

Die Haftung des Gläubigers und seines Anwalts für durch
Zwangsvollstreckungsmaßnahmen
verursachte Schäden

D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld

vorgelegt von

Rechtsanwalt Burkhard Pfeil

aus Bielefeld

betreut von Prof. Dr. Fritz Jost

Dezember 2004

Erstgutachter: Prof. Dr. Fritz Jost
Zweitgutachter: Prof. Dr. Christian Rolfs

Tag der mündlichen Prüfung: 20. April 2005

INHALTSVERZEICHNIS

Seite / Rn

<u>EINLEITUNG</u>	1 / 1
--------------------------------	-------

§ 1 VOLLSTRECKUNG MATERIELL UNGERECHTFERTIGTER

<u>TITEL</u>	4 / 14
<i>I. Vollstreckung rechtskräftiger materiell ungerechtfertigter</i>	
<i>Titel</i>	5 / 17
<i>II. Vollstreckung vorläufiger Titel, die keinen Bestand haben</i>	
1. Voraussetzungen der Haftung aus § 717 II ZPO.....	8 / 23
2. Umfang der Haftung.....	10 / 27
a) Ruf- und Kreditschäden.....	11 / 28
b) Gesundheitsschäden aus Aufregung über die Vollstreckung.....	15 / 39
3. Konkurrenzverhältnis zu den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsnormen.....	17 / 47
a) Ist die Vollstreckung vorläufiger Titel, die keinen Bestand haben, rechtswidrig und schuldhaft ?.....	19 / 52
aa) Herrschende Meinung.....	19 / 52
bb) Die Auffassung von Henckel.....	20 / 54
cc) Stellungnahme.....	21 / 57
b) Haftung aus § 826 BGB.....	22 / 60
c) Ergebnis zu 3.	24 / 68
<i>III. Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 1</i>	24 / 69

§ 2 DAS VOLLSTRECKUNGSVERFAHREN ALS QUELLE VON

<u>VOLLSTRECKUNGSSCHÄDEN</u>	25 / 71
<i>I. Haftung des Staates für Verfahrensfehler</i>	25 / 72
<i>II. Die Stellung des Vollstreckungsgläubigers im Vollstreckungsverfahren</i>	26 / 76
<i>III. Haftung des Vollstreckungsgläubigers für Verfahrensfehler</i>	28 / 79
<i>IV. Vollstreckungsschäden als Folge formalisierter Vollstreckungs- voraussetzungen</i>	30 / 89
1. Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs.....	31 / 91

a) Vollstreckungsvoraussetzung: Titel.....	32 / 94
b) Verteidigungsmöglichkeiten des Vollstreckungsschuldners.....	33 / 98
aa) Vollstreckungsgegenklage, 767 ZPO.....	33 / 98
bb) Vorlage von Zahlungsbelegen, § 775 Nr. 4, 5 ZPO.....	35 / 103
2. Vollstreckung in schuldnerfremde Sachen.....	40 / 118
a) Zugriffsvoraussetzung: Gewahrsam, §§ 808 I, 809 ZPO.....	40 / 120
b) Verteidigungsmöglichkeit: Drittwiderspruchsklage, § 771 ZPO.....	41 / 121
3. Zusammenfassung; Bewertung.....	42 / 122
4. Keine Haftung des Staates.....	43 / 130
V. Ausschluss materieller Ausgleichsansprüche nach Beendigung der Zwangsvollstreckung ?.....	44 / 132
1. Die Auffassung Böhms.....	44 / 133
2. Die herrschende Meinung.....	45 / 136
3. Stellungnahme.....	47 / 141
VI. Haftung des Vollstreckungsgläubigers auf Herausgabe des Vollstreckungserlöses (§ 812 I 2. Alt. BGB).....	47 / 143
VII. Schadenshaftung des Vollstreckungsgläubigers analog §§ 717 II, 945 ZPO ?.....	50 / 154
1. H.M.: Keine analoge Anwendbarkeit.....	51 / 158
2. Die Auffassung Häsemeyers.....	52 / 163
3. Stellungnahme.....	55 / 171
VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 2.....	57 / 177

§ 3 SCHÄDIGUNG DES VOLLSTRECKUNGSSCHULDNERS IM VERFAHREN

AUF ABGABE DER EIDESSTATTLICHEN VERSICHERUNG.....

I. Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus unerlaubter Handlung

- Fall 1: Er betreibt die Zwangsvollstreckung selbst.....	60 / 184
1. Haftung aus § 823 I BGB.....	61 / 188
a) Tatbestand.....	61 / 188
aa) Körper, Gesundheit, Freiheit.....	61 / 190
bb) Recht am Gewerbebetrieb	62 / 195
b) Rechtswidrigkeit.....	63 / 200
aa) Materielle Rechtswidrigkeit trotz formeller Rechtmäßigkeit ?.....	64 / 204

III

bb) Die Rechtsprechung des BGH zur Inanspruchnahme von Rechtspflegeverfahren.....	67 / 214
(1) BGHZ 20, 169 und 36, 18: Keine Sorgfaltspflichten.....	67 / 214
(2) Modifizierung der Rspr. in BGHZ 74, 9: „Recht auf Irrtum“.....	70 / 223
(3) BGHZ 118, 201: Grundsätze unanwendbar bei Vollstreckung in Dritteigentum.....	73 / 229
(4) Stellungnahme.....	74 / 231
cc) Erfolgs- oder Handlungsunrecht ?.....	78 / 244
dd) Mittelbare Verletzungen.....	82 / 254
ee) Ergebnis zur Rechtswidrigkeit.....	84 / 258
c) Verschulden.....	85 / 262
aa) Einfache oder grobe Fahrlässigkeit ?.....	85 / 263
bb) Sorgfaltspflichten des Vollstreckungsgläubigers.....	87 / 270
cc) Mitverschulden des Vollstreckungsschuldners.....	94 / 293
dd) Ergebnis zum Verschulden.....	95 / 294
2. § 823 II BGB - Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens ?.....	96 / 298
3. Haftung aus § 824 BGB.....	99 / 308
4. Haftung aus § 826 BGB.....	100 / 313
5. Ergebnis zu I.	101 / 314

II. Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus unerlaubter Handlung

- Fall 2: Ein beauftragter Anwalt betreibt die Vollstreckung	101 / 315
1. Haftung des Vollstreckungsgläubigers für eigene unerlaubte Handlungen.....	102 / 317
2. Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 831 I 1 BGB ?.....	104 / 322
a) Auffassung der Rechtsprechung.....	104 / 324
b) Herrschende Literaturansicht.....	105 / 326
c) Stellungnahme.....	106 / 329
3. Ist dem Vollstreckungsgläubiger eine unerlaubte Handlung seines Anwalts gemäß § 85 ZPO zuzurechnen?.....	109 / 338
a) Auffassung des Reichsgerichts und v. Caemmerers.....	110 / 341
b) Herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur.....	111 / 343
c) Stellungnahme.....	112 / 344
4. Haftung des Mandanten für Anwaltsverschulden analog §§ 30, 31 BGB ?....	113 / 347
5. Ergebnis zu II.	115 / 351

III. Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus einem vertragsähnlichen	
<i>Sonderverhältnis ?</i>	116 / 352
1. BGH: „Gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art“.....	117 / 355
2. Prozessrechtsverhältnis, culpa in procedendo, Vollstreckungsverhältnis.....	120 / 364
3. § 311 II BGB / culpa in contrahendo.....	127 / 382
4. Unterscheidung nach dem vorprozessualen Rechtsverhältnis.....	129 / 389
5. Sonderfall: Vereinbarungen im Vollstreckungsverfahren.....	132 / 398
6. Keine vertragsähnliche Sonderbeziehung.....	134 / 403
7. Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 f. BGB analog.....	136 / 411
8. Ergebnis zu III.	144 / 427
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 3	144 / 428
<u>§ 4 VOLLSTRECKUNG IN SCHULDNERFREMDE SACHEN</u>	147 / 434
<i>I. Die Rechtsprechung des BGH</i>	148 / 440
1. Haftung aus § 823 I BGB.....	148 / 441
2. Gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art.....	151 / 447
<i>II. Die Auffassungen in der Literatur</i>	153 / 456
1. Haftung aus §§ 989, 990 BGB.....	153 / 457
2. Haftung aus § 1004 BGB.....	156 / 467
3. Schlosser: Freigabeanspruch folgt aus Gestaltungs-klagerecht.....	157 / 472
4. Schuschke: „Tatsächliche Eigentümer-Besitzer-Beziehung“.....	158 / 474
5. Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 f. BGB	159 / 476
6. Kein Sonderverhältnis.....	160 / 482
<i>III. Stellungnahme</i>	161 / 484
<u>§ 5 VOLLSTRECKUNG IN SACHEN DES VOLLSTRECKUNGSSCHULDNERS</u>	
<u>NACH ERLÖSCHEN DES VOLLSTRECKBAREN ANSPRUCHS</u>	164 / 494
<u>§ 6 FORDERUNGSVOLLSTRECKUNG</u>	166 / 501
<i>I. Vollstreckung in schuldnerfremde Forderungen</i>	166 / 501
1. Zugriffsvoraussetzungen der Forderungsvollstreckung; Verteidigungsmöglichkeiten Dritter.....	168 / 506
2. Keine Haftung aus § 989, 990 BGB.....	170 / 514
3. Sind Forderungen „sonstige Rechte“ i.S.d. § 823 I BGB ?.....	170 / 515

a) Forderungszuständigkeit als sonstiges Recht?.....	172 / 523
b) Herrschende Meinung.....	173 / 525
c) Stellungnahme.....	174 / 530
d) Umfang des Forderungsschutzes.....	179 / 544
e) Ergebnis zu 3.....	181 / 552
4. Gesetzliches Sonderverhältnis privatrechtlicher Art zwischen Vollstreckungsgläubiger und Forderungsinhaber ?.....	182 / 553
II. Vollstreckung in Forderungen des Vollstreckungsschuldners nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs.....	183 / 558

§ 7 VOLLSTRECKUNG FEHLERHAFTER NOTARIELLER

<u>URKUNDEN</u>	185 / 565
<i>I. Die Rspr. des BGH</i>	187 / 569
<i>II. Die Kritik von Späth</i>	187 / 571
<i>III. Stellungnahme</i>	188 / 572

§ 8 ZUSAMMENFASSUNG: DIE RECHTSBEZIEHUNG DES VOLLSTRECKUNGSGLÄUBIGERS ZUM VOLLSTRECKUNGSSCHULDNER UND

<u>DRITTEN</u>	191 / 581
-----------------------------	-----------

§ 9 DIE HAFTUNG DES GLÄUBIGERANWALTS FÜR

<u>VOLLSTRECKUNGSSCHÄDEN</u>	193 / 584
<i>I. Die Haftung des Gläubigeranwalts gegenüber Dritten</i>	193 / 585
1. Vollstreckung in schuldnerfremde Sachen.....	193 / 585
a) Haftungsgrundlage.....	194 / 587
b) „Täterschaft“ des Gläubigeranwalts oder des Vollstreckungsgläubigers bei einer unberechtigten Freigabeverweigerung ?.....	195 / 591
c) Haftungsmaßstab.....	199 / 606
2. Vollstreckung in schuldnerfremde Forderungen.....	202 / 612
<i>II. Die Haftung des Gläubigeranwalts gegenüber dem Vollstreckungs- schuldner</i>	203 / 617
1. Anwaltshaftung für Schäden aus der Vollstreckung materiell ungerech- fertigter Titel.....	203 / 617
2. Vollstreckungsmaßnahmen nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs..	204 / 619

a) Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung.....	204 / 619
b) Vollstreckung in Sachen des Vollstreckungsschuldners.....	205 / 624
c) Vollstreckung in Forderungen des Vollstreckungsschuldners.....	205 / 625
III. Mittelbare Anwaltshaftung für Vollstreckungsschäden.....	206 / 626
1. Regresshaftung aus dem Anwaltsvertrag.....	206 / 626
2. Haftungsfreistellung der Angestellten aus dem Arbeitsvertrag.....	208 / 630
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse von § 9.....	209 / 633
<u>§ 10 SCHLUSSBETRACHTUNG.....</u>	210 / 635

LITERATURVERZEICHNIS

- Baur, Fritz
Anmerkungen zu BGHZ 36, 18; JZ 1962, S. 95
- Baur, Fritz;
Stürner, Rolf
Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. I
Einzelvollstreckungsrecht, 12. Auflage, Heidelberg 1995
(zitiert: Baur/Stürner)
- Becker, Christoph
Schutz von Forderungen durch das Deliktsrecht ? AcP 196
(1996), S. 439
- Bell, Martin
Anwaltshaftung gegenüber Dritten, Bonn 1996 (zitiert: Bell)
- Berg, Hans
Anmerkungen zu LG Berlin NJW 1972, S. 1675; NJW 1972,
S. 1996
- Blomeyer, Arwed
Rechtskraft- und Gestaltungswirkung der Urteile im Prozeß
auf Vollstreckungsgegenklage und Drittwiderspruchsklage,
AcP 165, S. 481
- Böhm, Harald
Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und
materiellrechtliche Ausgleichsansprüche, Bielefeld 1971
(zitiert: Böhm)
- Borgmann, Brigitte;
Haug, Karl H.
Anwaltshaftung: Systematische Darstellung der Rechtsgrund-
lagen für die anwaltliche Berufstätigkeit, 3. Auflage,
München 1995 (zitiert: Borgmann/Haug)
- Brehm, Wolfgang
Anmerkungen zu BGHZ 100, 95; JZ 1987, S. 781
- Brehm, Wolfgang
Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum
Zwangsvollstreckungsrecht, JZ 1983, S. 644

VIII

- Brox, Hans;
Walker, Wolf D. Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Auflage, Köln, Berlin, Bonn,
München 2003 (zitiert: Brox/Walker)
- von Caemmerer, Ernst Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst
Rabel, 1954, S. 333 (zitiert: v. Caemmerer FS Rabel)
- von Caemmerer, Ernst Haftung des Mandanten für seinen Anwalt, Festschrift für
Hermann Weitnauer, 1980, S. 261 (zitiert: v. Caemmerer
FS Weitnauer)
- Canaris, Claus-Wilhelm Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten,
Festschrift für Karl Larenz, München 1983, S. 27
(zitiert: Canaris FS Larenz)
- Canaris, Claus-Wilhelm Der Schutz obligatorischer Forderungen nach § 823 I BGB,
Festschrift Steffen, 1995, S. 85 (zitiert: Canaris FS Steffen)
- Dölle, Hans Pflicht zur redlichen Prozessführung ?, Festschrift für Otto
Riese 1964, S. 279 (zitiert: Dölle FS Riese)
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1
(§§ 1 – 853), 10. Auflage, Münster 2000
(zitiert: Erman/Bearbeiter 10. Aufl.)
- Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1
(§§ 1 - 811), 11. Auflage, Münster 2004
(zitiert: Erman/Bearbeiter 11. Aufl.)
- Esser, Josef;
Schmidt, Eike Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2,
8. Auflage, Heidelberg 2000 (zitiert: Esser/Schmidt)
- Fenn, Herbert Schadenshaftung aus unberechtigter Klage oder
Rechtfertigungsgrund der Inanspruchnahme eines gesetzlich
eingerichteten und geregelten Verfahrens?, ZHR 132, S. 344

- Friedländer Anm. zu RG JW 1929, 1575; JW 1929, S. 1575
- Gaul, Hans Friedhelm Die Haftung aus dem Vollstreckungszugriff, ZZP 110 (1997), S. 3
- Gaul, Hans Friedhelm Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche, AcP 173 (1973), S. 323
- Geißler, Markus Die Vollstreckungsklagen im Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung, NJW 1985, S. 1865
- Grüneberg, Christian Schadensersatzpflicht bei verkehrswidrig abgestellten Kraftfahrzeugen, NJW 1992, S. 945
- Häsemeyer, Ludwig Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit, Heidelberg Hamburg 1979 (zitiert: Häsemeyer)
- Hammen, Horst Die Forderung – ein „sonstiges Recht“ nach § 823 I BGB ?, AcP 199 (1999), S. 591
- Hellwig, Hans-Jürgen Schadensersatzpflichten aus prozessuaalem Verhalten, NJW 1968, S. 1072
- Henckel, Wolfram Anmerkung zu BGHZ 74, 9; JZ 1973, S. 32
- Henckel, Wolfram Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970 (zitiert: Henckel)
- Hopt, Klaus Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, München 1968 (zitiert: Hopt)
- Hüffer, Uwe Besprechung der Habilitation von Mathias Habersack: Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges Recht“, ZHR 161 (1997), S. 867

- Janssen, Bernhard Abschleppen im Bürgerlichen Recht, NJW 1995, S. 624
- Jauernig, Othmar Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, München 2003
(zitiert: Jauernig/Bearbeiter)
- Krebs, Peter Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten,
Habilitation, München 2000 (zitiert: Krebs)
- Krüger, Wolfgang Die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung im
Spannungsfeld zwischen formellem und materiellem Recht,
NJW 1990, S. 1208
- Lackmann, Rolf Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl., München 1998
(zitiert: Lackmann ZwVR)
- Larenz, Karl;
Canaris, Claus-Wilhelm Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, Besonderer Teil, 2.
Halbband, 13. Aufl. , München 1994 (zitiert: Larenz/Canaris)
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, herausgegeben von Hans-Heinrich
Jescheck, Wolfgang Ruß und Günther Wilms, 2. Band
(§§ 32 – 60), 11. Auflage, Berlin New York 1992
(zitiert: LK/Bearbeiter)
- Lippross, Otto-Gerd Schadensersatzhaftung aus privatrechtswidrigen
Zwangsvollstreckungsakten, JA 1980, S. 16
- Lippross, Otto-Gerd Vollstreckungsrecht, Systematische Darstellung an Hand von
Fällen, 8. Auflage, Neuwied Kriftel Berlin 1998
(zitiert: Lippross VollstrR 8. Aufl.)
- Vollstreckungsrecht; Systematische Darstellung an Hand von
Fällen, 9. Auflage, Neuwied Kriftel Berlin 2003 (zitiert:
Lippross VollstrR 9. Aufl.)

- Lüke, Gerhard Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis, ZZP 108 (1995), S. 427
- Matthies, Karl-Heinz Anmerkungen zu BGHZ 102, 98, ZZP 102 (1989), S. 103
- Medicus, Dieter Die Forderung als „sonstiges Recht“ nach § 823 I BGB?, Festschrift Steffen, 1995, S. 333 (zitiert: Medicus FS Steffen)
- Medicus, Dieter Grundwissen zum bürgerlichen Recht, 5. Auflage, Köln Berlin Bonn München 2002 (zitiert: Medicus Grundwissen)
- Medicus, Dieter Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 2003 (zitiert: Medicus Schuldrecht I)
- Medicus, Dieter Schuldrecht II, Besonderer Teil, 10. Auflage, München 2000 (zitiert: Medicus Schuldrecht II)
- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht, 18. Auflage , Köln Berlin Bonn München 1999 (zitiert: Medicus BR)
- Mertens, Hans-Joachim Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, AcP 178 (1978), S. 227
- Micke, Wolfgang Forderungsrechte als „sonstige Rechte“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB, JZ 1984, S. 862
- Münchener Kommentar
zum Bürgerlichen Gesetzbuch Herausgegeben von Kurt Rebmann, Franz-Jürgen Säcker und Roland Rixecker, Band 4 (§§ 607 – 704), 3. Auflage, München 1997 (zitiert: MüKo/Bearbeiter BGB)
- Band 5 (§§ 705 – 853), 3. Auflage, München 1997 (zitiert: MüKo/Bearbeiter BGB 3. Aufl.)

Band 5 (§§ 705 - 853), 4. Auflage, München 2004
(zitiert: MüKo/Bearbeiter BGB 4. Aufl.)

Münchener Kommentar
zur Zivilprozessordnung
Herausgegeben von Gerhard Lücke und Peter Wax, Band 1
(§§ 1- 354), 2. Auflage, München 2000
(zitiert: MüKo/Bearbeiter ZPO)

Band 2 (§§ 355 – 802), 2. Auflage, München 2000

Band 3 (§§ 803 – 1066), 2. Auflage, München 2001

Musielak, Hans-Joachim
Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Auflage, München
2002 (zitiert: Musielak/Bearbeiter)

Nakano, Teiichiro
Das Prozessrechtsverhältnis, ZZP 79 (1966), S. 99

Otte, Gerhard
Schadensersatz nach § 823 I BGB wegen Verletzung der
„Forderungszuständigkeit“, JZ 1969, S. 253

Palandt, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 63. Auflage,
München 2004 (zitiert: Palandt/Bearbeiter)

Picker, Eduard
Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987,
S. 1041

RGRK
Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben
von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, Band II, 5. Teil
(§§ 812 – 831), 12. Auflage, Berlin New York 1989
(zitiert: RGRK/Bearbeiter)

Rosenberg, Leo;
Gaul, Hans Friedhelm;
Schilken, Eberhard
Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., München 1997
(zitiert: Rosenberg/Gaul/Schilken)

XIII

- Rosenberg, Leo;
Schwab, Karl-Heinz;
Gottwald, Peter
Zivilprozessrecht, 15. Auflage, München 1993
(zitiert: Rosenberg/Schwab/Gottwald)
- Schlosser, Peter
Gestaltungsklage und Gestaltungsurteil im System der
Rechtsschutzformen, Jura 1986, S. 130
- Schreiber, Klaus
Die zivilrechtliche Haftung von Prozessbeteiligten, ZZP 105
(1992), S. 129
- Schumann, Ekkehard
Der Zivilprozess als Rechtsverhältnis, JA 1976, S. 637
- Schuschke, Winfried;
Walker, Wolf-Dietrich
Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz: Kommentar
zum 8. Buch der ZPO, Band I Zwangsvollstreckung
(§§ 704 – 915 h) , 3. Auflage, Köln Berlin Bonn München
2002 (zitiert: Schuschke/Walker)
- Schwarz, Günter Christian;
Ernst, Astrid
Ansprüche des Grundstücksbesitzers gegen den „Falsch-
parker“, NJW 1997, S. 2550
- Schwerdtner, Peter
Repititorium Zivilrecht, Recht der unerlaubten Handlung,
Jura 1981, S. 414
- Sellert, Wolfgang
Zur Anwendung der §§ 831, 31 BGB auf die Gesellschaft
bürgerlichen Rechts, AcP 175, S. 77
- Soergel, Hans-Th.
Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I
(§§ 241 – 432), 12. Auflage, Stuttgart Berlin Köln 1990
(zitiert: Soergel/Bearbeiter)
- Band 4/2, Schuldrecht III/2 (§§ 651a – 704), 12. Auflage,
Stuttgart Berlin Köln 1999

Band 5/2, Schuldrecht IV/2 (§§ 823 – 853), 12. Auflage,
Stuttgart Berlin Köln 1998

Späth, Stefan

Anm. zu BGH JR 1996, S. 15 , JR 1996, S.19

Staudinger, Julius von

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Buch, Recht
der Schuldverhältnisse (§§ 241 – 243), 13. Auflage, Berlin
1995 (zitiert: Staudinger/Bearbeiter)

2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 255 – 292),
13. Auflage, Berlin 1995

2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 652 – 704),
13. Auflage, Berlin 1995

2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 823 – 825),
13. Auflage, Berlin 1999

2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 826 – 829),
Neubearbeitung, Berlin 2003

3. Buch, Sachenrecht (§§ 985 – 1011), Neubearbeitung,
Berlin 1999

Stein, Friedrich;

Jonas, Martin;

Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 (§§ 1 – 90),
bearbeitet von Reinhard Bork, 21. Auflage, Tübingen 1993
(zitiert: Stein/Jonas/Bork)

Band 7 (§§ 704 – 827), bearbeitet von Wolfgang Münzberg,
22. Auflage, Tübingen 2002 (zitiert: Stein/Jonas/Münzberg)

Steinmeyer, Heinz-Dietrich ;

Waltermann, Raimund

Casebook Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2000
(zitiert: Steinmeyer/Waltermann)

- Thomas, Heinz; Putzo, Hans Zivilprozessordnung, 25. Auflage, München 2003
(zitiert: Thomas/Putzo)
- Vollkommer, Max Heinemann, Jörn Anwaltshaftungsrecht, 2. Auflage, München 2003
(zitiert: Vollkommer AnwaltshaftungsR)
- Weitnauer, Hermann Schadensersatz aus ungerechtfertigter Verfahrenseinleitung
(Besprechung der gleichnamigen Schrift von Klaus Hopt),
AcP 170 (1970), S. 436
- Wieser, Eberhard Die Dispositionsbefugnis des Vollstreckungsgläubigers, NJW
1988, S. 665
- Zeiss, Walter Schadensersatzpflichten aus prozessuaem Verhalten, NJW
1967, S. 703
- Zöller, Richard Kommentar zur Zivilprozessordnung, 24. Auflage, Köln
2004 (zitiert: Zöller/Bearbeiter)
- Zugehör, Horst Handbuch der Anwaltshaftung, Herne Berlin 1999
(zitiert: Zugehör)

Die in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen richten sich nach:

- Kirchner, Hildebert Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage,
Berlin 1993

Einleitung

- 1 Der Zivilprozess dient dem Ziel, dem materiellen Recht des Gläubigers gegen seinen Schuldner Geltung zu verschaffen. Da der Gläubiger nicht im Wege der Selbstjustiz sein Recht in die eigene Hand nehmen darf (Ausnahme § 229 BGB), hat ihm der Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, sein Recht im staatlich geregelten Verfahren der ZPO zu verwirklichen¹.
- 2 Führt das Erkenntnisverfahren zu dem Ergebnis, dass der geltende gemachte Anspruch besteht, stellt das Prozessgericht über das Recht des Gläubigers einen Vollstreckungstitel aus. Erfüllt der Schuldner den titulierten Anspruch nicht freiwillig, kann der Gläubiger den Anspruch durch die staatlichen Vollstreckungsorgane im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen lassen. Der Staat stellt insoweit seine Machtmittel zum Zwecke der Privatrechtsbewährung zur Verfügung. Er gewährt dem Gläubiger die erforderliche „obrigkeitliche Hilfe“ (vgl. § 229 BGB) zur Verwirklichung seines im Vollstreckungstitel ausgewiesenen Rechts². Im Idealfall wird schließlich durch die von dem Vollstreckungsorgan durchgeführten Vollstreckungsmaßnahmen der Zustand hergestellt, den der Gläubiger vom Schuldner nach der materiellen Rechtslage beanspruchen kann.
- 3 Die Vollstreckungsmaßnahme kann jedoch auch über das Ziel, den materiellen Anspruch des Vollstreckungsgläubigers zu verwirklichen, hinausschießen, und zu Schäden des Vollstreckungsschuldners oder unbeteiligter Dritter führen. Weil derartige Vollstreckungsmaßnahmen nicht durch das materielle Recht gedeckt sind, werden sie als materiell ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen bezeichnet.
- 4 Zu solchen materiell ungerechtfertigten Vollstreckungsmaßnahmen kann es aus verschiedenen Gründen kommen:

¹ Baur/Stürner § 1 Rn 1 und 2; MüKo/Lüke ZPO Einl. Rn 7, 23; Rosenberg/Gaul/Schilken § 1 I 2.

² BGHZ 32, 240, 242; BGH BB 1967, 941; Gaul AcP 173 (1973), 323, 326.

- 5 Ursache kann zum einen ein Fehler im Erkenntnisverfahren sein, etwa wenn das Gericht das materielle Recht falsch anwendet und dem Kläger zu Unrecht einen Anspruch zuerkennt. Vollstreckt der Vollstreckungsgläubiger den fehlerhaften Titel, verwirklicht sich der Schaden. Der Schadensgrund wird dann also lediglich über den fehlerhaften Titel in das Vollstreckungsverfahren „transportiert“. Derartige Schäden entstehen insbesondere bei der Vollstreckung vorläufiger Titel, die anschließend nicht in Rechtskraft erwachsen, sondern aufgehoben oder abgeändert werden. Die Haftungsfragen, die sich in solchen Fällen ergeben, sind Gegenstand von § 1 dieser Arbeit (Vollstreckung materiell ungerechtfertigter Titel).
- 6 Die Fehlerquelle kann zum anderen im Vollstreckungsverfahren selbst liegen mit der Folge, dass trotz der Vollstreckung eines materiellrechtlich richtigen Titels Schaden entsteht.
- 7 Dazu kann es etwa kommen, wenn dem Vollstreckungsorgan bei der Durchführung der Vollstreckung ein Verfahrensfehler unterläuft. Pfändet beispielsweise der Gerichtsvollzieher entgegen §§ 808 I, 809 ZPO Gegenstände, die sich nicht im Gewahrsam des Vollstreckungsschuldners oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden³, steht der gepfändete Gegenstand i.d.R. auch nicht im Eigentum des Vollstreckungsschuldners, sondern in Dritteigentum. Der Vollstreckungszugriff ist in diesem Fall materiell ungerechtfertigt, weil für die Erfüllung einer Forderung nur der Schuldner mit seinem Vermögen haftet.
- 8 Andererseits ist aber auch bei einer ohne Verfahrensfehler durchgeführten Vollstreckung eines materiell richtigen Titels nicht gewährleistet, dass das Ergebnis mit der materiellen Rechtslage im Einklang steht. Selbst wenn der Gerichtsvollzieher unter Beachtung der §§ 808 I, 809 ZPO ausschließlich Sachen pfändet, die sich im

³ So z.B. im Fall OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 998: Pfändung eines auf der Straße vor dem Haus des Vollstreckungsschuldners stehenden Pkws gegen den Willen der Tochter des Schuldners, die im Besitz der Fahrzeugpapiere und des Fahrzeugschlüssels ist.

Gewahrsam des Schuldners befinden, kann eine Sache darunter sein, die im Eigentum eines Dritten steht.

9 **Beispiel** (Pfändung einer schuldnerfremden Sache):

G betreibt aus einem rechtskräftigen Urteil die Zwangsvollstreckung gegen S. Der Gerichtsvollzieher pfändet im Gewahrsam des S einen Lkw, der jedoch im Eigentum des E steht. E fordert den G unter Vorlage des Kfz-Briefs zur Freigabe des Lkws auf. Zunächst verweigert G die Freigabe. Erst nach langwierigen Verhandlungen gibt er den Lkw schließlich frei. Nunmehr verlangt E von G Schadensersatz wegen Nutzungsausfalls des Lkws (Fall angelehnt an BGHZ 58, 207).⁴

10 Das Beispiel veranschaulicht eine der beiden typischen Fallkonstellationen, in denen eine ohne Verfahrensfehler durchgeführte Vollstreckungsmaßnahme (Pfändung im Schuldnergewahrsam) ein materiell ungerechtfertigtes Ergebnis zur Folge haben kann (Pfändung von Dritteigentum). Solche Vollstreckungsmaßnahmen bezeichnet man als formell rechtmäßig, aber materiell ungerechtfertigt.

11 Die andere typische Fallkonstellation einer formell rechtmäßigen, materiell ungerechtfertigten Vollstreckung ist die, dass der Vollstreckungsgläubiger (oder sein Anwalt) einen Titel vollstrecken lässt, obwohl der dem Titel zugrunde liegende materielle Anspruch bereits erloschen ist. Das Vollstreckungsorgan, das den Vollstreckungsauftrag ausführt, begeht in solchen Fällen keinen Verfahrensfehler, weil es aus verfahrensrechtlicher Sicht allein auf das Vorliegen eines Titels ankommt. Die Vollstreckung ist jedoch materiell ungerechtfertigt.

12 **Beispiel** (Vollstreckung nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs):

G unternimmt einen erfolglosen Vollstreckungsversuch bei S und beantragt anschließend die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und den Erlass eines Haftbefehls. S erscheint im Offenbarungstermin nicht, weil er den geschuldeten Betrag zwischenzeitlich an G überwiesen hat. G hat den Zahlungseingang jedoch übersehen. Das Vollstreckungsgericht erlässt antragsgemäß den Haftbefehl gegen S und verfügt die Eintragung des S im Schuldnerverzeichnis. Später verlangt S von G

⁴ Im Originalfall BGHZ 58, 207 hatte der Anwalt des Vollstreckungsgläubigers die Freigabe verweigert, und der Vollstreckungsschuldner, wie im Beispiel, den Vollstreckungsgläubiger auf Schadensersatz verklagt.

Schmerzensgeld mit der Behauptung, dass sich sein angeschlagener Gesundheitszustand (schwere Diabetes) wegen der Aufregung über die Vollstreckung erheblich verschlimmert habe. Ferner begehrt er Ersatz für finanzielle Einbußen, die er wegen der Eintragung im Schuldnerverzeichnis als Versicherungsvertreter erlitten habe (Fall angelehnt an BGHZ 74, 9).⁵

- 13 Die Untersuchung der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Vollstreckungsgläubiger und ein von ihm beauftragter Anwalt für solche formell rechtmäßigen, aber materiell ungerechtfertigten Vollstreckungsmaßnahmen haften, bildet den Schwerpunkt dieser Arbeit. Dabei beschäftigen sich §§ 2-8 zunächst ausschließlich mit der Haftung des Vollstreckungsgläubigers, wenn er oder sein Anwalt die Vollstreckung betreibt. Aufbauend auf die dabei gewonnenen Erkenntnisse wird schließlich in § 9 untersucht, unter welchen Voraussetzungen der Gläubigeranwalt selbst gegenüber Geschädigten haftet. Vorab geht es jedoch in § 1 zunächst um die vorgelagerte, verwandte Fragestellung, welche Haftungsfolgen eintreten können, wenn bereits der Titel materiell ungerechtfertigt ist, den der Vollstreckungsgläubiger oder sein Anwalt vollstreckt.

§ 1 Vollstreckung materiell ungerechtfertigter Titel

- 14 Die Ursache dafür, dass das Ergebnis einer Vollstreckungsmaßnahme mit der materiellen Rechtslage nicht im Einklang steht, kann bereits im Erkenntnisverfahren liegen. Dem Gericht kann bei der Rechtsanwendung ein Fehler unterlaufen, aber auch der Vollstreckungsschuldner kann eine für ihn günstige materielle Rechtslage „verprozessieren“, indem er unsachgerechte Anträge stellt, für ihn günstige Tatsachen nicht darlegt oder sich gar nicht erst verteidigt (so beim Vollstreckungsbescheid, Anerkenntnis- und Versäumnisurteil).

⁵ Im Originalfall BGHZ 74, 9 hatte der Anwalt des Vollstreckungsgläubigers die Vollstreckung betrieben und der Vollstreckungsschuldner den Anwalt verklagt.

- 15 Das Erkenntnisverfahren endet in diesen Fällen mit einem Titel, der nicht mit der materiellen Rechtslage im Einklang steht, wie sie sich für einen mit allen relevanten Tatsachen vertrauten Juristen bei richtiger Rechtsanwendung ergeben würde. Solche von der „wahren“ materiellen Rechtslage abweichenden Titel werden hier als materiell ungerechtfertigte Titel bezeichnet. Die Unterscheidung zwischen „wahrer“ materieller Rechtslage und der prozessual festgestellten Rechtslage geht zurück auf die herrschende prozessuale Rechtskrafttheorie⁶, wonach auch in einem rechtskräftigen Titel nur deklaratorisch ausgesprochen wird, was Rechtens ist, der rechtskräftige Titel aber nicht selbst Recht schafft.
- 16 Betreibt der Vollstreckungsgläubiger aus einem materiell ungerechtfertigten Titel die Vollstreckung, stellt sich die Frage, ob er für daraus resultierende Schäden des Vollstreckungsschuldners haftet. Über die Antwort besteht in den Grundzügen Einigkeit: Ist der Vollstreckungstitel rechtskräftig, haftet der Vollstreckungsgläubiger grundsätzlich nicht. Handelt es sich um einen nur vorläufig vollstreckbaren Titel, haftet er dagegen verschuldensunabhängig, wenn der vorläufige Titel keinen Bestand hat (§§ 717 II, 945 ZPO). Im Einzelnen gilt folgendes.

I. Vollstreckung rechtskräftiger materiell ungerechtfertigter Titel

- 17 Ist der vollstreckte Titel rechtskräftig, scheidet eine Schadenshaftung des Vollstreckungsgläubigers im Grundsatz aus. Dies folgt aus dem Wesen der materiellen Rechtskraft: Über den Streitgegenstand ist verbindlich entschieden. Die materielle Rechtskraft hindert abweichende Entscheidungen desselben oder eines anderes Gerichts

⁶ St. Rspr. des BGH: BGHZ 3, 86; 34, 337; 36, 365; 93, 288 f.. Anders noch die vom Reichsgericht (RGZ 46, 336) vertretene materielle Rechtskrafttheorie, wonach das Urteil im Umfang seiner Rechtskraft das materielle Rechtsverhältnis zwischen den Parteien gestaltet, also das rechtskräftige Urteil ein zu Unrecht zuerkanntes Recht konstitutiv zum Entstehen bringt und ein zu Unrecht aberkanntes Recht erlöschen lässt.

über denselben Streitgegenstand⁷. Das Gericht, das über eine Schadensersatzklage des Vollstreckungsschuldners gegen den Vollstreckungsgläubiger zu befinden hätte, müsste den Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung ungeprüft seiner eigenen Entscheidung zugrundelegen⁸. Jede neue Verhandlung, Beweiserhebung und Entscheidung über die rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge ist ausgeschlossen⁹ („ne bis in idem“).

- 18 Eine Korrektur eines rechtskräftigen Urteils, das mit der materiellen Rechtslage nicht im Einklang steht, kann grundsätzlich nur unter den engen Voraussetzungen des Wiederaufnahmeverfahrens (§§ 578 ff. ZPO) erreicht werden.
- 19 Von der Regel, dass der Vollstreckungsgläubiger nicht für Schäden aus der Vollstreckung fehlerhafter, rechtskräftiger Titel haftet, ist nach ständiger Rspr. jedoch eine Ausnahme für den Fall geboten, dass der rechtskräftige Titel offensichtlich materiell falsch ist, der Gläubiger von der materiellen Unrichtigkeit Kenntnis hat, und noch weitere Umstände hinzukommen, die das Verhalten des Vollstreckungsgläubigers als sittenwidrig erscheinen lassen¹⁰, wie etwa das Erschleichen des Titels durch Täuschung des Gerichts (z.B.: Vorspiegeln von Eigenbedarf zur Erwirkung eines Räumungsurteils¹¹). Liegen diese Voraussetzungen vor, kann nach der Rechtsprechung die Rechtskraft auf der Grundlage des § 826 BGB ausnahmsweise durchbrochen werden. Als Rechtsfolge kann der Vollstreckungsschuldner demnach vom Vollstreckungsgläubiger verlangen, dass er die Vollstreckung des Titels unterlässt oder – bei

⁷ Zöller/Vollkommer vor § 322 Rn 14.

⁸ BGH NJW 1993, 3205; BGH NJW 1995, 2993; vgl. ferner: Thomas/Putzo § 322 Rn 9 mwN; Zöller/Vollkommer § 322 Rn 10 mwN.

⁹ BGH NJW 1985, 2535; BGH WM 1996, 1101.

¹⁰ Vgl. RGZ 61, 359; 155, 55 (59); 163, 287; 168, 1 (12); BGHZ 50, 115; 101, 380 ff.; OLG Nürnberg ZIP 1999, 918; ausführliche Darstellung bei Staudinger/Oechsler § 826 Rn 472 f.; zu den Grenzen der Rechtskraftdurchbrechung: BGH NJW 1998, 2818; OLG Köln NJW-RR 2001, 139, 140: Kein Fall des § 826 BGB, wenn eine durch Urteil titulierte Forderung (aus Bürgschaft) nach den Grundsätzen einer später ergangenen Entscheidung des BVerfG (NJW 1994, 36 f.) wahrscheinlich als sittenwidrig und nichtig zu beurteilen wäre (analoge Anwendung von §§ 767 ZPO, 79 BVerfGG verneinte das OLG Köln ebenfalls).

¹¹ Vgl. etwa OLG Celle OLGZ 1979, 64.

bereits erfolgter Vollstreckung – den durch die Vollstreckung entstandenen Schaden ersetzt¹².

- 20 Bedenken gegen diese Rspr. könnten sich daraus ergeben, dass die Voraussetzungen einer ausnahmsweisen Rechtskraftdurchbrechung in §§ 578 f. ZPO im Einzelnen geregelt sind und dieser Abschnitt nach der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers offensichtlich die Problematik der Rechtskraftdurchbrechung abschließend regeln sollte¹³. Jedoch hat die Praxis gezeigt, dass sich den vielfältigen Möglichkeiten eines Titelmisbrauchs nur durch eine Generalklausel wie § 826 BGB wirksam begegnen lässt¹⁴, weil sich das Instrumentarium der §§ 578 ff. ZPO als zu schwerfällig und lückenhaft erwiesen hat. Hinzu kommt, dass diese Rechtsprechung seit nunmehr fast 100 Jahren praktiziert wird, ohne dass der Gesetzgeber dagegen eingeschritten ist¹⁵. Die Durchbrechung der Rechtskraft auf der Grundlage des § 826 BGB ist daher als gesicherte richterliche Rechtsfortbildung¹⁶ und Gewohnheitsrecht¹⁷ anzuerkennen.
- 21 Ergebnis: Der Vollstreckungsgläubiger, der einen rechtskräftigen, aber materiell falschen Titel vollstreckt, kann in eng begrenzten Ausnahmefällen gemäß § 826 BGB für einen Schaden des Vollstreckungsschuldners haften.

¹² Vgl. zum Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB nach erfolgter Vollstreckung: BGH NJW 1986, 1751, 1752; LG Lübeck NJW 1990, 2894; OLG Düsseldorf NJW-RR 1989, 240, 241: Auch eine „freiwillige“ Leistung des Vollstreckungsschuldners aufgrund angedrohter Vollstreckung kann Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 826 BGB nach sich ziehen.

¹³ Vgl. Baur/Stürner § 5 Rn 18; Rosenberg/Gaul/Schilken § 7 II 3.

¹⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald § 162 III 3; Schuschke/Walker Anh. § 767 Rn 1.

¹⁵ Vgl. die Entscheidung des Reichsgerichts vom 14.10.1905, RGZ 61, 359.

¹⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald § 162 III 3; aA Staudinger/Oechsler § 826 BGB Rn 475 mwN. bei Rn 479 zu der Gegenansicht.

¹⁷ Schuschke/Walker Anh. § 767 Rn 1.

II. Vollstreckung vorläufiger Titel, die keinen Bestand haben

- 22 Urteile und andere Vollstreckungstitel (vgl. § 794 I ZPO) können nach Maßgabe der §§ 708 ff. ZPO bereits vor Eintritt ihrer Rechtskraft vollstreckt werden. Die siegreiche Partei soll mit der Vollstreckung nicht bis zum Eintritt der Rechtskraft warten müssen, weil dies zu unzumutbaren Nachteilen führen kann, etwa wenn die Insolvenz des Prozessgegners droht oder die siegreiche Partei auf die Realisierung der geltend gemachten Forderung finanziell angewiesen ist. Ferner soll der unterlegenen Partei der Anreiz genommen werden, nur zur Herausziehung der Vollstreckung Rechtsmittel zu ergreifen¹⁸. In besonders eilbedürftigen Fällen besteht zudem die Möglichkeit, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 916 f. ZPO) einen vorläufigen Titel zu erlangen.

1. Voraussetzungen der Haftung aus § 717 II ZPO

- 23 Für den Fall, dass der vollstreckte vorläufige Titel später nicht in Rechtskraft erwächst, sondern aufgehoben oder abgeändert wird, trifft § 717 II ZPO (sowie § 945 ZPO für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes) eine ausdrückliche Regelung: Der Vollstreckungsgläubiger haftet dem Vollstreckungsschuldner verschuldensunabhängig für den aus der Vollstreckung entstehenden Schaden. Das Gesetz gestattet dem Gläubiger also die Vollstreckung vorläufiger Titel, belastet ihn aber mit dem Haftungsrisiko, falls der Titel später keinen Bestand hat¹⁹. In den Regelungen kommt der allgemeine Rechtsgedanke zum Ausdruck, dass die Vollstreckung eines noch nicht endgültigen Vollstreckungstitels auf Gefahr des Gläubigers geschieht²⁰.

¹⁸ Baur/Stürner § 15 Rn 1.

¹⁹ BGHZ 95, 11, 14; BGH WM 1997, 1611, 1613; BGH NJW-RR 1999, 1223; BGH NJW 2001, 1067, 1068; Gaul ZZP 110 (1997), 3, 9.

²⁰ s. vorstehende Rn.

- 24 Die Ursache für die Aufhebung oder Abänderung des vollstreckten vorläufigen Urteils ist nach dem Wortlaut des § 717 II ZPO unerheblich²¹. Der innere Grund für die Haftung ist allerdings der Widerspruch des Vollstreckungserfolgs zu der materiellen Rechtslage, wie sie sich nach dem Urteil des zuletzt entscheidenden Gerichts darstellt²². Daher ist anerkannt, dass den Vollstreckungsgläubiger z.B. keine Haftung aus § 717 II ZPO trifft, wenn sich aus dem aufhebenden Urteil ergibt, dass der vorläufige Titel im Zeitpunkt der Vollstreckung materiell richtig war, und dieser Titel nur wegen einer nachträglich entstandenen Einwendung aufgehoben wurde²³. Eine zunächst entstandene Haftung aus § 717 II ZPO entfällt außerdem, wenn das Urteil, das den vorläufigen Titel aufgehoben hatte, seinerseits durch ein rechtskräftiges Urteil zugunsten des Vollstreckungsgläubigers aufgehoben wird²⁴.
- 25 Nach § 717 II ZPO haftet der Vollstreckungsgläubiger nicht nur für die Folgen vollzogener Vollstreckungsmaßnahmen, sondern auch für Schäden, die dadurch entstehen, dass der Vollstreckungsschuldner zur Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen freiwillig leistet. Allein das Vorliegen eines vorläufigen Titels und die Leistung des Vollstreckungsschuldners hierauf begründen indes noch keine Schadenshaftung des Vollstreckungsgläubigers. Voraussetzung ist vielmehr, dass der Vollstreckungsgläubiger durch die Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Titels an den Vollstreckungsschuldner deutlich gemacht hatte, dass er zur Vollstreckung schreiten wird, wenn nicht alsbald freiwillig geleistet wird²⁵. Der Vollstreckungsschuldner muss sich also dem Druck einer

²¹ Baur/Stürner § 15 Rn 33; Stein/Jonas/Münzberg § 717 Rn 12; Thomas/Putzo § 717 Rn 8.

²² Stein/Jonas/Münzberg § 717 Rn 11; Matthies ZZP 102 (1989), 103, 108.

²³ RGZ 145, 328, 332; BGH NJW 1988, 1268, 1269; Baur/Stürner § 15 Rn 33; Musielak/Lackmann § 717 Rn 10.

²⁴ BGH WM 1997, 1611, 1615; Musielak/Lackmann § 717 Rn 8; MüKo/Krüger ZPO § 717 Rn 8; noch weitergehender (Schadensersatzanspruch aus § 717 II ZPO entfällt allein dadurch, dass das den vorläufigen Titel aufhebende Urteil seinerseits aufgehoben wird; auf die Rechtskraft kommt es nicht an): RGZ 145, 328, 332 f.; BGH NJW 1990, 2756.

²⁵ OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 834, 835; Rosenberg/Gaul/Schilken § 15 III 2 b; Schuschke/Walker § 717 Rn 10.

drohenden Vollstreckung beugen²⁶. Nicht erforderlich ist indes, dass der Vollstreckungsgläubiger auch eine etwa erforderliche Sicherheit geleistet hat²⁷. Denn zur Durchführung einer Sicherungsvollstreckung gem. § 720a ZPO bedarf es keiner Sicherheitsleistung; sie setzt lediglich die Zustellung von Urteil und Vollstreckungsklausel voraus (vgl. § 750 III ZPO)^{28, 29}.

- 26 Die Haftung aus § 717 II ZPO trifft den Vollstreckungsgläubiger nicht nur, wenn er selbst die Vollstreckung betrieben hat, sondern auch dann, wenn die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von einem beauftragten Anwalt ergriffen wurden. Das ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschriften (§ 717 II ZPO: „der Kläger“³⁰) und entspricht einhelliger Auffassung³¹.

2. Umfang der Haftung

- 27 Der Umfang des Schadensersatzanspruchs bestimmt sich nach §§ 249 ff. BGB. Er umfasst neben der Rückforderung der durch die Vollstreckung oder deren Androhung beigetriebenen Leistung grundsätzlich jeden durch die Vollstreckung des vorläufigen Titels zurechenbar verursachten Schaden³².

²⁶Vgl. BGH NJW 1996, 397; BGHZ 120, 73, 82 = NJW 1993, 1076; Rosenberg/Gaul/Schilken § 15 III 2.; Schuschke/Walker § 717 Rn 10; Musielak/Lackmann § 717 Rn 9.

²⁷ BGH NJW 1976, 2162; BGH NJW 1981, 1730.

²⁸ Rosenberg/Gaul/Schilken § 15 III 2.; Stein/Jonas/Münzberg § 717 Rn 31.

²⁹ Bei der Vollstreckung eines Unterlassungsgebots entsteht dagegen ein die Schadensersatzpflicht des § 717 II ZPO auslösender Vollstreckungsdruck erst dann, wenn der Vollstreckungsgläubiger die Sicherheitsleistung erbracht hat und sie dem Vollstreckungsschuldner nachgewiesen ist. Denn vorher ist ein Unterlassungsgebot nicht vollstreckbar, vgl. BGH NJW 1996, 397.

³⁰ Das Gesetz wählt hier die Bezeichnung „Kläger“, weil die Ansprüche nach § 717 II, III ZPO noch innerhalb des Rechtsstreits geltend gemacht werden können. Beklagte, die beim Kläger Kosten oder Schadenersatzansprüche nach § 717 II ZPO beigetrieben haben, sind indes ebenso gemeint, Stein/Jonas/Münzberg § 717 Rn 17, 18.

³¹ Stein/Jonas/Münzberg § 717 Rn 17, 18 mwN.

³² Baur/Stürner § 15 Rn 36.

a) Ruf- und Kreditschäden

- 28 Fraglich ist allerdings, ob von dem Schutzbereich der §§ 717 II, 945 ZPO auch Ruf- oder Kreditschäden erfasst sind, die sich aus der Tatsache ergeben, dass andere Personen von der Durchführung der Vollstreckung gegen den Vollstreckungsschuldner Kenntnis erlangen. Diese Frage stellte sich auch im Fall BGHZ 85, 110. Der Kläger verlangte aus § 717 II ZPO Ersatz entgangenen Gewinns. Zur Begründung trug er vor, ein in Aussicht genommenes Geschäft sei daran gescheitert, dass der Geschäftspartner von der Vollstreckung erfahren habe und ihm deshalb Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Klägers gekommen seien.
- 29 Der BGH lehnte eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 717 II ZPO für entgangenen Gewinn ab³³. Von der Haftung seien nur die Auswirkungen des eigentlichen Vollstreckungseingriffs, d.h. des Zugriffs auf das Vermögen, erfasst³⁴. Ein solcher Schaden wäre nach Auffassung des BGH nur zu bejahen gewesen, wenn dem Vollstreckungsschuldner wegen des Vollstreckungszugriffs auf sein Vermögen die zur Abwicklung des gewinnträchtigen Geschäfts erforderlichen Geldmittel gefehlt hätten³⁵. Das aber hatte der Vollstreckungsschuldner nicht vorgetragen.
- 30 Für die vom BGH vorgenommene Haftungsbegrenzung auf Schäden aus dem eigentlichen Vollstreckungszugriff spricht, dass eine Haftung für Ruf- und Kreditschäden ein vom Vollstreckungsgläubiger regelmäßig nicht zu überschauendes Risiko bedeuten würde³⁶. Ohne Begrenzung der Haftung auf den eigentlichen Vollstreckungszugriff kann die Schadensersatzforderung leicht außer Verhältnis zu dem

³³ Ebenso wie BGHZ 85, 110; BGH NJW 1988, 3268 (betreffend die Haftung aus § 945 ZPO); Rosenberg/Gaul/Schilken § 15 III 4; Gaul ZZP 110 (1997), 3, 10; Stein/Jonas/Münzberg § 717 Rn 25; Schuschke/Walker § 717 Rn 11; Musielak/Lackmann § 717 Rn 12; Zöller/Herget § 717 Rn 8; Brehm JZ 1983, 644; aA Baur/Stürner § 15 Rn 36.

³⁴ BGH aaO.

³⁵ BGH aaO.

³⁶ vgl. Brehm JZ 1983, 644.

beigetriebenen Betrag geraten³⁷. So stand etwa in dem vom BGH entschiedenen Fall einer Beitreibungssumme von 14.000 DM eine Ersatzforderung von fast 70.000 DM gegenüber. Je weiter und unkalkulierbarer der Umfang der Haftung aus § 717 II und § 945 ZPO ist, desto eher wird der Vollstreckungsgläubiger auf eine Vollstreckung vor Rechtskraft verzichten. Jede Haftungsausdehnung entwertet deshalb faktisch die Möglichkeit der Vollstreckung vor Rechtskraft³⁸.

- 31 Eine Haftung für Ruf- und Kreditschäden würde zudem zu der paradoxen Situation führen, dass für den Vollstreckungsgläubiger gerade die Vollstreckung kleiner Beträge risikoreich wäre, weil der Eindruck entstehen kann, der Schuldner sei noch nicht einmal in der Lage, geringe Summen aufzubringen³⁹.
- 32 Die vorläufige Vollstreckbarkeit nichtrechtskräftiger Titel ist auch nicht etwa als ein besonderes Privileg des Vollstreckungsgläubigers zu bewerten, das es rechtfertigt, ihn für jegliche Folge der vorläufigen Vollstreckung haftbar zu machen, wenn der Titel keinen Bestand hat. Vielmehr ist die Zulassung der vorläufigen Vollstreckung geboten, um den Vollstreckungsgläubiger in der Zeitspanne vom Beginn des Rechtsstreits bis zum rechtskräftigen Abschluss nicht unangemessen gegenüber dem Vollstreckungsschuldner zu benachteiligen.
- 33 Verzichtet der Vollstreckungsgläubiger nämlich auf eine vorläufige Vollstreckung und wartet die Rechtskraft der Entscheidung ab, muss er bis zur rechtskräftigen Entscheidung und Befriedigung der Forderung Vermögenswerte entbehren, über die er nach dem Inhalt seines Rechts bereits ab Fälligkeit verfügen könnte. Werden dem Vollstreckungsgläubiger auf diese Weise fällige Zahlungen durch den Vollstreckungsschuldner vorenthalten, drohen ihm die gleichen Schäden wie einem Vollstreckungsschuldner, der wegen einer vorläufigen Vollstreckung eines Titels, der später aufgehoben wird,

³⁷ Brehm aaO.

³⁸ BGHZ 85, 110, 115.

³⁹ Brehm aaO.

den zeitweiligen Entzug von Vermögenswerten dulden muss. Auch dem Gläubiger können in diesem Zeitraum mangels ausreichender Liquidität gewinnbringende Geschäfte entgehen. Eine Vielzahl fälliger, nicht beglichener Forderungen kann sogar die wirtschaftliche Existenz des Gläubigers bedrohen. Man denke nur an die meist hohen Außenstände der vorleistungspflichtigen Werkunternehmer⁴⁰.

34 Anders als der Vollstreckungsschuldner, der den -gläubiger gemäß §§ 717 II, 945 ZPO verschuldensunabhängig auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann, hat der Vollstreckungsgläubiger seinerseits lediglich die Möglichkeit, den Vollstreckungsschuldner bei Verschulden auf Ersatz eines Vorenthaltungsschadens in Anspruch zu nehmen, §§ 280 I, II, 286 BGB (§§ 286 I, 285 BGB a.F.). Hinzu kommt für den Vollstreckungsgläubiger die Unsicherheit, ob sich ein etwaiger Schadensersatzanspruch gegen den Vollstreckungsschuldner nach rechtskräftigem Abschluss des Prozesses realisieren lässt, wohingegen der Schadensersatzanspruch des Vollstreckungsschuldners aus §§ 717 II, 945 ZPO regelmäßig durch Sicherheitsleistung gesichert ist (vgl. § 709 ZPO). Dem Vollstreckungsgläubiger bleibt also gar nichts anderes übrig, als einen erwirkten Titel bereits vor Eintritt der Rechtskraft zu vollstrecken, wenn er einen Verzögerungsschaden vermeiden will, der ihm sonst möglicherweise verbleibt⁴¹.

