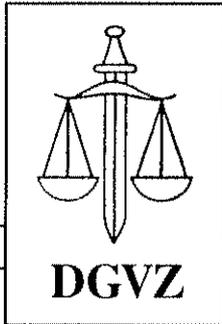


# DEUTSCHE GERICHTSVOLLZIEHER ZEITUNG



ZEITSCHRIFT für VOLLSTRECKUNGS-,  
ZUSTELLUNGS- und KOSTENWESEN

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

M A I 2 0 0 4

1 1 9 . J A H R G A N G

N R . 5/2004

## Deutschland ist ein Paradies für Vollstreckungsschuldner

Anmerkung zu BGH – IXa ZB 195/03, Beschluss vom 31. Oktober 2003\*)

Von Prof. Dr. Christoph G. Paulus, Humboldt-Universität zu Berlin

### A. Sachverhalt

Der BGH hatte über folgenden Fall zu entscheiden: V. hatte an K., den Pächter und Betreiber einer Gaststätte, eine Einbauküche unter Eigentumsvorbehalt verkauft. Da K. den vereinbarten Kaufpreis nicht bezahlte, erwirkte V. über den noch offenen Rest einen Vollstreckungsbescheid, aus dem er gegen K. im Vollstreckungswege vorging. Die Gerichtsvollzieherin pfändete die beweglichen Gegenstände dieser Küche dergestalt, dass sie das nach § 808 Abs. 2 ZPO vorgesehene Pfandsiegel anheftete. Bei dieser Pfändung war eine Person zugegen, R., die sich während des gesamten Vorgangs in Schweigen hüllte und daher beim Gerichtsvollzieher die Vorstellung weckte, es handele sich dabei um einen Angestellten des K.

Dass dies ein Irrtum war, stellte sich heraus, als die Gerichtsvollzieherin die mit dem Pfandsiegel kenntlich gemachten Gegenstände zu einem späteren Zeitpunkt abholen wollte: Denn bei dieser Gelegenheit stellte sich besagte Person als der neue Pächter vor, der er auch schon bei der Anbringung der Pfandsiegel gewesen sei; er sei infolgedessen auch schon damals der Gewahrsamsinhaber aller der gepfändeten Sachen gewesen. Was er damals noch nicht geäußert habe, hole er nunmehr nach: Es widerspräche seinem Willen, wenn die Sachen weggenommen würden. Aus dem Umkehrschluss zu § 809 ZPO ergebe sich somit, dass die Gerichtsvollzieherin diese Sachen nicht wegnehmen dürfe.

Die Gerichtsvollzieherin entsprach diesem Vortrag, wogegen sich der Gläubiger mit Hilfe der Erinnerung nach § 766

Abs. 2 ZPO zur Wehr setzte, die ihn schließlich über eine Rechtsbeschwerde zum BGH brachte.

### B. Begründung

Plastischer kann der Fall kaum liegen. Das „Abwehrmanöver“ ist außerordentlich durchsichtig und schlicht. Und doch: Der BGH gibt der Argumentation des neuen Pächters Recht und lädt damit für kommende Vollstreckungen förmlich zu entsprechendem Verhalten ein. Als Begründung dient dem BGH, dass R. als Dritter i. S. d. § 809 ZPO zu keiner Zeit seine Herausgabebereitschaft erklärt habe; dass die nach vorherrschender Ansicht erforderliche Frage nach einer derartigen Bereitschaft durch das Vollstreckungsorgan auf Grund des Schweigens von R. bei der Pfändung nicht erforderlich erschien, könne das Defizit nicht heilen – in dem Schweigen liege kein konkludentes Einverständnis.

Als zusätzliches, zweites Argument führt der BGH mit der Vorinstanz das aus den Artt. 20 Abs. 3 und 13 Abs. 1 GG hergeleitete Gebot an, demzufolge einem Vollstreckungsorgan das Betreten von Räumen eines Drittgewahrsamsinhabers und Wegschaffung von Gegenständen daraus nur dann gestattet sei, wenn gegen diesen ein eigener Titel vorliege.

### C. Stellungnahme

Das Urteil vermag weder unter dem Gesichtspunkt dogmatischer Stringenz noch unter dem der Rechtsfolgenberücksichtigung zu überzeugen geschweige denn zu befriedigen.

