. Zusätzliche Voraussetzungen

Der Vollstreckungsgläubiger muss ein umfassendes Vermieterpfandrecht gem. § 562 Abs. 1 S. 1 BGB an allen in der Wohnung befindlichen Sachen geltend machen. Hierzu genügt jeder formlose Vorgang, durch den der Vermieter das Pfandrecht nach außen zur Geltung bringt³⁶⁴. Einer vorherigen gerichtlichen Anrufung bedarf es gem. § 562b Abs. 1 S. 1 BGB nicht³⁶⁵.

a) Zeitpunkt der Geltendmachung

Der Vollstreckungsgläubiger hat zwei Möglichkeiten sein Vermieterpfandrecht auszuüben: Entweder bereits bei Erteilung des Auftrags oder erst am Tag der Räumung³⁶⁶. Beantragt er die Berliner Räumung sofort, kann der Gerichtsvollzieher nach der o.g. Rechtsprechung lediglich den reduzierten Kostenvorschuss verlangen. Macht er das Vermieterpfandrecht erst am Räumungstag geltend, muss er den vollen, nicht reduzierten Kostenvorschuss entrichten³⁶⁷ und zusätzlich zumindest die Ausfallkosten des Fuhrunternehmers zahlen, da der Gerichtsvollzieher das Fuhrunternehmen für den Räumungstag bestellt hat³⁶⁸. Im letzteren Fall erhält

³⁶¹ *BGH*, NJW-RR 2009, 1384 f; *BGH*, NJW 2006, 3273 f.

³⁶² *Körner*, ZMR 2006, 201.

³⁶³ *Monjé*, GE 2006, 150 (151).

³⁶⁴ *BGH*, NJW 1972, 721.

³⁶⁵ *BGH*, NJW 2006, 848 f; *BGH*, DGVZ 2003, 88 f: für gewerbliches Mietrecht; *LG Aachen*, DGVZ 2007, 125 f; *MünchKomm-BGB/Artz*, § 562b Rn. 1; *Staudinger/Emmerich*, § 562b Rn. 1; *Flatow*, NJW 2006, 1396 (1397); *Knapp*, S. 65 f; *Zöller/Stöber*, § 885 Rn. 20.

³⁶⁶ *Seip*, DGVZ 2006, 24 (25).

³⁶⁷ *Seip*, DGVZ 2006, 24 (25).

³⁶⁸ S. Teil 1. C. III.

der Vollstreckungsgläubiger also nicht die kostengünstigen Vorteile, die das Berliner Modell eigentlich vorsieht.

b) Umfang des Vermieterpfandrechts

Der Vermieter kann gem. § 562 Abs. 1 S. 1 BGB ein Vermieterpfandrecht für die Forderungen aus dem Mietverhältnis an den eingebrachten, im Eigentum des Mieters stehenden Sachen geltend machen. Die Gegenstände sind in die Wohnung eingebracht, wenn der Mieter diese während der Mietzeit gezielt in die Mieträume einbringt³⁶⁹. Dieses Pfandrecht erstreckt sich auch auf auflösend bedingtes Eigentum, Anwartschaftsrechte und Sicherungseigentum, wenn es erst nach dem Einbringen auflösend bedingt übereignet wurde³⁷⁰. Der Gläubiger kann das Pfandrecht auch für die künftige Miete des laufenden und des folgenden Mietjahres geltend machen, § 562 Abs. 2 BGB. Er muss der Entfernung der Sachen widersprechen, damit das Vermieterpfandrecht nicht nach § 562a BGB erlischt. Außerdem steht ihm gem. § 562b Abs. 1 S. 1 BGB ein Selbsthilferecht zu, so dass er die Entfernung der pfändbaren Gegenstände durch den Mieter ohne Anrufen des Gerichts verhindern kann. Nicht erfasst werden unpfändbare Gegenstände gem. § 562 Abs. 1 S. 2 BGB, §§ 811 Abs. 1, 811 c Abs. 1 ZPO, sowie nach umstrittener Auffassung auch die in § 812 ZPO³⁷¹ aufgeführten Gegenstände.

c) Bestehen des Vermieterpfandrechts

Der Vollstreckungsgläubiger muss nach der Rechtsprechung des *BGH* ein Vermieterpfandrecht an allen in der Wohnung befindlichen Sachen geltend machen. Dabei ist aber zu beachten, dass sich in den zu räumenden Wohnungen ganz überwiegend unpfändbare Gegenstände befinden, wie z.B. Haus- und Küchengeräte³⁷², so dass ein Vermieterpfandrecht an diesen Sachen gar nicht entstehen kann. Nach der Rechtsprechung des *BGH* kommt es darauf aber gar nicht an³⁷³. Der Gerichtsvollzieher dürfe im Rahmen des formalisierten Vollstreckungsverfahrens nicht überprüfen, ob das behauptete Recht materiell-rechtlich überhaupt besteht. Die bloße umfassende Geltendmachung reiche aus.

³⁶⁹ Palandt/*Weidenkaff*, § 562 Rn. 6.

³⁷⁰ Palandt/*Weidenkaff*, § 562 Rn. 7 und 9 f.

³⁷¹ Palandt/*Weidenkaff*, § 562 Rn. 17: § 812 ZPO verfolge den gleichen sozialpolitischen Zweck wie §§ 811 Abs. 1, 811 c Abs. 1 ZPO; ablehnend: Schmidt-Futterer/*Lammel*, § 562 Rn. 14.

³⁷² *Scholz*, ZMR 2010, 1 (3).

³⁷³ *BGH*, NJW-RR 2009, 1384 f; *BGH*, NJW 2006, 3273 f; *BGH*, NJW 2006, 848 f.

2. Anspruch auf Durchführung des Berliner Modells

Der *BGH* ist der Ansicht, dass der Gerichtsvollzieher verpflichtet ist, den beschränkten Herausgabeantrag durchzuführen, wenn der Vollstreckungsgläubiger gleichzeitig ein umfassendes Vermieterpfandrecht ausübt³⁷⁴. Ob sich auch dogmatisch ein Anspruch auf die Berliner Räumung herleiten lässt, ist allerdings fraglich. Eine Pflicht zur Durchführung kann auch hier weder auf den allgemeinen Vollstreckungsanspruch, noch auf ein Weisungsrecht des Gläubigers zurückgeführt werden³⁷⁵.

Der Anspruch auf Durchführung des Berliner Modells wäre aber begründet, wenn der Gerichtsvollzieher das materielle Vermieterpfandrecht zu beachten hätte, obwohl es nicht vom Titel erfasst ist. Dann müsste die Geltendmachung des Vermieterpfandrechts der Wegschaffungspflicht aus § 885 Abs. 2 und 3 ZPO vorgehen. Zwar geht die Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher in § 180 Nr. 4 Abs. 1 S. 1 GVGA ausdrücklich von dem Vorrang des Vermieterpfandrechts aus. Die GVGA stellt jedoch eine bloße Verwaltungsvorschrift dar, so dass ihr lediglich eine Indizwirkung zugesprochen werden kann³⁷⁶. Das Recht des Vermieters, die Entfernung der Sachen wegen seines Vermieterpfandrechts verhindern zu können, macht jedoch wenig Sinn, wenn ihm dieses gerade bei der Herausgabevollstreckung verwehrt würde. Zieht der Mieter freiwillig aus, kann der Vermieter sein Recht unbestritten geltend machen. Diese Möglichkeit muss ihm aber erst recht gewährt werden, wenn der Auszug des Mieters zwangsweise durchgesetzt werden muss. Sonst würde der gesetzwidrig Handelnde gegenüber dem gesetzmäßig Handelnden unrechtmäßigerweise privilegiert. Daher muss das vom Gläubiger und früheren Vermieter geltend gemachte Vermieterpfandrecht der Entfernung der Sachen durch den Gerichtsvollzieher vorgehen³⁷⁷. Folglich kann der sich weigernde Gerichtsvollzieher durch eine Erinnerung gem. § 766 Abs. 2 ZPO zur Durchführung der Berliner Räumung angewiesen werden. Ob dies auch dann gilt, wenn das Vermieterpfandrecht bestritten wird oder erst gar nicht entstehen kann, ist höchst umstritten. Da diese Frage aber letztlich eine solche der materiell-rechtlichen Prüfungskompetenz des Gerichtsvollziehers ist und sich somit auf die Zulässigkeit des Berliner Modells insgesamt bezieht, wird diese erst i.R.d. der später folgenden Zulässigkeitsprüfung beantwortet³⁷⁸.

³⁷⁴ *BGH*, NJW 2006, 848 f; *BGH*, DGVZ 2003, 88 f: für gewerbliches Mietrecht.

³⁷⁵ S. Teil 2. A. II. 2. und Teil 2. B. I. 2. b.

³⁷⁶ S. Teil 2. A. II. 2.

³⁷⁷ So auch schon: RGZ 102, 77 (81 f).

³⁷⁸ S. Teil 2. D. III.

II. Durchführung

1. Dauerhafter Anspruch auf Herausgabe der unpfändbaren Sachen

Bei Durchführung der klassischen Räumung ist der Titel erst nach der Entfernung der Gegenstände aus der Wohnung verbraucht³⁷⁹. Da die Gegenstände i.R.d. Berliner Modells jedoch nicht aus der Wohnung geschafft werden, ist die Zwangsvollstreckungshandlung bereits nach der Besitzeinweisung beendet und der Titel schon jetzt verbraucht³⁸⁰. Es obliegt nunmehr allein dem Vollstreckungsgläubiger, die Abwicklung der zurückgelassenen Gegenstände vorzunehmen. Ob er die Sachen zu verwahren oder zu verwerten hat oder sie vernichten darf, hängt von ihrer Art ab. Wie der Gerichtsvollzieher bei der klassischen Räumung muss der Gläubiger diese in unpfändbare, pfändbare oder Müll und Unrat unterteilen. Mitunter steht er einer bunten Mischung gegenüber: Möbel, Geschirr, Kleidung und elektronische Geräte, aber auch Bücher u.ä. und häufig jede Menge Müll³⁸¹. Die Abwicklungsphase gestaltet sich daher langwierig und risikoreich, so dass *Monjé* zutreffend bemerkt, dass es hier geradezu nach einer Vereinfachung schreit³⁸².

Während der gesamten Abwicklung hat der Gläubiger zu beachten, dass er kein Eigentum an den zurückgelassenen Gegenständen erwirbt. Eine Aneignung gem. §§ 958 Abs.1, 959 BGB scheidet mangels freiwilligen Auszugs aus³⁸³, da der Schuldner zwangsweise aus dem Besitz der Wohnung gesetzt wird und es somit an einem Verzichtswillen fehlt. Der Eigentumserwerb kann auch nicht auf eine analoge Anwendung der Fundvorschriften gem. §§ 973 Abs. 1 S. 1, 965 Abs. 1 BGB gestützt werden³⁸⁴. Es fehlt an einer vergleichbaren Interessenslage, da die Besitzeinweisung eine hoheitliche Zwangsmaßnahme ist und nicht mit dem Ansichnehmen i.S.e. freiwilligen Geschäftsbesorgung³⁸⁵ gleichgestellt werden kann.

Ab dem Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger den Besitz an den Gegenständen erlangt, steht dem Schuldner ein Herausgabeanspruch bezüglich der unpfändbaren Sachen gem. § 985 ZPO zu³⁸⁶. Daneben besteht auch ein Herausgabeanspruch gem. § 861 Abs. 1 BGB, da die Inbesitznahme von unpfändbaren Gegenständen widerrechtlich ist und somit verbotene Eigen-

³⁷⁹ S. Teil 1. B. III. 1.

³⁸⁰ *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (177).

³⁸¹ *Both*, GE 2007, 192 (198).

³⁸² *Monjé*, GE 2006, 150 (158).

³⁸³ *BGH*, NJW 2006, 848 f; *Knapp*, S. 194 ff; *Paschke*, GE 2006, 420 (424).

³⁸⁴ *Knapp*, S. 196 f.

³⁸⁵ *MüchKomm-BGB/Oechsler*, § 965 Rn. 10.

³⁸⁶ *Niederelz*, S. 151.

macht darstellt, § 858 Abs. 1 BGB³⁸⁷. Dem Herausgabeverlangen bezüglich der pfändbaren Sachen nach § 985 BGB kann der Gläubiger allerdings ein absolutes Besitzrecht gem. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB entgegenhalten³⁸⁸, da der Besitz der vom Vermieterpfandrecht erfassten Sachen rechtmäßig ist. In diesem Fall steht ihm dieselbe absolute Besitzrechtsstellung zu wie dem Inhaber eines rechtsgeschäftlichen Faustpfandrechts³⁸⁹. Der Vollstreckungsgläubiger muss die Gegenstände auch dann nicht herausgeben, wenn er nicht umgehend zur Verwertung schreitet³⁹⁰.

2. Müll und Unrat

Selbstverständlich trifft den Vollstreckungsgläubiger bei unzweifelhaft vorliegendem Müll und Unrat, wie nicht reparierbaren Hausratsgegenständen oder Mobiliar³⁹¹, aber auch hygienisch problematischen Gegenständen³⁹², keine Verwahrpflicht³⁹³. Diese Sachen können sofort vernichtet werden, da eine Verwahrung unverhältnismäßig und sinnlos wäre und auch nicht im Interesse des Schuldners liegt. Dem Gläubiger ist eindringlich zu raten, die vorgefundenen und vernichtbaren Gegenstände zu dokumentieren und bestenfalls bezeugen zu lassen, da er behauptete Eigentumsverletzungen so entkräften kann³⁹⁴.

3. Unpfändbare Gegenstände

a) Hinterlegung

Sollten sich unter den unpfändbaren Gegenständen ausnahmsweise hinterlegungsfähige Sachen befinden (Geld, Wertpapiere, sonstige Urkunden, Kostbarkeiten), kann der Vollstreckungsgläubiger als Schuldner des Herausgabeanpruchs diese gem. § 372 BGB hinterlegen, wenn der Anspruch fällig und erfüllbar ist, der Vollstreckungsschuldner als nunmehriger Gläubiger sich entweder im Verzug der Annahme befindet oder Handlungen vorgenommen hat, weshalb der Vollstreckungsgläubiger die Herausgabe nicht vornehmen kann.

³⁸⁷ Flatow, NZM 2009 aktuell, Heft 16, V (VI); *Grüßenmeyer*, NZM 2007, 310 (323); *Schuschke*, NZM 2005, 681 (685); *Seip*, DGVZ 2006, 24 (25).

³⁸⁸ MünchKomm-BGB/*Baldus*, § 986 Rn. 3; *Palandt/Weidenkaff*, § 562b Rn. 2.

³⁸⁹ *Staudinger/Emmerich*, § 562b Rn. 11; *Schmidt/Futterer/Lammel*, § 562b Rn. 20; *Palandt/Weidenkaff*, § 562b Rn. 6.

³⁹⁰ *OLG Stuttgart*, MDR 2008, 679 f.

³⁹¹ *Martini*, GE 2006, 360 (367).

³⁹² *Knapp*, S. 193; *Martini*, GE 2006, 360 (367).

³⁹³ *Blank/Börstinghaus/Blank*, § 546 Rn. 61; *Monjé*, GE 2006, 150 (156).

³⁹⁴ S. hierzu Teil 3. C. II. 3. a. cc.

aa) Fälligkeit und Erfüllbarkeit

Unter Fälligkeit wird der Zeitpunkt verstanden, ab dem der Gläubiger die Leistung einfordern kann³⁹⁵. Erfüllbarkeit bezeichnet den Zeitpunkt, ab dem der Schuldner die Leistung überhaupt erbringen darf³⁹⁶. Da der Vollstreckungsschuldner den Herausgabenanspruch gem. § 985 BGB ab der Besitzerlangung durch den Vollstreckungsgläubiger diesem gegenüber geltend machen kann, ist die Fälligkeit unproblematisch zu bejahen. Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach der Erfüllbarkeit. Grundsätzlich darf ein Schuldner seine Verpflichtung schon ab der Fälligkeit erfüllen³⁹⁷, wenn es sich bei dem in Rede stehenden Anspruch nicht um einen verhaltenen Anspruch handelt.

Ein solcher liegt vor, wenn der Gläubiger die Leistung jederzeit verlangen kann, der Schuldner aber ohne Geltendmachung des Anspruchs zur Erfüllung weder berechtigt noch verpflichtet ist³⁹⁸. Da der Vollstreckungsschuldner bei der Räumungsvollstreckung häufig seine zurückgelassenen Gegenstände nicht herausfordert, bedeutete ein solcher Anspruch für den Vollstreckungsgläubiger, dass er sich niemals durch Hinterlegung befreien könnte. Entgegen der Auffassung *Knapps* ist die verhaltene Natur des § 985 BGB jedoch zu verneinen³⁹⁹. Sinn und Zweck der Norm ist, dass der Eigentümer schnellstmöglich wieder in den Besitz seines Eigentums gelangt. Dem steht entgegen, dass ein dem Eigentümer unbekannter, aber herausgabewilliger Fremdbesitzer die Sache erst nach Geltendmachung des Herausgabeanpruchs hinterlegen dürfte. Müsste er die Sache weiterhin verwahren, würde der Eigentümer seine Sachen nicht zurückerhalten. Das in Art. 14 GG verankerte absolute Eigentumsrecht wäre so in ungerechtfertigter Weise einschränkt. Dürfte der Schuldner die Sachen hingegen hinterlegen, bestünde zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Eigentümer sie zurückerhält. Bei der Bestimmung der Rechtsnatur kann auch nicht auf die spezielle Situation der Berliner Räumung abgestellt werden⁴⁰⁰. Das Verhalten des Vollstreckungsgläubigers könnte zwar als widersprüchlich angesehen werden, da er durch die isolierte Räumung zunächst das Zurückbleiben der Gegenstände in seiner Wohnung bewirkt, unmittelbar danach aber die Wegschaffung derselben begehrt. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann die Rechtsnatur eines Anspruchs aber nicht von dem jeweils zugrunde liegenden Einzelfall abhängig gemacht werden. Die Hinterlegung stellt auch keinen Eigentumseingriff dar, sondern allein eine Verlegung des Aufbewahrungsorts mit einer jederzeitigen Zugriffsmöglichkeit.

³⁹⁵ Palandt/*Grüneberg*, § 271 Rn. 1.

³⁹⁶ Palandt/*Grüneberg*, § 271 Rn. 1.

³⁹⁷ Palandt/*Grüneberg*, § 271 Rn. 1.

³⁹⁸ Staudinger/*Bittner*, § 271 Rn. 27.

³⁹⁹ *Knapp*, S. 199; a.A.: *Schwieren*, S. 122 f.

⁴⁰⁰ So aber: *Knapp*, S. 199.

Somit muss der Herausgabeanspruch unabhängig von dessen Geltendmachung im Zeitpunkt der Fälligkeit erfüllbar sein⁴⁰¹. Der Vollstreckungsgläubiger darf daher die geeigneten Gegenstände sofort hinterlegen. Er muss auch keine mit der Frist des § 885 Abs. 4 ZPO vergleichbare Zeit abwarten. Die Norm soll die Verwertung und Vernichtung des schuldnerischen Eigentums vor dem Ablauf von zwei Monaten verhindern.

bb) Annahmeverzug gem. § 372 S. 1 BGB

Darüber hinaus müsste sich der Vollstreckungsschuldner als Gläubiger des Herausgabeanspruchs gem. §§ 293 ff BGB im Annahmeverzug befinden. Ein solcher ist zu bejahen, wenn sich die Erfüllung des Schuldverhältnisses verzögert, weil der Gläubiger die erforderliche Mitwirkung unterlässt⁴⁰², obwohl der Schuldner die Leistung wie geschuldet angeboten hat⁴⁰³. Da die Herausgabepflicht des § 985 BGB eine Holschuld ist⁴⁰⁴, reicht ein wörtliches, empfangsbedürftiges Angebot am Belegenheitsort der Sache aus, § 295 S. 1 Alt. 2 BGB. Problematisch ist das Zugangserfordernis gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB jedoch dann, wenn der Schuldner sich an einem unbekanntem Ort befindet. In diesem Fall kann der Zugang nur noch mit Hilfe einer Zugangsvereitelung i.S.d. § 242 BGB fingiert werden.

Dann müsste neben dem vorliegenden objektiven Zugangshindernis des unbekanntem Aufenthaltsortes auch ein subjektiver Umstand zu bejahen sein⁴⁰⁵. Letzterer liegt vor, wenn eine Person ihren Aufenthalt an einen unbekanntem Ort verlegt und mit dem Zugang rechtserheblicher Erklärungen rechnen muss⁴⁰⁶. Zieht der Vollstreckungsschuldner vor der Räumung ohne Mitnahme seiner Gegenstände aus und zeigt er den neuen Wohnsitz nicht an, muss er nach der hier vertretenen Ansicht auch nach Abschluss der Vollstreckung mit rechtserheblichen Erklärungen des ehemaligen Vermieters oder des Gerichtsvollziehers rechnen⁴⁰⁷. Die Zwangsvollstreckung ist erst mit der vollständigen Befriedigung des Anspruchs einschließlich der Zwangsvollstreckungskosten beendet⁴⁰⁸. Zwar wird vertreten, dass ein Gläubigerverzug bei der Berliner Räumung nicht angenommen werden könne, da das Vermieterpfandrecht ge-

⁴⁰¹ Bei den anerkannten verhaltenen Ansprüchen handelt es sich regelmäßig um von Hauptansprüchen abhängige Nebenansprüche, z.B. §§ 260 Abs. 1, 368, 629, 2314 BGB; vgl. Staudinger/*Bittner*, § 271 Rn. 27; MünchKomm-BGB/*Krüger*, § 271 Rn. 4; da § 985 BGB einen Hauptanspruch darstellt, steht das hier gefundene Ergebnis mit der allgemeinen Ansicht in Einklang.

⁴⁰² Palandt/*Grüneberg*, § 293 Rn. 1.

⁴⁰³ Palandt/*Grüneberg*, § 293 Rn. 9.

⁴⁰⁴ MünchKomm-BGB/*Baldus*, § 985 Rn. 36; Staudinger/*Gursky*, § 985 Rn. 61; die Holschuld im Rahmen des § 697 BGB ergibt sich bereits aus dessen Wortlaut.

⁴⁰⁵ Palandt/*Ellenberger*, § 130 Rn. 18.

⁴⁰⁶ MünchKomm-BGB/*Einsele*, § 130 Rn. 36.

⁴⁰⁷ So auch *Paschke*, GE 2006, 420 (424).

⁴⁰⁸ *Lackmann*, S. 3 Rn. 8.

rade der Grund für die zurückgelassenen Gegenstände sei⁴⁰⁹. Diese Ansicht greift jedoch zu kurz, da genauso gut argumentiert werden kann, dass es zu der Zwangsvollstreckung gar nicht gekommen wäre, wenn der Vollstreckungsschuldner seine Pflichten eingehalten hätte. Zudem hat der nicht der Räumung beiwohnende Vollstreckungsschuldner die Gegenstände bereits vor der Räumung zurückgelassen und muss daher sehr wohl mit rechtserheblichen Erklärungen über die weitere Vorgehensweise rechnen.

Sollte dieser Auffassung nicht gefolgt werden, ist auch der Verzug durch ein tatsächliches Angebot gem. § 294 BGB auszuschließen, obwohl es hier auf den Zugang gar nicht ankommt, weil das Angebot einen Realakt darstellt, auf welchen § 130 BGB nicht anwendbar ist⁴¹⁰. Zwar kann auch ein unbekannt verzogener Vollstreckungsschuldner als Gläubiger in Verzug gesetzt werden, wenn er nachträgliche Kenntnis erlangt⁴¹¹. Dies dürfte aber schwerlich der Fall sein, wenn der Vollstreckungsschuldner sich nicht selbst um den Kontakt mit dem Vollstreckungsschuldner bemüht. Letzteres dürfte im Regelfall jedoch zu verneinen sein. Auch fehlt es an der für den Verzug nach § 296 BGB erforderliche Entbehrlichkeit des Angebots.

cc) Sonstiger Grund gem. § 372 S. 2 BGB

Der Vollstreckungsgläubiger darf aber auch dann hinterlegen, wenn er seine Verbindlichkeit aus einem anderen, in der Person des Gläubigers (Vollstreckungsschuldners) liegendem Grund, nicht erfüllen kann, § 372 S. 2 BGB. Ein solcher Grund wird bereits bejaht, wenn sich Letzterer an einem unbekanntem Ort aufhält⁴¹².

b) Verwahrung

aa) Verwahrpflicht

Steht dem Vollstreckungsgläubiger kein Recht zur Hinterlegung zu, muss er die unpfändbaren Gegenstände⁴¹³ entweder in seiner Wohnung verwahren oder an einem anderen Ort unterbringen⁴¹⁴. Dies betrifft zumeist den gesamten Hausrat, da der Vollstreckungsschuldner kaum pfändbare Gegenstände besitzt⁴¹⁵. Die Verwahrpflicht wird aus verschiedensten Rechtsgrund-

⁴⁰⁹ *Monjé*, GE 2006, 150 (157).

⁴¹⁰ *Palandt/Grüneberg*, § 294 Rn. 2.

⁴¹¹ *Palandt/Grüneberg*, § 294 Rn. 2.

⁴¹² *Palandt/Grüneberg*, § 372 Rn. 5; *MünchKomm-BGB/Wenzel*, § 372 Rn. 8.

⁴¹³ Welche Gegenstände unpfändbar sind, wurde bereits in Teil 2. D I. 1. b erläutert.

⁴¹⁴ *Blank/Börstinghaus/Blank*, § 546 Rn. 61.

⁴¹⁵ *Joswig*, GE 2006, 242.

lagen hergeleitet. Der *BGH* stellte in der ersten Entscheidung zum Berliner Modell ohne weitere Begründung auch für die unpfändbaren Sachen auf §§ 1215, 1257 BGB in direkter Anwendung ab⁴¹⁶. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass schon der Wortlaut nur die Verwahrung pfändbarer Gegenstände zulässt. Aus diesem Grund wird die analoge Anwendung der Vorschriften vorgeschlagen⁴¹⁷. Das *LG Lübeck*, welches als eines der ersten Gerichte über Abwicklungsschäden i.R.d. Berliner Modells zu entscheiden hatte⁴¹⁸, begründete die analoge Anwendung der §§ 1215, 1257 BGB mit einem Erst-Recht-Schluss. Wenn der Vermieter eine Pflicht zur Verwahrung der pfändbaren Gegenstände hat, müsse diese Pflicht erst recht für die Gegenstände gelten, an denen er unrechtmäßiger Weise ein Vermieterpfandrecht geltend gemacht hat. Dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, jedoch erscheint es fragwürdig, die Pflicht zur Verwahrung mit einer entsprechenden Anwendung der Pfandrechtsvorschriften zu begründen, wenn doch ein Recht zum Besitz nicht besteht⁴¹⁹. Zudem bedarf es einer analogen Anwendung auch gar nicht, da sich die Verwahrpflicht bereits aus einer anderen, unmittelbar anwendbaren Rechtsgrundlage ergibt, nämlich aus der Obhutspflicht aus der nachwirkenden Verpflichtung aus dem Mietvertrag⁴²⁰, gem. §§ 546, 241 Abs. 2 BGB. Da den Vermieter bereits eine Verwahrpflicht für Gegenstände trifft, die der Mieter beim Auszug rechtswidrigerweise in der Wohnung zurückgelassen hat, muss diese Pflicht erst recht für die Gegenstände bejaht werden, die der Mieter bei der Berliner Räumung zwangsweise zurücklassen musste und an denen dem Vermieter kein Recht zum Besitz zusteht.

Im Gegensatz dazu vertritt *Knapp*, dass die Verwahrung der unpfändbaren Sachen nicht eine Pflicht, sondern eine bloße Obliegenheit darstelle, da sich der Vermieter im Falle einer unberechtigten Verwertung oder Entsorgung nach §§ 280 Abs. 1 und 823 Abs. 1 BGB Schadensersatzpflichtig mache⁴²¹. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Für die Verwahrung der unpfändbaren Gegenstände müssen mindestens dieselben Grundsätze für die Verwahrung der pfändbaren Gegenstände gelten, da die unpfändbaren Gegenstände durch eine Rechtsverletzung in den Besitz genommen wurden. Dem schutzwürdigen Mieter, bzw. Vollstreckungsschuldner würde eine Anspruchsgrundlage genommen, wenn das Recht auf eine Primärleistungspflicht entzogen würde.