35 Die Zulassung der Vollstreckung vorläufiger Titel und die Beschränkung der Haftung des Vollstreckungsgläubigers auf die spezifischen Gefahren der vorläufigen Vollstreckung führen somit lediglich zur Abmilderung eines ohnehin verbleibenden Nachteils des

⁴⁰ Diese Nachteile des Gläubigers sind zwischenzeitlich auch ins Blickfeld des Gesetzgebers gerückt. Durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 20.3.00 sind einige Änderungen und Ergänzungen im BGB aufgenommen worden (z.B. in §§ 640, 641 BGB), die Abhilfe schaffen sollen.

⁴¹ Oftmals kann der Gläubiger einen Vorenthaltungsschaden allerdings auch nicht durch eine vorläufige Vollstreckung abwenden, da eine vorläufige Vollstreckung regelmäßig nur gegen Sicherheitsleistung (vgl. § 709 ZPO) zulässig ist, im Ergebnis also keine Liquiditätssteigerung bewirkt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Gläubiger in der Lage ist, als Sicherheit eine Bankbürgschaft beizubringen.

Vollstreckungsgläubigers⁴². Auch unter dem Aspekt der haftungsrechtlichen „Waffengleichheit“ ist daher die Haftungsbeschränkung auf spezifische Schäden zu befürworten.

- 36 Die spezifische Gefahr der vorläufigen Vollstreckung liegt darin, dass der Vollstreckungsschuldner einstweilen nicht über die Vermögensmasse verfügen kann, auf die der Vollstreckungsgläubiger Zugriff genommen hat, und aus diesem Liquiditätsmangel weitere Schäden folgen können⁴³. Ruf- oder Kreditschäden stellen keine solchen spezifischen Folgeschäden dar.
- 37 Neben den dargelegten Schutzzwecküberlegungen, die gegen eine Haftung für Ruf- und Kreditschäden sprechen, dürfte der Zurechnungszusammenhang außerdem auch aus tatsächlichen Gesichtspunkten zu verneinen sein: Denn nicht die Vollstreckung als solche ruft das Misstrauen des Geschäftspartners hervor und bewegt ihn zur Abstandnahme von dem Geschäft, sondern die Tatsache, dass der Vollstreckungsschuldner offenbar zu liquiditätsschwach ist, um eine Vollstreckung durch freiwillige Leistung abzuwenden. Durch die Vollstreckung wird die Liquiditätsschwäche lediglich offenkundig. Die Offenbarung einer wahren Tatsache darf aber nicht zum Schadensersatz verpflichten (Umkehrschluss aus § 824 BGB), zumal dann nicht, wenn sie, wie bei der Vollstreckung eines vorläufigen Titels, durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt ist.
- 38 Ergebnis: Der Vollstreckungsgläubiger haftet nicht gem. §§ 717 II, 945 ZPO für Ruf- und Kreditschäden.

⁴² Vgl. zu diesen Nachteilen: Häsemeyer, Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit, S. 2, 92, der deshalb eine für beide Parteien geltende verschuldensunabhängige „Durchsetzung-(Verweigerungs-)haftung“ analog § 717 II, 945 ZPO vorschlägt; Einzelheiten hierzu noch unter Rn 163 f.

⁴³ Vgl. BGHZ 85, 110, 114.

b) Gesundheitsschäden aus Aufregung über die Vollstreckung

- 39 Fraglich ist, ob der Vollstreckungsgläubiger für etwaige Gesundheitsschäden, die der Vollstreckungsschuldner infolge der Aufregung über die Vollstreckung erleidet (sog. psychisch vermittelte Schäden), gem. §§ 717 II, 945 ZPO haftet, oder ob auch diese Schäden aus dem Schutzbereich herausfallen.
- 40 Das Reichsgericht hat in RGZ 143, 118 entschieden, dass ein Arrestbeklagter, der infolge der Arrestvollziehung seelisch erkrankt war und nicht mehr zur Weiterbewirtschaftung seines Rittergutes fähig war, den daraus resultierenden Vermögensschaden gemäß § 945 ZPO vom Arrestkläger ersetzt verlangen könne. Denn der Umfang des zu ersetzenden Schadens richte sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 f. BGB und umfasse somit auch mittelbare Schäden, die adäquat kausal auf der Arrestvollziehung beruhen⁴⁴. Es liege nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass ein Arrestbeklagter, dessen Vermögen in weitem Umfang in Beschlag genommen wird, seelisch erkrankt⁴⁵.
- 41 Die Begründung der oben genannten Entscheidung BGHZ 85, 110 f., wonach der Vollstreckungsgläubiger im Rahmen des § 717 II ZPO nur für die Folgen des eigentlichen Vollstreckungszugriffs auf das Vermögen haften soll, legt es dagegen nahe, solche durch die Psyche des Vollstreckungsschuldners vermittelten Gesundheitsschäden und daraus resultierende Vermögensschäden von der Haftung der §§ 717 II, 945 ZPO auszunehmen. Der BGH selbst hat in der Entscheidung BGHZ 85, 110 f. ausdrücklich offen gelassen, ob sie mit RGZ 143, 118 im Einklang steht⁴⁶.

⁴⁴ RGZ 143, 118, 119.

⁴⁵ RGZ aaO.

⁴⁶ BGHZ 85, 110, 115 am Ende: „Sollten jene Erwägungen des Reichsgerichts den in dieser Entscheidung dargelegten entgegenstehen, dann vermöchte ihnen der Senat nicht zu folgen.“

- 42 Nach richtiger Ansicht ist eine Haftung aus §§ 717 II, 945 ZPO für psychisch vermittelte Gesundheitsschäden des Vollstreckungsschuldners zu verneinen:
- 43 Das Gesetz räumt in den §§ 708 f. ZPO und §§ 916 f. ZPO aus guten Gründen (Rn 32-35) ausdrücklich die Möglichkeit ein, Titel bereits vor Eintritt ihrer Rechtskraft zu vollstrecken. Um die Wahrnehmung des eingeräumten Rechts nicht durch die Belastung mit unverhältnismäßig hohen Haftungsrisiken faktisch zunichte zu machen, ist eine Beschränkung des Haftungsumfangs auf die spezifischen Gefahren geboten. Auch für andere Gefährdungstatbestände ist anerkannt, dass sie nur die spezifischen Schäden erfassen, die nach dem Schutzzweck der betreffenden Vorschrift verhindert werden sollen. So haftet beispielsweise der Beteiligte eines Verkehrsunfalls gemäß § 7 I StVG lediglich für die speziellen Gefahren des Straßenverkehrs und nicht etwa für eine Gehirnblutung seines Unfallgegners, die dieser im anschließenden Streitgespräch über den Unfall infolge der Aufregung erleidet⁴⁷.
- 44 Die spezifische Gefahr der Vollstreckung vorläufiger Titel, die gemäß §§ 717 II, 945 ZPO der Vollstreckungsgläubiger tragen soll, liegt in der möglichen Schädigung des Vollstreckungsschuldners durch den Entzug einer Vermögensmasse, die ihm ansonsten zur Verfügung gestanden hätte. Die unvermeidlich mit jeder Zwangsvollstreckung verbundenen seelischen Belastungen unterscheiden sich dagegen bei einer vorläufigen Vollstreckung nicht von denjenigen, die bei der Vollstreckung eines rechtskräftigen Titels auftreten. Diese Belastungen mutet das Gesetz dem Vollstreckungsschuldner grundsätzlich zu⁴⁸.
- 45 In Extremfällen, in denen als Folge der Vollstreckung eine schwerwiegende Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Vollstreckungsschuldners ernsthaft zu befürchten ist, hat der

⁴⁷ BGHZ 107, 359.

⁴⁸ Vgl. dazu die Erwägungen des OLG Hamm NJW-RR 2001, 1303, 1304

Vollstreckungsschuldner zudem die Möglichkeit, die Vollstreckung gemäß § 765 a ZPO zu verhindern⁴⁹. Das verbleibende Risiko, dass der Vollstreckungsschuldner den Aufregungen einer Zwangsvollstreckung gesundheitlich nicht gewachsen ist, obwohl kein Fall des § 765 a ZPO vorliegt, stellt ein allgemeines Lebensrisiko dar, das der Vollstreckungsschuldner tragen muss.

- 46 Ergebnis: Der Vollstreckungsgläubiger haftet nicht gem. §§ 717 II, 945 ZPO für psychisch vermittelte Gesundheitsschäden und daraus resultierende Vermögensschäden des Vollstreckungsschuldners⁵⁰.

3. Konkurrenzverhältnis zu den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsnormen

- 47 **Beispiel:** Die Eheleute S pachten von der Brauerei G durch einen formularmäßigen „Pachtvertrag mit Getränkebezugsverpflichtung“ eine Gastwirtschaft. Der Pachtvertrag sieht für den Fall, dass der Bierverbrauch eine bestimmte Menge unterschreitet, ein außerordentliches Kündigungsrecht der G vor. Als die Grenze unterschritten wird, erklärt G die außerordentliche Kündigung und erwirkt beim Landgericht ein streitiges, vorläufig vollstreckbares Räumungsurteil. Die Eheleute S legen beim Oberlandesgericht Berufung ein und beantragen die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung. G lässt den vorläufigen Titel gleichwohl vollstrecken. Eine Woche danach ordnet das OLG die einstweilige Einstellung der Vollstreckung an: Die Berufung biete hinreichende Aussicht auf Erfolg, denn die Unterschreitung des Bierverbrauchs könne eine außerordentliche Kündigung nur dann rechtfertigen, wenn dafür eine schlechte Führung der Gaststätte ursächlich gewesen sei. Im Termin zur mündlichen Verhandlung erklären beide Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt. Im Beschluss nach § 91 a ZPO legt das OLG die Kosten der G mit der Begründung auf, dass die Berufung zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und Abweisung der Klage geführt hätte. Die Eheleute S verlangen in einem neuen Prozess von G Ersatz des durch die Räumung der Gastwirtschaft entstandenen Schadens (Fall nach BGH ZZP 102, 98).

⁴⁹ BVerfG NJW-RR 2001, 1523; OLG Hamm NJW-RR 2001, 1303; Thomas/Putzo § 765a Rn 8 mwN.

⁵⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken § 15 III 4; Gaul ZZP 110 (1997), 3, 10; Häsemeyer S. 141; aA: RGZ 143, 118; Baur/Stürner § 15 Rn 36; Musielak/Lackmann § 717 Rn 12; Zöller/Herget § 717 Rn 7; Brox/Walker Rn 1570.

- 48 Fraglich ist das Konkurrenzverhältnis der §§ 717 II, 945 ZPO zu den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsnormen (§§ 823 ff., 241 f. BGB). Sind die allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsnormen neben §§ 717 II, 945 ZPO anwendbar?
- 49 Diese Frage stellt sich auch in dem **Beispiel**, das BGH ZZP 102, 98 nachgebildet ist. Denn § 717 II ZPO setzt die Aufhebung oder Abänderung des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils durch ein anderes Urteil voraus⁵¹. Da der Rechtsstreit durch die übereinstimmende Erledigungserklärung der Parteien seine Erledigung gefunden hat, scheidet eine unmittelbare Anwendung des § 717 II ZPO aus⁵².
- 50 Im Zivilrecht bestehen grundsätzlich alle Ansprüche, deren Voraussetzungen vorliegen, nebeneinander⁵³. Ein Rückgriff auf die allgemeinen zivilrechtlichen Haftungstatbestände ist daher aus Gründen der Konkurrenz nicht ausgeschlossen, zumal die §§ 717 II, 945 ZPO nach richtiger Ansicht einen bürgerlich-rechtlichen Anspruch des Vollstreckungsschuldners regeln, der lediglich wegen des Sachzusammenhangs in der ZPO mitgeregelt worden ist⁵⁴.
- 51 Fraglich ist allerdings, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen anderer Haftungsnormen erfüllt sind. Denn die allgemeinen Haftungsnormen setzen rechtswidriges/pflichtwidriges und schuldhaftes Handeln voraus. Grundvoraussetzung für die Anwendung etwa des § 823 I BGB oder des § 280 I BGB wäre somit, dass die Vollstreckung eines vorläufigen Titels, der später aufgehoben wird, ein rechtswidriges bzw. pflichtwidriges Verhalten des Vollstreckungsgläubigers darstellt.

⁵¹ BGH ZZP 102 (1989), 98, 100.

⁵² BGH ZZP 102 (1989), 100; insoweit zustimmend Matthies ZZP 102 (1989), 103, 104.

⁵³ Vgl. Medicus Grundwissen zum Bürgerlichen Recht Rn 330.

⁵⁴ Häsemeyer S. 9.

a) Ist die Vollstreckung vorläufiger Titel, die keinen Bestand haben, rechtswidrig und schuldhaft ?

aa) Herrschende Meinung

- 52 Die Rechtsprechung⁵⁵ und die herrschende Literatur⁵⁶ beurteilen die Vollstreckung eines vorläufigen Titels als rechtmäßiges Verhalten des Vollstreckungsgläubigers. Die Vollstreckung vorläufiger Titel ziehe zwar wegen der Gefahr der späteren Titelaufhebung die verschuldensunabhängige Haftung aus § 717 II ZPO nach sich, wenn der Titel keinen Bestand habe. Hierbei handele es sich jedoch lediglich um eine Gefährdungshaftung, keine Unrechtshaftung.
- 53 Gegen eine Unrechtshaftung spreche die Tatsache, dass das Gesetz die Möglichkeit der vorläufigen Vollstreckung ausdrücklich eröffne. Es wäre widersprüchlich, wenn die Rechtsordnung die Vollstreckung im nachhinein, bei Aufhebung des Titels, als rechtswidrig bewerten würde, nachdem sie zunächst aufgrund einer differenzierten Abwägung der Gläubiger- und Schuldnerinteressen (vgl. §§ 708-714 ZPO) zu einem Vorrang des Gläubigerinteresses gelangt sei und die Vollstreckung eines vorläufigen Titels zugelassen habe⁵⁷. Zudem müsse sich die Beurteilung einer Handlung als rechtmäßig oder rechtswidrig nach dem Zeitpunkt richten, in dem sie vorgenommen werde. Es sei unhaltbar, ein ehemals rechtmäßiges Verhalten rückwirkend für rechtswidrig zu erklären⁵⁸.

⁵⁵ BGHZ 85, 110, 115; zustimmend Gaul ZZP 110 (1997), 3, 9.

⁵⁶ Gaul ZZP 110 (1997), 3, 9; Rosenberg/Gaul/Schilken § 7 II 2.

⁵⁷ Stein/Jonas/Münzberg § 717 Rn 10.

⁵⁸ Stein/Jonas/Münzberg § 717 Rn 10.

bb) Die Auffassung von Henckel

- 54 Nach der Gegenauffassung, die insbesondere von Henckel⁵⁹ vertreten wird, stellt die Vollstreckung eines vorläufigen Titels, der später aufgehoben oder abgeändert wird, ein rechtswidriges Verhalten des Vollstreckungsgläubigers dar. Die Haftung aus § 717 II ZPO sei folglich der Unrechtshaftung zuzuordnen. Materiell rechtmäßig sei die Vollstreckung eines vorläufigen Titels nur dann, wenn ein materieller Anspruch bestehe und prozessual ordnungsgemäß festgestellt worden sei⁶⁰. Werde der vorläufige Titel aufgehoben, stehe fest, dass jedenfalls eine dieser beiden Voraussetzungen nicht vorgelegen habe⁶¹. Das Bestehen des vorläufig vollstreckbaren Titels im Zeitpunkt der Vollstreckung könne Vollstreckungsmaßnahmen des Vollstreckungsgläubigers nicht rechtfertigen, weil der Titel ausschließlich der Entlastung der Vollstreckungsorgane von der Prüfung materieller Frage diene und daher lediglich ihr hoheitliches Handeln legitimiere⁶².
- 55 Im Einklang mit dieser Auffassung Henckels steht die Entscheidung BGH ZZP 102 (1989), 98 (= Beispielfall). Dort bewertete der BGH – im Widerspruch zu seiner sonstigen Rechtsprechung – die Vollstreckung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Räumungsurteils als rechtswidrig (und schuldhaft), nämlich als positive Vertragsverletzung des zwischen den Parteien bestehenden Pachtvertrages⁶³. Der Vollstreckungsgläubiger habe den Pachtvertrag (entgegen der Auffassung des Landgerichts im erstinstanzlichen Urteil) ohne Rechtsgrund gekündigt. Das Fehlen eines Rechtsgrundes habe der Vollstreckungsgläubiger erkennen müssen. Die darin liegende schuldhafte positive Vertragsverletzung sei auch nicht durch den

⁵⁹ Henckel Prozessrecht und materielles Recht, S. 265 f., allerdings mit zahlreichen Abstufungen: Rechtswidrigkeit, falls der Anspruch nicht bestand, vermutete Rechtswidrigkeit, falls das vorläufig vollstreckbare Urteil prozessual fehlerhaft zustande kam, rechtswidrige Gefährdung, falls der Schuldner auf Vollstreckungsdrohung hin leistet.

⁶⁰ Henckel, 262.

⁶¹ Henckel, S. 265.

⁶² Henckel, S. 262.

⁶³ BGH ZZP 102 (1989), 98, 101.

Erlass des für vorläufig vollstreckbar erklärten Räumungsurteils entfallen, da sich der Vollstreckungsgläubiger auf dessen Bestand nicht habe verlassen dürfen⁶⁴.

- 56 Überraschend ist, dass der BGH in dieser Entscheidung als Ansatzpunkt für eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers dessen Kündigungserklärung wählt und nicht den Vollstreckungsauftrag. Da nicht die Kündigung zu einem Schaden geführt hatte, sondern erst die zwangsweise Räumung aufgrund des vorläufigen Titels, erscheint es näher liegend, auf die Erteilung des Vollstreckungsauftrages abzustellen⁶⁵. Das Ergebnis hängt davon jedoch nicht ab. Wählt man, wie der BGH, die Kündigungserklärung als Anknüpfungspunkt, gelangt man zu den gleichen Rechtsfragen unter dem Prüfungspunkt, ob durch das für vorläufig vollstreckbar erklärte Räumungsurteil der Haftungszusammenhang unterbrochen wurde⁶⁶.

cc) Stellungnahme:

- 57 Die Auffassung Henckels und das Urteil BGH ZZZ 102 (1989), 98 f. überzeugen nicht. Denn es muss im Handlungszeitpunkt feststehen, ob eine Handlung vorgenommen werden darf oder nicht, damit der Handelnde sein Verhalten danach ausrichten kann. Insoweit kann nichts anderes gelten als im Strafrecht⁶⁷. Die Haftung aus § 717 II ZPO hängt bereits nach ihrem Wortlaut von einem nachträglichen ungewissen Ereignis ab, nämlich der späteren Aufhebung oder Abänderung des Titels. Die These Henckels, „wenn ein Urteil aufgehoben wird, so geschieht dies entweder, weil der Anspruch nicht besteht oder weil das Urteil an einem prozessualen Mangel leidet“, trifft nicht zu. Denn diese Betrachtung blendet die Möglichkeit von Fehlurteilen des aufhebenden/abändernden Gerichts ebenso aus wie die Tatsache, dass Rechtserkenntnis in strittigen Fällen auch auf subjektiven Wertungen beruht, die unterschiedlich ausfallen können, ohne dass eine Auffassung als objektiv richtig angesehen werden könnte⁶⁸. Solche Fallgestaltungen lassen sich nicht als unvermeidliche Randerscheinungen ausklammern, sondern sie stellen gerade die

⁶⁴ BGH aaO., 102.

⁶⁵ Matthies ZZZ 102 (1989), 103, 104.

⁶⁶ Matthies ZZZ 102 (1989), 103, 104.

⁶⁷ Vgl. für das Strafrecht z.B. BGH JZ 1985, 591, 592.

⁶⁸ Häsemeyer S. 66 f., 81-83.

Prüfsteine für die verschiedenen Theorien dar⁶⁹. Es ist daher der h.M. beizupflichten, dass die Vollstreckung eines vorläufigen Titels kein rechtswidriges Verhalten des Vollstreckungsgläubigers darstellt, und § 717 II ZPO lediglich eine Gefährdungshaftung regelt.

- 58 Folglich lässt sich die Vollstreckung eines vorläufigen Titels auch nicht als schuldhaftes Verhalten qualifizieren⁷⁰. Denn vom Vollstreckungsgläubiger kann nicht ein Mehr an Sorgfalt verlangt werden, als eine Entscheidung des zuständigen Gerichts darüber herbeizuführen, ob er die Vollstreckung betreiben darf oder nicht⁷¹.
- 59 Im **Beispielsfall** ist somit entgegen der Auffassung des BGH ZZP 102, (1989), 98 eine Schadensersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers aus pVV / 280 I BGB n.F. des Pachtvertrages zu verneinen. Neben der Pflichtwidrigkeit mangelt es auch an einem Verschulden des Vollstreckungsgläubigers, zumal das Räumungsurteil im Fall des BGH von einem mit drei Berufsrichtern besetzten Gericht ausgeurteilt worden war⁷². Die Begründung des Verschuldens vom BGH aaO., 102 mit der Erwägung, „die Beklagte konnte sich nicht darauf verlassen, dass es [das für vorläufig vollstreckbar erklärte Räumungsurteil] in der Berufungsinstanz Bestand haben würde“, trifft auf jeden vorläufigen Titel zu und ist der Grund für die Gefährdungshaftung des § 717 II ZPO, trägt aber keinen Verschuldensvorwurf.

b) Haftung aus § 826 BGB

- 60 Nur in dem Ausnahmefall, dass der vorläufige Titel offensichtlich materiell falsch ist, der Vollstreckungsgläubiger von der materiellen Unrichtigkeit Kenntnis hat, und weitere Umständen hinzukommen, die das Verhalten des Vollstreckungsgläubigers sittenwidrig erscheinen lassen, ist die Vollstreckung eines vorläufigen Titels als rechtswidrig und schuldhaft zu bewerten⁷³. Da unter diesen Voraussetzungen selbst die Vollstreckung eines rechtskräftigen Titels

⁶⁹ Häsemeyer S. 67.

⁷⁰ Matthies ZZP 102 (1989), 103, 104/105; Brox/Walker Rn 75.

⁷¹ Matthies aaO., 105.

⁷² Ebenso Matthies aaO., 104/105.

⁷³ So auch BGH WM 1969, 474: Ausnutzung einer durch falsche Angaben arglistig erwirkten einstweiligen Verfügung begründet Haftung aus § 826 BGB; Matthies ZZP 102 (1989), 103, 105; Rosenberg/Gaul/Schilken § 7 II 3.

eine Schadensersatzhaftung aus § 826 BGB auslöst (s.o. Rn 21), kann für die Vollstreckung eines vorläufigen Titels nichts anderes gelten.

- 61 Liegen die Voraussetzungen des § 826 BGB vor, bestehen auch keine Bedenken gegen eine Haftung für Ruf-, Kredit- oder Gesundheitsschäden. Denn für eine Beschränkung des Haftungsumfangs auf spezifische Vollstreckungsschäden, wie sie bei §§ 717 II, 945 ZPO geboten ist, besteht im Rahmen des § 826 BGB mangels Schutzwürdigkeit des Vollstreckungsgläubigers keine Veranlassung.
- 62 Lösung des **Beispielfalls** (Rn 47):
- 63 Eine Schadensersatzhaftung des G scheidet aus, da er weder eine schuldhaftes Pflichtverletzung gem. § 280 I BGB (pVV) begangen hat noch ein Fall des § 826 BGB vorliegt.
- 64 Auch eine analoge Anwendung des § 717 II ZPO ist nicht möglich. Allein die Tatsache, dass der Titel infolge übereinstimmender Erledigungserklärung weggefallen ist, rechtfertigt keine Analogie, weil die Erledigung der Hauptsache gemäß § 91 a ZPO auf den verschiedensten Gründen beruhen kann, und somit keinen Anhaltspunkt dafür bietet, dass der vorläufige Titel materiell falsch war⁷⁴.
- 65 Matthies befürwortet dagegen in der konkreten Fallgestaltung einen Schadensersatzanspruch des Vollstreckungsschuldners in Analogie zu § 717 II ZPO⁷⁵: Wenn der Vollstreckungsschuldner – wie im Beispielfall – in einem neuen Prozess darlege und ggfls. beweise, dass der vollstreckte vorläufige Titel im Vorprozess materiell falsch war, stehe einer Analogie nichts im Wege⁷⁶.
- 66 Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Denn der Vollstreckungsschuldner hatte sich im Vorprozess ohne Not der Erledigungserklärung des Vollstreckungsgläubigers angeschlossen. Hätte er (genauer: sein Anwalt) weiterhin Klageabweisung beantragt, wäre der Titel aufgehoben worden und somit der Schadensersatzanspruch aus § 717 II ZPO entstanden. Dieser Weg wäre erheblich einfacher und sachnäher gewesen, als ein neuer Prozess, in dem inzident der vorläufige Titel des Vorprozesses auf seine Richtigkeit überprüft werden muss⁷⁷.

⁷⁴ BGH ZZZ 102 (1989), 98, 100; Stein/Jonas/Münzberg § 717 Rn 69.

⁷⁵ Matthies ZZZ 102 (1989), 103, 106 f.

⁷⁶ Matthies aaO., 108 und 110.

⁷⁷ Dieses Problem sieht auch Matthies aaO., 109, er hält die sich daraus ergebenden Bedenken aber nicht für durchgreifend.

Gerade eine solche Überprüfung der materiellen Richtigkeit des Titels in einem anderen Prozess will § 717 II ZPO ja verhindern, indem er allein an die Titelaufhebung als Tatbestandsmerkmal anknüpft.

- 67 Dem Vollstreckungsschuldner steht aber ein Schadensersatzanspruch gegen seinen Anwalt zu, weil dieser den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt hat, statt durch eine Klageabweisung dafür Sorge zu tragen, dass das vollstreckte vorläufige Urteil durch eine gerichtliche Entscheidung aufgehoben wird und der Vollstreckungsschuldner gestützt auf § 717 II ZPO Schadensersatzansprüche geltend machen kann.
- 68 c) Ergebnis zu 3.: Der Vollstreckungsgläubiger haftet für Schäden aus der Vollstreckung vorläufiger Titel grundsätzlich nicht nach den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsnormen (§§ 823 f., 241 f. BGB), weil die Vollstreckung vorläufiger Titel weder eine rechtswidrige noch eine schuldhafte Handlung darstellt (Ausnahme: § 826 BGB).

III. Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 1

- 69 Die Vollstreckung eines rechtskräftigen, materiell falschen Titels stellt grundsätzlich keine zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung dar. Nur wenn der Titel offensichtlich falsch ist, der Vollstreckungsgläubiger dies weiß, und weitere Umstände hinzukommen, die die Vollstreckung sittenwidrig erscheinen lassen, haftet der Vollstreckungsgläubiger ausnahmsweise aus § 826 BGB.
- 70 Die Vollstreckung eines vorläufigen Titels, der später aufgehoben oder abgeändert wird, verpflichtet den Vollstreckungsgläubiger gemäß §§ 717 II, 945 ZPO verschuldensunabhängig zum Ersatz der spezifischen, auf dem Vollstreckungszugriff beruhenden Schäden, nicht jedoch zum Ersatz von Ruf-, Kredit oder Gesundheitsschäden. Eine Haftung nach den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsnormen (§§ 823 f., 241 f. BGB) kommt dagegen grundsätzlich nicht in Betracht, weil die Vollstreckung vorläufiger Titel weder ein rechtswidriges noch ein schuldhaftes Gläubigerverhalten darstellt (Ausnahme auch hier: § 826 BGB).

§ 2 Das Vollstreckungsverfahren als Quelle von Vollstreckungsschäden

- 71 Vollstreckungsschäden können auch bei der Vollstreckung eines materiellrechtlich richtigen Titels entstehen, nämlich dann, wenn die Ursache für den Schaden im Vollstreckungsverfahren liegt, so dass sich der Widerspruch zur materiellen Rechtslage erst im Vollstreckungsverfahren einstellt (s.o. Rn 6-13).

I. Haftung des Staates für Verfahrensfehler

- 72 **Beispiel:** Gerichtsvollzieher V vollstreckt im Auftrag des G einen Titel gegen die Vollstreckungsschuldnerin S. Müller. Infolge einer Verwechslung begibt sich V zum Einfamilienhaus einer anderen Person gleichen Namens (im Folgenden: Klägerin). Als niemand die Tür öffnet, pfändet V den in der Hauseinfahrt stehenden Pkw, indem er die Schlösser des Fahrzeugs versiegelt und das polizeiliche Kennzeichen abmontiert. Als die Klägerin drei Tage später nach Hause kommt und die Verwechslung aufklärt, erklärt G unverzüglich die Freigabe, woraufhin die Pfändung von V aufgehoben wird. Die Klägerin verlangt vom Land NRW (Anstellungskörperschaft des V) eine Entschädigung für den Nutzungsausfall des Pkws und ein angemessenes Schmerzensgeld wegen einer Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts, da ihr Ansehen durch die für jedermann deutlich sichtbare Pfändung erheblich gelitten habe (Fall angelehnt an LG Köln NJW-RR 1999, 1118)⁷⁸.
- 73 Die Zwangsvollstreckung beginnt zwar auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers, seine Durchführung obliegt aber ausschließlich den staatlichen Vollstreckungsorganen. Die Verantwortung für eine gesetzmäßige, verfahrensfehlerfreie Durchführung der Vollstreckung trägt deshalb das jeweilige Vollstreckungsorgan. Es hat die vom Vollstreckungsgläubiger beantragte Vollstreckung bei Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen von Amts wegen einzuleiten und fortzuführen, bis der geltend gemachte titulierte Anspruch

⁷⁸ Der Originalfall LG Köln NJW-RR 1999, 1118 (= DGVZ 1998, 189) weist relevante Abweichungen insofern auf, als dort das Finanzamt Vollstreckungsgläubiger war, den Vollstreckungstitel (Steuerbescheid) selbst geschaffen hatte, und auch für die Verwechslung der Personen selbst verantwortlich war, während den Vollziehungsbeamten kein Verschulden traf.

durchgesetzt ist oder der Vollstreckungsgläubiger das Verfahren zum Stillstand bringt oder mit der Antragsrücknahme beendet⁷⁹.

- 74 Das Vollstreckungsorgan handelt dabei in Ausübung öffentlicher Gewalt. Durch das Vollstreckungsorgan übt der Staat als alleiniger Träger der Vollstreckungsgewalt sein Zwangsmonopol in hoheitlicher Weise aus⁸⁰. Die Beachtung der Verfahrensvorschriften stellt für das Vollstreckungsorgan daher eine Amtspflicht dar. Unterlaufen dem Vollstreckungsorgan bei Durchführung der Vollstreckung Verfahrensfehler, besteht unter den Voraussetzungen von § 839 BGB, Art. 34 GG ein Amtshaftungsanspruch des Geschädigten gegen den Staat⁸¹.
- 75 Im **Beispiel** hat V schuldhaft gegen die aus § 750 I ZPO folgende Pflicht verstoßen, sorgfältig zu prüfen, ob die im Titel angegebenen Personen, mit denjenigen, für und gegen die vollstreckt wird, übereinstimmen⁸². Bei dem Allerweltsnamen „Müller“ durfte er allein aufgrund der Namensgleichheit nicht auf die Identität mit der Vollstreckungsschuldnerin schließen. Trotz dieser Amtspflichtverletzung ist ein Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG im Beispielsfall nicht gegeben. Einen Nutzungsausfallschaden hat die Klägerin nicht erlitten, weil sie für drei Tage verreist war, den Pkw also ohnehin nicht genutzt hätte. Ein Schmerzensgeldanspruch hat das LG Köln aaO. verneint, weil es sich um keine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung handele.

II. Die Stellung des Vollstreckungsgläubigers im Vollstreckungsverfahren

- 76 Obwohl für die Durchführung der Vollstreckung und die Einhaltung der Verfahrensvorschriften die staatlichen Vollstreckungsorgane zuständig und verantwortlich sind, ist doch der Vollstreckungsgläubiger insofern „Herr des Vollstreckungsverfahrens“ als er mit seinem Antrag das Verfahren in

⁷⁹ Zöller/Stöber vor § 704 Rn 20.

⁸⁰ BGH NJW 2001, 434; Musielak/Lackmann vor § 704 Rn 7; Lippross VollstrR 9.Aufl.Rn 8; Zöller/Stöber vor § 704 Rn 4.

⁸¹ BGH NJW 2001, 434; Gaul ZZP 110 (1997), 3, 6; Lackmann ZwVR Rn 12; zahlreiche Beispiele bei Palandt/Thomas § 839 Rn 102.

⁸² Vgl. Musielak/Lackmann § 750 Rn 9.

Gang setzt und das Ende und auch den Umfang der Vollstreckung bestimmen kann⁸³. Von seinem Antrag hängt es ab, ob, gegen wen und in welchem Umfang die Zwangsvollstreckung durchgeführt wird⁸⁴. Er kann z.B. den Vollstreckungsauftrag jederzeit zurücknehmen, auf seine Rechte aus der Vollstreckung verzichten, gepfändete Sachen freigeben oder das Vollstreckungsorgan anweisen, die Zwangsvollstreckung einstweilen einzustellen⁸⁵. Er hat die Möglichkeit, Gegenstände von der Zwangsvollstreckung auszunehmen oder den Forderungsbetrag, wegen dem die Vollstreckung erfolgt, zu beschränken⁸⁶. Dieses Dispositionsbefugnis beruht auf dem Gedanken, dass der Gläubiger als Inhaber des titulierten Anspruchs selbst darüber bestimmen soll, ob und wie der Anspruch durchgesetzt wird⁸⁷.

- 77 Begrenzt wird diese Dispositionsbefugnis hauptsächlich durch zwingendes Recht. Zwingend für den Gläubiger sind all diejenigen Normen des Vollstreckungsrechts, die den Schutz des Schuldners oder dritter Personen bezwecken⁸⁸, etwa die Pfändungsverbote des § 811 ZPO. Weisungen des Vollstreckungsgläubigers, die zwingenden Vorschriften widersprechen, sind für das Vollstreckungsorgan unbeachtlich, ebenso Weisungen, deren Ausführung mit überflüssigen Schwierigkeiten oder Kosten verbunden wäre⁸⁹.
- 78 Dispositiv sind demgegenüber die Vorschriften des Vollstreckungsrechts, die lediglich den Schutz des Gläubigers selbst bezwecken⁹⁰, wie beispielsweise die Vorschrift des § 808 II 1 ZPO, wonach neben Geld, Kostbarkeiten und Wertpapieren auch andere Sachen nicht im Gewahrsam des Schuldners zu belassen sind, sofern hierdurch die Befriedigung des Gläubigers gefährdet wird. Der Vollstreckungsgläubiger kann hier z.B. bestimmen, dass ein

⁸³ Lippross VollstrR 9. Aufl. Rn 34; Zöller/Stöber vor § 704 Rn 19.

⁸⁴ Wieser NJW 1988, 665, 672.

⁸⁵ Wieser NJW 1988, 665 ff.

⁸⁶ Lippross VollstrR 9. Aufl. Rn 34.

⁸⁷ Wieser NJW 1988, 665, 668 und 672.

⁸⁸ Wieser NJW 1988, 665, 669.

⁸⁹ Lippross VollstrR 9. Aufl. Rn 34.

⁹⁰ Wieser NJW 1988, 665, 669.

gepfändetes Kraftfahrzeug im Gewahrsam des Schuldners bleiben soll.

III. Haftung des Vollstreckungsgläubigers für Verfahrensfehler

- 79 **Beispiel:** G beauftragt den Gerichtsvollzieher V mit der Zwangsvollstreckung aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde. Vollstreckungsschuldnerin ist nach dem Inhalt der Urkunde die K-KG in B.. Im Vollstreckungsauftrag gibt G als Vollstreckungsschuldnerin versehentlich aber die K-KGaA in M. an (im Folgenden: Klägerin). V begibt sich deshalb zu der Klägerin und pfändet in deren Geschäftslokal einen Barbetrag von 2.600 Euro und einen Lkw⁹¹. Die Klägerin verlangt von G die Herausgabe der 2.600 Euro und Schadensersatz für den Nutzungsausfall des Lkws.
- 80 1. Grundsätzlich ist anerkannt, dass der Vollstreckungsgläubiger nicht für Verfahrensfehler des Vollstreckungsorgans haftet. Denn als Amtsträger ist das Vollstreckungsorgan weder Erfüllungsgehilfe nach Vertragsrecht (§ 278 BGB) noch Verrichtungsgehilfe nach allg. Deliktsrecht (§ 831 BGB)⁹². Erfüllungsgehilfe kann das Vollstreckungsorgan nicht sein, weil sich der Gläubiger seiner nicht aus Gründen der Arbeitsteilung zur Entlastung im eigenen Pflichtenkreis bedient, sondern weil er auf dessen Amtstätigkeit als Organ des staatlichen Vollstreckungsmonopols notwendig angewiesen ist⁹³. Verrichtungsgehilfe ist das Vollstreckungsorgan nicht, weil es – auch bei etwaigen Weisungen des Gläubigers – nur gemäß seiner Amtspflicht handelt, und der Gläubiger keine Auswahl- oder Überwachungsmöglichkeit hat⁹⁴.
- 81 2. Gleichwohl ist in der Rechtsprechung vereinzelt eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers für Verfahrensfehler auf der Grundlage des § 823 II BGB bejaht worden. So soll es eine vom Vollstreckungsgläubiger zu verantwortende Schutzgesetzverletzung darstellen, wenn die Vollstreckung gegen das Verbot der

⁹¹ Fall angelehnt an BGH WM 1957, 484.

⁹² Gaul ZZP 110 (1997), 3, 6.

⁹³ Gaul aaO.

⁹⁴ Gaul aaO.

Überpfändung (§ 803 I 2 ZPO) verstößt⁹⁵. In WM 1957, 448 wertete es der BGH als Schutzgesetzverletzung des Gläubigeranwalts, dass die Vollstreckung unter Verletzung des § 750 I ZPO gegen einen anderen als den im Titel genannten Schuldner stattgefunden hatte.

- 82 Eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers gemäß § 823 II BGB i.V.m. Verfahrensvorschriften ist jedoch abzulehnen.
- 83 Wie soeben dargelegt, ist der Vollstreckungsgläubiger für Verfahrensfehler des Vollstreckungsorgans weder gemäß § 831 BGB noch über die Zurechnungsnorm des § 278 BGB haftungsrechtlich verantwortlich. Denkbar wäre eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers daher allenfalls wegen eines eigenes Verschuldens, etwa wenn er – wie im obigen Beispiel – versehentlich eine falsche Person im Vollstreckungsauftrag als Vollstreckungsschuldner angibt und dadurch eine Ursache für den nachfolgenden Fehler des Vollstreckungsorgans setzt. Gegen eine solche Haftung sprechen jedoch folgende Erwägungen:
- 84 Adressat der Verfahrensvorschriften ist nicht der Vollstreckungsgläubiger, sondern das Vollstreckungsorgan. Es gehört zu den Aufgaben des Vollstreckungsorgans zu überprüfen, ob gegen die richtige Person vollstreckt wird und die geforderten Beträge durch den Schuldtitel gedeckt sind⁹⁶. Ist dies nicht der Fall, hat das Vollstreckungsorgan die Vollstreckung abzulehnen⁹⁷. Führt es die Vollstreckung gleichwohl fort, ist der Fehler dem Vollstreckungsorgan anzulasten, nicht dem Vollstreckungsgläubiger. Auch im Erkenntnisverfahren kann eine Partei einen Schaden, den sie dadurch erleidet, dass das Gericht das Verfahrensrecht nicht richtig angewendet hat, nicht vom Gegner ersetzt verlangen, mag dieser auch durch seine Prozesshandlung die falsche Reaktion des Gerichts veranlasst haben⁹⁸.

⁹⁵ RGZ 143, 118, 123; BGH BB 1956, 254; BGH NJW 1985, 155, 1157; ebenso: Stein/Jonas/Münzberg § 803 Rn 25; Schuschke/Walker § 803 Rn 3.

⁹⁶ AG Pirmasens DGVZ 2000, 159.

⁹⁷ AG Pirmasens aaO.

⁹⁸ Henckel S. 294.

- 85 Würde man eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers annehmen, hätte das zudem zur Folge, dass der Vollstreckungsgläubiger für den Schaden alleine aufkommen müsste. Denn eine Haftung des Staates für die Amtspflichtverletzung gemäß § 839, Art. 34 GG scheiterte dann an der Subsidiaritätsklausel des § 839 I 2 BGB⁹⁹. Eine solche Überwälzung der Haftung auf den Vollstreckungsgläubiger ist aber unbillig angesichts der Tatsache, dass die Rechtsordnung die Zuständigkeit und damit auch die Verantwortung für die Einhaltung der Verfahrensvorschriften den Vollstreckungsorganen zugewiesen hat.
- 86 Im **Beispiel** führt es deshalb zu keiner Haftung des Vollstreckungsgläubigers, dass er versehentlich eine andere als die im Titel genannte Firma als Vollstreckungsschuldnerin bezeichnet hatte.
- 87 Eine andere Beurteilung ist nur für den Ausnahmefall geboten, dass der Vollstreckungsgläubiger einen Verfahrensfehler des Vollstreckungsorgans vorsätzlich provoziert, um den Vollstreckungsschuldner oder Dritte zu schädigen. Dann ergibt sich die Haftung aus § 826 BGB.
- 88 Ergebnis: Eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers für durch Verfahrensfehler verursachte Schäden ist grundsätzlich abzulehnen (Ausnahme: § 826 BGB).

IV. Vollstreckungsschäden als Folge formalisierter Vollstreckungsvoraussetzungen

- 89 Wenn das zuständige Vollstreckungsorgan die Vollstreckung verfahrensfehlerfrei durchführt, können den Betroffenen gleichwohl Vollstreckungsschäden entstehen. Dies beruht auf der Formalisierung der Vollstreckungsvoraussetzungen und der Zugriffstatbestände: Die Tatbestandsmerkmale der Verfahrensnormen sind überwiegend so

⁹⁹ Vgl. Schuschke/Walker Anhang zu § 771 Rn 15.

gefasst, dass die Vollstreckungsorgane sie anhand äußerer Merkmale leicht überprüfen können, ohne materiell-rechtliche Prüfungen vornehmen zu müssen¹⁰⁰. Materiell-rechtliche Einwendungen der Vollstreckungsbetroffenen haben die Vollstreckungsorgane grundsätzlich nicht zu überprüfen¹⁰¹.

- 90 Die Formalisierung ist notwendig, weil für die Vollstreckung nicht-richterliche Organe zuständig sind, die mit einer materiell-rechtlichen Prüfung überfordert wären¹⁰². Ferner soll die Formalisierung einen zügigen und energischen Vollstreckungszugriff auf das Schuldnervermögen ermöglichen¹⁰³. Ein derart formalisiertes Verfahren kann indes leicht zu Beeinträchtigungen des materiellen Rechts führen¹⁰⁴, wie nachfolgend verdeutlicht werden soll.

1. Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs

Beispiele:

- 91 (1) G hat gegen S ein rechtskräftiges Urteil über 50.000 Euro erstritten. Den Urteilsbetrag überweist S wenige Tage nach Urteilsverkündung an G. Infolge eines Versehens übersieht G den Zahlungseingang. Durch das Vollstreckungsgericht lässt er Forderungen des S gegen die Bank DS aus einem Girovertrag pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Aufgrund der Zustellung des PfÜB führt die Bank DS einen von S in Auftrag gegebenen Aktienkauf über 30.000 Euro nicht aus. Die Aktien steigen an einem Tag um 30 %. Den entgangenen Gewinn von 9.000 Euro verlangt S von G ersetzt.
- 92 (2) G verklagt S auf Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 3.000 Euro, weil dessen unbeaufsichtigtes Kind den Wagen des G zerkratzt hat. Er obsiegt in der Berufung. Das Urteil wird am 20.8. verkündet. Am 21.8. begleicht G's Kaskoversicherung KV den Schaden. Mit Schreiben vom 25.8. fordert die KV den S aus übergegangenem Recht (§ 67 VVG) zur Zahlung der 3.000 Euro auf. Daraufhin überweist S am 28.8. den Betrag an die KV. Am 1.9. erscheint der von G beauftragte Gerichtsvollzieher

¹⁰⁰ Lackmann ZwVR Rn 6; Geißler NJW 1985, 1865.

¹⁰¹ Musielak/Lackmann vor § 714 Rn 14; Schuschke/Walker § 775 Rn 10.

¹⁰² Vgl. Gaul ZZP 110 (1997), 4; Baur/Stürner § 6 Rn 59.

¹⁰³ Zöller/Stöber vor § 704 Rn 22; Geißler NJW 1985, 1865, 1866; A. Blomeyer AcP 165 (1965), 481, 485.

¹⁰⁴ Gaul ZZP 110 (1997), 3, 4.

an der Wohnung des S, um das Berufungsurteil zu vollstrecken. S zeigt dem Gerichtsvollzieher das Schreiben der KV sowie den Einzahlungsbeleg seiner Bank. Gleichwohl pfändet der Gerichtsvollzieher den Pkw des S. S nimmt sich einen Mietwagen, erhebt erfolgreich Vollstreckungsgegenklage und verlangt nunmehr die Mietwagenkosten von G ersetzt.

- 93 (3) G unternimmt einen erfolglosen Vollstreckungsversuch bei S und beantragt anschließend die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und Erlass eines Haftbefehls. S erscheint im Offenbarungstermin nicht, weil er den geschuldeten Betrag zwischenzeitlich an G überwiesen hat. G hat den Zahlungseingang jedoch übersehen. Das Vollstreckungsgericht erlässt antragsgemäß den Haftbefehl gegen S und verfügt die Eintragung des S im Schuldnerverzeichnis. S verlangt von G Schmerzensgeld, weil sich sein angeschlagener Gesundheitszustand (schwere Diabetes) wegen der Aufregung über die Vollstreckung erheblich verschlimmert habe. Ferner verlangt er Ersatz für finanzielle Einbußen, die er wegen der Eintragung im Schuldnerverzeichnis als Versicherungsvertreter erlitten hat (Fall nach BGHZ 74, 9).¹⁰⁵

a) Vollstreckungsvoraussetzung: Titel

- 94 Grundlage der Zwangsvollstreckung ist allein der Vollstreckungstitel, nicht der zugrunde liegende materielle Anspruch¹⁰⁶. Der Vollstreckungstitel kann aber nur eine Momentaufnahme der Rechtsbeziehung der Parteien festhalten. Bei einem Urteil kommt in dem Vollstreckungstitel zum Ausdruck, welche Rechtsbeziehung nach Auffassung des Gerichts im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zwischen den Parteien herrschte. Folgerichtig beschränkt sich die materielle Rechtskraft eines Urteils auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens¹⁰⁷.
- 95 Wird die Zwangsvollstreckung aus dem Titel betrieben, geschieht dies indes oft erst Monate nach dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Das Urteil muss verkündet und den Parteien zugestellt werden. Ist der Titel nur vorläufig vollstreckbar, wird der Vollstreckungsgläubiger oftmals zunächst die formelle Rechtskraft

¹⁰⁵ Im Originalfall BGHZ 74, 9 hatte der Anwalt des Vollstreckungsgläubigers die Vollstreckung betrieben und der Vollstreckungsschuldner den Anwalt verklagt.

¹⁰⁶ BGHZ 110, 319, 322; Gaul ZZP 110 (1997), 3, 4; Stein/Jonas/Münzberg vor § 704 Rn 21, 22.

¹⁰⁷ BGH NJW 1995, 1757; Zöller/Vollkommer vor § 322 Rn 53.

abwarten, um keine Haftung nach § 717 II ZPO bei einer Aufhebung oder Abänderung des Titels zu riskieren. In diesem Zeitraum können Einwendungen gegen den vollstreckbaren Anspruch entstehen und den Inhalt des Titels in Widerspruch zur materiellen Rechtslage treten lassen.

- 96 Die Formalisierung der Vollstreckungsvoraussetzungen kommt nun darin zum Ausdruck, dass die Vollstreckungsorgane dennoch an den Titelinhalt gebunden sind. Die Vollstreckungsorgane untersuchen nicht, ob der im Titel festgestellte materielle Anspruch im Zeitpunkt des Vollstreckungszugriffs noch fortbesteht. Diese Regelung ignoriert den seit der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens verstrichenen Zeitraum. Die Vollstreckung wird so vollzogen, als finde sie im unmittelbaren Anschluss an die letzte mündliche Verhandlung statt.
- 97 Eine Veränderung der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehung findet deshalb nur dann Berücksichtigung, wenn die Parteien der Änderung selbst Rechnung tragen, der Vollstreckungsschuldner, indem er die ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe ergreift, der Vollstreckungsgläubiger, indem er keinen Vollstreckungsauftrag erteilt bzw. einen erteilten Auftrag zurücknimmt, wenn der vollstreckbare Anspruch nicht mehr besteht.

b) Verteidigungsmöglichkeiten des Vollstreckungsschuldners

aa) Vollstreckungsgegenklage, § 767 ZPO

- 98 Der Vollstreckungsschuldner kann materielle Einwendungen gegen den vollstreckbaren Anspruch mit der Vollstreckungsgegenklage geltend machen, § 767 ZPO. Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Vollstreckungsgegenklage tritt ein, sobald ein Vollstreckungstitel vorliegt. Eine Vollstreckungsklausel braucht nicht erteilt zu sein¹⁰⁸. Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt mit Beendigung des

¹⁰⁸ Lippross VollstrR 9. Aufl. Rn 507.

Vollstreckungsverfahrens (=Auskehr des Erlöses an den Gläubiger), oder aber wenn eine Zwangsvollstreckung unzweifelhaft nicht mehr droht, etwa weil der Vollstreckungsgläubiger den Titel herausgegeben hat¹⁰⁹.

- 99 Begründet ist die Vollstreckungsgegenklage, wenn der Vollstreckungsschuldner Tatsachen darlegt und, wenn nötig, beweist, die nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind und zu einer Änderung der durch das Urteil festgestellten Rechtslage geführt haben.¹¹⁰

Dagegen sind materielle Einwendungen, die sich auf Tatsachen stützen, die bereits im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorlagen, gemäß § 767 II ZPO ausgeschlossen. Es führt daher nicht zum Erfolg, wenn sich der Vollstreckungsschuldner auf Tatsachen beruft, angesichts derer der Anspruch nach materiellem Recht nicht hätte tituliert werden dürfen.

- 100 Maßgebliche Bedeutung hat somit der Entstehungszeitpunkt der Einwendung. Er ist nach objektivem Recht zu beurteilen¹¹¹. Bei Gestaltungsrechten kommt es nach sehr umstrittener h.M. auf den Zeitpunkt an, in dem die Ausübung des Gestaltungsrechts objektiv möglich war, und nicht auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Ausübung¹¹². Unerheblich ist, ab welchem Zeitpunkt der Schuldner die entsprechenden Tatsachen kannte oder hätte kennen können¹¹³. Das Risiko, aufgrund unvollständigen Tatsachenvortrags zu Unrecht verurteilt zu werden, ist ein allgemeines Prozessrisiko, das im

¹⁰⁹ Zöller/Hergert § 767 Rn 8.

¹¹⁰ BGHZ 131, 82, 83.

¹¹¹ BGH WM 2000, 2457.

¹¹² MüKo/K. Schmidt ZPO § 767 Rn 80 mwN.

¹¹³ BGH WM 2000, 2457: Nach dieser Entscheidung ist der Einwand, dass der Vollstreckungsgläubiger seine Forderung während des Prozesses an einen Dritten abgetreten hat, auch dann gemäß § 767 II ZPO präkludiert, wenn der Vollstreckungsschuldner von der Abtretung erst nach der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens erfahren hat. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 407 BGB. Ebenso: OLG Dresden NJW-RR 1996, 444; aA die bislang h.M.: RGZ 84, 286, 292; MüKo/K. Schmidt ZPO § 767 Rn 77; Zöller/Hergert § 767 Rn 14.

Interesse der durch das Institut der materiellen Rechtskraft gewährleisteten Rechtssicherheit hingenommen werden muss¹¹⁴.

- 101 In den obigen Beispielfällen sind die materiellen Einwendungen des S nicht gemäß § 767 II ZPO präkludiert: In **Beispiel (2)** / Rn 92 hat G nach der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens durch gesetzlichen Forderungsübergang seine Aktivlegitimation verloren. In den **Beispielen (1) und (3)** / Rn 91 u. 93 ist der titulierte Anspruch nachträglich durch Erfüllung untergegangen.
- 102 Erachtet das Prozessgericht eine Vollstreckungsgegenklage als zulässig und begründet, erklärt es die Vollstreckung aus dem Titel für unzulässig. Die Zwangsvollstreckung ist dann einzustellen (§ 775 Nr. 1 ZPO), bereits getroffenen Vollstreckungsmaßnahmen sind vom Vollstreckungsorgan aufzuheben (§ 776 S. 1 ZPO). In eilbedürftigen Fällen, z.B. wenn die Versteigerung in Kürze stattfinden soll, kann das Prozessgericht auf Antrag des Vollstreckungsschuldners zunächst einstweilige Anordnungen erlassen, bevor es in der Hauptsache entscheidet (§ 769 ZPO).

bb) Vorlage von Zahlungsbelegen, § 775 Nr. 4, 5 ZPO

- 103 Kann der Vollstreckungsschuldner eine Klage gemäß §§ 767, 769 ZPO aus Zeitgründen nicht mehr erheben, z.B. weil der Gerichtsvollzieher mit Titel und Durchsuchungsbefehl bereits an der Haustür steht (Beispiel 2), kann der Schuldner die Pfändung nur noch in sehr beschränktem Maß mit materiellen Einwänden abwehren. Denn grundsätzlich sind materielle Einwendungen vom Vollstreckungsorgan nicht zu beachten. Der Vollstreckungszugriff erfolgt in einem formalisierten einseitigen Verfahren, das dem Vollstreckungsschuldner regelmäßig erst nachträgliches Gehör gewährt¹¹⁵.
- 104 Deshalb war es in **Beispiel (1)** / Rn 91 für S nicht möglich, den Vollstreckungszugriff auf sein Bankkonto zu verhindern. Für eine (vorbeugende) Vollstreckungsgegenklage im Vorfeld hatte für G keine Veranlassung bestanden.

¹¹⁴ BGHZ 131, 82, 89.

¹¹⁵ Baur/Stürmer § 6 Rn 27.

Gegen den Vollstreckungszugriff konnte S sich schon deshalb nicht verteidigen, weil der Vollstreckungsschuldner vor der Forderungspfändung nicht angehört wird, § 834 ZPO.

- 105 Ausnahmen von dem Grundsatz, dass materielle Einwände des Vollstreckungsschuldners für das Vollstreckungsorgan unbeachtlich sind, beinhalten § 775 Nr. 4, 5 ZPO für den Fall, dass der Schuldner eine Erfüllung oder Stundung der Forderung urkundlich belegen kann. Eine Abwehr des Vollstreckungszugriffs ermöglichen die Vorschriften indes nur bei der Vollstreckung in körperliche Sachen, weil nur hier der Vollstreckungsschuldner die Gelegenheit hat, sich vor dem Pfändungsakt mit diesen Einwänden an das Vollstreckungsorgan, den Gerichtsvollzieher, zu wenden. Bei der Forderungsvollstreckung (§§ 828 f. ZPO) ermöglicht § 775 Nr. 4, 5 ZPO mangels vorheriger Anhörung des Vollstreckungsschuldners dagegen keine Abwehr des Vollstreckungszugriffs (vgl. Beispiel 1 / Rn 91).
- 106 Nach § 775 Nr. 4 ZPO ist die Vollstreckung einzustellen, wenn der Schuldner eine öffentliche Urkunde oder eine vom Gläubiger ausgestellte Privaturkunde vorlegt, aus der sich ergibt, dass der Gläubiger nach Erlass des zu vollstreckenden Titels befriedigt worden ist oder Stundung bewilligt hat. Als „Befriedigung“ gilt neben der Zahlung auch jede andere Art der Erfüllung (Aufrechnung, Erlassvertrag, Verzicht).
- 107 Nach § 775 Nr. 5 ZPO ist die Vollstreckung einzustellen, wenn dem Vollstreckungsorgan der Nachweis einer Bank oder Sparkasse vorgelegt wird, aus dem sich die Einzahlung bzw. Überweisung des erforderlichen Betrages auf das Konto des Gläubigers ergibt. Die frühere Beschränkung auf Zahlungen nach Erlass des zu vollstreckenden Urteils, die bei Nr. 4 nach wie vor besteht, ist bei Nr. 5 durch das 2. Zwangsvollstreckungsänderungsgesetz mit Wirkung ab dem 1.1.1999 aufgehoben worden; im Zusammenhang mit § 767 II

ZPO ergibt sich aber, dass die Zahlung nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung erfolgt sein muss¹¹⁶.