#### 1. Dogmatische Bedenken

Das vom BGH favorisierte Ergebnis ist bereits aus dogmatischen Gründen wenig einleuchtend. Allerdings ist dem Senat

\*) abgedruckt in DGVZ 2004, 23

zu konzedieren, dass es sich aus dem reinen Gesetzeswortlaut ebenso wenig zwingend herleiten lässt wie die entgegengesetzte Position. Bekanntlich behilft man sich in einer derartigen Patt-Situation üblicherweise mit der Anwendung des herkömmlichen juristischen Methodenkanons und, wenn der nicht recht weiterhilft, auch weiterer Argumentationsfiguren. Als solche kommen in etwas erweiterter Anwendung zwei systematische Argumente in Frage.

### 1. Vollstreckungsgrundsatz: Sach- statt Rechtslage

Da ist zunächst einmal die grundsätzliche Ausgangsposition des Vollstreckungsrechts, dass sich der Gerichtsvollzieher an die vorgefundenen Gegebenheiten soll halten und entsprechende Fakten in Gestalt der Pfändung soll schaffen können<sup>1)</sup>. Die nach § 816 Abs. 1 ZPO grundsätzlich gebotene Einhaltung der Zeitspanne zwischen Pfändung und Verwertung, die das Gesetz insbesondere zum Schutz Dritter vorschreibt<sup>2)</sup>, dient der Korrekturmöglichkeit. Nur aber, dass die Handlungslast zur Korrektur bei dem betroffenen Dritten liegt. Hätte also vorliegend, was rechtlich durchaus zulässig gewesen wäre, die Gerichtsvollzieherin die betreffenden Gegenstände sogleich mitgenommen, wäre R. (vorbehaltlich seines Schweigens auch unter solchen Umständen) auf die Erhebung einer Drittwiderspruchsklage verwiesen gewesen.

Wenn demgegenüber der BGH vorliegend unterstellt, dass das ursprüngliche Schweigen des (angeblichen) neuen Pächters nicht als eine Bereitschaftserklärung missverstanden werden dürfe, so bricht er mit dieser Grundposition des Vollstreckungsrechts; denn ausweislich des § 808 Abs. 2 S. 2 ZPO ist die Pfändung mit der Anbringung von Pfandsiegeln bewirkt.

### 2. Verfahrensgrundsatz: Verfestigung eines verfahrensrechtlichen Zustands

Zum anderen lassen sich Schlüsse zur Lösung der vorliegenden Problematik auch daraus ziehen, dass in der ZPO bzw. im Verfahrensrecht mehrfach zu beobachten ist, dass es eine perpetuatio des durch den einleitenden Akt hervorgerufenen Zustandes gibt: Man denke etwa an den § 264 ZPO mit seiner ausdrücklichen Erwähnung der perpetuatio fori; an den Schutzmechanismus des § 878 BGB oder an den dem Ankündigungsbescheid im Erbscheinserteilungsverfahren zugrunde liegenden Gedanken<sup>3)</sup>.

Für die herrschende Meinung, die bekanntlich in dem Pfändungsvorgang einen im Wesentlichen öffentlich-rechtlichen Akt sieht, müsste aber noch viel schwerwiegender und überzeugender Folgendes sein: Die bloß lapidare Behauptung eines Betroffenen, die zu Grunde liegenden Tatsachen seien unrichtig, ändert an der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes zunächst einmal gar nichts. Um eine Änderung herbeizuführen, muss er vielmehr die einschlägigen Rechtsbehelfe etwa des Verwaltungsverfahrensgesetzes o. ä. bemühen. Auch hier also liegt die Handlungslast regelmäßig auf Seiten desjenigen, der eine solche Behauptung aufstellt.

### 3. Resultat

In einem solchen argumentativen Umfeld ist die der BGH-Entscheidung entgegengesetzte Schlussfolgerung sehr viel näher liegend: Dass nämlich die Verweigerung des Einverständnisses nach vollendeter Pfändung für den Abtransport der

Sachen unbeachtlich ist und dass eventuelle Einwände im Wege einer Drittwiderspruchsklage zu erheben sind. Dass dieses Vorgehen eine Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Positionen des R. darstellen solle, wo ihm doch durchaus zugemutet werden kann, seine Rechte gleich zu Beginn der Gefährdung geltend zu machen, ist nicht erfindlich.