Einige Gläubiger werden sich i.R.d. Abwicklung fragen, ob sie die Gegenstände auch einem Dritten zur Verwahrung überlassen dürfen. Bei der Verwahrung ist eine solche Möglich-

⁴¹⁶ *BGH*, NJW 2006, 848 f.

⁴¹⁷ *LG Lübeck*, NZM 2010, 439.

⁴¹⁸ *LG Lübeck*, NZM 2010, 439, ebenso: *AG Berlin-Lichtenberg*, GE 2009, 1629.

⁴¹⁹ So auch: *Flatow*, NJW 2006, 1396 (1398).

⁴²⁰ MünchKomm-BGB/Artz, § 562b Rn. 2; *Flatow*, NJW 2006, 1396 (1398); Schmidt/Futterer/Gather, § 546 Rn. 57; *Grüßenmeyer*, NZM 2007, 310 (323); *Schwieren*, S. 120.

⁴²¹ *Knapp*, S. 186.

keit gem. §§ 691 S. 1, 688 BGB grundsätzlich ausgeschlossen, da der Verwahrer die Sachen im Vertrauen auf seine besondere Befähigung übergeben bekommt. Im Gegensatz hierzu erlangt der Pfandgläubiger die Sachen unabhängig von seiner Person zur Sicherung der Forderung, so dass eine Drittverwahrung für einen Pfandgläubiger ganz überwiegend bejaht wird⁴²². Zwar werden die Gegenstände i.R.d. Berliner Modells eben nicht zur Forderungssicherung gepfändet, allerdings ist es aus Schuldnerschutzgründen ratsam, die Verwahrung zumindest durch einen Fachmann zuzulassen. Dieser ist häufig sehr viel besser in der Lage, die Gegenstände sachgerecht zu verwahren.

bb) Verwahrdauer

Da unpfändbare Gegenstände weder sofort verwertet noch entsorgt werden dürfen⁴²³, stellt sich die problematische Frage nach der pflichtgemäßen Verwahrdauer. Eine Obhutspflicht auf unbeschränkte Zeit ist von vornherein auszuschließen, da der Gläubiger ansonsten erheblich belastet werden würde. Dies wird schon durch die Tatsache verdeutlicht, dass der Schuldner gegen Treu und Glauben verstößt, wenn er sich längere Zeit nicht um die zurückgelassenen Sachen kümmert, aber später Schadensersatz wegen der Verletzung der Obhutspflicht verlangt⁴²⁴.

Eine zweimonatige Verwahrdauer gem. § 885 Abs. 4 S. 1 und 2 ZPO analog ist abzulehnen⁴²⁵. Die Gegenstände gelangten nicht aufgrund hoheitlicher Zuweisung i.R.d. klassischen Vollstreckung, sondern aufgrund des materiell-rechtlichen Vermieterpfandrechts in den Gläubigerbesitz. Die Vorschrift muss allerdings in so weit beachtet werden, als dass dem Schuldner aus Schuldnerschutzgründen mindestens dieselbe Aufbewahrungspflicht von zwei Monaten zu gestanden werden muss. Ebenso scheidet eine analoge Anwendung des § 696 BGB aus, da dem Schuldner nicht zugemutet werden kann, der jederzeitigen Rücknahmeforderung des Vollstreckungsgläubigers ausgesetzt zu sein. Auch eine analoge Anwendung des § 19 Abs. 1 HintO, welche eine Verwahrdauer von 31 Jahren bedeutete, wird vorgeschlagen⁴²⁶. Diese Dauer kann dem Gläubiger für zumeist wertlose Gegenstände aber nicht ernsthaft zugemutet werden.

⁴²² Palandt/Bassenge, § 1215 Rn. 1; MünchKomm-BGB/Damrau, § 1215 Rn. 2; Staudinger/Wiegand, § 1215 Rn. 9.

⁴²³ LG Lübeck, NZM 2010, 439 f.

⁴²⁴ Wolf/Eckert/Ball/Eckert, S. 302 Rn. 983; Schmidt-Futterer/Gather, § 546 Rn. 58; Herrlein/Kandelhard/Kandelhard, § 546 Rn. 33.

⁴²⁵ Flatow, NZM 2009 aktuell, Heft 16, V; Dierck/Morvilius/Vollkommer/Hippler, S. 667 Rn. 150; Schwioren, S. 123 f; a.A. Schmidt-Futterer/Gather, § 546 Rn. 60.

⁴²⁶ Monjé, GE 2006, 150 (156), der tatsächlich von einer Verwahrzeit von 31 Jahren ausgeht.

Sinnvoll erscheint daher nur die von *Knapp* vorgeschlagene Anwendung des § 548 Abs. 2 BGB analog⁴²⁷. Zweck dieser Norm ist die Vermeidung der misslichen Lage, dass der Mieter nach längst beendetem Mietverhältnis Ansprüche geltend macht⁴²⁸. Sie schafft einen Ausgleich zwischen dem Interesse des Mieters und dem des Vermieters, nicht auf ewig an die Verwahrungspflicht gebunden zu sein. Da diese über die Zweimonatsfrist hinausgeht, wird sie auch der Tatsache gerecht, dass der Gläubiger rechtswidrig in den Besitz der unpfändbaren Gegenstände gelangt ist. Aus diesem Grunde muss der Gläubiger auch verpflichtet sein, die Verwertung oder Vernichtung vorher anzudrohen, wenn ihm der neue Wohnort des Schuldners bekannt ist. Abweichend von § 548 Abs. 2 BGB analog sollte jedoch die Verwahrfist nicht mit der tatsächlichen Beendigung des Mietverhältnisses⁴²⁹, sondern mit dem Tag der Räumung beginnen, da der Gläubiger erst hier unrechtmäßigerweise Besitz an den unpfändbaren Gegenständen erlangt hat.

c) Verwertung

Nach Ablauf der Sechsmonatsfrist gem. § 548 Abs. 2 BGB analog kann der Gläubiger die Gegenstände durch einen Selbsthilfeverkauf im Wege der öffentlichen Versteigerung⁴³⁰ gem. § 383 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB verwerten und den Erlös mit befreiender Wirkung gem. § 378 BGB hinterlegen⁴³¹. Obwohl dem Gläubiger eine Vernichtung der Sachen sicherlich willkommener wäre, muss er zuvor zumindest einen erfolglosen Verwertungsversuch unternommen haben⁴³². Er könnte sonst willkürlich entscheiden, ob er den durch Verkauf erzielten Erlös hinterlegt oder den Schuldner durch Vernichtung um denselben bringt. Wenn der Gläubiger schon nicht das schuldnerische Integritätsinteresse wahren muss, dann aber zumindest das Interesse, ein Äquivalent für das Eigentum zu erhalten. Die Pflicht zur vorrangigen Verwertung ließe sich ebenfalls auf eine nachwirkende Pflicht aus dem Mietvertrag stützen, §§ 535 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

⁴²⁷ *Knapp*, S. 203 f.

⁴²⁸ MünchKomm-BGB/*Bieber*, § 548 Rn. 1.

⁴²⁹ MünchKomm-BGB/*Bieber*, § 548 Rn. 23; Palandt/*Weidenkaff*, § 548 Rn. 12.

⁴³⁰ *Both*, GE 2007, 192 (199); Palandt/*Grüneberg*, § 383 Rn. 4 f; *Monjé*, GE 2006, 150 (157); *Paschold*, DGVZ 1995, 5 f; *Schwieren*, S. 124; MünchKomm-BGB/*Wenzel*, § 383 Rn. 6.

⁴³¹ Palandt/*Grüneberg*, § 383 Rn. 6.

⁴³² So auch *Knapp*, S. 202.

aa) Selbsthilfeverkauf gem. § 383 Abs. 1 S. 1 BGB

Die zumeist nicht hinterlegungsfähigen Sachen könnten auch im Wege der Versteigerung verwertet und der Erlös hinterlegt werden, wenn der Vollstreckungsschuldner an einen unbekanntem Ort verzogen ist. Nach der hier vertretenen Ansicht befindet er sich dann wegen Zugangsvereitelung der Willenserklärung gem. § 295 S. 1 Alt. 2 BGB im Annahmeverzug⁴³³.

bb) Selbsthilfeverkauf gem. §§ 383 Abs. 1 S. 2, 372 S. 2 BGB

Ein Recht zur Versteigerung kommt darüber hinaus in Betracht, wenn der Schuldner aus einem, in der Person des Gläubigers (Vollstreckungsschuldners) liegenden Grund, seine Verbindlichkeit nicht erfüllen kann und die Aufbewahrung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist, §§ 383 Abs. 1 S. 1, 372 S. 2 BGB. Während die personenbezogene Voraussetzung bereits vorliegt, wenn sich der Gläubiger an einem unbekanntem Ort aufhält⁴³⁴, findet sich für die Frage, wann die Aufbewahrungskosten als unverhältnismäßig hoch anzusehen sind, weder im Gesetz eine Definition, noch ein Vergleichsmaßstab oder einschlägige Rechtsprechung. Überwiegend wird daher angenommen, dass der Wert der Sache der Maßstab für die Verhältnismäßigkeit der Aufbewahrungskosten sei⁴³⁵. Sofern die Sachen weder übermäßig werthaltig sind, noch auf kleinsten Raum gelagert werden können, sind die Kosten als unverhältnismäßig zu bewerten. Da bei Wohnungszwangsräumungen regelmäßig keine werthaltigen Sachen zurückgelassen werden, steht dem Gläubiger recht häufig ein Selbstverkaufsrecht nach §§ 383 Abs. 1 S. 2, 372 S. 2 BGB zu. Ein freihändiger Verkauf gem. § 385 BGB scheidet dagegen, weil die zurückgelassenen Gegenstände grundsätzlich keinen Börsen- oder Marktpreis haben.

d) Vernichtung

Für das weitere Vorgehen bezüglich der nicht verkauften Sachen enthält das Gesetz keine Regelung. Da die Verwahrungspflicht nach sechs Monaten beendet ist, darf der Vollstreckungsgläubiger nach der hier vertretenen Ansicht nach einem erfolglosen Verwertungsversuch die Vernichtung der Gegenstände rechtmäßigerweise vornehmen⁴³⁶. Allerdings muss

⁴³³ S. Teil 2. D. II. 1. a. bb.

⁴³⁴ S. Teil 2. D. II. 1. a. bb.

⁴³⁵ *Monjé*, GE 2006, 150 (157); *Staudinger/Olzen*, § 383 Rn. 5.

⁴³⁶ *Joswig*, GE 2006, 242; *Körner*, ZMR 2006, 201 (202); *Schwieren*, S. 124.

auch hier die Vernichtung dem bekannt verzogenen Vollstreckungsschuldner vorher angedroht werden.

4. Pfändbare Gegenstände

a) Verwahrung

Sollte der Vollstreckungsschuldner tatsächlich einmal pfändbare Gegenstände in der Wohnung zurücklassen, sind diese bis zum Eintritt der Pfandreife, also bis zur Fälligkeit der Forderung, zu verwahren, §§ 1215, 1228 Abs. 2 S. 1, 1257, 688 ff BGB entsprechend⁴³⁷. Zu beachten ist aber stets, dass der Gläubiger die Gegenstände, anders als ein Verwahrer i.S.d. §§ 688 ff BGB, im eigenen Interesse besitzt und sich daher i.R.d Haftung einige Nachteile ergeben⁴³⁸. Da ein Anspruch auf Mietzahlung grundsätzlich am dritten Werktag des Monats fällig ist und der Vollstreckungsschuldner sich im Zahlungsrückstand befindet, liegt die Pfandreife bereits im Zeitpunkt der Geltendmachung des Vermieterpfandrechts vor. Der Vollstreckungsgläubiger ist daher nicht verwahrpflichtig, er kann sich durch einen Pfandverkauf unmittelbar befriedigen, §§ 1228 Abs. 1, 1233 ff, 1257 BGB. Die öffentliche Versteigerung ist hierbei der gesetzlich vorgesehene Normalfall der Verwertung, der Selbsthilfeverkauf die Ausnahme.

b) Öffentliche Versteigerung

aa) Verfahren

Nachdem die Versteigerung angedroht und der Geldbetrag, weshalb die Verwertung vorgenommen wird, angezeigt wurde, beginnt die Versteigerung gem. §§ 1228 Abs. 1, 1233 Abs. 1, 1235 Abs. 1, 1257 BGB nach Ablauf eines Monats, § 1234 Abs. 1 und 2 BGB. Ist der Schuldneraufenthalt nicht zu ermitteln, müsste deshalb eine öffentliche Zustellung gem. §§ 132 Abs. 2 BGB, 185 ff ZPO erfolgen. Allerdings entfällt die Anzeigepflicht im vorliegenden Fall wegen Untunlichkeit⁴³⁹, da dem Gläubiger ein Zuwarten nicht zumutbar ist. Aus demselben Grund entfällt auch die Pflicht, den Ort und die Zeit der Versteigerung öffentlich bekannt zu machen, §§ 1237 S. 1 und 2, 1257 BGB. Die Monatsfrist beginnt bereits mit Ein-

⁴³⁷ Palandt/Bassenge, § 1215 Rn. 1; MünchKomm-BGB/Damrau, § 1215 Rn. 2; Prütting/Wegen/Weinreich/Nobbe, § 1215 Rn. 2 f; Schwieren, S. 119.

⁴³⁸ S. hierzu Teil 3. C. II. 3. b.

⁴³⁹ MünchKomm-BGB/Damrau, § 1234 Rn. 4.

tritt der Pfandreife nach § 1228 Abs. 2, 1257 BGB. Die Versteigerung erfolgt vornehmlich in der Gläubigerwohnung und wird vom Gerichtsvollzieher oder einer anderen befugten Person durchgeführt, §§ 1236 S. 1, 383 Abs. 3 S. 1, 1257 BGB. Bei unbekanntem Aufenthaltsort entfällt auch hier die Pflicht, das Ende der Versteigerung anzuzeigen, §§ 1241, 1257 BGB. Der erzielte Erlös bringt die Mietforderung in gleicher Höhe zum Erlöschen, §§ 1247 S. 1, 1257 BGB, ein etwaiger Übererlös ist dem Vollstreckungsschuldner herauszugeben, §§ 1252, 1223 Abs. 1, 1247 S. 2, 1257 BGB.

bb) Nicht versteigerte Gegenstände

Tritt der unwahrscheinliche Fall ein, dass die Mietforderung vor dem Verkauf aller Gegenstände befriedigt ist, darf der Gläubiger nicht mit der Verwertung fortfahren, §§ 1230 S. 2, 1257 BGB. Er wäre zum Schadensersatz verpflichtet, da die Veräußerung dann rechtswidrig ist, §§ 1243 Abs. 1 und 2, 1230 S. 2, 1257 BGB. Mit dem Erlöschen der Forderung erlischt auch das akzessorische Pfandrecht, so dass der Vollstreckungsgläubiger sowohl zur Herausgabe der nunmehr pfandfreien Gegenstände als auch des überschüssigen Erlöses verpflichtet ist, §§ 1223 Abs. 1, 1253 Abs. 1, 1247 S. 2, 1257 BGB. Macht der Schuldner seinen Anspruch nicht geltend, stellt sich die bereits erörterte Frage, wie der Vollstreckungsgläubiger nun vorgehen muss. Den Gläubiger trifft ebenfalls eine Verwahrpflicht, da diese auch dann fortbesteht, wenn das Pfandrecht bereits erloschen ist⁴⁴⁰, §§ 1215, 1257 BGB. Allerdings bietet sich auch hier eine analoge Anwendung des § 548 Abs. 2 BGB an⁴⁴¹, so dass der Vollstreckungsgläubiger die Sachen nach dem Ablauf von sechs Monaten und einer erfolglos gewährten Abholfrist der Vernichtung zu führen kann. Auch hier muss für den Beginn der Frist auf den Tag der Räumung abgestellt werden. Der Schuldner ist hier nicht schutzbedürftiger als bei der Verwahrung unpfändbarer Sachen. Eine sofortige Vernichtung scheidet aus, da der Gläubiger ohne Recht fremdes Eigentum zerstören und § 885 Abs. 4 ZPO umgehen würde. Den überschüssigen Erlös kann der Gläubiger gem. § 372 S. 1 BGB hinterlegen.

Finden die Gegenstände keinen Interessenten, erlischt die Forderung nicht und das Pfandrecht besteht in diesem Fall weiter. Aber auch hier ist § 548 Abs. 2 BGB analog auf die Verwahrpflicht nach §§ 1215, 1257 BGB, 688 ff BGB anzuwenden, so dass die Gegenstände nach dem Ablauf von sechs Monaten mit Recht vernichtet werden dürfen.

⁴⁴⁰ Soergel/Habersack, § 1215 Rn. 3; Erman/Michalski, § 1215 Rn. 1; Staudinger/Wiegand, § 1215 Rn. 15.

⁴⁴¹ S. Teil 2. D. II. 3. b. bb.

c) Privatrechtlicher Verkauf

Sollten die gepfändeten Gegenstände tatsächlich einmal einen Börsen- oder Marktpreis aufweisen, kommt der privatrechtliche Verkauf in Betracht, §§ 1228 Abs. 1, 1233 Abs. 1, 1235 Abs. 2, 1221, 1257 BGB. Dann müssten die Sachen an der Börse oder auf einem Markt so häufig verkauft werden, dass sich laufende Preise bilden (Durchschnittspreise)⁴⁴². Nur verkaufsermächtigte oder sonstige befugte Personen dürfen den freihändigen Verkauf durchführen⁴⁴³. Bezüglich der nicht verkauften Sachen wird auf die Ausführungen i.R.d. öffentlichen Versteigerung verwiesen.

d) Verzicht

Um dem langwierigen Verwertungsablauf zu entgehen, kann der Vollstreckungsgläubiger alternativ den vollständigen Pfandrechtsverzicht erklären⁴⁴⁴, §§ 1255, 1257 BGB. Dieser bietet sich dann an, wenn der Verkauf der pfändbaren Gegenstände absehbar nicht zur Befriedigung führt. Um Zeit und Kosten zu sparen, könnte der Vollstreckungsgläubiger den Verzicht nach der Besitzeinweisung aussprechen. Da der Titel bereits erloschen ist und die Räumungspflicht nicht wieder auflebt⁴⁴⁵, müsste der Vollstreckungsgläubiger die Sachen vor der Vernichtung wiederum sechs Monate verwahren, da die Verwahrpflicht nicht mit Erlöschen des Pfandrechts endet⁴⁴⁶.

Ist der Vollstreckungsschuldner jedoch unbekannt verzogen, ist der Verzicht wegen seines Zugangserfordernisses⁴⁴⁷ problematisch und könnte allein durch eine Zugangsvereitelung fingiert werden⁴⁴⁸. Neben dem objektiven Tatbestandsmerkmal ist nach der hier vertretenen Auffassung auch das subjektive Tatbestandsmerkmal zu bejahen, da der Vollstreckungsschuldner auch nach seiner Besitzausweisung mit rechtserheblichen Erklärungen rechnen muss⁴⁴⁹. Dem möglichen Argument, der direkt nach der Besitzeinweisung erklärte Pfandrechtsverzicht sei rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig, ist entschieden entgegenzuhalten, dass der Pfandrechtsverzicht für beide Parteien vorteilhaft ist. Neben der Herausgabe der unpfändbaren Sachen kann der Vollstreckungsschuldner jetzt auch das pfandfreie Eigentum herausverlangen,

⁴⁴² Staudinger/Wiegand, § 1221 Rn. 2.

⁴⁴³ Palandt/Bassenge, § 1221 Rn. 2.

⁴⁴⁴ So auch Knapp, S. 189; Monjé, GE 2006, 150 (158).

⁴⁴⁵ AG Düsseldorf, DGVZ 1994, 141, allerdings bezogen auf Geschäftraummiete; Martini, GE 2006, 360 (364); Schuschke, NZM 2005, 681 (685).

⁴⁴⁶ S. Teil 2. D. II. 4. b. bb.

⁴⁴⁷ MünchKomm-BGB/Damrau, § 1255 Rn. 1.

⁴⁴⁸ S. ebenso Teil 2. D. II. 3. a. bb.

⁴⁴⁹ S. Teil 2. D. II. 3. a. bb.

welches der Vollstreckungsgläubiger sonst zu eigenen Gunsten verwertet hätte⁴⁵⁰. Es widerspricht dem Interesse des Vollstreckungsschuldners, den unmittelbaren Verzicht auf das sein Eigentum belastende Pfandrecht nicht zuzulassen.

5. Dritteigentum

Gem. § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB wird vermutet, dass der Vollstreckungsschuldner als Besitzer der Gegenstände auch Eigentümer derselben ist. Stellt sich diese Vermutung als falsch heraus, hat der Vollstreckungsgläubiger dem wahren Eigentümer die Sachen nach §§ 985 und 861 Abs. 1 BGB herauszugeben, sowie im Falle der Verwertung oder Vernichtung Schadensersatz zu leisten. Fraglich ist jedoch, ob die Verjährungsregelung des § 548 Abs. 2 BGB, wie im Verhältnis der Vollstreckungsparteien⁴⁵¹, zugunsten des Gläubigers auch gegenüber dem Dritteigentümer (doppelt) analog angewendet werden kann. Dem Sinn und Zweck der Norm lässt sich eine solche Erweiterung jedoch nicht ohne weiteres entnehmen. Diese soll vermeiden, dass der Mieter noch nach längst beendetem Mietverhältnis Ansprüche gegenüber dem ehemaligen Vermieter geltend macht⁴⁵². Während dieser Gedanke auch auf die ehemaligen Mietvertragspartner und nunmehrigen Vollstreckungsparteien für die Verwahrung der Gegenstände nach Durchführung des Berliner Modells übertragen werden kann⁴⁵³, hat zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und dem an der Vollstreckung unbeteiligten Dritten vor der Schädigung zu keiner Zeit ein vertragliches oder ähnliches Rechtsverhältnis bestanden.

Möglicherweise könnte die analoge Anwendung aber mit dem Rechtsverhältnis zwischen dem Vollstreckungsschuldner und dem Dritten als Geschädigten begründet werden. Der Dritte hat dem Vollstreckungsschuldner, vergleichbar einem Bewahrungsgehilfen⁴⁵⁴, bewusst und freiwillig unmittelbaren Besitz und somit die tatsächliche Gewalt über sein Eigentum eingeräumt. Seine Sache befindet sich dadurch in der Wohnung bzw. im Rechtskreis des Vollstreckungsschuldners, das Dritteigentum ist für den Gläubiger nicht ersichtlich, und § 548 Abs. 2 BGB findet auf die Verwahrpflicht für alle anderen Gegenstände analoge Anwendung. Aus diesem Grunde wäre es denkbar, dass sich der Dritte auch die Regelung des § 548 Abs. 2 BGB (doppelt) analog entgegen halten lassen müsste, als wäre er selbst Miet- bzw. Vollstreckungspartei. Allerdings geht es bei der Figur des Bewahrungsgehilfen um die Zurechnung seines schuldhaften Verhaltens bei der Schadensverursachung zum Nachteil des Geschädigten

⁴⁵⁰ Staudinger/*Wiegand*, § 1255 Rn. 2.

⁴⁵¹ S. Teil 2. D. II. 3. b. bb.

⁴⁵² MünchKomm-BGB/*Bieber*, § 548 Rn. 1.

⁴⁵³ S. Teil 2. D. II. 3. b. bb.

⁴⁵⁴ S. hierzu: MünchKomm-BGB/*Oetker*, § 254 Rn. 138.

gem. § 254 Abs. 2 S. 2 BGB. Im vorliegenden Fall stellt sich hingegen die Frage, ob die für den Geschädigten nachteilige kurze Verjährungsregelung allein aus der Tatsache heraus anzuwenden ist, dass der Geschädigte dem Vollstreckungsschuldner einen Gegenstand in dessen unmittelbaren Besitz überlassen hat, obwohl die Beschädigung in der Wohnung allein durch den Vollstreckungsgläubiger verursacht wurde. Dann aber wäre der Dritte mittelbar den Rechtsbeziehungen des Schuldners zum Gläubiger unterworfen, obwohl der Schaden gar nicht durch den Schuldner und Besitzer seiner Sache verursacht wurde. Daher ist der Schadensersatzanspruch des Dritten gegenüber dem Verhältnis der Vollstreckungsparteien losgelöst zu betrachten, eine (doppelt) analoge Anwendung des § 548 Abs. 2 BGB scheidet nach der hier vertretenen Ansicht aus.

III. Zulässigkeit

1. Meinungsstand

a) Generelle Zulässigkeit

Nach der mehrfach bestätigten Rechtsprechung des *BGH* und der überwiegenden Ansicht der Praktiker ist die isolierte Wohnungsherausgabe bei Geltendmachung eines umfassenden Vermieterpfandrechts uneingeschränkt zulässig⁴⁵⁵. Das Vermieterpfandrecht habe Vorrang vor der in § 885 Abs. 2 und 3 S. 1 ZPO bestimmten Entfernung. Der Grundsatz der Formalisierung des Zwangsvollstreckungsrechts führe dazu, dass dem Gerichtsvollzieher keinerlei materiell-rechtliche Prüfungskompetenz zustünde, so dass er die Gegenstände, auch dann wenn sie gar nicht pfändbar sind oder das Pfandrecht bestritten wird, in der Wohnung zurückzulassen habe⁴⁵⁶. Die §§ 811 ff ZPO seien allein auf die Sachpfändung anwendbar, nicht aber auf die Räumungsvollstreckung, was sich bereits aus der Stellung im Gesetz ergebe⁴⁵⁷. Zudem scheidet eine analoge Anwendung dieser Vorschriften aus⁴⁵⁸. Bei der Vollstreckung wegen

⁴⁵⁵ *BGH*, NJW-RR 2009, 1384 f; *BGH*, NJW 2006, 3273 f; *BGH*, NJW 2006, 848 f; ebenso: *LG Köln*, DGVZ 1996, 75; *LG Gießen*, DGVZ 1991, 156; *LG Arnsberg*, DGVZ 1984, 30 (31); *LG Darmstadt*, DGVZ 1977, 89 f, für gewerbliches Mietrecht; *AG Bremen*, BeckRS 2009, 20733; ebenso: Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rn. 29; Dierck/Morvilius/Vollkommer/Hippler, S. 664 Rn. 141 ff; Körner, GE 2008, 166 (167); Musielak/Lackmann, § 885 Rn. 17; Martini, GE 2006, 360 (364 ff); Monjé, GE 2006, 150 (152 ff); Staudinger/Rolfs, § 546 Rn. 51; Zöllner/Stöber, § 885 Rn. 20; Schuschke/Walker/Walker, § 885 Rn. 20.

⁴⁵⁶ Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rn. 29, allerdings ohne weitere Begründung; Riecke, DGVZ 2004, 145 (148), der jedoch eine Prüfung des Gerichtsvollziehers auf erste Sicht für zulässig hält.

⁴⁵⁷ Brox/Walker/Walker, S. 481 Rn. 1055, der aber bei offensichtlich unpfändbaren Sachen das Berliner Modell ablehnt: S. 483 Rn. 1057b.

⁴⁵⁸ So auch: Schneider, MDR 1982, 984 (985); Brox/Walker/Walker, S. 481 Rn. 1055.

Geldforderung diene das Vermögen als Haftungsobjekt, bei der Herausgabevollstreckung gehe es nicht um den Zugriff auf das Vermögen schlechthin, sondern um die Durchsetzung eines Anspruchs hinsichtlich eines bereits im Titel bestimmten Gegenstandes.