- 108 In **Beispiel (2)** / Rn 92 ergibt sich aus dem Einzahlungsbeleg, den S dem Gerichtsvollzieher vorgelegt hat, lediglich die Zahlung von 3.000 Euro an die KV, nicht jedoch an den Titelgläubiger G. Die Voraussetzungen des § 775 Nr. 5 ZPO haben somit nicht vorgelegen, so dass der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung zu Recht fortgesetzt hat; das Schreiben und der Zahlungsbeleg der V waren für ihn unbeachtlich.
- 109 Eine Einstellung gemäß §§ 775 Nr. 4, 5 ZPO kann der Vollstreckungsschuldner auch noch nach dem Vollstreckungszugriff erreichen, indem er dem Vollstreckungsorgan nachträglich die erforderlichen urkundlichen Nachweise vorlegt. Eine Einstellung lässt bereits bewirkte Vollstreckungsmaßnahmen aber zunächst unberührt, d.h. durch die bloße Einstellung werden bisherige Vollstreckungsmaßnahmen nicht unwirksam¹¹⁷. Die Einstellung bewirkt lediglich, dass das Vollstreckungsorgan weitere Vollstreckungsaktivitäten, insbes. die Verwertung, unterlassen muss¹¹⁸.
- 110 Die Frage, ob darüber hinaus bereits getroffene Vollstreckungsmaßnahmen vom Vollstreckungsorgan wieder aufzuheben sind, regelt § 776 ZPO. Für die Fälle der §§ 775 Nr. 4, 5 ZPO wird dies in § 776 S. 2 ZPO verneint. Die Maßnahmen bleiben solange bestehen bis der Gläubiger den Gerichtsvollzieher anweist, die bisherigen Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben, bis der Schuldner eine gerichtliche Entscheidung i.S.d. Nr. 1 oder 2 nachschiebt, oder bis der Gläubiger im Falle der Forderungs- oder Rechtspfändung in der Form des § 843 ZPO auf seine durch die Pfändung und Überweisung erworbenen Rechte verzichtet.¹¹⁹

¹¹⁶ Musielak/Lackmann § 775 Rn 10.

¹¹⁷ Schuschke/Walker § 775 Rn 12, § 776 Rn 1.

¹¹⁸ Schuschke/Walker § 775 Rn 12.

¹¹⁹ Schuschke/Walker § 776 Rn 1.

- 111 In **Beispiel (1)** / Rn 91 wäre dem S mit einer nachträglichen Einstellung nach § 775 Nr. 4 ZPO nicht geholfen, da dies die Pfändung unberührt lässt, eine Verfügung über sein Konto also nach wie vor nicht möglich wäre. Im Übrigen kann der Vollstreckungsschuldner nach § 775 Nr. 4 ZPO lediglich eine vorläufige Einstellung der Vollstreckung erreichen. Bestreitet der Vollstreckungsgläubiger die Erfüllungswirkung wäre die Vollstreckung ohnehin fortzusetzen.
- 112 Die Ausnahmevorschriften §§ 775 Nr. 4, 5 ZPO beruhen auf der Erwägung, dass sich Vollstreckungsauftrag und freiwillige Erfüllung überschneiden können, und es umständlich und unnötig kostentreibend wäre, wenn der Vollstreckungsschuldner gezwungen würde, eine gerichtliche Entscheidung über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 769 II ZPO) herbeizuführen, wenn er mit der erforderlichen förmlichen Klarheit und inhaltlichen Sicherheit die Erfüllung bzw. Stundung gegenüber dem Vollstreckungsorgan nachweisen kann¹²⁰. Eine Vollstreckungsvereitelung durch den Schuldner oder eine Überforderung der Vollstreckungsorgane mit materiellen Prüfungen ist in diesem Rahmen nicht zu befürchten.
- 113 Wegen ihres Ausnahmecharakters müssen die Vorschriften jedoch eng gehandhabt werden¹²¹. Deshalb kann der Vollstreckungsgläubiger jederzeit die Fortsetzung der Vollstreckung verlangen, wenn er seine Befriedigung oder die Stundung bestreitet¹²², etwa weil er eine andere Verrechnung des eingegangenen Betrages geltend macht oder die Echtheit der vorgelegten Urkunde bestreitet. Das Vollstreckungsorgan ist in diesen Fällen nicht dafür funktionell zuständig, die materielle Frage der Erfüllungswirkung einer Zahlung oder die Echtheit der Urkunde zu untersuchen. Der Streit muss vielmehr vor dem Prozessgericht im Rahmen einer Klage nach § 767 ZPO geklärt werden.

¹²⁰ Schuschke/Walker § 775 Rn 2.

¹²¹ Schuschke/Walker § 775 Rn 10.

¹²² OLG Hamm MDR 1973, 857; Schuschke/Walker § 775 Rn 13; Lackmann ZwVR Rn 102.

- 114 Wegen der gebotenen engen Auslegung der §§ 775 Nr. 4, 5 ZPO scheidet eine analoge Anwendung auf andere materielle Einwände aus¹²³. Sie müssen, auch wenn sie urkundlich belegt sind, gemäß §§ 767, 769 ZPO geltend gemacht werden¹²⁴. Als solche materiellen Einwände des Vollstreckungsschuldners kommen u.a. in Betracht: Verlust der Aktivlegitimation des Vollstreckungsgläubigers (durch Abtretung, gesetzlichen Forderungsübergang¹²⁵ oder Pfändungs- und Überweisungsbeschluss), Rücktritt¹²⁶ (insbesondere der fingierte Rücktritt nach § 13 III VerbrkrG [503 II 4 BGB n.F.]¹²⁷) und Verwirkung¹²⁸.
- 115 In **Beispiel (2)** / Rn 92 war es für den Gerichtsvollzieher mithin unbeachtlich, dass S den gesetzlichen Forderungsübergang von G auf die Versicherung V gemäß § 67 VVG durch Vorlage des Einzahlungsbelegs der V glaubhaft gemacht hat.
- 116 Die Möglichkeiten des Vollstreckungsschuldners, sich gegen die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung mit materiellen Einwänden gegen den vollstreckbaren Anspruch zu verteidigen, ist in der gleichen Weise beschränkt wie beim Vollstreckungszugriff. Der Vollstreckungsschuldner kann mit einem Widerspruch nach § 900 IV ZPO ebenfalls nur gemäß §§ 775 Nr. 4, 5 ZPO durch Vorlage von Urkunden Erfüllung oder Stundung geltend machen¹²⁹. Wird der Widerspruch auf andere materielle Einwendungen gestützt, ist er zurückzuweisen¹³⁰. Auch hier ist der Vollstreckungsschuldner auf die Klage nach § 767 ZPO und den vorläufigen Rechtsschutz gemäß § 769 II ZPO angewiesen¹³¹.

¹²³ Vgl. LG Münster MDR 1964, 603.

¹²⁴ Stein/Jonas/Münzberg § 775 Rn 17, MüKo/K. Schmidt ZPO § 775 Rn 19

¹²⁵ Vgl. OLG Düsseldorf DB 1978, 692.

¹²⁶ Vgl. Stein/Jonas/Münzberg § 775 Rn 17; MüKo/K. Schmidt ZPO § 775 Rn 19; Schuschke/Walker § 775 Rn 10.

¹²⁷ OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 1437; LG Münster MDR 1964, 603 (zum damaligen § 5 AbzG).

¹²⁸ OLG Koblenz NJW-RR 2000, 347 (20 Jahre lang kein Gebrauch des Titels); LG Trier NJW-RR 1993, 55 (8 Jahre); AG Worms NJW-RR 2001, 415 (8 ½ Jahre).

¹²⁹ Vgl. Musielak/Voit § 900 Rn 25.

¹³⁰ Musielak/Voit § 900 Rn 25.

¹³¹ Musielak/Voit aaO.

- 117 In **Beispiel (3)** / Rn 93 hat es S versäumt, die Erfüllung der Forderung im Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gem. §§ 900 IV, 775 Nr. 4 ZPO geltend zu machen. Der eingetretene Schaden lässt sich nicht mehr rückgängig machen. Im nachhinein hat S nur noch die Möglichkeit, weiteren Schaden dadurch abzuwenden, dass er unverzüglich seine Streichung aus dem Schuldnerverzeichnis (§ 915 ZPO) erwirkt. Nach § 915a II Nr. 1 ist die Eintragung vom Vollstreckungsgericht vorzeitig zu löschen, wenn der Gläubiger befriedigt worden ist. Die Befriedigung ist nach § 775 Nr. 4, 5 ZPO nachzuweisen¹³². Ist dem S ein solcher urkundlicher Nachweis nicht möglich, bleibt wiederum nur der Weg über §§ 767, 769, 775 Nr. 1, 2 ZPO.

2. Vollstreckung in schuldnerfremde Sachen

Beispiele:

- 118 (1) G betreibt aus einem rechtskräftigen Urteil über 20.000 Euro die Zwangsvollstreckung gegen S. Der Gerichtsvollzieher pfändet im Gewahrsam des S einen Lkw, der jedoch im Eigentum des E steht. E fordert den G unter Vorlage des Kfz-Briefs zur Freigabe des Lkws auf. Zunächst verweigert G die Freigabe. Erst nach langwierigen Verhandlungen gibt er den Lkw schließlich frei. Nunmehr verlangt E von G Schadensersatz wegen Nutzungsausfalls des Lkws (Fall angelehnt an BGHZ 58, 207).¹³³
- 119 (2) Wie Beispiel 1, jedoch hat E von der Pfändung seines Lkw keine Kenntnis erlangt, weil er sich längere Zeit im Ausland aufhielt. Als er zurückkehrt, erfährt er, dass der Lkw inzwischen für 20.000 Euro versteigert worden ist. Er verlangt von G die Herausgabe des Versteigerungserlöses von 20.000 Euro und Schadensersatz i.H.v. 5.000,- Euro, da der Verkehrswert des Lkws 25.000 Euro betrug.

a) Zugriffsvoraussetzung: Gewahrsam, §§ 808 I, 809 ZPO

- 120 Die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in körperliche Sachen (§§ 808 ff. ZPO) erfolgt gemäß §§ 808 I, 809 ZPO dadurch, dass der Gerichtsvollzieher die im Gewahrsam des Schuldners oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befindlichen Gegenstände pfändet¹³⁴.

¹³² Baur/Stürmer § 48 Rn 25.

¹³³ Im Originalfall BGHZ 58, 207 hatte der Anwalt des Vollstreckungsgläubigers die Freigabe verweigert, und der Vollstreckungsschuldner – wie hier – den Vollstreckungsgläubiger auf Schadensersatz verklagt.

¹³⁴ Zu den Grenzen des Zugriffsbereichs vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 998: Pfändung eines auf der Straße vor dem Haus des Vollstreckungsschuldners

Nach materiellem Recht darf der Gläubiger indes nur auf die Gegenstände Zugriff nehmen, die zu dem Vermögen seines Schuldners gehören. Im Regelfall wirkt sich dieser Unterschied nicht aus: Der Vollstreckungsschuldner, der eine Sache in seinem Gewahrsam hat, ist regelmäßig auch der Eigentümer – dieser Gedanke kommt bereits in der Eigentumsvermutung des § 1006 I BGB zum Ausdruck. In Fällen, die von dieser Regel abweichen, führt die Formalisierung jedoch zu materiell-rechtlich ungerechtfertigten Übergriffen, so etwa bei Sicherungsübereignungen oder der Vereinbarung eines Vorbehaltseigentums. Wenn für den Gerichtsvollzieher allerdings offensichtlich ist, dass eine im Gewahrsam des Vollstreckungsschuldners befindliche Sache einem anderen gehört, hat die Pfändung zu unterbleiben (Fälle evidenten Dritteigentums, z.B.: Reparaturgegenstände bei einem Handwerker)¹³⁵.

b) Verteidigungsmöglichkeit: Drittwiderspruchsklage, § 771 ZPO

- 121 Anders als der Vollstreckungsschuldner haben Dritte keine Möglichkeit, einen drohenden Vollstreckungszugriff auf ihre im Schuldnergewahrsam befindlichen Vermögensgegenstände im Vorfeld einer Vollstreckung abzuwehren. Ihr Rechtsschutz ist vielmehr beschränkt auf die nachträgliche Erhebung der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO), die verbunden werden kann mit einem Antrag nach § 769 ZPO auf Erlass einstweiliger Anordnungen. Der Erfolg der Drittwiderspruchsklage setzt voraus, dass dem Kläger ein „die Veräußerung hinderndes Recht“ an dem gepfändeten Gegenstand zusteht. Als Recht in diesem Sinne gelten insbesondere das Eigentum (einschließlich Vorbehalts- und Sicherungseigentum)¹³⁶ und die Inhaberschaft von Forderungen und sonstigen Vermögensrechten¹³⁷.

abgestellten Pkw gegen den Willen der Tochter des Schuldners, die im Besitz von Fahrzeugpapieren und -schlüssel ist, stellt einen Verstoß gegen § 809 ZPO dar.

¹³⁵ Lippross VollstrR 9. Aufl. Rn 170; Lackmann ZwVR Rn 128.

¹³⁶ Musielak/Lackmann § 771 Rn 15, 16, 19 mwN.

¹³⁷ Musielak/Lackmann § 771 Rn 20 mwN.

3. Zusammenfassung; Bewertung

- 122 Zur Gewährleistung eines materiell-rechtlich einwandfreien Vollstreckungsergebnisses hat der Gesetzgeber ein zweistufiges Verfahren geschaffen. Auf der Ebene des Vollstreckungszugriffs begnügt sich das Vollstreckungsrecht mit einer formalisierten Prüfung und nimmt dabei eine evtl. Beeinträchtigung der materiellen Rechte der Betroffenen in Kauf¹³⁸. Auf der Rechtsbehelfsebene können sich die Betroffenen mit der Vollstreckungsgegenklage und der Drittwiderspruchsklage gegen materiell ungerechtfertigte Eingriffe zur Wehr setzen.
- 123 Der Vollstreckungsschuldner kann sich darüber hinaus bereits im Vorfeld der Vollstreckung mit der Vollstreckungsgegenklage gegen eine materiell ungerechtfertigte Vollstreckung wehren und – bei der Sachpfändung – in dem durch § 775 Nr. 4, 5 ZPO beschränkten Umfang eine vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung erreichen.
- 124 Wie die eingangs genannten Beispiele zeigen, hat dieses System jedoch Schwachstellen, die zu Vollstreckungsschäden führen können:
- 125 Zum einen kann ein materiell ungerechtfertigter Vollstreckungszugriff bereits unmittelbar zu einem Schaden führen, der sich auf der Rechtsbehelfsebene nicht mehr rückgängig machen lässt.
- 126 So hatte die Kontopfändung im obigen **Beispiel Rn 91** unmittelbar einen Schaden des S zur Folge, weil sein Auftrag, Aktien zu kaufen, aufgrund des PfÜB von seiner Bank nicht mehr ausgeführt werden durfte. Auch der Schaden durch den Nutzungsausfall eines gepfändeten Kraftfahrzeugs im **Beispiel Rn 118** oder Mietwagenkosten für ein Ersatzfahrzeug entstehen in unmittelbarem Anschluss an einen materiell ungerechtfertigten Vollstreckungszugriff.

¹³⁸ Vgl. Henckel S. 254.

- 127 Zum anderen kann ein Schaden dadurch zustande kommen, dass der Betroffene von den Rechtsbehelfsmöglichkeiten nicht rechtzeitig vor Eintritt des Schadens Gebrauch macht. Solche Schäden beruhen häufig auf einem nachlässigen Verhalten des Betroffenen, können im Einzelfall jedoch auch ohne Verschulden des Betroffenen eintreten.
- 128 In **Beispiel Rn 93** hatte es der Vollstreckungsschuldner aus Nachlässigkeit versäumt, den Erfüllungseinwand gegen die Pflicht zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gemäß § 767 ZPO oder §§ 900 IV, 775 Nr. 4, 5 ZPO geltend zu machen. In **Beispiel Rn 119** hätte der Eigentümer zwar theoretisch die Möglichkeit gehabt, gegen die Pfändung seiner Sache Drittwiderspruchsklage zu erheben. Praktisch war ihm dies jedoch nicht möglich, weil er wegen seines Auslandsaufenthalts von der Pfändung keine Kenntnis erlangt hatte.
- 129 Es stellt sich die Frage, wer unter welchen Voraussetzungen für derartige Vollstreckungsschäden des Betroffenen verantwortlich ist und den Schaden zu tragen hat.

4. Keine Haftung des Staates

- 130 Nicht schadensersatzpflichtig ist der Staat. Ein Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG scheidet in diesen Fällen aus, weil Vollstreckungsmaßnahmen, die im Einklang mit §§ 704 ff. ZPO von den Vollstreckungsorganen durchgeführt werden, einen rechtmäßigen hoheitlichen Eingriff in die Rechte und Rechtsgüter des Geschädigten darstellen. Denn Maßstab für die Vollstreckungsorgane sind lediglich die Vorschriften, „welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei ihr zu beobachtende Verfahren betreffen“ (§ 766 I ZPO). Als für sie maßgebende Verhaltensnormen begrenzen sie zugleich den Verantwortungsbereich der Vollstreckungsorgane¹³⁹ und des Staates. Auch ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat unter dem Gesichtspunkt eines enteignungsgleichen Eingriffs scheidet aus, weil dem Geschädigten nicht zugunsten der Allgemeinheit im staatlichen Interesse ein Sonderopfer abverlangt wird, sondern die mit der Formalisierung verbundene Schadensgefahr dem Interesse des

¹³⁹ Rosenberg/Gaul/Schilken § 7 II; Gaul ZZP 110 (1997), 3, 5/6; Henckel S. 254.

Vollstreckungsgläubigers an einem zügigen, energischen Vollstreckungszugriff dient¹⁴⁰.

- 131 Materielle Ausgleichsansprüche eines Geschädigten könnten deshalb allenfalls gegen den Vollstreckungsgläubiger und dessen Anwalt bestehen. Grundvoraussetzung dafür ist, dass im Anschluss an Zwangsvollstreckungsmaßnahmen überhaupt materielle Ausgleichsansprüche in Betracht kommen.

V. Ausschluss materieller Ausgleichsansprüche nach Beendigung der Zwangsvollstreckung?

- 132 Der Geschädigte müsste seinen Vollstreckungsschaden ersatzlos hinnehmen, wenn mit der Beendigung des Zwangsvollstreckungsverfahrens ein Ausschluss materiell-rechtlicher Ausgleichsansprüche gegen den Vollstreckungsgläubiger und dessen Anwalt verbunden wäre.

1. Die Auffassung Böhms

- 133 Böhm¹⁴¹ vertritt die Ansicht, dass das im Vollstreckungsverfahren erzielte Ergebnis mit der Auskehr des Erlöses an den Vollstreckungsgläubiger in eine der materiellen Rechtskraft vergleichbare „Vollstreckungskraft“ erwachse.
- 134 Im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens sei es nicht hinnehmbar, wenn der Vollstreckungsschuldner oder Dritte das Ergebnis des Vollstreckungsverfahrens erst nach dessen Beendigung durch die Geltendmachung materieller Ausgleichsansprüche in Frage stellen. Einwände gegen Vollstreckungsmaßnahmen müssten die Betroffenen vielmehr im Vollstreckungsverfahren selbst geltend machen. Dazu bestünden angesichts der zahlreichen speziell auf das

¹⁴⁰ Vgl. BGHZ 32, 240, 244 ff.; BGH BB 1967, 941.

¹⁴¹ Böhm, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche, S. 19, 68, 88.

Vollstreckungsverfahren zugeschnittenen Rechtsbehelfe auch genügend Möglichkeiten¹⁴².

- 135 Die prozessuale Last des Vollstreckungsschuldners, zur Vermeidung von Rechtsnachteilen Vollstreckungsmaßnahmen im Vollstreckungsverfahren anzugreifen, sei z.B. in § 767 III ZPO ausdrücklich geregelt¹⁴³. Für einen Ausschluss materieller Ausgleichsansprüche spreche zudem auch der Vergleich mit der Immobiliervollstreckung. Dort sei anerkannt, dass die Berechtigten, die ihre Rechte nicht im Vollstreckungsverfahren geltend gemacht haben, später keine materiellen Ausgleichsansprüche haben (§§ 37 Nr. 4, 110 ZVG)¹⁴⁴.

2. Die herrschende Meinung

- 136 Nach ganz h.M. in Rspr.¹⁴⁵ und Literatur¹⁴⁶ ist mit der Beendigung des Vollstreckungsverfahrens dagegen keine Präklusion materieller Ausgleichsansprüche verbunden. Die Zwangsvollstreckung habe nicht die Aufgabe endgültiger Erlösverteilung.
- 137 Die gegenteilige These sei nicht haltbar, weil das Vollstreckungsverfahren keinen mit den Verfahrensgarantien des Erkenntnisverfahren vergleichbaren Rechtsschutz der Betroffenen gewährleiste. Vielmehr handele es sich beim Vollstreckungsverfahren um ein formalisiertes, einseitig verlaufendes Antragsverfahren, in welches nur mit ebenso formalen Gegenanträgen eingegriffen werden könne, ohne dass den Vollstreckungsorganen selbst endgültige Entscheidungskompetenzen über materiell-rechtliche Streitfragen zukämen¹⁴⁷.

¹⁴² Böhm S. 52.

¹⁴³ Böhm S. 32, 53 ff.

¹⁴⁴ Böhm S. 24, 50.

¹⁴⁵ BGHZ 83, 278, 280; BGH NJW 1987, 651, 652; BGHZ 119, 75; BGH NJW 1993, 3318.

¹⁴⁶ Gaul AcP 173, 324; Rosenberg/Gaul/Schilken § 53 V; Schuschke/Walker § 767 Rn 43 und Anhang zu § 771 Rn 1; Stein/Jonas/Münzberg vor § 704 Rn 141; § 767 Rn 56; MüKo/K. Schmidt ZPO § 767 Rn 21; Musielak/Lackmann § 767 Rn 15 und § 817 Rn 9, 10.

¹⁴⁷ BGHZ 119, 75; Gaul AcP 173 (1973), 323, 327.

- 138 Wenn z.B. eine schuldnerfremde Sache gepfändet werde und der Eigentümer vor Abschluss des Vollstreckungsverfahrens nichts davon erfahre, könne keine Rede davon sein, dass er Gelegenheit gehabt habe, entgegenstehende Rechte geltend zu machen und vor Gericht Gehör zu finden. Die Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) sei aber das Mindeste, was verfahrensrechtlich verlangt werden müsse, um den Dritten mit seinen Rechten endgültig zu präkludieren¹⁴⁸. So könne beispielsweise auch die Rechtskraft eines Titels nur gegenüber Dritten wirken, die zuvor in förmlicher Weise in das zugrunde liegende Verfahren einbezogen wurden¹⁴⁹. Ein Ausschluss sämtlicher Ansprüche des ursprünglichen Eigentümers in einem derartigen Verfahren sei im Übrigen auch im Hinblick auf Art. 14 I GG nicht zu rechtfertigen¹⁵⁰.
- 139 § 767 III ZPO stelle entgegen den Ausführungen Böhms keine Sperrvorschrift gegenüber künftigen Zivilklagen dar und verfolge nicht den Zweck, dem Vollstreckungsschuldner Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche abzuschneiden. Sinn der Vorschrift sei es vielmehr sicherzustellen, dass der Vollstreckungsschuldner, sofern er durch eine Vollstreckungsgegenklage in den Ablauf des Vollstreckungsverfahrens eingreift, sogleich alle Einwendungen geltend macht, damit nicht die „Energie der Vollstreckung“ verloren gehe¹⁵¹.
- 140 Aus den von Böhm angeführten Vorschriften des Immobiliervollstreckungsrechts §§ 37 Nr. 4, 110 ZVG lasse sich für dessen Auffassung nichts herleiten, da es sich insoweit um eine Ausnahmeregelung handele¹⁵². Das entgegengesetzte Prinzip, nämlich die Zulassung von Ausgleichsansprüchen nach Abschluss der Erlösverteilung, komme nicht nur in § 37 Nr. 5 ZVG zum Ausdruck, sondern auch in anderen Vorschriften, etwa in § 878 II ZPO oder § 79 II BVerfGG.

¹⁴⁸ Gaul aaO. 328.

¹⁴⁹ BGHZ 119, 75.

¹⁵⁰ BGHZ 119, 75.

¹⁵¹ Rosenberg/Gaul/Schilken § 40 IX 3; Gaul AcP 173 (1973), 323, 330.

¹⁵² Gaul AcP 173 (1973), 323, 329/330.

3. Stellungnahme:

- 141 Der h.M. ist beizupflichten, dass das formalisierte Vollstreckungsverfahren keine vergleichbaren Verfahrensgarantien wie das Erkenntnisverfahren aufweist, und ein materiell richtiges Ergebnis mit Beendigung des Vollstreckungsverfahrens deshalb nicht in hinreichendem Maße gewährleistet ist. Entscheidend gegen die Auffassung Böhms spricht zudem, dass keine Vorschrift existiert, die die von ihm für richtig gehaltene Präklusion materieller Ausgleichsansprüchen anordnet bzw. ein Rechtsinstitut der „Vollstreckungskraft“ regelt. Eine ausdrückliche Regelung wäre aber aus rechtsstaatlichen Gründen geboten, weil eine Präklusion materieller Ausgleichsansprüche im Verfahrensrecht notwendigerweise auf Kosten der materiellen Gerechtigkeit erfolgen würde. Dementsprechend finden sich an anderer Stelle in der ZPO auch ausdrückliche Vorschriften sowohl über die Rechtskraft (z.B. §§ 322 ZPO, 19 EGZPO) als auch über die Präklusion (z.B. §§ 767 II, 296 ZPO).
- 142 Ergebnis: Mit der Beendigung des Vollstreckungsverfahrens ist kein Ausschluss materiellrechtlicher Ausgleichsansprüche verbunden.

VI. Haftung des Vollstreckungsgläubigers auf Herausgabe des Vollstreckungserlöses (§ 812 I 2. Alt.)

- 143 Somit bleibt zu prüfen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Ausgleichsanspruchs vorliegen. Keine Probleme bereitet insoweit der Bereicherungsausgleich:
- 144 1. Lässt der Vollstreckungsgläubiger einen Titel nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs vollstrecken, besteht gegen ihn ein Anspruch des Vollstreckungsschuldners aus § 812 I 1 2. Alt. BGB (Eingriffskondiktion) auf Herausgabe des erzielten Vollstreckungserlöses, vorausgesetzt, der Vollstreckungsschuldner

hätte sich im Vollstreckungsverfahren mit der Vollstreckungsabwehrklage erfolgreich zur Wehr setzen können¹⁵³. Diese sog. „verlängerte Vollstreckungsabwehrklage“ ist also erfolgreich, wenn die sie stützende materielle Einwendung nach dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens entstanden ist. Die rechtlichen Möglichkeiten der Vollstreckungsabwehrklage setzen sich auf diese Weise nach der Beendigung der Zwangsvollstreckung in der materiell-rechtlichen Bereicherungsklage fort¹⁵⁴.

- 145 2. Auch der Eigentümer einer versteigerten schuldnerfremden Sache kann vom Vollstreckungsgläubiger den erzielten Versteigerungserlös gemäß § 812 I 1 2. Alt. herausverlangen. Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Vollstreckungsschuldners gegen den -gläubiger aus § 816 I 2 BGB scheidet hingegen aus, weil die Veräußerung der Pfandsache keine Verfügung des Vollstreckungsgläubigers, vertreten durch den Gerichtsvollzieher, darstellt, sondern als ein vom Gerichtsvollzieher vorgenommener Hoheitsakt zu bewerten ist¹⁵⁵.
- 146 3. Der Anspruch aus § 812 I 1 2. Alt. des Vollstreckungsschuldners und des Dritteigentümers erstreckt sich allerdings nach h.M. nicht auf den vollen Versteigerungserlös, sondern nur auf den nach Abzug der Versteigerungskosten verbleibenden Nettoerlös¹⁵⁶.
- 147 In **Beispiel Rn 119** muss G folglich gemäß § 812 I 2. Alt. den Versteigerungserlös von 20.000 Euro abzüglich der Versteigerungskosten an E herausgeben.
- 148 4. Umstritten ist innerhalb der h.M. die Begründung, weshalb der Vollstreckungsgläubiger bei einer formell rechtmäßigen, materiell ungerechtfertigten Vollstreckung den Versteigerungserlös „ohne

¹⁵³ BGHZ 83, 278; BGH NJW 1987, 651, 652; BGH NJW 1993, 3318; Rosenberg/Gaul/Schilken § 53 V 2; MüKo/K.Schmidt ZPO § 767 Rn 21; Schuschke/Walker § 767 Rn 43; Stein/Jonas/Münzberg § 767 Rn 56; Musielak/Lackmann § 767 Rn 15.

¹⁵⁴ BGHZ 83, 278, 280; BGH NJW 1987, 651, 652.

¹⁵⁵ RGZ 156, 395; BGHZ 55, 20, 25; Lippross VollstrR 9. Aufl. Rn 265.

¹⁵⁶ BGH NJW 1976, 1090; Palandt/Thomas § 812 Rn 39.

rechtlichen Grund“ erlangt. Die Begründung hängt davon ab, welche Pfändungspfandrechtstheorie verfochten wird:

- 149 a) Die Vertreter der gemischt privatrechtlich-öffentlichrechtlichen Theorie sind der Auffassung, dass der Rechtsgrund für die Auskehrung des Erlöses an den Vollstreckungsgläubiger das Pfändungspfandrecht des § 804 I ZPO ist¹⁵⁷. Voraussetzung für die Entstehung des Pfändungspfandrechts ist nach ihrer Auffassung, dass die titulierte Forderung bei der Vollstreckung noch besteht und die gepfändete Sache dem Schuldner gehört (§§ 1204 ff. BGB analog). Nach Versteigerung der Pfandsachen setzt sich demnach das Pfändungspfandrecht kraft dinglicher Surrogation (§ 1247 BGB) am Erlös fort.
- 150 Ist die titulierte Forderung erloschen oder steht die gepfändete Sache nicht im Eigentum des Vollstreckungsschuldners, entsteht demnach kein Pfändungspfandrecht an den Pfandsachen und dem Vollstreckungserlös, so dass kein Rechtsgrund für die Erlangung des Vollstreckungserlöses vorliegt.
- 151 b) Die Vertreter der öffentlichrechtlichen Theorie¹⁵⁸ führen als Begründung an, dass dem Vollstreckungsgläubiger kein materielles Befriedigungsrecht an dem Erlös zustehe, wenn eine schuldnerfremde Sache versteigert wird oder die Forderung nicht mehr besteht. Zwar entstehe ein Pfändungspfandrecht auch in diesen Fällen, da seine einzige Entstehungsvoraussetzung die wirksame Verstrickung (Beschlagnahme) der Pfandsachen sei. Das Pfändungspfandrecht bilde aber lediglich die Grundlage für die Verwertung (Versteigerung) und stelle keinen materiellen Rechtsgrund für die Auskehrung des Erlöses an den Gläubiger dar.

¹⁵⁷ Z.B. Rosenberg/Gaul/Schilken § 53 V 2; Schuschke/Walker § 767 Rn 43, vor §§ 803, 804 Rn 13 f.

¹⁵⁸ Stein/Jonas/Münzberg § 704 Rn 141; Musielak/Lackmann § 817 Rn 10; 804 Rn 7.

- 152 Der Meinungsstreit kann jedoch dahingestellt bleiben, da er im hier interessierenden Zusammenhang keine praktischen Auswirkungen hat. Nach beiden Auffassungen hat der Vollstreckungsgläubiger den Vollstreckungserlös gemäß § 812 I 1 2. Alt. herauszugeben.
- 153 Umstritten ist hingegen die im weiteren Verlauf zu klärende Frage, unter welchen Voraussetzungen Geschädigte neben der Herausgabe einer auf ihre Kosten erlangten Bereicherung auch sonstige Schäden (Vorenthaltungsschäden, Gesundheitsschäden, entgangener Gewinn etc.) vom Vollstreckungsgläubiger und seinem Anwalt ersetzt verlangen können.

VII. Schadenshaftung des Vollstreckungsgläubigers analog §§ 717 II, 945 ZPO ?

Beispiele

- 154 (1) G lässt aufgrund eines rechtskräftigen Titels bei S einen Pkw pfänden. E verlangt die Freigabe des Pkws mit der Behauptung, er sei der Eigentümer. G fordert ihn auf, die behauptete Eigentümerstellung glaubhaft zu machen. E kommt dieser Aufforderung nicht nach, sondern erhebt sogleich Drittwiderspruchsklage. In der Beweisaufnahme gelingt es E schließlich, mit Hilfe von Zeugen den Nachweis zu führen, dass er der Eigentümer des Pkws ist. Das Gericht erklärt die Zwangsvollstreckung in den Pkw daraufhin für unzulässig. D verlangt für den gesamten Zeitraum seit der Pfändung von G Schadensersatz wegen Nutzungsausfalls analog §§ 717 II, 945 ZPO.
- 155 (2) G hat gegen S ein rechtskräftiges Urteil über 50.000 Euro erstritten. Den Urteilsbetrag überweist S wenig Tage nach Urteilsverkündung an G. Infolge eines Versehens übersieht G den Zahlungseingang. Durch das Vollstreckungsgericht lässt er Forderungen des S gegen die Bank DS aus einem Girovertrag pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Aufgrund der Zustellung des PfÜB führt die Bank DS einen von S in Auftrag gegebenen Aktienkauf über 30.000 Euro nicht aus. Die Aktien steigen an einem Tag um 30 %. Den entgangenen Gewinn von 9.000 Euro verlangt S von G ersetzt.

- 156 Die oben dargestellte Auffassung von Böhm, dass nach Beendigung des Vollstreckungsverfahrens materielle Ausgleichsansprüche ausgeschlossen seien, hat sich als nicht haltbar erwiesen (Rn 136 f.). Die diametral entgegengesetzte Position ist die, dass der Vollstreckungsgläubiger für Vollstreckungsschäden sowohl des Vollstreckungsschuldners als auch eines Drittbetroffenen verschuldensunabhängig eintreten muss. Haftungsgrundlage könnten die §§ 717 II, 945 ZPO in analoger Anwendung sein.
- 157 Unmittelbar gewähren die §§ 717 II, 945 ZPO nur dem Vollstreckungsschuldner Schadensersatz für den Fall, dass der Vollstreckungsgläubiger aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel die Zwangsvollstreckung betrieben hat, und dieser später aufgehoben oder abgeändert wird. Für eine analoge Anwendung auf Vollstreckungsschäden, die ihre Ursache im Vollstreckungsverfahren haben, müsste eine Regelungslücke vorliegen, und eine ähnliche Interessenlage bestehen, wie in den in §§ 717 II, 945 ZPO geregelten Fällen.

1. H.M.: Keine analoge Anwendbarkeit

- 158 Die Rechtsprechung hat die analoge Anwendung auf Schäden, die ihren Ursprung im Vollstreckungsverfahren haben, wiederholt abgelehnt, so ausdrücklich für Vollstreckungsmaßnahmen nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs¹⁵⁹ und für die Vollstreckung in Dritteigentum¹⁶⁰, ferner für die Vollstreckung einer nichtigen notariellen Urkunde¹⁶¹. Die herrschende Literatur teilt die Auffassung der Rechtsprechung¹⁶². Es fehle an einer vergleichbaren Interessenlage, weil hier nicht die Bestandsunsicherheit

¹⁵⁹ BGHZ 74, 9, 16.

¹⁶⁰ BGHZ 95, 11, 16; BGH WM 1965, 863; RG JW 29, 149; RGZ 121, 185 ff.; RGZ 77, 48, 49.

¹⁶¹ BGH NJW 1994, 2755, 2756; BGH WM 1977, 656, 657.

¹⁶² Rosenberg/Gaul/Schilken § 15 V 4 c; Gaul ZZP 110 (1997), 3, 10; Stein/Jonas/Münzberg § 717 Rn 65, 66; aA: Baur JZ 1962, 95 für die Stellung eines unberechtigten Konkursantrags.

(Vorläufigkeit) des Titels in Frage stehe, sondern andere Fehlerquellen¹⁶³.

- 159 Ferner sei für die Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Titels prägend, dass der Schuldner den Eingriff in seinen Handlungs- und Vermögensbereich dulden muss, ohne sich dagegen verteidigen zu können¹⁶⁴. Dafür biete der Anspruch aus §§ 717 II ZPO, 945 ZPO den Ausgleich. Eine Anwendung auf Verfahren, in denen den Betroffenen hinreichend sichere Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, sei mangels vergleichbarer Interessenlage nicht möglich¹⁶⁵.
- 160 Schließlich sei die Haftung für Vollstreckungsschäden aus §§ 717 II, 945 ZPO institutionell mit der Einrichtung der vorläufigen Vollstreckbarkeit verknüpft und biete deshalb keine Grundlage für einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass die Vornahme einer ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung den Gläubiger auch ohne Verschulden schadensersatzpflichtig macht¹⁶⁶.
- 161 In **Beispiel (1)** / Rn 154 haftet der Vollstreckungsgläubiger G nach h.M. nicht analog §§ 717 II, 945 ZPO verschuldensunabhängig für den Nutzungsausfallschaden des betroffenen Dritteigentümers¹⁶⁷. Eine Verschuldenshaftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 823 I BGB würde ebenfalls ausscheiden, weil E seine Eigentümerstellung nicht glaubhaft gemacht hatte, so dass die Verweigerung der Freigabe nicht schuldhaft war¹⁶⁸.
- 162 Auch in **Beispiel (2)** / Rn 155 trifft den Vollstreckungsgläubiger nach h.M. keine verschuldensunabhängige Haftung analog § 717 II ZPO. Ob die Voraussetzungen einer Verschuldenshaftung nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 823 f., 241 f. BGB) in einem solchen Fall vorliegen, wird kontrovers diskutiert. Eine h.M. hat sich hierzu bislang nicht herausgebildet. Diese Frage bildet einen wesentlichen Gegenstand der weiteren Untersuchung.

¹⁶³ BGH NJW-RR 1999, 1223; Stein/Jonas/Münzberg § 717 Rn 65.

¹⁶⁴ BGH NJW-RR 1999, 1223.

¹⁶⁵ Vgl. BGHZ 74, 9, 16.

¹⁶⁶ Vgl. Gaul ZZP 110, 3, 10; Rosenberg/Gaul/Schilken § 15 V 1.

¹⁶⁷ Vgl. BGHZ 95, 11, 16; RG JW 29, 149.

¹⁶⁸ Vgl. BGH WM 1965, 863, 864; BGHZ 55, 20, 30.

2. Die Auffassung Häsemeyers

- 163 Dagegen plädiert Häsemeyer¹⁶⁹, ausgehend vom Rechtsgedanken der §§ 717 II, 945 ZPO, für eine allgemeine verschuldensunabhängige Haftung von Parteien, die um eine Rechtsposition streiten. Er ist der Auffassung, dass alle Streitsituationen von der Mahnung des Gläubigers und der Leistungsverweigerung des Schuldners über das Erkenntnisverfahren und die Zwangsvollstreckung bis hin zur Wiederaufnahme des Verfahrens die gleichen Strukturen aufweisen und sich zu einem einheitlichen Haftungstypus, einer verschuldensunabhängigen Durchsetzungs(-verweigerungs-)haftung analog §§ 717 II, 945 ZPO, zusammenfassen lassen.
- 164 Ausgangspunkt seiner Überlegung ist, dass es sich bei der Vollstreckungshaftung des Gläubigers und der Verzugshaftung des Schuldners lediglich um verschiedene Aspekte desselben materiellrechtlichen Haftungskomplexes handele¹⁷⁰. Die umstrittene Rechtsposition sei dem Vermögen des Vollstreckungsgläubigers als Aktivum, dem Vermögen des Schuldners als Passivum zugeordnet¹⁷¹. Während der Gläubiger die Last trage, sein Recht gerichtlich feststellen lassen zu müssen, um es dem Schuldner abzuzwingen (sog. Feststellungslast), übe der Schuldner bereits durch die bloße Leistungsverweigerung Zwang aus; beide Formen des Zwanges seien haftungsrechtlich gleich zu behandeln¹⁷².
- 165 Die Streithaftung setzt danach voraus, dass eine Partei den Streit begründet, indem sie dem Gegner mitteilt, dass sie auf ihrem Recht beharrt (so der Gläubiger) bzw. auf der Freiheit von der behaupteten Verbindlichkeit besteht (so der Schuldner); solange der Streit nicht eröffnet ist, haftet keine der Parteien, jede muss ihren bis dahin erwachsenen Schaden selbst tragen¹⁷³. Übt nach der Eröffnung des Streites eine der Parteien Zwang auf den Gegner aus – der Schuldner

¹⁶⁹ Häsemeyer, Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit.

¹⁷⁰ Ders., S. 8.

¹⁷¹ Ders. S. 13.

¹⁷² Ders., S. 33.

¹⁷³ Ders., S. 34.

durch bloße Leistungsverweigerung, der Vollstreckungsgläubiger durch Vollstreckungsmaßnahmen –, trifft die betreffende Partei die Haftung für einen Schaden des Gegners, sofern sich später herausstellt, dass ihr die Rechtsposition nach dem letztlich maßgebenden Streitstand nicht zustand¹⁷⁴.

- 166 Wesentliche Bedeutung kommt in diesem Haftungssystem der sog. Feststellungslast zu. Diese entscheidet darüber, welcher Partei es zum Nachteil gereicht, wenn die umstrittene Rechtsposition nicht in einem Titel festgestellt wird, d.h. welcher Streitstand dann maßgeblich ist¹⁷⁵. Ferner richtet sich nach der Feststellungslast, welcher Partei es obliegt, den Streit zu begründen, um damit die Voraussetzung für eine spätere (potentielle) Streithaftung des Gegners zu schaffen¹⁷⁶.
- 167 Die Feststellungslast liegt nach Ansicht Häsemeyers regelmäßig beim Gläubiger, der dem Schuldner durch eine Mahnung den Streit erklären müsse. Dagegen soll die Feststellungslast in den – hier besonders interessierenden – Fällen der Drittwiderspruchsklage, Vollstreckungsgegenklage und Vollstreckung aus notariellen Urkunden ausnahmsweise den Vollstreckungsschuldner treffen, mit der Folge, dass den Vollstreckungsgläubiger keine Haftung trifft, solange der Schuldner ihm nicht den Streit erklärt hat¹⁷⁷.
- 168 Daraus folgt für die Beispielfälle:
- 169 In **Beispiel (1)** / Rn 154 gelangt man mit anderer Begründung zu dem gleichen Ergebnis wie die h.M., dass den Vollstreckungsgläubiger keine Haftung aus §§ 717 II, 945 ZPO trifft. Denn nach der Auffassung Häsemeyers wird dem berechtigten Eigentümer durch § 808 I ZPO, der dem Vollstreckungsgläubiger den formellen Zugriff auf das Dritteigentum ermögliche, die Feststellungslast zugewiesen. Der Vollstreckungsgläubiger hafte deshalb solange nicht, bis der Dritteigentümer durch die Geltendmachung seines Rechts den Streit begründe. Durch die Streitbegründung müsse der Vollstreckungsgläubiger außerdem so hinreichend informiert werden, dass es ihm möglich sei, die Rechtsbehauptung des Dritten auf ihre Schlüssigkeit zu

¹⁷⁴ Ders., S. 31.

¹⁷⁵ Ders., S. 122 f.

¹⁷⁶ Ders., S. 122 f.

¹⁷⁷ Ders. S. 124/125.

überprüfen¹⁷⁸. Erst von diesem Zeitpunkt an hafte er verschuldensunabhängig für die Nichtfreigabe, wenn der Dritte mit der Drittwiderspruchsklage Erfolg habe¹⁷⁹.

- 170 In **Beispiel (2)** / Rn 155 würde den Vollstreckungsgläubiger danach keine Haftung treffen. Mit der Fixierung des Streitergebnisses und der weitgehenden Präklusion weiteren Vorbringens habe der Vollstreckungsgläubiger eine Position erstritten, die ihm Freiheit von der Schadenshaftung bis zu dem Zeitpunkt garantiere, in dem der Vollstreckungsschuldner den Streit in „qualifizierter“ Weise durch eine Vollstreckungsgegenklage erneuere¹⁸⁰.

3. Stellungnahme:

- 171 Das Modell Häsemeyers widerspricht dem geltenden Recht, da der Schuldner für Verzugsschäden des Gläubigers gemäß §§ 280 I, II, 286 BGB (§§ 286, 285 BGB a.F.) nur bei (vermutetem) Verschulden haftet. Für eine verschuldensunabhängige Haftung verbleibt mangels Regelungslücke kein Raum.
- 172 Es stellt – entgegen der Ansicht Häsemeyers – auch kein unerträgliches Ergebnis dar, dass das geltende Recht somit die Leistungsverweigerung des Schuldners, die sich als ungerechtfertigt erweist, weniger scharf sanktioniert, als die Vollstreckung aufgrund eines vorläufigen Titels, der keinen Bestand hat. Denn der Rechtsfrieden wird mehr gestört, wenn der Vollstreckungsgläubiger den status quo durch ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen verändert, als wenn der Schuldner zeitweilig die geschuldete Leistung zu Unrecht verweigert. Die gesetzgeberische Entscheidung für eine schärfere Haftung des Vollstreckungsgläubigers erscheint daher durchaus legitim. Sie kann nicht auf dem Wege der Analogie umgangen werden.
- 173 Lässt sich demnach eine verschuldensunabhängige Streithaftung des Schuldners nicht contra legem begründen, besteht auch keine Veranlassung, die Haftung des Vollstreckungsgläubigers über den

¹⁷⁸ Ders., S. 46.

¹⁷⁹ Ders., S. 41/42; 45/46; 124/125.

¹⁸⁰ Ders., S. 41; 44/45; 124/125.

unmittelbaren Anwendungsbereich des §§ 717 II, 945 ZPO hinaus zu verschärfen. Denn damit würde das von Häsemeyer kritisierte Ungleichgewicht der Haftung von Gläubiger und Schuldner nur noch größer. Die §§ 717 II, 945 ZPO bieten mithin keine Grundlage für eine Fortbildung des geltenden Rechts zu einer Durchsetzungshaftung im Sinne einer allgemeinen Risikohaftung für Streitverhalten¹⁸¹.

- 174 Davon abgesehen sind die Prinzipien der von Häsemeyer befürworteten Durchsetzungs(-verweigerungs)haftung auf Vollstreckungsschäden zugeschnitten, die darauf beruhen, dass ein vorläufiger Titel vollstreckt wird, der später keinen Bestand hat. Der Versuch, diese Prinzipien auch auf Vollstreckungsschäden zu erstrecken, die ihre Ursache im Vollstreckungsverfahren haben, überzeugt nicht.
- 175 In **Beispiel (1)** / Rn 154 etwa beruht der Schaden schlicht darauf, dass der Vollstreckungsgläubiger den Zahlungseingang übersehen hatte. Der Vollstreckungsschuldner hatte mangels vorheriger Anhörung (vgl. § 834 ZPO) weder die Möglichkeit zu einer „Streitbegründung“, noch ging es überhaupt um einen „Streit“ über eine Rechtsposition. Ob die Vollstreckung ungerechtfertigt war oder nicht, hing auch nicht von der späteren Bestandskraft des Titels ab. Vielmehr stand im Zeitpunkt der Vollstreckung fest, dass die Vollstreckung ungerechtfertigt war. Den Besonderheiten dieser Sachlage wird die Argumentation Häsemeyers, der Vollstreckungsgläubiger habe mit der Fixierung des Streitergebnisses eine Position erstritten, die ihm bis zur Rechthängigkeit einer Vollstreckungsgegenklage Freiheit von der Schadenshaftung garantiere¹⁸², nicht gerecht.
- 176 Ergebnis: Eine verschuldensunabhängige Haftung des Vollstreckungsgläubigers in analoger Anwendung der §§ 717 II, 945 ZPO für Vollstreckungsschäden, die ihren Ursprung im Vollstreckungsverfahren haben, ist abzulehnen.

¹⁸¹ Gaul ZJP 110 (1997), 3, 10.

¹⁸² Vgl. Häsemeyer S. 44.

VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 2

- 177 Für Verfahrensfehler im Vollstreckungsverfahren haftet nicht der Vollstreckungsgläubiger (Ausnahme § 826 BGB), sondern der Staat (§ 839 BGB, Art. 34 GG).
- 178 Den Staat trifft dagegen keine Haftung für formell rechtmäßige, aber materiell ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen, wie etwa die Pfändung schuldnerfremder Sachen oder Vollstreckungsmaßnahmen nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs. Insoweit kommen lediglich Ausgleichs- und Ersatzansprüche des Geschädigten gegen den Vollstreckungsgläubiger bzw. den Gläubigeranwalt in Betracht.
- 179 Solche Ansprüche kann der Geschädigte auch nach Beendigung des Vollstreckungsverfahrens geltend machen, da das Vollstreckungsverfahren keine mit der Rechtskraft des Erkenntnisverfahrens vergleichbare „Vollstreckungskraft“ kennt. So ist der Vollstreckungsgläubiger z.B. verpflichtet, einen Vollstreckungserlös, den er durch die Versteigerung einer schuldnerfremden Sache erzielt hat, an den Dritteigentümer herauszugeben, § 812 I 1 2. Alt. BGB. Der gleiche Anspruch steht dem Vollstreckungsschuldner zu, wenn der Vollstreckungsgläubiger eine dem -schuldner gehörende Sache hat versteigern lassen, obwohl der vollstreckbare Anspruch bereits erloschen war.
- 180 Darüber hinaus können im Vollstreckungsverfahren jedoch Schäden entstehen, die sich nicht im Wege des Bereicherungsausgleichs beseitigen lassen (z.B.: Vorenthaltungsschäden, Gesundheitsschäden, entgangener Gewinn etc.). Keine geeignete Anspruchsgrundlage für den Ersatz solcher Schäden bilden die §§ 717 II, 945 BGB (analog).
- 181 Zu prüfen bleibt, ob sich aus den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsnormen (§§ 823 f., 280 n.F. BGB) Schadensersatzansprüche gegen den Vollstreckungsgläubiger und/oder den Gläubigeranwalt ergeben. Wegen der Vielzahl der möglichen Fallkonstellationen, in

denen es zu Vollstreckungsschäden kommen kann, wird dieser Frage im Folgenden anhand typischer Fälle nachgegangen (§§ 3-7). Begonnen wird mit der Fallkonstellation, welche die meisten Probleme bereitet: Die Schädigung des Vollstreckungsschuldners im Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung.

§ 3 Schädigung des Vollstreckungsschuldners im Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung

- 182 Führt die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen des Vollstreckungsschuldners nicht zur Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers, kann der Vollstreckungsgläubiger die Vollstreckung mit dem Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung fortsetzen (§§ 807, 899 f. ZPO). Erscheint der Vollstreckungsschuldner nicht im Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung oder verweigert er die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ohne berechtigten Grund, ergeht gegen ihn auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers Haftbefehl (§ 901 ZPO). Die Personen, die eine eidesstattliche Versicherung abgegeben haben oder gegen die nach § 901 ZPO eine Haftanordnung ergangen ist, werden in einem Schuldnerverzeichnis eingetragen (§ 915 ZPO).
- 183 Wie bereits näher dargelegt wurde, kann es aufgrund der Formalisierung der Vollstreckungsvoraussetzungen zu derartigen Vollstreckungsmaßnahmen auch kommen, obwohl der vollstreckbare Anspruch bereits erloschen ist (s.o. Rn 89 f.). Unter welchen Voraussetzungen der Vollstreckungsgläubiger für dadurch entstehende Schäden haftet, wird sogleich unter dem Blickwinkel des Deliktsrechts untersucht. Im Anschluss daran wird erörtert, ob den Vollstreckungsgläubiger möglicherweise eine quasivertragliche Haftung aus einem Sonderverhältnis trifft. Diese Prüfungsreihenfolge orientiert sich an der Chronologie der Rechtsprechung, die ursprünglich nur eine deliktische Haftung des Vollstreckungsgläubigers für Vollstreckungsschäden anerkannte, und erst seit jüngerer Zeit eine quasivertragliche Haftung für möglich hält.

I. Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus unerlaubter Handlung – Fall 1: Er betreibt die Zwangsvollstreckung selbst

Beispiele:

- 184 (1) G unternimmt einen erfolglosen Vollstreckungsversuch bei S und beantragt anschließend die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und den Erlass eines Haftbefehls. S erscheint im Offenbarungstermin nicht, weil er den geschuldeten Betrag zwischenzeitlich an G überwiesen hat. G hat den Zahlungseingang jedoch übersehen. Das Vollstreckungsgericht erlässt antragsgemäß den Haftbefehl gegen S und verfügt die Eintragung des S im Schuldnerverzeichnis. S verlangt von G Schmerzensgeld, weil sich sein angeschlagener Gesundheitszustand (schwere Diabetes) wegen der Aufregung über die Vollstreckung erheblich verschlimmert habe. Ferner verlangt er Ersatz für finanzielle Einbußen, die er wegen der Eintragung im Schuldnerverzeichnis als Versicherungsvertreter erlitten habe (Fall nach BGHZ 74, 9).³⁶⁶
- 185 (2) Abwandlung von Beispiel 1: S hat den geschuldeten Betrag nicht nur an G überwiesen, sondern darüber hinaus auch in G's Firma angerufen und dessen Sekretärin F von der Zahlung benachrichtigt. Die F vergisst jedoch die Information an G weiterzugeben.
- 186 (3) Wie Beispiel 1, S wird jedoch verhaftet. Nach der Aufklärung des Sachverhalts wird er nach einem Tag wieder aus der Haft entlassen. Er verlangt Schmerzensgeld wegen Verletzung seiner Freiheit und seiner Gesundheit (Verschlimmerung seiner Diabetes-Erkrankung).
- 187 (4) Ausgangslage wie im Beispiel 1. Infolge seiner Eintragung im Schuldnerverzeichnis erhält S einen Kredit seiner Bank nicht bewilligt, mit dem er den Kaufpreis für ein Grundstück finanzieren wollte, das er bereits gekauft hat. Er ist gezwungen, den Grundstückkaufvertrag rückgängig zu machen und verlangt von G die nutzlos aufgewendeten Notarkosten ersetzt (Fall nach BGH NJW 1985, 3080)³⁶⁷.

³⁶⁶ Im Originalfall BGHZ 74, 9 hatte der Anwalt des Vollstreckungsgläubigers die Vollstreckung betrieben und der Vollstreckungsschuldner den Anwalt verklagt.

³⁶⁷ Ähnlicher Fall wie die Beispielfälle auch: KG NJW 1973, 860.