## II. Praktische Bedenken

Für die praktischen Auswirkungen des Urteils sind jedoch viel wichtiger als die soeben angeführten dogmatischen Bedenken, dass das Urteil im Sinne der Folgenberücksichtigung voraussichtlich katastrophale Wirkungen zeitigen wird. Wie schon angedeutet, wird man das Urteil mit Fug und Recht als eine Einladung verstehen dürfen, den Vollstreckungsvorgang und den grundrechtlich garantierten Befriedigungsvorgang des Gläubigers noch weiter zu konterkarieren. Ich habe bereits an anderer Stelle auf die Gefahren für den Rechtsstaat als solchen hingewiesen, die mit einer solchen Strategie verbunden sind<sup>4)</sup>. Der vollstreckungsrechtliche Schutz des Schuldners verheißt ihm in Deutschland gewissermaßen paradiesische Zustände, bedroht damit aber zugleich nichts Geringeres als das Fundament unseres Rechtsstaates.

Wenn nämlich die Rechtsordnung die Hürden für die – erneut sei betont: gleichfalls grundrechtlich geschützte – Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung dermaßen hoch ansetzt, dass dieser von Rechts wegen vorgeschriebene Weg rein faktisch zur Farce wird – und das nicht nur im Einzelfall –, ist es nicht verwunderlich, wenn Gläubiger auf einfachere Abhilfe sinnen. Nachdem ihnen die Bemühungen auf (wenigstens halbwegs) legalem Wege weitgehend abgeschnitten worden sind<sup>5)</sup>, ist es noch weniger verwunderlich, wenn sich die Gläubigerbefriedigung in Bereiche hineinbewegt, die sich jenseits des Rechtlichen bewegen. Eine schlichte Internetrecherche öffnet dem wissbegierigen Leser die Augen, wie die deutsche Schuldnerschutzmentalität Geschäftsbereiche für Institutionen beschert, die niemand – und schon gar nicht BGH-Richter – wirklich in unserem Staate agieren sehen wollen.

Die Peiorisierung der im Wege der Zwangsvollstreckung erlangten Befriedigung und die damit einhergehende Erschwerung eben dieser Befriedigung steht übrigens in merkwürdigem Kontrast einmal zur vorherrschenden Tendenz im Insolvenzrecht<sup>6)</sup>. Während im Bereich des Zwangsvollstreckungsrechts das Herz tendenziell zu Gunsten des Schuldners schlägt, ist dies im Insolvenzrecht ganz anders<sup>7)</sup>. Die Hürden, die dem Schuldner dort etwa auf dem Wege zu seiner Restschuldbefreiung in den Weg gelegt werden, sind beträchtlich<sup>8)</sup>.

<sup>4)</sup> Die Privatisierung der „Zwangsvollstreckung“ – oder: Wie der Rechtsstaat an seinem Fundament erodiert, ZRP 2000, 296 f.

<sup>5)</sup> Zu den sog. Schwarzen Männern vgl. LG Leipzig NJW 1995, 3190; LG Bonn NJW-RR 1995, 1515; zum sog. Schuldnerspiegel vgl. OLG Rostock EWIR 2001, 863 (Paulus). Siehe dazu auch Becker in: *Botke/Möllers/Schmidt* (Hrsg.) Recht in Europa, FS 30-jähriges Bestehen der Juristischen Fakultät Augsburg, 2003, 25, 27 f.

<sup>6)</sup> Sieht man einmal von der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH (etwa WM 2003, 1278 oder 1690; ZIP 2004, 319) ab, der zufolge die im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Befriedigung eines Gläubigers als inkongruente (!) Deckung ansieht und damit einer erleichterten Anfechtbarkeit unterwirft, siehe nur *Paulus/Allgeyer*, Erwerb durch Zwangsvollstreckung als inkongruente Deckung?, ZinsO 2001, 241. Auch das bedeutet für den Gläubiger eine wesentliche Erschwerung auf dem Weg hin zu dem ihm Gebührenden.