Auch seien schutzwürdige Belange des Schuldners nicht in einem solchen Ausmaß betroffen, als dass von der Berliner Räumung abzusehen sei⁴⁵⁹. Der Schuldner könne selbstverständlich die unpfändbaren Sachen bis zu seiner Besitzausweisung herausverlangen. Die grundsätzlich in § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO vorgesehene Unterbringung sei weiterhin gewährleistet, da auch der Gläubiger sowohl die pfändbaren als auch die unpfändbaren Gegenstände gem. §§ 1215, 1257 BGB einzulagern habe⁴⁶⁰. Komme er dieser Pflicht nicht nach, so träfe ihn die Haftung gem. §§ 280 Abs. 1 und 823 Abs. 1 BGB. Ein Verstoß gegen § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO liege nicht vor, da der Herausgabeanspruch erst nach dem Wegschaffen der Sachen entstände. Außerdem habe der Schuldner die Möglichkeit, seine (bestehenden) Herausgabeansprüche einzuklagen, vorläufigen Rechtsschutz zur einstweiligen Regelung gem. §§ 935 ff ZPO in Anspruch zu nehmen und Vollstreckungsschutz gem. § 765a Abs. 2 ZPO zu beantragen. Die Würde des Menschen und das Sozialstaatsprinzip forderten es keinesfalls, dass der Gerichtsvollzieher aus falsch verstandener Verantwortlichkeit für den Schuldner mit dessen unpfändbaren, aber wertlosen Sachen Verbindlichkeiten i.H.v. 3.000 bis 4.000 Euro produziere⁴⁶¹. Ausnahmsweise sei aber von der isolierten Herausgabe abzusehen, so entschied der *BGH* zuletzt, wenn besondere Umstände zu einem Überwiegen der schutzwürdigen Belange des Schuldners führten⁴⁶². Dies sei aber nicht schon dann anzunehmen, wenn sich der Vollstreckungsschuldner zur Zeit der Vollstreckung in Strafhaft befände, da auch ein Dritter die herauszugebenden Gegenstände abholen könne.

b) Unzulässigkeit bei unpfändbaren oder bestrittenem Pfandrecht

Dagegen geht eine weit verbreitete Ansicht einschränkend davon aus, dass das Berliner Modell unzulässig ist, wenn der Gläubiger das Vermieterpfandrecht an (offensichtlich) unpfändbaren Gegenständen geltend macht⁴⁶³ oder der Schuldner das Bestehen des Vermieter-

⁴⁵⁹ Dierck/Morvilius/Vollkommer/Hippler, S. 665 Rn. 142 ff.

⁴⁶⁰ *BGH*, NJW 2006, 848 (849).

⁴⁶¹ *Körner*, ZMR 2006, 201 (203).

⁴⁶² *BGH*, NJW-RR 2009, 1384 (1385).

⁴⁶³ *LG Potsdam*, DGVZ 2006, 15; *LG Berlin*, DGVZ 2005, 140; *LG Baden-Baden*, DGVZ 2003, 24 f; *AG Saarbrücken*, DGVZ 2008, 174; *AG Königswinter*, DGVZ 1982, 174; *Flatow*, NJW 2006, 1396 (1397); *Meller-Hannich*, DGVZ 2009, 85 (90); Unzulässigkeit bei offensichtlicher Unpfändbarkeit: *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (176 f); *Niederelz*, S. 151; *Schwieren*, S. 112 ff; *Brox/Walker/Walker*, S. 483 Rn. 1057b.

pfandrechts bestreitet⁴⁶⁴. Zum einem habe der Gerichtsvollzieher sehr wohl ein Prüfungsrecht, zum anderen bestünden erhebliche materielle Einwände gegen das Berliner Modell.

aa) Prüfungskompetenz des Gerichtsvollziehers

In der Mehrheit wird die Prüfungskompetenz auf die §§ 811 ff ZPO zurückgeführt⁴⁶⁵, mit der Folge, dass die Vollstreckung gem. § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO fortgesetzt werden soll⁴⁶⁶. Während einige Vertreter pauschal auf die §§ 811 ff ZPO verweisen, geht *Meller-Hannich* von einer analogen Anwendung der §§ 811 ff ZPO aus⁴⁶⁷. Diese Normen kämen bei der Räumungsvollstreckung nicht direkt zur Anwendung, sondern würden erst über die Anwendung der materiellen Vorschrift des § 562 BGB einbezogen. Dies könne aber keinen Unterschied machen, da der Schuldner sonst bei der Pfändung einer unbeweglichen Sache stärker in den Rechten an seiner beweglichen Habe beeinträchtigt werde, als wenn die Pfändung sich direkt auf die bewegliche Sache beziehen würde. Überwiegend wird jedoch vertreten, dass die §§ 811 ff ZPO über § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO unmittelbar heranzuziehen seien. Der Gerichtsvollzieher sei sogar verpflichtet, die Unpfändbarkeit der Gegenstände von Amts wegen zu prüfen⁴⁶⁸, da § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO eine zwingende Schutzpflicht zugunsten des Schuldners darstelle. Der aus sozialrechtlichen Gründen vorgegebene Schutz des § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO, also die garantierte Herausgabe der für das tägliche Leben notwendigen Sachen, werde umgangen, wenn der Vermieter ein bestrittenes Pfandrecht allein „kraft Geltendmachung“ mit Hilfe des Gerichtsvollziehers durchsetzen könne⁴⁶⁹. Auch das *AG Saarbrücken* und das *AG Aachen*⁴⁷⁰, die bisher als einzige der Rechtsprechung des *BGH* nicht folgten, gehen von einer Anwendung der §§ 811 ff ZPO über § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO aus. Es sei schwer nachvollziehbar, warum der Gerichtsvollzieher bei der Herausgabe von Sachen gem. § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO eine Prüfung vornehmen müsse, ihm eine solche bei der vorhergehenden Räumung aber versagt würde⁴⁷¹. Es sei lebensfremd anzunehmen, dass sich in einer Wohnung keine un-

⁴⁶⁴ *Flatow*, NJW 2006, 1396 (1399); *Wieczorek/Schütze/Storz*, § 885 Rn. 7.

⁴⁶⁵ *LG Aachen*, DGVZ 2007, 125 f, welches die gegen den Beschluss des *AG Jülich*, DGVZ 2007, 125 f erhobene Erinnerung ablehnte; *LG Potsdam*, DGVZ 2006, 15; wohl auch: *AG Saarbrücken*, DGVZ 2008, 174 f; *Flatow*, NJW 2006, 3274; *Meller-Hannich*, DGVZ 2009, 85 (90); *Seip*, DGVZ 2006, 23 (26).

⁴⁶⁶ *LG Aachen*, DGVZ 2007, 125 f, beruhend auf: *AG Jülich*, DGVZ 2007, 125 f; *Wieczorek/Schütze/Storz*, § 885 Rn. 7.

⁴⁶⁷ *Christmann*, DGVZ 1986, 177 (179); *Meller-Hannich*, DGVZ 2009, 85 (90); ablehnend: *Schneider*, DGVZ 1982, 73 (74).

⁴⁶⁸ *AG Saarbrücken*, DGVZ 2008, 174; *AG Jülich*, DGVZ 2007, 125 f; *Flatow*, NJW 2006, 1396 (1398); *Schwieren*, S. 111 f, jedenfalls bei offensichtlich unpfändbaren Gegenständen.

⁴⁶⁹ *Flatow*, NJW 2006, 1396 (1398 f).

⁴⁷⁰ *AG Saarbrücken*, DGVZ 2008, 174; *AG Jülich*, DGVZ 2007, 125 f.

⁴⁷¹ *LG Aachen*, DGVZ 2007, 125 f, welches die gegen den Beschluss des *AG Jülich*, DGVZ 2007, 125 f erhobene Erinnerung ablehnte.

pfändbaren Gegenstände befinden. Die Entscheidung des *BGH* könne nur so verstanden werden, als dass die offensichtlich unpfändbaren Sachen, wie Kleidungsstücke, persönliche Papiere usw. als nicht vom Vermieterpfandrecht umfasst angesehen werden können.

Vermittelnd wird auch die analoge Anwendung des § 815 Abs. 2 ZPO vorgeschlagen⁴⁷². Bestreite der Schuldner das Bestehen des Vermieterpfandrechts, mache der Gläubiger aber glaubhaft, dass ihm ein solches Recht zustehe, sei der Gerichtsvollzieher verpflichtet, die Gegenstände zu hinterlegen. Während *Storz* annimmt, dass der Gerichtsvollzieher die Gegenstände in der Wohnung zurück zu lassen habe, bis der Gläubiger innerhalb von zwei Wochen gem. §§ 815 Abs. 2 S. 2 ZPO analog eine für ihn positive gerichtliche Entscheidung beibringt⁴⁷³, geht die überwiegende Auffassung von einer zweiwöchigen Hinterlegung der Gegenstände an einem dritten Ort i.S.d. § 885 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 oder Alt. 2 ZPO aus, so dass der Zugriff der Vollstreckungsparteien ausgeschlossen ist⁴⁷⁴. Nach beiden Ansichten hat der Gerichtsvollzieher die Sachen an den Gläubiger herauszugeben, soweit dieser eine Entscheidung über das Bestehen des Pfandrechts vorlegt, ansonsten sei die Vollstreckung gem. § 815 Abs. 2 ZPO entsprechend fortzusetzen. Durch die Analogie solle verhindert werden, dass die Sachen dem Schuldner vorschnell übergeben oder jederzeit gem. § 885 Abs. 4 S. 1 ZPO ablösbar eingelagert werden. Zwar erlischt das Pfandrecht bei der Entfernung aus der Wohnung wegen § 562a S. 1 BGB nicht, allerdings könne der Gläubiger die Sachen dann nur noch im Wege einer Herausgabeklage zurückerhalten⁴⁷⁵.

Zuletzt wird eine Kompetenz des Gerichtsvollziehers zur Prüfung auf erste Sicht vorgeschlagen⁴⁷⁶. Eine *ad-hoc*-Entscheidung über die zum Teil schwer zu beantwortenden materiell-rechtlichen Fragen könne vom Gerichtsvollzieher zwar nicht verlangt werden, da diese außerdem gegen den Grundsatz der Formalisierung verstoße. Sachgerecht sei aber eine Prüfung auf erste Sicht, also die Überprüfung leicht feststellbarer Tatsachen vor Ort. Im Gegensatz zu der amtsgerichtlichen Rechtsprechung zur Prüfungskompetenz bei offensichtlich unpfändbaren Gegenständen lehnt diese Auffassung die Prüfungskompetenz aber grundsätzlich ab.

⁴⁷² *Knapp*, S. 107 ff, der die analoge Anwendung im Ergebnis aber verneint; *Schneider*, DGVZ 1989, 145 (148 f); *Wieczorek/Schütze/Storz*, § 885 Rn. 7.

⁴⁷³ *Wieczorek/Schütze/Storz*, § 885 Rn. 7.

⁴⁷⁴ *Knapp*, S. 110, der die analoge Anwendung des § 815 Abs. 2 ZPO im Ergebnis aber ablehnt; *Noack*, JR 1966, 215.

⁴⁷⁵ *Palandt/Weidenkaff*, § 562b Rn. 8.

⁴⁷⁶ *Riecke*, DGVZ 2004, 145 (148); *Schwieren*, S. 110 f; eingeschränkt: *Scholz*, ZMR 2010, 1 (3).

bb) Einwand der unzulässigen Rechtsausübung

Teilweise wird auch ein Verstoß gegen Treu und Glauben i.S.d. § 242 BGB angenommen⁴⁷⁷. Der Gläubiger missbrauche das Vermieterpfandrecht und übe sein Recht zudem in unzulässiger Weise aus. Obwohl das materielle Recht offenkundig nicht an unpfändbaren Sachen bestehe und der Gläubiger wisse, dass er kein Recht zum Besitz an diesen Sachen habe, nutze er die formelle Rechtsposition aus dem Titel aus⁴⁷⁸. Die Geltendmachung widerspreche auch dem Zweck des Vermieterpfandrechts, da der Gläubiger die Sachen eben nicht zur Sicherung seiner Ansprüche beanspruche. Auch sei ein Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB gegeben, weil er die offensichtlich unpfändbaren Sachen rechtswidrig zurückhalte⁴⁷⁹. Der *BGH* habe nicht im Einklang mit der Rechtsordnung entschieden, da dem Gerichtsvollzieher als staatliches Hoheitsorgan trotz des offensichtlichen Verstoßes gegen die guten Sitten eine Eingriffsmöglichkeit versagt bleibe⁴⁸⁰. Es widerspräche jeglichem Rechtsbewusstsein, dass die rechtswidrige Vollstreckungsmaßnahme nicht verhindert würde. Der *BGH* habe vergessen, bei der Abwägung der schutzwürdigen Belange auch die Interessen des Vollstreckungsgläubigers einzubeziehen. Diese bestünden allein darin, den Vollstreckungskostenvorschuss zu verringern⁴⁸¹. Schlussendlich verstoße das Berliner Modell auch gegen die Menschenwürde und die Handlungsfreiheit gem. Art. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG, wenn der Vollstreckungsschuldner ohne seine persönliche und lebensnotwendige Habe auf die Straße gesetzt wird⁴⁸².

c) Generelle Unzulässigkeit

Vereinzelt wird zudem argumentiert, dass bereits der Antrag auf Durchführung des Berliner Modells eine unzulässige Titelerweiterung darstelle⁴⁸³. Dieser beschränke die Vollstreckung nicht auf die Wohnungsherausgabe, sondern erweitere den Titel auf die Herausgabe aller Sachen in der Wohnung. Läge eine Beschränkung vor, müsse der Gläubiger die Vollstreckung später nachholen können, was hier aber nicht möglich sei, da der Titel bereits vollständig verbraucht sei. Auch wird vertreten, dass bei Geltendmachung eines umfassenden Vermieterpfandrechts die Geltendmachung insgesamt unbeachtlich sei, da der Vollstreckungsgläubiger

⁴⁷⁷ Flatow, NJW 2006, 1396 (1397); Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (176); Seip, DGVZ 2006, 24 (25).

⁴⁷⁸ Flatow, NJW 2006, 1396 (1397), Seip, DGVZ 2006, 24 (25).

⁴⁷⁹ Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (176).

⁴⁸⁰ Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (176).

⁴⁸¹ LG Aachen, DGVZ 2007, 125 f; AG Saarbrücken, DGVZ 2008, 174.

⁴⁸² LG Aachen, DGVZ 2007, 125 f; Gilleßen, DGVZ 2006, 165 (177).

⁴⁸³ Flatow, NJW 2006, 1396 (1397).

offenkundig auch Nicht-rechte geltend mache⁴⁸⁴. Da der sozialpolitische Schutzzweck des § 562 S. 2 BGB umgangen würde, könne der Gerichtsvollzieher die Befolgung eines offensichtlichen Nichtrechts verweigern. Die Lösung des *BGH* stehe insgesamt nicht im Einklang mit der Grundintention des Gesetzgebers, der durch die Einführung des § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO gerade die schnelle Herausgabe unpfändbarer Sachen an den Räumungsschuldner sicherstellen wollte⁴⁸⁵.

2. Stellungnahme

Die Berliner Räumung wäre bereits dann unzulässig, wenn der Antrag auf Vollstreckung dieses Modells inhaltlich über den titulierten Anspruch hinausginge und somit eine unzulässige Titelerweiterung darstellte. Indem der Gerichtsvollzieher die Berliner Räumung durchführt, verschafft er dem Gläubiger einen zusätzlichen Besitz an allen zurückgelassenen Gegenständen. Richtigerweise beinhaltet der titulierte Anspruch aus § 546 Abs. 1 BGB aber nur den Rückerhalt des unmittelbaren Besitzes der Mietsache und deren umfängliche Räumung⁴⁸⁶. Die Dispositionsbefugnis ist daher nicht vom Titel erfasst. Im Unterschied zur unzulässigen Teilvollstreckung⁴⁸⁷ stützt der Vollstreckungsgläubiger das Besitzrecht aber gerade nicht auf den Titel, sondern auf das Vermieterpfandrecht gem. § 562b BGB, welches zur Geltendmachung der gerichtlichen Anrufung nicht bedarf⁴⁸⁸. Der Titel wird daher zu keinem Zeitpunkt unzulässig erweitert⁴⁸⁹, sondern vom materiellen Pfandrecht überlagert bzw. geht diesem nach.

Daher ist im Folgenden auf die Frage einzugehen, ob ein Vollstreckungsorgan tatsächlich sehenden Auges verpflichtet ist, das offensichtlich nicht bestehende Pfandrecht zu beachten. Der *BGH* stützt seine, dem Rechtsempfinden zunächst widerstrebenden, Entscheidungen auf den vehement eingesetzten Formalisierungsgrundsatz. Diese zwangsvollstreckungsrechtliche Regel besagt, dass die Vollstreckung streng formgebunden ist und allein an formale Voraussetzungen geknüpft wird. Die inhaltliche Richtigkeit des Titels darf daher vom Vollstreckungsorgan i.d.R. nicht überprüft werden, weil materielle Gesichtspunkte in der Zwangsvollstreckung keine Rolle spielen dürfen⁴⁹⁰. Zweck dieser streng formalistischen Vorgehensweise

⁴⁸⁴ Schmidt/Futterer/Lammel, § 562 Rn. 17.

⁴⁸⁵ MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 50; Schmidt-Futterer/Lammel, § 562 Rn. 16 f.

⁴⁸⁶ Schmidt-Futterer/Gather, § 546 Rn. 33 und 65.

⁴⁸⁷ S. Teil 2. C. I. 3.

⁴⁸⁸ S. Teil 2. D. I. 1. b.

⁴⁸⁹ So auch: Saenger/Pukall, § 885 Rn. 16; Schneider, DGVZ 1982, 73 (74), der von einer Titelbeschränkung ausgeht; Schuschke, NZM 2004, 206 (208); Brox/Walker/Walker, S. 483 Rn. 1057b.

⁴⁹⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 57; Musielak/Lackmann, Vorbem. § 704 Rn. 14.

ist die optimale Durchsetzungskraft des Titels und die Rechtssicherheit der Parteien, einen endgültig festgestellten Anspruch durchzusetzen. So kann nicht vermieden werden, dass es einmal zu ungerechtfertigten Ergebnissen kommt⁴⁹¹. Es gibt jedoch Fälle, in denen von dem Grundsatz ausnahmsweise abgewichen wird und die Überprüfung regelmäßig leicht feststellbarer Umstände vorgesehen ist⁴⁹². So wird dem Gerichtsvollzieher i.R.d. Sachpfändung gerade die Kompetenz und Pflicht zur Überprüfung der Pfändbarkeit der Gegenstände gem. §§ 811 ff ZPO auferlegt.

a) Prüfungskompetenz des Gerichtsvollziehers

Aus Gründen der Einheitlichkeit der Rechtsordnung wird dem Gerichtsvollzieher bei der Herausgabevollstreckung häufig dieselbe Prüfungskompetenz wie bei der Sachpfändung zugesprochen. Hier bedarf es allerdings einer differenzierteren Betrachtung. Im Unterschied zur Herausgabevollstreckung wird bei einer Vollstreckung wegen einer Geldforderung die zu pfändende Sache gerade nicht im Titel bezeichnet. Das Erkenntnisgericht tituliert allein den Anspruch auf die zu zahlende Forderung. Der Gerichtsvollzieher entscheidet erst während der Vollstreckung selbständig, welches Pfandobjekt er zur Befriedigung des Geldleistungsanspruchs belastet, da das Gericht bei der Entscheidung gar nicht wissen kann, ob und welche pfändbaren Gegenstände sich im Gewahrsam des Schuldners befinden. Anders liegt der Fall bei der Herausgabevollstreckung. Hier ist die vom Gericht im Titel bestimmte Sache identisch mit der Herauszugehenden. Der Gerichtsvollzieher hat keinerlei Auswahl- oder Entscheidungsspielraum, er ist lediglich der ausführende Arm des Erkenntnisgerichts. Ein direkter Rückgriff auf die § 811 ff ZPO ist daher zu verneinen. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung kann nur bei einer vergleichbaren Rechtslage eingreifen, die hier aber auszuschließen ist.

Entgegen der Auffassung *Meller-Hannichs*⁴⁹³ kann auch keine Prüfungskompetenz durch die Verweisung des § 562 Abs. 1 S. 2 BGB auf die § 811 ff ZPO begründet werden⁴⁹⁴. Es ist nicht verständlich, warum einem Vollstreckungsorgan eine materiell-rechtliche Prüfungskompetenz aus einer dem Privatrecht angehörigen Vorschrift eingeräumt werden sollte. Zwar kann das Selbsthilferecht des Vermieters gem. § 562b Abs. 1 S. 1 BGB unabhängig von einer gerichtlichen Entscheidung geltend gemacht werden, und auch der Grundsatz der Formalisierung wird an einigen Stellen durchbrochen. Dies bedeutet aber noch lange nicht, dass die Prü-

⁴⁹¹ *Lackmann*, S. 161 Rn. 484; *Brox/Walker/Walker*, S. 537 Rn. 1159.

⁴⁹² *Lackmann*, S. 3 Rn. 6.

⁴⁹³ *Meller-Hannich*, DGVZ 2009, 85 (90); ebenso: *Christmann*, DGVZ 1986, 177 (179).

⁴⁹⁴ So auch *Knapp*, S. 90 f; *Schwieren*, S. 96 f.

fungsbefugnis aus einer Vorschrift des Privatrechts hergeleitet werden kann. Nur weil § 562 Abs. 1 S. 2 BGB auf §§ 811 ff ZPO verweist, kann kein dahingehender Rückschluss gezogen werden, dass dem Gerichtsvollzieher ein Prüfungsrecht aus der materiellen Vorschrift zusteht. Denn selbst die Vorschriften, die eine materiell-rechtliche Prüfung des Gerichtsvollziehers normieren, sind allein solche des Zwangsvollstreckungsrechts⁴⁹⁵. Daher ist ein materielles Prüfungsrecht des Gerichtsvollziehers durch die mittelbare Anwendung der § 811 ff ZPO über § 562 Abs. 1 S. 2 BGB auszuschließen. Auch wenn der Schuldner bei der Räumungsvollstreckung stärker beeinträchtigt werden sollte als bei der Sachpfändung, darf die Trennung des Erkenntnis- vom Vollstreckungsverfahrens nicht durch die Anwendung einer nicht das Verfahren regelnden Vorschrift unterlaufen werden. Daher scheidet erst recht eine Prüfungskompetenz bezüglich der noch sehr viel schwieriger zu beantwortenden Voraussetzungen des § 562 Abs. 1 S. 1 BGB.

Darüber hinaus wird die Prüfungskompetenz auch mit der Vorschrift des § 885 Abs. 3 S. 2 begründet⁴⁹⁶, wonach der Gerichtsvollzieher unpfändbare Gegenstände an den Schuldner zurückzugeben hat. Richtig ist zwar, dass der Gesetzgeber dem Gerichtsvollzieher nach der Entfernung der Gegenstände aus der Wohnung ein Recht insofern einräumt, als dass er die unpfändbaren und wertlosen Gegenstände auf Verlangen herauszugeben hat. Wie aber bereits der *BGH* argumentierte, entsteht dieses Recht schon dem Wortlaut nach erst nach dem Vollzug der eigentlichen Vollstreckungsmaßnahmen, also nach Erlöschen des Herausgabetitels⁴⁹⁷. Anders als bei der Vollstreckung wegen Geldleistung besteht auch keinerlei Notwendigkeit, dem Gerichtsvollzieher vorher eine Prüfung zuzugestehen, da der Räumungstitel das Vollstreckungsobjekt klar bestimmt. Erst nach dem Vollzug des Titels ist der Gerichtsvollzieher zum selbständigen Handeln verpflichtet, da er entscheiden muss, wie er die vorgefundenen Sachen am besten verwahrt. Es besteht kein Bedürfnis, die im Rahmen des § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO eingeräumte Prüfungsbefugnis auf den Zeitraum der Herausgabe auszuweiten. Hätte der Gesetzgeber dem Gerichtsvollzieher weitergehende Kompetenzen einräumen wollen, hätte er dies getan. Der von § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO garantierte Schutz entsteht daher erst nach der Wegschaffung der Gegenstände, ebenso wie die Prüfungskompetenz.

Dennoch wird nicht verkannt, dass bei Durchführung des Berliner Modells der Herausgabeanspruch gegen den Gerichtsvollzieher entfällt und deshalb möglicherweise der vom Gesetzgeber im § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO zu Grunde gelegte Schuldnerschutz entgegensteht. *Fla-*

⁴⁹⁵ Beispiele bei: Baur/Stürner/Bruns/*Bruns*, S. 74 Rn. 6.54 ff; ebenso bei Rosenberg/Gaul/Schilken/*Gaul*, S. 60: Z.B. §§ 865 Ab. 2, 811 ZPO.

⁴⁹⁶ *LG Aachen*, DGVZ 2007, 125 f; *AG Saarbrücken*, DGVZ 2008, 174; *Flatow*, NJW 2006, 1396 (1398 f); *Schwieren*, S. 111.

⁴⁹⁷ *BGH*, NJW 2006, 3273 (3274); ebenso: *Knapp*, S. 91 ff.

tow und *Schwieren* sind der Ansicht, dass der Gerichtsvollzieher aufgrund dieser Norm bereits im Vorfeld der Verwahrung sicherstellen müsse, dass die unpfändbaren Sachen in staatliche Obhut gelangen, damit die spätere Herausgabe an den Schuldner unproblematisch erfüllt werden könne⁴⁹⁸. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da der Entwurfsbegründung eine Obhutspflicht nicht zu entnehmen ist: „*Im Verhältnis Gläubiger – Schuldner sind selbstverständlich auch die Schutzvorschriften des § 811 ZPO zu wahren. Aus sozialstaatlichen Gründen ist es nicht zu vertreten, dass anerkannte Schutzbestimmungen für den Schuldner außer Kraft gesetzt werden. Für seine Kosten könnte der Gläubiger auch sonst nicht auf unpfändbare Sachen und auf solche Sachen zugreifen, die keinen Verwertungserlös erwarten lassen*“⁴⁹⁹. Dem Wortlaut ist weder zu entnehmen, dass der Rückgriff auf unpfändbare Sachen gerade dadurch verhindert werden soll, dass der Gerichtsvollzieher die unpfändbaren Gegenstände in Obhut zu nehmen hat, noch dass eine spezielle Schuldnerschutzmaßnahme vorgeschrieben wird. Letztere ist im Übrigen auch nicht notwendig. Zum einen hat der Schuldner einen jederzeitigen Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB⁵⁰⁰. Mehr noch, obwohl der Gläubiger nunmehr Besitzer der Gegenstände wird, darf er die Gegenstände nicht wie der Gerichtsvollzieher nach zwei Monaten gem. § 885 Abs. 4 S. 2 ZPO verwerten oder vernichten⁵⁰¹. Zwar bringt der Gesetzgeber deutlich zum Ausdruck, dass die §§ 811 ff ZPO zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner Anwendung finden sollen. Nach der hier vertretenen Ansicht bezweckt der Gesetzgeber damit aber allein, dass der Gläubiger zur Befriedigung seines Anspruchs nur auf die (pfändbaren) Gegenstände zugreift, auf die er auch sonst zugreifen dürfte. Der Gläubiger soll das Vermögen des Schuldners eben nicht kahl pfänden können. Allerdings ist es auch gar nicht die Absicht des Gläubigers, dies zu tun. Es läge sogar in seinem Interesse, würde der Schuldner sämtliche Gegenstände herausverlangen, da er die Räume endlich weitervermieten könnte. Allein die fern liegende Gefahr der Verwertung rechtfertigt keinen vom Gerichtsvollzieher zu beachtenden überwiegenden Schuldnerschutz⁵⁰² und schon gar nicht eine Obhutspflicht.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist ebenso die analoge Anwendung des § 815 Abs. 2 ZPO zu verneinen⁵⁰³, da es hier an der für die Analogie erforderlichen vergleichbaren Interessenslage fehlt. Im Gegensatz zu der Vollstreckung wegen einer Geldforderung ist bei der

⁴⁹⁸ *Flatow*, NJW 2006, 1396 (1398); *Schwieren*, S. 109 f.

⁴⁹⁹ S. BTDrucks. 13/341, S. 39.

⁵⁰⁰ S. Teil 2. D. II. 1.

⁵⁰¹ S. Teil 2. D. II. 3. b. bb.

⁵⁰² So auch *Knapp*, S. 94, der seine Argumentation jedoch auf eine Prüfungskompetenz des Gerichtsvollzieher i.R.d. § 885 Abs. 3 S. 2 ZPO bezieht und nicht auf die Gesetzesbegründung.