1. Haftung aus § 823 I BGB

a) Tatbestand

- 188 Lässt der Vollstreckungsgläubiger einen Titel vollstrecken, obwohl der vollstreckbare Anspruch nicht mehr besteht, hat dies oftmals „nur“ einen reinen (= primären) Vermögensschaden des Vollstreckungsschuldners zur Folge. Primäre Vermögensschäden werden nicht vom Tatbestand des § 823 I BGB erfasst³⁶⁸. Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB ist vielmehr, dass der entstandene Schaden auf der Verletzung eines der in § 823 I BGB ausdrücklich genannten Rechte oder Rechtsgüter beruht.
- 189 Um einen reinen Vermögensschaden handelt es sich bei den Notarkosten in **Beispiel (4)** / Rn 187. Ein Schadensersatzanspruch auf der Grundlage des § 823 I BGB scheidet deshalb aus.

aa) Körper, Gesundheit, Freiheit

- 190 Zu einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit des Vollstreckungsschuldners kann es in der Zwangsvollstreckung vor allem kommen, wenn der Vollstreckungsschuldner Widerstand gegen den Gerichtsvollzieher bei der Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen leistet (z.B. gegen eine Verhaftung), und der Widerstand gebrochen wird. Diese Fälle betreffen jedoch die Art und Weise der Zwangsvollstreckung und damit den Verantwortungsbereich des Gerichtsvollziehers und der von ihm zur Hilfe hinzugezogenen Polizei. Ist die Zwangsanwendung rechtswidrig, haftet für Verletzungen des Vollstreckungsschuldners der Staat (§ 839 BGB; Art. 34 GG)³⁶⁹, nicht der Vollstreckungsgläubiger³⁷⁰.

³⁶⁸ Vgl. Staudinger/Hager vor §§ 823 ff. Rn 20 und § 823 Rn 7 mwN.

³⁶⁹ S.o. Rn 72-75.

³⁷⁰ S.o. Rn 79-88.

- 191 Auch wenn der Vollstreckungsschuldner keinen Widerstand gegen eine Vollstreckungsmaßnahme leistet, kann es jedoch zu Eingriffen in seine körperliche Integrität kommen, und zwar in Form von sogenannten psychisch vermittelten Gesundheitsschäden. Kennzeichnend für diese Fälle ist, dass sich der Vollstreckungsschuldner in einem solchen Maß über eine Vollstreckungsmaßnahme aufregt, dass er einen Gesundheitsschaden erleidet (z.B. Herzattacke, Schlaganfall)³⁷¹. Grundsätzlich fallen auch solche psychisch vermittelten Gesundheitsverletzungen unter den Tatbestand des § 823 I BGB³⁷².
- 192 In die Kategorie der psychisch vermittelten Gesundheitsschäden gehört auch die Verschlimmerung der Diabetes-Erkrankung des S in **Beispiel (1)** / Rn 184 (BGHZ 74, 9)³⁷³. Da die titulierte Forderung erloschen und damit die zugrunde liegende Vollstreckungsmaßnahme materiell ungerechtfertigt war, könnte den G eine Schadensersatzhaftung aus § 823 I BGB treffen.
- 193 Gibt der Vollstreckungsschuldner die eidesstattliche Versicherung nicht ab, und wird er daraufhin verhaftet (§§ 901, 909 ZPO), bedeutet dies einen Eingriff in seine Freiheit.
- 194 In **Beispiel (3)** / Rn 186 kommt daher eine Schadensersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 823 I BGB in Betracht.

bb) Recht am Gewerbebetrieb

- 195 § 823 I BGB gewährt einen Schadensersatzanspruch auch bei der Verletzung eines „sonstigen Rechts“. In der Rechtsprechung und der herrschenden Literatur ist als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB unter anderem das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anerkannt³⁷⁴.

³⁷¹ S. bereits oben Rn 39-46, dort im Rahmen der §§ 717 II, 945 ZPO bei der Frage der haftungsausfüllenden Kausalität.

³⁷² Vgl. Staudinger/Hager § 823 Rn B 26 f.

³⁷³ Zu dieser Kategorie gehören ferner die Fälle: LG Köln DGVZ 1998, 189; RGZ 143, 118.

³⁷⁴ Vgl. Palandt/Thomas § 823 Rn 20, 126 f. mwN.

- 196 Ein Eingriff in dieses Recht ist in **Beispiel (1)** / Rn 184 in Betracht zu ziehen, weil S geltend macht, dass er durch die Eintragung im Schuldnerverzeichnis als Versicherungsvertreter finanzielle Einbußen erlitten hat.
- 197 Geschützt wird der Gewerbebetrieb aber nur vor unmittelbaren, betriebsbezogenen Eingriffen, d.h. der Eingriff muss sich spezifisch gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richten³⁷⁵.
- 198 Eine zu Unrecht erfolgte Eintragung im Schuldnerverzeichnis kann indes auch andere Personen als den Inhaber eines Betriebes treffen, und deren berufliche Entwicklung und Verdienstmöglichkeiten in der gleichen Weise beeinträchtigen wie die eines Betriebsinhabers³⁷⁶. Ist beispielsweise ein leitender Angestellter einer Bank von einer ungerechtfertigten Eintragung im Schuldnerverzeichnis betroffen, wird ihm das beruflich ebenso schaden³⁷⁷. Es handelt sich deshalb bei der Eintragung im Schuldnerverzeichnis um keinen Eingriff, der mit der Wesenseigentümlichkeit eines Gewerbebetriebes im Zusammenhang steht.
- 199 Die Eintragung im Schuldnerverzeichnis stellt folglich ebenso wenig wie andere Vollstreckungsmaßnahmen einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar³⁷⁸.

b) Rechtswidrigkeit

- 200 Die Prüfung, ob der Schädiger rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, vervollständigt die Interessen- und Güterabwägung und entscheidet über die gerechte Zuordnung der Schadenslasten³⁷⁹. Dabei hat das Rechtswidrigkeitssurteil die Aufgabe, über die Normwidrigkeit des schädigenden Verhaltens zu befinden³⁸⁰, während das

³⁷⁵ Palandt/Thomas § 823 Rn 128 mwN.

³⁷⁶ BGHZ 74, 9, 19.

³⁷⁷ BGH aaO.

³⁷⁸ BGH aaO.; Palandt/Thomas § 823 Rn 128.

³⁷⁹ RGRK/Steffen § 823 Rn 106.

³⁸⁰ RGRK/Steffen § 823 Rn 106; Palandt/Thomas § 823 Rn 23.

Verschuldenskriterium endgültige Aussagen über die Verantwortlichkeit des Schädigers für sein normwidriges Verhalten i.S.d. Vorwerfbarkeit trifft³⁸¹.

- 201 Wenn die beantragte Abgabe der eidesstattlichen Versicherung materiell gerechtfertigt ist, also die titulierte Forderung im Vollstreckungszeitpunkt besteht, handelt es sich um eine rechtmäßige Vollstreckungsmaßnahme des Vollstreckungsgläubigers. Eine Haftung aus § 823 I BGB für Eingriffe in die Gesundheit oder Freiheit des Vollstreckungsschuldners scheidet dann mangels Rechtswidrigkeit aus.
- 202 Die in **Beispiel (1) bis (4)** / Rn 184 f. geschilderten Schäden des Vollstreckungsschuldners können auch durch materiell gerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen verursacht werden. Ein Ersatzanspruch des Vollstreckungsschuldners kommt dann unstreitig nicht in Betracht.
- 203 Wie die Frage der Rechtswidrigkeit zu beurteilen ist, wenn die titulierte Forderung im Vollstreckungszeitpunkt nicht mehr besteht, also die Vollstreckungsmaßnahme materiell ungerechtfertigt ist, ist dagegen umstritten. Der Meinungsstreit führt zu der Grundsatzfrage, ob formell rechtmäßige, aber materiell ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen rechtswidrig i.S.d. §§ 823 ff. BGB sind.

aa) Materielle Rechtswidrigkeit trotz formeller Rechtmäßigkeit ?

- 204 Eine im Einklang mit den §§ 704 ff. ZPO von einem Vollstreckungsorgan vorgenommene Vollstreckungsmaßnahme stellt einen rechtmäßigen hoheitlichen Eingriff in die Rechte und Rechtsgüter des Betroffenen dar; sie ist formell rechtmäßig³⁸². Denn die §§ 704 ff. ZPO begrenzen als für die Vollstreckungsorgane maßgebenden Verhaltensnormen deren Verantwortungsbereich.

³⁸¹ RGRK/Steffen § 823 Rn 106.

³⁸² S.o. Rn 130.

- 205 Fraglich ist jedoch, wer die Verantwortung dafür trägt, dass niemand durch materiell ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen zu Schaden kommt: Wer ist dafür verantwortlich, dass der titulierte materielle Anspruch nur vollstreckt wird, wenn er im Zeitpunkt der Vollstreckungsmaßnahme noch fortbesteht? Wer trägt die Verantwortung dafür, dass Dritte durch Vollstreckungsübergriffe in ihr Vermögen nicht geschädigt werden? Hierzu werden zwei kontroverse Thesen vertreten:
- 206 Nach der ersten These trifft den Vollstreckungsgläubiger diese Verantwortung mit der Folge, dass sein Verhalten als rechtswidrig zu bewerten ist, wenn es zu solchen Schädigungen kommt³⁸³. Das Verhalten des Gläubigers im Vollstreckungsverfahren genieße keine Privilegien und sei unter den gleichen Voraussetzungen wie jedes andere Verhalten als rechtswidrig zu beurteilen. Deshalb komme es für die Rechtswidrigkeit i.S.d. § 823 BGB allein darauf an, ob durch eine ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahme absolute Rechtsgüter des Betroffenen verletzt werden. Die formalisierte Fassung der Verfahrensnormen verfolge lediglich den Zweck, die Vollstreckungsorgane von der Prüfung materieller Rechtsfragen zu entlasten, nicht jedoch den Vollstreckungsgläubiger³⁸⁴. Wenn der Geschädigte Rechtsbehelfe nicht oder nicht rechtzeitig ergriffen habe, könne dies zwar ein Mitverschulden begründen (§ 254 BGB), schließe jedoch nicht die Rechtswidrigkeit des Gläubigerverhaltens aus.
- 207 Danach wäre das Verhalten des Vollstreckungsgläubigers in den **Beispielen (1) bis (4)** / Rn 184 f. als rechtswidrig zu beurteilen.
- 208 Nach der Gegenthese³⁸⁵ trifft den Vollstreckungsgläubiger grundsätzlich keine Verantwortung für materiell ungerechtfertigte Eingriffe in die Rechtsgüter anderer. Denn er stelle lediglich zulässige Anträge in einem gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahren. Prozessual

³⁸³ So insbesondere Henckel S. 254.

³⁸⁴ Henckel aaO.

³⁸⁵ Z.B. KG NJW 1973, 860.

zulässiges Verhalten könne nicht rechtswidrig sein. Die ZPO stelle den Betroffenen in §§ 767, 775 Nr. 4, 5 ZPO und § 771 ZPO Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung, um drohende Schädigungen aus materiell ungerechtfertigten Eingriffen abzuwehren. Es handele sich um eine abschließende Regelung mit der Folge, dass Schäden, die die Betroffenen nicht abwehren, von ihnen selbst zu tragen seien.

- 209 Demzufolge hätte sich der Vollstreckungsgläubiger in den **Beispielen (1) bis (4)** / Rn 184 f. rechtmäßig verhalten.
- 210 In der Rechtsprechung des BGH zur Schadenshaftung des Vollstreckungsgläubigers finden sich beide Thesen wieder. Dabei unterscheidet der BGH zwischen Vollstreckungsmaßnahmen gegen Dritte und solchen gegen den Vollstreckungsschuldner:
- 211 Bei der Beurteilung von Vollstreckungsmaßnahmen, die sich gegen Dritte richten (Vollstreckung in schuldnerfremde Sachen), vertritt der BGH die erstgenannte These: Danach soll die Vollstreckung in Dritteigentum von Anfang an eine Störung der privaten Rechtslage darstellen und deshalb als rechtswidrige Eigentumsverletzung zu bewerten sein³⁸⁶. Aus § 771 ZPO lasse sich nicht ableiten, dass der Gesetzgeber das mit dem summarischen Pfändungsverfahren verbundene Risiko allein dem unbeteiligten Dritten zuweisen wollte³⁸⁷. Um den Unterschied zur formellen Rechtmäßigkeit des gleichen Vollstreckungsvorgangs deutlich zu machen, bezeichnet der BGH Vollstreckungsübergriffe in Dritteigentum als „privatrechtswidrig“³⁸⁸. Das bedeutet: Gemessen an dem zwischen Gläubiger und Drittem maßgeblichen Privatrecht ist die Vollstreckung

³⁸⁶ BGHZ 55, 20 (26); 58, 207 (210); 67, 378 (382/383); 118, 201 (205-207); anders noch das Reichsgericht in JW 29, 249: „Die formell rechtmäßige Pfändung bei dem Schuldner erfolgt in Ausübung des formellen Vollstreckungsrechts und ist deshalb nicht ohne weiteres deshalb rechtswidrig, d.h. pflichtwidrig, weil es in die Rechte eines Dritten eingreift“.

³⁸⁷ BGHZ 58, 207, 213.

³⁸⁸ BGH aaO., 214.

rechtswidrig, während das hoheitliche Handeln der Vollstreckungsorgane gemäß §§ 704 ff. ZPO rechtmäßig ist.

- 212 Die Beurteilung von Vollstreckungsübergriffen in Dritteigentum als (privat-)rechtswidrig entspricht auch der h.M. in der Literatur³⁸⁹. Der insoweit früher einmal herrschende Streit, ob ein Verhalten, das für die Vollstreckungsorgane rechtmäßig ist, gleichzeitig für den Vollstreckungsgläubiger rechtswidrig sein könne, ist heute überwunden. Nicht zuletzt durch die Strafrechtswissenschaft ist offenkundig geworden, dass der einzelne durchaus durch Vermittlung eines rechtmäßig handelnden Staatsorgans rechtswidrig handeln kann (mittelbare Täterschaft)³⁹⁰.
- 213 Bei der Beurteilung von materiell ungerechtfertigten Vollstreckungsmaßnahmen, die sich gegen den Vollstreckungsschuldner richten (Vollstreckung nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs), vertritt der BGH dagegen die Gegenthese: Da sich der Vollstreckungsgläubiger zulässiger Weise eines gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahrens bediene, könne allein aus der Beeinträchtigung absoluter Rechtsgüter des Vollstreckungsschuldners nicht auf die Rechtswidrigkeit des Gläubigerverhaltens geschlossen werden³⁹¹. Die Entwicklung dieser Rechtsprechung vollzog sich im Einzelnen wie folgt.

bb) Die Rechtsprechung des BGH zur Inanspruchnahme von Rechtspflegeverfahren

(1) BGHZ 20; 169 und 36, 18: Keine Sorgfaltspflichten

- 214 Den Beginn der Entwicklung markierten zwei Entscheidungen außerhalb des (Einzel-)Zwangsvollstreckungsrechts.

³⁸⁹ Lippross VollstrR 9. Aufl. Rn 264; Staudinger/Hager § 823 Rn B 71 ff.; Henckel S. 254.

³⁹⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken § 7 II, Gaul ZZP 110 (1997), 3, 5/6.

³⁹¹ Vgl. BGHZ 74, 9, 15.

- 215 (a) In BGHZ 20, 169 ging es um die Frage, ob sich ein Kläger dadurch schadensersatzpflichtig machen kann, dass er eine unbegründete Klage erhebt.
- 216 Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die V hatte dem K ein Grundstück verkauft und übereignet, auf dem K ein Haus bauen wollte. Anschließend klagte V erfolglos auf Feststellung, dass die Grundstücksübereinung nichtig gewesen sei, wobei sie den gesamten Rechtsweg (drei Instanzen) ausschöpfte. K verlangte nunmehr den Schaden ersetzt, der ihm aufgrund der zwischenzeitlich gestiegenen Baukosten entstanden war.
- 217 Der BGH verneinte eine Schadensersatzhaftung. Wer ordnungsgemäß Klage erhebe, mache damit von einem Mittel Gebrauch, das im Rechtsstaat gerade für die Entscheidung und Entwirrung von Streitigkeiten unter Privatpersonen gegeben sei³⁹². Als Gegenteil eigenmächtigen Handelns könne darin weder eine verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 BGB, noch eine unerlaubte Handlung oder eine Verletzung des Grundstückskaufvertrages liegen³⁹³.
- 218 (b) In BGHZ 36, 18 hatte die Beklagte gegen die Klägerin einen Konkursantrag gestellt, der sich als unbegründet erwies. Die Klägerin beehrte die Feststellung, dass die Beklagte die geschäftlichen Verluste der Klägerin ersetzen müsse, die durch das Bekannt werden des Konkursantrages entstanden seien. Der BGH verneinte einen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB mit der Begründung:
- 219 „Wer sich um Vorgehen gegen einen Schuldner eines staatlichen, gesetzlich eingerichteten und geregelten Verfahrens bedient, greift auch dann nicht unmittelbar und rechtswidrig in den geschützten Rechtskreis des Schuldners in, wenn sein Begehren sachlich nicht gerechtfertigt ist und dem anderen Teil aus dem Verfahren Nachteile erwachsen. Der Gläubiger ist deshalb nicht verpflichtet, zuvor mit Sorgfalt zu prüfen, ob er sich zur Ingangsetzung des Verfahrens für berechtigt halten

³⁹² BGHZ 20, 169, 171.

³⁹³ BGH aaO., 172.

darf, oder gar seine Interessen gegen die des Schuldners abzuwägen. Den Schutz des Schuldners, gegebenenfalls auch durch Interessenabwägung, übernimmt vielmehr das Verfahren selbst nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung³⁹⁴.

- 220 Das Verfahren sehe teilweise Schadensersatzansprüche des Schuldners bei ungerechtfertigter Inanspruchnahme vor, etwa in §§ 717, 945 ZPO. Wo solche Sanktionen fehlten, seien sie schon deshalb nicht durch einen Rückgriff auf § 823 I BGB zu ersetzen, weil es an der Rechtswidrigkeit mangle. Etwas anderes gelte nur bei vorsätzlich sittenwidriger Schadenszufügung (§ 826 BGB)³⁹⁵.
- 221 In der Literatur stieß die These des BGH, dass das Vorgehen in einem gesetzlich geregelten Verfahren nicht rechtswidrig sein könne, überwiegend auf Ablehnung³⁹⁶. Prozesshandlungen seien weder wertneutral noch stelle es einen generellen Rechtfertigungsgrund für Schädigungen dar, dass sie im Rahmen eines Rechtspflegeverfahrens vorgenommen würden. Grundsätzlich müssten sich vielmehr auch Handlungen in einem Rechtspflegeverfahren an den materiellen Kriterien von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit messen lassen. Dementsprechend werde die Pfändung schuldnerfremder Sachen auch von der Rspr. seit langem als rechtswidrige Eigentumsverletzung bewertet, obwohl sie im gesetzlich geregelten Vollstreckungsverfahren stattfinde³⁹⁷. Auch die Geltendmachung gewerblicher Schutzrechte durch eine Unterlassungsklage stelle nach der Rspr. eine rechtswidrige Verletzung des Rechts des Beklagten am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar (§ 823 I BGB), wenn sich die Klage als unbegründet erweise^{398 399}. Hier wirke die gerichtliche Geltendmachung also ebenfalls nicht rechtfertigend.

³⁹⁴ BGHZ 36, 18, 20/21.

³⁹⁵ BGH aaO., 21.

³⁹⁶ Baur JZ 1962, 95 und 96; Hopt S. 165 f.; Fenn ZHR 132, 344 f., 360; Zeiss NJW 1967, 703, 704.

³⁹⁷ Fenn ZHR 132, 344, 360.

³⁹⁸ Baur JZ 1962, 95; Fenn ZHR 132, 344, 362; Hopt S. 170.

³⁹⁹ So in der Tat BGHZ 38, 200, 207/208.

- 222 Richtig sei allerdings die Tendenz des BGH, die Haftung für prozessuales Verhalten einzuschränken, um nicht die freie Zugänglichkeit der Rechtspflegeverfahren durch hohe Haftungsrisiken unzumutbar zu begrenzen⁴⁰⁰. Dazu bedürfe es jedoch keines generellen Ausschlusses einer Haftung bis zur Grenze des § 826 BGB, vielmehr genüge die Beschränkung der Haftung für schädigendes Prozessverhalten auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit⁴⁰¹. Die gebotene Haftungsreduzierung lasse sich durch eine Begrenzung der Verhaltenspflichten im Prozess erreichen⁴⁰². Prozessparteien hätten lediglich die Pflicht zur redlichen Prozessführung⁴⁰³. Ob ein Pflichtverstoß vorliege, betreffe nach der Lehre vom Handlungsunrecht bereits die Frage der Rechtswidrigkeit⁴⁰⁴. Im Prozess sei deshalb die Verletzung eines absoluten Rechtsguts i.S.d. § 823 I BGB nur dann rechtswidrig, wenn der Schädiger gegen die Pflicht zur redlichen Prozessführung verstoßen habe⁴⁰⁵.

(2) Modifizierung der Rspr. in BGHZ 74, 9: „Recht auf Irrtum“

- 223 In BGHZ 74, 9 ging es um folgenden Sachverhalt:
Rechtsanwalt R hatte im Auftrag des Vollstreckungsgläubigers G einen erfolglosen Vollstreckungsversuch gegen den Vollstreckungsschuldner S unternommen und anschließend die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und den Erlass eines Haftbefehl gegen S beantragt. Kurz darauf beglich S die titulierte Forderung, was R jedoch übersah. Zu dem vom Vollstreckungsgericht anberaumten Offenbarungstermin erschien S nicht. Er wurde daraufhin im Schuldnerverzeichnis eingetragen und per Haftbefehl gesucht. Nach Aufklärung des Sachverhalts verlangte S von R Schmerzensgeld, weil er vor Aufregung über die Vollstreckung einen Gesundheitsschaden erlitten habe. Ferner verlangte er Ersatz für Vermögenseinbußen, die er als Versicherungsvertreter wegen der Eintragung im Schuldnerverzeichnis habe hinnehmen müssen.

⁴⁰⁰ Fenn ZHR 132, 344, 362 f.; Zeiss NJW 1967, 703, 705.

⁴⁰¹ Zeiss NJW 1967, 703, 705.

⁴⁰² Fenn ZHR 132, 344, 363 f.; Zeiss NJW 1967, 703, 707/708.

⁴⁰³ Zeiss NJW 1967, 703, 707/708.

⁴⁰⁴ Fenn ZHR 132, 144, 364 f.; Zeiss NJW 1967, 703, 707.

⁴⁰⁵ Zeiss NJW 1967, 703, 707/708.

- 224 Der BGH hielt im Grundsatz an seiner Rspr. aus BGHZ 36, 18 fest. Er trug der Kritik aber dadurch Rechnung, dass er die entwickelten Prinzipien abmilderte: Die Einleitung und Durchführung eines gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahrens schließe den Vorwurf der Rechtswidrigkeit zwar nicht schlechthin aus. Jedoch genieße ein schadensursächliches Verhalten angesichts seiner verfahrensrechtlichen Legalität zunächst die Vermutung der Rechtmäßigkeit. Deshalb sei die Rechtswidrigkeit – anders als sonst – nicht bereits indiziert, wenn eines der von § 823 I BGB geschützten Rechtsgüter beeinträchtigt werde. Vielmehr sei eine Betrachtungsweise wie bei den sog. offenen Verletzungstatbeständen (Gewerbebetrieb, Persönlichkeitsrecht) geboten, bei denen die Rechtswidrigkeit eines schadensursächliches Verhalten voraussetze, dass ein Verstoß gegen Gebote der gesellschaftlichen Rücksichtnahme vorliege⁴⁰⁶.
- 225 Im Ergebnis dürfe deshalb ein subjektiv redliches Verhalten in einem Rechtspflegeverfahren keine Haftung nach sich ziehen. Vielmehr müsse dem Rechtsschutz Begehrenden ein „Recht auf Irrtum“ zugestanden werden, so dass er seinem Gegner jedenfalls nicht für die nur fahrlässige Fehleinschätzung der Rechtslage hafte. Der Vollstreckungsschuldner sei durch das Verfahrensrecht hinreichend gesichert. Denn das Vollstreckungs- und Offenbarungsverfahren sei kontradiktorisch gestaltet und biete dem Vollstreckungsschuldner im Regelfall sichere Verteidigungsmöglichkeiten.
- 226 Diese Rechtsprechung lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass der Vollstreckungsgläubiger nur im Falle grober Fahrlässigkeit⁴⁰⁷ für eine Verletzung absoluter Rechtsgüter des Vollstreckungsschuldners haften soll.

⁴⁰⁶ BGHZ 74, 9, 14.

⁴⁰⁷ Gaul ZJP 110 (1997), 3, 12; kritisch zu dem Begriff allerdings Stein/Jonas/Münzberg vor § 704 Fn 108: „Der im Text vorgeschlagene Maßstab begründet erst die Rechtswidrigkeit und sollte daher nicht „grobe Fahrlässigkeit“ genannt werden (weil es „leichte“ ohne Rechtswidrigkeit nicht geben kann)“.

- 227 Die Entscheidung hat in der Literatur teilweise Zustimmung gefunden, ist jedoch auch auf Ablehnung gestoßen: Die Kritik von Gaul⁴⁰⁸ und Lippross⁴⁰⁹ richtet sich vor allem gegen die Übertragung der vom BGH zur Inanspruchnahme eines Rechtspflegeverfahrens entwickelten Grundsätze auf das Vollstreckungsverfahren. Entgegen den Ausführungen des BGH handele es sich beim Vollstreckungsverfahren um kein kontradiktorisch gestaltetes Verfahren, sondern um ein einseitig verlaufendes Antragsverfahren. Im Unterschied zum Erkenntnisverfahren unterstehe es nicht der ständigen Kontrolle und Leitung des Gerichts, vielmehr könne sich der Schuldner nur durch Gegenanträge und Rechtsbehelfe Gehör verschaffen. Diese Verteidigungsmöglichkeiten seien auch nicht im Regelfall sicher. So könne der Vollstreckungsgläubiger schon allein dadurch die Fortsetzung der Vollstreckung erwirken, dass er dem Vorliegen der Einstellungsvoraussetzungen widerspricht, z.B. indem er bei der Einstellung gemäß § 775 Nr. 4, 5 ZPO eine andere Verrechnung des eingegangenen Betrages geltend mache.
- 228 Auch das Verfahren auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung bilde keine Ausnahme. Vielmehr fehle es hier ebenfalls an einer kontradiktorischen Gestaltung. Zu einer mündlichen Verhandlung komme es dort vornehmlich wegen der sich aus dem Verfahrenszweck ergebenden persönlichen Erscheinungs- und Mitwirkungspflicht des Schuldners und weniger um ihm Gelegenheit zur Verteidigung zu geben. Dementsprechend könne der Schuldner im Offenbarungstermin nur formelle Rügen geltend machen, materiellrechtliche Einwände seien auf die Vorlage von Urkunden gemäß §§ 775 Nr. 4, 5 ZPO beschränkt.

⁴⁰⁸ Gaul ZZP 110 (1997), 3, 11-13.

⁴⁰⁹ Lippross VollstrR 8. Aufl. Rn 561; Lippross JA 1980, 16.

(3) BGHZ 118, 201: Grundsätze unanwendbar bei Vollstreckung in Dritteigentum

- 229 Ungeachtet dieser Kritik hielt der BGH in der Folgezeit an den in BGHZ 74, 9 entwickelten Grundsätzen fest⁴¹⁰. In BGHZ 118, 201 musste er sich schließlich mit der Frage befassen, ob die Grundsätze auch bei der Vollstreckung in Dritteigentum gelten. Das Berufungsgericht als Vorinstanz hatte dies bejaht und dem Vollstreckungsgläubiger bei der Pfändung und Versteigerung einer schuldnerfremden Sache ebenfalls ein „Recht auf Irrtum“ zugestanden. Der BGH widersprach dem Berufungsgericht und entschied, dass die Grundsätze zur subjektiv redlichen Inanspruchnahme eines Rechtspflegeverfahrens auf die Vollstreckung in Dritteigentum nicht anwendbar seien.
- 230 Die unterschiedliche Beurteilung beider Fallgruppen begründete der BGH wie folgt: Die Grundsätze könnten nur dort Anwendung finden, wo durch § 823 BGB geschützte Rechtsgüter desjenigen beeinträchtigt würden, der selbst (i.d.R. als Gegner) an dem Verfahren förmlich beteiligt sei. Denn das unerlässliche Korrelat des Verfahrensbetreibenden zum „Recht auf Irrtum“ stelle die Sicherung dar, welche die jeweilige prozessrechtliche Regelung dem Gegner biete. Der Gegner müsse die Rechtsgutsbeeinträchtigung nur deswegen ohne deliktsrechtlichen Schutz hinnehmen, weil er sich gegen ungerechtfertigte Inanspruchnahme in dem Rechtspflegeverfahren selbst wehren könne. Wo dies nicht der Fall sei, müsse es bei dem uneingeschränkten Rechtsgüterschutz bleiben, den § 823 I BGB gewähre. Da der Dritteigentümer nicht Beteiligter des Vollstreckungsverfahrens sei, und er den Vollstreckungszugriff durch den Gerichtsvollzieher nicht verhindern könne, sei hier die Rechtswidrigkeit allein durch die Eigentumsbeeinträchtigung

⁴¹⁰ BGH NJW 1985, 3080, 3081 re. Spalte; BGHZ 95, 11, 19; vgl. ferner: BVerfG NJW 1987, 1929 (Bestätigung der Rechtsprechung des BGH als verfassungskonform); OLG Celle ZIP 1998, 1444; OLG München VersR 2003, 120.

indiziert. Die Abwehrbefugnisse aus § 771 ZPO verdrängen den Deliktsschutz nicht.^{228a}

(4) Stellungnahme:

- 231 (a) Bezogen auf das Erkenntnisverfahren lässt sich nachvollziehen, dass Prozesshandlungen gar nicht oder nur in sehr begrenztem Umfang Anknüpfungspunkte für eine Schadensersatzhaftung darstellen dürfen. Denn den Parteien wird dort ausführlich rechtliches Gehör gewährt, unerwünschtes prozessuales Verhalten wird bereits durch innerprozessual Sanktionen geahndet (z.B. Präklusion), und das Gericht als unparteiische Instanz fällt eine (potentiell) rechtskräftige Entscheidung, die den Streit abschließen und den Rechtsfrieden wieder herstellen soll.
- 232 Auf das Vollstreckungsverfahren trifft indes keines dieser Merkmale zu. Das Vollstreckungsverfahren weist keine entsprechenden Verfahrensgarantien auf und endet folgerichtig auch nicht mit einer der Rechtskraft vergleichbaren „Vollstreckungskraft“. Das Hauptargument der Rechtsprechung und herrschenden Literatur gegen eine „Vollstreckungskraft“ ist gerade der Hinweis darauf, dass die Verteidigungsmöglichkeiten des Vollstreckungsschuldners und Drittbetroffener nicht sicher genug seien, um sie nach Beendigung des Vollstreckungsverfahrens mit materiellen Ausgleichs- und Ersatzansprüchen auszuschließen (s.o. Rn 136-142). Schon deshalb vermag es nicht zu überzeugen, wenn der BGH hier nun die These aufstellt, die Verteidigungsmöglichkeiten des Vollstreckungsschuldners seien im Regelfall sicher. Wie lückenhaft der Rechtsschutz des Vollstreckungsschuldners sein kann, belegt das bereits mehrfach erwähnte

^{228a} Die so modifizierte Rechtsprechung vertritt der Bundesgerichtshof bis heute, vgl. BGH NJW 2003, 1934, 1935.

- 233 **Beispiel:** G hat gegen S ein rechtskräftiges Urteil über 50.000 Euro erstritten. Den Urteilsbetrag überweist S wenig Tage nach Urteilsverkündung an G. Infolge eines Versehens übersieht G den Zahlungseingang. Durch das Vollstreckungsgericht lässt er Forderungen des S gegen die Bank DS aus einem Girovertrag pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Aufgrund der Zustellung des PfÜB führt die Bank DS einen von S in Auftrag gegebenen Aktienkauf über 30.000 Euro nicht aus. Die Aktien steigen an einem Tag um 30 %. Den entgangenen Gewinn von 9.000 Euro verlangt S von G ersetzt.
- 234 S hat hier keinerlei Möglichkeit sich gegen den Vollstreckungszugriff und den Vollstreckungsschaden zu wehren (vgl. § 834: Keine vorherige Anhörung des Schuldners), obwohl er förmlich Beteiligter des Vollstreckungsverfahrens ist. Würde man dem G hier trotz seines fahrlässigen Verhaltens ein Recht auf Irrtum zugestehen, müsste S seinen Schaden ersatzlos hinnehmen, obwohl ihm keinerlei Nachlässigkeit in eigenen Angelegenheiten vorzuwerfen ist. Dies ist offensichtlich unbillig.
- 235 (b) Auch die unterschiedliche Beurteilung der Frage der Rechtswidrigkeit nach dem Kriterium, ob die Vollstreckungsmaßnahme in absolute Rechtsgüter des (förmlich beteiligten) Vollstreckungsschuldners eingreift oder in absolute Rechtsgüter Dritter, vermag nicht zu überzeugen. Denn diese Unterscheidung führt zu erheblichen Wertungswidersprüchen:
- 236 So besteht bei der Pfändung einer schuldnerfremden Sache regelmäßig kein Ansatzpunkt für ein Fehlverhalten des Vollstreckungsgläubigers. Denn er hat i.d.R. keinerlei Einfluss darauf, welche Sachen der Gerichtsvollzieher pfändet, und auch der Gerichtsvollzieher als „Tatmittler“ des Vollstreckungsgläubigers kann die Eigentumsverhältnisse beim Vollstreckungszugriff nicht aufklären. Dies hindert den BGH indes nicht daran, den Vollstreckungszugriff als rechtswidrige unerlaubte Handlung des Vollstreckungsgläubigers zu qualifizieren. Demgegenüber soll der Vollstreckungsgläubiger, der übersehen hat, dass sein Schuldner die titulierte Forderung bereits beglichen hat, rechtmäßig handeln, weil eine sorgfältige Prüfung nicht

geschuldet sei. Wenn man beide Konstellationen schon unterschiedlich bewertet, läge es näher, die für den Gläubiger vermeidbare Vollstreckung nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs als rechtswidrig zu bewerten, und die für den Gläubiger unvermeidbare Pfändung einer schuldnerfremden Sache als rechtmäßig.

- 237 Die Wertungswidersprüche zeigen sich ferner bei dem Vergleich folgender Fälle. Erstens: Der Vollstreckungsgläubiger pfändet eine schuldnerfremde Sache, der Eigentümer verlangt Freigabe. Zweitens: Der Vollstreckungsgläubiger pfändet nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs Schuldner Eigentum, weil er fahrlässig übersehen hat, dass die titulierte Forderung bereits beglichen ist; der Vollstreckungsschuldner verlangt Freigabe. Unter Zugrundelegung der Unterscheidungskriterien des BGH ist die Pfändung des Dritteigentums im ersten Fall rechtswidrig. Im zweiten Fall müsste die Pfändung dagegen als rechtmäßig beurteilt werden, denn der Vollstreckungsgläubiger hat nicht grob fahrlässig gehandelt, und dem Vollstreckungsschuldner standen die Rechtsbehelfe der §§ 767, 775 Nr. 4, 5 ZPO zur Verfügung.
- 238 Vom Ergebnis her kann indes nicht zweifelhaft sein, dass der Vollstreckungsgläubiger die nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs gepfändete Sache unverzüglich wieder freigeben muss. Dieses Ergebnis lässt sich indes nicht plausibel begründen, wenn man die Pfändung als rechtmäßig beurteilt. Warum sollte der Vollstreckungsgläubiger eine Sache, die er rechtmäßig gepfändet hat, freigeben müssen? Angesichts der gleichartigen Sachlage drängt sich eine einheitliche Beurteilung der Frage der Rechtswidrigkeit hier geradezu auf. In beiden Fällen ist die Vollstreckung formell rechtmäßig, aber materiell ungerechtfertigt, so dass eine Störung der privaten Rechtslage vorliegt⁴¹¹. Es wäre daher nur folgerichtig, nicht allein die Vollstreckung in Dritteigentum als „privatrechtswidrig“ und

⁴¹¹ Lippross JA 1980, 16, 17.

somit rechtswidrig i.S.d. §§ 823 ff. BGB zu qualifizieren, sondern auch die Vollstreckung nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs.

- 239 (c) Die Wertungswidersprüche sind indes nicht überraschend, wenn man sich vor Augen führt, dass der BGH in beiden Fallkonstellationen unterschiedliche Rechtswidrigkeitsbegriffe verwendet:
- 240 Die bereits früh entwickelte Rechtsprechung zur Vollstreckung in Dritteigentum ist geprägt von der Vorstellung der Rechtswidrigkeit als Erfolgsunrecht. Die Lehre vom Erfolgsunrecht argumentiert vom Standort des Schutzgutes aus und übernimmt deshalb den am Störungszustand ausgerichteten Rechtswidrigkeitsbegriff des Sachenrechts⁴¹². Danach ist jede Verletzung eines der in § 823 BGB genannten Rechte oder Rechtsgüter rechtswidrig, sofern nicht ausnahmsweise ein Rechtfertigungsgrund eingreift; die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit.
- 241 Bei einer Schädigung des Vollstreckungsschuldners hält der BGH dagegen seit BGHZ 74, 9 eine Betrachtungsweise wie bei den sog. offenen Tatbeständen für geboten und folgt damit im Ergebnis der Lehre vom Handlungsunrecht⁴¹³. Sie sieht den Ansatz für das Rechtswidrigkeitsurteil nicht im Verletzungserfolg, sondern in der zum Erfolg führenden Handlung. Eine Handlung, die objektiv der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspreche, könne nicht rechtswidrig sein, auch wenn sie für den Erfolg ursächlich werde.
- 242 Der in BGHZ 118, 201 unternommene Versuch, beide Ansätze zu harmonisieren, überzeugt – wie dargelegt – nicht. Er musste fehlschlagen, weil beide Konzepte miteinander unvereinbar sind. Denn nach der Lehre vom Handlungsunrecht sind wesentliche Elemente der Fahrlässigkeit bereits im Rahmen der Rechtswidrigkeit zu prüfen, die

⁴¹² RGRK/Steffen § 823 Rn 115.

⁴¹³ BGHZ 74, 9, 14 ff., 17: Der BGH verneint die Rechtswidrigkeit u.a. mit dem Argument, dass „dem Schuldner, der seine Rechte selbständig wahrnehmen mag, grundsätzlich keine sorgfältige Prüfung der Berechtigung geschuldet wird.“

nach der Lehre vom Erfolgsunrecht erst beim Verschuldensvorwurf eine Rolle spielen⁴¹⁴. Während die entscheidenden Wertungen von den Vertretern der Lehre vom Handlungsunrecht bereits auf der Ebene der Rechtswidrigkeit vorgenommen werden, ist nach der Lehre vom Erfolgsunrecht die Rechtswidrigkeit durch die Beeinträchtigung des Schutzguts regelmäßig indiziert, und die entscheidenden Wertungen erfolgen erst auf der Verschuldensstufe. Beide Theorien gelangen auf diese Weise bei unterschiedlicher Begründung in den meisten Fällen zu den gleichen Ergebnissen⁴¹⁵. Wo die Lehre vom Erfolgsunrecht ein Verschulden verneint, verneint die Lehre vom Handlungsunrecht i.d.R. bereits die Rechtswidrigkeit⁴¹⁶.

- 243 Bezeichnenderweise sind dann auch die Erwägungen, die der BGH bei der Vollstreckung in schuldnerfremde Sachen zur Frage des Verschuldens anstellt, denjenigen von BGHZ 74, 9 zur Frage der Rechtswidrigkeit sehr ähnlich. Auch bei der Vollstreckung in Dritteigentum schließt der BGH aus der verfahrensrechtlichen Legalität der Vollstreckung, dass ein Verschulden des Vollstreckungsgläubigers nur unter sehr engen Voraussetzungen zu bejahen sei⁴¹⁷. Umgekehrt lesen sich die Ausführungen zur Rechtswidrigkeit in BGHZ 74, 9 wie eine Erörterung des Verschuldens, soweit darin auf die „subjektive Redlichkeit“ des Vollstreckungsgläubigers abgestellt wird, der für eine „fahrlässige Fehleinschätzung der Rechtslage“ nicht haften soll.

cc) Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht ?

- 244 Ist demnach die Rechtsprechung des BGH abzulehnen, stellt sich die Frage nach einer sachgerechten Lösung der Rechtswidrigkeitsproblematik. Erforderlich ist zunächst ein

⁴¹⁴ RGRK/Steffen § 823 Rn 108.

⁴¹⁵ Vgl. etwa Staudinger/Hager § 823 Rn B 72 ff. zur Nichtfreigabe gepfändeten Dritteigentums: „Ob der pfändende Gläubiger bei nicht hinreichender Darlegung (des Dritteigentums) nicht rechtswidrig oder nicht schuldhaft handelt, spielt für das Ergebnis keine Rolle.“

⁴¹⁶ Medicus BR Rn 606.

⁴¹⁷ vgl. BGHZ 58, 207, 212 ff.; BGHZ 55, 20, 30.

einheitlicher Rechtswidrigkeitsbegriff bei der Beurteilung der beiden Fallgruppen „Vollstreckung in Dritteigentum“ und „Vollstreckung ohne vollstreckbaren Anspruch“.

- 245 Bislang hat sich der BGH nicht nur im Zwangsvollstreckungsrecht, sondern auch auf anderen Rechtsgebieten nicht eindeutig zwischen der Lehre vom Erfolgsunrecht und der Lehre vom Handlungsunrecht entschieden. Zwar folgt der BGH nach eigenem Bekunden grundsätzlich der Lehre vom Erfolgsunrecht⁴¹⁸, sucht aber – so RGRK/Steffen – „in Fällen, in denen ihm die Einordnung sozialadäquater Verhaltensweisen als rechtswidrig wenig lebensnah erscheint, oder bei Verletzung nicht scharf abgegrenzter, offener Schutzgüter, oder wo eine generelle Abgrenzung von Haftungszuständigkeiten mehrerer Verletzungsbeteiligter notwendig ist, den Verhaltenspflichten in der Rechtswidrigkeitsstufe stärkere Geltung zu verschaffen“⁴¹⁹. Andere Autoren vertreten dagegen die Auffassung, der BGH folge in Wirklichkeit der Lehre vom Handlungsunrecht⁴²⁰.
- 246 Bei der gebotenen, eindeutigen Entscheidung für eine der beiden Rechtswidrigkeitstheorien sprechen die besseren Argumente für die Lehre vom Erfolgsunrecht:
- 247 Folgte man der Lehre vom Handlungsunrecht, bestünden gegen eine zwar mit objektiver Sorgfalt vorgenommene, aber rechtsgutsverletzende Handlung weder negatorische Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, noch könnte sich der Betroffene durch

⁴¹⁸ In BGHZ 74, 9, 14 spricht der BGH von „der die Rechtsprechung noch beherrschenden Vorstellung des Erfolgsunrechts“.

Grundlegend BGHZ GS 24, 21, 24: „Der Gesetzgeber bringt (...) dadurch, dass er den Unrechtstatbestand gesetzlich umschreibt, zum Ausdruck, dass er die Verletzung der in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter in der Regel als widerrechtlich ansieht. Durch den Zusatz „widerrechtlich“ weist er jedoch darauf hin, dass nicht notwendig mit der Verletzung schon die Rechtswidrigkeit gegeben ist, sondern dass diese aus besonderen Gründen entfallen kann.“

⁴¹⁹ RGRK-Steffen § 823 Rn 110.

⁴²⁰ MüKo/Mertens BGB 3. Aufl. § 823 Rn 23.

Notwehr verteidigen. Dass dies nicht richtig sein kann⁴²¹, zeigt auch ein Vergleich zum Strafrecht, wo es ebenfalls der h.M. entspricht, dass ein Betroffener eine drohende Rechtsgutsverletzung abwehren darf, ohne dass es darauf ankommt, ob der Täter die Gefahrenlage objektiv oder subjektiv pflichtwidrig herbeigeführt hat⁴²².

248 Zudem geht § 823 I BGB davon aus, dass die Haftung sowohl Rechtswidrigkeit als auch Fahrlässigkeit voraussetzt, es sich also um zwei voneinander zu trennende Haftungsvoraussetzungen handelt. Nach § 276 BGB ist die Frage der Fahrlässigkeit eine Frage des Verschuldens. Dem entspricht es, dass auch im Leistungsstörungsrecht die Frage der Fahrlässigkeit auf der Verschuldensebene erörtert wird, während die Pflichtwidrigkeit sich bereits daraus ergibt, dass der äußere Tatbestand einer Leistungsstörung erfüllt ist. Für eine Fahrlässigkeitsprüfung auf der Verschuldensebene verbleibt aber nach der Lehre vom Handlungsunrecht kaum Raum⁴²³. Auch aus systematischen Gründen ist deshalb die Lehre vom Erfolgsunrecht vorzugswürdig.

249 Allerdings hat sich der BGH in BGHZ 74, 9 (15) daran gehindert gesehen, die Lehre vom Erfolgsunrecht im zugrunde liegenden Fall anzuwenden, „weil auch die nicht nur formal, sondern auch materiell berechnete Einleitung und Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens sogar typischerweise Schadensfolgen haben kann, die (...) der Gegner ersatzlos hinnehmen muss“. Deshalb könne allein die Beeinträchtigung der von § 823 I BGB geschützten Rechtsgüter die Rechtswidrigkeit weder bei der materiell berechtigten noch bei der materiell unberechtigten Vollstreckung indizieren.

250 Dem ist indes zu widersprechen. Zutreffend ist zwar die Überlegung, dass der Vollstreckungsgläubiger, der materiell gerechtfertigt vollstreckt, weil sein vollstreckbarer Anspruch besteht, auch dann

⁴²¹ Ebenso: Palandt/Thomas § 823 Rn 33; Staudinger/Hager § 823 Rn A6.

⁴²² LK/Spendel StGB § 32 Rn 55-57.

⁴²³ Vgl. Palandt/Heinrichs § 276 Rn 8, 9.

rechtmäßig handelt, wenn bei der Vollstreckung absolute Rechte des Schuldners beeinträchtigt werden (s.o. Rn 201). Die Schlussfolgerung des BGH, dann könne auch die Vollstreckung nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs nicht ohne weiteres rechtswidrig sein, überzeugt dagegen nicht.

- 251 Vielmehr ergibt sich die richtige Lösung aus dem Rechtsgedanken des § 229 BGB. Diese Norm rechtfertigt zur Durchsetzung eines privaten Anspruchs sogar den Einsatz privater Gewalt, sofern keine „obrigkeitliche Hilfe“ zu erlangen ist. Erst recht muss dann die materiell berechnigte Durchsetzung einer titulierten Forderung mittels obrigkeitlicher Hilfe, sprich Vollstreckungsorganen, durch § 229 BGB (analog) gerechtfertigt sein⁴²⁴.
- 252 Voraussetzung für das Eingreifen dieses Rechtfertigungsgrundes ist, dass der Anspruch dem Handelnden zusteht; guter Glaube an die Existenz des Anspruchs genügt nicht⁴²⁵. § 229 BGB (analog) greift somit nicht ein, wenn der Vollstreckungsgläubiger vollstreckt, obwohl der vollstreckbare Anspruch erloschen ist. Daraus folgt: Sowohl bei materiell berechtigten als auch bei materiell unberechnigten Vollstreckungsmaßnahmen indiziert die Beeinträchtigung eines absoluten Rechtsguts zunächst die Rechtswidrigkeit. Im Fall der materiell gerechtfertigten Vollstreckung besteht für den Eingriff jedoch ein Rechtfertigungsgrund gemäß § 229 BGB (analog).
- 253 Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten: Materiell ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen, durch die absolute Rechtsgüter eines anderen beeinträchtigt werden, sind rechtswidrig. Dies gilt nicht nur für Vollstreckungsmaßnahmen in Dritteigentum, sondern auch für Vollstreckungseingriffe in absolute Rechtsgüter des

⁴²⁴ Auf die Parallele zwischen der Vollstreckungshaftung als der Inanspruchnahme von staatlichem Zwang und der Selbsthilfe als privater Zwangsausübung weist auch Häsemeyer hin auf S. 9, 10, 50, 52, vgl. etwa S. 9: „Die Vollstreckungshaftung steht in materiellrechtlicher Affinität zu dem 6. Abschnitt des Allgemeinen Teils des BGB, Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung; Selbsthilfe (§§ 226 ff. BGB).“

⁴²⁵ Palandt/Heinrichs § 229 Rn 2.

Vollstreckungsschuldners, die nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs erfolgen⁴²⁶. Auf die subjektive Redlichkeit des Vollstreckungsgläubigers kommt es auf der Ebene der Rechtswidrigkeit nicht an.

In **Beispiel (2)** (Rn 185) stellt der von G durch seinen Haftantrag bewirkte Eingriff in die Freiheit des S folglich eine rechtswidrige unerlaubte Handlung des G dar, weil der vollstreckbare Anspruch erloschen war.

dd) Mittelbare Verletzungen

- 254 Der Fall BGHZ 74, 9 (= Beispiel (1), Rn 184) weist insofern eine Besonderheit auf, als der Gesundheitsschaden des Vollstreckungsschuldners dort nur mittelbar durch die Vollstreckungsmaßnahme verursacht wurde. Die unmittelbare Ursache für die Gesundheitsbeeinträchtigung des Vollstreckungsschuldners war seine Aufregung über die materiell ungerechtfertigte Eintragung im Schuldnerverzeichnis und den Haftbefehl. Es handelte sich um einen sog. psychisch vermittelten Gesundheitsschaden⁴²⁷.
- 255 Bloß mittelbare Beeinträchtigungen eines absoluten Rechtsguts indizieren auch nach der Lehre vom Erfolgsunrecht nicht ohne weiteres, dass der Geschädigte von einem anderen rechtswidrig verletzt worden ist. Nur wenn der „Täter“ unmittelbar in das absolute Recht(sgut) eingreift, lässt der Erfolg den Rückschluss darauf zu, dass sich der Schädiger den Schutzgütern übermäßig gefährlich angenähert hat⁴²⁸. In größerer Entfernung, bei bloß mittelbaren Eingriffen, bedarf der Geltungsanspruch des § 823 I BGB dagegen zusätzlicher Abstimmung mit der Handlungs- und Bewegungsfreiheit des Schädigers⁴²⁹. Mittelbare Eingriffe durch Tun sind dabei ebenso wie Unterlassungen dadurch gekennzeichnet, dass der letzte zum Schaden führende

⁴²⁶ Ebenso z.B. Henckel S. 248 ff.; Lippross VollstrR 8. Aufl. Rn 561; Lippross JA 1980, 16, 17.

⁴²⁷ S.o. Rn 191, 192.

⁴²⁸ RGRK/Steffen § 823 Rn 107.

⁴²⁹ RGRK/Steffen § 823 Rn 107.

Verursachungsbeitrag nicht vom Täter gesetzt wird, sondern von Dritten, Naturgewalten oder vom Geschädigten selbst⁴³⁰. In diesen Fällen bedarf es erst der positiven Feststellung, dass der Erfolg trotz der zwischen Handlung und Erfolg bestehenden „Lücke“ gleichwohl zurechenbar auf der Handlung beruht.

- 256 Meinungsverschiedenheiten bestehen darüber, ob es bei der Problematik der mittelbaren Eingriffe um die Frage der Rechtswidrigkeit des Eingriffs geht oder ob es sich um ein Problem der haftungsbegründenden Kausalität zwischen der Handlung (Tun/Unterlassen) und dem Verletzungserfolg, handelt. Vorzugswürdig ist die letztgenannte Auffassung⁴³¹. Denn der Tatbestand des § 823 I BGB verlangt neben der Rechtswidrigkeit nicht lediglich eine Beeinträchtigung eines absoluten Rechts(guts), sondern dessen „Verletzung“. Wird eine Handlung als nicht haftungsrelevant beurteilt, weil der Erfolg maßgeblich auf anderen Umständen beruht, lässt sich schon nicht von einer durch den Handelnden zugefügten Verletzung sprechen⁴³². Durch diese Prüfungsreihenfolge wird zudem vermieden, dass die Zurechnungsfrage künstlich gesplittet wird und sowohl im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität als auch im Rahmen der Rechtswidrigkeit erörtert werden muss.
- 257 In BGHZ 74, 9, 19 hat der BGH zu Recht die haftungsbegründende Kausalität zwischen der vom Vollstreckungsgläubiger veranlassten Vollstreckungsmaßnahme und der Gesundheitsverletzung des Vollstreckungsschuldners bejaht. Denn angesichts der erheblichen Kreditschädigung, die regelmäßig mit einer Eintragung im Schuldverzeichnis verbunden ist, kann es nicht als gänzlich ungewöhnlich angesehen werden, dass der Vollstreckungsschuldner aus Aufregung über eine zu Unrecht erfolgte Eintragung einen

⁴³⁰ Staudinger/Hager § 823 Rn E 1 ff.

⁴³¹ Medicus BR Rn 647; Erman/G.Schiemann § 823 Rn 75, 76.

⁴³² Vgl. Medicus II BT Rn 749, 750.

Gesundheitsschaden erleidet. Es handelt sich um einen adäquat kausalen, zurechenbaren Schaden⁴³³.

In **Beispiel (1)** (Rn 184) hat deshalb G zurechenbar und rechtswidrig i.S.d. § 823 I BGB die Gesundheit des S verletzt.

ee) Ergebnis zur Rechtswidrigkeit:

- 258 Beeinträchtigt der Vollstreckungsgläubiger durch Vollstreckungsmaßnahmen unmittelbar absolute Rechte des Vollstreckungsschuldners (oder Dritter), indiziert dies die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens (Lehre vom Erfolgsunrecht).
- 259 Handelt es sich – wie im Regelfall – um materiell gerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen, greift § 229 BGB (analog) als Rechtfertigungsgrund ein; solche Maßnahmen sind rechtmäßig.
- 260 Materiell ungerechtfertigten Vollstreckungsmaßnahmen sind dagegen durch keinen Rechtfertigungsgrund gedeckt, so dass es bei der Indizwirkung verbleibt. Die Rechtswidrigkeit wird weder dadurch ausgeschlossen, dass der Vollstreckungsgläubiger im Rahmen eines Rechtspflegeverfahrens handelt, noch durch eine etwaige subjektive Redlichkeit des Vollstreckungsgläubigers.
- 261 Führen Vollstreckungsmaßnahmen lediglich mittelbar zur Beeinträchtigung eines absoluten Rechtsguts, ist vorrangig zu klären, ob die erforderliche haftungsbegründende Kausalität zwischen Gläubigerverhalten und Rechtsgutbeeinträchtigung vorliegt. Ist das zu bejahen, indiziert die Tatbestandsverwirklichung die Rechtswidrigkeit des Gläubigerverhaltens in der gleichen Weise wie bei einem unmittelbaren Eingriff. Andernfalls scheidet eine Haftung bereits an der fehlenden haftungsbegründenden Kausalität.

⁴³³ BGHZ 74, 9, 19.

c) Verschulden

- 262 Die Entscheidung, ob der Vollstreckungsgläubiger für einen Schaden des Vollstreckungsschuldners haftet, der zurechenbar auf einer materiell ungerechtfertigten Vollstreckungsmaßnahme beruht, fällt somit nicht auf der Rechtswidrigkeitsebene, sondern auf der Ebene des Verschuldens.

aa) Einfache oder grobe Fahrlässigkeit?

- 263 Fraglich ist, welcher Verschuldensmaßstab bei der Beurteilung des Gläubigerverhaltens anzulegen ist.
- 264 Der BGH erörtert die Frage des Haftungsmaßstabes auf der Ebene der Rechtswidrigkeit. Seit BGHZ 74, 9 vertritt er die Ansicht, dass der Rechtsschutz Begehrende seinem Gegner nach Deliktsrecht nicht für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage hafte⁴³⁴. Dem Vollstreckungsschuldner werde bei Einleitung des Vollstreckungsverfahrens grundsätzlich keine sorgfältige Prüfung der Berechtigung geschuldet⁴³⁵. Der Verfahrensbetreibende habe ein Recht auf Irrtum. Das gelte auch für den Fall, dass der Vollstreckungsgläubiger vor der Einleitung weiterer Vollstreckungsmaßnahmen die zwischenzeitliche Tilgung der Schuld fahrlässig übersehe⁴³⁶. Das Recht des Vollstreckungsgläubigers auf Irrtum ende allerdings dort, wo seine prozessuale Entschluss- und Handlungsfreiheit durch ein Haftungsrisiko nicht unzumutbar beschränkt werde⁴³⁷. Diese Rechtsprechung lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass der Vollstreckungsgläubiger nur im Falle grober Fahrlässigkeit für eine Verletzung absoluter Rechtsgüter des Vollstreckungsschuldners haften soll⁴³⁸.