<sup>7)</sup> Siehe schon *Paulus*, Verbindungslinien zwischen Insolvenzrecht und Privatautonomie, FS Uhlenbruck, 2000, S. 33 ff.

<sup>8)</sup> Siehe etwa BGH WM 2003, 309 mit Anmerkung *Paulus/Zenker* WuB VI C. § 290 InsO 2.03, S. 465

<sup>1)</sup> Vgl. etwa *Paulus*, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 2004, Rdnr. 578.

<sup>2)</sup> Siehe statt vieler etwa *Wieczorek/Schütze-Lüke*, § 816 Rdnr. 2; *Zöller-Stöber*, § 816 Rdnr. 1

<sup>3)</sup> Zum so genannten Ankündigungs- oder Vorbescheid etwa *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl., 1995, S. 957 f.

Vgl. dazu auch EU 2002, 343 (Nachweise zum Insolvenzrecht Sozialversicherungs) + AG PAB

- wie überhaupt das deutsche<sup>9)</sup> Insolvenzrecht von einer Sichtweise gerade der Gläubiger geprägt ist; § 1 InsO (und noch mehr die praktische Anwendung dieses Gesetzes) legt hiervon ein beredtes Zeugnis ab. Zum anderen widerspricht die Peiorisierung des vollstreckungsrechtlichen Erwerbs ganz erheblich den zivilrechtlichen Bestrebungen, die bedrohlich sinkende Zahlungsmoral in deutschen Landen durch rechtliche Gegenmaßnahmen aufzufangen. Urteile wie das vorliegende bescheren zahlungsunwilligen Schuldner weitere Verlängerungsmöglichkeiten für effektive Verzögerungstaktiken.

Beide Rechtsordnungen lassen (unter hier nicht näher interessierenden Umständen) das Vorliegen eines Vollstreckungstitels bzw. einen vergeblichen Vollstreckungsversuch dafür ausreichen, ein Insolvenzverfahren zu eröffnen. Anders als das deutsche Insolvenzrecht, das in den §§ 17 bis 19 InsO auf abstrakt formulierte Gründe zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abstellt, rekurren diese Rechtsordnungen (u. a.) auf konkrete Handlungsweisen des Schuldners (acts of bankruptcy). Es würde das System des deutschen Insolvenzrechts in keiner Weise beeinträchtigen, wenn derartiges auch hierzulande eingeführt würde.

21ms00  
135 =  
EU 2003  
531

### III. Eine mögliche Alternative

In Anbetracht dieser kritischen Anmerkungen soll es jedoch nicht beim Negativen verbleiben. Erforderlich ist vielmehr eine konstruktive Besinnung darauf, wie die derzeitige Vollstreckungsmisere behoben werden kann. So kann es auf Dauer dem Rechtsstaat nicht förderlich sein, wenn Gläubiger bisweilen zwei Jahre (!) zuwarten müssen, bevor ein Gerichtsvollzieher sich für sie auf den Weg zum Schuldner begibt. Irgendwann kommt auch der wohlgesonnenste und rechtsstaatlichst ausgeglichene Bürger an die Grenzen seiner Geduld<sup>10)</sup>. Der Ruf an den Staat, neue Stellen im Bereich der Zwangsvollstreckung zu schaffen, ist dabei ebenso wohlfeil wie vergeblich.

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens hat den gravierenden Vorteil, dass keinerlei zusätzliche staatlichen Stellen geschaffen werden müssen, dass aber gleichwohl ein staatlich geregeltes und doch aber weitgehend privatisiertes Verfahren durchgeführt werden könnte. Das eventuelle Bedenken, dass man mit der Durchführung eines Insolvenzverfahrens mit den sprichwörtlichen Kanonen auf Spatzen schießen würde, ist durch die Insolvenzordnung selbst ausgeräumt, indem dieses Gesetz bekanntlich selbst zwischen „normalen“ und „Kleinverfahren“ differenziert.

Erforderlich sind daher andere Ansätze – etwa solche, bei denen die derzeit in unseligen Bahnen voranschreitende Privatisierung der Zwangsvollstreckung<sup>11)</sup> in solche gesicherter, rechtsstaatlicher Herkunft übergeleitet wird. Dafür bietet sich die Nachahmung von Vorbildern einiger ausländischer Rechtsordnungen – etwa Finnlands oder der Schweiz<sup>12)</sup> – an.