⁵⁰³ Ebenso: *Musielak/Becker*, § 815 Rn. 3; *Thomas/Putzo/Hüßtege*, § 815 Rn. 6; *Schwieren*, S. 89 ff; wohl auch: *Zöller/Stöber*, § 815 Rn. 7.

zwangsweisen Herausgabe einer Immobilie eine Verwertung zur Verwirklichung des titulierten Anspruchs gar nicht vorgesehen oder beabsichtigt. Zum anderen soll bei der Sachpfändung das Geld vorübergehend zur Sicherung hinterlegt werden, damit das behauptete und die Veräußerung hindernde Recht gem. § 771 Abs. 1 ZPO überprüft werden kann. Demgegenüber wird die Unpfändbarkeit der schuldnerischen Gegenstände vom Gläubiger gar nicht bestritten.

Auch eine Prüfungskompetenz auf erste Sicht, also die Überprüfung leicht feststellbarer Tatsachen vor Ort, ist auszuschließen. Entgegen der Ansicht *Schwierens* kann die Befugnis für offensichtlich unpfändbare Sachen nicht auf die Tatsache gestützt werden, dass der Gerichtsvollzieher i.R.d. Mobiliarpfändung sehr wohl *ad hoc* überprüfen darf, ob evidentes Dritteigentum vorliegt⁵⁰⁴, § 119 Nr. 2 GVGA. Wie bereits dargestellt, können die Grundsätze der Mobiliarpfändung zum einen aber nicht mit denen der Herausgabevollstreckung verglichen werden, da es hier nicht um die Befriedigung eines Zahlungsanspruches geht. Zum anderen wird die bei der Mobiliarpfändung gewährte Evidenzprüfung gar nicht im Verhältnis der Vollstreckungsparteien, sondern nur im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und einem Dritten vorgenommen. Ganz entscheidend ist jedoch, dass die Prüfung ausschließlich zu Gunsten des Gläubigers erfolgt, damit dieser vor den Kostenrisiken des §§ 771, 91 ZPO bewahrt wird⁵⁰⁵. Dies wird noch durch die Tatsache verdeutlicht, dass der Gerichtsvollzieher auf Verlangen des Gläubigers die offensichtlich im Dritteigentum stehenden Sachen trotzdem pfänden muss⁵⁰⁶.

b) Einwand der unzulässigen Rechtsausübung

Möglicherweise steht diesem Ergebnis aber der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen. So wird häufig geltend gemacht, dass der Gläubiger die formelle Rechtsposition durch die umfassende Berufung auf das Vermieterpfandrecht rechtswidrig ausnutze⁵⁰⁷ oder das Vermieterpfandrecht zweckwidrig einsetze⁵⁰⁸. Wäre dieser Einwand gerechtfertigt, würde es an dem bisherigen Ergebnis nur dann etwas ändern, wenn der Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB in der Zwangsvollstreckung überhaupt anwendbar ist und dem Ge-

⁵⁰⁴ Baur/Stürner/Bruns/Bruns, S. 353 f Rn. 28.8; Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 793; MünchKomm-ZPO/Gruber, § 808 Rn. 22; *Schwieren*, S. 110, die eine Evidenzprüfung ebenfalls nur für die Voraussetzung des § 562 Abs. 1 S. 2 BGB bejaht.

⁵⁰⁵ *Knapp*, S. 89 f; Stein/Jonas/Münzberg, § 808 Rn. 8.

⁵⁰⁶ *AG Kassel*, DGVZ 2006, 182 f; Stein/Jonas/Münzberg, § 808 Rn. 8; a.A. Brox/Walker/Walker, S. 137 Rn. 259.

⁵⁰⁷ *Flatow*, NJW 2006, 1396 (1397); *Gilleßen*, DGVZ 2006, 164 (176 f); *Schwieren*, S. 99 ff; *Seip*, DGVZ 2006, 24 (25).

⁵⁰⁸ *Flatow*, NJW 2006, 1396 (1397).

richtsvollzieher eine Kompetenz zur Überprüfung der Voraussetzungen dieser Einrede zu- steht.

Nicht nur im materiellen Zivilrecht besteht das Bedürfnis, das „Grundgebot der Redlichkeit“ einzuhalten. Daher findet dieser Grundsatz nach einhelliger Auffassung auch im Zwangsvollstreckungsrecht Anwendung⁵⁰⁹. Dabei können sich jedoch Einschränkungen und Modifikationen ergeben, weil die jeweiligen Besonderheiten des Rechtsgebiets zu beachten sind. So sind im Zivilprozessrecht, bzw. im Zwangsvollstreckungsrecht die öffentlichen Interessen umso nachdrücklicher zu berücksichtigen, desto bestimmender die öffentlich-rechtliche Prägung wird⁵¹⁰. Der Gesetzgeber hat in § 765a ZPO eine vollstreckungsrechtliche Ausprägung des Grundsatzes der unzulässigen Rechtsausübung normiert⁵¹¹. Bereits der Wortlaut des § 765a ZPO, „mit den guten Sitten nicht vereinbar“, lässt eindeutig auf einen Zusammenhang zu den §§ 226, 242, 826 BGB schließen. Daher stellt sich die Frage, ob § 242 BGB selbständige Anwendung findet oder gegenüber § 765a ZPO subsidiär ist. Dies wäre der Fall, wenn die öffentlichen Interessen des Gesetzgebers in § 765a ZPO den generellen Schutz des § 242 BGB verdrängen.

Die vollstreckungsrechtliche Variante lässt einen „bloßen“ Verstoß gegen Treu und Glauben nicht ausreichen⁵¹². Es müssen ganz besondere Umstände bei der Vollstreckung vorliegen, die eine solche Härte für den Schuldner darstellen, die mit den guten Sitten nicht vereinbar sind. Dies ist nur dann der Fall, wenn das Interesse des Schuldners ersichtlich schwerer wiegt, als diejenigen Belange, die durch die staatliche Vollstreckungsmaßnahme gewahrt werden sollen⁵¹³. Daher ist von einer Vollstreckung nur abzusehen, wenn diese einen schwerwiegenden Grundrechtsverstoß⁵¹⁴ oder z.B. die Gefährdung von Leben oder Gesundheit zur Folge hätte⁵¹⁵. Zweck der Regelung des § 765a ZPO ist, das berechtigte Interesse des Gläubigers an der Vollstreckung seines Titels⁵¹⁶ gegenüber dem Interesse des Schuldners an der Aussetzung der Vollstreckung durchzusetzen. Der Gläubiger hat eine bessere Ausgangsstellung, weil sein Schutzbedürfnis voll und in erster Linie zu würdigen ist⁵¹⁷. In diesem Sinne entschied auch der *BGH*, dass dem Gläubiger weder die Aufgaben der Sozialhilfe aufgebürdet

⁵⁰⁹ *BGH*, NJW 1971, 2226; Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 709; Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet, § 242 Rn. 10; Erman/Hohloch, § 242 Rn. 54; *Niederelz*, S. 151; MünchKomm-BGB/Roth, § 242 Rn. 92.

⁵¹⁰ MünchKomm-BGB/Roth, § 242 Rn. 89.

⁵¹¹ MünchKomm-ZPO/Heßler, § 765a Rn. 1.

⁵¹² Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 709; MünchKomm-BGB/Roth, § 242 Rn. 89.

⁵¹³ *BVerfG*, NJW 1979, 2607.

⁵¹⁴ *BVerfG*, NJW 1979, 2607.

⁵¹⁵ MünchKomm-ZPO/Heßler, § 765a Rn. 27.

⁵¹⁶ MünchKomm-ZPO/Heßler, § 765a Rn. 3, 42; *Lackmann*, S. 157 f Rn. 478.

⁵¹⁷ *LG Braunschweig*, DGVZ 1991, 187.

werden könne⁵¹⁸, noch es Aufgabe des Sozialstaatsprinzips sei, Härten und Unbilligkeiten im Einzelfall zu modifizieren⁵¹⁹. § 765a ZPO stellt eine *ultima-ratio* Schutzvorschrift dar, die als Ausnahme- und Auffangvorschrift nur mit größter Zurückhaltung anwendbar ist⁵²⁰. Folglich werden die materiell-rechtlichen Grundsätze der §§ 226, 242, 826 BGB von § 765a ZPO verdrängt⁵²¹. Dies gilt auch im Fall der Berliner Räumung, da der rechtswidrige Entzug der unpfändbaren Gegenstände nicht annähernd mit den Ausnahmefällen des § 765a ZPO vergleichbar ist.

Dieses Ergebnis lässt sich auch mit dem historischen Argument begründen, dass dem Gesetzgeber bei der Normierung des § 765a ZPO im Jahre 1953⁵²² die bereits damals mehr als 50 Jahre alte Vorschrift des § 242 BGB selbstverständlich bekannt war⁵²³. Der Gesetzgeber hat den zwangsvollstreckungsrechtlichen Treu-und-Glauben-Grundsatz daher bewusst sehr viel enger gefasst, um so der Formstrenge des Verfahrensrechts gerecht zu werden und die öffentlichen Interessen einzubeziehen⁵²⁴. Auch deshalb bleibt der Rückgriff auf den uneingeschränkten Grundsatz verwehrt.

Dennoch stellt sich die Frage, ob dem Gerichtsvollzieher aus dem vollstreckungsrechtlich beschränkten Redlichkeitsgebot eine eigene materiell-rechtliche Prüfungskompetenz aus § 765a Abs. 2 ZPO zusteht. Dann aber hätte das Vollstreckungsorgan über die Wertentscheidung des Grundgesetzes und die Gewährleistung der Grundrechte des Schuldners zu urteilen, da § 765a ZPO eine Einbruchsstelle der Grundrechte darstellt, die im Wege der Abwägung in die Entscheidung einbezogen werden sollen⁵²⁵. Allerdings räumen die zwangsvollstreckungsrechtlichen Normen dem Gerichtsvollzieher höchst selten und nur zur Ausführung einer Vollstreckungsmaßnahme die Kompetenz zur Überprüfung einfacher materiell-rechtlicher Fragen ein. Daher kann ihm erst recht keine verfassungsrechtliche Entscheidungskompetenz zugesprochen werden, zumal das materielle Verfassungsrecht in der Zwangsvollstreckung nur mittelbare Anwendung findet⁵²⁶. Auch der Wortlaut des § 765a Abs. 2 ZPO stützt diese Annahme, da der Gerichtsvollzieher die Maßnahme bei Vorliegen eines Härtefalls bis zur gerichtlichen Entscheidung lediglich aufschieben kann und dies auch nur auf Antrag des Schuldners hin. Der Gesetzgeber räumt nur dem Vollstreckungsgericht eine Entscheidungskompetenz

⁵¹⁸ BGH, NJW 2005, 681 (682).

⁵¹⁹ BVerfG, NJW 1969, 1339 (1341); so auch: MünchKomm-ZPO/Heßler, § 765a Rn. 5.

⁵²⁰ MünchKomm-ZPO/Heßler, § 765a Rn. 7; Lippross, S. 154 Rn. 380.

⁵²¹ So auch: Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 710.

⁵²² § 765a ZPO wurde erst durch das Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung v. 20.08.1953, BGBl. I S. 92 in die ZPO übernommen.

⁵²³ Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 2; ebenso: Knapp, S. 137.

⁵²⁴ Erman/Hohloch, § 242 Rn. 54; Lorenz, DGVZ 1997, 129 (138 f); MünchKomm-BGB/Roth, § 242 Rn. 89.

⁵²⁵ BVerfG, NJW 1998, 295 (296).

⁵²⁶ Stein/Jonas/Münzberg, Vorbem. § 704 Rn. 44 f.

gem. § 765a Abs. 1 ZPO ein, der Gerichtsvollzieher darf die Maßnahme lediglich verschieben. Der Gerichtsvollzieher prüft die Voraussetzungen auch nicht von Amts wegen, sondern nur auf einen Antrag des Schuldners hin. Daher ist auch eine Prüfungskompetenz aus § 765a Abs. 2 ZPO zu verneinen⁵²⁷.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es gar nicht darauf ankommt, ob der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gerechtfertigt ist oder nicht. Der Gerichtsvollzieher hat weder das Recht noch die Pflicht, diesen in der Zwangsvollstreckung beschränkt zulässigen Einwand gem. § 765a Abs. 2 ZPO zu prüfen. Ob der Gläubiger tatsächlich rechtsmissbräuchlich handelt, bleibt der Prüfung des Erkenntnisgerichts überlassen, wenn der Schuldner in einem späteren Prozess Herausgabe- oder Schadensersatzansprüche gegen den Gläubiger erheben sollte⁵²⁸. Bei der Beurteilung dieser Frage sollte aber die Tatsache Berücksichtigung finden, dass der Schuldner gar nicht erst zwangsgeräumt worden wäre, wenn er sich von Anfang an rechtmäßig verhalten, also spätestens nach dem ergangenen Räumungsurteil, die Wohnung freiwillig geräumt hätte.

c) Verstoß gegen die Garantie auf menschenwürdiges Daseins

Dem mehrfach erhobenen Vorwurf, dass Berliner Modell verstoße gegen das Recht des Vollstreckungsschuldners auf ein menschenwürdiges Dasein aus Art. 1 Abs. 1 GG, wenn dieser nach vollzogener Räumung schutzlos und ohne seine lebensnotwendige Habe „auf die Straße“ gesetzt wird⁵²⁹, muss widersprochen werden. Zum einen wird der Schuldner nach der Räumung keinesfalls obdachlos. Die Ordnungsbehörden haben die öffentlich-rechtliche Pflicht, die drohende Gesundheitsgefahr für den Schuldner abzuwenden, indem sie eine Notunterkunft bereitstellen oder eine Wiedereinweisungsverfügung in die Wohnung des Gläubigers erlassen⁵³⁰. Sollte der Schuldner die finanziellen Mittel für den Umzug oder den Transport seiner Gegenstände in die neue Unterkunft nicht selbst aufbringen können, wird er hierfür durch den örtlichen Sozialträger, letztlich also durch die Allgemeinheit bzw. den Steuerzahler, gem. §§ 29 Abs. 1 S. 7, 34 Abs. 1 SGB XII bzw. § 22 Abs. 3 S. 1 und 2 SGB II unterstützt. Im Fall der Wiedereinweisung trägt regelmäßig der Gläubiger den Mietausfall und die

⁵²⁷ Ebenso: *Knapp*, S. 138 f.

⁵²⁸ Für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten: *Flatow*, NJW 2006, 1996 (1997), *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (176); *Niederelz*, S. 151 ff, allerdings für den Fall, dass der Gläubiger den Gerichtsvollzieher im Rahmen der Sachpfändung anweist, Dritteigentum zu pfänden; *Schwieren*, S. 99 ff; *Seip*, DGVZ 2006, 24 (25); a.A.: *Knapp*, S. 128 ff.

⁵²⁹ *LG Aachen*, DGVZ 2007, 125 f; *AG Saarbrücken*, DGVZ 2008, 174 f; *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (177); *Seip*, DGVZ 2006, 24 (25).

⁵³⁰ S. Teil I. B. II.

Räumungskosten, falls der Schuldner nach dem Fristablauf nicht freiwillig auszieht. Macht der Gläubiger nach seiner Inanspruchnahme Schadensersatz für den Mietverlust und die ihm angefallenen Kosten geltend, trägt auch hier nicht der mittellose Schuldner, sondern die Ordnungsbehörde, also wieder die Allgemeinheit die Kosten⁵³¹. Die Gefahr, dass der Schuldner „auf der Straße“ steht oder mit zusätzlichen Kosten konfrontiert wird, ist somit auszuschließen. Bei erneut drohender Obdachlosigkeit ist wiederum die Ordnungsbehörde zum Einschreiten verpflichtet.

Zum anderen steht der Schuldner nach vollzogener Räumung auch nicht ohne seine lebensnotwendige Habe da. Er wurde bereits drei Wochen zuvor von dem zukünftigen Räumungstag informiert⁵³², § 180 Nr. 2 Abs. 2 GVGA. Bis zu diesem Zeitpunkt hat der Schuldner Zeit, freiwillig aus der Wohnung auszuziehen und seine persönlichen Gegenstände aus der Wohnung zu entfernen. Hat er die Wohnung bereits ohne seine Habe verlassen, steht zu vermuten, dass diese für ihn so lebensnotwendig doch nicht ist. In den seltenen Fällen, in denen der Schuldner am Tag der Räumung einmal anwesend ist oder für ihn wichtige Gegenstände doch zurückgelassen hat, wird der Gläubiger in der Realität zu jeder Zeit bereit sein, die Gegenstände herauszugeben. Die vielfach kritisierte Tatsache, dass das Vermieterpfandrecht nur geltend gemacht wird, um Kosten zu sparen, wirkt sich für den Schuldner jetzt positiv aus. Der Gläubiger hat keinerlei Interesse an den wertlosen und unverwertbaren Gegenständen. Wenn er sich der Gegenstände doch noch durch Übergabe an den Schuldner entledigen kann, spart er an Kosten und verringert zugleich das Risiko der langwierigen und risikoträchtigen Lagerung der Gegenstände. Sollte die freiwillige Herausgabe durch den Gläubiger tatsächlich einmal nicht erfolgen, kann der Schuldner die Herausgabe im Wege der einstweiligen Anordnung gem. §§ 935 ff ZPO erzwingen. Letztlich bleibt ihm aber immer die Möglichkeit, bei dem Gerichtsvollzieher den Aufschub der Räumung gem. § 765a Abs. 2 ZPO zu beantragen. Innerhalb dieser Woche kann der Schuldner immer noch seine persönliche Habe entfernen, wenn bei der sofortigen Räumung eine besondere Härte eintreten würde⁵³³.

d) Ergebnis

Das Berliner Modell ist nach der hier vertretenen Auffassung uneingeschränkt zulässig, da der Durchführung keine Rechtsvorschriften entgegenstehen. Mangels materiell-rechtlicher Prüfungskompetenz hat der Gerichtsvollzieher die Pflicht, das vom Gläubiger beantragte Mo-

⁵³¹ *BGH*, NJW 1995, 2918 ff; *Volkmann*, JuS 2001, 888 ff.

⁵³² S. Teil I. B. II.

⁵³³ So auch *BGH*, NJW 2006, 848 (849); *AG Bremen*, BeckRS 2009, 20733.

dell durchzuführen. Dies gilt selbst dann, wenn sich in der Wohnung offensichtlich unpfändbare Gegenstände befinden. Die anfangs aufgeworfene Frage, ob der Gläubiger einen Anspruch auf Durchführung dieses Modells und somit auf Zahlung des gekürzten Vollstreckungskostenvorschusses hat, ist daher zu bejahen⁵³⁴. Aufgrund der durchgehenden Anwendung des Formalisierungsgrundsatzes stellt die Berliner Räumung eine zulässige und kostengünstige Vollstreckungsalternative zur klassischen Räumung dar. Die materielle Rechtslage ist hiervon allerdings abzugrenzen, da sich der Gläubiger bei der umfassenden Geltendmachung des Vermieterpfandrechts auf ein nicht bestehendes Recht beruft und deshalb zumindest verbotene Eigenmacht gem. § 858 Abs. 1 BGB begeht. Bereits der ausdrückliche Hinweis des *BGH*, der Vollstreckungsschuldner könne nach der Vollstreckung seine materiellen Ansprüche im Erkenntnisverfahren durchsetzen⁵³⁵, zeigt, dass das Berliner Modell aus sozialpolitischen Gründen auch im Falle der gesetzlichen Normierung eher eine Kompromisslösung als eine adäquate Methode zur Kostensenkung darstellt.

⁵³⁴ S. Teil 2. D. I. 2.

⁵³⁵ *BGH*, NZM 2009, 660 (661); *BGH*, NJW 2006, 848 (849).

Teil 3: Vergleich der alternativen Räumungsmodelle

Im nachfolgenden Teil werden die aus der Sicht des Vollstreckungsgläubigers bestehenden Vor- und Nachteile des *Hamburger, Frankfurter und Berliner Modells* gegenübergestellt und verglichen. Besonderes Gewicht wird hierbei auf die Höhe der tatsächlich reduzierten Kosten, das Haftungsrisiko, den Verlust seiner Ansprüche und das Entstehen materiell-rechtlicher Ansprüche des Vollstreckungsschuldners gegen den Vollstreckungsgläubiger gelegt.

A. Vor- und Nachteile des Hamburger Modells

I. Vorteile

1. Kostenreduzierung

Trotz der zweiwöchigen Schwebezeit handelt es sich bei der Vollstreckung nach dem Hamburger Modell nur um eine Vollstreckungseinheit, da die Räumung erst mit der Schlüsselübergabe abgeschlossen ist⁵³⁶. Daher fallen alle Gebühren und Auslagen nur einmal an. Wählt der Vollstreckungsgläubiger dieses Modell, muss er aber nach wie vor den ungekürzten Vollstreckungsvorschuss von durchschnittlich 1.000 Euro pro Zimmer leisten⁵³⁷. Nur die tatsächlich entstehenden Vollstreckungskosten fallen etwas geringer aus.

a) Kosten bei Durchführung der Räumung

Neben den üblichen Gerichtsvollzieherkosten i.H.v. 122,50 Euro⁵³⁸ fallen zusätzlich Gebühren für den Zeitzuschlag i.H.v. 15 Euro an, da die Räumungsphase zwei Wochen lang andauert. Ebenso entstehen die üblichen Schlosser-, Transport-, Lager- und Vernichtungskosten⁵³⁹. Die Kostenersparnis beim Hamburger Modell liegt allein darin, dass der beauftragte Unternehmer durch die vorherige Besichtigung und die anschließende Sammeltermine weniger Zeit und Arbeitskräfte benötigt und die Wohnung schneller weiter vermietet werden kann.

⁵³⁶ *LG Hamburg*, WuM 1993, 417.

⁵³⁷ S. Teil 1. B. I.

⁵³⁸ S. Teil 1. C. II.

⁵³⁹ S. Teil 1. C. II.

Der Gläubiger spart schätzungsweise aber nur zwischen 100 und 200 Euro der Transportkosten ein.

b) Kosten bei Nichtdurchführung der Räumung

Wird die Räumung wegen eines Vollstreckungsschutzantrags gem. § 765a Abs. 1 oder 2 ZPO, wegen einer behördlichen Wiedereinweisungsverfügung oder aus sonstigen Gründen noch vor dem anberaumten Besichtigungstermin eingestellt, fallen Gerichtsvollzieherkosten i.H.v. insgesamt 47,50 Euro ohne Zeitzuschlag an⁵⁴⁰, weil die Erstbegehung nicht länger als drei Stunden dauert⁵⁴¹. Zwar entstehen auch Ausfallkosten des Fuhrunternehmers gem. § 649 S. 2 BGB⁵⁴², da der Gerichtsvollzieher bereits einen Vertreter des Unternehmens beauftragt hatte, die Wohnung in der ersten Vollstreckungsphase mit ihm zu besichtigen⁵⁴³. Diese Kosten belaufen sich aber nur auf ca. 30 Euro⁵⁴⁴. Im Gegensatz hierzu werden die Ausfallkosten i.R.d. klassischen Räumung nicht aufgrund des entgangenen Stundenlohns eines einzigen Räumungshelfers, sondern aufgrund der weggefallenen Einnahmen für die sonst durchgeführte Räumung berechnet⁵⁴⁵.

Stellt der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung erst vor Ort oder während der Schwebezeit ein, weil etwa ein nicht vom Titel erfasster Dritter Mitbesitz an der Wohnung hat, der Schuldner die Wohnung doch noch selbst räumt oder der Vollstreckungsschutz erst später gewährt wurde⁵⁴⁶, muss der Gläubiger neben den Gerichtsvollzieherkosten i.H.v. 47,50 Euro zunächst zehn Euro an Auslagen für das Wegegeld⁵⁴⁷, maximal 75 Euro für den anwesenden Räumungshelfer und möglicherweise Schlosserkosten i.H.v. maximal 300 Euro zahlen. Da der Gerichtsvollzieher den Fuhrunternehmer während der Besichtigung mit der Räumung beauftragt hätte⁵⁴⁸, sind zudem die Ausfallkosten für eine gesamte Räumung zu zahlen. Jedoch sind die Ausfallkosten wegen der besseren Organisation und der Sammeltermine zumeist niedriger als solche, die i.R.d. klassischen Räumung angefallen wären⁵⁴⁹. Macht der Fuhrunternehmer keine Ausfallkosten geltend, wird der Sinn und Zweck des Hamburger Modells noch deutli-

⁵⁴⁰ S. Teil 1. C. III.

⁵⁴¹ *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (84).

⁵⁴² S. Teil 1. C. III. 1.

⁵⁴³ S. Teil 2. A. III. 1.

⁵⁴⁴ S. Teil 1. C. II.

⁵⁴⁵ S. Teil 1. C. II. und III. 1.

⁵⁴⁶ S. Teil 1. C. IV.

⁵⁴⁷ S. Teil 1. C. III. 2.

⁵⁴⁸ S. Teil 2. A. III. 2.

⁵⁴⁹ S. Teil 3. A. I. 1. a.

cher. Da die schuldnerischen Gegenstände in der Wohnung verbleiben, entfällt eine zweite, unnötige Räumung und somit die doppelte Inanspruchnahme des Gläubigers⁵⁵⁰.

2. Keine Gläubigerhaftung

a) Staatshaftung

aa) Staatshaftung während der zweiwöchigen Schwebezeit

Sowohl die Besitzaus- als auch die Besitzeinweisung gem. § 885 Abs. 1 ZPO gehören zu den hoheitlichen Aufgaben des Vollstreckungsorgans⁵⁵¹. An der öffentlich-rechtlichen Natur der Maßnahmen⁵⁵² ändert auch die Tatsache nichts, dass der durch den Gerichtsvollzieher vertretene Staat mit dem Vollstreckungsgläubiger einen privatrechtlichen Verwahrvertrag für die schuldnerischen Gegenstände abschließt, da die Vollstreckung während der zwei Wochen noch andauert. Auch nach der Abgrenzungsformel des *BGH*⁵⁵³ ergibt sich kein anderes Ergebnis, weil der privatrechtlich beauftragte Vollstreckungsgläubiger keinen eigenen Handlungsspielraum hat. Während der Verwahrzeit hat er keinerlei Zugriffs- oder Entscheidungsmöglichkeiten. Er erlangt erst wieder Sachherrschaft über seine Wohnung und damit an den Gegenständen, wenn der Verwahrvertrag beendet ist, und er die Wohnungsschlüssel zurück erhält. Somit haftet der Staat für während der hoheitlichen Lagerung in den Räumen des Gläubigers entstandene Schäden.

Auf das zwischen ihm und dem Vollstreckungsschuldner bestehende öffentlich-rechtliche Verwahrverhältnis⁵⁵⁴ sind die §§ 688 ff BGB entsprechend anwendbar. Der Staat kann sich nicht auf die Haftungsprivilegierung nach §§ 690, 277 BGB berufen, da diese bei einer öffentlich rechtlichen Verwahrung nicht greift⁵⁵⁵. Er haftet dem Schuldner auch dann, wenn der Gerichtsvollzieher diejenige Sorgfalt angewandt hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, §§ 839 Abs. 1 S. 1, 276 BGB, Art. 34 S. 1 GG. Träfe den Gerichtsvollzieher ein Auswahlverschulden, als dass er den Gläubiger nicht als Verwahrer hätte bestimmen dürfen, wäre dieses dem Staat gem. §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB zudem als Mitverschulden zuzurechnen.

⁵⁵⁰ S. Teil 1. C. VI.

⁵⁵¹ S. Teil 1. D. II. 1. a.

⁵⁵² *Grüßmeyer*, NZM 2007, 310 (323); *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (86).

⁵⁵³ S. Teil 1. D. II.

⁵⁵⁴ *Grüßmeyer*, NZM 2007, 310 (323); *Nies*, MDR 1999, 1113 (1121).