⁴³⁴ BGHZ 74, 9, 15.

⁴³⁵ BGH aaO, 17.

⁴³⁶ BGH aaO., 17.

⁴³⁷ BGH aaO, 17.

⁴³⁸ Gaul ZZP 110 (1997), 3, 12.

- 265 Die Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit steht indes im Widerspruch zum Wortlaut des § 823 I BGB, der eine Haftung bereits bei einfacher Fahrlässigkeit vorsieht. Der Widerspruch wird auch nicht dadurch beseitigt, dass der BGH bereits beim Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit prüft, ob der Vollstreckungsgläubiger grob fahrlässig gehandelt hat. Denn sachlich ändert dies nichts daran, dass der BGH einen milderen Haftungsmaßstab anwendet, als das Gesetz vorsieht⁴³⁹. Zudem ist die Vorverlagerung der Fahrlässigkeitsprüfung auf die Ebene der Rechtswidrigkeit ohnehin als systemwidrig abzulehnen (s.o. Rn 248 f.).
- 266 Schließlich vermag die Rechtsprechung auch deshalb nicht zu überzeugen, weil der BGH bislang nicht die Grundfrage erörtert hat, welches die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist, die ein Vollstreckungsgläubiger im Vollstreckungsverfahren beachten muss. Der BGH führt lediglich aus, dass der Vollstreckungsgläubiger dem Vollstreckungsschuldner „grundsätzlich keine sorgfältige Prüfung der Berechtigung schulde“. Angesichts dieser Begründung hätte der BGH aber genau genommen schon einfache Fahrlässigkeit verneinen müssen, denn: Wenn jemand eine Prüfung unterlässt, die er nicht schuldet, kann dies bereits nicht als Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bewertet werden.
- 267 Tatsächlich besagen die Begriffe Fahrlässigkeit und grobe Fahrlässigkeit über die konkreten Voraussetzungen einer Haftung wenig, solange nicht feststeht, von welchen Sorgfaltsanforderungen ausgegangen wird⁴⁴⁰. So gelangt man jeweils zu dem gleichen

⁴³⁹ Die Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit ist im Deliktsrecht nur für den Fall anerkannt, dass zwischen den Parteien gleichzeitig ein vertragliches oder vertragsähnliches Verhältnis besteht, in dem lediglich für grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird (vgl. Medicus BR Rn 7 und 639 ff.). Der BGH geht zwar davon aus, dass zwischen den Vollstreckungsparteien ein Sonderverhältnis privatrechtlicher Art besteht, leitet die Haftungsbeschränkung jedoch nicht aus diesem ab, sondern wendet sie auch im Verhältnis des Vollstreckungsschuldners zum Gläubigeranwalt an, vgl. BGHZ 74, 9 f.

⁴⁴⁰ Vgl. auch Stein/Jonas/Münzberg vor § 704 Fn 108: „, Vermutung der Rechtmäßigkeit‘ und Verneinung einer Pflicht ‚mit Sorgfalt zu prüfen‘ (...) treffen

Ergebnis, wenn man das eine Mal eine Haftung für einfache Fahrlässigkeit annimmt, aber die Sorgfaltsanforderungen begrenzt, und das andere Mal die Haftung zwar auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt, aber zunächst sehr weitgehende Sorgfaltsanforderungen zugrundelegt.

268 Wegweisend für eine Lösung, die mit dem Wortlaut des § 823 I BGB im Einklang steht, ist die Rechtsprechung des BGH zur Haftung des Vollstreckungsgläubigers bei der Nichtfreigabe von gepfändetem Dritteigentum. Im Ergebnis haftet der Vollstreckungsgläubiger auch dort lediglich unter engen Voraussetzungen⁴⁴¹. Nur gelangt der BGH zu diesem Ergebnis, indem er bereits im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung die Sorgfaltsanforderungen einschränkt. Auch für Vollstreckungsmaßnahmen nach Erlöschen der titulierten Forderung ist eine Begrenzung der Haftung auf diesem Wege vorzunehmen.

269 Zwischenergebnis: Eine Beschränkung des Verschuldensmaßstabes auf grobe Fahrlässigkeit ist abzulehnen. Der Vollstreckungsgläubiger haftet entsprechend dem Wortlaut des § 823 I BGB bei einfacher Fahrlässigkeit⁴⁴².

bb) Sorgfaltspflichten des Vollstreckungsgläubiger

270 Zu klären bleibt, welches die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist, die der Vollstreckungsgläubiger zur Vermeidung einer Haftung beachten muss.

271 (1) Bei der Festlegung der Sorgfaltspflichten geht es letztlich um die gerechte Aufteilung des Schadensrisikos zwischen den Vollstreckungsparteien. Bei der gebotenen Risikoverteilung verdienen folgende Aspekte besondere Berücksichtigung:

zwar Wesentliches (...), helfen aber wenig bei der Frage, ob dennoch eine deliktische Verhaltenspflicht i.S.d. § 823 BGB bestand und verletzt wurde.“

⁴⁴¹ Vgl. z.B. die Darstellung bei Staudinger/Hager § 823 Rn B 73.

⁴⁴² Ebenso: Lippross VollstrR 8. Aufl. Rn 561; Lippross JA 1980, 16, 17.

- 272 Die Ausgangsposition des Gläubigers ist in einem Rechtsstreit deutlich schlechter als die des Schuldners. Der Gläubiger muss die Barrieren des Erkenntnis- und ggfls. des Vollstreckungsverfahrens überwinden, um seinen Anspruch zu realisieren, während der Schuldner schon durch die bloße Weigerung dem Gläubiger sein Recht vorenthalten kann⁴⁴³. Dem Schuldner kommt auf diese Weise ein vorläufiger Bestandsschutz zugute, der Gläubiger ist dagegen genötigt, die Rolle des Angreifers zu übernehmen⁴⁴⁴. Zu Schäden des Schuldners kann es überhaupt erst kommen, wenn der Schuldner die Leistung vorprozessual zu Unrecht verweigert und den Gläubiger zur Führung eines Prozesses genötigt hatte. Wenn es nun aber schon das Los des Gläubigers ist, seinen Anspruch im Zivilprozess durchsetzen zu müssen, so muss ihm auch das Recht zugestanden werden, entschieden um seinen Anspruch zu streiten⁴⁴⁵, und es dürfen an ihn in der Zwangsvollstreckung keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden, die das Haftungsrisiko unzumutbar erweitern.
- 273 Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, dass die Formalisierung der Vollstreckungsvoraussetzungen nicht nur eine technische Vereinfachung zur Entlastung der Vollstreckungsorgane darstellt, sondern auch dem Gläubigerinteresse an einem energischen, raschen Vollstreckungszugriff dient. Dem Vollstreckungsgläubiger ist daher jedenfalls die Beachtung einfacher Sorgfaltspflichten zuzumuten. Dies erscheint schon deshalb unerlässlich, weil der Vollstreckungsschuldner im Einzelfall auch geschädigt werden kann, ohne dass er den Schaden durch Rechtsbehelfe hätte abwehren können, so z.B. beim Vollstreckungszugriff in der Forderungsvollstreckung, der ohne seine vorherige Anhörung erfolgt (s.o. Rn 233, 234).

⁴⁴³ Häsemeyer S. 33, 50.

⁴⁴⁴ Häsemeyer S. 50.

⁴⁴⁵ Häsemeyer S. 5.

- 274 (2) Aufgrund der vorstehenden Erwägungen erscheint es sachgerecht, die Sorgfaltsanforderungen wie folgt zu bestimmen.
- 275 (a) Der Vollstreckungsgläubiger einer Geldforderung ist verpflichtet, vor der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen sorgfältig zu prüfen, ob ein Zahlungseingang erfolgt ist. Unterlässt er eine Überprüfung der Zahlungseingänge oder übersieht er versehentlich den Zahlungseingang, handelt er fahrlässig und haftet gemäß § 823 I BGB für einen eintretenden Vollstreckungsschaden. Da die Überprüfung einfach, zuverlässig und ohne Zeitaufwand durchgeführt werden kann, bedeutet die Erfüllung dieser Sorgfaltspflicht keine unzumutbare Beschränkung der Entschluss- und Handlungsfreiheit des Vollstreckungsgläubigers. Es besteht deshalb auch keine Veranlassung, dem Vollstreckungsgläubiger insoweit ein „Recht auf Irrtum“ zuzugestehen⁴⁴⁶.
- 276 (b) Fraglich ist die Beurteilung, wenn eine Zahlung des Vollstreckungsschuldners in den Zeitraum zwischen Antragstellung und Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme fällt und vom Vollstreckungsgläubiger nicht bemerkt wird. Fahrlässigkeit wäre hier nur dann zu bejahen, wenn es zu den Sorgfaltspflichten des Vollstreckungsgläubigers zählen würde, seine Konten auch nach der Antragstellung weiterhin auf Zahlungseingänge zu überprüfen, um den Antrag ggfls. rechtzeitig wieder zurücknehmen zu können.
- 277 Gegen die Belastung des Vollstreckungsgläubigers mit einer solchen Überwachungspflicht und dem damit verbundenen Haftungsrisiko spricht jedoch, dass der Vollstreckungsschuldner in einem derartigen Fall für seine Gefährdung in hohem Maße selbst verantwortlich ist. Denn die beschriebene Fallkonstellation setzt voraus, dass der Vollstreckungsschuldner die geschuldete Leistung, die er dem Vollstreckungsgläubiger bereits vorprozessual vorenthalten hatte, auch nach seiner Verurteilung zunächst nicht freiwillig erbracht hat.

⁴⁴⁶ Lippross JA 1980, 16, 17.

Damit hat er die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen herausgefordert. Wenn er schließlich doch noch stillschweigend den Forderungsbetrag überweist, muss er damit rechnen, dass inzwischen Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet sind. Deshalb ist dem Vollstreckungsschuldner hier zuzumuten, sich im eigenen Interesse mit dem Vollstreckungsgläubiger in Verbindung zu setzen und darauf hinzuwirken, dass die Vollstreckung nicht fortgeführt wird, oder durch andere Maßnahmen die Abwendung eines Schadens sicherzustellen (z.B. Aufbewahrung und Vorlage des Bankbelegs gem. § 775 Nr. 4 ZPO). Wenn der Vollstreckungsschuldner stattdessen darauf vertraut, dass der Zahlungseingang schon rechtzeitig vom Vollstreckungsgläubiger bemerkt und die Vollstreckung gestoppt werde, so erscheint dieses Vertrauen angesichts seines eigenen Vorverhaltens nicht schutzwürdig.

- 278 Für diese Lösung spricht auch, dass als haftungsrelevantes Verhalten des Vollstreckungsgläubigers lediglich ein Unterlassen in Betracht käme, nämlich die Nicht-Rücknahme des Antrags nach Erfüllung der titulierten Forderung. Um zu einer Haftung des Vollstreckungsgläubigers zu gelangen, bedürfte es deshalb der Annahme einer besonderen Garantienpflicht des Vollstreckungsgläubigers⁴⁴⁷. Angesichts der Tatsache, dass der Vollstreckungsschuldner die besondere Gefahrenlage durch die unberechtigte Zahlungsverweigerung selbst geschaffen hat, ist eine Garantienpflicht des Vollstreckungsgläubigers aber zu verneinen. Insbesondere ergibt sich keine Garantienpflicht unter dem Gesichtspunkt eines pflichtwidrigen, schadensnahen Vorverhaltens (Ingerenz)⁴⁴⁸. Denn die Einleitung des Vollstreckungsverfahrens, d.h. die Antragstellung als aktives Tun, war berechtigt, wenn die titulierte Forderung im Zeitpunkt der Antragstellung noch bestand.

⁴⁴⁷ Vgl. Jauernig/Teichmann § 823 Rn 29.

⁴⁴⁸ Vgl. Jauernig/Teichmann § 823 Rn 31.

- 279 Der Vollstreckungsgläubiger handelt somit nicht fahrlässig, wenn er nach der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen einen Zahlungseingang auf seinem Konto nicht bemerkt und deshalb den Antrag nicht zurücknimmt.
- 280 (c) Weist der Vollstreckungsschuldner den -gläubiger dagegen schrift- oder telefonisch auf die zwischenzeitliche Erfüllung der titulierten Forderung hin, verlangt es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, dass der Vollstreckungsgläubiger den Antrag zurücknimmt. Unterlässt er dies versehentlich, handelt er fahrlässig und haftet gemäß § 823 I BGB auf Schadensersatz⁴⁴⁹.
- 281 In **Beispiel (2)** (Rn 185) haftet deshalb G aufgrund des Fehlers seiner Sekretärin für den Gesundheitsschaden des S aus § 831 I 1 BGB, es sei denn es gelingt ihm, sich gem. § 831 I 2 BGB zu exkulpieren.
- 282 Ein Verletzung von Sorgfaltspflichten ist auch dann zu bejahen, wenn der Vollstreckungsgläubiger Vereinbarungen mit dem Vollstreckungsschuldner trifft, wie etwa die Stundung der titulierten Forderung, und dann die Vollstreckung entgegen solcher Abreden einleitet oder fortsetzt.
- 283 (d) Stellt der Vollstreckungsgläubiger nach dem fruchtlosem Verlauf einer Vollstreckungsmaßnahme den Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung, so bedarf es keiner erneuten Überprüfung der Zahlungseingänge. Denn mit einer kommentarlosen Zahlung des Vollstreckungsschuldners braucht der Vollstreckungsgläubiger in diesem Verfahrensstadium nicht zu rechnen. Auch hier ist dem Vollstreckungsschuldner zuzumuten, sich im eigenen Interesse darum zu kümmern, dass die Vollstreckung gegen ihn gestoppt wird.

⁴⁴⁹ So im Ergebnis auch BGHZ 74, 9, 17 f.; BGH NJW 1985, 3080.

- 284 In den **Beispielen (1), (3) und (4)** (Rn 184 f.) handelte der Vollstreckungsgläubiger daher nicht schuldhaft, als er den Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung stellte. Es gehörte nicht zu seiner Sorgfaltspflichten, nach dem fruchtlosen Verlauf der Vollstreckung gegen S zu überprüfen, ob S anschließend die titulierte Forderung noch stillschweigend freiwillig erfüllt hat.
- 285 (e) Schließlich kann nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens zwischen den Parteien Streit darüber entstehen, ob der titulierte Anspruch aufgrund eines nachträglichen, nicht präkludierten Umstandes erloschen oder nicht mehr durchsetzbar ist. Lässt der Vollstreckungsgläubiger den Titel ungeachtet des Streits vollstrecken und stellt sich anschließend heraus, dass die titulierte Forderung nicht mehr bestand bzw. durchsetzbar war, fragt sich, ob er für einen Vollstreckungsschaden des Vollstreckungsschuldners haftet.
- 286 **Beispiel:** Der Steuerberater G hat gegen seinen Mandanten M aus dem Jahre 1998 Honoraransprüche i.H.v. 50.000 Euro. S, der Sohn des M, bürgt für diese Schuld seines Vaters. Im August 1999 wird S als Bürge zur Zahlung von 50.000 Euro an G verurteilt. Seine Berufung wird in der mündlichen Verhandlung vom März 2000 zurückgewiesen. Auch die Revision, über die im November 2001 verhandelt wird, bleibt ohne Erfolg⁴⁵⁰. G lässt den rechtskräftigen Titel vollstrecken. Der Gerichtsvollzieher findet jedoch keine pfändbaren Gegenstände bei S vor. S schreibt dem G, er protestiere gegen die Vollstreckung. Sie sei unzulässig, weil die Honoraransprüche gegen M verjährt seien. G ignoriert das Schreiben und beantragt die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und den Erlass eines Haftbefehls. Als S im Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nicht erscheint, wird er im Schuldnerverzeichnis eingetragen und verhaftet. S erhebt Vollstreckungsgegenklage und verlangt ein angemessenes Schmerzensgeld von G wegen der Freiheitsentziehung.
- 287 Lösung: Die Verhaftung des S war materiell ungerechtfertigt und damit rechtswidrig i.S.d. §§ 823 I, 847 BGB. Denn die Klage des G gegen den S als Bürgen hatte die Verjährung der Hauptforderung gegen M nicht unterbrochen. Der Honoraranspruch gegen M war mit Ablauf des Jahres 2000 verjährt (§§ 196 I Nr. 15, 198, 201 BGB a.F.). S konnte die Verjährung der Hauptforderung der Bürgschaftsschuld entgegenhalten, § 768 I 1 BGB i.V.m. § 222 BGB⁴⁵¹. Die Einrede war auch nicht präkludiert, weil sie im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der

⁴⁵⁰ Der Sachverhalt ist bis zu dieser Stelle der Entscheidung BGH NJW 1998, 2972 nachgebildet.

⁴⁵¹ Vgl. BGH NJW 1998, 2972 f.

Tatsacheninstanz, im März 2000, noch nicht bestand⁴⁵². Fraglich ist, ob dem G ein Verschuldensvorwurf zu machen ist.

- 288 Die Antwort hängt davon ab, inwieweit es zu den Sorgfaltspflichten des Vollstreckungsgläubigers gehört, im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens noch einmal in die Prüfung der Sach- und Rechtslage einzutreten.
- 289 Eine Pflicht des Vollstreckungsgläubigers zur umfassenden Prüfung der Sach- und Rechtslage ist abzulehnen. Gegen eine solche Pflicht spricht insbesondere, dass der Vollstreckungsgläubiger gar nicht die Möglichkeit hätte, in Zweifelsfällen gerichtlich klären zu lassen, ob die titulierte Forderung noch besteht und vollstreckbar ist. Denn für eine solche (Feststellungs-)Klage bestünde aufgrund des vorhandenen Vollstreckungstitels kein Rechtsschutzbedürfnis. Außerdem wäre ihm eine solche Klage auch nicht zumutbar, nachdem er bereits den Vollstreckungstitel erstreiten musste. Deshalb obliegt es dem Vollstreckungsschuldner, von der Möglichkeit der Vollstreckungsgegenklage Gebrauch zu machen, wenn er der Ansicht ist, gegen die Vollstreckung bestünden begründete Einwendungen⁴⁵³.
- 290 Eine Ausnahme ist nur für den Fall geboten, dass der Vollstreckungsschuldner ausdrücklich einen bestimmten Einwand gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger geltend macht, und an der Berechtigung des Einwandes kein vernünftiger Zweifel bestehen kann. Bedenkt man nämlich, dass der Vollstreckungsgläubiger u.U. sogar für den Schaden aus der Vollstreckung eines rechtskräftigen Titels haftet, wenn dieser offensichtlich falsch ist (Rn 21), muss man erst recht erwarten, dass der Vollstreckungsgläubiger offensichtlich begründete Einwendungen, die nicht i.S.d. § 767 II ZPO präkludiert sind, beachtet. Wenn der Vollstreckungsgläubiger in einem solchen Fall den Titel gleichwohl vollstrecken lässt, handelt er daher schuldhaft.

⁴⁵² BGH aaO.

⁴⁵³ So auch Häsemeyer S. 44 („Wechsel der Feststellungslast“).

- 291 Im obigen **Beispiel** (Rn 286) scheidet eine Schadenersatzhaftung des G gem. § 823 I BGB mangels Verschuldens aus. Der Einwand des S betraf eine strittige Rechtsfrage. Eine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage brauchte G ohnehin nicht vornehmen oder vornehmen zu lassen. Es handelte sich um keine offensichtlich begründete Einwendung.
- 292 Will der Vollstreckungsgläubiger in Zweifelsfällen sicher gehen, dass er sich durch die Vollstreckung eines Titels nicht schadenersatzpflichtig macht, kann er dem Vollstreckungsschuldner anheim stellen, innerhalb einer bestimmten Frist die Rechtslage mittels einer Vollstreckungsgegenklage klären zu lassen. Macht der Vollstreckungsschuldner von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, und leitet der Vollstreckungsgläubiger daraufhin Vollstreckungsmaßnahmen ein, ist eine Haftung in jedem Fall zu verneinen.

cc) Mitverschulden des Vollstreckungsschuldners

- 293 In der Regel beruht eine Schädigung des Vollstreckungsschuldners auch darauf, dass er sich aus Nachlässigkeit nicht rechtzeitig gegen eine unberechtigte Vollstreckungsmaßnahme mit den statthaften Rechtsbehelfen zur Wehr gesetzt hat. So beruht eine Schädigung des Vollstreckungsschuldners im Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung häufig darauf, dass er keine Vollstreckungsgegenklage erhebt und auch der Terminladung nicht Folge leistet. Der Nichtgebrauch der Rechtsbehelfsmöglichkeiten begründet auch hier – entsprechend der allgemeinen Grundsätze – den Einwand eines mitwirkenden Mitverschuldens (§ 254 II BGB)⁴⁵⁴. Das Mitverschulden wird in solchen Fällen regelmäßig mit mindestens 50 % zu bewerten sein⁴⁵⁵ oder unter Umständen sogar eine Haftung ganz ausschließen⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Lippross VollstrR 8. Aufl. Rn 561; Gaul ZZP 110 (1997), 3, 12.

⁴⁵⁵ Vgl. BGH NJW 1985, 3080, 3082.

⁴⁵⁶ Vgl. Lippross VollstrR 8. Aufl. Rn 561.

dd) Ergebnis zum Verschulden:

- 294 Den Vollstreckungsgläubiger trifft die Sorgfaltspflicht, vor der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen zu prüfen, ob die titulierte Forderung erfüllt ist, und Vereinbarungen zu beachten, die er mit dem Vollstreckungsschuldner nach Titelerlass getroffen hat (Stundung etc.). Verstößt er gegen diese Sorgfaltspflichten, handelt er fahrlässig und haftet gemäß § 823 I BGB für einen eintretenden Schaden. Ein „Recht auf Irrtum“ ist ihm insoweit nicht zuzugestehen.
- 295 Dagegen ist der Vollstreckungsgläubiger nicht verpflichtet, nach der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen seine Bankkonten weiterhin auf etwaige Zahlungseingänge hin zu überwachen. Nur wenn ihn der Vollstreckungsschuldner ausdrücklich schriftlich oder (fern-)mündlich auf eine solche Zahlung hinweist, ist dem Vollstreckungsgläubiger die Nichtrücknahme eines Vollstreckungsauftrags als schuldhaftes Unterlassen anzulasten.
- 296 Im Übrigen besteht grundsätzlich keine Verpflichtung des Vollstreckungsgläubigers zu überprüfen, ob die titulierte Forderung noch fortbesteht oder einer Vollstreckung Einreden entgegenstehen. Nur wenn der Vollstreckungsschuldner gegenüber dem -gläubiger ausdrücklich einen bestimmten Einwand geltend macht, und an der Berechtigung dieses Einwandes kein vernünftiger Zweifel bestehen kann, handelt der Vollstreckungsgläubiger schuldhaft, wenn er den Titel gleichwohl vollstrecken lässt.
- 297 Hätte der Vollstreckungsschuldner seinen Schaden durch die Einleitung von Rechtsbehelfen verhindern können, trifft ihn ein erhebliches, anspruchsminderndes oder sogar anspruchsbeseitigendes Mitverschulden.

2. § 823 II BGB – Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens ?

- 298 Wie soeben gezeigt, trifft den Vollstreckungsgläubiger unter engen Voraussetzungen eine Haftung aus § 823 I BGB für Schäden des Vollstreckungsschuldners im Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung. Reine Vermögensschäden erfüllen indes nicht den Tatbestand des § 823 I BGB und können daher nicht gemäß §§ 823 I, 249 f. BGB vom Geschädigten ersetzt verlangt werden.
- 299 In **Beispiel (2)** (Rn 185) trifft den G daher zwar eine Haftung aus § 831 I 1, 823 I BGB für den Gesundheitsschaden des S, nicht jedoch für die Umsatzeinbußen, die G infolge der Eintragung in das Schuldnerverzeichnis erlitten hat.
- 300 Fraglich ist, ob der Vollstreckungsschuldner reine Vermögensschäden gemäß § 823 II BGB ersetzt verlangen kann. Das würde voraussetzen, dass der Vollstreckungsgläubiger, der nach Erlöschen der titulierten Forderung vollstreckt, gegen „ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt“. Ein positivrechtlich normiertes Schutzgesetz, das eine materiell ungerechtfertigte Vollstreckung verbietet, existiert allerdings nicht.
- 301 Nach einer in der Lehre vor allem von Mertens⁴⁵⁷ vertretenen Mindermeinung sollen jedoch ungeschriebene allgemeine Verkehrspflichten⁴⁵⁸ zum Schutz fremden Vermögens bestehen, und diese Verkehrspflichten Schutzgesetze i.S.d. § 823 II BGB darstellen. Diese Auffassung stellt gewissermaßen die Gegenthese zu der h.M. dar, die eine Ausdehnung des Vermögensschutzes durch

⁴⁵⁷ MüKo/Mertens BGB 3. Aufl. § 823 Rn 472 f.; Mertens AcP 178 (1978), 227 ff.; zu weiteren Vertretern dieser Auffassung vgl. Nachweise bei Staudinger/Hager § 823 Rn E 8.

⁴⁵⁸ Zur Terminologie: Mertens unterscheidet zwischen Verkehrspflichten und Verkehrssicherungspflichten. Mit dem Begriff Verkehrspflicht ist danach die Pflicht zur Sicherung des Verkehrs vor Gefahrenquellen aller Art gemeint, während Mertens den Begriff Verkehrssicherungspflicht nur für die speziellen Gefahren im räumlich-gegenständlichen Bereich verwendet. Der Begriff Verkehrspflicht ist also der Oberbegriff, die Verkehrssicherungspflicht ein Unterfall. Vgl. Müko/Mertens BGB 3. Aufl. § 823 Rn 208-210.

Rechtsinstitute wie z.B. pVV, etc, Vertrag zugunsten Dritter auf vertraglicher bzw. quasivertraglicher Grundlage vorgenommen hat⁴⁵⁹. Nach dieser Mindermeinung ist nicht das Vertragsrecht, sondern das Deliktsrecht der richtige Standort für die gebotene Erweiterung des Vermögensschutzes.

302 Mertens ist u.a. der Auffassung, dass bei der Inanspruchnahme staatlicher Verfahren eine Schutzpflicht für fremdes Vermögen anzuerkennen sei mit der Folge, dass bei einer Inanspruchnahme zu „unsachlichen Zwecken“ dem Geschädigten ein deliktischer Anspruch aus § 823 II BGB auf Ersatz seines primären Vermögensschadens zustehe, ohne dass es einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung i.S.d. § 826 BGB bedürfe⁴⁶⁰. Bei der Verletzung einer Verkehrspflicht durch Erfüllungsgehilfen soll zudem im Rahmen des § 823 II BGB der § 278 BGB anwendbar sein⁴⁶¹. Demnach würde der Vollstreckungsgläubiger, der durch eine materiell ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahme einen reinen Vermögensschaden des Vollstreckungsschuldners verursacht, also gemäß § 823 II BGB auf Schadensersatz haften, und zwar auch dann, wenn das Verschulden nicht ihm, sondern seinem Anwalt zur Last fällt (§§ 823 II BGB i.V.m. § 278 BGB)⁴⁶². Eine Haftung für einfache Fahrlässigkeit soll nach Mertens Auffassung allerdings ausscheiden, weil andernfalls die freie Zugänglichkeit zu den Rechtspflegeverfahren nicht gewährleistet sei⁴⁶³.

303 Diese Auffassung wird jedoch von der h.M.⁴⁶⁴ zu Recht abgelehnt. Sie widerspricht der in § 823 I BGB zum Ausdruck gekommenen Grundentscheidung des Gesetzgebers, das Vermögen grundsätzlich

⁴⁵⁹ Vgl. Staudinger/Hager vor §§ 823 ff. Rn 20-22.

⁴⁶⁰ MüKo/Mertens BGB 3. Aufl. § 823 Rn 473 ff., insbes. Rn 479; ähnlich auch Lüke ZJP 108, 427, 445/446: Zu den prozessualen Pflichten gehöre die Pflicht zur redlichen Prozessführung, diese stelle ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB dar.

⁴⁶¹ MüKo/Mertens BGB 3. Aufl. § 823 Rn 480 und Rn 205.

⁴⁶² Vgl. MüKo/Mertens BGB 3. Aufl. § 823 Rn 479, 480.

⁴⁶³ MüKo/Mertens BGB § 823 3. Aufl. Rn 479 unter Hinweis auf BGHZ 74, 9.

⁴⁶⁴ Canaris FS Larenz (1983), 27 ff., insbes. S. 83; RGRK/Steffen § 823 Rn 140; Soergel/Zeuner § 823 Rn 47; Staudinger/Hager § 823 Rn E 6-9 mwN.; Medicus Schuldrecht I Rn 112; Picker JZ 1987, 1041, 1047; Bell S. 31/32. MüKo/Wagner BGB 4. Aufl. § 823 Rn 213-216.

nicht deliktsrechtlich zu schützen, sondern nur im Ausnahmefall der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung (§ 826 BGB).

- 304 Indem die Verfasser des BGB im Rahmen des § 823 II BGB auf den Verstoß gegen ein Schutzgesetz abgestellt haben, wollten sie sich ersichtlich den Umstand zunutze machen, dass der Gesetzgeber viele der Verhaltensgebote und -verbote, die zur Konkretisierung der „kleinen“ Generalklauseln von § 823 I BGB und § 826 BGB gebildet werden müssen, an anderer Stelle ausgesprochen hat⁴⁶⁵. So werden in den Materialien nur Strafgesetze und die dem heutigen § 858 BGB entsprechende Vorschrift des Entwurfs als Beispiel für Schutzgesetze genannt⁴⁶⁶.
- 305 Eine Anerkennung von ungeschriebenen Verkehrspflichten zum Schutz reiner Vermögensinteressen, die auch fahrlässig verletzt werden können, sprengt dieses System und zieht die Gefahr einer uferlosen Haftung nach sich⁴⁶⁷. Das gilt umso mehr als die Kriterien für das Bestehen einer solchen Verkehrspflicht äußerst vage sind⁴⁶⁸ und im geltenden Recht keinen Anknüpfungspunkt haben. Systemwidrig und daher abzulehnen ist auch die Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 823 BGB⁴⁶⁹.
- 306 Außerdem hat der Gesetzgeber den von der h.M. beschrittenen Weg, nämlich eine Erweiterung des Vermögensschutzes auf vertraglicher und quasivertraglicher Ebene, nunmehr bestätigt, indem er im neuen Schuldrecht ausdrücklich die Rechtsinstitute der positiven Vertragsverletzung (280 I BGB) und culpa in contrahendo (§ 311 II, III BGB) normiert hat, und in § 241 II BGB klarstellt, dass sich Schutzpflichten zur Sicherung des wirtschaftlichen und körperlichen Integritätsinteresses auch aus einem bestehenden Schuldverhältnis ergeben können.

⁴⁶⁵ Canaris FS Larenz (1983), 27 ff., 48.

⁴⁶⁶ Canaris aaO., 49.

⁴⁶⁷ Canaris aaO., 47/48.

⁴⁶⁸ Staudinger/Hager § 823 Rn E 9.

⁴⁶⁹ Staudinger/Hager § 823 Rn B 74.

- 307 Ergebnis: Eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 823 II BGB wegen Verletzung von Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens ist abzulehnen.

3. Haftung aus § 824 BGB

- 308 Eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers für reine Vermögensschäden des Vollstreckungsschuldners im Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung könnte sich indes aus § 824 BGB ergeben. Das setzt voraus, dass der Vollstreckungsgläubiger mit einem Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gleichzeitig die unwahre Tatsache „behauptet“, dass der Vollstreckungsschuldner nicht in der Lage oder willens ist, seine Schuld zu bezahlen. Behaupten ist die Mitteilung einer Tatsache als eigenes Wissen⁴⁷⁰. Ob die Behauptung ausdrücklich oder nur konkludent aufgestellt wird, ist dabei unerheblich⁴⁷¹.
- 309 Der Sinn und Zweck des Offenbarungsverfahrens besteht darin, dem Vollstreckungsgläubiger die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung in das Schuldnervermögen zur Befriedigung eines bestehenden vollstreckbaren Anspruchs zu ermöglichen. Der Vollstreckungsgläubiger muss dem Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung eine Aufstellung über den (angeblich) noch offen stehenden vollstreckbaren Anspruch beifügen⁴⁷². Folglich lässt die Stellung des Antrags auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung für den Rechtsverkehr nur den Schluss zu, dass der Vollstreckungsschuldner die titulierte Forderung bislang nicht erfüllt hat. Deshalb behauptet der Vollstreckungsgläubiger mit der Antragstellung eine unwahre Tatsache, wenn der vollstreckbare Anspruch nicht mehr besteht⁴⁷³.

⁴⁷⁰ RGRK/Steffen § 824 Rn 23.

⁴⁷¹ RGRK/Steffen § 824 Rn 23; MüKo/Mertens BGB 3. Aufl. § 824 Rn 32.

⁴⁷² MüKo/Eickmann ZPO § 900 Rn 4.

⁴⁷³ Weitnauer AcP 170, 437, 449 im Hinblick auf einen unbegründeten Konkursantrag; offengelassen in der Entscheidung BGHZ 74, 9, 18.

- 310 Die Behauptung erfolgt zwar zunächst nur gegenüber dem Vollstreckungsgericht, von der Eintragung im Schuldnerverzeichnis kann jedoch eine Vielzahl von Personen Kenntnis nehmen (vgl. § 915 e ZPO). Dass durch die Eintragung im Schuldnerverzeichnis der Kredit des Vollstreckungsschuldners gefährdet wird, bedarf keiner besonderen Darlegung, denn die Eintragung dient gerade der Warnung vor kreditunwürdigen Schuldnern.
- 311 Die Haftung aus § 824 BGB setzt ferner voraus, dass der Behauptende die Unwahrheit seiner Behauptung hätte kennen müssen, also fahrlässig gehandelt hat. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie im Rahmen des § 823 I BGB (s.o. Rn 274-297). Fahrlässigkeit ist dem Vollstreckungsgläubiger also nur vorzuwerfen, wenn der Vollstreckungsschuldner den Vollstreckungsgläubiger oder dessen Verrichtungsgehilfen (dann § 831 I 1 BGB) auf eine erfolgte Überweisung oder sonstige Erfüllung schriftlich oder telefonisch besonders hingewiesen hatte.
- 312 Ergebnis: Betreibt der Vollstreckungsgläubiger das Verfahren nach §§ 899 f. ZPO trotz Erlöschens seiner titulierten Forderung, haftet er für den aus der Eintragung im Schuldnerverzeichnis entstehenden Schaden aus § 824 BGB, sofern ihm Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Diese ist nach den gleichen Kriterien wie im Rahmen des § 823 I BGB zu beurteilen. Allerdings trifft den Vollstreckungsschuldner in der Regel ein hohes Maß an Mitverschulden, weil er es versäumt hat, die zulässigen Rechtsbehelfe einzulegen und damit die Kreditschädigung abzuwenden.

4. Haftung aus § 826 BGB

- 313 Schädigt der Vollstreckungsgläubiger den Vollstreckungsschuldner durch Vollstreckungsmaßnahmen im Offenbarungsverfahren vorsätzlich, weil er weiß, dass die titulierte Forderung bereit erloschen

ist, haftet er für den Schaden nach allgemeiner Auffassung aus § 826 BGB⁴⁷⁴.

5. Ergebnis zu I:

- 314 Betreibt der Vollstreckungsgläubiger das Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung noch zu einem Zeitpunkt, in dem der vollstreckbare Anspruch nicht mehr besteht, handelt er rechtswidrig (Rn 258-261). Für einen eintretenden Schaden des Vollstreckungsschuldners haftet er unter der Voraussetzung, dass ihm Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist (Rn 262-297). Ist dies der Fall, haftet er aus § 823 I BGB (Gesundheit, Freiheit) oder § 824 BGB (reine Vermögensschäden). Handelt der Vollstreckungsgläubiger vorsätzlich, trifft ihn darüber hinaus eine Schadensersatzpflicht aus § 826 BGB.

II. Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus unerlaubter Handlung – Fall 2: Ein beauftragter Anwalt betreibt die Vollstreckung

- 315 Es fragt sich, ob den Vollstreckungsgläubiger eine Haftung aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB) auch dann treffen kann, wenn er die Vollstreckung gegen den Vollstreckungsschuldner nicht selbst betreibt, sondern einen Anwalt damit beauftragt hat, wie dies meist der Fall ist.
- 316 Eine solche Haftung ist unter zwei Aspekten denkbar. Zum einen könnte der Vollstreckungsgläubiger im Falle einer unerlaubten Handlung seines Anwalts mittelbar über § 831 I BGB i.V.m. §§ 823 I, 824, 826 BGB haften. Zum anderen kommt trotz der Einschaltung eines Anwalts auch eine unmittelbare Haftung des Vollstreckungsgläubigers gemäß §§ 823 I, 824, 826 BGB in Betracht, wenn die Schädigung des Vollstreckungsschuldners zurechenbar auf

⁴⁷⁴ Vgl. z.B.: BGHZ 74, 9, 12; BGHZ 36, 18, 21.

ein Verhalten des Vollstreckungsgläubigers zurückzuführen ist (z.B. Erteilung falscher Informationen oder sachwidriger Weisungen). Die folgenden Ausführungen befassen sich zunächst mit der letztgenannten Fallgruppe.

1. Haftung des Vollstreckungsgläubigers für eigene unerlaubte Handlungen

- 317 **Beispiel:** Rechtsanwalt R unternimmt für den G einen erfolglosen Vollstreckungsversuch bei S und beantragt anschließend die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und den Erlass eines Haftbefehls gegen S. S überweist den geschuldeten Betrag daraufhin auf das Konto des G und teilt dem G die Zahlung telefonisch mit. R wird weder von G noch von S von der zwischenzeitlichen Erfüllung benachrichtigt. Da S trotz ordnungsgemäßer Ladung im Offenbarungstermin nicht erscheint, erfolgt die Eintragung des S im Schuldnerverzeichnis. Ferner wird er verhaftet und in Gewahrsam genommen. Gegen wen kommt ein Schmerzensgeldanspruch des S wegen Freiheitsentziehung in Betracht?
- 318 In der Rechtspraxis erteilt der Vollstreckungsgläubiger dem Anwalt regelmäßig den „Generalauftrag“, gegen den Vollstreckungsschuldner das Vollstreckungsverfahren einzuleiten, und überlässt das weitere Vorgehen dem Ermessen des Anwalts. Dies muss jedoch nicht so sein: Der Vollstreckungsgläubiger bleibt auch bei Beauftragung eines Anwalts insofern „Herr des Vollstreckungsverfahrens“, als er dem Anwalt Weisungen erteilen kann, welche Maßnahmen dieser ergreifen soll. Darüber hinaus ist der Anwalt zur Aufklärung des Sachverhaltes in aller Regel auf die Informationen des Mandanten angewiesen. Werden durch eine ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahme Rechtsgüter des Vollstreckungsschuldners verletzt, kann deshalb im Einzelfall fraglich sein, ob für die Rechtsgutsverletzung eine schuldhaft unerlaubte Handlung des Anwalts oder aber ein Verhalten des Mandanten ursächlich geworden ist.

- 319 Ist der Anwalt – wie im Beispiel – falsch oder unzureichend informiert, und kommt es deshalb zu einer materiell ungerechtfertigten Vollstreckungsmaßnahme, ist derjenige „Täter“ der unerlaubten Handlung, der für das Informationsdefizit des Anwalts verantwortlich ist. Dabei ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:
- 320 Zu den Grundpflichten des Anwalts gehört es, den maßgeblichen Sachverhalt aufzuklären, insbesondere durch Befragen des Mandanten⁴⁷⁵. Mit dieser Aufklärungspflicht des Anwalts korrespondiert eine den Mandanten treffende Informationspflicht⁴⁷⁶. Ihn trifft aus dem Anwaltsvertrag die Nebenpflicht, seinen Anwalt wahrheitsgemäß und vollständig über die tatsächlichen Umstände der Angelegenheit zu unterrichten⁴⁷⁷. Auf die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Angaben darf der Anwalt grundsätzlich ohne eigene Nachforschungen vertrauen⁴⁷⁸. Nur wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Angaben lückenhaft oder unzutreffend sind, muss der Anwalt versuchen, durch weiteres Befragen des Auftraggebers eine Klärung zu erreichen⁴⁷⁹. Unterlässt es der Mandant, dem Anwalt eine Information zu erteilen, deren Relevanz auch für einen juristischen Laien offensichtlich ist (z.B. die zwischenzeitlich erfolgte Zahlung), fällt dies in den Verantwortungsbereich des Mandanten und kann nicht dem Anwalt angelastet werden.
- 321 In dem **Beispiel** / Rn 317 hat der Vollstreckungsgläubiger seinen Anwalt nicht über die zwischenzeitliche Begleichung der titulierten Forderung informiert und damit gegen seine Informationspflicht verstoßen. Für den Anwalt bestand kein Anhaltspunkt, dass die Forderung bereits beglichen war. Verantwortlich für die materiell ungerechtfertigte Vollstreckung war somit G. Er haftet dem S gemäß §§ 823 I, 847 BGB auf Schmerzensgeld.

⁴⁷⁵ Zugehör/Sieg Rn 532 f.

⁴⁷⁶ Zugehör Rn 973.

⁴⁷⁷ Zugehör Rn 972.

⁴⁷⁸ Zugehör Rn 973.

⁴⁷⁹ Zugehör Rn 973.

2. Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 831 BGB ?

- 322 Fraglich ist, ob ein Mandant für eine unerlaubte Handlung seines Anwalts nach Maßgabe des § 831 BGB haftet. Eine solche Haftung käme nur dann in Betracht, wenn der Anwalt Verrichtungsgehilfe des Mandanten wäre.
- 323 Haftungsgrund des § 831 BGB ist, dass der Geschäftsherr als durch seinen Gehilfen „mittelbar handelnd“ angesehen wird; deshalb wird die ihm von dem Gehilfen verursachte rechtswidrige Schädigung als eigene zugerechnet⁴⁸⁰. Die Zurechnung setzt voraus, dass der Geschäftsherr die Tätigkeit seines Gehilfen zu steuern vermag⁴⁸¹. Nach einer im Grundsatz allgemein anerkannten Definition ist daher Verrichtungsgehilfe, wer weisungsabhängig im Verantwortungsbereich des Geschäftsherrn tätig wird⁴⁸². Besondere Schwierigkeiten ergeben sich indes bei der Überlegung, welches Maß an Weisungsgebundenheit und Abhängigkeit zu verlangen ist, und welche Kriterien hierfür entscheidend sein sollen. Wegen der insoweit bestehenden Meinungsverschiedenheiten ist umstritten, ob der Anwalt als Verrichtungsgehilfe seines Mandanten zu beurteilen ist.

a) Auffassung der Rspr.

- 324 Die Rspr.⁴⁸³ qualifiziert den Anwalt als Verrichtungsgehilfen des Mandanten und stützt diese Ansicht auf folgende Erwägungen:
- 325 § 831 BGB setze keine in die Einzelheiten gehende Weisungsgebundenheit voraus. Deshalb sei es unerheblich, dass der Anwalt in der Rechtspraxis eine verhältnismäßig selbständige Stellung gegenüber seinem Mandanten habe und i.d.R. aufgrund seiner Sachkunde nach

⁴⁸⁰ Medicus BR Rn 811.

⁴⁸¹ Medicus BR Rn 811.

⁴⁸² Staudinger/Belling u. Eberl-Borges § 831 Rn 59.

⁴⁸³ Ausführlich BGH WM 1957, 484; BGH NJW 1962, 1390; BGHZ 58, 207; BGHZ 74, 9; OLG Koblenz NJW-RR 1989, 363; ebenso bereits das Reichsgericht: RGZ 96, 177; LZ 1923, 228.

eigenem Ermessen handle. Für das nach § 831 BGB erforderliche Abhängigkeitsverhältnis zwischen Geschäftsherr und Verrichtungsgehilfe sei es ausreichend, wenn der Geschäftsherr das Recht habe, Weisungen zu erteilen, und er dem zu einer Verrichtung Bestellten das Recht, für ihn tätig zu werden, jederzeit entziehen könne. Diese Voraussetzungen seien beim Anwaltsvertrag wegen des Weisungsrechts des Mandanten (§§ 675, 665 BGB) und der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit des Mandats (§ 627 BGB) erfüllt.

b) Herrschende Literaturansicht

- 326 Nach der herrschenden Ansicht in der Literatur⁴⁸⁴ ist der Anwalt dagegen kein Verrichtungsgehilfe des Mandanten. Begründet wird diese Auffassung wie folgt:
- 327 Die Qualifizierung des Anwalts als Verrichtungsgehilfe werde seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) und unabhängiger Berater in allen Rechtsangelegenheiten (§ 3 BRAO) nicht gerecht. Die freiberufliche Tätigkeit des Anwalts für den Mandanten lasse sich vielmehr mit der Tätigkeit eines selbständigen Werkunternehmers vergleichen, der anerkanntermaßen nicht Verrichtungsgehilfe seines Auftraggebers sei. Der Umstand, dass der Mandant dem Anwalt Weisungen erteilen und das Mandat jederzeit kündigen könne, komme keine maßgebliche Bedeutung zu, weil z.B. auch dem selbständigen Werkunternehmer jederzeit gekündigt werden könne (§ 649 BGB), ohne dass er deshalb Verrichtungsgehilfe sei.
- 328 Die Abgrenzung müsse sich daran orientieren, dass § 831 BGB auf dem Gedanken der Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für seine Herrschafts- und Organisationssphäre beruhe. Dementsprechend sei

⁴⁸⁴ Soergel/Zeuner § 831 Rn 20; RGRK/Steffen § 831 Rn 21 Stichwort: Rechtsanwalt; MüKo/Stein BGB 3. Aufl. § 831 Rn 37; MüKo/Wagner BGB 4. Aufl. § 831 Rn 12; Zuehör Rn 1745; Jauernig/Teichmann § 831 Rn 6; Medicus BR Rn 811; v. Caemmerer, Festschrift Weitnauer 1980, 261, 270-272; Sellert AcP 175 (1975), 77, 83, aA: Palandt/Thomas § 831 Rn 7 (ohne Begründung).

das entscheidende Abgrenzungskriterium, ob der zur Verrichtung Bestellte in die Herrschafts- oder Organisationssphäre des anderen eingliedert sei oder nicht. Nach diesen Kriterien sei der Anwalt nicht Gehilfe des Mandanten, sondern selbständiger Unternehmer. Die Gefahr, als Anwalt Dritte zu schädigen, gehöre zu den Risiken der beruflichen Tätigkeit des Anwalts und somit zu seinem „Unternehmerrisiko“; dieses werde durch eine geeignete Organisation begrenzt und durch die berufsrechtlich verlangte Haftpflichtversicherung abgedeckt.

c) Stellungnahme:

- 329 Die von der Rspr. für ihre Ansicht angeführte Begründung greift zu kurz. Denn auch ein Besteller kann dem selbständigen Werkunternehmer jederzeit kündigen und damit auch faktisch Weisungen erteilen⁴⁸⁵ und haftet nach allgemeiner Ansicht gleichwohl nicht gemäß § 831 BGB für eine unerlaubte Handlung des Werkunternehmers. Andererseits erlaubt aber auch die Tatsache, dass der Anwalt nicht in einer vom Mandant beherrschten Organisationssphäre tätig wird, sondern Ort und Zeit seiner Tätigkeit frei bestimmen kann, nicht die Schlussfolgerung, dass er kein Verrichtungsgehilfe ist. Denn auch eindeutig als Verrichtungsgehilfen zu qualifizierenden Personen bleibt es häufig selbst überlassen, wie sie einen Auftrag organisatorisch erledigen.
- 330 Das Merkmal der Weisungsgebundenheit darf daher nicht schematisch angewendet werden, sondern wird erst durch eine normative, teleologische Bestimmung zum tauglichen Abgrenzungskriterium⁴⁸⁶. Der Grundgedanke des § 831 BGB ist, dass derjenige, der weitere Personen in seinen Verantwortungsbereich einschaltet, dafür Sorge zu tragen hat, dass sich das Gefahrenpotential nach außen nicht erhöht⁴⁸⁷. Entscheidend ist daher, ob die Tätigkeit des Anwalts noch dem

⁴⁸⁵ Sellert AcP 175 (1975), 77, 86.

⁴⁸⁶ Staudinger/Belling u. Eberl-Borges § 831 Rn 56.

⁴⁸⁷ Staudinger/Belling u. Eberl-Borges § 831 Rn 56.

Verantwortungsbereich des Mandanten zuzuordnen ist oder nicht. Dieser Verantwortungsbereich lässt sich nur normativ bestimmen⁴⁸⁸. Weisungsbefugnisse und die Art der Organisation stellen für die Bestimmung des Verantwortungsbereichs zwar wichtige Indizien dar. Sind diese Indizien jedoch wie hier gegenläufig, muss der Verantwortungsbereich unabhängig von ihnen ermittelt werden. Dabei ergibt sich für das Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant:

- 331 Als Bevollmächtigter des Mandanten wird der Anwalt mittelbar handelnd für den Mandanten tätig. Seine Handlungen und Erklärungen erfolgen stets „namens und im Auftrag“ des Mandanten. Alle Willenserklärungen und Prozesshandlungen des Anwalts werden dem Mandanten zugerechnet. Es lässt sich daher nicht überzeugend begründen, weshalb der Anwalt ausnahmsweise dann, wenn sich seine Tätigkeit als unerlaubte Handlung erweist, nicht mittelbar und zurechenbar auch für den Mandanten gehandelt haben soll. Gerade weil Bevollmächtigte nach außen hin für den Vollmachtgeber auftreten, werden sie von der Rspr. auch seit jeher als Verrichtungsgehilfen des Vollmachtgebers angesehen⁴⁸⁹.
- 332 Zwischen der Anwaltstätigkeit und der des Werkunternehmers besteht auch insofern ein erheblicher Unterschied, als der Werkunternehmer – wenn überhaupt – nur beiläufig mit Fremdinteressen in Berührung kommt, während der Anwalt zur Durchsetzung des Mandanteninteresses typischerweise auf die Interessen, Rechte und Rechtsgüter anderer einwirken muss. Die damit verbundene Gefährdung fremder Rechte und Interessen hat ihren Grund in der rechtlichen Problemen, die der Mandant mit seinem Gegner hat. Bei einer rechtlichen Auseinandersetzung handelt es daher zunächst

⁴⁸⁸ Staudinger/Belling u. Eberl-Borges § 831 Rn 56.

⁴⁸⁹ Vgl. RGZ 73, 434, 437; 91 363; 92, 345, 347; 96, 177; tatsächlich war für das Reichsgericht nie fraglich, dass Anwälte und sonstige Bevollmächtigte jedenfalls Verrichtungsgehilfen i.S.d. § 831 BGB sind, auseinandergesetzt hat es sich lediglich mit der in die entgegengesetzte Richtung zielende Frage, ob der Vertretene für eine unerlaubte Handlung nicht ohne Entlastungsmöglichkeit einzustehen habe, vgl. RGZ 96, 177, 179/180; kritisch zur Bewertung von Bevollmächtigten als Verrichtungsgehilfen durch die Rspr.: Soergel/Zeuner § 831 Rn 19-21.

einmal um die originäre Angelegenheit des Mandanten. Der Mandant ist deshalb verpflichtet, seinen Teil dazu beizutragen, dass niemand zu Unrecht geschädigt wird.

- 333 Dieser Pflicht genügt der Mandant i.d.R. allerdings bereits dadurch, dass er einen zugelassenen Anwalt mit seiner Interessenwahrnehmung beauftragt, weil er grundsätzlich darauf vertraut, dass ein zugelassener Anwalt seine Mandanteninteressen ordnungsgemäß wahrnimmt, ohne Dritte rechtswidrig zu schädigen. Eine Mandantenhaftung aus § 831 I 1 BGB wird daher im Ergebnis zu Recht verneint, die richtige Begründung ergibt sich jedoch aus § 831 I 2 BGB: Der Mandant kann sich ohne weiteres exkulpieren, weil er mit der Wahl eines zugelassenen Anwalts die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufgewendet hat.
- 334 Die Lösung wird durch folgende Überlegung bestätigt: Würde der Vollstreckungsgläubiger statt eines Rechtsanwalts z.B. einen Steuerberater mit der Durchsetzung einer Forderung beauftragen, könnte er sich nicht gemäß § 831 I 2 BGB exkulpieren, wenn der Steuerberater den Vollstreckungsschuldner rechtswidrig schädigt. Da der Steuerberater organisatorisch ebenso unabhängig ist wie ein Rechtsanwalt, müsste hier nach der Argumentation der herrschenden Literatur eine Haftung des Auftraggebers aus § 831 I 1 BGB gleichwohl daran scheitern, dass der Steuerberater nicht Verrichtungsgehilfe des Mandanten ist. Eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 831 I 2 BGB erscheint in diesem Fall jedoch sachgerecht, weil nach der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Beauftragung eines Anwalts geboten gewesen wäre.
- 335 Im Ergebnis ist daher festzuhalten: Mit der Mandatserteilung schaltet der Mandant den Anwalt in seinen Verantwortungsbereich ein, so dass der Anwalt als Verrichtungsgehilfe i.S.d. § 831 BGB zu qualifizieren ist. Da der Mandant durch die Auswahl eines zugelassenen Anwalts aber dafür Sorge trägt, dass sich das Gefahrenpotential nach außen

nicht erhöht, kann er sich regelmäßig für eine unerlaubte Handlung des Anwalts gem. § 831 I 2 BGB exkulpiert. Dies ist auch in der Rspr. einhellige Meinung⁴⁹⁰. Letztlich gelangen daher Rspr. und Lit. mit unterschiedlicher Begründung in aller Regel zu dem gleichen Ergebnis, dass der Mandant nicht aus § 831 I 1 BGB haftet, wenn der beauftragte Anwalt eine unerlaubte Handlung begeht.

- 336 Eine Exkulpation scheidet allerdings dann aus, wenn der Vollstreckungsgläubiger von der bevorstehenden unerlaubten Handlung des Anwalts Kenntnis erlangt, ohne dagegen einzuschreiten.
- 337 Beispiel: Vollstreckungsgläubiger G teilt seinem Anwalt R mit, dass S die titulierte Forderung erfüllt hat. Eine Woche später erhält G die Mitteilung von R, dass er das Verfahren nach §§ 899 f. ZPO gegen S eingeleitet habe. – Hier muss G einschreiten, um sich exkulpiert zu können. Andernfalls haftet er aus § 831 I 1 BGB.

3. Ist dem Vollstreckungsgläubiger eine unerlaubte Handlung seines Anwalts gemäß § 85 ZPO zuzurechnen ?

- 338 Eine uneingeschränkte Haftung des Vollstreckungsgläubigers für ein schuldhaftes deliktisches Verhalten seines Anwalts könnte sich allerdings aus der Zurechnungsnorm des § 85 ZPO ergeben.
- 339 Nach § 85 I 1 ZPO sind die von einem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozesshandlungen für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären. Diese Regelung enthält – ebenso wie § 164 I BGB – den Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung⁴⁹¹. Ergänzt wird dieser Grundsatz durch das Prinzip der uneingeschränkten Verschuldenszurechnung nach § 85 Absatz 2: Das Verschulden des Bevollmächtigten steht dem

⁴⁹⁰ Unterschiedliche Ansichten bestehen nur darüber, ob bei einem zugelassenen Anwalt der Entlastungsbeweis überhaupt ausdrücklich angetreten werden muss oder ob er sich von selbst versteht. RG LZ 1923, 228 ist letzterer Ansicht: „Der Entlastungsbeweis (...) ist aber zunächst ohne weiteres als erbracht anzusehen“. Anderer Ansicht ist der BGH z.B. in der Entscheidung NJW 1962, 1390, in der er die Haftung des Mandanten aus § 831 I 1 BGB mit der Begründung bejaht: „Einen Entlastungsbeweis hat er nicht angetreten.“

⁴⁹¹ RGZ 196, 177, 181; Musielak/Weth ZPO § 85 Rn 1; Stein/Jonas/Bork § 85 Rn 1; MüKo/v. Mettenheim ZPO § 85 ZPO Rn 1.