Und schließlich: Die Durchführung eines Insolvenzverfahrens in den hier vorgeschlagenen Fällen hätte noch einen weiteren, überraschenden Vorteil. Derzeit werden Überlegungen angestellt, ob man nicht die Kapitalgesellschaften von der Notwendigkeit eines Stammkapitals entbinden sollte<sup>13)</sup>. Dahinter steckt u. a. die Einsicht, dass die vom Gesetz etwa bei der Gründung einer GmbH als „Seriositätsnachweis“ geforderte Aufbringung der 25 000,- Euro noch niemanden von einer eventuell geplanten Unseriosität der nachfolgenden Tätigkeit abgehalten hat. Sollten diese Überlegungen eines Tages wirtschaftliche Realität werden, so hätte die hier vorgeschlagene Eröffnungsmöglichkeit eines Insolvenzverfahrens den dann erst recht gebotenen (freilich erst ex post einsetzenden, aber natürlich wie auch etwa Haftungsregeln präventiv wirkenden) gläubigerschützenden Effekt, dass jede „Kapitalgesellschaft“ (wie natürlich auch jeder andere Schuldner) gewärtigen muss, bei Nichtleistung auf eine titulierte Forderung in ein Insolvenzverfahren hineinzugeraten.

<sup>9)</sup> Anders etwa als das US-amerikanische (und neuerdings auch das englische) oder auch das französische.

<sup>10)</sup> Den mit dem Insolvenzgeschehen der Republik bestens vertrauten Richter der vorliegenden Entscheidung braucht nicht eigens gesagt zu werden, dass es dem Gläubiger de facto bei dem Warten darauf, dass der Schuldner doch endlich zahlen möge, vielfach keineswegs um bloße Geduld, sondern vielmehr um sein eigenes wirtschaftliches Überleben geht.

<sup>11)</sup> Siehe dazu bereits Fn. 4 und 5 oben mit dazugehörigem Text.

<sup>12)</sup> Für den rechtshistorisch Interessierten mag aufschlussreich sein, dass insbesondere das schweizer Modell dem antik-römischen Vollstreckungsrecht verblüffend ähnlich ist.

<sup>13)</sup> Dazu etwa Mühlert und Schön in: Der Konzern 2004, erscheint demnächst.

S. auch auch: N. Reitz, Zielrechtspflege durch externe Finanzierungsstrategie

## Unzulässige und noch zulässige Maßnahmen von Insolvenzgläubigern nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners

Von Michael App, Strasbourg

Für die Insolvenzgläubiger, also solche Gläubiger des Schuldners, die einen bereits bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben (§ 38 InsO), besteht während des Insolvenzverfahrens, also ab Wirksamwerden des gerichtlichen Eröffnungsbeschlusses (§ 27 InsO) bis zur Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens, ein Vollstreckungsverbot (§ 89 Abs. 1 InsO). Verboten ist den Insolvenzgläubigern<sup>1)</sup> sowohl die Vollstreckung in die Insolvenzmasse als auch die Vollstreckung in eventuelles sonstiges Vermögen des Schuldners,

dessen Umfang seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung ohnehin geringer ist als unter Geltung der Konkursordnung, weil gem. § 35 InsO auch der Neuerwerb des Schuldners zur Insolvenzmasse gehört<sup>2)</sup>; es verbleiben aber immerhin z. B. Gegenstände, die der Schuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus dem unpfändbaren Teil seines Arbeitseinkommens erworben hat. Diese Gegenstände fallen – wegen des Grundsatzes der Surrogation – nicht in die Insolvenzmasse<sup>3)</sup>; sie können aber, auch falls sie selbst nicht

<sup>1)</sup> Besonderheiten bestehen bei Anhängigkeit von Sonderinsolvenzverfahren; dazu App, DGVZ 2003 S. 83

<sup>2)</sup> Siehe App, DGVZ 1990 S. 36

<sup>3)</sup> Vgl. Uhlenbruck, Kommentar zur Insolvenzordnung, 12. Aufl., § 35 InsO Rdnr. 36 m. w. N.