⁵⁵⁵ BGHZ 4, 192; Palandt/*Sprau*, § 690 Rn. 1.

bb) Staatshaftung bei Fehlverhalten des Fuhrunternehmers

Auch im Rahmen des Hamburger Modells muss der Gerichtsvollzieher nach der hier vertretenen Auffassung die Besitzeinweisung selbst durchführen und vor allem bei der Wohnungsräumung anwesend sein und diese überwachen⁵⁵⁶. Verwahrt der Gerichtsvollzieher die Gegenstände später gem. § 885 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 ZPO in einem Pfandlokal, haftet der Staat bis zum Zeitpunkt der Übergabe an den Lageristen. Werden die Gegenstände anderweitig verwahrt, so greift die Staatshaftung nur bis zum Zeitpunkt der Übergabe an den Unternehmer⁵⁵⁷. Sollte der Gerichtsvollzieher der Räumung unzulässiger Weise fernbleiben, würde selbst dann keine Privathaftung begründet. Die Abgrenzungsformel des *BGH* kann nur auf eine abstrakte Tätigkeit der öffentlichen Hand und nicht auf ihr jeweiliges (Fehl-) Verhalten im konkreten Einzelfall angewendet werden. Sonst könnte der Gerichtsvollzieher durch seine Abwesenheit am Tag der Räumung beliebig bestimmen, ob das Handeln des Fuhrunternehmers hoheitlicher oder privatrechtlicher Natur ist und den Haftungsschuldner selbständig und somit zufällig festlegen. Ist der Gerichtsvollzieher dennoch ferngeblieben und hat der Schuldner den Staat wegen einer Eigentumsbeschädigung in der Räumungsphase in Anspruch genommen, ist er wegen vorsätzlichen Handelns gem. Art. 34 S. 2 GG regresspflichtig⁵⁵⁸, da er gegen seine Amtspflichten verstoßen hat⁵⁵⁹.

b) Beschränkte Regresshaftung

Sind die Schäden auf eine mangelhafte Verwahrung zurückzuführen, könnte der Staat den Gläubiger aus §§ 280 Abs. 1 S. 1, 688, 690 BGB in Regress nehmen. Da aber der abgeschlossene Verwahrvertrag unentgeltlicher Natur ist⁵⁶⁰, greift möglicherweise die Haftungserleichterung des § 690 BGB ein. Sinn und Zweck dieser Norm ist der Schutz des Verwahrers, wenn er fremdes Eigentum uneigennützig⁵⁶¹, also nicht entgeltlich, verwahrt. Dem könnte aber entgegenstehen, dass der Gläubiger insofern eigennützig verwahrt, als dass er hofft, dass der Schuldner in der Schwebezeit doch noch räumt und sich so die Vollstreckungskosten und mithin sein eigener Verlust reduzieren. Allerdings hinterlegt hier nicht der Schuldner, sondern der Staat, so dass es in diesem Verwahr- bzw. Regressverhältnis auf die nur mittelbaren Er-

⁵⁵⁶ S. Teil 2. A. IV. 2.

⁵⁵⁷ S. Teil 1. D. II. 1. b. cc.

⁵⁵⁸ *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165 (174); *Riecke*, DGVZ 2005, 81 (91).

⁵⁵⁹ S. Teil 2. A. IV. 4. b.

⁵⁶⁰ S. Teil 2. A. II. 1.

⁵⁶¹ *MünchKomm-BGB/Henssler*, § 690 Rn. 1; *Staudinger/Reuter*, § 690 Rn. 1.

wägungen nicht ankommen kann⁵⁶². Daher entfällt die Regresspflicht gegenüber dem Staat, wenn der Gläubiger diejenige Sorgfalt nachweist, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, § 277 BGB. Hierzu ist es ausreichend, dass er die Fenster und Außentüren seiner Wohnung verschlossen und die Anschlüsse entsprechend gesichert hat.

Einem entgeltlichen Verwahrvertrag stünde bereits die Amtspflicht des Gerichtsvollziehers, die Vollstreckungskosten so gering wie möglich zu halten, entgegen, §§ 104 Abs. 1 S. 3, 140 Nr. 1 GVGA, § 788 Abs. 1 ZPO⁵⁶³. Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Vollstreckungskosten darüber hinaus auch unnötig i.S.d. §§ 788 Abs. 1, 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, wenn das Hamburger Modell unzulässigerweise in Abwesenheit des Gerichtsvollziehers durchgeführt wird⁵⁶⁴. Die Kosten einer unzulässigen Vollstreckung können keines Falles notwendig sein⁵⁶⁵.

II. Nachteile

1. Verlängerter Rechtsschutz des Vollstreckungsschuldners

Der Schuldner kann einen Räumungsschutzantrag gem. § 765a Abs 1 ZPO nur bis zu zwei Wochen vor dem Räumungstermin beantragen. Nach § 765a Abs. 3 Hs. 2 ZPO ist davon eine Ausnahme zu machen, wenn die Gründe, auf denen der Antrag beruht, erst nach diesem Zeitpunkt entstanden sind oder der Schuldner ohne Verschulden an einer rechtzeitigen Geltendmachung gehindert war. Da der Antrag naturgemäß nur bis zur Beendigung der Vollstreckung gestellt werden kann⁵⁶⁶ und die Hamburger Räumung erst mit der Besitzeinweisung des Gläubigers endet⁵⁶⁷, verlängert sich das Rechtsschutzbedürfnis um zwei Wochen. Gleiches gilt sowohl für die Erinnerung nach § 766 Abs. 1 ZPO, da das Rechtsschutzbedürfnis auch hier bis zum Abschluss der einzelnen Gerichtsvollziehermaßnahme⁵⁶⁸, also bis zur Schlüsselübergabe, besteht, als auch für die Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO⁵⁶⁹ und die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO.

⁵⁶² MünchKomm.BGB/Henssler, § 690 Rn. 4; Staudinger/Reuter, § 690 Rn. 3.

⁵⁶³ S. Teil 2. A. II. 1.

⁵⁶⁴ S. Teil 2. A. IV. 2.

⁵⁶⁵ Thomas/Putzo/Hüßtege, § 788 Rn. 19b.

⁵⁶⁶ MünchKomm-ZPO/Heßler, § 765a Rn. 73.

⁵⁶⁷ S. Teil 2. A. III. 2.

⁵⁶⁸ Musielak/Lackmann, § 766 Rn. 17; Schwieren, S. 165 f.

⁵⁶⁹ Scholz, ZMR 2010, 1 (4).

2. Keine Kostenerstattung

a) Keine Kostenerstattung nach § 788 ZPO bei Räumung durch den Schuldner

Räumt der Schuldner die Wohnung in der Schwebezeit doch noch aus, findet eine Verwertung der Gegenstände gem. § 885 Abs. 4 S. 1 ZPO nicht mehr statt. Im Falle eines Kostenfestsetzungsverfahrens gem. §§ 788 Abs. 2 S. 1, 794 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO⁵⁷⁰ entgeht dem Gläubiger dann die Möglichkeit, den etwaigen Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des nach der Verwertung hinterlegten Erlöses zu pfänden⁵⁷¹. Dies ist von entscheidender Bedeutung, wenn sich in der Wohnung einmal unpfändbare, aber wertvolle Gegenstände befinden. Da der Verwertungserlös der unpfändbaren Sachen nur ein Surrogat ist, sind die Pfändungsschutzvorschriften der §§ 811 ff ZPO nicht anwendbar⁵⁷². Daher könnte der Gläubiger auch den hohen Erlös der unpfändbaren Gegenstände beanspruchen. Da die Transport- und die Lagerkosten die Höhe des hinterlegten Erlöses im Regelfall jedoch deutlich überschreiten, wird dem Gläubiger die Räumung durch den Schuldner dennoch äußerst willkommen sein. Hätte der Gläubiger die Vollstreckungskosten gem. § 788 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 ZPO zugleich mit der Vollstreckung des Hauptanspruches betreiben lassen, würde sich bei der Räumung durch den Schuldner für ihn allerdings kein Unterschied ergeben. Wertvolle aber unpfändbare Gegenstände hätte der Gerichtsvollzieher wegen Beachtung der Pfändungsschutzvorschriften sowieso nicht pfänden dürfen⁵⁷³.

b) Kein Anspruch auf Erstattung der Verwahrkosten

Eine Erstattung der zweiwöchigen Verwahrkosten nach dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch aus § 788 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ZPO, ob i.R.d. Kostenbeitreibung oder im Kostenfestsetzungsverfahren, ist auszuschließen. Zwar stellen auch Lager- und Transportkosten Zwangsvollstreckungskosten dar⁵⁷⁴. Diese wurden aber durch den mit dem Gerichtsvollzieher für die Schwebezeit abgeschlossenen unentgeltlichen Verwahrvertrag ausgeschlossen⁵⁷⁵. Unmittelbare Vollstreckungskosten sind somit zu verneinen.

Möglicherweise kann der Gläubiger dem Schuldner aber materiell-rechtliche Erstattungsansprüche entgegenhalten. Allerdings scheidet ein Aufwendungsersatzanspruch aus § 693

⁵⁷⁰ S. Teil 1. C. I.

⁵⁷¹ S. Teil 1. C. I.

⁵⁷² S. Teil 1. C. I.; MünchKomm-ZPO/Gruber, § 885 Rn. 47; eingeschränkt: Stein/Jonas/Brehm, § 885 Rn. 45.

⁵⁷³ S. Teil 1. C. I.

⁵⁷⁴ Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Kessel, § 788 Rn. 69.

⁵⁷⁵ S. Teil 2. A. II. 1.

BGB mangels Verwahrvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner aus. Da der Gläubiger die Sachen gerade aufgrund seiner Beauftragung durch den Justizfiskus verwahrt, ist auch ein Anspruch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag abzulehnen. Ebenso scheidet ein Verwendungsanspruch gem. § 994 BGB, weil der Gläubiger die Sachen zu diesem Zeitpunkt gar nicht besessen hat und die Verwendung zudem unnötig war, weil die Sachen bei Durchführung der klassischen Räumung gem. § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO eingelagert worden wären. Möglicherweise besteht aber ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1, 546a Abs. 2 BGB, weil der Schuldner den Auszug vertragswidrig verzögert hat⁵⁷⁶. Allerdings mangelt es hier an der Kausalität. Die Aufwendungen i.R.d. zweiwöchige Einlagerung beruhen nur indirekt auf dem unterlassenen Auszug, sondern vielmehr auf der Tatsache, dass nicht die klassische Räumung, sondern das Hamburger Modell durchgeführt wurde. Bei den etwaig zu ersetzenden Kosten handelt es sich um solche, die auf Wunsch des Gläubigers entstanden sind, bei der klassischen Räumung aber nie angefallen wären.

Im Falle eines entgeltlichen Verwahrvertrags stünde dem Gläubiger jedoch ein Anspruch gem. § 689 BGB gegen den Justizfiskus auf Vergütung zu. Der Gerichtsvollzieher kann allerdings mit dem Anspruch auf Erstattung der Vollstreckungskosten gem. §§ 13 Abs. 1 Nr. 1 und 4 Abs. 1 S. 1 GvKostG gegenüber dem Gläubiger als Schuldner der Vollstreckungskosten aufrechnen⁵⁷⁷, so dass auch in diesem Falle der Erstattungsanspruch gegen den Justizfiskus zu verneinen wäre.

3. Dauer des Räumungsverfahrens

Da das Hamburger Modell sich von der klassischen Räumung lediglich durch die zweiwöchige Streckung unterscheidet⁵⁷⁸, wird die generelle Verfahrensdauer lediglich um diese Zeit verlängert⁵⁷⁹.

III. Fazit

Eine nennenswerte Reduzierung der Vollstreckungskosten bei Durchführung des Hamburger Modells erfolgt nicht, da nur bis zu 200 Euro eingespart werden und der ungekürzte Kostenvorschuss in jedem Fall zu entrichten ist. Die Hamburger Räumung ist vorteilhaft, wenn

⁵⁷⁶ So jedenfalls für das *Frankfurter Modell*: *Schwieren*, S. 155.

⁵⁷⁷ *Brossette*, NJW 1989, 963 (964), wobei §§ 13 Abs. 1 Nr. 1, 4 GvKostG = §§ 3 Abs. 1 Nr. 1 und 5 GvKostG a.F.

⁵⁷⁸ S. Teil I. B. V.

⁵⁷⁹ S. Teil I. E.

eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Vollstreckung wegen Schutzanträgen, Drittgewahrsams oder ähnlichem verhindert oder verzögert wird. Dann können die doppelten Räumungskosten bestenfalls verhindert, zumindest aber reduziert werden. Da der Staat im Falle der Beschädigung des schuldnerischen Eigentums haftet, wird sich der zuständige Gerichtsvollzieher nur selten auf das Hamburger Modell einlassen. Ein Anspruch auf Durchführung desselben besteht nicht. Die von *Riecke* angenommene „Win-Situation“ ist daher verfehlt⁵⁸⁰.

B. Vor- und Nachteile des Frankfurter Modells

I. Vorteile

1. Kostenreduzierung

Da der Gläubiger die Räumung und die Lagerung mit eigenen Mitteln durchführt, entfallen die Transport- und Verwahrkosten ganz. Der vom Gerichtsvollzieher gem. § 4 Abs. 1 S. 1 und 2 GvKostG veranschlagte Kostenvorschuss beträgt wie beim *Berliner Modell* durchschnittlich nur 400 bis 500 Euro⁵⁸¹. Auf den gleichen Umfang reduzieren sich die Vollstreckungskosten, die der Vollstreckungsgläubiger aber regelmäßig nicht beim Vollstreckungsschuldner betreiben kann⁵⁸².

2. Anspruch auf Erstattung der Verwahrkosten

Haben der Gläubiger und der Justizfiskus einmal einen entgeltlichen Verwahrvertrag abgeschlossen, kann der Gläubiger wie beim *Hamburger Modell* letztlich kein Vergütungsanspruch gem. § 689 BGB realisieren, da der Gerichtsvollzieher mit dem Anspruch des Justizfiskus auf Erstattung der Vollstreckungskosten gem. §§ 13 Abs. 1 Nr. 1, 4 GvKostG aufrechnen wird⁵⁸³. Dann jedoch könnte er dem Schuldner theoretisch diese Kosten als Kosten der

⁵⁸⁰ *Riecke*, S. 567 f.

⁵⁸¹ S. Teil 1. C. II.: Abzüglich der Kosten des Fuhr- bzw. Lagerunternehmers verbleiben nur noch Vollstreckungskosten i.H.v. ca. 400-500 Euro; allerdings legte das *AG Frankfurt a.M.*, NZM 2004, 359 (560) die zu leistende Vorschusshöhe auf 750 Euro fest.

⁵⁸² S. Teil 1. C.

⁵⁸³ *Brossette*, NJW 1989, 963 (964), wobei §§ 13 Abs. 1 Nr. 1, 4 GvKostG = §§ 3 Abs. 1 Nr. 1 und 5 GvKostG a.F.

Zwangsvollstreckung gem. § 788 Abs. 1 S. 1 oder Abs. 2 S. 1 ZPO entgegenhalten. In den ganz überwiegenden Fällen, ist der Lagervertrag jedoch unentgeltlicher Natur, so dass die Inanspruchnahme des Schuldners nach dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch wie beim *Hamburger Modell* ausscheidet⁵⁸⁴.

a) Materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch

So stellt sich auch hier die Frage, ob der Gläubiger dem Schuldner nicht einen materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch entgegenhalten kann. Ein Aufwendungsersatzanspruch gem. § 693 BGB ist auszuschließen, da zwischen den Vollstreckungsparteien kein Vertragsverhältnis besteht. Ebenso wenig besteht ein Anspruch aus den §§ 677, 683, 670 BGB, da der Gläubiger einen Auftrag zur Verwahrung wegen des Verwahrverhältnisses gegenüber dem Staat hat. Ob der Gläubiger an den eingelagerten Sachen Besitz hat und somit ein Anspruch aus § 994 BGB begründet sein könnte, ist im Einzelfall zu prüfen. In jedem Fall kann im Gegensatz zum *Hamburger Modell* ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 281, 546a Abs. 2 BGB bejaht werden⁵⁸⁵. Die unterlassene, bzw. verzögerte Herausgabe ist nunmehr kausal für den vom Gläubiger geltend gemachten Verwahaufwand, weil Letzterer die Sachen nur deshalb zwei Monate bei sich eingelagert hat. Dem ist auch nicht entgegen zu halten, dass primär eine unternehmerische Verwahrung gem. § 885 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 ZPO vorzunehmen gewesen wäre. Wäre die Verwahrung von einem Dritten durchgeführt worden, hätte der Gläubiger wegen seiner Vorschusspflicht gem. §§ 788 Abs. 1 S. 1 Hs. 1, 91 Abs. 1 S. 1 ZPO ebenfalls einen Anspruch auf Erstattung der Vorschusskosten geltend machen können, welche auch die Verwahrkosten beinhalten⁵⁸⁶. Nichts anderes kann aber gelten, wenn dem Gläubiger durch die Verwahrung selbst Aufwendungen oder Verluste entstehen, da durch eine Verwahrung in jedem Fall Kosten oder Aufwendungen verursacht werden. Daher wäre die Inanspruchnahme des Schuldners, vorausgesetzt sie verspricht doch einmal Erfolg, auch nicht unbillig.

b) Anspruchshöhe

Kann der Gläubiger einen Erstattungsanspruch gem. §§ 280 Abs. 1 S. 1, 281 BGB geltend machen, stellt sich die Frage, in welcher Höhe dieser begründet wäre. Als Berechnungsgrundlage kämen zum einen der anteilige Mietzins und zum anderen die bei einer gewerblichen

⁵⁸⁴ S. Teil 3. A. II. 2. b.

⁵⁸⁵ Flatow, S. 149 (158), jedoch ohne Anspruchsgrundlage; *Schwieren*, S. 155.

⁵⁸⁶ S. Teil 1. C. II.

Verwahrung veranschlagten Kosten in Betracht. Da der Mietzins wahrscheinlich die durchschnittlichen Lagerkosten von acht Euro pro Quadratmeter⁵⁸⁷ übersteigen wird, wird schon wegen der Schadensminderungspflicht des Gläubigers gem. § 254 Abs. 2 S. 1 BGB auf die niedrigeren Verwahrkosten abzustellen sein. Zur Bestimmung der üblichen Vergütung könnte entsprechend auf § 689 BGB zurückgegriffen werden.

c) Gesonderte Geltendmachung

Nach einem Beschluss des *OLG Frankfurt a.M.* kann der Gläubiger bei der Frankfurter Räumung aber solche aus dem Verzug des Schuldners erwachsene Schäden und Aufwendungen nicht zusammen mit den Vollstreckungskosten gem. § 788 Abs. 1 S. 1 ZPO beitreiben⁵⁸⁸. Eine solche Geltendmachung erfordere umfangreiche rechtliche Erwägungen und Ermittlungen. So müsse der Gläubiger z.B. beweisen, dass er seine Räume für die Zeit der Aufbewahrung auch entgeltlich hätte nutzen können. Eine vertiefte Prüfung stünde aber dem Normzweck des § 788 Abs. 1 S. 1 ZPO entgegen, der ein vereinfachtes und schnelles Verfahren zur Beitreibung der ihm entstandenen Vollstreckungskosten ohne Titel ermöglichen sollte. Daher müsse der Gläubiger etwaigen materiellrechtlichen Aufwendungsersatz in einer gesonderten Klage vor dem Erkenntnisgericht geltend machen⁵⁸⁹. Deshalb sollte sich der Gläubiger überlegen, ob er wegen der im Verhältnis unwesentlichen Kosten ein erneutes Verfahren in Gang setzen möchte. Kann der Schuldner schon die Vollstreckungskosten nicht aufbringen, ist nicht ersichtlich, warum er nun den Aufwendungsersatz beibringen können sollte.

II. Nachteile

1. Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung

Lehnt der Gerichtsvollzieher den Antrag auf Durchführung des Frankfurter Modells ab, kann der Gläubiger gegen die Entscheidung Erinnerung einlegen⁵⁹⁰. Allerdings darf das Vollstreckungsgericht gem. § 766 Abs. 1 S. 1 ZPO lediglich überprüfen, ob der Gerichtsvollzieher ermessensfehlerhaft gehandelt hat oder sein intendiertes Ermessen auf Null reduziert war. Stellt das Gericht eine Gesetzesverletzung fest, wird der Gläubiger dennoch zwei weitere Wochen bis zur Rechtskraft des Beschlusses abwarten müssen, bis der Gerichtsvollzieher der

⁵⁸⁷ S. Teil 1. C. II.

⁵⁸⁸ *OLG Frankfurt a.M.*, DGVZ 1998, 188 f.

⁵⁸⁹ *OLG Frankfurt a.M.*, DGVZ 1998, 188 f; *Nies*, MDR 1999, 1113 (1125).

⁵⁹⁰ *Schuschke/Walker/Walker*, § 766 Rn. 14.

Anordnung Folge leistet, §§ 793, 567 Abs. 1 Nr. 1, 569 Abs. 1 S. 1 ZPO. In jedem Fall treffen den Vollstreckungsgläubiger bis zum Abschluss des Verfahrens weitere Mietausfälle und Prozesskosten. Dies gilt auch dann, wenn der Vollstreckungsschuldner gem. § 766 Abs. 1 S. 1 ZPO selbst Erinnerung gegen die Durchführung des Frankfurter Modells einlegt.

2. Private Haftung

a) Allgemeine Haftung

Nach der hier vertretenen Meinung und im Einklang mit der Rechtsprechung endet die Staatshaftung im Falle des § 885 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 ZPO mit der Übergabe der Gegenstände an den privaten Dritten⁵⁹¹. Daher haftet der Gläubiger beim Frankfurter Modell für alle Schäden, die während des Transports und der Lagerung an den schuldnerischen Gegenständen verursacht werden⁵⁹². Mangels Vertragsverhältnis kann der Schuldner lediglich Ansprüche aus unerlaubter Handlung nach §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 246 und 303 StGB sowie § 831 Abs. 1 S. 1 BGB geltend machen⁵⁹³. Prinzipiell könnte der Schuldner auch den Staat in Anspruch nehmen, da die Verwahrung ihm gegenüber hoheitlicher Natur ist. Die Staatshaftung ist jedoch gegenüber der Privathaftung gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG subsidiär, wenn der Gerichtsvollzieher nur fahrlässig gehandelt hat.

Fraglich ist aber, ob sich der unentgeltlich verwahrende Gläubiger im Gegensatz zum entgeltlich Verwahrenden gegenüber dem Schuldner auf die Haftungsmilderung des § 690 BGB analog berufen kann. Dann müsste die Vorschrift auch auf das zwischen dem Gläubiger und Schuldner bestehende gesetzliche Schuldverhältnis entsprechend anwendbar sein. Sinn und Zweck dieser Norm ist der Schutz des Verwahrers, wenn er fremdes Eigentum unentgeltlich verwahrt⁵⁹⁴. Im Gegensatz zum *Hamburger Modell* kann hier nicht eingewendet werden, dass es auf das Eigeninteresse des Gläubigers an Vollstreckungskosten zu sparen nicht ankommt, weil nunmehr der Gläubiger und nicht mehr der Staat direkter Haftungsgegner des Schuldners ist. Allerdings kann dieses Interesse noch lange keine direkte oder indirekte Entgeltlichkeit begründen. Der Vorteil der eigenen Verwahrung besteht darin, dass die Vollstreckungskosten um die Summe der sonst angefallenen Drittkosten reduziert werden und so der vom Gläubiger

⁵⁹¹ S. Teil 1. D. II. 1. b. cc.

⁵⁹² So auch *Horst*, MDR 2006, 249 (252); *Schuschke*, NZM 2005, 681 (685); a.A.: *Grüßenmeyer*, NZM 2007, 310 (322), der von einer Staatshaftung ausgeht.

⁵⁹³ Siehe hierzu auch Teil 3. C. II. 3. d; denkbar wäre zudem ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Vollstreckungsschuldners.

⁵⁹⁴ MünchKomm-BGB/*Henssler*, § 690 Rn. 1; *Staudinger/Reuter*, § 690 Rn. 1.

zu leistende und regelmäßig uneinbringbare Kostenvorschuss verringert wird. Die Beschränkung eines Verlustbetrages kann aber nicht mit einem zusätzlichen Entgelt, bzw. Leistungsanspruch, gleichgestellt werden. Daher ist nach der hier vertretenen Auffassung § 690 BGB analog auch auf einen vertraglichen Schadensersatzanspruch des Schuldners anzuwenden⁵⁹⁵, wenn der Gläubiger einen unentgeltlichen Verwahrvertrag mit dem Staat geschlossen hat⁵⁹⁶. Der Gläubiger sollte sich also genau überlegen, ob er dem Schuldner den sowieso uneinbringlichen Aufwendungsersatz entgegen hält. In diesem Fall würden selbstverständlich die Voraussetzungen der Haftungsmilderung entfallen, da dann die Entgeltlichkeit zu bejahen wäre, weil der Gläubiger die Verwahrkosten als Leistung für die Verwahrung ersetzt verlangt⁵⁹⁷.

b) Haftung nach der Entscheidung des *AG Frankfurt a.M.*

Das Amtsgericht verlangt vom Gläubiger zusätzlich eine Haftungsfreistellung zum Schutz des Gerichtsvollziehers und eine uneingeschränkte Schadensersatzverpflichtung zum Schutz des Schuldners⁵⁹⁸. Hierdurch sollen ein erhöhtes Haftungsrisiko für den Gerichtsvollzieher vermieden und die Ersatzansprüche des Schuldners verstärkt werden⁵⁹⁹. Entgegen der hier vertretenen Meinung⁶⁰⁰ geht das Gericht davon aus, dass auch bei der anderweitigen Verwahrung i.S.d. § 885 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 ZPO der Gerichtsvollzieher bzw. der Staat und nicht der beauftragte Dritte für den Transport verantwortlich ist⁶⁰¹. Der Gläubiger hat daher den Gerichtsvollzieher für die risikoreichen Handlungen, also die Bestellung des Gläubigers zum Verwahrer i.S.d. § 139 Nr. 4 Abs. 1 S. 2 und 3 GVGA analog und das Handeln in der Zeit vom Transport bis zur Einlagerung der Gegenstände, frei zu stellen⁶⁰². Eine Freistellung über diese Zeitspanne hinaus kann aber auch das *AG Frankfurt a.M.* nicht verlangen. Bis zu der Wegschaffung der Gegenstände führt der Gerichtsvollzieher die klassische Räumung durch, so dass bis dahin die allgemeinen Haftungsgrundsätze gelten müssen⁶⁰³.

Die vom *AG Frankfurt a.M.* vorausgesetzte Schadensersatzverpflichtung gegenüber dem Schuldner bedeutet für den Gläubiger somit eine verschuldensunabhängige Haftung, welche die allgemeine Haftung weit überschreitet. Es entfällt nicht nur die Haftungsmilderung des

⁵⁹⁵ MünchKomm-BGB/*Henssler*, § 690 Rn. 8; Staudinger/*Reuter*, § 690 Rn. 5, jedoch nur insoweit, wie der Verwahrer in seiner Rolle als Verwahrer gehandelt hat.

⁵⁹⁶ Im Ergebnis auch *Schwieren*, S. 153, jedoch ohne Begründung.

⁵⁹⁷ MünchKomm-BGB/*Henssler*, § 690 Rn. 4; Staudinger/*Reuter*, § 690 Rn. 3.

⁵⁹⁸ S. Teil 2. B. I. 2. c.

⁵⁹⁹ *AG Frankfurt a.M.*, NZM 2004, 359.

⁶⁰⁰ S. Teil 1. C. II. 1. b. cc.

⁶⁰¹ S. Teil 2. B. I. 2. c. dd.

⁶⁰² S. Teil 2. B. I. 2. c. dd.

⁶⁰³ S. Teil 1. D.

§ 690 BGB analog⁶⁰⁴, sondern auch die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB und des § 848 Hs. 2 BGB.

3. Dauer des Räumungsverfahrens

Da das Frankfurter Modell lediglich eine andere Verwahrungsart der klassischen Räumung darstellt, ändert sich an der grundsätzlichen Verfahrensdauer von mindestens 14 Monaten nichts⁶⁰⁵. Auch hier muss der Gläubiger die zweimonatige Verwahrfrist des § 885 Abs. 4 S. 1 ZPO einhalten, bevor der Gerichtsvollzieher mit dem Verkauf oder der Verwertung beginnt. Legt der Schuldner eine Erinnerung gegen die Frankfurter Räumung ein, dauert das Verfahren selbstverständlich wesentlich länger.