Verschulden der Partei gleich. Diese Regelung ist weitergehend als die des BGB, da der Vertretene nach § 278 BGB nur im Rahmen einer Sonderverbindung uneingeschränkt für ein schuldhaftes Verhalten des Bevollmächtigten eintreten muss, während ihm im Hinblick auf eine deliktische Haftung aus § 831 I 1 BGB der Entlastungsbeweis nach § 831 I 2 BGB offen steht. Die uneingeschränkte Verschuldenshaftung in § 85 II ZPO soll bewirken, dass die Partei, die den Prozess durch einen Vertreter führen lässt, in jeder Hinsicht so behandelt wird, als würde sie ihn selbst führen, damit durch die Vertreterbestellung keine Verschiebung des Prozessrisikos zu Lasten des Gegners eintritt⁴⁹².

- 340 Die Regelung des § 85 ZPO ist unproblematisch, soweit es ausschließlich um prozessuale Fragen geht (etwa ob bei Versäumung von Notfristen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist). Fraglich ist aber, ob § 85 II ZPO auch Anwendung findet, wenn sich die Auswirkungen von Prozesshandlungen nicht auf den prozessualen Bereich beschränken, sondern - wie bei Erteilung eines Vollstreckungsauftrags - auch materiellrechtliche Folgen haben. Muss eine Partei wegen § 85 ZPO auch für die materiellrechtlichen Auswirkungen schuldhafter Prozesshandlungen ihres Prozessbevollmächtigten eintreten?

a) Auffassung des Reichsgerichts und v. Caemmerers

- 341 Diese Auffassung vertrat ursprünglich das Reichsgericht (LZ 1915, 363). Der Vollstreckungsgläubiger müsse gemäß § 85 ZPO den von seinem Anwalt erteilten Auftrag zur Pfändung und Versteigerung wie eine eigene Handlung vertreten und könne die Haftung aus § 823 I BGB für die von seinem Anwalt innerhalb der Prozessvollmacht vorgenommenen Handlungen nicht mit der Begründung ablehnen, er habe den Anwalt mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausgewählt.

⁴⁹² BGHZ 2, 205, 207 (zu § 232 a.F.); BGHZ 66, 122, 124; MüKo/v. Mettenheim ZPO § 85 Rn 10; Stein/Jonas/Bork ZPO § 85 Rn 10; Musielak/Weth ZPO § 85 Rn 1.

- 342 V. Caemmerer⁴⁹³ ist ebenfalls der Auffassung, dass eine schuldhaft unerlaubte Handlung des Prozessbevollmächtigten der vertretenen Partei gemäß § 85 ZPO zuzurechnen ist. Wortlaut und Funktion des § 85 II ZPO sprächen für seine allgemeine Bedeutung. Der Begriff der Prozesshandlung werde in den §§ 81 ff., 85 ZPO weit aufgefasst und auf alle materiellrechtlichen Erklärungen erstreckt, die zugleich auf den Prozess einwirken sollen, wie Rücktritt, Kündigung, Anfechtung, Verzicht, Anerkenntnis und Vergleich. Sie alle wirkten nicht nur prozessual, sondern auch materiellrechtlich für und gegen die Partei. Handele der Prozessbevollmächtigte bei der Vornahme von Prozesshandlungen schuldhaft, so sei dies der Partei auch nach Deliktsrecht zuzurechnen. Verweigere z.B. der Anwalt des Vollstreckungsgläubigers in vorwerfbarer Weise die Freigabe einer zu Unrecht gepfändeten Sache, wirke dies nicht nur hinsichtlich der Kostenentscheidung gegen die Partei, vielmehr hafte die Partei wegen der ungerechtfertigten Vollstreckungsmaßnahme auch aus unerlaubter Handlung auf Schadensersatz.

b) Herrschende Meinung in Rspr. und Literatur

- 343 Nach h.M. in Rechtsprechung⁴⁹⁴ und Literatur⁴⁹⁵ kommt der Vorschrift des § 85 ZPO dagegen grundsätzlich nur verfahrensrechtliche Bedeutung zu. § 85 ZPO sei eine für das Gebiet des Prozesses geltende, auf den besonderen Verhältnissen und Bedürfnissen des Prozesses beruhende Vorschrift, die sich nicht ohne weiteres auf das außerprozessuale Gebiet übertragen lasse. Allerdings soll die Prozessvollmacht nach h.M. auch zur Abgabe und Empfangnahme materiellrechtlicher Erklärungen ermächtigen, soweit sie sich auf den Streitgegenstand beziehen und der Erreichung des Prozessziels dienen (z.B. Verzicht, Vergleich, Anfechtung, Aufrechnung, Rücktritt,

⁴⁹³ V. Caemmerer, FS Weitnauer 261, 279.

⁴⁹⁴ BGH WM 1957, 484, 485 = LM BGB § 823 (Hb) Nr. 5 = VersR 1957, 301; RGZ 196, 177, 180/181; RGZ 158, 357, 361; vgl. auch BGHZ 58, 207 (Billigung der Auffassung des Berufungsgerichts).

⁴⁹⁵ MüKo/v. Mettenheim ZPO § 85 Rn 13; Musielak/Weth ZPO § 85 Rn 4; Stein/Jonas/Bork § 85 Rn 2, 26, 27; Zöller/Vollkommer § 85 Rn 4.

Kündigung, Genehmigung)⁴⁹⁶. Ferner ist innerhalb der h.M. umstritten, ob § 85 II ZPO analog auf materiellrechtliche Fristbestimmungen anzuwenden ist⁴⁹⁷. Ungeachtet der Meinungsverschiedenheiten in diesen Einzelfragen sind sich die Vertreter der h.M. jedoch darüber einig, dass die Vorschrift jedenfalls im materiellen Haftungsrecht keine Anwendung findet.

c) Stellungnahme

- 344 Der h.M. ist darin zuzustimmen, dass die Vorschriften der §§ 81 ff. ZPO über den Umfang der Prozessvollmacht auf die speziellen Bedürfnisse des Prozesses zugeschnitten sind. Der zwingend vorgeschriebene, weite Umfang der Prozessvollmacht dient der Rechtssicherheit aller am Prozess Beteiligten⁴⁹⁸. Gericht und Gegner haben die Sicherheit, dass die Handlungen des Prozessbevollmächtigten und die ihnen gegenüber vorgenommenen Handlungen im gesetzlich vorgesehenen Umfang wirksam sind, ohne dass Einflüsse aus dem Innenverhältnis Bedeutung erlangen können⁴⁹⁹. Die Erstreckung der Regelung des § 85 ZPO auf das materielle Recht und der damit einhergehende Ausschluss der abweichenden BGB-Vorschriften (insbesondere §§ 164 ff., 278, 831 BGB) ließe sich deshalb nur insoweit rechtfertigen, als ebenfalls Gründe der Rechtssicherheit diese Lösung erforderlich machten. Aus diesem Grund befürwortet die h.M. die analoge Anwendung der §§ 81 f. ZPO auf materiellrechtliche Erklärungen des Prozessbevollmächtigten, wenn von ihrer Wirksamkeit und

⁴⁹⁶ BGH NJW 1992 1963, 1964; Zöller/Vollkommer § 81 ZPO Rn 10; Musielak/Weth ZPO § 81 Rn 7, 8; aA MüKo/v. Mettenheim ZPO § 81 Rn 7 f., der mit anderer Begründung allerdings zu den gleichen Ergebnissen gelangt: Die Vertretungsmacht für materiellrechtliche Erklärungen im Prozess ergebe sich aus §§ 164 ff. BGB, insbesondere aus den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht.

⁴⁹⁷ Eine analoge Anwendung des § 85 II ZPO auf die materielle Ausschlussfrist des § 4 KSchG verneint das BAG in MDR 1994, 810, 811.

Aufgrund des Rechtsgedankens des § 85 II ZPO ist das Anwaltsverschulden für die Partei nicht als „höhere Gewalt“ i.S.d. § 203 II BGB (Hemmung der Verjährung) zu bewerten, BGH NJW 1987, 3121, 3122; aA noch RGZ 158, 357, 361.

⁴⁹⁸ MüKo/v. Mettenheim ZPO § 81 Rn 1.

⁴⁹⁹ MüKo/v. Mettenheim ZPO § 81 Rn 1.

Zurechenbarkeit der Verlauf und das Ergebnis des Prozesses abhängen.

345 Die hier interessierende Frage, ob eine Partei für einen Schaden verantwortlich ist, den der Prozessbevollmächtigte durch eine Prozesshandlung dem Prozessgegner zufügt, spielt für den laufenden Prozess und dessen Streitgegenstand indes keine Rolle. Es geht nicht um die Vertretungsbefugnis des Anwalts und damit auch nicht um die Wirksamkeit von Prozesshandlungen und die Rechtssicherheit unter den Prozessbeteiligten, sondern ausschließlich um eine materiellrechtliche Haftungsfrage. Sie ist nach den einschlägigen Bestimmungen des materiellen Rechts zu beantworten. Die Vorschrift des § 85 ZPO ist daher weder direkt noch analog anwendbar.

346 Ergebnis: Ein schuldhaftes deliktisches Verhalten seines Anwalts ist dem Vollstreckungsgläubiger somit nicht gemäß § 85 ZPO zurechenbar.

4. Haftung des Mandanten für Anwaltsverschulden analog §§ 30, 31 BGB?

347 In der Rspr. ist vereinzelt aus den Rechtsgedanken der §§ 30, 31 BGB abgeleitet worden, dass der Mandant sich für ein Verschulden seines Anwalts nicht entlasten könne:

348 Das OLG Koblenz⁵⁰⁰ hat die Auffassung vertreten, dass der Anwalt aufgrund seiner selbständigen Stellung als Repräsentant seines Mandanten handele, und den Mandanten deshalb eine Repräsentantenhaftung treffe. Die Sachlage sei ähnlich wie im Versicherungsvertragsrecht. Dort könne sich ein Versicherungsnehmer ebenfalls nicht für eine schuldhafte Obliegenheitsverletzung seines Repräsentanten entlasten.

⁵⁰⁰ Vgl. BGH VersR 1957, 301 = WM 1957, 484 = LM BGB § 823 (Hb) Nr. 5: Das OLG Koblenz urteilte als Vorinstanz, der BGH widersprach der Begründung des OLG und hob das Urteil auf.

- 349 Der BGH⁵⁰¹ hat für einen Fall der Verlagskontrolle entschieden, dass sich ein Herausgeber und Verleger, der einen presserechtlich erfahrenen Anwalt mit der Prüfung eines Beitrags beauftragt hatte, bei dem ehr- und persönlichkeitsverletzende Eingriffe in Rechte Dritter in besonderem Maße drohten, nicht für eine schuldhaft Fehleinschätzung des Anwalts gemäß § 831 I 2 BGB entlasten könne. Der Herausgeber und Verleger müsse die Kontrolle solcher Beiträge „im Hinblick auf den gebotenen Rechtsschutz Dritter so organisieren (...), dass er sich für ein Verschulden der mit diesen Aufgaben betrauten Personen haftungsrechtlich nicht entlasten kann.“ Tue er das nicht, könne er sich nicht freizeichnen, sondern müsse sich so behandeln lassen, als habe er dem beauftragten Anwalt Organstellung eingeräumt.
- 350 Derartige Begründungsversuche einer unbedingten Einstandspflicht des Mandanten für das Verschulden seines Anwalts sind indes abzulehnen⁵⁰². Es handelt sich ersichtlich um Hilfskonstruktionen, um die eigentlich einschlägige Regelung des § 831 BGB zu umgehen. Eine analoge Anwendung der §§ 30, 31 BGB ist nicht möglich, da die Haftungsfrage durch § 831 BGB geregelt ist, so dass keine Regelungslücke besteht. Auch im Wege richterlicher Rechtsfortbildung kann keine unbedingte Einstandspflicht für deliktisches Verhalten von Hilfspersonen geschaffen werden, weil sich der Gesetzgeber in § 831 BGB gegen eine unbedingte Einstandspflicht entschieden hat. Liegen nach sorgfältiger Prüfung weder die Voraussetzungen des § 823 BGB noch die des § 831 BGB vor⁵⁰³, ist deshalb eine deliktische Haftung des Mandanten abzulehnen.

⁵⁰¹ BGH NJW 1980, 2810, 2811.

⁵⁰² Gegen die Auffassung des OLG Koblenz.: BGH VersR 1957m 301 = WM 1957, 484 = LM BGB § 823 (Hb) Nr. 5. Gegen BGH NJW 1980, 2810, 2811: Borgmann/Haug Kapitel VI Rn 46.

⁵⁰³ Bei sorgfältiger Würdigung des Sachverhaltes hätte der BGH in besagtem Fall NJW 1980, 2810 die Haftung des Mandanten möglicherweise auch auf der Grundlage des § 823 BGB oder § 831 BGB bejahen können. So hatte das Berufungsgericht ausgeführt, dass sich der Verleger und Herausgeber auch deshalb

5. Ergebnis zu II.

- 351 Beauftragt der Vollstreckungsgläubiger einen Anwalt mit der Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen (Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung), und begeht der Anwalt bei der Ausführung des Auftrags eine rechtswidrige unerlaubte Handlung, trifft den Vollstreckungsgläubiger nach dem Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) grundsätzlich keine Schadensersatzhaftung. Nur wenn der Vollstreckungsgläubiger aufgrund eigener Kenntnisse der unerlaubten Handlung des Anwalts hätte Einhalt gebieten können, haftet er aus § 831 I 1 BGB. Im Übrigen haftet er nur für eigene schuldhaftes unerlaubte Handlungen gemäß § 823 I BGB.

nicht mit der Bestellung des Anwalts begnügen durfte, weil die Inhaltskontrolle weitgehend nicht juristischer Natur, sondern Sache sprachlicher Fassung und Quellenüberprüfung gewesen sei. Deshalb habe er das Buch auch selbst durchsehen müssen. Es bestanden also durchaus Anknüpfungspunkte für ein Übertragungsver schulden i.S.d. § 831 I 2 BGB bzw. eine Haftung für eigenes fehlerhaftes Verhalten nach § 823 I BGB.

III. Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus einem vertragsähnlichen Sonderverhältnis?

Beispiele:

- 352 (1) Rechtsanwalt R erwirkt für G wegen eines Kaufpreisanspruchs ein Versäumnisurteil gegen S. Anschließend unternimmt R im Auftrag des G einen erfolglosen Vollstreckungsversuch bei S und beantragt anschließend die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und Erlass eines Haftbefehls. S überweist daraufhin den geschuldeten Betrag auf das Konto des R. Ferner ruft er in der Anwaltskanzlei des R an und teilt dort der Sekretärin F mit, dass die Forderung nunmehr beglichen ist. F vergisst jedoch die Nachricht an R weiterzugeben. Der Zahlungseingang bleibt unbemerkt. Da S im Offenbarungstermin nicht erscheint, verfügt das Vollstreckungsgericht die Eintragung des S im Schuldnerverzeichnis und erlässt antragsgemäß einen Haftbefehl. S verlangt von G Schmerzensgeld, weil sich sein angeschlagener Gesundheitszustand (schwere Diabetes) wegen der Aufregung über die Vollstreckung erheblich verschlimmert habe. Ferner verlangt er Ersatz für finanzielle Einbußen, die er wegen der Eintragung im Schuldnerverzeichnis als Versicherungsvertreter erlitten habe.
- 353 (2) Wie Beispiel 1. Die titulierte Forderung beruht jedoch nicht auf Vertrag, sondern auf § 832 BGB: S hatte seinen 5-jährigen Sohn nicht ausreichend beaufsichtigt, der die Gelegenheit dazu nutzte, den Lack von G's Auto mit einem Stein zu zerkratzen.
- 354 Der Vollstreckungsgläubiger müsste für einen Schaden des Vollstreckungsschuldners, den dieser durch ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Gläubigeranwalts (und dessen Hilfspersonen) erleidet, dann Schadensersatz leisten, wenn zwischen den Vollstreckungsparteien ein vertragsähnliches Sonderverhältnis bestehen würde. Denn in diesem Fall wären dem Vollstreckungsgläubiger das Verschulden seines Anwalts und die Verletzung der Pflichten aus dem vertragsähnlichen Sonderverhältnis über § 278 BGB zuzurechnen. Seine Schadensersatzpflicht ergäbe sich dann aus §§ 280 I, 241 II, 278 BGB. Besteht zwischen den Vollstreckungsparteien ein vertragsähnliches Sonderverhältnis?

1. BGH: „Gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art“

- 355 Diese Frage wird vom BGH seit der Entscheidung BGHZ 58, 207 f. bejaht: Sowohl zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner als auch zwischen Vollstreckungsgläubiger und Dritten, in deren Rechte eingegriffen werde, bestehe eine „gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art, die sich aus der Gestaltung des Vollstreckungsrechts ergibt“⁶⁴⁴.
- 356 In dem zugrunde liegenden Fall ging es um das Verhältnis zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und einem Dritten, dessen Lkw bei der Vollstreckung gegen den Vollstreckungsschuldner gepfändet worden war. Der Anwalt des Vollstreckungsgläubigers hatte den Lkw erst mit erheblicher Verzögerung wieder freigegeben, obwohl der Dritteigentümer dem Anwalt sein Eigentum bereits frühzeitig nachgewiesen hatte. Der Dritteigentümer verklagte daraufhin den Vollstreckungsgläubiger wegen des Nutzungsausfalls des Lkws auf Schadensersatz.
- 357 Eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 831 I 1 BGB wegen des schuldhaften Verhalten seines Anwalts kam hier nicht in Betracht, weil sich der Vollstreckungsgläubiger exkulpierten konnte (§ 831 I 2 BGB). Der BGH vertrat jedoch die Auffassung, dass sich der Vollstreckungsgläubiger die schuldhafte Freigabeverzögerung seines Anwalts gemäß § 278 BGB zurechnen lassen müsse, weil durch die Pfändung des Dritteigentums zwischen Vollstreckungsgläubiger und Dritteigentümer eine gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art entstanden sei, aus der sich zugunsten des Dritteigentümers ein Freigabeanspruch ergeben habe. Wegen der verspäteten Erfüllung dieses Freigabeanspruchs durch seinen Anwalt sei der Vollstreckungsgläubiger schadensersatzpflichtig (§§ 280 I, II, 286 I, 278 BGB).

⁶⁴⁴ BGHZ 58, 207, 214/215.

- 358 Die Annahme einer „gesetzlichen Sonderbeziehung privatrechtlicher Art“ und eines daraus resultierenden Freigabeanspruchs begründete der BGH mit der besonderen Gestaltung des Vollstreckungsrechts: Weil beim Vollstreckungszugriff auf eine abschließende Prüfung der sachlichen Rechtslage verzichtet werde, müsse zugunsten des Betroffenen als Ausgleich ein Anspruch auf sorgfältige Prüfung eines Freigabeverlangens und bei hinreichender Glaubhaftmachung ein Freigabeanspruch anerkannt werden⁶⁴⁵.
- 359 Darüber hinaus vertrat der BGH in dieser Entscheidung die Ansicht, dass auch zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner eine Sonderbeziehung privatrechtlicher Art bestehe⁶⁴⁶, allerdings ohne diese Auffassung näher zu begründen. Daran anknüpfend bejahte der BGH in der Folgezeit eine Schadensersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers nach vertragsähnlichen Grundsätzen auch in Fällen, in denen der Vollstreckungsschuldner geschädigt worden war, z.B. in BGH NJW 1985, 3080:
- 360 „Der Vollstreckungseingriff begründet zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und dem im Titel genannten Schuldner eine gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art, die für den Vollstreckungsgläubiger Pflichten zur Wahrung der Interessen des Schuldners erzeugen kann, deren Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung führen kann“.
- 361 Die Entscheidung BGHZ 58, 207 f. bedeutete eine Abkehr von der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Rechtsprechung des BGH, die dadurch gekennzeichnet war, dass bei Schädigungen des

⁶⁴⁵ BGHZ 58, 207, 214/215.

⁶⁴⁶ BGHZ 58, 207, 214: „Der Senat ist der Auffassung, dass sich (...) eine rechtliche Sonderbeziehung nicht nur zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und dem im Titel genannten Schuldner, sondern auch zwischen jenem und einem Drittberechtigten ergibt, (...)“.

Vollstreckungsschuldners oder Dritter lediglich deliktische Ansprüche gegen den Vollstreckungsgläubiger geprüft wurden⁶⁴⁷.

- 362 In **Beispiel (1) und (2)** / Rn 352, 353 wäre nach dieser Auffassung eine Schadenersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers aus §§ 280 I, 241 II, 278 BGB zu bejahen: Es war pflichtwidrig und schuldhaft, dass die Vollstreckung nicht gestoppt wurde, nachdem der Vollstreckungsschuldner den vollstreckbaren Anspruch erfüllt und die Sekretärin des Gläubigeranwalts ausdrücklich auf die Zahlung hingewiesen hatte. Dass der Vollstreckungsgläubiger selbst keinen schuldhaften Pflichtverstoß begangen hat, würde ihn nach dieser Lösung nicht entlasten, weil er im Rahmen eines Sonderverhältnisses gemäß § 278 BGB auch für ein schuldhaftes Verhalten eines Erfüllungsgehilfen (Anwalts) und der von diesem eingesetzten Hilfspersonen (Büropersonal) haftet.
- 363 In der Literatur wird seit der Entscheidung BGHZ 58, 207 kontrovers darüber diskutiert, ob tatsächlich zwischen den Vollstreckungsparteien und zwischen Vollstreckungsgläubiger und Drittbetroffenen ein vertragsähnliches Sonderverhältnis besteht und – wenn ja – woraus sich dieses ergibt. Kritisiert wird die Rechtsprechung des BGH in der Literatur insbesondere dafür, dass der BGH die Sonderbeziehung bislang nicht näher bestimmt habe⁶⁴⁸. Es handele sich um eine „reine Erfindung“⁶⁴⁹, eine „Kunstlösung“⁶⁵⁰ und eine „Hilfskonstruktion“⁶⁵¹ zur Anwendung des § 278, für die der BGH bislang eine nähere Begründung schuldig geblieben sei⁶⁵². Die unterschiedlichen Auffassungen zu dieser Thematik werden im Folgenden dargestellt und untersucht.

⁶⁴⁷ Vgl. z.B. BGH WM 1957, 484: Der BGH verneinte eine Einstandspflicht des Vollstreckungsgläubigers für einen Fehler seines Anwalts wegen § 831 I 2 BGB.

⁶⁴⁸ MüKo/Lüke ZPO Einl. Rn 349 f.

⁶⁴⁹ Rosenberg/Gaul/Schilken § 8 II 3 b; Brehm ZJP 101 (1988), 494, 496.

⁶⁵⁰ MüKo/Lüke ZPO Einf. Rn 349 f.

⁶⁵¹ Lüke aaO.

⁶⁵² Rosenberg/Gaul/Schilken § 8 II 3 b.

2. Prozessrechtsverhältnis, culpa in procedendo;
Vollstreckungsverhältnis

- 364 In BGHZ 74, 9 (11) hat der BGH beiläufig angemerkt, dass als Grundlage der gesetzlichen Sonderbeziehung privatrechtlicher Art, die er in BGHZ 58, 207 ff. entwickelte, „möglicherweise auch das Prozessrechtsverhältnis in Frage kommen könnte“. In dem zugrunde liegenden Fall selbst kam ein Anspruch aus dem Prozessrechtsverhältnis allerdings nicht in Betracht, weil der geschädigte Vollstreckungsschuldner nicht den Vollstreckungsgläubiger, sondern dessen Anwalt verklagt hatte. In Folgeentscheidungen hat der BGH diesen Ansatz dann nicht weiterverfolgt, ihn andererseits aber auch nicht ausdrücklich aufgegeben.
- 365 Es bleibt zu prüfen, ob die Beziehung zwischen Vollstreckungsgläubiger und -schuldner aufgrund eines Prozessrechtsverhältnisses als Sonderverhältnis zu qualifizieren ist.
- 366 Unter dem Begriff des Prozessrechtsverhältnisses werden alle rechtlichen Beziehungen zwischen den Prozessbeteiligten (Gericht und Parteien) zusammengefasst, die der Prozess als rechtlich geordnetes Verfahren schafft⁶⁵³. Das Prozessrechtsverhältnis hat die Struktur eines Dreiecksverhältnisses. Unterscheiden lassen sich die Beziehungen der Parteien zum Gericht und die – hier interessierende – Beziehung der Parteien untereinander. Dabei geht es um die Rechtsbeziehungen, die unabhängig von dem im Prozess umstrittenen materiellen Recht bestehen⁶⁵⁴.
- 367 Unterschiedliche Auffassungen bestehen zu der Frage, ob aus dem Prozessrechtsverhältnis konkrete Rechtsfolgen abzuleiten sind, wie etwa eine Haftung für Schädigungen des Prozessgegners durch unredliches Prozessverhalten, oder ob es sich bei dem

⁶⁵³ Musielak Einl. Rn 55.

⁶⁵⁴ Nakano ZZP 79 (1966), 99 ff., 106; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 2 II 2.

Prozessrechtsverhältnis lediglich um eine theoretisches Gebilde handelt zu dem Zweck, bestimmte Prozessvorgänge besser erklären zu können (etwa die Rechtsnachfolge auf seiten einer Partei)⁶⁵⁵. Der BGH hat – soweit ersichtlich – bislang in noch keinem Fall ausdrücklich einen Schadensersatzanspruch auf das Prozessrechtsverhältnis als Grundlage gestützt.

368 Die Befürworter einer Schadensersatzhaftung wegen Verletzung des Prozessrechtsverhältnisses⁶⁵⁶ sind der Ansicht, dass durch die Klageerhebung das Verhältnis der Parteien zu einer vertragsähnlichen Sonderbeziehung verknüpft werde. Diese Sonderbeziehung kraft des Prozessrechtsverhältnisses bestehe neben dem zwischen den Parteien bestehenden materiellen Rechtsverhältnis⁶⁵⁷ und ergebe sich daraus, dass die ZPO den Parteien Handlungspflichten auferlege, die – zumindest auch – dem Schutz des Gegners dienen⁶⁵⁸. § 138 I ZPO etwa verpflichte die Parteien zur Wahrheit. Der Vorschrift des § 282 I ZPO sei eine allgemeine Prozessförderungspflicht der Parteien zu entnehmen. Anerkannt sei darüber hinaus eine Pflicht zur redlichen Prozessführung⁶⁵⁹.

369 In Anlehnung an die Rechtsfigur der culpa in contrahendo im materiellen Recht (§ 311 II, III BGB n.F.) müsse demnach auch eine Haftung aus culpa in procedendo (Verschulden bei der Prozessführung) im Prozessrecht anerkannt werden⁶⁶⁰. Dass sich die Prozessparteien als Gegner gegenüberstünden und deshalb keine besondere Vertrauenslage bestehe, sei unerheblich, da sich die Verantwortlichkeit für Schädigungen aus c.i.c. nach der modernen Schuldrechtsdogmatik aus einem gesteigerten sozialen Kontakt

⁶⁵⁵ So Musielak Einl. Rn 55.

⁶⁵⁶ vgl. Zöller/Vollkommer Einl. Rn 52; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 2 V 1; Lüke ZJP 108 (1995), 427, 441 ff.; für eine schadensersatzbewehrte „Pflicht zur redlichen Prozessführung“ ferner Dölle FS Riese (1964), 279, 289 ff. und Hellwig NJW 1968, 1072, 1074 ff., die sich allerdings beide nicht zur Frage äußern, ob ein Sonderverhältnis i.S.d. § 278 BGB vorliegt.

⁶⁵⁷ Lüke ZJP 108 (1995), 427, 446/447.

⁶⁵⁸ Lüke aaO., 443-446.

⁶⁵⁹ Lüke aaO., 445/446.

⁶⁶⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald § 2 V 1; Lüke aaO., 442.

ergebe, der hier vorliege⁶⁶¹. Für die Vergleichbarkeit spreche überdies die Möglichkeit der Prozessparteien, der anderen Partei wie in Schuldverhältnissen einen „Erfüllungsgehilfen“ aufzudrängen⁶⁶².

370 Anders als der BGH bezeichnet die Literatur das zwischen den Vollstreckungsparteien bestehende prozessuale Verhältnis allerdings nicht als Prozessrechtsverhältnis, sondern als Vollstreckungsverhältnis⁶⁶³. In der Sache ist jedoch das Gleiche gemeint. Während nach Auffassung der Literatur das Prozessrechtsverhältnis mit Abschluss des Erkenntnisverfahrens endet, und mit der Einleitung des Vollstreckungsverfahrens ein Vollstreckungsverhältnis entsteht, verwendet der BGH in beiden Verfahrensabschnitten einheitlich den Begriff des Prozessrechtsverhältnisses. Vorzugswürdig ist die differenzierende Terminologie der Literatur, weil das Vollstreckungsverfahren gegenüber dem Erkenntnisverfahren nicht unerhebliche Unterschiede aufweist, denen man auch durch die Verwendung unterschiedlicher Begriffe Rechnung tragen sollte.

371 Für das Vollstreckungsverhältnis gelten nach Auffassung von Lüke⁶⁶⁴ grundsätzlich die gleichen Erwägungen wie für das Prozessrechtsverhältnis. Auch zwischen den Vollstreckungsparteien bestehe aufgrund des Vollstreckungsverhältnisses eine vertragsähnliche Sonderbeziehung, aus der sich Schutzpflichten des Vollstreckungsgläubigers ergäben⁶⁶⁵. Zwar regle das Gesetz im Vollstreckungsverfahren nicht ausdrücklich prozessuale Pflichten, diese ergäben sich indes aus Treu und Glauben⁶⁶⁶. Entscheidend sei, dass im Zwangsvollstreckungsverfahren die erhebliche Gefahr von Rechtsgutsverletzungen bestehe⁶⁶⁷. Das Vollstreckungsverhältnis führe sogar zu einer besonders engen Verbindung der Parteien, weil

⁶⁶¹ Lüke aaO., 448.

⁶⁶² Lüke aaO., 448.

⁶⁶³ Rosenberg/Gaul/Schilken § 8 I 1; Gaul ZZP 110 (1997), 3, 26; Lüke aaO., 442; Schlosser Jura 1986, 130, 133.

⁶⁶⁴ Lüke ZZP 108 (1995), 427, 450 ff. (452/453).

⁶⁶⁵ Lüke ZZP 108 (1995), 427, 450 ff. (452/453); ebenso Schlosser Jura 1986, 130, 133.

⁶⁶⁶ Lüke aaO., 453.

⁶⁶⁷ Lüke aaO., 453.

die Vollstreckung auf der titelmäßigen Festlegung des Gläubigerrechts aufbaue, während das Prozessrechtsverhältnis durch bloße Klageerhebung entstehe⁶⁶⁸.

372 Gegen die Ableitung von Schadensersatzansprüchen aus dem Prozessrecht spricht, dass die Verfahrensvorschriften den Parteien grundsätzlich keine Handlungspflichten auferlegen, sondern nur Handlungslasten. Ähnlich wie bei der Obliegenheit im materiellen Recht bleibt es der jeweiligen Partei überlassen, ob sie in ihrem eigenen Interesse tätig wird, oder ob sie untätig bleibt und die Nachteile in Kauf nimmt, die sich daraus ergeben (Beispiel: Versäumnisurteil)⁶⁶⁹. Die Sanktionierung prozessual unerwünschten Verhaltens erfolgt auf diese Weise bereits innerhalb des Verfahrens selbst. Eine Partei, die eine Last nicht erfüllt, handelt daher nicht prozessrechtswidrig⁶⁷⁰ oder pflichtwidrig, sondern nur für sich selbst nachteilig.

373 Baur⁶⁷¹ hat dies zutreffend auf die Formel gebracht: Das Verfahrensrecht restituiert mit prozessualen Mitteln, das materielle Recht mit Schadensersatz. Die Vermischung beider Systeme führt zu bedenklichen Unklarheiten⁶⁷². So soll z.B. nach Auffassung von Lüke aus § 282 I ZPO eine allgemeine Prozessförderungspflicht folgen, deren Nichterfüllung zu Schadensersatzansprüchen führen könne⁶⁷³. Tatsächlich enthält § 282 I ZPO jedoch keine prozessuale Handlungspflicht, sondern eine prozessuale Handlungslast. Denn nach § 296 II ZPO kann unter den dort genannten Voraussetzungen ein nach § 282 I ZPO verspätetes Vorbringen durch das Gericht zurückgewiesen werden. Geschieht dies nicht, kann ein spätes Vorbringen auch keine Schadensersatzpflicht zur Folge haben, weil

⁶⁶⁸ Lüke aaO., 453.

⁶⁶⁹ Vgl. Musielak Einl. Rn 56; Schumann JA 1976, 637, 638.

⁶⁷⁰ Schumann JA 1976, 637, 639.

⁶⁷¹ Baur/Stürner § 5 Rn 20.

⁶⁷² Baur/Stürner aaO.

⁶⁷³ Lüke aaO., 445.

dies im Widerspruch dazu stünde, dass das Gericht das Vorbringen als rechtzeitig zugelassen hat.

- 374 Es kann auch nicht darauf ankommen, ob insoweit die Entscheidung des Gerichts richtig war oder nicht. Denn es würde unweigerlich zu Rechtskraftkollisionen kommen, wenn man eine Schadensersatzpflicht anerkennen würde zu dem Zweck, Fehler des Gerichts zu korrigieren⁶⁷⁴. Es kann daher keine Schadensersatzpflicht geben, die die prozessuale Sanktion überlagert und ergänzend eintritt, wenn das Gericht eine unzulässige Prozesshandlung fälschlich nicht zurückgewiesen hat⁶⁷⁵. Ein Fehlverhalten im Streitverfahren kann nur mit der Entscheidung über die umstrittene Rechtsposition, nicht unabhängig von ihr oder gar gegen sie korrigiert werden⁶⁷⁶.
- 375 Es gibt zwar auch einige echte prozessuale Pflichten (z.B.: Pflicht zum persönlichen Erscheinen, § 141 ZPO; Pflicht zur Vorlage von Urkunden, §§ 421 ff.). Die meisten sind jedoch als Anknüpfungspunkt für eine Haftung von vorneherein ungeeignet, wie auch die Befürworter einer culpa in procedendo einräumen⁶⁷⁷. Nach der Ansicht von Lücke sollen indes die Wahrheitspflicht (§ 138 I ZPO) und die Pflicht zur redlichen Prozessführung prozessuale Pflichten sein, deren Verletzung zu einer vertragsähnlichen Schadensersatzhaftung führen könne⁶⁷⁸.
- 376 Doch eignen sich auch diese Pflichten nicht als Grundlage von quasi-vertraglichen Schadensersatzansprüchen. Zum einen dürfte es sich bei diesen Pflichten um allgemeine Verhaltenspflichten deliktsrechtlicher Art handeln, so dass bei einem Verstoß ohnehin nur deliktische

⁶⁷⁴ Vgl. Henckel S. 291-295.

⁶⁷⁵ Henckel S. 294; Häsemeyer S. 70-72; nicht überzeugend ist die gegenteilige, nicht näher begründete Ansicht von Lücke aaO., 446: „Dass daneben prozessuale Sanktionen drohen können, beseitigt das Interesse an dem Ausgleich dieser Nachteile nicht; es ist nicht anzuerkennen, dass das Prozessrecht insoweit eine abschließende Regelung getroffen hat.“

⁶⁷⁶ Häsemeyer S. 70.

⁶⁷⁷ Lücke aaO., 445.

⁶⁷⁸ Lücke aaO., 445/446.

Ansprüche in Betracht kämen⁶⁷⁹. Zum anderen wären auch hier Rechtskraftkollisionen die Folge. Denn die §§ 580 Nr. 4, 581 ZPO gestatten ein Wiederaufnahmeverfahren nur unter der Voraussetzung, dass der Prozessgegner wegen einer Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist, und nicht schon, wenn er sich anderweitig unredlich verhalten hat⁶⁸⁰. Auch wenn man mit der heute h.M. annimmt, dass § 826 BGB neben §§ 580 Nr. 4, 581 ZPO anwendbar ist, so muss für einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB neben der Sittenwidrigkeit doch zumindest feststehen, dass der Titel offensichtlich materiell falsch ist. Würde man allein unredliches Prozessverhalten oder einen Verstoß gegen die Wahrheitspflicht zur Begründung von quasivertraglichen Schadensersatzansprüchen genügen lassen, wäre die Rechtskraft von Titeln faktisch aufgehoben.

377 Die Befürworter einer Haftung aus dem Prozessrechtsverhältnis meinen deshalb auch einschränkend, eine solche Haftung bestehe nur, soweit sie nicht mit der Rechtskraftbindung in Widerspruch gerate⁶⁸¹. Angesichts dieser weitreichenden Ausnahme stellt sich allerdings die Frage, welche Fälle dann überhaupt noch übrig bleiben⁶⁸². Hier zeigen sich die bereits oben angesprochenen Unklarheiten, die aus der Vermischung von Verfahrensrecht und materiellem Recht resultieren. Die Herleitung quasivertraglicher Schadensersatzansprüche aus dem Prozessrechtsverhältnis ist deshalb abzulehnen.

378 Im Rahmen des Vollstreckungsverhältnisses liegen die Dinge allerdings anders als im Prozessrechtsverhältnis des Erkenntnisverfahrens. Die Gefahr von Rechtskraftkollisionen besteht im

⁶⁷⁹ V. Caemmerer FS Weitnauer, 261, 274; Gaul ZJP 110 (1997), 3, 20/21.

⁶⁸⁰ Vgl. Schreiber ZJP 105 (1992), 129, 143/144 Gaul ZJP 110 (1997), 3, 20/21.

⁶⁸¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald § 2 V 1; Lüke ZJP 108 (1995), 427, 443.

⁶⁸² Lüke aaO., 443 nennt als Beispiel nur den folgenden Fall: Der obsiegende Beklagte des Erstprozesses macht geltend, er habe infolge „nachlässiger Prozessführung“ des rechtskräftig abgewiesenen Klägers finanzielle Mittel unnötig lange bereithalten müssen, um sie bei seiner Verurteilung verfügbar zu haben. - Auch in diesem Fall kommt jedoch kein Schadensersatzanspruch in Betracht: Wie bereits oben ausgeführt existiert nämlich keine allgemeine Prozessförderungspflicht und somit auch kein Verbot nachlässiger Prozessführung. Es gibt nur die konkret in §§ 282, 296 ZPO geregelte Last, rechtzeitig vorzutragen, um eine Präklusion wegen Verspätung zu vermeiden.

Vollstreckungsverhältnis nicht, weil es eine das Vollstreckungsverfahren abschließende „Vollstreckungskraft“ nicht gibt (s.o. Rn 132-142). Das Vollstreckungsverfahren wird nicht von einem Gericht geleitet, das von Amts wegen mit prozessualen Mitteln eingreift, wenn das Verfahren einen der materiellen Rechtslage zuwiderlaufenden Gang nimmt, und die den Betroffenen zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe sind lückenhaft. Es ist mithin nicht gewährleistet, dass die Sanktionierung prozessual unerwünschten Verhaltens im Verfahren selbst erfolgt. Folglich kann auch keine prozessuale „Sperrwirkung“ angenommen werden. Vielmehr muss sich das prozessuale Verhalten in der Zwangsvollstreckung am materiellen Recht messen lassen. Prozessuale Gründe stehen der Annahme eines zwischen den Vollstreckungsparteien bestehenden Sonderverhältnisses i.S.d. §§ 278 BGB, 241 II BGB daher nicht entgegen.

379 Gleichwohl vermag die These nicht zu überzeugen, die vertragsähnliche Sonderbeziehung sei identisch mit dem prozessualen Vollstreckungsverhältnis. Denn das Vollstreckungsrecht regelt weder prozessuale Pflichten der Vollstreckungsparteien, noch regelt es die Haftung für Vollstreckungsschäden, die ihren Ursache im Vollstreckungsverfahren haben. Obwohl auch Lücke das Fehlen prozessualer Parteipflichten im Vollstreckungsrecht einräumt, vertritt er dennoch die oben genannte These. Er will die fehlenden Regelungen im Vollstreckungsrecht durch den Grundsatz von Treu und Glauben schließen⁶⁸³. Jedoch entstammt dieser – ohnehin vage – Rechtssatz dem materiellen Recht (§ 242 BGB), nicht dem Prozessrecht. Tatsächlich leitet somit auch Lücke ein Sonderverhältnis nicht unmittelbar aus dem Prozessrecht ab.

380 Folglich ist kein Grund dafür ersichtlich, das bewährte Trennungsprinzip zwischen Prozessrecht und materiellem Recht (s.o.: „Das Verfahrensrecht restituiert mit prozessualen Mitteln, das materielle

⁶⁸³ Lücke aaO., 453.

Recht mit Schadensersatz“) aufzugeben. Wo das Verfahrensrecht nicht oder nur lückenhaft mit prozessualen Mitteln unerwünschtes Verhalten restituiert, ist die Lücke durch die Anwendung des materiellen Rechts zu schließen. Ob sich aus dem materiellen Recht ein gesetzliches Sonderverhältnis privatrechtlicher Art ableiten lässt, bleibt zu prüfen.

- 381 Ergebnis: Das Prozessrechtsverhältnis und das Vollstreckungsverhältnis bilden keine Grundlage für die Annahme einer Sonderbeziehung der Vollstreckungsparteien. Eine Sonderbeziehung kraft Prozessrechts ist abzulehnen. Andererseits steht das Verfahrensrecht der Annahme einer (materiellrechtlichen) Sonderbeziehung der Vollstreckungsparteien aber auch nicht entgegen.

3. § 311 II BGB / culpa in contrahendo ?

- 382 Der Gesetzgeber hat das richterrechtlich entwickelte Rechtsinstitut der culpa in contrahendo (Verschulden bei Vertragsschluss) ausdrücklich durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 in das BGB eingefügt. Nach § 311 II BGB n.F. entsteht ein Schuldverhältnis außer durch Vertrag auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, die Anbahnung eines Vertrages oder „ähnliche geschäftliche Kontakte“. Eine Schadensersatzpflicht entsteht unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB n.F..
- 383 Die Fallgruppe „ähnliche geschäftliche Kontakte“ stellt klar, dass auch Kontakte, die nicht auf den Abschluss eines Vertrages abzielen, eine quasivertragliche Haftung begründen können⁶⁸⁴. Der prozessuale Kontakt der Vollstreckungsparteien könnte deshalb als ein „ähnlicher geschäftlicher Kontakt“ (§ 311 II Nr. 3 BGB) wie die Aufnahme von Vertragsverhandlungen und die Vertragsanbahnung zu bewerten sein.

⁶⁸⁴ Palandt/Heinrichs § 311 Rn 18.

- 384 Fraglich ist zunächst, ob ein „geschäftlicher“ Kontakt vorliegt. Legt man den allgemeinen Sprachgebrauch zugrunde, ist das zu verneinen, weil man den zwischen den Vollstreckungsparteien bestehenden prozessualen Kontakt gemeinhin nicht als geschäftlichen Kontakt bezeichnet. Bei der Auslegung des Merkmals muss allerdings berücksichtigt werden, dass vor der Neuregelung in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten wurde, bereits der „soziale“ Kontakt begründe ein Schuldverhältnis⁶⁸⁵. Dieser Auffassung hat der Gesetzgeber durch die Beschränkung auf geschäftliche Kontakte eine Absage erteilt. Der Begriff „geschäftlich“ wird also als Gegenbegriff zu „sozial“ verwendet⁶⁸⁶. Deshalb dürfte die Voraussetzung „geschäftlicher“ Kontakt in einem weiten Sinne zu verstehen sein. Lässt man es demgemäß für einen „geschäftlichen“ Kontakt genügen, dass er durch wirtschaftliche Interessen motiviert ist, und nicht lediglich auf sozialer/gesellschaftlicher Ebene stattfindet, ist auch der Kontakt des Vollstreckungsgläubigers zum -schuldner als „geschäftlich“ zu bewerten.
- 385 Es bestehen jedoch Bedenken, ob es bei dem Kontakt der Vollstreckungsparteien um einen „ähnlichen“ geschäftlichen Kontakt wie bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen und der Vertragsanbahnung handelt. Wie der amtlichen Überschrift des § 311 BGB („Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse“) zu entnehmen ist, bedarf es eines „rechtsgeschäftsähnlichen“ Kontakts. Ein Rechtsgeschäft besteht aus einer oder mehreren Willenerklärungen, die allein oder in Verbindung mit anderen Tatbestandsmerkmalen eine Rechtsfolge herbeiführen, weil sie gewollt ist⁶⁸⁷. Das Charakteristische eines rechtsgeschäftlichen Schuldgeschäfts ist folglich, dass es kraft des freien Willens zustande kommt.

⁶⁸⁵ Dieser Auffassung z.B. Esser/Schmidt Schuldrecht I § 29 I, II 3; vgl. zum Meinungsstand zum Haftungsgrund der c.i.c. vor der Änderung des Schuldrechts: Soergel/Wiedemann vor § 275 Rn 114 – 123.

⁶⁸⁶ vgl. Palandt/Heinrichs § 311 Rn 18.

⁶⁸⁷ Vgl. Palandt/Heinrichs vor § 104 Rn 2.

- 386 Ein (rechtsgeschäfts-)ähnlicher Kontakt setzt deshalb voraus, dass der Kontakt wie bei der Aufnahme Vertragsverhandlungen und der Vertragsanbahnung im Einvernehmen beider Parteien zustande kommt. Der prozessuale Kontakt der Vollstreckungsparteien wird indes von dem Zwangscharakter der Vollstreckung, d.h. dem gegensätzlichen Willen beider Parteien, bestimmt⁶⁸⁸. Die Beziehung der Vollstreckungsparteien ist nicht von ähnlichen Loyalitätsprinzipien geprägt, wie sie sich bei der Vertragsanbahnung aus der einvernehmlichen Kontaktaufnahme ergeben⁶⁸⁹.
- 387 In **Beispiel (1) und (2)** / Rn 352, 353 scheidet deshalb §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB als Anspruchsgrundlage für eine Schadensersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers aus.
- 388 Ergebnis: Das Verhältnis der Vollstreckungsparteien ist nicht als „ähnlicher geschäftlicher Kontakt“ i.S.d. § 311 II Nr. 3 BGB zu bewerten. Es ergibt sich keine Schadensersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB.

4. Unterscheidung nach dem vorprozessualen Rechtsverhältnis

- 389 Teilweise wird in Literatur⁶⁹⁰ und Rechtsprechung⁶⁹¹ die Auffassung vertreten, dass für das Verhältnis der Vollstreckungsparteien maßgeblich sei, welches Rechtsverhältnis zwischen ihnen vor Eintritt in das Vollstreckungsverfahren bestand. Die im Privatrechtsverhältnis angelegten Pflichten wirkten in den Prozess und die Zwangsvollstreckung hinein fort⁶⁹². Danach haftet der Vollstreckungsgläubiger nur dann nach vertraglichen Grundsätzen, wenn bereits vor Eintritt in die Vollstreckungssituation ein Sonderverhältnis zum Vollstreckungsschuldner bestand, insbesondere also der vollstreckbare Anspruch auf einem Vertrag beruhte. Falls der

⁶⁸⁸ vgl. Gaul Z郑 110 (1997), 3, 25.

⁶⁸⁹ Gaul aaO., 25.

⁶⁹⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken § 7 II 4; Gaul Z郑 110 (1997), 3, 30.

⁶⁹¹ BGH NJW 1994, 2755; BGH NJW 1977, 656; BGH Z郑 (1989), 98; OLG Frankfurt NJW 1961, 1479, 1480 rechte Spalte.

⁶⁹² Gaul Z郑 110 (1997), 3, 30.

vollstreckbare (vertragliche) Anspruch im Zeitpunkt der Vollstreckung durch Erfüllung erloschen sei, ergebe sich die Haftung aus der Verletzung einer nachvertraglichen Schutzpflicht⁶⁹³. Das Vertragsverhältnis wirke insoweit auch nach Erfüllung noch fort. Demgegenüber hafte der Vollstreckungsgläubiger lediglich aus Deliktsrecht, wenn zwischen den Vollstreckungsparteien zuvor kein Sonderverhältnis bestand⁶⁹⁴, beispielsweise weil der vollstreckbare Anspruch auf einem Verkehrsunfall beruhe.

- 390 Nach dieser Lösung würde den Vollstreckungsgläubiger in **Beispiel (1)** / Rn 352 eine Schadensersatzhaftung aus § 280 I BGB, 241 II, 278 BGB treffen, weil zwischen den Vollstreckungsparteien bis zur Erfüllung des Kaufpreisanspruchs ein Kaufvertrag bestand, und den Vollstreckungsgläubiger auch im Anschluss an die Erfüllung noch nachvertragliche Schutzpflichten trafen, gegen die seine Hilfspersonen (§ 278 BGB) verstoßen haben. In **Beispiel (2)** / Rn 353 käme dagegen mangels eines vorprozessualen Schuldverhältnisses der Vollstreckungsparteien eine vertragsähnliche Schadensersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers nicht in Betracht.
- 391 Diese differenzierende Ansicht steht zwar im Widerspruch zu der oben dargestellten Auffassung des BGH, dass zwischen den Vollstreckungsparteien – ohne Ausnahme – eine „gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art“ bestehe, „die sich aus der Gestaltung des Vollstreckungsrechts ergibt“. Gleichwohl hat auch der BGH in einigen Fällen, in denen zwischen den Vollstreckungsparteien bereits zuvor eine Sonderbeziehung bestand, diese als Ansatzpunkt für eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers gewählt⁶⁹⁵, so z.B. auch in BGH NJW 1994, 2755:

⁶⁹³ Rosenberg/Gaul/Schilken § 25 IV 1 c; OLG Frankfurt NJW 1961, 1478, 1480 rechte Spalte.

⁶⁹⁴ Rosenberg/Gaul/Schilken § 8 II 3 c; Gaul ZZP (1997) 110, 3, 30.

⁶⁹⁵ BGH NJW 1994, 2755; BGH NJW 1977, 656; BGH ZZP (1989), 98: Schadensersatzhaftung aus pFV eines Pachtvertrags wegen Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Titels (zur Anwendung des § 717 II ZPO sah sich der BGH wegen Fallbesonderheiten außerstande); vgl. ferner: OLG Frankfurt NJW 1961, 1479, 1480 rechte Spalte.

- 392 Der Käufer eines Grundstücks hatte sich in dem Grundstückskaufvertrag der sofortigen Vollstreckung in sein Vermögen unterworfen. Da er nicht zahlte, betrieb der Verkäufer die Vollstreckung aus dem titulierten Kaufpreisanspruch. Nach Beendigung der Vollstreckung stellte sich heraus, dass der Kaufvertrag wegen Nichtbeurkundung einer Nebenabrede nichtig war. Der Käufer verlangte vom Verkäufer den Vollstreckungsschaden ersetzt.
- 393 Im Ergebnis verneinte der BGH in dieser Entscheidung zwar einen vertragsähnlichen Schadensersatzanspruch, weil der Vollstreckungsgläubiger nicht rechtswidrig gehandelt habe. Der BGH führte jedoch u.a. aus:
- 394 „Auch die Rechtsprechung des BGH hält im Ansatz auf der Grundlage der positiven Forderungsverletzung denjenigen für schadensersatzpflichtig, der bei *bestehenden vertraglichen Rechtsbeziehungen*⁶⁹⁶ einen nicht gegebenen Anspruch vollstreckt (BGH WM 1977, 656, 657; ...).“
- 395 Der Standpunkt des BGH ist aufgrund des aufgezeigten Widerspruchs in seiner Rechtsprechung unklar. Lippross^{376a} meint, der BGH habe mit der Entscheidung BGH NJW 1994, 2755 indirekt der Kritik an seiner Rechtsfigur der gesetzlichen Sonderbeziehung privatrechtlicher Art Rechnung getragen, und sich nunmehr der hier dargestellten Auffassung angeschlossen, dass für Vollstreckungsschäden nur dann nach Vertragsgrundsätzen gehaftet wird, wenn bereits vorher und unabhängig von der Vollstreckungssituation eine (quasi-)vertragliche Rechtsbeziehung zwischen den Vollstreckungsparteien bestand. Dagegen spricht jedoch, dass der BGH letztlich nur das wiederholt hat, was er bereits in seiner Entscheidung WM 1977, 656 (657), auf die er auch ausdrücklich Bezug nimmt, ausgeführt hatte^{697 698}.

⁶⁹⁶ Hervorhebung durch den BGH !

^{376a} Lippross VollstrR 8. Aufl. Rn 559.

⁶⁹⁷ Die betreffende Passage in BGH WM 1977, 656, 657 lautet: „Allerdings kann ein Gläubiger, wenn ihm bekannt ist oder bekannt sein muss, dass der zu vollstreckende Anspruch nicht besteht, dem Schuldner bei *v e r t r a g l i c h e n* Rechtsbeziehungen [Hervorhebung des Verf.] aus positiver Vertragsverletzung (...) ersatzpflichtig sein.“

- 396 Grundlage der Vollstreckung ist allein der Titel ohne Unterscheidung nach dem Anspruchsgrund. Die Vollstreckung verläuft unabhängig vom ursprünglichen Rechtsverhältnis nach einheitlichen, besonderen Regeln. Diese Gemeinsamkeit ist für die Vollstreckungssituation prägend. Der sachliche Grund für eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers kann deshalb nur der Vorwurf sein, dass er die Vollstreckung betrieben hat, obwohl er hätte erkennen müssen, dass der titulierte Anspruch bereits erloschen ist. Eine Differenzierung danach, ob der erloschene vollstreckbare Anspruch auf Vertrag oder ein Delikt beruhte, erscheint dagegen formalistisch und sachwidrig. Denn die ursprüngliche Situation, in der die Forderung entstanden war, und in der für die Unterscheidung zwischen Vertrags- und Deliktsrecht sachliche Gründe bestanden, ist längst überholt, wenn sich die Parteien im Vollstreckungsverfahren gegenüberstehen.
- 397 Ergebnis: Für die Beurteilung des zwischen den Vollstreckungsparteien bestehenden Rechtsverhältnisses ist die vorprozessuale Rechtsbeziehung unerheblich. Ob der vollstreckbare Anspruch auf Vertrags- oder Deliktsrecht beruht, spielt keine Rolle.

5. Sonderfall: Vereinbarungen im Vollstreckungsverfahren

- 398 Unproblematisch ist die Anwendung von Vertragsrecht, wenn die Parteien nach Erlass des Titels Absprachen treffen, gegen die der Vollstreckungsgläubiger mit der Vollstreckung verstößt. In diese Kategorie fällt z.B. der Fall des BGH NJW 1985, 3080:

⁶⁹⁸ Auffallend ist eine Gemeinsamkeit der vom BGH auf diese Weise entschiedenen Fälle: Die der Vollstreckung zugrundeliegenden Titel waren jeweils nicht rechtskräftig und inhaltlich falsch (vgl. BGH NJW 1994, 2755: Vollstreckbare notarielle Urkunde; BGH NJW 1977, 656: Vollstreckbare notarielle Urkunde; BGH ZJP (1989), 98: Für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil). Es handelte sich also um Vollstreckungsschäden, die ihre Ursache bereits im Erkenntnisverfahren hatten (s.o. § 1). Allerdings stützt der BGH seine jeweilige Begründung nicht auf diese Besonderheit, und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Lösung des BGH darauf beruhen könnte.