III. Fazit

Der Gerichtsvollzieher kann grundsätzlich nicht zur Durchführung des Frankfurter Modells gezwungen werden. Der Gläubiger muss davon ausgehen, dass die beantragte Methode wegen des Verwaltungsaufwandes und der vom *AG Frankfurt a.M.* praktisch kaum durchführbaren Voraussetzungen wahrscheinlich abgelehnt wird. Besteht der Wohnungsinhalt wie so häufig vorhersehbar aus Müll und Gerümpel oder ist die Wohnung bereits entleert, wird der Gerichtsvollzieher eher zur Durchführung bereit sein, da sein Haftungsrisiko praktisch auszuschließen ist. Woher soll der Gläubiger jedoch wissen, welcher Inhalt sich hinter der Wohnungstür verbirgt? Der Vollstreckungsantrag kann jedenfalls nicht vom Hausstand des Schuldners abhängig gemacht werden, da dieser als Prozesshandlung bedingungsfeindlich ist⁶⁰⁶. Zwar wäre eine Umstellung des Antrags nach der Wohnungsöffnung mit Zustimmung des Gerichtsvollziehers möglich. Jedoch hätte der Gläubiger wie beim *Hamburger Modell* zunächst den ungekürzten Kostenvorschuss zu zahlen und bliebe auch auf den nicht unerheblichen Ausfallkosten für die Bereitstellung der Unternehmen als Vollstreckungskosten sitzen⁶⁰⁷. Sollten dem Gläubiger keine anderen leeren Räume als die Mieträume zur Verfügung stehen, muss er mit zusätzlichem Mietausfall rechnen.

⁶⁰⁴ S. Teil 3. B. II. 2. a.

⁶⁰⁵ S. Teil 1. E.

⁶⁰⁶ Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 443.

⁶⁰⁷ S. Teil 1. C. III.

C. Vor- und Nachteile des Berliner Modells

I. Vorteile

1. Kostenreduzierung

Der Vollstreckungsgläubiger spart durch die Räumung nach dem Berliner Modell zwischen 50 und 90 Prozent an Vorschusskosten⁶⁰⁸, da sowohl die Transport- als auch die Verwahrkosten gem. § 885 Abs. 3 S. 1 ZPO entfallen. Statt der durchschnittlichen 1.000 Euro Vorschuss pro Zimmer hat er insgesamt nur noch 400 bis 500 Euro an den Gerichtsvollzieher zu leisten⁶⁰⁹, § 4 Abs. 1 S. 1 und 2 GvKostG. In der gleichen Größenordnung befinden sich auch die schlussendlich anfallenden Vollstreckungskosten⁶¹⁰. Zwar wird der Vollstreckungsgläubiger den vorgestreckten Geldbetrag regelmäßig nicht zurückerhalten⁶¹¹. Trotzdem erleichtert der geringe Vorschuss die Durchsetzung des titulierten Anspruchs.

2. Begrenzte Rechtsschutzmöglichkeiten

Ist es dem Schuldner nicht möglich, das Vollstreckungsgericht rechtzeitig anzurufen, kann der Gerichtsvollzieher auf Antrag die isolierte Herausgabe für die Dauer von einer Woche aufschieben, wenn der Schuldner glaubhaft macht, dass die Maßnahme mit den guten Sitten unvereinbar ist, § 765a Abs. 2 und 1 S. 1 ZPO⁶¹². Dies könne z.B. dann der Fall sein, so der *BGH* in einer Entscheidung zum Berliner Modell, wenn es dem Vollstreckungsschuldner unmöglich ist, die zurückgebliebenen, unpfändbaren Sachen zu entfernen und für ihre Unterbringung zu sorgen⁶¹³.

Auch eine Erinnerung gem. § 766 Abs. 1 ZPO kommt grundsätzlich gegen die Berliner Räumung als Vollstreckungsmaßnahme des Gerichtsvollziehers in Betracht. Diese wäre auch bis zur Besitzeinweisung des Vollstreckungsgläubigers zulässig, da das Rechtsschutzbedürfnis bis zur Beendigung der Vollstreckungsmaßnahme besteht⁶¹⁴. Sie wäre aber als unbegründet abzuweisen, da der die Berliner Räumung durchführende Gerichtsvollzieher weder gegen eine

⁶⁰⁸ *Körner*, ZMR 2006, 201 (203); *Monjé*, GE 2006, 150 (151).

⁶⁰⁹ *BGH*, NZM 2009, 660; *BGH*, NJW 2006, 3273 f.

⁶¹⁰ Vgl. Teil 1. C. II., da die kostenträchtigen Räumungs- und Lagerkosten entfallen.

⁶¹¹ S. Teil 1. C. I.

⁶¹² S. Teil 2. D. III. 2. D; s. auch *Knapp*, S. 172 f.

⁶¹³ *BGH*, NJW 2006, 848 (849).

⁶¹⁴ *BGH*, NZM 2005, 193 (194); *MünchKomm-ZPO/Gruber*, § 885 Rn. 54; *Knapp*, S. 167; *Musielak/Lackmann*, Vorbem. § 704 Rn. 30.

Vollstreckungsvoraussetzung noch gegen eine Verfahrensvorschrift verstößt⁶¹⁵. Das Berliner Modell ist nach der hier vertretenen Ansicht und im Einklang mit der gefestigten Rechtsprechung des *BGH* zulässig. Dem Gerichtsvollzieher steht keine Kompetenz zu, das geltend gemachte Vermieterpfandrecht materiell-rechtlich zu überprüfen. Ebenso wenig wäre eine Drittwiderspruchsklage des Schuldners gem. § 771 Abs. 1 ZPO begründet⁶¹⁶, da die unpfändbaren Sachen im Gegensatz zu den herauszugebenden Räumen eben nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind. Davon zu unterscheiden ist die spätere Möglichkeit des Vollstreckungsschuldners, den Gläubiger nach Beendigung der Zwangsvollstreckung auf Herausgabe der unpfändbaren Sachen oder auf Schadensersatz zu verklagen und im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes die einstweilige Regelung der Besitzverhältnisse zu beantragen⁶¹⁷.

II. Nachteile

1. Zusätzliche Abwicklungskosten

Die Höhe der nach Abschluss der Zwangsvollstreckung anfallenden Kosten hängt auch hier davon ab, ob der Vollstreckungsgläubiger das weitere Vorgehen selbst durchführt und welche Art von Gegenständen sich in der Wohnung befinden. Beauftragt der Gläubiger ein Unternehmen mit der Räumung, fallen auch hier die durchschnittlichen Kosten von 1.000 Euro an⁶¹⁸. Aber selbst wenn er die Räumung mit eigenen Kräften durchführt, entstehen wegen des Verbleibs der Gegenstände weitere Abwicklungskosten.

In den seltenen Fällen, in denen die unpfändbaren Sachen hinterlegt werden können, muss er für die Hinterlegungskosten gem. § 381 BGB aufkommen. Das jeweilige Landesjustizkostengesetz bestimmt die Höhe der Hinterlegungsgebühr, die zwischen acht und 300 Euro betragen kann⁶¹⁹. Auch hier ist der Gläubiger als Kostenschuldner der Hinterlegung gegenüber der Behörde vorleistungspflichtig⁶²⁰, §§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 7 Abs. 2 S. 1 JVKostO. Zwar ist der Vollstreckungsschuldner der Gläubiger der Hinterlegung und somit Kosten-

⁶¹⁵ Folgte man der Auffassung, dass der Gerichtsvollzieher ein Prüfungsrecht dahingehend hat, dass er zumindest die (offensichtlich) unpfändbaren Gegenstände oder die, an denen das Bestehen des Vermieterpfandrechts bestritten wird, aus der Wohnung zu schaffen hat, so wäre die Erinnerung begründet, da ein Verstoß des Gerichtsvollziehers gegen § 885 Abs. 2 ZPO vorläge.

⁶¹⁶ *Knapp*, S. 119.

⁶¹⁷ S. Teil 3. C. II. 4.

⁶¹⁸ S. Teil 1. C. II.

⁶¹⁹ Z.B. für Bayern, gem. Art. 4 LJKostG i.V.m. Anlage zu LJKostG Nr. 3.1: zehn bis 300 Euro Hinterlegungsgebühr und gem. Art. 4 LJKostG i.V.m. Anlage zu LJKostG Nr. 3.2, § 11 S. 2 HinterIO: zehn Euro Anzeigegebühr.

⁶²⁰ *Both*, GE 2007, 192 (199).

schuldner des Vollstreckungsgläubigers gem. § 381 BGB, jedoch verläuft die Kostenbeitreibung zumeist erfolglos⁶²¹. Lagert der Vollstreckungsgläubiger die Gegenstände bei einem Dritten ein, muss er nach der hier vorgeschlagenen Lösung mit Verwahrkosten für sechs Monate rechnen, § 548 Abs. 2 BGB analog⁶²². Ein Selbsthilfeverkauf verursacht Gerichtsvollziehergebühren i.H.v. 40 Euro, §§ 246 Nr. 1 c GVGA, 383 Abs. 3 BGB, §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 2 GvKostG i.V.m. der Anlage zu § 9 GvKostG (GV KV 300). Auch hier wird der vorschusspflichtige Vollstreckungsgläubiger die Kosten nicht erstattet bekommen. Eine öffentliche Versteigerung der pfändbaren Sachen erfordert 40 Euro an Gerichtsvollziehergebühren gem. §§ 246 Nr. 1 c GVGA, 383 Abs. 3 BGB, §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 2 GvKostG i.V.m. der Anlage zu § 9 GvKostG (GV KV 300), ebenso wie ein freihändiger Verkauf. Ein Verkauf durch einen Handelsmakler oder einen öffentlichen Versteigerer kostet weit mehr, für die Vernichtung der Gegenstände muss der Vollstreckungsgläubiger mit ca. 18 Euro/100 kg inklusive 19 Prozent Mehrwertsteuer rechnen. Somit fallen bei einer eigenen Entrümpelung Abwicklungskosten von insgesamt zwischen 100 und 300 Euro an.

Der Gläubiger muss jedoch beachten, dass er diese Kosten nicht als Vollstreckungskosten i.S.d. § 788 Abs. 1 oder 2 ZPO geltend machen kann⁶²³. Zum einen hat nicht der Schuldner sondern vielmehr er selbst die Abwicklungskosten durch die Geltendmachung des Vermieterpfandrechts veranlasst. Zum anderem entstehen diese Kosten erst nach Beendigung der Vollstreckung, da der Gläubiger beim Berliner Modell bewusst auf das weitere Verfahren nach § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO verzichtet. Wie beim *Hamburger Modell*⁶²⁴ entgeht dem Gläubiger im Gegensatz zur klassischen Räumung i.R.d. § 788 Abs. 2 S. 1 ZPO die Möglichkeit, den nach der Verwertung hinterlegten Erlös zu pfänden⁶²⁵. Dies ist vor allem dann von Bedeutung, wenn sich in der Wohnung einmal unpfändbare, aber wertvolle Gegenstände befinden. Ob der Gläubiger wegen der Abwicklungskosten einen materiell-rechtlichen Aufwendungs- oder Schadensersatzanspruch mit Erfolg durchsetzen kann, wird sogleich erörtert.

⁶²¹ S. Teil 1. C.

⁶²² S. Teil 2. D. II. 3. b. bb.

⁶²³ *Hau*, LMK 2006, 170080; *Knapp*, S. 206.

⁶²⁴ S. Teil 3. A. II. 2. a.

⁶²⁵ S. Teil 1. C. I.

2. Verlust materiell-rechtlicher Ansprüche

a) Verlust des Räumungsanspruchs

Macht der Vollstreckungsgläubiger ein umfassendes Vermieterpfandrecht geltend, entfällt der Räumungsanspruch unabhängig davon, in welchem Umfang das Vermieterpfandrecht tatsächlich besteht⁶²⁶. Eine erneute gerichtliche Geltendmachung würde wegen des aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgenden Verbots widersprüchlichen Verhaltens als von Anfang an unbegründet abgewiesen⁶²⁷.

b) Keine vertraglichen Ersatzansprüche nach Geltendmachung des Vermieterpfandrechts

Ab der Geltendmachung des Vermieterpfandrechts kann der Gläubiger im Gegensatz zu den anderen Modellen weder einen Nutzungsersatzanspruch nach § 546a Abs. 1 BGB noch einen weiteren Schadensersatzanspruch nach § 546a Abs. 2 BGB auf Erstattung der vereinbarten Miete, Mietausfallschaden oder anderweitiger Aufwendungen geltend machen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Schaden i.S.d. § 546a Abs. 2 BGB auf Verzug, Schlechterfüllung oder auf Schadensersatz statt der Rückgabe gem. §§ 286, 280 Abs. 1 oder 281 BGB gestützt wird. Mit der Ausübung des umfassenden Vermieterpfandrechts ist der notwendige Rückerhaltungswille des Gläubigers zu verneinen⁶²⁸, da er die Wohnung eben nicht vollständig geräumt zurückerhalten möchte⁶²⁹. Für einen Schadensersatzanspruch fehlt es darüber hinaus an einer kausalen Pflichtverletzung⁶³⁰, da die Räumungspflicht gem. § 546 Abs. 1 BGB wegen der Geltendmachung des Vermieterpfandrechts erloschen ist und der Gläubiger das Zurücklassen der Gegenstände selbst verursacht hat. Dies gelte, so dass *AG Berlin-Lichtenberg*, unabhängig davon, ob das Vermieterpfandrecht tatsächlich bestand oder nicht⁶³¹.

Daher ist auch ein Ersatz nach dem Kündigungsfolgenanspruch auszuschließen⁶³². Hierbei handelt es sich um einen Anspruch eigener Art, dessen anspruchsbegründende Norm diejenige ist, aus der das Kündigungsrecht hergeleitet wird, im vorliegenden Fall also §§ 280 Abs. 1 S. 1, 543 Abs. 2 S. 1 lit. a oder b BGB. Die Pflicht zum Ersatz des Mietausfalls für die Zeit

⁶²⁶ *KG*, NZM 2005, 422.

⁶²⁷ *LG Mannheim*, WuM 1978, 141.

⁶²⁸ *OLG Hamburg*, NJW-RR 1990, 86; Schmidt/Futterer/*Gather*, § 546a Rn. 19.

⁶²⁹ *Flatow*, S. 164, *Schwieren*, S. 118 f.

⁶³⁰ *AG Berlin-Lichtenberg*, GE 2009, 1629.

⁶³¹ *AG Berlin-Lichtenberg*, GE 2009, 1629.

⁶³² Schmidt/Futterer/*Blank*, § 542 Rn. 100; so im Ergebnis auch *Knapp*, S. 207, der den Anspruch jedoch erst an der fehlenden Zurechenbarkeit scheitern lässt.

nach der Räumung bis zur Weitervermietung⁶³³ wird dadurch ausgelöst, dass der Vollstreckungsschuldner den Vermieter durch seine Vertragsverletzung zur außerordentlichen Kündigung veranlasst und dieses haftungsbegründende Ereignis in die Zeit des Mietverhältnisses fällt. Der Vermieter soll so gestellt werden, als wenn die Vertragsbeendigung nicht eingetreten und das Mietverhältnis fortgeführt worden wäre⁶³⁴. Der Anspruch ist auch hier nur bis zur Geltendmachung des Pfandrechts begründet, danach ist eben nicht mehr das Unterlassen des Auszugs, sondern das Pfandrecht kausal dafür, dass der Schuldner die Wohnung nicht geräumt hat.

c) Beschränkte Ansprüche auf Ersatz der Verwendungen

Bei dem Anspruch auf Verwendungsersatz aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag ist zu differenzieren, ob der Gläubiger etwaige Verwendungen auf pfändbare oder unpfändbare Gegenstände vorgenommen hat. Unter den Begriff der Verwendungen fallen alle Vermögensaufwendungen, die der Sache zugute kommen, indem sie ihrer Wiederherstellung, Erhaltung oder Verbesserung dienen⁶³⁵. Nach allgemeiner Auffassung fallen darunter auch die Lagerkosten⁶³⁶, da erst die Lagerung den Erhalt der Sache ermöglicht.

Hat der Vollstreckungsgläubiger Verwendungen auf die pfändbaren Gegenstände gemacht und stehen diese im Interesse und Willen des Geschäftsherren (Schuldners), kann er diese gem. §§ 1216, 1257, 683, 677, 670 BGB ersetzt verlangen⁶³⁷. Verwahrt er die Gegenstände in eigenen Räumen, so kann er keinen Ersatz i.H.d. vereinbarten Mietszins beanspruchen, sondern nur die üblicherweise niedrigeren Kosten ersetzt verlangen, die bei einer Verwahrung durch einen gewerblichen Dritten entstanden wären. Der Gläubiger darf sich nicht auf Kosten des Schuldners bereichern. Fallen indes Aufwendungen für den Transport in eine gewerbliche Lagerstätte an, sind diese ebenfalls zu ersetzen, da erst so die Aufbewahrung ermöglicht und der Erhalt der Sachen gewährleistet wird. Aus diesem Grunde entspricht die Übernahme der Transport- und Lagerkosten grundsätzlich dem objektiven Interesse und dem Willen des Verpfänders bzw. Geschäftsherren (Vollstreckungsschuldners)⁶³⁸. Ist der Vollstreckungsschuldner nicht anwesend, ist sein mutmaßlicher Wille ausschlaggebend. Nur wenn er sein

⁶³³ *OLG Düsseldorf*, OLGR 2006, 140 f, wenn der Vermieter sich umgehend um die Weitervermietung des Objektes bemüht, ansonsten trifft ihn eine Schadensminderungspflicht gem. § 254 Abs. 2 BGB.

⁶³⁴ *OLG Düsseldorf*, OLGR 2006, 140 f.

⁶³⁵ *MünchKomm-BGB/Damrau*, § 1216 Rn. 2.

⁶³⁶ *OLG Düsseldorf*, NZV 1995, 69; *OLG Hamburg*, NJW-RR 1990, 86; *Staudinger/Wiegand*, § 1216 Rn. 4.

⁶³⁷ So auch *Knapp*, S. 209.

⁶³⁸ *MünchKomm-BGB/Seiler*, § 683 Rn. 4 f.

Eigentum offensichtlich aufgegeben hat, ist dieser zu verneinen⁶³⁹. Ansonsten ist der Wille, die Gegenstände zu erhalten, bei objektiver Beurteilung aller Umstände im Zeitpunkt der Geschäftsübernahme zu vermuten⁶⁴⁰, da nur die Verwahrung vor Außeneinwirkungen wie Weterinflüssen oder Diebstahl schützen kann. Beschädigte Gegenstände würden zudem die Verwertung und die Befriedigung der Mietforderung beeinträchtigen. Von dem Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens i.S.d. § 677 BGB kann abgesehen werden, da § 1216 S. 1 BGB nicht auf die Anspruchsvoraussetzungen verweist, sondern nur die Rechtsfolge⁶⁴¹ (Rechtsfolgenverweisung). Naturgemäß sind die Verwertungs- oder Vernichtungskosten nicht ersatzfähig, weil sie nicht dem Erhalt der Sache dienen.

Ein Erstattungsanspruch für Verwendungen auf die unpfändbaren Gegenstände gem. §§ 1216, 1257, 683, 677 670 ff BGB ist allerdings auszuschließen, da § 1216 BGB nur auf pfändbare Sachen Anwendung findet⁶⁴². Gleiches gilt für einen Anspruch aus §§ 677 ff BGB, gegebenenfalls i.V.m. § 994 Abs. 2 Alt. 2 BGB. Selbst wenn ein Fremdgeschäftsführungswille bejaht werden sollte, stellte die Begründung des Verwendungsersatzanspruches bei unpfändbaren Gegenständen ein unbilliges Ergebnis dar. Denn der Vollstreckungsgläubiger, der sich i.R.d. Berliner Modells durch ein umfassendes Vermieterpfandrecht unrechtmäßigerweise in den Besitz des unpfändbaren Eigentums bringt, würde durch den Ersatz für die dadurch entstandenen Kosten belohnt. Die Kostenbelastung kann aber nicht demjenigen aufgebürdet werden, dem die Sachen unrechtmäßigerweise und gegen seinen Willen entzogen wurden⁶⁴³. Da der Vollstreckungsgläubiger bewusst auf die Kostenregelung zu Lasten des Vollstreckungsschuldners § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO verzichtet, ist es nur konsequent, dass er für alle daraus entstandenen Kosten selbst aufzukommen hat⁶⁴⁴.

3. Private Haftung

Im Gegensatz zur klassischen Räumung greift beim Berliner Modell keine Staatshaftung ein⁶⁴⁵, da die hoheitliche Tätigkeit des Gerichtsvollziehers mit der Besitzausweisung des Schuldners beendet ist. Haftungsrechtliche Ansprüche wegen Beschädigung oder Verlust der Gegenstände entstehen daher nur im Verhältnis zur Vollstreckungspartei bzw. zum Drittgentümer.

⁶³⁹ S. Teil 2. D. II. 1.

⁶⁴⁰ Palandt/*Sprau*, § 683 Rn. 5.

⁶⁴¹ MünchKomm-BGB/*Damrau*, § 1216 Rn. 1; Staudinger/*Wiegand*, § 1216 Rn. 3.

⁶⁴² MünchKomm-BGB/*Damrau*, § 1216 Rn. 4.

⁶⁴³ *Schuschke*, NZM 2006, 284 (286); *Schwieren*, S. 125.

⁶⁴⁴ *Schwieren*, S. 125; im Ergebnis auch *Knapp*, S. 210 f.

⁶⁴⁵ *Grüßemeyer*, NZM 2007, 310 (322).

a) Unpfändbares Schuldner Eigentum

Da der Gläubiger die unpfändbaren Gegenstände nach der hier vertretenen Auffassung für sechs Monate zu verwahren hat⁶⁴⁶, erfolgt eine danach vorgenommene Verwertung oder Vernichtung rechtmäßigerweise. Demzufolge muss die kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB analog auch auf die folgenden Schadensersatzansprüche Anwendung finden, unabhängig davon, ob sie auf einem vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnis beruhen. Ansonsten würde die Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB umgangen. Nach Ablauf der Frist kann weder eine Verletzung der nachwirkenden Pflichten aus dem Mietvertrag, noch eine rechtswidrige Eigentumsverletzung angenommen werden.

aa) Haftung für eigenes Verschulden

Beschädigt der Gläubiger die unpfändbaren Sachen, gehen diese unter oder gar verloren, kann der Vollstreckungsschuldner gem. §§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2 BGB einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der nachwirkenden Verpflichtung aus dem Mietvertrag geltend machen⁶⁴⁷. Zum einen ist der Vermieter auch nach Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet, die gesetzlichen Vorschriften über das Pfandrecht einzuhalten, zum anderen bestehen gerade bei Dauerschuldverhältnissen stärker nachwirkende Treue- und Sorgfaltspflichten⁶⁴⁸. Mangels Regelungslücke bedarf es daher eines vereinzelt angesprochenen Rückgriffs auf die analoge Anwendung der §§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. §§ 688, 1215, 1257 BGB⁶⁴⁹ nicht.

Daneben bestehen Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, bzw. aus unerlaubter Handlung gem. §§ 992, 823 Abs. 1 und 2 BGB⁶⁵⁰. Der Anspruch des § 823 Abs. 1 BGB ist sowohl bei einer Substanzverletzung als auch bei einer rechtswidrigen, durch das umfassende Vermieterpfandrecht verursachten, Besitzentziehung zu bejahen⁶⁵¹ (verbotene Eigenmacht)⁶⁵² sowie bei dem späteren Verlust der unpfändbaren Gegenstände⁶⁵³. Da sich in jeder Wohnung unpfändbare Gegenstände befinden, wird angenommen, dass der Vollstreckungsgläubiger die

⁶⁴⁶ S. Teil 2. D. II. 3. b. bb.

⁶⁴⁷ BGH, NJW 2006, 848 (849); Schmidt/Futterer/Lammel, § 562 Rn. 53; wohl auch: Flatow, NJW 2006, 1396 (1398).

⁶⁴⁸ OLG Frankfurt, WuM 1979, 191.

⁶⁴⁹ Grüßenmeyer, NZM 2007, 310 (323).

⁶⁵⁰ BGH, NJW 2006, 848 f.; LG Lübeck, NZM 2010, 439 f., wobei das Gericht offen ließ, ob die Rechtsgutverletzung bereits durch verbotene Eigenmacht begründet wurde, da es die Verletzung auf den Verlust des gesamten Wohnungsinventars stützte.

⁶⁵¹ Staudinger/Vieweg, § 848 Rn. 6.

⁶⁵² S. Teil 2. D. II. 1.

⁶⁵³ LG Lübeck, NZM 2010, 439 f.

Unpfändbarkeit der Gegenstände hätte erkennen können⁶⁵⁴. Das *LG Lübeck* deutete sogar eine vorsätzliche Verletzungshandlung des Gläubigers für den Fall an, in dem der Gerichtsvollzieher wegen eines gleichzeitig zu vollstreckenden Zahlungstitels bereits festgestellt hatte, dass sich in der Wohnung nur pfändfreie Gegenstände befanden⁶⁵⁵. Da der Gläubiger nach §§ 985, 861 Abs. 1 BGB zur jederzeitigen Herausgabe verpflichtet ist⁶⁵⁶, haftet er verschärft auch für den zufälligen Untergang der Sache, die Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Verschlechterung derselben, § 848 Hs. 1 BGB. Für den Fall des vorsätzlichen Handelns greift zudem das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB ein, so dass der Gläubiger dem Schadensersatzanspruch keine fälligen Mietzinsforderungen entgegenhalten kann. Hat der Gläubiger die Gegenstände zu Unrecht verwertet, steht dem Vollstreckungsschuldner zusätzlich ein Anspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB und § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auf Herausgabe des Erlöses zu. Inwiefern der Gläubiger ein Schutzgesetz aus § 823 Abs. 2 S. 1 BGB verletzt und so auch aus dieser Norm schadensersatzpflichtig ist, wird nachstehend erörtert⁶⁵⁷.

In Betracht käme außerdem eine Haftung gem. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB wegen eigenen Verschuldens bei der Auswahl des Verrichtungsgehilfen, also bei der Wahl einer ungeeigneten oder nicht genügend in die Tätigkeit eingewiesenen Person. Beauftragt der Gläubiger einen selbständigen Fuhrunternehmer oder Lageristen, fehlt es an dem bei einem Verrichtungsgehilfen erforderlichen Weisungsrecht, da Unternehmer regelmäßig selbständig und weisungsunabhängig handeln⁶⁵⁸. Sie sind nicht der Sphäre des Gläubigers als Geschäftsherr zu zuordnen, da sie nicht in dessen Herrschafts- oder Organisationsbereich eingegliedert sind. Greift der Gläubiger wie so häufig auf eigene Hilfskräfte zurück, wird er im Schadensfall für das eigene Auswahlverschulden haften müssen. Die privaten Helfer sind Verrichtungsgehilfen, da auch familiäre und häusliche Gehilfenbeziehungen unter diesen Begriff zu subsumieren sind, wenn sie sich den Weisungen des Prinzipals unterwerfen und eine gewisse Abhängigkeit zu bejahen ist⁶⁵⁹.

Allerdings stellt sich die Frage, ob die Haftung bezüglich der schuldhaften Auswahl des Unternehmers mit der entsprechenden Anwendung des § 691 S. 2 BGB möglicherweise doch begründet werden kann⁶⁶⁰. So könnte die obig aufgeführte Lücke geschlossen werden, dass

⁶⁵⁴ Blank/Börstinghaus/*Blank*, § 546 Rn. 61; *Flatow*, jurisPR-MietR 10/2010; *Niedereltz*, S. 154.

⁶⁵⁵ *LG Lübeck*, NZM 2010, 439.

⁶⁵⁶ S. Teil 2. D. II. 1.

⁶⁵⁷ S. Teil 3. C. II. 3. d.

⁶⁵⁸ *BGH*, NJW 2006, 3628 (3629); *BGH*, NJW 1976, 46 (47); Palandt/*Sprau*, § 831 Rn. 5; MünchKomm-BGB/*Wagner*, § 831 Rn. 16.

⁶⁵⁹ MünchKomm-BGB/*Wagner*, § 831 Rn. 15.