- 399 Eine Woche vor dem Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zahlte die Ehefrau E des Vollstreckungsschuldners den titulierten Geldbetrag persönlich bei einer Niederlassung des Vollstreckungsgläubigers ein und bekam von der dortigen Mitarbeiterin eine Quittung ausgehändigt. Die Mitarbeiterin telefonierte sodann in Anwesenheit der E mit der Zentrale und erhielt von dort die Zusicherung, dass das Vollstreckungsgericht^{378a} von der Zahlung in Kenntnis gesetzt werde. Diese Erklärung gab die Mitarbeiterin an die E weiter. Die Benachrichtigung des Vollstreckungsgerichts unterblieb jedoch. Der Vollstreckungsschuldner erschien nicht zum Vollstreckungstermin, wurde im Schuldnerverzeichnis eingetragen, erhielt einen Kredit seiner Bank nicht bewilligt, musste den Kauf eines Grundstücks rückgängig machen und verlangte die nutzlos aufgewendeten Notarkosten vom Vollstreckungsgläubiger ersetzt.
- 400 Der BGH entschied, dass die Zusage der Mitarbeiterin des Vollstreckungsgläubigers, das Vollstreckungsgericht werde benachrichtigt, mit Rechtsbindungswillen und in wirksamer Vertretung für den Vollstreckungsgläubiger erfolgt sei. Deshalb sei der Vollstreckungsgläubiger gegenüber dem Vollstreckungsschuldner zur Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtet gewesen. Wegen der Nichteinhaltung der Zusage hafte der Vollstreckungsgläubiger auf Ersatz des entstandenen Schadens. Nicht zu beanstanden sei allerdings auch die Entscheidung des Berufungsgerichts, dem Vollstreckungsschuldner ein Mitverschulden von 50 % anzulasten, weil er unentschuldigt den Offenbarungstermin versäumte, in dem die Sachlage anhand der Quittung hätte aufgeklärt werden können.
- 401 Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen⁶⁹⁹. Auch in Fällen, in denen der Vollstreckungsgläubiger zunächst die titulierte Forderung stundet oder (teilweise) erlässt, dann aber entgegen dieser Abrede aus dem Titel vollstreckt, ist dem Vollstreckungsschuldner Schadensersatz wegen Nichteinhaltung einer vertraglichen Vereinbarung zu gewähren. Dabei ist es für die Verpflichtung des

^{378a} Beachte die Änderung der Zuständigkeit durch die 2.

Zwangsvollstreckungsnovelle vom 17.12.1997. Nach § 899 ZPO n.F. ist nicht mehr das Vollstreckungsgericht für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung zuständig, sondern der Gerichtsvollzieher.

⁶⁹⁹ So auch Gaul ZZP 110 (1997), 3, 18.

Vollstreckungsgläubigers zum Schadensersatz unerheblich, ob es sich bei der verletzen vertraglichen Abrede um einen Vollstreckungsvertrag im engeren Sinne handelt, d.h. um eine Parteivereinbarung über Voraussetzungen, Zulässigkeit und Durchführung der Zwangsvollstreckung, oder aber um eine materiellrechtliche Vereinbarung über den titulierten Anspruch selbst (z.B. Stundung, Erlass). In beiden Fällen führt der schuldhafte Verstoß gegen die Abrede zu einem Anspruch aus § 280 I BGB n.F..

- 402 Wenn Hilfspersonen des Vollstreckungsgläubigers oder des Gläubigeranwalts gegenüber dem Vollstreckungsschuldner eine Erklärung abgeben, bedarf es allerdings einer sorgfältigen Prüfung des Einzelfalls, ob die Erklärung tatsächlich mit Rechtsbindungswillen und in wirksamer Vertretung des Geschäftsherrn (§ 164 I BGB) erfolgt. Häufig wird das zu verneinen sein. Zudem scheidet eine vertragsähnliche Haftung nach dieser Lösung insbesondere in den Fällen aus, in denen die Mitteilung des Vollstreckungsschuldners über die Begleichung der titulierten Forderung schriftlich erfolgt und unbeachtet bleibt. Eine vertragsähnliche Sonderbeziehung und Schadenshaftung lässt sich auf dieser Grundlage deshalb nur für einen geringen Teil der Schadensfälle begründen.

6. Keine vertragsähnliche Sonderbeziehung

- 403 Die Entscheidung des Kammergerichts Berlin NJW 1973, 860 betraf den gleichen Sachverhalt wie die Entscheidungen BGHZ 74, 9 und BGH NJW 1985, 3080: Gegen den Vollstreckungsschuldner war ein Haftbefehl ergangen und seine Eintragung im Schuldnerverzeichnis veranlasst worden, obwohl der Vollstreckungsschuldner den vollstreckbaren Anspruch erfüllt hatte.
- 404 Das Kammergericht vertrat die Auffassung, es bestünde zwischen den Vollstreckungsparteien keine Sonderbeziehung, denn Vollstreckungsmaßnahmen hätten „nicht ihren Grund in

irgendwelchen eventuellen vertraglichen Beziehungen, sondern im Zwangsvollstreckungsverfahren“. Auch das Kammergericht stellte also – wie der BGH in den genannten Entscheidungen – auf die besondere Gestaltung des Vollstreckungsrechts ab. Das Kammergericht zog daraus aber die gegenteilige Schlussfolgerung: Eine vertragsähnliche Sonderbeziehung lasse sich mit der besonderen Gestaltung des Vollstreckungsrechts nicht vereinbaren. Aus dem Wesen des Prozessverfahrens, in welchem sich die Parteien streitend gegenüberstehen, folge, dass der Vollstreckungsgläubiger nicht verpflichtet gewesen sei, bei der Durchführung der Vollstreckung auf die Belange des Vollstreckungsschuldners zu achten. In dem Offenbarungsverfahren nach §§ 899 ff. bestünden für den Vollstreckungsgläubiger keine „Fürsorgepflichten“ gegenüber dem Vollstreckungsschuldner. Jede Verfahrenspartei habe ihre eigenen Interessen zu vertreten. Das Vollstreckungsverfahren biete dem Vollstreckungsschuldner ausreichende Verteidigungsmöglichkeiten.

405 Das Kammergericht verwies in der Begründung auf die – damals noch aktuelle – Entscheidung BGHZ 36, 18 (vgl. Rn 218 f.) und lehnt sich auch in der Argumentation erkennbar an die vom BGH aaO. vertretene Auffassung an, dass derjenige, der ein gesetzlich geregeltes Rechtspflegeverfahren in Anspruch nimmt, grundsätzlich nicht rechtswidrig i.S.d. § 823 I BGB handle, weil das Verfahren selbst den Schutz des Gegners übernehme.

406 Folgte man dieser Auffassung, würde eine vertragsähnliche Haftung des Vollstreckungsgläubigers sowohl in **Beispiel (1)** / Rn 352 als auch in **Beispiel (2)** / Rn 353 ausscheiden.

407 Der Umstand, dass das Kammergericht – ebenso wie BGHZ 58, 207 und BGH NJW 1985, 3080 – auf die Besonderheiten des Vollstreckungsverfahrens abstellt, aber zu dem entgegengesetzten Ergebnis gelangt, verdeutlicht die Ambivalenz der Vollstreckungssituation:

408 Einerseits stehen sich die Parteien als Gegner gegenüber, und der Vollstreckungsschuldner kann sich gegen eine materiell ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahme im Regelfall mit Rechtsbehelfen zur Wehr setzen. Diesen Gesichtspunkt betont das Kammergericht. Er hat auch seine Berechtigung. Diesen Besonderheiten ist indes bei der Festlegung der vom Vollstreckungsgläubiger zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen Rechnung zu tragen (s.o. Rn 270 f.), sie führen nicht zu einem prinzipiellen Haftungsausschluss. Die These, dass eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers nicht in Betracht komme, weil das Verfahren selbst den Schutz des Vollstreckungsschuldners übernehme, überzeugt nicht (s.o. Rn 231 f.).

409 Auf der anderen Seite entsteht durch den Eingriff des Vollstreckungsgläubigers in die Rechtssphäre des Vollstreckungsschuldners ein enger Kontakt und ein erhebliches Gefährdungspotential auch für reine Vermögenswerte des Vollstreckungsschuldners. Ferner hat der Vollstreckungsgläubiger die Möglichkeit, die Vollstreckung von Hilfspersonen durchführen zu lassen. Mit der Frage, ob diese Aspekte nicht für eine vertragsähnliche Sonderbeziehung sprechen, die den Vollstreckungsgläubiger zur Wahrung von Integritätsinteressen des Vollstreckungsschuldners verpflichtet, setzt sich das Kammergericht in seiner Entscheidung nicht auseinander.

410 Ergebnis: Die Entscheidung des Kammergerichts gegen ein Sonderverhältnis vermag nicht zu überzeugen, da sich das Gericht nicht mit den für ein Sonderverhältnis sprechenden Argumenten auseinandergesetzt hat.

7. Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 f. BGB analog

411 Ein gesetzliches Sonderverhältnis privatrechtlicher Art, das auch durch einen Eingriff in die Rechte des Betroffenen gegen seinen Willen zustande kommen kann (vgl. § 679 BGB), regeln die §§ 677 f.

BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag). Die GoA steht zwischen Vertrags- und Deliktsrecht, sie ist Quasi-Vertrag und Quasi-Delikt⁷⁰⁰. Das Schuldverhältnis der GoA kommt nicht durch Willenserklärungen oder geschäftsähnliches Verhalten der Beteiligten zustande, sondern kraft Gesetzes allein durch die Tatsache, dass ein Geschäft für einen anderen besorgt wird⁷⁰¹. Diese Charakteristika der GoA passen zu dem Verhältnis der Vollstreckungsparteien. Denn auch der Kontakt der Vollstreckungsparteien kommt durch einen Realakt zustande und lässt sich – wie gesehen – nicht eindeutig dem Vertrags- oder Deliktsrecht zuordnen.

- 412 Die Anwendung der §§ 677 f. BGB ist auch deshalb in Erwägung zu ziehen, weil die Durchsetzung einer titulierten Forderung mittels Vollstreckungsmaßnahmen für den Vollstreckungsgläubiger die gesetzlich zugelassene Form der Selbsthilfe darstellt⁷⁰². Fälle, in denen der Gläubiger (vorprozessual) im Wege der Selbsthilfe eine Verpflichtung des Schuldners erfüllt, beurteilt die h.M. seit jeher als Geschäftsführung ohne Auftrag⁷⁰³.
- 413 Lässt z.B. ein Grundstückseigentümer einen Pkw abschleppen, der seine Garagenausfahrt versperrt, handelt es sich rechtlich ebenfalls um die zwangsweise Durchsetzung eines materiellen Anspruchs (aus §§ 1004, 862 BGB) gegen den Störer im Wege der Selbsthilfe (§ 859 I BGB). Die Abschleppkosten muss der Störer dem Eigentümer nach h.M. als sog. Selbsthilfeaufwendungen unter den Voraussetzungen der

⁷⁰⁰ Erman/Ehmann 10. Aufl. vor § 677 Rn 30; Krebs S. 113.

⁷⁰¹ Erman/Ehmann 10. Aufl. vor § 677 Rn 30.

⁷⁰² Aus diesem Grund sind materiell gerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen analog § 229 BGB gerechtfertigt, s.o. Rn 251, 252; vgl. in diesem Zusammenhang auch Krebs S. 110: „Auch ohne Erlaubnis des Rechtsgutsträgers können Eingriffe in deliktisch geschützte Rechtsgüter rechtmäßig sein. Zu nennen sind hier (...) Selbsthilfe i.S.d. §§ 229 f. BGB sowie der Angriffsnotstand und die Nothilfe i.S.d. § 904 BGB. In diesen Fällen könnte eine Sonderverbindung mit dem Eingriff in das fremde Rechtsgut entstehen. (...) Bei rechtmäßigem Eingriff könnte die Annahme einer Sonderverbindung Rücksichtnahme- und Schadensminderungspflichten des Eingreifers legitimieren. Eine solche Sonderverbindung wird allerdings bisher wohl nicht diskutiert. (...)“

⁷⁰³ BGH NJW 1966, 1360; BGH NJW 1968, 1327; BGHZ 65, 354, 384; BGHZ 98, 235, 241; BGHZ 110, 313, 315; MüKo/Seiler BGB § 677 Rn 28.

§§ 683, 670 BGB ersetzen⁷⁰⁴ – die Regelung entspricht inhaltlich § 788 ZPO (Vollstreckungskosten). Beschädigt der beauftragte Abschleppunternehmer im genannten Beispiel den Pkw des Störers schuldhaft, haftet dafür der Eigentümer als Auftraggeber aus §§ 280 I, 241 II BGB (pFV a.F.) i.V.m. § 278 BGB⁷⁰⁵. Die Parallele zu dem Fall, dass der Vollstreckungsgläubiger zur Durchsetzung seiner Forderung einen Anwalt mit Vollstreckungsmaßnahmen beauftragt, dessen Maßnahmen den Vollstreckungsschuldner schädigen, liegt auf der Hand.

- 414 Im Folgenden soll daher die These näher untersucht werden, ob Vollstreckungsmaßnahmen als Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.d. §§ 677 f. BGB zu bewerten sind.
- 415 Zunächst ist festzustellen, dass eine unmittelbare Anwendung der §§ 677 ff. BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag) nicht möglich ist, weil der Vollstreckungsgläubiger nicht handelt, „ohne (...) dazu berechtigt zu sein“ (§ 677 BGB). Denn das Recht des Vollstreckungsgläubigers, Vollstreckungsmaßnahmen zu ergreifen, ergibt sich unmittelbar aus dem Vollstreckungsrecht (§§ 704 f. ZPO). In Betracht kommt jedoch eine analoge Anwendung der §§ 677 f. BGB. Die ZPO regelt nämlich weder die Rechte und Pflichten der Parteien im Vollstreckungsverfahren, noch enthält sie eine Regelung, unter welchen Voraussetzungen der Vollstreckungsgläubiger für Vollstreckungsschäden haftet, die ihre Ursache im Vollstreckungsverfahren haben. Die Ausfüllung von Regelungslücken entspricht der typischen Funktion der Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Sie stellen einen Auffangtatbestand dar, der subsidiär hinter allen Geschäftsführungen oder ähnlichen Tatbeständen steht⁷⁰⁶. Eine analoge Anwendung der §§ 677 f. BGB

⁷⁰⁴ AG München DAR 1981; AG Tübingen DAR 1984, 231; Grüneberg NJW 1992, 945, 946; Janssen NJW 1995, 624; Schwarz/Ernst NJW 1997, 2550, 2551.

⁷⁰⁵ Vgl. zur Anwendbarkeit von § 278 BGB im Rahmen der GoA: BGHZ 63, 167; MüKo/Seiler BGB § 677 Rn 49; Soergel/Beuthien § 677 Rn 20.

⁷⁰⁶ Vgl. MüKo/Seiler BGB vor § 677 Rn 1 und § 677 Rn 18.

setzt voraus, dass Vollstreckungsmaßnahmen wesentliche Merkmale einer GoA erfüllen.

- 416 Der Vollstreckungsgläubiger müsste daher ein objektiv fremdes Geschäft ausüben, d.h. Vollstreckungsmaßnahmen müssten einen für den Vollstreckungsgläubiger fremden Rechts- und Interessenkreis betreffen⁷⁰⁷. Für die Erfüllung der titulierten Forderung ist der Vollstreckungsschuldner zuständig. Es wäre daher an sich seine Aufgabe, die in seinem Vermögen vorhandenen Wertgegenstände zu veräußern und von dem Erlös seine Schuld gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger zu begleichen. Da der Vollstreckungsschuldner seiner Verpflichtung selbst nicht nachkommt, gestattet das Vollstreckungsrecht dem Vollstreckungsgläubiger, anstelle des Vollstreckungsschuldners für die Verwertung der Vermögensgegenstände und die Begleichung der Schuld zu sorgen⁷⁰⁸. Was aber an sich der Sorge des Geschäftsherrn obliegt, stellt für einen anderen, der es erledigt, ein fremdes Geschäft dar⁷⁰⁹. Die Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers liegt auch im objektiv verstandenen Interesse des Vollstreckungsschuldners, weil sie dazu führt, dass er von seiner Schuld befreit wird⁷¹⁰. Die Tatsache, dass der Vollstreckungsgläubiger seinen vollstreckbaren Anspruch durchsetzen will und nicht etwa aus altruistischen Motiven handelt, ist insoweit unschädlich. Denn ein Eigeninteresse steht der Annahme eines (zumindest auch-)fremden Geschäfts nicht entgegen⁷¹¹. Ein (auch-)fremdes Geschäft ist daher zu bejahen.
- 417 Ferner müsste der Vollstreckungsgläubiger Fremdgeschäftsführungswillen haben. Das setzt voraus, dass er das Geschäft in dem Bewusstsein und mit dem Willen führt, zumindest auch im Interesse

⁷⁰⁷ BGH NJW 2000, 72 mwN; MüKo/Seiler BGB § 677 Rn 3.

⁷⁰⁸ Die Veräußerung einer fremden Sache stellt ein objektiv fremdes Geschäft dar, vgl. RGZ 138, 45, 48 ff., bestätigt in BGH NJW 2000, 72.

⁷⁰⁹ RGZ 97, 61, 65/66; Soergel/Beuthien § 677 Rn 7; MüKo/Seiler BGB § 677 Rn 3.

⁷¹⁰ Anerkannt ist deshalb, dass die Tilgung fremder Schulden ein objektiv fremdes Geschäft darstellt, vgl. BGHZ 47, 370, bestätigt in BGH NJW 2000, 72; Medicus BR Rn 408.

⁷¹¹ MüKo/Seiler BGB § 677 Rn 8; Erman/Ehmann 10. Aufl. vor § 677 Rn 9.

eines anderen zu handeln⁷¹². Ein solcher Fremdgeschäftsführungswille wird bei ausschließlich fremden Geschäften sowie bei auch-fremden Geschäften vermutet⁷¹³. Es genügt, dass das Geschäft seiner äußeren Erscheinung nach nicht nur dem Besorger, sondern auch dem Anderen zugute kommt⁷¹⁴. Da (erfolgreiche) Vollstreckungsmaßnahmen dazu führen, dass der Vollstreckungsschuldner von seiner titulierten Schuld befreit wird, kommen sie auch ihm zugute. Deshalb greift zugunsten des Vollstreckungsgläubigers die Vermutung ein, dass er auch mit Fremdgeschäftsführungswillen handelt.

- 418 Grundsätzlich setzt eine berechtigte GoA ferner voraus, dass die Fremdgeschäftsführung dem Willen des Geschäftsherrn entspricht (§§ 677, 683 BGB). Dieses Erfordernis bezweckt den Schutz des Geschäftsherrn vor ihm unerwünschten Eingriffen in seine Angelegenheiten⁷¹⁵. Ein entgegenstehender Wille ist indes unbeachtlich bei einer „Pflicht, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt“ (§ 679 BGB). Für ein solches öffentliches Interesse an der Erfüllung titulierter Privatrechte könnte sprechen, dass die Durchsetzbarkeit staatlich festgestellter Privatrechte in einem Rechtsstaat für die Erhaltung des Rechtsfriedens unabdingbar ist. Aus dem Verbot der Privatgewalt und der Verstaatlichung der Rechtsdurchsetzung folgt umgekehrt die Pflicht des Staates die Beachtung von Privatrechten sicherzustellen⁷¹⁶. Andererseits genügt ein abstraktes Interesse der Gemeinschaft an der Erfüllung von Verpflichtungen nach h.M. im Rahmen des § 679 BGB nicht, erforderlich sei vielmehr die Gefährdung konkreter öffentlicher Interessen⁷¹⁷. Hier kann die Frage, ob ein entgegenstehender Wille des Vollstreckungsschuldners gemäß § 679 BGB überwunden werden könnte, unentschieden bleiben. Denn die Anerkennung des Rechts des Vollstreckungsgläubigers, seine Leistungsansprüche mit Hilfe

⁷¹² BGH NJW 2000, 72 mwN.

⁷¹³ BGH NJW 2000, 72.

⁷¹⁴ BGH NJW 2000, 72/73 mwN.

⁷¹⁵ Vgl. MüKo/Seiler BGB vor § 677 Rn 3.

⁷¹⁶ BVerfG NJW 1987, 1929.

⁷¹⁷ vgl. Palandt/Thomas § 679 Rn 3 mwN.

staatlicher Vollstreckungsorgane gegen den Willen des Vollstreckungsschuldners durchzusetzen, ergibt sich bereits unmittelbar aus dem Vollstreckungsrecht als vorrangigem Spezialgesetz. Für eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 679 BGB besteht somit mangels Regelungslücke kein Raum und kein Bedürfnis. Sie wird als subsidiäre Regelung verdrängt. Der einer Fremdgeschäftsführung entgegenstehende Wille des Vollstreckungsschuldners ist kraft Vollstreckungsrechts unbeachtlich.

419 Vollstreckungsmaßnahmen erfüllen somit die wesentlichen Merkmale einer Geschäftsführung ohne Auftrag. Gegen eine analoge Anwendung der §§ 677 f. BGB bestehen keine durchgreifenden Bedenken⁷¹⁸.

420 Materiell gerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen sind dementsprechend in Analogie zu §§ 677, 683 BGB als berechnigte GoA zu beurteilen. Dies hat auch Auswirkungen auf die Rechtswidrigkeitsproblematik im Deliktsrecht (Rn 200 f.). Denn eine berechnigte GoA stellt nach ganz h.M. einen Rechtfertigungsgrund dar⁷¹⁹. Der Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in absolute Rechtsgüter des Vollstreckungsschuldners folgt bei der materiell gerechtfertigten Vollstreckung somit nicht nur aus § 229 BGB analog (Rn 251, 252), sondern ebenfalls aus §§ 677, 683 BGB analog.

⁷¹⁸ Tatsächlich passt das Recht der GoA zu Vollstreckungsmaßnahmen auch insoweit, als es den Treuhandcharakter der Position des Geschäftsführers betont (vgl. MüKo/Seiler vor § 677 Rn 3). Denn die prozessuale Möglichkeit des Vollstreckungsgläubigers, eine Zwangsvollstreckung auch dann durchzuführen, wenn sie materiell ungerechtfertigt ist, verschafft dem Vollstreckungsgläubiger eine Art Treuhänderstellung, da er prozessual mehr bewirken kann als er materiell im Verhältnis zum Vollstreckungsschuldner darf (vgl. Stein/Jonas/Münzberg § 704 Rn 23 Fn 108: „Das Verhalten des Gläubigers ist auf den Ebenen Zulässigkeit [rechtliches Können] und Rechtmäßigkeit [rechtliches Dürfen] zu bewerten ...“). Den Treuhandcharakter verdeutlicht z.B. auch die Rechtsstellung des Vollstreckungsgläubigers bei der Forderungsvollstreckung. Er haftet dem Vollstreckungsschuldner für einen Schaden aus der verzögerten Beitreibung einer zur Einziehung überwiesenen Forderung (§ 842 ZPO).

⁷¹⁹ OLG Hamburg VersR 1984, 758, 759; RGZ 149, 205, 206; Staudinger/Wittmann vor § 677 Rn 4; Erman/Ehmann 11. Aufl. vor § 677 Rn 7; Palandt/Thomas vor § 677 Rn 11; Jauernig/Vollkommer vor § 677 Rn 4.

- 421 Ist der vollstreckbare Anspruch bei der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen bereits durch Erfüllung erloschen, die Zwangsvollstreckung also materiell ungerechtfertigt, ergibt sich nach dem Recht der GoA folgendes Bild: Es geht (objektiv) nicht mehr um die Erfüllung einer Schuldnerverpflichtung. Gleichwohl bleibt die Pfändung fremder Rechte oder Sachen zum Zwecke der Verwertung ein Eingriff in den fremden Rechtskreis und stellt daher nach wie vor ein objektiv und subjektiv fremdes Geschäft für den Vollstreckungsgläubiger dar. Die Übernahme der Geschäftsführung widerspricht nun allerdings nicht mehr nur dem Willen des Vollstreckungsschuldners, sondern auch dessen objektiv verstandenem Interesse. Es besteht auch kein öffentliches Interesse an einer materiell ungerechtfertigten Vollstreckung, so dass der entgegenstehende Wille des Vollstreckungsschuldners nunmehr beachtlich ist. Es handelt sich um eine unberechtigte GoA.
- 422 Nach § 678 BGB trifft den Geschäftsführer für einen Schaden aus einer unberechtigten Geschäftsführung dann eine Haftung, wenn er erkennen musste, dass sie dem (beachtlichen) Willen des Geschäftsherrn widerspricht (sog. Übernahmeverschulden). Übertragen auf Schäden durch materiell ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen bedeutet dies: Der Vollstreckungsgläubiger haftet dann, wenn er im Zeitpunkt der Erteilung des Vollstreckungsauftrags erkennen musste, dass der titulierte Anspruch bereits erloschen ist. Insoweit gelten die gleichen bereits oben im Deliktsrecht entwickelten Sorgfaltsanforderungen (Rn 275): Vor der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen muss der Vollstreckungsgläubiger die Zahlungseingänge auf seinem Konto überprüfen. Leitet er Vollstreckungsmaßnahmen trotz Zahlungseingangs ein, handelt er schuldhaft. Ihn trifft dann eine Haftung wegen Übernahmeverschuldens aus § 678 BGB analog, ggfls. in Verbindung mit § 278 BGB, wenn der Fehler seinem beauftragten Anwalt oder dessen Büropersonal unterläuft.

- 423 Erlischt die titulierte Forderung erst nach der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen durch Erfüllung, scheidet ein Übernahmeverschulden des Vollstreckungsgläubigers gemäß § 678 BGB (i.V.m. § 278 BGB) aus. Denn in diesem Fall war die Übernahme der Geschäftsführung durch die Einleitung des Vollstreckungsverfahrens zunächst berechtigt.
- 424 In den **Beispielen (1) und (2)** (Rn 348, 349) war die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen und damit die Übernahme der Geschäftsführung berechtigt, da der Vollstreckungsschuldner die titulierte Forderung zunächst nicht freiwillig beglichen hatte. Eine Haftung wegen Übernahmeverschuldens gemäß §§ 678, 278 BGB scheidet mithin aus.
- 425 Den Vollstreckungsgläubiger trifft dann jedoch der Vorwurf der pflichtwidrigen und schuldhaften Durchführung der Geschäftsführung (sog. Durchführungsverschulden), sofern er (oder sein Anwalt) erkennen mussten, dass der Vollstreckungsschuldner die titulierte Forderung im Verlaufe des Vollstreckungsverfahrens beglichen hat. Anspruchsgrundlage ist dann §§ 280 I, 241 II BGB ([pFV a.F.] i.V.m. § 278 BGB). Auch insoweit gelten die oben im Deliktsrecht entwickelten Sorgfaltsanforderungen (Rn 276-284): Mit einer stillschweigenden Überweisung nach der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen braucht der Vollstreckungsgläubiger (oder sein Anwalt) nicht zu rechnen; ihn trifft keine Überwachungspflicht. Nur wenn der Vollstreckungsschuldner den Vollstreckungsgläubiger, den Gläubigeranwalt oder dessen Büropersonal über die Zahlung schriftlich oder telefonisch informiert hat, ist die Fortsetzung der Vollstreckung fahrlässig und damit schuldhaft, so dass die Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB (i.V.m. § 278 BGB) eingreift.
- 426 In den **Beispielen (1) und (2)** / Rn 352, 353 ist eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus §§ 280 I, 241 II, 278 BGB (Durchführungsverschulden) zu bejahen. Denn es war pflichtwidrig und schuldhaft, dass die Sekretärin des Gläubigeranwalts die telefonische Mitteilung des Vollstreckungsschuldners über die erfolgte Zahlung nicht an den Gläubigeranwalt weitergeleitet hat. Dieser Fehler ist dem Vollstreckungsgläubiger gemäß § 278 BGB zuzurechnen.

8. Ergebnis zu III.

427 Zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner besteht – wie vom BGH angenommen – ein „gesetzliches Sonderverhältnis privatrechtlicher Art“. Hierbei handelt es sich jedoch weder um das zwischen den Parteien bestehende Prozess- / Vollstreckungsverhältnis, noch um einen ähnlichen geschäftlichen Kontakt i.S.d. § 311 II Nr. 3 BGB (culpa in contrahendo a.F.) oder ein fortwirkendes vorprozessuales Sonderverhältnis. Vielmehr stellen Vollstreckungsmaßnahmen für den Vollstreckungsgläubiger ein (auch-)fremdes Geschäft i.S.d. § 677 BGB dar mit der Folge, dass eine entsprechende Anwendung der Regelungen der GoA (§§ 677 f. BGB) geboten erscheint. Grundlage für die Haftung des Vollstreckungsgläubigers ist entweder § 678 BGB analog (Übernahmeverschulden) oder §§ 280 I, 241 II, 677 f. analog BGB (Durchführungsverschulden).

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 3

428 Erleidet der Vollstreckungsschuldner im Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung einen Schaden, kann den Vollstreckungsgläubiger sowohl eine deliktsrechtliche Haftung aus § 823 I BGB (Gesundheit, Freiheit), § 824 BGB (Vermögen) oder § 826 BGB (Vermögen) treffen, als auch eine vertragsähnliche Haftung aus § 678 BGB (Übernahmeverschulden) oder §§ 280 I, 241 II, 677 f. analog BGB (Durchführungsverschulden).

429 Eine Vollstreckungsmaßnahme ist rechtswidrig (§§ 823 f. BGB) bzw. pflichtwidrig (§§ 677 f., 280 I BGB), wenn der vollstreckbare Anspruch im Vollstreckungszeitpunkt nicht mehr bestand oder durchsetzbar war. Dagegen ist die Vollstreckung einer bestehenden und durchsetzbaren titulierten Forderung durch §§ 229, 677, 683 BGB gerechtfertigt und somit auch dann rechtmäßig, wenn hierdurch eine

Schädigung des Vollstreckungsschuldners eintritt (z.B. Gesundheitsschaden durch Aufregung).

- 430 Wenn der Vollstreckungsgläubiger selbst die rechtswidrige / pflichtwidrige Vollstreckungsmaßnahme veranlasst hat, hängt seine Haftung sowohl im Rahmen der §§ 823 f. BGB als auch bei § 678 BGB und § 280 I BGB davon ab, ob er schuldhaft, d.h. fahrlässig, gehandelt hat. Die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen ist dann fahrlässig, wenn im Zeitpunkt der Antragstellung der vollstreckbare Anspruch bereits erfüllt ist, die geschuldete Zahlung also bereits eingegangen war (Übernahmeverschulden). Erfüllt der Vollstreckungsschuldner den vollstreckbaren Anspruch dagegen erst nach Einleitung des Vollstreckungsverfahrens, und setzt der Vollstreckungsgläubiger die Vollstreckung fort, weil er den Zahlungseingang nicht bemerkt hat, handelt er nicht fahrlässig, es sei denn der Vollstreckungsschuldner hatte ihn ausdrücklich auf die zwischenzeitliche Zahlung hingewiesen (Durchführungsverschulden).
- 431 Wenn ein zugelassener Anwalt für den Vollstreckungsgläubiger die Vollstreckung betreibt und dabei den Vollstreckungsschuldner durch ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten schädigt, scheidet eine deliktsrechtliche Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers gemäß §§ 831 I 1, 823 f. BGB aus. Denn die Auswahl eines zugelassenen Anwalts als Verrichtungsgehilfen kann kein Verschulden begründen (§ 831 I 2 BGB).
- 432 Für die Haftung des Vollstreckungsgläubigers auf quasivertraglicher Ebene gemäß § 678 BGB (Übernahmeverschulden) oder §§ 280 I, 241 II, 677 f. analog BGB (Durchführungsverschulden) ist es hingegen unerheblich, ob er selbst oder sein Anwalt rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, da der Vollstreckungsgläubiger gemäß § 278 BGB auch für das schuldhafte Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen einstehen muss.

- 433 Hat der Vollstreckungsschuldner versäumt, seinen Schaden durch die rechtzeitige Einlegung von Rechtsbehelfen abzuwenden, muss er sich ein Mitverschulden (§ 254 BGB) anspruchsmindernd anrechnen lassen.

§ 4 Vollstreckung in schuldnerfremde Sachen

Beispiele:

- 434 (1) Rechtsanwalt R betreibt für G aus einem rechtskräftigen Urteil die Zwangsvollstreckung gegen S. Der Gerichtsvollzieher pfändet bei S einen Lkw, der jedoch Im Eigentum des E steht. E legt dem R Unterlagen vor, aus denen sich die Eigentümerstellung des E zweifelsfrei ergibt, und fordert ihn zur Freigabe des Lkws auf. Zunächst verweigert R die Freigabe. Erst nach langwierigen Verhandlungen gibt er das Fahrzeug schließlich frei. Nunmehr verlangt E von G Schadensersatz wegen Nutzungsausfalls des Lkws (Fall nach BGHZ 58, 207).
- 435 (2) Wie Beispiel 1, jedoch ist G nicht anwaltlich vertreten, sondern handelt selbst.
- 436 (3) Ausgangslage wie in Beispiel 2, nur hat E hat von der Pfändung seines Lkws keine Kenntnis erlangt, weil er sich länger Zeit im Ausland aufhielt. Als er zurückkehrt, erfährt er, dass der Lkw inzwischen für 10.000 Euro versteigert worden ist. Er verlangt von G die Herausgabe des Versteigerungserlöses von 10.000 Euro und Schadensersatz i.H.v. 5.000,- Euro, da der Lkw einen Verkehrswert von 15.000 Euro hatte.
- 437 (4) Ausgangslage wie in Beispiel 1. S informiert den Anwalt R des G darüber, dass der gepfändete Lkw dem E gehöre, der sich aber im Ausland aufhalte, wo er ihn nicht erreichen könne. S legt dem R Unterlagen vor, aus denen sich die Eigentümerstellung des E zweifelsfrei ergibt. Gleichwohl lässt R den Lkw versteigern. Schadensersatzanspruch des E gegen G ?
- 438 Lässt der Vollstreckungsgläubiger vorsätzlich eine schuldnerfremde Sache pfänden, haftet er nach allgemeiner Auffassung gegenüber dem Drittberechtigten auf Ersatz der Folgeschäden (Vorenthaltung, Rechtsverlust durch Versteigerung). Unbestritten ergibt sich die Haftung dann jedenfalls aus §§ 687 II, 678 BGB und § 826 BGB⁷⁹⁶.
- 439 Wenn der Vollstreckungsgläubiger oder der von ihm beauftragte Anwalt versehentlich eine schuldnerfremde Sache pfändet, ist dagegen umstritten, auf welcher Grundlage und unter welchen

⁷⁹⁶ Lippross VollstrR Rn 264; Lackmann ZwVR Rn 649.

Voraussetzungen den Vollstreckungsgläubiger eine Haftung für die Folgeschäden trifft.

I. Die Rechtsprechung des BGH

- 440 Nach ständiger Rechtsprechung diese BGH richtet sich die Haftung des Vollstreckungsgläubigers bei einer Vollstreckung in Dritteigentum zum einen nach § 823 I BGB. Seit BGHZ 58, 207 vertritt der BGH ferner die Auffassung, dass durch die Pfändung von Dritteigentum zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und dem Dritten eine gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art entstehe, aus der sich eine vertragsähnliche Schadensersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers ergeben könne. Nachfolgend werden die Einzelheiten dieser Rechtsprechung dargestellt.

1. Haftung aus § 823 I BGB

- 441 Nach st. Rspr.⁷⁹⁷ und Teilen der Literatur⁷⁹⁸ richtet sich die Haftung zwischen Vollstreckungsgläubiger und Dritteigentümer unter anderem nach § 823 I BGB. Die Anwendung des § 823 I BGB ist indes nicht unproblematisch. Denn durch die Pfändung wird der Vollstreckungsgläubiger mittelbarer Besitzer der dem Dritten gehörenden Sache (unmittelbarer Besitzer ist der Gerichtsvollzieher), so dass die spezielleren Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (E-B-V, §§ 987 f. BGB) eingreifen könnten. In diesem Falle wäre die Anwendung von Deliktsrecht ausgeschlossen, da die §§ 823 f. BGB im Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer nur unter der Voraussetzung Anwendung finden, dass sich der Besitzer

⁷⁹⁷BGHZ 100, 95, 103/104; BGHZ 58, 207, 209; RGZ 108, 260 ff., 263; RG JW 29, 149; RGZ 61, 430; OLG Düsseldorf ZMR 1999, 474, 475; differenzierend LG Berlin NJW 1972, 1675: Anspruchsgrundlage zwar § 823 I BGB, aber Haftungsmaßstab aus §§ 989, 990 BGB.

⁷⁹⁸ Ebenso Teile der Literatur: Staudinger/Gursky § 985 Rn 16 und vor §§ 987-993 Rn 9 mwN.; Brox/Walker Rn 465; Lippross VollstrR 9. Aufl. Rn 263; von Caemmerer FS Weitnauer, 261, 275; Berg NJW 1972, 1996 (ablehnende Anmerkung zu LG Berlin NJW 1972, 1675).

den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder eine Straftat verschafft hat (vgl. § 992 I BGB)⁷⁹⁹; beides ist bei der Pfändung einer schuldnerfremden Sache unbestritten nicht der Fall. Es käme dann nur ein Schadensersatzanspruch nach den weniger strengen Vorschriften der §§ 989, 990 BGB in Betracht.

442 Die Verfechter des § 823 I BGB als Haftungsnorm sind indes der Meinung, dass zwischen Vollstreckungsgläubiger und Dritteigentümer kein E-B-V im Sinne der §§ 987 f. BGB besteht. Der Dritteigentümer könne lediglich mit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erreichen, dass die Zwangsvollstreckung in die ihm gehörende Sache für unzulässig erklärt werde. Eine auf § 985 BGB gestützten Herausgabe(=Leistungs-)klage sei dagegen unzulässig und insbesondere auch unbegründet. Denn infolge der Pfändung weiche der Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB auch in materieller Hinsicht⁸⁰⁰, da die Verfügungsbefugnis über die Sache mit der öffentlich-rechtlichen Verstrickung vom Dritteigentümer auf den Gerichtsvollzieher als staatliches Vollstreckungsorgan übergehe⁸⁰¹. Mangels Vindikationslage seien die §§ 987 f. BGB mithin nicht anwendbar, so dass sich der Schadensersatzanspruch des Dritteigentümers aus § 823 I BGB ergebe.

443 Die Vollstreckung in Dritteigentum stellt nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Auffassung in der Literatur eine rechtswidrige Eigentumsverletzung dar, weil sie von Anfang an eine Störung der privaten Rechtslage bedeute (vgl. Rn 211, 212).

444 Ob der Vollstreckungsgläubiger für Schäden des Dritteigentümers haftet, entscheidet sich danach auf der Verschuldensebene bei der Frage: War es fahrlässig, dass der Vollstreckungsgläubiger die Freigabe verweigert hat und/oder die schuldnerfremde Sache versteigern ließ? Die Rechtsprechung geht von folgenden

⁷⁹⁹ Vgl. zu dieser Sperrwirkung des § 992 (und § 993 I 2. HS) gegenüber § 823 ff. BGB: Staudinger/Gursky vor §§ 987-993 BGB Rn 59 ff, 61/62.

⁸⁰⁰ Staudinger/Gursky § 985 Rn 16.

⁸⁰¹ BGHZ 100, 95, 103/104.

Grundsätzen aus: Aus §§ 808, 771 ZPO ergebe sich, dass das Gesetz dem Vollstreckungsgläubiger zunächst keine weitere Prüfung ansinne, ob gepfändete Sachen zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners gehören⁸⁰². Deshalb handele der Vollstreckungsgläubiger nur dann fahrlässig, wenn er die Vollstreckung einleite oder an ihr festhalte, obwohl der Vollstreckungsgläubiger sein Recht hinreichend glaubhaft gemacht habe⁸⁰³. Der Dritte müsse dem Vollstreckungsgläubiger die tatsächlichen Grundlagen seines Rechts darlegen und Beweismittel dafür vorlegen⁸⁰⁴. Hierbei gelte für den Dritten ein strenger Maßstab⁸⁰⁵. In Zweifelsfällen sei es das gute Recht des Vollstreckungsgläubigers, eine Klärung im Prozess zu suchen⁸⁰⁶.

- 445 Wird die Vollstreckung vom Anwalt des Vollstreckungsgläubigers betrieben, scheidet eine deliktsrechtliche Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 831 I BGB regelmäßig aus, weil die Wahl eines zugelassenen Anwalts als Verrichtungsgehilfe nicht schuldhaft ist (§ 831 I 2 BGB).
- 446 Nur in **Beispiel (2)** / Rn 435 träge den G demnach eine deliktsrechtliche Haftung aus § 823 I BGB. In **Beispiel (3)** / Rn 436 würde eine Haftung des G aus § 823 I BGB mangels Verschuldens ausscheiden. In **Beispiel (1)** / Rn 434 und **Beispiel (4)** / Rn 437 käme nach Deliktsrecht ohnehin nur eine Haftung aus § 831 I 1 BGB in Betracht, die jedoch am fehlenden Auswahlverschulden scheiterte (§ 831 I 2 BGB).

2. Gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art

- 447 Darüber hinaus besteht nach Ansicht des BGH eine gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art zwischen Vollstreckungsgläubiger und Dritteigentümer. Sie ergebe sich aus der Gestaltung des Vollstreckungsrechts und rechtfertige die Anwendung von § 278 BGB. Der Dritteigentümer habe als Ausgleich für das zeitweilige Verbot, seine

⁸⁰² BGHZ 55, 20, 30.

⁸⁰³ BGH WM 1965, 863, 864; BGHZ 55, 20, 30.

⁸⁰⁴ BGH WM 1965, 863, 864.

⁸⁰⁵ BGHZ 67, 378, 383.

⁸⁰⁶ BGH WM 1965, 863, 865; KG JW 1929, 149, 150.

materiellen Abwehransprüche (§ 1004 BGB) unmittelbar durchzusetzen, Anspruch auf eine sorgfältige Prüfung seines Freigabeverlangens, BGHZ 58, 207, 215:

- 448 „Dieser Anspruch verwandelt sich in einen sachlich-rechtlichen, wenngleich gerichtlich nur im Wege der Klage aus § 771 ZPO durchsetzbaren Anspruch auf Freigabe in dem Augenblick, in dem der Anspruch hinreichend glaubhaft gemacht worden ist“.
- 449 Die schuldhaft Verletzung der aus dieser Sonderverbindung entspringenden Freigabepflicht durch einen Erfüllungsgehilfen begründet über § 278 BGB eine Schadensersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers.
- 450 Die genaue Anspruchsgrundlage für den Schadensersatzanspruch des Dritten aus der gesetzlichen Sonderbeziehung privatrechtlicher Art hat der BGH bislang nicht genannt. Da es in BGHZ 58, 207 und in **Beispiel (1) und (2)** / Rn 434, 435 um die Haftung wegen der verzögerten Erfüllung eines Freigabeanspruchs geht, dürfte die einschlägige Anspruchsgrundlage jedoch §§ 280 I, II 286 BGB (§ 286 BGB a.F.) i.V.m. § 278 BGB sein⁸⁰⁷. Wenn die schuldnerfremde Sache versteigert wird, wie in **Beispiel (3) und (4)** / Rn 436, 437, würde demnach die Haftung für die Unmöglichkeit der Herausgabe aus §§ 275 IV, 280 I, 283 S. 1 BGB (§ 280 I BGB a.F.) i.V.m. § 278 BGB folgen⁸⁰⁸. Nach anderer Ansicht⁸⁰⁹ ergibt sich bei Zugrundelegung der Lösung des BGH der Schadensersatzanspruch des Dritteigentümers aus positiver Forderungsverletzung (§§ 280 I, 241 II BGB n.F.).
- 451 Seine Ansicht begründet der BGH vor allem mit Zweckmäßigkeitserlegungen:

⁸⁰⁷ Bemerkenswert ist, dass bereits das Reichsgericht in JW 1929, 149 einen Freigabeanspruch des Dritteigentümers und eine Verzugshaftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 286 BGB a.F. anerkannt hat: „Hiernach lässt sich der Klageanspruch höchstens rechtfertigen, soweit er auf widerrechtliche und schuldhaft Eigentumsverletzung durch Behinderung in der freien Verfügung über das Eigentum (§ 823 BGB) oder auf schuldhaft verzögerte Erfüllung der Freigabepflicht (§ 286 BGB) gestützt ist.“ S. 150: „(...) Unter genau den gleichen Voraussetzungen ist auch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzuges in Erfüllung der Freigabepflicht (§ 286 BGB) gegeben.“

⁸⁰⁸ Vgl. Lippross VollstrR 9. Aufl. Rn 263.

⁸⁰⁹ Vgl. die Darstellung bei Rosenberg/Gaul/Schilken § 7 4 b; Schuschke/Walker Anh. zu §§ 771 Rn 6.

- 452 Wenn der Vollstreckungsgläubiger einen Anwalt zur Prüfung des Freigabeverlangens eingeschaltet habe, und dieser die Sache trotz hinreichender Glaubhaftmachung nicht freigebe, lasse sich für den betroffenen Dritten regelmäßig nicht aufklären, wer von beiden deliktsrechtlich für die Freigabeverweigerung verantwortlich sei. Ein Anspruch aus § 831 I BGB gegen den Vollstreckungsgläubiger scheide in jedem Fall aus (Exkulpation). Der Dritte könne aber auch nicht wissen, ob ihm ein Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB gegen den Anwalt zustehe, weil dieser die Sache nicht gegen den Willen des Vollstreckungsgläubigers freigeben dürfe. Die darin liegende Erschwerung bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen sei für den Drittberechtigten unzumutbar. § 278 BGB schaffe hier Abhilfe.
- 453 Außerdem sei die Entschließung über die Freigabe mit einem Risiko verbunden, das dem wirtschaftlichen Bereich des Vollstreckungsgläubigers angehöre. Auch aus diesem Grunde erscheine eine Haftung des Anwalts als Alternative zur Haftung des Vollstreckungsgläubigers nicht sinnvoll. Durch die Freigabepflicht werde der Vollstreckungsgläubiger im übrigen auch nicht unangemessen belastet, weil ihn ohnehin schon eine Obliegenheit zur rechtzeitigen Freigabe treffe, um nicht mit den Kosten einer Drittwiderspruchsklage belastet zu werden (§ 93 ZPO).
- 454 Der Anerkennung eines Freigabeanspruchs stehe schließlich auch nicht entgegen, dass es dem Drittberechtigten versagt sei, seinen sachlich-rechtlichen Anspruch im Wege der Leistungslage unmittelbar geltend zu machen:
- 455 „Denn § 771 ZPO zwingt nur zur Durchsetzung dieses Anspruchs in einem besonderen, auf ihn zugeschnittenen Verfahren. (...) Da der Gläubiger, was von keiner Seite bezweifelt wird, in der Lage ist, jedenfalls mittelbar über den Bestand des staatlichen Pfändungsaktes durch Freigabe zu

verfügen, da ferner die außergerichtliche Verständigung über die Freigabe die Regel bildet, und da die Freigabe eine schon erhobene Klage aus § 771 ZPO in der Hauptsache erledigt, ist nicht einzusehen, weshalb der Gläubiger gegebenenfalls nicht auch zur Freigabe verpflichtet sein sollte.“⁸¹⁰

II. Die Auffassungen in der Literatur

- 456 Die Entscheidung des BGH, dass der Vollstreckungsgläubiger für den Schaden aus der von seinem Anwalt verschuldeten Freigabeverzögerung uneingeschränkt haften muss, hat in der Literatur ganz überwiegend Zustimmung gefunden. Die vom BGH gegebene Begründung wird jedoch mehrheitlich abgelehnt. Stattdessen werden folgende Auffassungen vertreten.

1. Haftung aus §§ 989, 990 BGB

- 457 Viele Vertreter der Literatur sind der Ansicht, dass sich die Haftung des Vollstreckungsgläubigers, der in Dritteigentum vollstreckt, nach §§ 989, 990 BGB richte⁸¹¹. Ihrer Meinung nach steht § 771 ZPO der Anwendung der §§ 987 ff. BGB nicht entgegen. Denn durch § 771 ZPO werde lediglich die Rechtsschutzform der prozessualen Lage angepasst. Dies führe zu keiner Änderung der materiellen Rechtslage. Ungeachtet des § 771 ZPO ergebe sich deshalb der Freigabe- und Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.
- 458 Bei einer Versteigerung von Dritteigentum bestimmt sich die Haftung des Vollstreckungsgläubigers nach dieser Lösung gemäß §§ 989, 990 I BGB. Der Vollstreckungsgläubiger ist danach schadensersatzpflichtig, wenn er beim Besitzerwerb die Schuldnerfremdheit der Sache kannte

⁸¹⁰ BGHZ 58, 207, 214.

⁸¹¹ Staudinger/Hager § 823 Rn B 72 ff.; Stein/Jonas/Münzberg § 771 ZPO Rn 90; MüKo/Schilken ZPO § 804 Rn 37; Baur/Stürner § 46 Rn 25; Rosenberg/Gaul/Schilken § 7 II 4 a; Gaul ZZP 110 (1997), 3, 16; Brehm JZ 1987, 780, 781.

oder grob fahrlässig nicht kannte (§ 990 I 1 BGB), oder wenn er nach der Pfändung positive Kenntnis vom Dritteigentum erlangt hatte (§ 990 I 2 BGB). Kenntnis i.S.v. § 990 I BGB ist zu bejahen, wenn ein redlicher und vom eigenen Vorteil unbeeinflusster Besitzer sich aufgrund der ihm bekannten Sach- und Rechtslage nicht der Erkenntnis seiner Nichtberechtigung verschließen würde⁸¹².

- 459 In **Beispiel (3)** / Rn 436 war dem G die Eigentümerstellung des E weder bekannt, noch aus grober Fahrlässigkeit unbekannt. Eine Haftung aus §§ 989 990 I BGB scheidet aus.
- 460 Für einen Vorenthaltungsschaden des Dritteigentümers wegen einer verzögerten Freigabe haftet der Vollstreckungsgläubiger nach dieser Lösung gemäß §§ 280 I, II, 286, 990 II BGB (§§ 286, 990 II BGB a.F.). Neben der Voraussetzung des § 990 I 2 BGB (Kenntnis) müssen demnach die Verzugsvoraussetzungen vorliegen (§ 990 II BGB). Es bedarf einer an den Vollstreckungsgläubiger gerichteten Mahnung (§ 286 BGB / § 284 BGB a.F.). Sie liegt in der Freigabeaufforderung.
- 461 In **Beispiel (2)** / Rn 435 musste sich G aufgrund der von E vorgelegten Vertragsunterlagen aufdrängen, dass E Eigentümer des Lkws ist. Er würde somit für den Nutzungsausfallschaden aus §§ 280 I, II, 286, 990 II BGB (§§ 286, 990 II BGB a.F.) haften.
- 462 Vergleicht man diese Haftungsvoraussetzungen der §§ 989, 990 BGB mit den Sorgfaltsanforderungen, die der BGH im Rahmen des § 823 I BGB aufgestellt hat, ergeben sich im praktischen Ergebnis keine Unterschiede⁸¹³. Auch im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung nach § 823 I BGB kommt es darauf an, ob dem Vollstreckungsgläubiger Tatsachen nachgewiesen werden, die den Schluss auf das fehlende Eigentum des Schuldners aufdrängen⁸¹⁴. Wenn der Vollstreckungsgläubiger die Vollstreckung selbst betreibt, ist es somit für das Ergebnis gleichgültig, ob sich die Haftung des

⁸¹² BGH NJW 1996, 2030; Palandt/Bassenge § 990 Rn 5.

⁸¹³ LG Berlin NJW 1972, 1675, 1676; Staudinger/Hager § 823 Rn B 72, 73.

⁸¹⁴ vgl. oben Rn 444; ferner: BGHZ 118, 201, 208; Staudinger/Hager § 823 Rn B 73.

Vollstreckungsgläubigers bei der Vollstreckung in Dritteigentum nach § 823 I BGB oder §§ 989, 990 BGB richtet.

- 463 Sofern der Vollstreckungsgläubiger die Vollstreckungstätigkeit einem Anwalt übertragen hat, macht es dagegen einen erhebliche Unterschied, ob man § 823 I BGB oder §§ 989, 990 I BGB als Anspruchsgrundlage ansieht. Denn auf der Grundlage der §§ 823, 831 I 1 BGB lässt sich keine Haftung des Vollstreckungsgläubigers begründen, weil er sich gemäß § 831 I 2 BGB exkulpieren kann. Um dem Vollstreckungsgläubiger das Verschulden seines Anwalts über § 278 BGB gleichwohl zurechnen zu können, hat sich der BGH daher mit der Anerkennung einer privatrechtlichen Sonderbeziehung privatrechtlicher Art beholfen und so eine vertragsähnliche Haftungsgrundlage geschaffen.
- 464 Auf der Grundlage der §§ 989, 990 BGB gestaltet sich die Lösung dagegen wie folgt: Das E-B-V ist seit langem als Sonderverhältnis i.S.d. § 278 BGB anerkannt⁸¹⁵. Die durch den Anwalt begangene schuldhaftige Eigentumsverletzung (Vorenthaltung, Versteigerung) ist dem Vollstreckungsgläubiger folglich über § 278 BGB zurechenbar. Darüber hinaus setzt die Haftung des Vollstreckungsgläubigers Bösgläubigkeit voraus (§ 990 I BGB). Nach h.M. ist dem unrechtmäßigen Besitzer das Wissen einer Hilfsperson über § 166 I BGB (analog) zuzurechnen⁸¹⁶. Kennt der Anwalt die fehlende Besitzberechtigung, ist dieses Wissen daher auch dem Vollstreckungsgläubiger zurechenbar.
- 465 In **Beispiel (1)** / Rn 434 und **Beispiel (4)** / Rn 437 musste sich dem R aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen aufdrängen, dass E Eigentümer des Lkws ist. Für den durch die Versteigerung herbeigeführten Eigentumsverlust in **Beispiel (4)** träge G deshalb eine Haftung aus §§ 989, 990 I 2, 278, 166 (analog) BGB, für den Vorenthaltungsschaden in **Beispiel (1)** würde er aus §§ 280 I, II, 286, 990 II, 278, 166 (analog) BGB haften.

⁸¹⁵ vgl. Palandt/Heinrichs § 278 Rn 3 mwN.

⁸¹⁶ Palandt/Bassenge § 990 Rn 6 mwN.

- 466 Die Vertreter dieser Auffassung und die Rechtsprechung gelangen folglich auch für den Fall, dass die Vollstreckung von einem Anwalt betrieben wird, auf verschiedenen Wegen zu den gleichen Ergebnissen.

2. Haftung aus § 1004 BGB

- 467 Andere Vertreter der Literatur⁸¹⁷ stimmen mit dem BGH zwar darin überein, dass der Vollstreckungsgläubiger für einen Schaden des Dritteigentümers sowohl aus § 823 I BGB als auch aufgrund eines Sonderverhältnisses privatrechtlicher Art hafte. Ihrer Ansicht nach ergeben sich Sonderverhältnis und Freigabeanspruch aber nicht aus der Gestaltung des Vollstreckungsrechts, sondern aus § 1004 BGB. Die Pfändung von Dritteigentum stelle eine Eigentumsstörung dar, so dass der Dritteigentümer gegen den Vollstreckungsgläubiger aus § 1004 BGB einen Störungsbeseitigungsanspruch habe.
- 468 Anspruchsgrundlage für einen vertragsähnlichen Schadensersatzanspruch des Dritten bei nicht rechtzeitiger Freigabe wäre demnach §§ 280 I, II, 286, 1004 BGB (§§ 286, 1004 BGB a.F.)⁸¹⁸. Eine schuldhafte Verzögerung der Freigabe durch einen Anwalt wäre dem Vollstreckungsgläubiger gemäß § 278 BGB zurechenbar⁸¹⁹. Darüber hinaus ergäben sich deliktische Ansprüche aus § 823 I BGB und § 823 II BGB i.V.m. § 1004 BGB. Bezüglich des Haftungsmaßstabes folgen die Vertreter dieser Auffassung den Kriterien der Rechtsprechung. Bei einem Vorenthaltungsschaden des Dritteigentümers wegen verzögerter Freigabe käme man dementsprechend zu den gleichen Ergebnissen wie die Rechtsprechung und die soeben unter Rn 457 f. dargestellte Auffassung.

⁸¹⁷ Henckel JZ 1973, 32; Lippross VollstrR Rn 263; Brox/Walker Rn 466; Lüke ZJP 108 (1995), 427, 452; MüKo/Lüke ZPO Einl. Rn 358; Medicus BR Rn 798.

⁸¹⁸ Vgl. zu Anwendbarkeit des § 286 I BGB a.F. auf den Störungsbeseitigungsanspruch aus § 1004 BGB u.a. Staudinger/Gursky § 1004 Rn 159.

⁸¹⁹ Vgl. insbes. Henckel JZ 1973, 32.