⁶⁶⁰ Genau genommen müsste hier von einer doppelten Analogie ausgegangen werden, § 691 BGB ist nur analog über die Verwahrpflicht aus § 1215 BGB anwendbar, da aber § 1215 BGB nur für pfändbare Gegenstände gilt, müsste entweder § 1215 BGB analog mitzitiert werden oder § 691 BGB in doppelter Analogie.

der Vollstreckungsschuldner als ungewollter Hinterleger nur den Unternehmer für von ihm verursachte Schäden in Anspruch nehmen kann. Da § 691 S. 2 BGB nicht die Merkmale eines Verrichtungsgehilfen voraussetzt, wäre auch das i.R.d. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche, aber hier fehlende Weisungsrecht entbehrlich. Für die analoge Anwendung müsste eine vergleichbare Interessenlage gegeben sein. Beachtlich ist indes, dass die Norm in der direkten Anwendung eine Haftungsmilderung zugunsten des Verwahrers darstellt. § 691 S. 1 BGB schützt das Interesse des Hinterlegers, dass nur der von ihm ausgewählte Verwahrer seine Gegenstände einlagern darf⁶⁶¹. Verzichtet er auf diesen Schutz, kann er den Verwahrer gem. § 691 S. 2 BGB nur noch wegen eines Auswahlverschuldens in Anspruch nehmen, weil er sich nunmehr bei dem Dritten schadlos halten kann. Im Gegensatz dazu führte die Analogie bei der Berliner Räumung jedoch zu einer Haftungserweiterung des Gläubigers, da der Vollstreckungsschuldner diesen bei einem durch den Unternehmer verursachten Schaden sonst überhaupt nicht in Anspruch nehmen könnte. Eine vergleichbare Interessenlage wäre demnach zu verneinen.

Aus § 691 BGB geht aber dem Grunde nach hervor, dass der Hinterleger die Person seines Vertrauens für die Verwahrung und somit den Erhalt seines Eigentums eigenhändig bestimmen darf. Würde die Analogie abgelehnt, führte dies zu dem unbilligen Ergebnis, dass der durch die umfassende Geltendmachung des Vermieterpfandrechts zur Verwahrung durch den Gläubiger gezwungene Vollstreckungsschuldner auch bei einem Auswahlverschulden desselben diesen nicht in Anspruch nehmen könnte. Wäre die klassische Räumung durchgeführt worden, hätte der Schuldner bei einem Auswahlverschulden des Gerichtsvollziehers zumindest einen Ersatzanspruch gegen den Staat gem. §§ 839 Abs. 1 S. 1 BGB, 139 Nr. 4 S. 2 und 3 GVGA, Art. 34 S. 1 GG⁶⁶² gehabt. Da der Gläubiger durch die Wahl des Berliner Modells dem Schuldner nicht etwaige Haftungsansprüche entziehen darf, muss er diesem im Falle des Auswahlverschuldens gem. § 691 S. 2 BGB analog ersatzpflichtig sein⁶⁶³.

Dann ist aber die Frage zu stellen, ob sich der in Anspruch genommene Gläubiger auf die Haftungserleichterung gem. § 690 BGB analog berufen kann. Da diese Norm nach ganz überwiegender Auffassung aber schon bei der Verwahrung einer gepfändeten Sache nicht eingreift⁶⁶⁴, kann dies bei unpfändbaren Gegenständen erst recht nicht angenommen werden⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ MünchKomm-BGB/Henssler, § 691 Rn. 1.

⁶⁶² S. Teil 1. D. I.; so auch Rosenberg/Gaul/Schilken/Gaul, S. 428.

⁶⁶³ So im Ergebnis jedenfalls für pfändbare Gegenstände; die Norm jedoch als Haftungserleichterung annehmend: Palandt/Bassenge, § 1215 Rn. 1; MünchKomm-BGB/Damrau, § 1215 Rn. 2; a.A.: Staudinger/Wiegand, § 1215 Rn. 9.

⁶⁶⁴ Palandt/Bassenge, § 1215 Rn. 1; MünchKomm-BGB/Damrau, § 1215 Rn. 2; Grüßenmeyer, NZM 2007, 310 (322); Prütting/Wegen/Weinreich/Nobbe, § 1215 Rn. 3; Schwieren, S. 125; Staudinger/Wiegand, § 1215 Rn. 11.

Zwar nimmt der Verwahrer bei einer unentgeltlichen Verwahrung die Gegenstände grundsätzlich uneigennützig in Besitz. Verwahrt der Hinterleger aber von ihm selbst gepfändete Gegenstände, ist der Zustand der Sache auch für ihn von großem Interesse, da der Werterhalt maßgeblich für die spätere Verwertung und somit für die Forderungstilgung ist. Zudem wurden ihm die Gegenstände nicht aufgrund eines besonderen Vertrauens übergeben. Vielmehr wurde der Schuldner als Verpfänder hierzu gezwungen, da sich der Gläubiger auf sein Selbsthilferecht gem. § 562b Abs. 1 BGB berufen hat. Nichts anderes kann sich daher für die Verwahrung der unpfändbaren Gegenstände ergeben. Hier beruft sich der Gläubiger noch nicht einmal mit Recht auf das Selbsthilferecht, sondern begeht sogar verbotene Eigenmacht, um in den Besitz der unpfändbaren Gegenstände zu kommen.

bb) Haftung für fremdes Verschulden

Wenn der Unternehmer oder der private Dritte gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB Erfüllungsgehilfe des Vollstreckungsgläubigers wäre, hätte der Gläubiger wegen der nachwirkenden Verpflichtung aus dem Mietvertrag auch für das fremde Verschulden zu haften, da ihm das fremde Handeln dann zuzurechnen wäre. Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird, unabhängig von einem Weisungsrecht oder einer sozialen Abhängigkeit⁶⁶⁶. Der Unternehmer erfüllt jedoch keine fremde, sondern ausschließlich seine eigene Verpflichtung gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger als Schuldner der nachwirkenden Verpflichtungen, da er allein seine Pflicht aus dem Transport- oder Lagervertrag erfüllt. Er handelt insoweit selbständig und nicht als Hilfsperson⁶⁶⁷, so dass eine Zurechnung gem. §§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2, 278 S. 1 BGB ausscheidet. Eine solche erfolgt aber für das schuldhafte Handeln der privaten Hilfspersonen. Die regelmäßig dem Haushalt oder Familie angehörigen Personen werden aus Gefälligkeit oder zur entgeltlichen Unterstützung der Verbindlichkeit des Vollstreckungsgläubigers tätig.

b) Pfändbares Schuldner Eigentum

Beschädigt der Vollstreckungsgläubiger die pfändbaren Gegenstände noch in der Wohnung, kann der Schuldner seinen Schadensersatzanspruch ebenso auf die Verletzung nachwir-

⁶⁶⁵ So im Ergebnis auch: *Knapp*, S. 186; *Schwieren*, S. 125.

⁶⁶⁶ *Palandt/Grüneberg*, § 278 Rn. 7.

⁶⁶⁷ *Palandt/Grüneberg*, § 278 Rn. 7; *Jauernig/Stadler*, § 278 Rn. 7.

kender Pflichten aus dem Mietvertrag gem. §§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2 BGB⁶⁶⁸ als auch auf §§ 992, 823 Abs. 1 BGB stützen. Darüber hinaus kommt auch hier eine Haftung wegen der Verletzung der Verwahrungspflicht gem. §§ 280 Abs. 1 S. 1, 688 BGB analog i.V.m. §§ 1215, 1257 BGB in Betracht, sowie die Haftung wegen Auswahlverschuldens gem. § 691 S. 2 BGB analog und § 831 Abs. 1 S. 1 BGB. Ebenso ist eine Zurechnung des Verschuldens der Hilfskraft gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB möglich. Auf eine Ersatzpflicht aus § 823 Abs. 2 BGB wird im Folgenden noch eingegangen⁶⁶⁹. Eine Haftungsmilderung gem. § 690 BGB analog scheidet wie soeben erörtert aus. Bezüglich des Auswahlverschuldens und der Zurechnung fremden Handelns wird auf die Ausführungen zu der Haftungslage bei unpfindbaren Sachen verwiesen.

c) Dritteigentum

Stehen die Sachen im Eigentum eines Dritten und werden sie zerstört, kann dieser Schadensersatzansprüche aus §§ 992, 823 Abs. 1, 831 Abs. 1 S. 1 BGB geltend machen. Werden die Sachen ungerechtfertigterweise verwertet, kann der Dritteigentümer ebenfalls Ansprüche gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 und 816 Abs. 1 S. 1 BGB oder gem. § 285 Abs. 1 BGB auf Herausgabe des Verkaufserlöses erheben. Da § 548 Abs. 2 BGB analog nach der hier vertretenen Ansicht nur im Verhältnis zum Vollstreckungsschuldner anwendbar ist⁶⁷⁰, verjähren die Ansprüche eben nicht mit dem Ablauf von sechs Monaten.

d) Strafrechtliche Tatbestandsmäßigkeit

Dem Vollstreckungsgläubiger sollte bewusst sein, dass er durch die Vernichtung fremder Sachen eine Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB begeht⁶⁷¹ und zudem eine Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB verwirklicht, wenn er über die fremden Sachen verfügt, einen schuldrechtlichen Vertrag über diese abschließt oder sie auch nur zum Verkauf anbietet⁶⁷². Da beide Straftatbestände Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB darstellen⁶⁷³, steht dem Schuldner oder dem Dritteigentümer ein zusätzlicher Schadensersatzanspruch aus § 823

⁶⁶⁸ Blank/Börstinghaus/*Blank*, § 546 Rn. 61.

⁶⁶⁹ S. Teil 3. C. II. 3. d.

⁶⁷⁰ S. Teil 2. D. II. 5.

⁶⁷¹ *Flatow*, S. 163; Schönke/Schröder/*Stree*, § 303 Rn. 11.

⁶⁷² Schönke/Schröder/*Eser*, § 246 Rn. 16; *Fischer*, § 246 Rn. 7; *Flatow*, S. 163.

⁶⁷³ Für § 303 StGB als Schutzgesetz: *OLG Hamm*, OLG R 1993, 4; *LG Hagen*, NZV 2010, 31 (32); *LAG Rheinland-Pfalz*, Urt. v. 24.09.2007 – 5 Sa 46/07 (juris); für § 246 StGB als Schutzgesetz: *BGH*, NJW 1996, 1535 (1536), das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 246 StGB jedoch verneinend; *OLG Brandenburg*, Urt. v. 12.01.2005 – 4 U 29/04 (juris); *OLG Frankfurt*, NJW-RR 1993, 546 f; *LAG Köln*, NZA-RR 2007, 156 (157); *Schuschke*, NZM 2005, 681 (685).

Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 246 Abs. 1 oder 303 Abs. 1 StGB zu. Der strafrechtliche Tatbestand der Rechtswidrigkeit entfällt jedoch dann, wenn das Vorgehen zivilrechtlich zulässig ist. Nach dem Prinzip der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung dürfen Eingriffe, die nach den Regeln des bürgerlichen Rechts erlaubt und daher rechtmäßig sind, im Strafrecht nicht als rechtswidrig und unrechtmäßig bewertet werden⁶⁷⁴. Dies führt bei unpfändbaren Sachen dazu, dass die Rechtswidrigkeit mit dem Fristablauf nach sechs Monaten im Verhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und –schuldner entfällt⁶⁷⁵. Gleiches gilt nach der hier vertretenen Auffassung auch bei pfändbaren Sachen, wenn zuvor ein erfolgloser Versuch zur öffentlichen Versteigerung oder zum privatrechtlichen Verkauf vorgenommen wurde⁶⁷⁶. Im Verhältnis zum Dritten ist § 548 Abs. 2 BGB jedoch unanwendbar⁶⁷⁷.

4. Zivilprozessuale Folgeprobleme

Beispielhaft für einen nachfolgenden Prozess i.R.d. Berliner Modells und dem sich für den Gläubiger daraus zusätzlich ergebenden Schaden ist der vom *LG Lübeck* entschiedene Fall aus dem Jahre 2010⁶⁷⁸. Hier ließ der Vollstreckungsgläubiger nach Durchführung der Berliner Räumung alle schuldnerischen Gegenstände zunächst in seinen Keller verbringen und vermietete die Wohnung anschließend weiter. Als der Schuldner um Herausgabe derselben bat, hatte ein fremdes Ehepaar einige der eingelagerten Gegenstände bereits verkauft bzw. entsorgt. Da sich der Gläubiger bezüglich der näheren Umstände des Besitzverlustes nicht entlasten konnte, nahm das Gericht an, dass ein Anspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB i.H.v. 8.782 Euro dem Grunde nach gegeben sei⁶⁷⁹.

Diese Entscheidung macht deutlich, dass der im Wesentlichen darlegungs- und beweislspflichtige Gläubiger nur schwer Umstände zu seiner Entlastung vortragen kann. Zwar trägt jede Partei grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm selbst⁶⁸⁰, so dass der Schuldner die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs darlegen und beweisen müsste. Während dies für das Vorhandensein und den Zustand der Gegenstände im Zeitpunkt der Räumung auch uneingeschränkt der

⁶⁷⁴ Wessels/Beulke/Beulke, S. 99 Rn. 274.

⁶⁷⁵ S. Teil 2. D. II. 3. b. bb.

⁶⁷⁶ S. Teil 2. D. II. 4. b. und c.

⁶⁷⁷ S. Teil 2. D. II. 5.

⁶⁷⁸ *LG Lübeck*, NZM 2010, 439 f, hier handelte es sich allerdings um eine Entscheidung über Prozesskostenhilfe i.R.e. Beschwerde über einen Nichtabhilfebeschluss.

⁶⁷⁹ Ob ein Mitverschulden des Antragstellers vorliege, könne vor einer weiteren Klärung des Geschehens nicht mit mehr als 20 Prozent sicher angenommen werden, so das *LG Lübeck*, NZM 2010, 439 (440).

⁶⁸⁰ *BGH*, NJW 1986, 2426 (2427); Thomas/Putzo/Reichold, Vorbem. § 284 Rn. 23.

Fall ist⁶⁸¹, kommt dem Schuldner zum einen bei der Schadensermittlung die Beweiserleichterungsregel des § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO zugute⁶⁸². Hiernach wird der Schuldner von der Darlegungs- und Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität und die Schadenshöhe befreit⁶⁸³. Das Gericht lässt für die Annahme der Kausalität zwischen der Eigentumsverletzung und dem Schaden bereits eine erhebliche, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit ausreichen und schätzt die Höhe des Schadens selbst⁶⁸⁴. Macht der Vollstreckungsschuldner einen vertraglichen Schadensersatzanspruch geltend, greift zudem die Vermutungsregel des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, dass der Gläubiger den Schaden auch zu vertreten hat.

Zum anderen ergibt sich für den Gläubiger bezüglich der restlichen Tatbestandsmerkmale, z.B. der Verletzungshandlung, der Rechtsgutsverletzung sowie der haftungsbegründenden Kausalität zwischen diesen Merkmalen, eine zusätzliche Besonderheit zu seinen Lasten. Da der Schuldner seiner Beweislast nur schwer nachkommen kann, weil sich das Schadensereignis in der Sphäre seines Gegners abgespielt hat, ist der Gläubiger zur Mitwirkung verpflichtet. Letzterer kann daher die behaupteten und anspruchsbegründenden Tatsachen nicht nur einfach bestreiten. Vielmehr muss er qualifiziert darlegen, warum die bestrittenen Behauptungen falsch sind (Sekundäre Darlegungs- und Beweislast), sich die Gegenstände z.B. im Zeitpunkt der Räumung gar nicht in der Wohnung befanden oder bereits beschädigt waren. Dies wird dem Gläubiger nur dann möglich sein, wenn er sein Vorgehen bezüglich der fremden Sachen zu jeder Zeit genau dokumentiert hat und bezeugen lassen kann. Nur so erfüllt er seine Sekundäre Beweislast, wodurch wiederum der Schuldner in der Pflicht stünde, das Gegenteil zu beweisen.

Das *LG Lübeck* ging sogar noch einen Schritt weiter, indem es eine Beweisvereitelung durch den Gläubiger und eine daraus resultierende Beweislastumkehr erörterte⁶⁸⁵. Eine Beweisvereitelung liegt vor, wenn eine Partei dem Gegner die Führung eines ihm obliegenden Beweises schuldhaft unmöglich macht oder erschwert, indem sie Beweismittel vernichtet, vorenthält oder die Benutzung erschwert⁶⁸⁶. Erforderlich ist eine schuldhaft, d.h. i.S.d. § 276 BGB zumindest fahrlässige Erschwerung der Beweisführung⁶⁸⁷, wobei sich das Verschulden sowohl auf die Entziehung des Beweisobjekts als auch auf die Vereitelung seiner Beweisfunktion beziehen muss⁶⁸⁸. Jedoch dürfte die letzte Voraussetzung in den wenigsten Fällen zu

⁶⁸¹ *LG Lübeck*, NZM 2010, 439 (440).

⁶⁸² So auch: *LG Lübeck*, NZM 2010, 439 (440).

⁶⁸³ Thomas/Putzo/Reichold, § 287 Rn. 4.

⁶⁸⁴ *BGH*, NJW 1991, 1412 (1413); *BGH*, NJW 1976, 1145 (1146).

⁶⁸⁵ *LG Lübeck*, NZM 2010, 439 (440); ebenso: *Flatow*, jurisPR-MietR 10/2010.

⁶⁸⁶ *BGH*, NJW 1998, 79 (81); Thomas/Putzo/Reichold, § 286 Rn. 17.

⁶⁸⁷ *Oberheim*, JuS 1997, 61 (62).

⁶⁸⁸ *BGH*, NJW 2004, 222.

bejahen sein. Vernichtet der Gläubiger vorschnell die fremden Sachen, wird es ihm in erster Linie darum gehen, sich von der lästigen Verwahrpflicht zu befreien und nicht darum, die ohnehin wertlosen Gegenstände der Beweisführung des Schuldners zu entziehen. Darüber hinaus ist die vom *LG Lübeck* angesprochene Rechtsfolge, der Wechsel der Darlegungs- bzw. Beweislast, nicht zwingend. In der Rechtsprechung herrscht Uneinigkeit, wie in diesen Fällen zu verfahren ist. Einige Gerichte gehen auf die Beweisvereitelung ein, indem sie eine Beweislastumkehr annehmen⁶⁸⁹, manche berücksichtigen das Verhalten i.R.d. Beweiswürdigung⁶⁹⁰ oder billigen eine Beweiserleichterung zu⁶⁹¹. Festzuhalten ist jedoch, dass sich das Prozessrisiko für den Gläubiger in jedem Fall deutlich erhöht.

5. Dauer des Räumungsverfahrens

Schon bei der klassischen Räumung muss der Vollstreckungsgläubiger mindestens 14 Monate warten, bis der Gerichtsvollzieher mit der Räumung der Wohnung tatsächlich beginnt⁶⁹². Beantragt er hingegen das Berliner Modell, so muss er mit mindestens sechs weiteren Monaten rechnen, bis der Hausrat rechtmäßig aufgelöst werden kann. Wird der Vollstreckungsgläubiger in einem Folgeprozess auf Schadensersatz verklagt, sieht er einem weiteren aufwendigen und für ihn teuren Verfahren entgegen.

III. Fazit

Auf kurze Sicht ist das Berliner Modell der Königsweg aller Räumungsmodelle, da bis zu 90 Prozent der Kosten einspart werden. Auch im Fall einer zukünftigen gesetzlichen Regelung beginnen die Probleme jedoch nach Abschluss der Vollstreckung. Der Gläubiger muss sich gut organisieren, ist auf sich selbst gestellt und handelt auf eigenes Risiko. Er nimmt eine mühevollere und langwierige Arbeit auf sich und geht eine längere und risikoreiche Verwahrpflicht ein. Daher bietet sich das Modell vor allem dann an, wenn die Wohnung leer ist, der Wohnungsinhalt überwiegend aus sofort vernichtbarem Müll und Unrat besteht oder eine Beschädigung der Gegenstände auszuschließen ist. Wer auf eine kurzfristige Weitervermietung, möglicherweise aus Refinanzierungszwecken, angewiesen ist, sollte von diesem Modell absehen. Etwaige Ausfall- oder Verwendungsansprüche können bei dem regelmäßig vermögenslosen Vollstreckungsschuldner nicht durchgesetzt werden. Die Abwicklung birgt zudem

⁶⁸⁹ *BGH*, NJW 1998, 79 (81); Thomas/Putzo/Reichold, § 286 Rn. 18.

⁶⁹⁰ *BGH*, NJW 2002, 825 (826 f); *BGH*, NJW 1987, 1482 (1483).

⁶⁹¹ *BGH*, NJW 2002, 825 (826 f); *BGH*, NJW 1987, 1482 (1483).

⁶⁹² S. Teil I. E.

immer die Gefahr, dass der Vollstreckungsschuldner oder ein Dritter gegen den Vollstreckungsgläubiger prozessiert. Zwar hinterlässt der Vollstreckungsschuldner überwiegend wertlose und unpfändbare Sachen. Es ist aber nicht auszuschließen, dass doch einmal ein verärgerter Schuldner das Verschwinden einer nicht existenten, aber sehr wertvollen Sache behauptet⁶⁹³. Daher muss der Wohnungsinhalt sorgfältig dokumentiert werden, weil der Gläubiger im Folgeprozess die Sekundäre Darlegungs- und Beweislast trägt, dass das schuldnerische Eigentum eben nicht beschädigt oder unterschlagen wurde. Es ist also ratsam, dass der Gläubiger doch noch versucht, mit dem Schuldner Kontakt aufzunehmen, um ihn zum Abholen der Gegenstände zu bewegen. Schließlich kommt es ihm nicht auf die Verwertung an, sondern darauf, die Wohnung schnellstmöglich an einen zahlungsfähigen und zahlungswilligen Nachmieter weiterzuvermieten.

⁶⁹³ *Martini*, GE 2006, 360 f.

Teil 4: Schlussbetrachtung

A. Das geeignetste Modell

Welches alternative Räumungsmodell schließlich das geeignetste Modell ist, hängt von vielen Faktoren ab. Es bleibt eine Interessenabwägung des Vollstreckungsgläubigers, ob er an der Vollstreckungsfront erheblich an Kosten einsparen möchte und sich für längere Zeit einem hohen Haftungsrisiko aussetzt, oder ob er den sicheren Weg der klassischen, auf den ersten Blick teuersten, aber deutlich kalkulierbareren Räumung einschlagen möchte. Durch die Gegenüberstellung der einzelnen Modelle ist deutlich geworden, dass der Slogan „Ohne Risiko kein Geschäft“ auf die alternativen Modelle der Zwangsvollstreckung in jedem Fall zutrifft. Nimmt der Vollstreckungsgläubiger das Risiko eines kostengünstigeren Modells auf sich, ist sowohl eine deutliche Kostenreduzierung als auch eine erhebliche Schadensersatzverpflichtung möglich.

I. Das kostengünstigste Modell

Um das preiswerteste Modell für den Vollstreckungsgläubiger zu ermitteln, ist zwischen der Summe der rein vollstreckungsrechtlichen Kosten und der insgesamt nach Abschluss des Vollstreckungsverfahrens angefallenen Kosten zu unterscheiden. Kann der Gläubiger den Transport und die Lagerung tatsächlich ohne Kosten abwickeln, ist das *Frankfurter Modell* zusammen mit dem *Berliner Modell* das preisgünstigste. Die angefallenen Vollstreckungskosten belaufen sich auf zwischen 400 bis 500 Euro. Bei beiden Modellen ist jedoch der zusätzlich anfallende Mietausfall zu beachten, wenn die Gegenstände in der geräumten Wohnung verbleiben. Lagert der Gläubiger i.R.d. *Berliner Modells* die Gegenstände bei einem Dritten ein, so hat er neben den Verwertungs- und Vernichtungskosten auch die Lagerkosten zu zahlen. Verklagt der Schuldner den Gläubiger sodann in einem Folgeprozess, entstehen weitere unkalkulierbare Kosten.

II. Das effizienteste Modell

Bei der Beurteilung des effizientesten Modells, also der wirksamsten und effektivsten Räumung, ist die finanzielle Situation des Schuldners entscheidend. In den seltenen Fällen, in denen der Schuldner sich nicht in einem finanziellen Engpass befindet, ist die klassische Räumung das effizienteste Modell. Zwar hat der Vollstreckungsgläubiger den ungekürzten Vorschuss zu leisten, schlussendlich trägt der Vollstreckungsschuldner aber die gesamten Vollstreckungskosten. Für den Gläubiger ist die Zwangsvollstreckung bereits nach der Wohnungsräumung ohne Haftungsrisiko beendet. Befinden sich die Räume in einem guten Zustand, können sie schnellstmöglich weiter vermietet werden.

In den allermeisten Fällen ist der Vollstreckungsschuldner jedoch weder auffindbar noch liquide. Um Kosten zu sparen, ist der Gläubiger gezwungen, zwischen den alternativen Modellen zu wählen. Dabei ist die Art der zurückgelassenen Gegenstände entscheidend. Das *Hamburger Modell*, vorausgesetzt es wird als zulässig erachtet, bietet sich insbesondere bei wertvollen Gegenständen an, da die Vollstreckung für den Gläubiger mit der Wegschaffung der Gegenstände beendet ist. Da aber fast alle Wohnungen lediglich wertloses Mobiliar sowie Müll und Unrat beinhalten, bietet sich primär die *Frankfurter Räumung* an, sollte sich der Gerichtsvollzieher darauf einlassen und der Gläubiger die notwendigen Voraussetzungen mitbringen. Da jedoch den wenigsten Gläubigern eigene Lagerräume zur Verfügung stehen, bleibt dem Vollstreckungsgläubiger nur der Antrag auf Durchführung des *Berliner Modells* und ist so gezwungen, die Gegenstände weit länger als zwei Monate zu verwahren. Das *Berliner Modell* stellt also ein „Jedermann-Modell“ dar und spiegelt die durchschnittliche Räumungssituation in Deutschland wieder. Mangels anderweitiger Möglichkeiten wird es den Interessen der Räumungsgläubiger trotz der Haftungsrisiken wohl am ehesten gerecht.

III. Kombination der Modelle

Eine weitere Möglichkeit zur Reduzierung des Kostenvorschusses wäre die Kombination der bereits bekannten Räumungsalternativen. Vor allem *Riecke* schlägt die Kombination des *Hamburger Modells* mit dem *Berliner Modell* vor (verzögerte Berliner Räumung)⁶⁹⁴. Der Gläubiger beantragt zunächst das Hamburger Modell und entscheidet erst nach der Besitzausweisung des Schuldners (Erste Räumungsphase) aufgrund des vorgefundenen Wohnungsinhalts, ob er ein umfassendes Vermieterpfandrecht geltend machen oder doch das *Hambur-*

⁶⁹⁴ *Riecke*, GE 2006, 623 (625); *ders.* NZM 2006, 919 (921); aber auch *Knapp*, S. 213 f; angedeutet: *Scholz*, ZMR 2010, 1 (5).

ger Modell und somit die klassische Räumung weiterverfolgen möchte. Letzteres ist vor allem dann der Fall, wenn sich nach der Wohnungsöffnung herausstellt, dass sich der Wohnungsinhalt nicht zur Lagerung eignet. Hat der Schuldner z.B. Tiere in der Wohnung zurückgelassen, wird sich der Gläubiger überlegen müssen, ob er sich der Verwahrung, bzw. Verwertung oder Vernichtung derselben annehmen möchte. Vorausgesetzt das *Hamburger Modell* wird als zulässig erachtet⁶⁹⁵, stellt die Kombination zwar eine durchaus flexible Handhabung der Räumung dar. Jedoch ist dem Gläubiger damit keinesfalls geholfen, wenn es ihm auf die Reduzierung der Vorschusskosten ankommt, da er bei der Beantragung des *Hamburger Modells* nach wie vor den nicht reduzierten Kostenvorschuss entrichten muss⁶⁹⁶. Aus diesem Grunde stellt auch die Kombination des *Hamburger Modells* mit dem *Frankfurter Modell* keine den Kostenvorschuss reduzierende Variante dar. Zudem besteht grundsätzlich kein Anspruch des Gläubigers auf Durchführung der Frankfurter Räumung⁶⁹⁷.

Eine Kombination des *Berliner Modells* mit dem *Frankfurter Modell* ist ausgeschlossen. Entweder entscheidet sich der Gläubiger zur Durchführung des Frankfurter Modells und somit zu einem Unterfall der klassischen Räumung oder er entscheidet sich zur umfassenden Geltendmachung des Vermieterpfandrechts und somit zu einer eigenständigen Abwicklung der Vollstreckung auf eigene Kosten und eigenes Risiko.

B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Die verzögerte Räumung i.R.d. *Hamburger Modells* ist nur dann zulässig, wenn der Gerichtsvollzieher während der Räumung anwesend ist und insbesondere die spätere Besitzweisung selbst durchführt. Ansonsten verstößt er gegen seine Amtspflichten. Seine Pflicht zur Anwesenheit erstreckt sich auch auf die Fälle, in denen nur einzelne, genau bezeichnete Gegenstände aus der Wohnung zu entfernen sind. Allein die doppelte Räumungskostenbelastung begründet keinen Anspruch des Vollstreckungsgläubigers auf Durchführung des *Hamburger Modells*.

2. Das *Frankfurter Modell* stellt einen zulässigen Unterfall der klassischen Räumung nach § 885 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 ZPO dar. Schuldnerschutzvorschriften stehen der Verwahrung durch den Gläubiger in eigenen Räumen nicht entgegen. Der Gläubiger verwahrt die Gegenstände

⁶⁹⁵ Nach der hier vertretenen Ansicht ist das *Hamburger Modell* unzulässig, soweit der Gerichtsvollzieher bei der Durchführung des Modells nicht anwesend ist, s. Teil 2. A. IV. 2.

⁶⁹⁶ *Riecke*, NZM 2006, 919 (921); *Seip*, DGVZ 2006, 23 (25), für den Fall der späteren Geltendmachung des umfassenden Vermieterpfandrechts bei Durchführung der klassischen Räumung; s. auch Teil 2. A. II.

⁶⁹⁷ S. Teil 2. B. I. 2. b.

schon aus eigenem Interesse mit hinreichender Sorgfalt, da er im Schadensfalle selbst haftet. Der Gerichtsvollzieher ist u.a. dann zur Durchführung dieses Modells verpflichtet, wenn die Höhe des Kostenvorschusses für den Vollstreckungsgläubiger unzumutbar ist oder der Wohnungsinhalt nur aus Müll und Unrat besteht. Die vom *AG Frankfurt a.M.* aufgestellten Voraussetzungen zur Begründung eines Anspruchs auf Durchführung dieses Modells sind praktisch kaum umsetzbar.

3. Das *Berliner Modell* ist uneingeschränkt zulässig, selbst dann, wenn sich in der Wohnung offensichtlich unpfändbare Gegenstände befinden. Vollstreckt der Gerichtsvollzieher gem. § 885 ZPO einen Anspruch auf Herausgabe einer unbeweglichen Sache, steht ihm keinerlei materiell-rechtliche Prüfungscompetenz zu, auch nicht eine solche auf erste Sicht. Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung findet im Zwangsvollstreckungsrecht nur über die Härtefallregelung des § 765a ZPO Anwendung. Ein Verstoß gegen ein Recht auf menschenwürdiges Dasein ist auszuschließen, da der Schuldner nach dem Vollzug der Räumung keines Falles ohne seine lebensnotwendige Habe auf der Straße steht. Macht der Vollstreckungsgläubiger ein umfassendes Vermieterpfandrecht geltend, steht ihm ein Anspruch auf Durchführung des *Berliner Modells* zu.

4. Bei Durchführung des *Hamburger Modells* muss der Gläubiger weiterhin den ungekürzten Kostenvorschuss entrichten und spart höchstens 200 Euro an Vollstreckungskosten ein. Wird die Räumung aus Gründen des Schuldnerschutzes vorerst nicht vollzogen, verhindert das Modell die vorschnelle Räumung und vermeidet so die doppelte Räumungskosten. Im Falle der Beschädigung des schuldnerischen Eigentums haftet allein die Anstellungsbehörde des Gerichtsvollziehers. Der Gläubiger ist nur dann regresspflichtig, wenn er während der Schwebezeit die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten gem. §§ 277, 690 BGB nicht beachtet hat. Räumt der Schuldner die Wohnung aus, entgeht dem Gläubiger die Möglichkeit, den schuldnerischen Anspruch auf Herausgabe des Erlöses i.R.d. Kostenfestsetzungsverfahrens zu pfänden. Dies ist von Bedeutung, wenn sich in der Wohnung unpfändbare, aber wertvolle Gegenstände befanden, da die Pfändungsschutzvorschriften nicht greifen.

5. Führt der Gerichtsvollzieher das *Frankfurter Modell* durch, reduzieren sich die Vorschusskosten häufig auf nicht einmal 500 Euro. Im Gegensatz zum *Hamburger Modell* kann der Vollstreckungsgläubiger dem Vollstreckungsschuldner in einem neuen Erkenntnisverfahren einen Anspruch auf Erstattung der zweimonatigen Verwahrkosten gem. §§ 280 Abs. 1 und 3, 281, 546a Abs. 2 BGB entgegen halten. Von Nachteil ist jedoch, dass dem Vollstreckungsgläubiger zumindest eigene Räumlichkeiten zur Verfügung stehen müssen. Zudem

trägt er nach der Übergabe für zwei Monate das Risiko für die Beschädigung der Gegenstände selbst. Allerdings greift die Haftungsmilderung des § 690 BGB analog zu seinen Gunsten.

6. Auch bei Durchführung des *Berliner Modells* hat der Gläubiger lediglich einen Vorschuss von durchschnittlich 500 Euro zu zahlen. Jedoch erlischt der Räumungstitel, also der Anspruch auf Herausgabe der Wohnung im geräumten Zustand, bereits mit der umfassenden Geltendmachung des Vermieterpfandrechts. Der Gläubiger muss die in der Wohnung zurückgelassenen unpfändbaren Gegenstände für sechs Monate auf eigene Kosten verwahren, später verwerten oder vernichten. Ein weiterer entscheidender Nachteil ist, dass er während dieser Zeit für Beschädigungen an den schuldnerischen Sachen persönlich und im Falle des Auswahlverschuldens gem. § 691 S. 2 BGB doppelt analog sogar verschärft haftet. Im Gegensatz zum *Frankfurter Modell* ist die Haftungsmilderung des § 690 BGB analog hier nicht anwendbar. Da der Vollstreckungsgläubiger die unpfändbaren Gegenstände im Wege der verbotenen Eigenmacht erlangt hat, muss er zudem mit späteren Herausgabe- oder Schadensersatzklagen rechnen, welche ihn vor schwierige Darlegungs- und Beweislastprobleme stellen würden.

7. Möchte der Gläubiger an erster Stelle Kosten reduzieren, wird er das *Frankfurter* oder das *Berliner Modell* wählen. Da ihm in den überwiegenden Fällen jedoch kein Anspruch auf Vollstreckung nach dem *Frankfurter Modell* zusteht, bleibt ihm letztlich nur die Wahl des *Berliner Modells*. Ob der Gläubiger hier tatsächlich nur die 500 Euro Kostenvorschuss zu zahlen hat, oder ob er wegen der anschließenden Abwicklung oder eines Folgeprozess weit- aus höhere Kosten zu bewältigen haben wird, ist nicht vorhersehbar. Verbleiben die Gegenstände während der Verwahrzeit in der Wohnung, muss er jedenfalls zusätzlichen Mietausfall für mindestens sechs Monate hinnehmen. Dies kann der Gläubiger von Anfang an verhindern, indem er die klassische Räumung wählt und die Wohnung mit der Besitzeinweisung geräumt zurück erhält. Da der Vollstreckungsschuldner jedoch regelmäßig mittellos ist, wird der Vollstreckungsgläubiger ganz überwiegend den extrem hohen und zugleich verlorenen Kostenvorschuss zu vermeiden versuchen. Mangels derzeitiger Alternativen wird er daher auf das *Berliner Modell* zurückgreifen und sich so dem zusätzlichen Aufwand sowie dem Haftungsrisiko aussetzen. Die Kombination des *Hamburger* mit dem *Berliner Modell* ist für ihn nicht von Vorteil, da er auch hier den ungekürzten Vorschuss entrichten müsste.

LITERATURVERZEICHNIS

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1-610, CISG), 2. Auflage, München 2007, zitiert: *Bamberger/Roth/Bearbeiter*.

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 68. Auflage, München 2010; zitiert: *B/L/A/H/Bearbeiter*.

Baur, Fritz/Stürner, Rolf/Bruns, Alexander

Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, Heidelberg 2006, zitiert: *Baur/Stürner/Bruns/Bearbeiter*.

Von Behren, Günther/Seumenicht, Hans-Ulrich

Hamburger Räumung rechtswidrig, in: *Hamburger Grundeigentum 1999*, S. 352 f, zitiert: *v.Behren/Seumenicht, Hamburger GE*, 352.

Berger, Christian

Anmerk. zu BGH, Urt. v. 17.06.1999 – IX ZR 308/98, in: *JZ 2000*, S. 361-363, zitiert: *Berger, JZ 2000*, 361.

Blank, Hubert/Börstinghaus, Ulf

Miete, Das gesamte BGB-Mietrecht, Kommentar, 3. Auflage, München 2008, zitiert: *Blank/Börstinghaus/Bearbeiter*.

Both, Dirk

Die Berliner Räumung und das Vermieterpfandrecht, in: *GE 2007*, S. 192-199, zitiert: *Both, GE 2007*, 192.

Brossette, Josef

Kostentragungspflicht bei der Zwangsäumung von Wohnraum, in: *NJW 1989*, S. 963-965, zitiert: *Brossette, NJW 1989*, 963.

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich

Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Auflage, Köln 2008, zitiert: *Brox/Walker/Bearbeiter*.

Burkhardt, Herbert

Handbuch für Gerichtsvollzieher, Stuttgart 1965, zitiert: *Burkhardt*.

Christmann, Günter

Die Behandlung beweglicher Sachen in der Räumungsvollstreckung, in: DGVZ 1986, S. 177-179, zitiert: *Christmann, DGVZ 1986, 177*.

Dierck, Ralf/Morvilius, Theodor/Vollkommer, Gregor

Handbuch des Zwangsvollstreckungsrecht, München 2009, zitiert: *Dierck/Morvilius/Vollkommer/Bearbeiter*.

Erman, Walter

Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG:

- Band I: §§ 1-758, AGG, UKlaG, 12. Auflage, Köln 2008;
- Band II: §§ 759-2385, ProdHaftG, ErbbauRG, HausratsVO, VAHRG, LParG, WEG, EGBGB, 12. Auflage, Köln 2008;

zitiert: *Erman/Bearbeiter*.

Fischer, Thomas

Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Auflage, München 2010, zitiert: *Fischer*.

Flatow, Beate

- Anm. 5 zu LG Lübeck 14. Zivilkammer, Beschl. v. 21.04.2010 – 14 T 33/10, in: jurisPR-MietR 10/2010, zitiert: *Flatow, jurisPR-MietR 10/2010*.
- Herausgabevollstreckung nach dem Berliner Modell – Rechtslage und Risiken, in: NZM aktuell 2009, Heft 16, S. V f, zitiert: *Flatow, NZM aktuell 2009, Heft 16, V*.
- Modelle der Räumungsvollstreckung, in: Rechtsprechung und Mietrecht, Berlin 2007, S. 149-168, zitiert: *Flatow*.

- Anm. zu BGH, Beschl. v. 10.08.2006 – I ZB 135/05, in: NJW 2006, S. 3274, zitiert: *Flatow*, NJW 2006, 3274.
- Räumungsvollstreckung ohne Räumung? – Vermieterpfandrecht als „Kostenbremse“, in: NJW 2006, S. 1396-1398, zitiert: *Flatow*, NJW 2006, 1396.

Gaul, Hans Friedhelm

Zur Struktur der Zwangsvollstreckung, in: RPfleger 1971, S. 1-10, zitiert: *Gaul*, RPfleger 1971, 1.

Gilleßen, Hubert

Die Räumungsvollstreckung und ihre Problembereiche – eine systematische Darstellung: DGVZ 2006, S. 165-178, zitiert: *Gilleßen*, DGVZ 2006, 165.

Gilleßen, Hubert/*Polzius*, Josef

Der Gerichtsvollzieher als gesetzlicher Vertreter des Landes, in: DGVZ 2001, S. 5-7, zitiert: *Gilleßen/Polzius*, DGVZ 2001, 5.

Gramlich, Bernhard

Mietrecht, Kommentar, 10. Auflage, München 2007, zitiert: *Gramlich*.

Grawert, Rolf

Die Ordnung des Gerichtsvollziehers vor dem Grundgesetz, in: DGVZ 1989, S. 97-119, zitiert: *Grawert*, DGVZ 1989, 97.

Grüßenmeyer, Michael

Im Überblick: Haftung für Beschädigung oder Verlust von Räumungsgut, in: NZM 2007, S. 310-324, zitiert: *Grüßenmeyer*, NZM 2007, 310.

Hau, Wolfgang

BGH: Räumungsvollstreckung und Vermieterpfandrecht, in: LMK 2006, 170080, zitiert: *Hau*, LMK 2006, 170080.

Haus & Grund Deutschland

Vorschläge zur Abwehr des Mietnomadentums, in: GE 2010, S. 82 f, zitiert: *Haus & Grund*, GE 2010, 82.

Herrlein, Jürgen/Kandelhard, Ronald

Mietrecht, Kommentar, 4. Auflage, Münster 2010, zitiert: Herrlein/Kandelhard/Bearbeiter.

Horst, Hans Reinold

Kostenminimierende Strategien bei der Räumungsvollstreckung von Mietwohnungen, in: MDR 2006, S. 249-252, zitiert: *Horst*, MDR 2006, 249.

Hüermann, Detlef

Die Räumungsvollstreckung in ihrer praktischen Durchführung, in: WuM 2004, S. 135-137, zitiert: *Hüermann*, WuM 2004, 135.

Huth, Joachim

Anmerkungen zu dem Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt a. M. v. 01.12.2003 – 33 M 59/03-28, in: DWW 2004, S. 22, zitiert: *Huth*, DWW 2004, 22.

Jauernig, Othmar

Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Auflage, München 2009, zitiert: *Jauernig/Bearbeiter*.

Joswig, Walter

„Berliner Modell“ – wirklich ein Sieg?, in: GE 2006, S. 242, zitiert: *Joswig*, GE 2006, 242.

Kaminski, Claudia

Die GVGA als Prüfungsmaßstab im Erinnerungsverfahren, Dissertation, Bochum 1992, zitiert: *Kaminski*.

Kindl, Johann/Meller-Hannich, Caroline/Wolf, Hans-Joachim

Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, ZPO/ZVG/Europäische Regelungen/Kosten, Handkommentar, Baden-Baden 2010, zitiert: *Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Bearbeiter*.

Klasen, Ferdinand

Exorbitante Kosten für die Räumung, in: GE 2004, S. 1342 f, zitiert: *Klasen*, GE 2004, 1342.

Körner, Lutz

- Rheinischer Karneval: LG Aachen möchte Zahnbürste vom Gerichtsvollzieher räumen und einlagern lassen!, in: GE 2008, S. 166-169, zitiert: *Körner*, GE 2008, 166.
- Aus für preiswerte Räumungen? – Praktische Erfahrungen von der Räumungsfront –, in: GE 2005, S. 598-601, zitiert: *Körner*, GE 2005, 598.

Knapp, Marvin

Das Berliner Modell der Wohnungszwangsvollstreckung, Dissertation, Berlin 2009; zitiert: *Knapp*.

Lackmann, Rolf

Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrechts, 9. Auflage, München 2010, zitiert: *Lackmann*.

Lippross, Otto-Gerd

Vollstreckungsrecht – systematische Darstellung an Hand von Fällen, 9. Auflage, Neuwied 2003, zitiert: *Lippross*.

Lorenz, Arndt

Zu den Kosten eines Ratenzahlungsvergleichs in der Zwangsvollstreckung, in: DGVZ 1997, S. 129-139, zitiert: *Lorenz*, DGVZ 1997, 129.

Martini, Tom

Erste Praxisanleitung für die Berliner Räumung, in: GE 2006, S. 360-367, zitiert: *Martini*, GE 2006, 360.

Medicus, Dieter

Anmerkung zur Entscheidung des OLG Nürnberg, Urt. v. 3.03.1966 – 4 U 133/65 und zum AG Düsseldorf, Urt. v. 20.07.1966 – 14 C 2450/65, in: JZ 1967, S. 63-65, zitiert: *Medicus*, JZ 1967, 63.

Meller-Hannich, Caroline

Norm und Praxis im Zwangsvollstreckungsrecht (Teil 2) – Bestandsaufnahme und Ausblick nach sieben Jahren Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof, in: DGVZ 2009, S. 85-91, zitiert: *Meller-Hannich*, DGVZ 2009, 85.

Monjé, Malte

Die vom BGH gebilligte „Berliner Räumung“: So führt man sie in der Praxis durch, in: GE 2006, S. 150-158, zitiert: *Monjé*, GE 2006, 150.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

- Band 1: Allgemeiner Teil, 1. Halbband, §§ 1-240; ProstG, 5. Auflage, München 2006;
- Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Auflage, München 2007;
- Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 433-610; Finanzierungsleasing; HeizkostenV; BetriebskostenV; CISG, 5. Auflage, München 2008;
- Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil II, §§ 611-704; EFGZ; TzBfG; KschG, 5. Auflage, München 2009;
- Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III, §§ 705-853; PartnerschaftsgesellschaftsG; ProdukthaftungsG; 5. Auflage, München 2009;
- Band 6: Sachenrecht, §§ 854-1296; Wohnungseigentumsgesetz; Erbbaurechtsgesetz, 5. Auflage, München 2009;

zitiert: MünchKomm-BGB/*Bearbeiter*.

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen

- Band 1: §§ 1-510c, 3. Auflage, München 2008;
- Band 2: §§ 511-945, 3. Auflage, München 2008;

zitiert: MünchKomm-ZPO/*Bearbeiter*.

Musielak, Hans-Joachim

Kommentar zur Zivilprozessordnung, 7. Auflage, München 2009, zitiert: *Musielak/Bearbeiter*.

Niederelz, Udo

Die Rechtswidrigkeit des Gläubiger- und Gerichtsvollziehverhaltens in der Zwangsvollstreckung unter besonderer Berücksichtigung der Verhaltensunrechtslehre – Zugleich ein Beitrag zur dogmatischen Einordnung des § 717 Abs. 2 ZPO, Dissertation, Koblenz 1974, zitiert: *Niederelz*.

Nies, Ingo

- Anmerkung zur „Hamburgischen Räumung“, in: DGVZ 2000, S. 33-35, zitiert: *Nies*, DGVZ 2000, 33.
- Anmerkung zu LG Hamburg, Beschl. v. 30.08.1999 – 307 T 33/98, in: MDR 1999, 1526 f, zitiert: *Nies*, MDR 1999, 1526.
- Zwangsvollstreckung unter Berücksichtigung des neuen Vollstreckungsrechts, in: MDR 1999, S. 1113-1125, zitiert: *Nies*, MDR 1999, 1113.
- Praxis der Mobiliarvollstreckung, Köln 1998, zitiert: *Nies*.

Noack, Wilhelm

- Gegenstandslos gewordene Räumungstitel, Vollstreckungsschutz gegenüber Räumungsvollstreckung, Wirkung und Folgen der Einweisungsverfügung der Obdachlosenbehörde, symbolische Räumung, in: DGVZ 1978, S. 161-166, zitiert: *Noack*, DGVZ 1978, 161.
- Die Herausgabevollstreckung gemäß § 883 ZPO und ihre aktuellen Probleme in der Praxis, in: JZ 1966, S. 215 f, zitiert: *Noack*, JZ 1966, 215.

Oberheim, Rainer

Beweiserleichterungen im Zivilprozess, in: JuS 1997, S. 61-64, zitiert: *Oberheim*, JuS 1997, 61.

Palandt, Otto

Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 69. Auflage, München 2010, zitiert: *Palandt/Bearbeiter*.

Paschke, Regine

Das Vermieterpfandrecht, in: GE 2006, S. 420-426, zitiert: *Paschke*, GE 2006, 420.

Paschold, Wolfgang

Die öffentliche Versteigerung nach § 383 BGB mit Erlöshinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung im Fall des Annahmeverzugs des Vollstreckungsschuldners (§§ 372, 293 BGB), in: DGVZ 1995, S. 5 f, zitiert: *Paschold*, DGVZ 1995, 5.

Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd

BGB Kommentar, 5. Auflage, Köln 2010, zitiert: *Prütting/Wegen/Weinreich/Bearbeiter*.

Riecke, Olaf

- Die „Hamburger Räumung“ als kreative Alternative oder positives „Minus“ gegenüber der „preußischen Standard-Zwangsräumung“, in Theorie und Praxis des Miet- und Wohnrechtseigentumsrechts, in: Festschrift für Hubert Blank zum 65. Geburtstag, München 2006, S. 563-577, zitiert: *Riecke*.
- „Geiz ist geil“ oder: Ein „zeitgeistiges“, aber trügerischen Motto bei der Räumungsvollstreckung?, in: NZM 2006, S. 919-921, zitiert: *Riecke*, NZM 2006, 919.
- Kombination mehrerer Modelle bei der Räumungsvollstreckung, in: GE 2006, S. 623-625, zitiert: *Riecke*, GE 2006, 623.
- Räumungsvollstreckung mit vom Gläubiger gestellten Personal und Räumlichkeiten – ein Irrweg der Kostenersparnis? – oder: ist die Geltendmachung des Vermieterpfandrechts der Königsweg?, in: DGVZ 2005, S. 145-148, zitiert: *Riecke*, DGVZ 2005, 145.
- Die Vollstreckung von Räumungstiteln im Wege der „Hamburger Räumung“ – eine echte Alternative zur so genannten preußischen Räumung – in: DGVZ 2005, S. 81-91, zitiert: *Riecke*, DGVZ 2005, 81.
- Die Hamburger Räumung als unentbehrliche Alternative zur preußischen Räumung, in: Hamburger Grundeigentum 2000, S. 6 f, zitiert: *Riecke*, Hamburger GE 2000, 6.

Rigol, Ruth

Tierhaltung als Vollstreckungshindernis in der Räumungsvollstreckung, in: MDR 1999, S. 1363-1367, zitiert: *Rigol*, MDR 1999, 1363.

Rosenberg, Leo/Gaul, Hans Friedhelm/Schilken, Eberhard

Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 1997, zitiert: Rosenberg/Gaul/Schilken/*Bearbeiter*.

Saenger, Ingo

Zivilprozessordnung, Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2009, zitiert: Saenger/*Bearbeiter*.

Scherer, Inge

Titel gegen Nicht-Mieter bei der Wohnungszwangsräumung?, in: DGVZ 1993, S. 161-163, zitiert: *Scherer*, DGVZ 1993, 161.

Schilken, Eberhard

Probleme der Herausgabevollstreckung, in: DGVZ 1988, S. 49-60, zitiert: *Schilken*, DGVZ 1988, 49.

Schmidt-Futterer, Wolfgang

Mietrecht – Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, 9. Auflage, München 2007, zitiert: Schmidt-Futterer/*Bearbeiter*.

Schneider, Egon

- Problemfälle aus der Prozesspraxis: Vermieterpfandrecht und Pfändungsschutz bei der Räumungsvollstreckung (§ 559 BGB; §§ 811, 885 ZPO), in: MDR 1982, S. 984-986, zitiert: *Schneider*, MDR 1982, 984.
- Räumungsvollstreckung bei gleichzeitiger Geltendmachung des Vermieterpfandrechts, in: DGVZ 1982, S. 73 f, zitiert: *Schneider*, DGVZ 1982, 73.

Schneider, Harald

Die Ermessen- und Wertungsbefugnis des Gerichtsvollzieher, in: DGVZ 1989, S. 145-150, zitiert: *Schneider*, DGVZ 1989, 145.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst

Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München 2010, zitiert: Schönke/Schröder/*Bearbeiter*.

Schultes, Hans-Jörg

Durchführung der Räumungsvollstreckung nach der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle, in: DGVZ 1999, S. 1-7, zitiert: *Schultes*, DGVZ 1999, 1.

Schuschke, Winfried/Walker, Wolf-Dietrich

- Musielak-ZPO. Komm. Von H. Joachim Musielak (Hrsg.). 7. Aufl. – München, Vahlen 2009. XLIV, 2852 S., Euro 159,-. ISBN: 978-3-8006-3632-7. (Buchbesprechung), in: NZM 2010, S. 117 f, zitiert: *Schuschke*, NZM 2010, 117.
- Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Kommentar, 4. Auflage, Köln 2008, zitiert: *Schuschke/Walker/Bearbeiter*.
- Zwangsäumung ohne Räumung (im „Berliner Modell“)?, in: NZM 2006, S. 284-286, zitiert: *Schuschke*, NZM 2006, 284.
- Kostensenkungsmodelle bei der Zwangsäumung sowie Räumungsvollstreckung gegen Mitbewohner, in: NZM 2005, S. 681-688, zitiert: *Schuschke*, NZM 2005, 681.
- Ausgewählte Probleme der Zwangsvollstreckung, in: NZM 2004, S. 206-209, zitiert: *Schuschke*, NZM 2004, 206.

Schwieren, Friederike

Die Kostenbelastung des Gäubigers in der Räumungsvollstreckung, Dissertation, Tübingen 2010, zitiert: *Schwieren*.

Soergel, Hans Theodor

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, Band 16: Sachenrecht 3 (§§ 1018-1296), 13. Auflage, Stuttgart 2001, zitiert: *Soergel/Bearbeiter*.

Staudinger, Julius v.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen:

- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1), Neubearbeitung, Berlin 2009;
- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 362-396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung), Neubearbeitung, Berlin 2006;

- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432, Dreizehnte Bearbeitung, Berlin 2005;
- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 535-562d; HeizkostenV; BetrKV (Mietrecht I), Neubearbeitung, Berlin 2006;
- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 657-704 (Geschäftsbesorgung), Neubearbeitung, Berlin 2006;
- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 839, 839a (Unerlaubte Handlungen 4 – Amtshaftungsrecht), Neubearbeitung, Berlin 2007;
- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 840-853 (Unerlaubte Handlungen 5), Neubearbeitung, Berlin 2007;
- Buch 3: Sachenrecht, §§ 985-1011 (Eigentum 3), Neubearbeitung, Berlin 2006;
- Buch 3: Sachenrecht, §§ 1204-1296; SchiffsRG (Pfandrecht), Neubearbeitung, Berlin 2009;

zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*.

Stein, Friedrich/Jonas, Martin

Kommentar zur Zivilprozessordnung; Band 7 (§§ 704-827), 22. Auflage, Tübingen 2004, zitiert: Stein/Jonas/*Bearbeiter*.

Strehlau-Weise, Agnes

Rechtsstellung und Aufgabenbereich des Gerichtsvollziehers unter besonderer Berücksichtigung seiner Befugnisse bei Vollstreckungen nach § 756 ZPO, Dissertation, Regensburg 1996, zitiert: *Strehlau-Weise*.

Sues, Jochen

Tiere in der Räumungsvollstreckung, Dissertation, 2002, veröffentlicht unter: <http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/opus/volltexte/2002/43/pdf/sues.pdf>, zitiert: *Sues*.

Thomas, Heinz/Putzo, Hans

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 31. Auflage, München 2010, zitiert: Thomas/Putzo/*Bearbeiter*.

Verstege, Christian

BGH ermöglicht kostengünstige Vollstreckung, in: Hamburger GE 2006, S. 92; zitiert: *Verstege, Hamburger GE, 92.*

Volkman, Uwe

Der praktische Fall – Öffentliches Recht: Die verzögerte Räumung, in: Jus 2001, S. 888-894, zitiert: *Volkman, Jus 2001, 888.*

Wessels, Johannes/Beulke, Werner

Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Auflage, Heidelberg 2009, zitiert: *Wessels/Beulke/Bearbeiter.*

Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf

Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Kommentar, 3. Auflage, Berlin 1999, zitiert: *Wieczorek/Schütze/Bearbeiter.*

Wieser, Eberhard

Begriff und Grenzfälle der Zwangsvollstreckung, Köln 1995, zitiert: *Wieser.*

Wolf, Manfred/Wellenhofer, Marina

Sachenrecht, 25. Auflage, München 2010, zitiert: *Wolf/Wellenhofer/Bearbeiter.*

Wolf, Eckhard/Eckhart, Hans-Georg/Ball, Wolfgang

Handbuch der gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechte, 10. Auflage, Köln 2009, zitiert: *Wolf/Eckhart/Ball/Bearbeiter.*

Zöller, Richard

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit inter-nationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen, Kommentar, 28. Auflage, Köln 2010, zitiert: *Zöller/Bearbeiter.*