- 469 In **Beispiel (1)** / Rn 434 müsste G demnach für den von R verursachten Vorenthaltungsschaden gemäß §§ 280 I, II, 286, 1004, 278 BGB aufkommen.
- 470 Bei einer Versteigerung von Dritteigentum haftet der Vollstreckungsgläubiger nach dieser Lösung, sofern er selbst die Vollstreckung betrieben hat, aus § 823 I BGB und §§ 275 IV, 280 I, 283 S. 1 BGB (§ 280 I BGB a.F.) wegen der verschuldeten Unmöglichkeit der Herausgabe. Wenn sein Anwalt die Versteigerung betrieben hat, trifft den Vollstreckungsgläubiger demnach über § 278 BGB die vertragsähnliche Haftung aus §§ 275 IV, 280 I, 283 S. 1 (§ 280 I BGB a.F.). Eine Haftung aus § 831 I 1 BGB scheidet hingegen aus (wegen § 831 I 2 BGB).
- 471 Unter Zugrundelegung dieser Lösung müsste G in **Beispiel (4)** / Rn 437 somit aus §§ 275 IV, 280 I, 283 S. 1, 278 BGB (§§ 280 I, 278 BGB a.F.) für den von R verursachten Schaden aufkommen.

3. Schlosser: Freigabeanspruch folgt aus Gestaltungs-klagerecht

- 472 Schlosser⁸²⁰ befürwortet die Entscheidung BGHZ 58, 207 f. nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung. Der BGH habe die Freigabeverpflichtung des Vollstreckungsgläubigers zu Recht nicht auf bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen wegen Eigentumsverletzung gestützt, sondern zutreffend entschieden, dass dem Dritteigentümer parallel zur Klagebefugnis aus § 771 ZPO eine materiell-rechtlicher Anspruch auf Freigabe zustehe.
- 473 Schlosser folgert dieses Ergebnis daraus, dass die Drittwiderspruchsklage nach h.M. eine prozessuale Gestaltungs-klage darstellt. Gestaltungs-klagen dienen dazu, rechtlich unsichere Interimszeiten dadurch zu vermeiden, dass der status quo bis zur Rechtskraft des Urteils aufrechterhalten werde. Das gleiche Ziel verfolge der Gesetzgeber an anderer Stelle, indem er einen Anspruch auf Abgabe

⁸²⁰ Schlosser Jura 1986, 130, 132/133.

einer entsprechenden Willenserklärung gewähre. Ob der Gesetzgeber im Einzelfall einen Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung oder aber ein Gestaltungsklagerecht einräume, hänge von Zufälligkeiten des Gesetzgebungsverfahrens ab und beruhe nicht auf sachlichen Gründen. Dementsprechend sei es nur konsequent, dass der Gegner der Gestaltungsklage ebenso schadensersatzpflichtig werde, wenn er die Gestaltung verzögere, wie ein Schuldner schadensersatzpflichtig werde, wenn er mit der Abgabe der Willenserklärung in Verzug gerate. Folglich sei die Gestaltungsklage eine bloße Rechtsschutzform zur Durchsetzung eines materiell-rechtlichen Anspruchs.

4. Schuschke: „Tatsächliche Eigentümer-Besitzer-Beziehung“

474 Schuschke⁸²¹ ist der Auffassung, dass der Vollstreckungsgläubiger aufgrund einer „tatsächlichen Eigentümer-Besitzer-Beziehung“ zur Freigabe verpflichtet sei. Es handele sich hierbei um kein E-B-V im Sinne der §§ 987 f. BGB, weil der Vollstreckungsgläubiger ein vorläufiges Recht um Besitz innehabe, und der Eingriff nicht rechtswidrig sei. Die Freigabeverpflichtung habe ihren Grund auch nicht im verfahrensrechtlichen Vollstreckungsverhältnis. Es handele sich vielmehr um eine Sonderbeziehung privatrechtlicher Art durch einen tatsächlichen, nicht rechtswidrigen Eingriff in fremde Rechte. Wie die Rechtsprechung zum Abmahnverhältnis im Wettbewerbsrecht zeige, sei der Rechtsordnung eine derartige Sonderbeziehung nicht fremd.

475 Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Die Pfändung von Dritteigentum ist materiell ungerechtfertigt und wird daher von der ganz h.M. zutreffend als rechtswidriger Eigentumseingriff bewertet. An gepfändetem Dritteigentum entsteht auch kein vorläufiges Besitzrecht. Vielmehr kommt dem Vollstreckungsgläubiger bis zur freiwilligen Freigabe der Sache oder einer Entscheidung nach §§ 771, 769 ZPO lediglich ein faktischer, possessorischer Besitzschutz zugute. Er

⁸²¹ Schuschke/Walker Anhang zu § 771 Rn 6.

erlangt jedoch kein materielles Besitzrecht i.S.d. § 986 BGB⁸²², das ihn zur Verweigerung der Freigabe oder Herausgabe berechtigen würde. Außerdem überzeugt auch der Hinweis auf das Abmahnverhältnis im Wettbewerbsrecht nicht. Denn gerade dort ist bislang keine überzeugende Begründung dafür gefunden worden, weshalb das Abmahnverhältnis ein Sonderverhältnis darstellen soll⁸²³.

5. Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 f. BGB

- 476 Wie bereits oben dargelegt wurde, ist das Verhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner als Sonderverhältnis zu bewerten, weil es die wesentlichen Merkmale des gesetzlichen Schuldverhältnisses der GoA erfüllt. Zwischen den beiden Vollstreckungsparteien gelten daher die §§ 677 f. BGB analog (Rn 411 f.).
- 477 Es stellt sich die Frage, ob das Verhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und Dritteigentümer ebenfalls nach den Regeln der GoA zu beurteilen ist.
- 478 Die Vollstreckung in Dritteigentum stellt ein objektiv fremdes Geschäft für den Vollstreckungsgläubiger dar. Dementsprechend ist anerkannt, dass er dem Dritteigentümer aus §§ 687 II, 678 BGB (angemaßte Eigengeschäftsführung) auf Schadensersatz haftet, wenn er weiß, dass die Pfandsache nicht zum Schuldnervermögen gehört (Rn 438).
- 479 Wenn der Vollstreckungsgläubiger versehentlich in Dritteigentum vollstreckt hat, sind Ansprüche aus §§ 677 ff. BGB dagegen bislang von Rspr. und Lit. nicht in Erwägung gezogen worden. Dies beruht offenbar auf der Ansicht, dass der Vollstreckungsgläubiger in diesem Fall lediglich „ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, dass es

⁸²² Rosenberg/Gaul/Schilken § 7 II 4 a; MüKo/Schilken § 804 Rn 37.

⁸²³ Vgl. die Darstellung bei Krebs S. 84/85, der schließlich zu dem Schluss kommt: „Es bleibt daher nur, das Abmahnverhältnis als eigenständige Sonderverbindung zu erklären.“

sein eigenes sei“ (§ 687 I BGB: Irrtümliche Eigengeschäftsführung). Für diesen Fall ordnet § 687 I BGB in der Tat an, dass die §§ 677 ff. BGB keine Anwendung finden.

480 Jedoch stellt die versehentliche Vollstreckung in Dritteigentum keine irrtümliche Eigengeschäftsführung i.S.d. § 687 I BGB dar. Denn wenn der Vollstreckungsgläubiger entsprechend seiner Absicht tatsächlich in das Vermögen des Vollstreckungsschuldners vollstreckt hätte, würde es sich ebenfalls um ein (auch-)fremdes Geschäft handeln, nämlich auch das Geschäft des Vollstreckungsschuldners. Denn eigentlich müsste der Vollstreckungsschuldner selbst für die Erfüllung seiner titulierten Schuld Sorge tragen (Rn 416). Der Vollstreckungsgläubiger, der versehentlich in Dritteigentum vollstreckt, verkennt somit nicht die Fremdheit des Geschäfts, sondern irrt nur über die Person des betroffenen Geschäftsherrn. Ein Irrtum über die Person des Geschäftsherrn hat lediglich zur Folge, dass der wirkliche Geschäftsherr, also der Dritteigentümer, aus der Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet wird, § 686 BGB.

481 Als Grundlage für ein gesetzliches Sonderverhältnis privatrechtlicher Art zwischen Vollstreckungsgläubiger und Dritteigentümer kommen folglich auch die §§ 677 f. BGB in Betracht. Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch wären §§ 280 I, 241 II, 677 f. BGB (pFV a.F.).

6. Kein Sonderverhältnis

482 Vereinzelt stößt in der Literatur auch die Anerkennung eines Freigabeanspruchs und eines Sonderverhältnisses auf Ablehnung. V. Caemmerer⁸²⁴ etwa ist der Auffassung, dass die verweigerte Freigabe des Dritteigentums schlicht eine fortdauernde Eigentumsverletzung darstelle, für die ausschließlich eine Haftung nach dem Recht der unerlaubten Handlung in Betracht komme. Diese gesetzliche

⁸²⁴ Von Caemmerer FS Weitnauer S. 261, 275.

Interessenwertung könne nicht dadurch beiseite geschoben werden, dass man den Freigabeanspruch als Ausprägung des Störungsbeseitigungsanspruchs des § 1004 BGB qualifiziere oder andere Konstruktionen wähle, um § 278 BGB anwenden zu können⁸²⁵.

483 Allerdings hält auch v. Caemmerer im Ergebnis eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers für das schuldhafte Verhalten seines Anwalts für geboten. Der von ihm vorgeschlagene Weg, dem Vollstreckungsgläubiger eine unerlaubte Handlung seines Anwalts über § 85 ZPO zuzurechnen (vgl. Rn 342), ist jedoch abzulehnen (Rn 344 f.).

III. Stellungnahme

484 Die Auffassung des BGH, dass die bürgerlich-rechtlichen Anspruchsgrundlagen §§ 985 f., 1004 BGB nicht anwendbar seien und sich stattdessen ein Sonderverhältnis und Freigabeanspruch aus der Gestaltung des Vollstreckungsrechts ergebe, überzeugt nicht. Denn die Argumentation weist einen entscheidenden Widerspruch auf:

485 Zuerst verneint der BGH die Leistungsansprüche aus §§ 985, 1004 BGB unter Hinweis auf § 771 ZPO: Weil durch die Pfändung und die damit verbundene öffentlich-rechtliche Verstrickung der Sache die Verfügungsbefugnis vom Dritten auf den Gerichtsvollzieher übergehe, sei eine auf §§ 985, 1004 BGB gestützte Leistungsklage nicht nur unzulässig, sondern auch materiell unbegründet.

486 Sodann entwickelt der BGH richterrechtlich einen materiellrechtlichen Anspruch auf Freigabe (=Leistung) neu, um nunmehr genau entgegengesetzt zu argumentieren: Dass sich der Anspruch nicht durch Leistungsklage durchsetzen lasse, sondern nur in der Form des § 771 ZPO sei unschädlich. Denn der Vollstreckungsgläubiger könne

⁸²⁵ Von Caemmerer aaO.

jedenfalls mittelbar über den Bestand des staatlichen Pfändungsaktes verfügen, so dass nicht einzusehen sei, weshalb der Vollstreckungsgläubiger dann nicht zur Freigabe verpflichtet sein sollte. § 771 ZPO zwingt nur zur Durchsetzung des Anspruchs in einem besonderen, auf ihn zugeschnittenen Verfahren zwingt, schließe jedoch nicht das Bestehen eines auf Freigabe gerichteten Anspruchs aus.

- 487 Tatsächlich geht aber nur das eine oder das andere: Entweder steht der prozessuale Ausschluss einer Leistungsklage durch § 771 ZPO einem materiellrechtlichen Leistungsanspruch entgegen, dann kann auch kein Freigabeanspruch aus einem gesetzlichen Sonderverhältnis privatrechtlicher Art folgen. Oder aber § 771 ZPO steht einem materiellrechtlichen Leistungsanspruch nicht entgegen, dann steht auch der Anwendung der im BGB geregelten Leistungsansprüche nichts im Wege, und es bedarf keiner richterrechtlichen Neuentwicklung eines Freigabeanspruchs.
- 488 Richtig erscheint der letztgenannte Weg. Die Anerkennung eines Freigabeanspruchs durch den BGH hat zu Recht allgemein Zustimmung gefunden, weil der Vollstreckungsgläubiger Herr des Vollstreckungsverfahrens ist und aufgrund seiner Dispositionsbefugnis eine Pfandsache jederzeit freigeben kann. Die ursprüngliche These des BGH, mit der prozessualen Gestaltungs-klage des § 771 ZPO sei die Annahme eines materiellen Leistungsanspruchs nicht vereinbar, hat er durch die Anerkennung eines Freigabeanspruchs selbst zutreffend verworfen. Dann aber besteht auch kein Hindernis für die Anwendung des kodifizierten materiellen Rechts, so dass der Freigabeanspruch aus diesem herzuleiten ist.
- 489 Es bleibt daher nur die Frage zu klären, ob der Freigabeanspruch aus § 985 BGB oder § 1004 BGB folgt oder ein gesetzliches Schuldverhältnis gemäß §§ 677 f. BGB besteht, in dessen Rahmen der Vollstreckungsgläubiger für seinen Anwalt einzustehen hat (§§ 280

n.F./ pFV i.V.m. § 278 BGB). Alle anderen Erklärungsversuche erübrigen sich.

- 490 Sowohl § 985 als auch § 1004 BGB dienen der Beseitigung eines objektiv unrechtmäßigen Zustandes⁸²⁶. Dabei stellt § 985 BGB eine Spezialnorm für die besonders intensive Beeinträchtigungsform der Entziehung und Vorenthaltung des Besitzes dar, während § 1004 BGB als Generalklausel („in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt“) alle anderen Fälle von Eigentumsbeeinträchtigungen erfasst⁸²⁷. Da es sich um den Freigabeanspruch des (Dritt-)Eigentümers gegen den Vollstreckungsgläubiger als (mittelbaren) Besitzer handelt, geht § 985 BGB als Spezialregelung vor.
- 491 Die §§ 987 f. BGB stellen auch gegenüber den Regelungen über die unberechtigte GoA die speziellere und damit vorrangige Regelung dar⁸²⁸. Für die Herleitung eines Sonderverhältnisses aus §§ 677 f. BGB besteht somit kein Raum.
- 492 Die Anwendung des § 985 BGB und der §§ 989, 990 BGB als Haftungsgrundlage erscheint auch am sachnächsten⁸²⁹. Denn das entscheidende Kriterium für die Haftung des Vollstreckungsgläubigers ist nach allgemeiner Auffassung die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen der Tatsache, dass das Pfändungsobjekt nicht dem Schuldner gehört. Genau darauf stellt § 990 I BGB unmittelbar ab⁸³⁰. Zudem erweist sich auch die „ratio“ der §§ 987 ff. BGB bei der Vollstreckung in Dritteigentum als sachgerecht. Die Vorschriften sollen den gutgläubigen Besitzer privilegieren, der auf legale Weise (keine Straftat, keine verbotene Eigenmacht) in den Besitz gelangt ist. Auch beim Vollstreckungsübergang in Dritteigentum genießt der

⁸²⁶ Staudinger/Gursky vor §§ 985-1007 Rn 2.

⁸²⁷ Staudinger/Gursky vor §§ 985-1007 Rn 2 und § 1004 Rn 2.

⁸²⁸ BGHZ 41, 157; Soergel/Beuthien vor § 677 Rn 10; Palandt/Thomas Vor § 677 Rn 12.

⁸²⁹ Staudinger/Hager § 823 Rn B 73.

⁸³⁰ Staudinger/Hager § 823 Rn B 73.

Vollstreckungsgläubiger nach allgemeiner Auffassung Privilegien, weil er den Besitz formell rechtmäßig gem. § 808 ZPO erlangt hat. Zu seinen Gunsten besteht die Vermutung, dass die Pfandsache dem Schuldner gehört. In Zweifelsfällen darf er es auf eine Klärung der Sach- und Rechtslage im Interventionsprozess nach § 771 ZPO ankommen lassen. Diese Privilegien ergeben sich im Rahmen der §§ 989, 990 BGB zwanglos aus den Tatbestandsmerkmalen.

- 493 Ergebnis: Die Haftung des Vollstreckungsgläubigers bei der Vollstreckung in Dritteigentum bestimmt sich nach §§ 989, 990 BGB.

§ 5 Vollstreckung in Sachen des Vollstreckungsschuldners nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs

- 494 **Beispiel**: Rechtsanwalt R hat für G ein rechtskräftiges Urteil über 5000 Euro gegen S erstritten. Da S den Urteilsbetrag nicht zahlt, beauftragt R den Gerichtsvollzieher V mit der Vollstreckung. V sucht die Wohnung des S auf, S verweigert ihm jedoch den Zutritt zu seiner Wohnung. G beantragt daraufhin beim Vollstreckungsgericht mit Erfolg einen Durchsuchungsbeschluss und beauftragt V, die Vollstreckung fortzusetzen. Beeindruckt durch den ersten Besuch des V hat S den Urteilsbetrag nebst sonstigen Kosten zwischenzeitlich auf das Konto des G überweisen und R schriftlich auf die erfolgte Zahlung hingewiesen. Das Schreiben bleibt jedoch unbeachtet. Als V an einem Freitag die Vollstreckung fortsetzt, erklärt S dem V zwar, dass er zwischenzeitlich gezahlt habe, kann dies jedoch nicht belegen. V pfändet den Pkw des S. S verlangt von G die Freigabe und den Mietzins für einen zwischenzeitlich angemieteten Pkw ersetzt.
- 495 Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Vollstreckungsschuldner nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs waren bereits Gegenstand von § 3 dieser Arbeit. Dort ging es indes um Vollstreckungsmaßnahmen im Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung, die typischerweise nur zu reinen Vermögensschäden führen. Sie kann der Vollstreckungsschuldner analog den Regeln der GoA ersetzt verlangen, wenn der

Vollstreckungsgläubiger hätte erkennen müssen, dass der vollstreckbare Anspruch nicht mehr besteht (vgl. Rn 411 f.).

496 Die Vollstreckung in körperliche Sachen des Vollstreckungsschuldners bedeutet indes einen Eingriff in das Schuldner Eigentum. Vorrangig ist hier deshalb eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers wegen Eigentumsverletzung in Betracht zu ziehen. Ebenso wie bei der Vollstreckung in Dritteigentum könnte sich die Pflicht des Vollstreckungsgläubigers zur Freigabe / Herausgabe auch hier aus § 985 BGB ergeben und eine Haftung unter den Voraussetzungen der §§ 989, 990 BGB eingreifen. Dazu müsste zwischen dem Vollstreckungsgläubiger, der nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs die Schuldnersache hat pfänden lassen, und dem Vollstreckungsschuldner ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bestehen.

497 Durch die Pfändung der im Schuldner Eigentum stehenden Sache wird der Vollstreckungsgläubiger (mittelbarer) Besitzer. Besteht der vollstreckbare Anspruch im Zeitpunkt der Pfändung nicht mehr, erlangt der Vollstreckungsgläubiger indes kein Besitzrecht i.S.d. § 986 BGB an der Sache. Denn Pfändungsmaßnahmen nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs sind rechtswidrig. Der Eingriff in ein absolutes Rechtsgut ist hier – anders als materiell gerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen – nicht durch §§ 229, 677, 683 BGB (analog) als Rechtfertigungsgrund gedeckt. Der Vollstreckungsgläubiger genießt lediglich vorübergehenden Besitzschutz infolge der Tatsache, dass der Vollstreckungsschuldner nur mit einer Klage nach §§ 767, 769 ZPO die Freigabe der Pfandsache erzwingen kann. Eine materielle Einwendung gegen den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB folgt daraus nicht (Rn 475).

498 Unerheblich ist auch, dass der Anspruch aus § 985 BGB nicht im Wege der Leistungsklage durchsetzbar ist, sondern nur in Form der Vollstreckungsabwehrklage aus § 767 ZPO (prozessuale

Gestaltungsklage). Denn durch § 767 BGB wird lediglich die Rechtsschutzform der prozessualen Lage angepasst, nicht aber das materielle Recht verändert. Es gelten insoweit die gleichen Erwägungen wie für das Verhältnis von § 985 BGB und §§ 989, 990 BGB zu § 771 ZPO (s.o. Rn 457 und 486). Die Haftung des Vollstreckungsgläubigers folgt somit auch hier aus §§ 989, 990 BGB.

499 Im **Beispiel** (Rn 492) ist der Vollstreckungsgläubiger gemäß § 985 BGB zur Herausgabe / Freigabe des Pkws verpflichtet. Für den Nutzungsausfallschaden haftet er gemäß §§ 280 I, II, 286, 990 II, 278, 166 I analog BGB auf Schadensersatz. Denn die von R veranlasste Pfändung erfolgte in grob fahrlässiger Unkenntnis (vgl. § 990 I 1 BGB) der Tatsache, dass S die titulierte Forderung bereits beglichen hatte. Für dieses schuldhaftes Fehlverhalten des R muss G über §§ 278, 166 analog BGB einstehen.

500 Ergebnis: Die Haftung des Vollstreckungsgläubigers bei der Vollstreckung in körperliche Sachen des Vollstreckungsschuldners nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs richtet sich nach §§ 989, 990 I, II BGB.

§ 6 Forderungsvollstreckung

I. Vollstreckung in schuldnerfremde Forderungen

501 Ebenso wie es bei der Vollstreckung in körperliche Sachen zu Übergriffen auf schuldnerfremde Sachen kommen kann, sind auch in der Forderungsvollstreckung Übergriffe auf Forderungen möglich, deren Inhaber nicht der Vollstreckungsschuldner ist.

Beispiele:

502 (1) S hat seine Forderung gegen DS über 5.000 Euro an Z abgetreten, ohne DS darüber zu informieren. G lässt kurz darauf aufgrund eines rechtskräftigen Titels gegen S dessen angebliche Forderung gegen DS pfänden und sich zur Einziehung überweisen. DS zahlt daraufhin 5.000 Euro an G. Als Z den DS zur Zahlung

auffordert, verweigert dieser eine erneute Zahlung unter Hinweis darauf, dass er bereits an G gezahlt hat. Z wendet sich an G und fordert diesen zur Herausgabe der empfangenen Zahlung auf. G wendet ein, das Geld für einen Luxusurlaub ausgegeben zu haben. Ansprüche des Z?

- 503 (2) G lässt wegen einer titulierten Forderung über 50.000 Euro die angebliche Werklohnforderung des S gegen den DS i.H.v. 40.000 Euro am 10.7. pfänden und sich zur Einziehung überweisen. S tritt die Werklohnforderung am 11.7. an einen anderen Gläubiger Z ab und zeigt die Abtretung noch am gleichen Tag dem DS an. Der von G erwirkte Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wird dem DS am 12.7. zugestellt. Da sowohl G als auch Z von S Zahlung verlangen, hinterlegt DS den geschuldeten Betrag von 40.000 Euro unter Verzicht auf Rücknahme beim Amtsgericht. G schaltet den Rechtsanwalt R ein. Nachdem Z den R dazu aufgefordert hat, namens des G der Auszahlung des hinterlegten Betrages an ihn, G, zuzustimmen, erhebt er Drittwiderspruchsklage mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung in die Forderung für unzulässig zu erklären. Gleichzeitig verlangt er Schadensersatz i.H.v. 10.000 Euro, weil ihm mangels Verfügungsmöglichkeit über die 40.000 Euro ein (näher dargelegtes) gewinnbringendes Geschäft entgangen ist.
- 504 (3) E verkauft dem S 300 Kartons holländische Champignons unter Eigentumsvorbehalt. Die Champignons werden von S beim Lagerhalter DS eingelagert. G, der über einen rechtskräftigen Titel gegen S verfügt, lässt den angeblichen Anspruch des S gegen DS auf Herausgabe der Champignons aus dem Speditions- und Lagervertrag pfänden und sich zur Einziehung überweisen. E fordert den G unter Hinweis auf den mit S vereinbarten Eigentumsvorbehalt vergeblich zur Freigabe auf. Schließlich erhebt E Drittwiderspruchsklage und beantragt ferner – im Hinblick auf die angefallenen Lagerkosten - die Feststellung, dass G wegen nicht rechtzeitiger Freigabe schadensersatzpflichtig ist (Fall nach BGHZ 67, 378)^{434a}.
- 505 Fraglich ist, ob den Vollstreckungsgläubiger eine Haftung trifft, wenn er in eine Forderung vollstreckt, die nicht dem Vollstreckungsschuldner zusteht, und dadurch den wahren Forderungsinhaber schädigt. Zur Auseinandersetzung mit dieser Frage ist es hilfreich, sich zunächst kurz die Besonderheiten der Forderungsvollstreckung in das Gedächtnis zu rufen.

^{434a} Im Unterschied zu den Beispielen (1) und (2) geht es in Beispiel (3) nicht um die Pfändung und Überweisung einer Geldforderung gemäß §§ 829, 835 ZPO, sondern um die Pfändung eines Anspruchs auf Herausgabe einer beweglichen Sache gemäß § 847 ZPO.

1. Zugriffsvoraussetzungen der Forderungsvollstreckung:
Verteidigungsmöglichkeiten Dritter

- 506 Zugriffsobjekt der Forderungsvollstreckung (§§ 828 ff. ZPO) sind Forderungen des Vollstreckungsschuldners gegen Drittschuldner. Beantragt der Vollstreckungsgläubiger die Pfändung und Überweisung einer solchen Forderung, prüft der beim Vollstreckungsgericht funktionell zuständige Rechtspfleger neben den allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen lediglich, ob die Forderung bestimmt genug bezeichnet ist, und die Pfändungsverbote (§§ 865, 850 ff. ZPO) der Pfändung nicht entgegenstehen. Er prüft dagegen nicht, ob die vom Vollstreckungsgläubiger behauptete Forderung des Vollstreckungsschuldners gegen den Drittschuldner tatsächlich besteht. Gegenstand eines erlassenen Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses (PfÜB) ist folglich nur die angebliche Forderung des Vollstreckungsschuldners gegen den Drittschuldner, so wie sie sich aus dem Antrag des Vollstreckungsgläubigers ergibt.
- 507 Wenn im Zeitpunkt der Zustellung des PfÜB an den Drittschuldner keine Forderung des Vollstreckungsschuldners gegen den Drittschuldner besteht, geht die Pfändung ins Leere und ist nichtig⁸³¹. Das gilt insbesondere auch dann, wenn im Zeitpunkt der Pfändung zwar eine Forderung gegen den Drittschuldner besteht, Forderungsinhaber aber nicht der Vollstreckungsschuldner, sondern ein Dritter ist⁸³². Die Pfändung und Überweisung einer schuldnerfremden Forderung ist also – anders als die Pfändung einer schuldnerfremden Sache – unwirksam; eine Verstrickung der Forderung tritt nicht ein⁸³³.
- 508 In den **Beispielfällen (1) bis (3)** / Rn 502 f. stand die Forderung gegen den Drittschuldner dem Vollstreckungsschuldner im Zeitpunkt der Zustellung des PfÜB nicht mehr zu, so dass der Vollstreckungsakt jeweils unwirksam war.

⁸³¹ BGH NJW 1988, 495; Baur/Stürmer § 30 Rn 16.

⁸³² BGH MDR 1971, 910; BGH NJW 2002, 755, 757; KG MDR 1973, 233, 234.

⁸³³ BGH MDR 1971, 910; KG MDR 1973, 233, 234; Baur/Stürmer § 30 Rn 16.

- 509 Obwohl die Pfändung und Überweisung einer fremden Forderung ohnehin nichtig ist, kann der Forderungsinhaber nach h.M.⁸³⁴ gegen die Vollstreckung in seine Forderung ebenso mit der Drittwiderspruchsklage nach §§ 771, 769 ZPO vorgehen, wie der Dritteigentümer bei der Sachpfändung. Denn der durch einen nichtigen PfÜB erzeugte Rechtsschein einer wirksamen Pfändung und Überweisung kann zu empfindlichen Rechtsnachteilen des Forderungsinhabers führen⁸³⁵.
- 510 Dies verdeutlichen die obigen Beispiele:
- 511 In **Beispiel (1)** / Rn 502 leistete DS an G, weil er darauf vertraute, dass durch den PfÜB das Einziehungsrecht von S auf G übergegangen war. Dieses Vertrauen wird gem. §§ 408 II, 407 BGB geschützt⁸³⁶. Der wahre Forderungsinhaber Z muss die Zahlung an G als Erfüllung gegen sich gelten lassen. Auch ein Anspruch des Z gegen G aus § 816 II BGB auf Herausgabe der empfangenen Zahlung scheidet, weil G sich mit Erfolg auf Entreichung berufen kann (§ 818 III BGB). Z geht leer aus. Dieser Situation muss er durch eine Drittwiderspruchsklage vorbeugen können.
- 512 In **Beispiel (2)** / Rn 503 führt der Rechtsschein einer wirksamen Pfändung und Überweisung dazu, dass DS „infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann“ (§ 372 S. 2 BGB). Damit war DS zur Hinterlegung des geschuldeten Geldbetrages berechtigt⁸³⁷. Wenn der Vollstreckungsgläubiger in einem solchen Fall nicht auf seine angeblichen Rechte an der Forderung verzichtet (§ 843 ZPO), bleibt dem Forderungsinhaber nur die Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage, um an den hinterlegten Geldbetrag zu gelangen⁸³⁸.
- 513 Nur in **Beispiel (3)** / Rn 504 bedurfte es nicht zwingend einer Drittwiderspruchsklage des E gegen G. Er hätte stattdessen auch den DS mit einer auf § 985 BGB gestützten Leistungsklage auf Herausgabe in Anspruch nehmen können. Beiden

⁸³⁴ BGH NJW 1977, 384, 385 = BGHZ 67, 378; BGH WM 1981, 648, 649; Zöller/Herget § 771 Rn 14 (Stichwort: Forderung); Lackmann ZwVR Rn 595; Baur/Stürner § 30 Rn 16; aA: Hammen AcP 199 (1999), 591, 602.

⁸³⁵ Wie Fußnote zuvor.

⁸³⁶ Vgl. zu diesem Vertrauensschutz, aber auch seinen Grenzen: BGHZ 66, 394, 396; BGH NJW 1988, 495; LG Hildesheim NJW 1988, 1916.

⁸³⁷ Zur Möglichkeit der Hinterlegung bei Ungewissheit über den Gläubiger infolge Abtretung vgl. auch BGH WM 2000, 2457.

⁸³⁸ Vgl. Lippross VollstrR 8. Aufl. Rn 530.

Klagemöglichkeiten bestehen nach der Rechtsprechung gleichberechtigt nebeneinander⁸³⁹.

2. Keine Haftung aus §§ 989, 990 BGB

- 514 Eine Haftung aus §§ 989, 990 BGB scheidet im Rahmen der Forderungsvollstreckung aus. Der Forderungsinhaber ist nicht „Eigentümer“ der Forderung, der Vollstreckungsgläubiger nicht deren „Besitzer“. Diese Begriffe gelten nur für körperliche Sachen.

3. Sind Forderungen „sonstige Rechte“ i.S.d. § 823 I BGB ?

- 515 In Betracht zu ziehen ist jedoch eine Haftung aus § 823 I BGB. Dazu müssten Forderungen ein „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 I BGB darstellen. Die h.M. verneint dies, die Frage ist jedoch in der Literatur umstritten. Sie lässt sich nur sachgerecht diskutieren, wenn man sich zunächst die verschiedenen Möglichkeiten vor Augen führt, wie Dritte auf die Forderung einwirken und die Rechtsposition des Forderungsinhabers beeinträchtigen können.
- 516 Die Rechtsposition des Forderungsinhabers wird z.B. beeinträchtigt, wenn ein Dritter den Gegenstand der Forderung zerstört (z.B. die gekaufte Sache), oder die Person des Schuldners verletzt (z.B. einen Arbeitnehmer), so dass dieser nicht mehr zu leisten imstande ist (Fallgruppe 1).
- 517 Ferner kann ein Dritter die Erfüllung einer Forderung dadurch behindern, dass er den Willen des Schuldners entsprechend beeinflusst, etwa indem er ihn zum Vertragsbruch verleitet (Fallgruppe 2).

⁸³⁹ BGHZ 67, 378 = BGH NJW 1977, 384; vgl. auch KG MDR 1973, 233, wo das Gericht die Möglichkeit der Leistungsklage des wahren Forderungsinhabers gegen den (Dritt-)Schuldner bejaht, aber offen lässt, ob daneben auch eine Drittwiderspruchsklage zulässig ist.

- 518 Schließlich kann ein Dritter den Gläubiger dadurch schädigen, dass er sich als Forderungsinhaber gegenüber dem Schuldner ausgibt. Zahlt der Schuldner an den vermeintlichen Gläubiger, und hat die Leistung aufgrund der Schuldnerschutzvorschriften (§§ 407 ff. BGB) Erfüllungswirkung gegenüber dem wahren Forderungsinhaber, führt das zum Erlöschen seiner Forderung. Diese Fallgruppe wird in der Literatur gemeinhin unter dem Schlagwort Eingriff in die „Forderungszuständigkeit“ diskutiert (Fallgruppe 3).
- 519 Vereinzelt wird in der Literatur ein sehr weitreichender deliktischer Schutz von Forderungen befürwortet⁸⁴⁰.
- 520 C. Becker⁸⁴¹ etwa tritt für einen generellen, alle drei Fallgruppen umfassenden Forderungsschutz ein. Dieser sei erforderlich, um Lücken im Schutz des Betriebes zu schließen. Insbesondere hält er es für geboten, einem Betriebsinhaber einen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB zu gewähren, wenn Dritte durch Verletzung eines Arbeitnehmers in den Leistungsanspruch eingreifen⁸⁴². Etwa erforderliche Einschränkungen des Forderungsschutzes könnten durch Kriterien wie Adäquanz, erlaubtes Risiko und Schutzzweck der Norm erreicht werden⁸⁴³. Andere Autoren schlagen vor, die Forderung jedenfalls gegen finale Eingriffe, wie etwa die Zerstörung einer noch nicht übereigneten Kaufsache, zu schützen⁸⁴⁴.
- 521 Diese und ähnliche Vorschläge⁸⁴⁵ werden jedoch zu Recht von der ganz h.M.⁸⁴⁶ abgelehnt. Bei der Einwirkung auf den Forderungsgegenstand (die gekaufte Sache, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers) ist der Forderungsinhaber lediglich mittelbar Geschädigter. Unmittelbar geschädigt ist der Eigentümer der

⁸⁴⁰ Vgl. im Einzelnen die Darstellung bei Staudinger/Hager § 823 Rn B 161 mwN.

⁸⁴¹ C. Becker AcP 196 (1996), 439 ff.

⁸⁴² C. Becker aaO., 445 ff.

⁸⁴³ C. Becker aaO., 455.

⁸⁴⁴ Micke JZ 1984, 865.

⁸⁴⁵ Vgl. zu weiteren Vorschlägen die Darstellung bei Staudinger/Hager § 823 Rn B 161.

⁸⁴⁶ Vgl. unten Rn 525.

beschädigten Sache bzw. der verletzte Arbeitnehmer. Sie haben Anspruch auf Schadensersatz. Dagegen gewährt der Gesetzgeber mittelbar Geschädigten nur in den besonderen in §§ 844, 845 BGB geregelten Fällen einen Schadensersatzanspruch, um die Haftung des Schädigers nicht ausufern zu lassen. Ein umfassender Forderungsschutz würde nämlich im Ergebnis auf einen Vermögensschutz hinauslaufen, der durch § 823 I BGB gerade nicht gewährt werden soll⁸⁴⁷.

- 522 Der Forderungsinhaber ist zudem nicht schutzlos gestellt. Wer bewusst den Kaufgegenstand beschädigt oder einen Arbeitnehmer verletzt, um dem Forderungsinhaber zu schädigen, haftet wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB. Ebenfalls nach § 826 BGB haftet derjenige, der den Schuldner zum Vertragsbruch verleitet. Soweit im Wirtschaftsleben ein darüber hinausgehender Forderungs- und Vermögensschutz im Einzelfall geboten erscheint, wird dieser bereits durch zahlreiche Spezialvorschriften gewährt (UWG, GWB etc.⁸⁴⁸). Die Festlegung des Umfangs und der Grenzen des Forderungsschutzes durch den Gesetzgeber ist einem allgemeinen Forderungsschutz, der von der Rechtsprechung durch Schutzzwecküberlegungen etc. begrenzt werden müsste, sowohl in systematischer als auch in rechtsstaatlicher Hinsicht (Bestimmtheitsgebot) überlegen.

a) Forderungszuständigkeit als sonstiges Recht?

- 523 Mehrere Autoren in der Literatur⁸⁴⁹ teilen zwar die herrschende Auffassung, dass Forderungen keinen umfassenden deliktischen Schutz genießen, befürworten jedoch einen Schutz der Forderungszuständigkeit (Fallgruppe 3).

⁸⁴⁷ Staudinger/Hager § 823 Rn B 162.

⁸⁴⁸ Vgl. die Darstellung der zahlreichen spezialgesetzlichen Regelungen bei C. Becker AcP 196 (1996), 439, 447/448.

⁸⁴⁹ Larenz/Canaris BT II § 76 II 4 g; Canaris FS Steffen (1995), 85 ff.; Staudinger/Hager § 823 Rn B 160 f., B 165; Soergel/Zeuner § 823 Rn 48; Hüffer ZHR 161 (1997), 867, 869; v. Caemmerer FS Rabel (1954), 333, 355.

524 Wenn ein Dritter als angeblicher Gläubiger die Forderung vom Schuldner mit Erfüllungswirkung gegenüber dem wahren Gläubiger einzieht (§§ 362, 407 ff. BGB), sei dies ebenso zu bewerten, wie die wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten über fremdes Eigentum (§ 932 ff. BGB)⁸⁵⁰. Ebenso wie dem Eigentümer müsse deshalb auch dem Forderungsinhaber ein Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB gegen den Nichtberechtigten gewährt werden. Die Forderung gehöre dem Gläubiger und keinem anderen. Wie das Eigentum sei die Forderung dem Berechtigten ausschließlich zugeordnet und stelle deshalb ein absolutes Recht dar, in das Dritte nicht eingreifen dürften. Die Forderung habe insoweit die gleiche Zuordnungs- und Ausschlussfunktion wie die anderen in § 823 I BGB geschützten absoluten Rechte⁸⁵¹.

b) Herrschende Meinung

525 Nach der h.M.⁸⁵² stellt die Forderungszuständigkeit dagegen kein absolutes, sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB dar.

526 Die Forderung sei lediglich ein relatives Recht, weil sie nur den Gläubiger berechtere und den Schuldner verpflichte; für Dritte seien Forderungen generell unbeachtlich⁸⁵³. Die angebliche Ausschlussfunktion der Forderungszuständigkeit beschränke sich auf die Banalität, dass hinsichtlich einer Forderung keine andere Person als der Gläubiger Gläubigerrechte haben könne⁸⁵⁴. Aus der Selbstverständlichkeit, dass die Forderung allein dem Gläubiger zusteht, folge keineswegs, dass der Gläubiger gegenüber Dritten Beeinträchtigungen der Forderung abwehren könne. Zudem ergebe

⁸⁵⁰ V. Caemmerer FS Rabel (1954), 333, 355; Soergel/Zeuner § 823 Rn 48.

⁸⁵¹ Canaris FS Steffen (1995), 85, 90.

⁸⁵² RGZ 57, 353 ff.; RGZ 111, 298, 302; BGHZ 12, 309, 317/318; BGHZ 29, 65, 73/74; BGH NJW 1970, 137, 138; Medicus FS Steffen (1995), 333 ff.; Medicus BR Rn 610; MüKo/Kramer vor § 241 Rn 18; MüKo/Mertens § 823 Rn 132; Staudinger/J. Schmidt Einl. 460 zu §§ 241 ff.; Palandt/Heinrichs vor § 241 Rn 5; Otte JZ 1969, 253 ff.; Schwerdtner Jura 1981, 414, 419/420; Hammen AcP 199 (1999), 591 ff.

⁸⁵³ RGZ 57, 353, 356.

⁸⁵⁴ Medicus FS Steffen (1995), 333, 342; Otte JZ 1969, 253, 254

sich bereits aus den Motiven, dass Forderungen nicht durch § 823 I BGB geschützt sein sollen⁸⁵⁵.

- 527 Ferner sei zweifelhaft, wer eigentlich in die Forderungszuständigkeit eingreife: Derjenige, der die Leistung in Verkennung der Zuständigkeit erbringe, oder derjenige, der sie entgegennehme?⁸⁵⁶ Den leistenden Schuldner dürfe jedenfalls schon deshalb keine Haftung aus § 823 I BGB treffen, weil andernfalls der ihm durch § 407 BGB gewährte Schutz verwässert würde, wonach nur positive Kenntnis der Abtretung schadet⁸⁵⁷.
- 528 Vor allem aber bestehe für die Qualifizierung der Forderungszuständigkeit als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB auch kein Bedürfnis, weil der einziehende Dritte dem tatsächlich Berechtigten aus § 816 II BGB zur Herausgabe verpflichtet sei. Im Falle der Abtretung bestehe zusätzlich ein Schadensersatzanspruch des Forderungsinhabers (Zessionars) gegen den Dritten (Zedenten) aus dem der Abtretung zugrunde liegenden Kausalverhältnis (etwa Forderungskauf)⁸⁵⁸.
- 529 Schließlich fehle Forderungen auch die soziale Offenkundigkeit der sonst durch § 823 I BGB geschützten absoluten Rechte und Rechtsgüter; diese aber ermögliche Dritten erst, auf das geschützte Rechtsgut Rücksicht zu nehmen⁸⁵⁹.

c) Stellungnahme:

- 530 In den Motiven gingen die Gesetzesverfasser davon aus, dass Forderungen nicht vom Schutz des § 823 I BGB umfasst sind⁸⁶⁰. Die Begründung bezieht sich allerdings auf die bereits oben erörterten

⁸⁵⁵ RGZ 57, 353, 356/357; Schwerdtner Jura 1981, 414, 419.

⁸⁵⁶ Schwerdtner Jura 1981, 414, 420.

⁸⁵⁷ Medicus BR Rn 610; Schwerdtner Jura 1981, 414, 420.

⁸⁵⁸ Otte JZ 1969, 253, 255 ff.; Medicus BR Rn 610.

⁸⁵⁹ MüKo/Mertens BGB 3. Aufl. § 823 Rn 131.

⁸⁶⁰ Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, S. 406: „Widerrechtlich ist auch die Verletzung eines Rechts aus einem Schuldverhältnis. Aber wie aus einem solchen nur ein Recht gegen den Schuldner entsteht, so kann auch nur der Schuldner

Fälle der Beeinträchtigung des Forderungsgegenstandes (Fallgruppe 1), in denen ein deliktischer Schutz in der Tat abzulehnen ist. Die Begründung passt dagegen nicht zu dem Problem der Forderungszuständigkeit⁸⁶¹. Aus der Charakterisierung der Forderung als nur relativem Recht lässt sich ebenfalls kein zwingender Schluss ziehen. Denn die Tatsache, dass nur der Schuldner und nicht auch ein Dritter den Anspruch zu erfüllen hat, besagt nichts darüber, ob ihn ein Dritter zu achten und sich der Störung zu enthalten hat⁸⁶².

- 531 Entscheidend für die Frage, ob die Forderungszuständigkeit als sonstiges Recht zu qualifizieren ist, dürfte sein, ob dem Gläubiger gegenüber Eingriffen Dritter in sein Forderungsrecht Abwehrrechte zustehen (Ausschlussfunktion).
- 532 Im Zwangsvollstreckungsrecht kann sich der Forderungsinhaber seit jeher mit der Drittwiderspruchsklage gegen die Pfändung und Überweisung seiner Forderung zur Wehr setzen, weil dadurch seine Stellung als Forderungsinhaber negiert und gefährdet wird; die (Forderungs-)Inhaberschaft stellt ein die Veräußerung hinderndes Recht i.S.d. § 771 dar⁸⁶³. Dagegen hat der Käufer einer Sache z.B. kein die Veräußerung hinderndes Recht an der von ihm gekauften Sache. Wird diese beim Eigentümer gepfändet, besteht keine Interventionsmöglichkeit des Käufers / Forderungsinhabers aus § 771 ZPO. Die Unterscheidung zwischen Eingriffen in die

einer Verletzung dieses Rechts sich schuldig machen. Die Rechtsverletzung ist überhaupt nicht Gegenstand der Vorschriften über die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen. (...) Wohl kann auch ein Dritter, wenn er in die obligatorischen Rechte eines Anderen schädigend eingreift (z.B. durch Zerstörung des Gegenstandes des obligatorischen Rechtes), dem Anderen zum Schadensersatz verpflichtet werden, aber nur, wenn seine Handlung aus einem anderen Grunde als wegen der Schädigung des obligatorischen Rechtes als eine widerrechtliche sich darstellt.“

⁸⁶¹ Canaris FS Steffen (1995), 85, 86.

⁸⁶² Staudinger/Hager § 823 Rn B 162.

⁸⁶³ BGH NJW 1977, 384, 385; RGZ 49, 347; grundlegend bereits RGZ 4, 111: „Hat nun auch der Zessionar kein Eigentum an der ihm abgetretenen Forderung, weil man von Eigentum an der Forderung im eigentlichen Sinne nicht sprechen kann, so hat doch der Gläubiger zweifellos ein Recht, dass kein unberechtigter Dritter über die zu seinem Vermögen gehörigen Forderungen verfüge, dass ihm die Forderung nicht entzogen, er durch deren Pfändung und Beschlagnahme in der freien Verfügung über dieselbe nicht beschränkt oder verhindert werde.“

Forderungszuständigkeit (Fallgruppe 3), die der Forderungsinhaber abwehren kann, und Einwirkungen auf den Gegenstand der Forderung (Fallgruppe 1), die der Forderungsinhaber hinnehmen muss, wird folglich von der h.M. im Rahmen des § 771 ZPO bereits praktiziert⁸⁶⁴. Auch im Verfassungsrecht fallen Forderungen – anders als das Vermögen als solches - unter den Eigentumsbegriff des Art. 14 I GG und begründen ein Abwehrrecht des Inhabers gegen ungerechtfertigte staatliche Eingriffe⁸⁶⁵.

- 533 Diese Bestandsaufnahme widerlegt das Argument der h.M., dem Inhaber einer Forderung stünde auch sonst in der Rechtsordnung kein Abwehrrecht gegen die Beeinträchtigung seiner Forderung zu⁸⁶⁶.
- 534 Nicht überzeugend ist auch das Argument der h.M., für den Schutz der Forderungszuständigkeit bestehe kein Bedürfnis. Denn der Umstand, dass sich die meisten Fälle befriedigend über § 816 II BGB lösen lassen, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Bereicherungshaftung des Einziehenden für den wirklichen Gläubiger im Einzelfall wertlos sein kann, z.B. in dem folgenden von Canaris⁸⁶⁷ gebildeten
- 535 Beispiel: Der Geschäftsführer einer GmbH zieht namens der GmbH und grob fahrlässig eine fremde Forderung mit Erfüllungswirkung gegenüber dem wahren Gläubiger ein (§§ 407, 362 I BGB), kurz darauf wird die GmbH insolvent.
- 536 Da hier der Anspruch des wahren Gläubigers gegen die GmbH aus § 816 II BGB wertlos ist, besteht ein unabweisbares Interesse an einer Inanspruchnahme des Geschäftsführers gemäß § 823 I BGB. Für eine Gewährung dieses Anspruchs spricht auch hier der Vergleich zur Veräußerung fremden Eigentums⁸⁶⁸, denn: Veräußert ein GmbH-

⁸⁶⁴ Vgl. Staudinger/Hager § 823 Rn B 162 und B 165.

⁸⁶⁵ Vgl. BVerfGE 45, 142, 179; 70, 278, 285.

⁸⁶⁶ So argumentiert aber insbes. Otte JZ 1969, 253, 254/255.

⁸⁶⁷ Larenz/Canaris BT II § 76 II 4 g; Canaris FS Steffen (1995), 85, 87-89.

⁸⁶⁸ Canaris FS Steffen (1995), 85 87.

Geschäftsführer namens der GmbH wirksam eine fremde Sache (§§ 932 ff. BGB), so haftet er dem Eigentümer nach h.M. aus § 823 I BGB⁸⁶⁹. Die Parallele beider Fälle zeige sich besonders deutlich beim verlängerten Eigentumsvorbehalt, wenn an die Stelle des vorbehaltenen Sacheigentums die Kaufpreisforderung tritt⁸⁷⁰.

- 537 Der Anspruch aus § 816 II BGB ist ferner dann wertlos, wenn sich der Einziehende erfolgreich auf einen Wegfall der Bereicherung berufen kann (§ 818 III BGB). Diese Möglichkeit hat er selbst dann, wenn er aus grober Fahrlässigkeit verkannt hatte, dass es sich bei der eingezogenen Forderung um eine fremde Forderung handelte (vgl. § 819 BGB). Der Entreichungseinwand nützt ihm zwar dann nichts, wenn er dem wahren Gläubiger auch aus Vertrag haftet, etwa weil er ihm die Forderung aufgrund eines Forderungskaufs abgetreten hatte. Ein solcher Anspruch aus Vertragsverletzung ist aber keineswegs immer gegeben, so z.B. nicht beim gesetzlichen Forderungsübergang und nicht in der Person eines vertraglichen Rechtsnachfolgers des Zessionars, also eines Zweit- oder Drittzessionars⁸⁷¹.
- 538 Auch die Befürchtung der h.M., dass der Schuldnerschutz (§§ 407 ff.) verwässert werden könnte, wenn man die Forderungszuständigkeit bzw. -inhaberschaft als sonstiges Recht anerkennt, erscheint unbegründet. Denn auch hier gilt, wie beim Eigentumserwerb von einem Nichtberechtigten (§ 932 ff. BGB), dass die Vorschriften über den Gutgläubensschutz der Deliktshaftung vorgehen⁸⁷². Beim gutgläubigen Eigentumserwerb bedeutet dies, dass den Erwerber bei einfacher Fahrlässigkeit keine Haftung aus § 823 I BGB trifft, weil andernfalls der Maßstab des § 932 II BGB (Bösgläubigkeit erst bei grober Fahrlässigkeit) missachtet würde. Für den Schuldner, der versehentlich an einen Nichtberechtigten leistet, folgt daraus: Wie im Rahmen des § 407 BGB schadet ihm auch deliktsrechtlich nur die Kenntnis von der fehlenden Gläubigerstellung des Einziehenden.

⁸⁶⁹ BGHZ 56, 73, 77; 109, 297, 302.

⁸⁷⁰ Canaris FS Steffen (1995), 85, 87.

⁸⁷¹ Canaris FS Steffen (1995), 85, 88.

⁸⁷² vgl. Canaris FS Steffen (1995), 85, 98.

- 539 Für die Anerkennung der Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft als sonstiges Recht spricht insbesondere auch, dass kein gegenläufiges schützenswertes Interesse des Scheingläubigers ersichtlich ist. Es bedeutet keine unzumutbare Beschränkung seiner Handlungsfreiheit, wenn ihm abverlangt wird, vor Einziehung einer Forderung mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu prüfen, ob er überhaupt Inhaber der Forderung ist.
- 540 Nicht überzeugend ist auch der Einwand, dass die Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft kein sonstiges Recht darstellen könne, weil diesem Recht die soziale Offenkundigkeit fehle. Denn ein schuldhafter Eingriff in die Forderungszuständigkeit setzt voraus, dass jedenfalls der Eingreifende um die Schuld des Schuldners und damit um das Bestehen einer Forderung weiß. Auf die soziale Offenkundigkeit kann es bei solchen subjektiv-finalen Eingriffen nicht mehr ankommen⁸⁷³ - ganz abgesehen davon, dass ohnehin zweifelhaft, ob das Merkmal der sozialen Offenkundigkeit ein taugliches Kriterium für die Frage darstellt, ob ein absolutes Recht i.S.d. § 823 I BGB vorliegt⁸⁷⁴.
- 541 Schließlich erscheint auch die Befürchtung unbegründet, dass die Konturen der im BGB geregelten Tatbestände verschwimmen würden, wenn man die Forderungszuständigkeit als sonstiges Recht anerkennt⁸⁷⁵. Bei der Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft handelt es sich um eine Rechtsposition, auf die seit jeher in der Zwangsvollstreckung im Wege der Forderungsvollstreckung zugegriffen werden kann. Dies zeigt, dass es sich durchaus um eine „greifbare“ Rechtsposition mit klaren Konturen handelt. Der Inhalt und die Grenzen des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbe, das seit langem als „sonstiges Recht“ anerkannt wird, sind ungleich schwerer zu bestimmen.

⁸⁷³ Canaris FS Steffen (1995), 85, 94.

⁸⁷⁴ Dies räumen auch Gegner der Lehre von der Forderungszuständigkeit ein, z.B. Medicus FS Steffen (1995), 333, 335.

⁸⁷⁵ So Hammen AcP 199 (1999), 591, 600.

542 Zwischenergebnis: Die Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft ist somit als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB zu qualifizieren.

543 In **Beispiel (1)** / Rn 502 hat der Vollstreckungsgläubiger daher in ein „sonstiges Recht“ des Forderungsinhabers eingegriffen, als er dessen Forderung eingezogen und dadurch zum Erlöschen gebracht hat (§§ 407, 362 BGB). Der Eingriff war auch rechtswidrig (vgl. dazu die Überlegungen oben Rn 244 f.). Ein Anspruch aus § 823 I BGB scheidet allerdings daran, dass den Vollstreckungsgläubiger kein Verschulden trifft. Denn grundsätzlich ist er nicht zur Prüfung verpflichtet, ob die Forderung, die er als angebliche Schuldnerforderung gepfändet hat, diesem tatsächlich zusteht. Zu einer Aufklärung ist er regelmäßig auch gar nicht in der Lage, zumal wenn der Vollstreckungsschuldner nicht vorgewarnt werden soll (vgl. § 834 ZPO: Keine vorherige Anhörung des Schuldners). Der Vollstreckungsgläubiger muss daher nur dann vom Vollstreckungszugriff auf die Forderung absehen, wenn evident ist, dass diese dem Vollstreckungsschuldner nicht zusteht. Insoweit gilt ähnliches wie beim Vollstreckungszugriff auf körperliche Sachen. In **Beispiel (1)** war nicht evident, dass es sich um eine schuldnerfremde Forderung handelt. Eine Schadensersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers scheidet aus.

d) Umfang des Forderungsschutzes

544 Zu klären bleibt, wie weit der Schutz der Forderungszuständigkeit / -inhaberschaft reicht. Umfasst er nur den bislang erörterten Fall, dass ein Dritter die Forderung mit Erfüllungswirkung gegenüber dem Forderungsinhaber einzieht?⁸⁷⁶ Oder stellt es bereits eine Verletzung der Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft dar, wenn sich ein anderer als Forderungsgläubiger ausgibt und dadurch die Leistung an den wahren Gläubiger blockiert?

545 Bei den **Beispielen (2) und (3)** / Rn 503, 504 handelt es sich um solche „Blockade“-Fälle: Weil ein Dritter vorgibt, Inhaber der Forderung zu sein, ist die Person des Gläubigers für den (Dritt-)Schuldner unsicher geworden mit der Folge, dass er auch

⁸⁷⁶ So offenbar Canaris FS Steffen (1995), 85,94: Die in Betracht kommende Verletzung bestehe allein „in einer Einwirkung auf die spezifisch rechtliche Stellung des Forderungsinhabers durch einen Rechtsakt (...), also darin, dass die Forderung durch eine Verfügung in ihrem rechtlichen Bestand vernichtet oder dass sie belastet wird.“

gegenüber dem wahren Forderungsinhaber seine Schuld nicht begleicht. Die Folge ist ein Vorenthaltungsschaden des wahren Forderungsinhabers.

- 546 Für eine Beschränkung des Schutzes der Forderungszuständigkeit auf den Fall, dass ein Dritter die Forderung mit Erfüllungswirkung gegenüber dem Forderungsinhaber einzieht, besteht kein sachlicher Grund. Vielmehr ist anerkannt, dass die durch § 823 I BGB geschützten Rechte bereits den Schutz durch das Abwehrrecht des § 1004 BGB genießen. Kommt der Schutz des § 1004 BGB zu spät oder greift er zu kurz, und erleidet der Forderungsinhaber deshalb einen Schaden, greift der Schadensersatzanspruch des § 823 I BGB ein. Eine uferlose Ausdehnung des Forderungsschutzes ist dadurch nicht zu befürchten. Denn erfasst wird auch hier ausschließlich der Fall, dass sich ein Dritter zu Unrecht als Forderungsinhaber ausgibt. Beeinträchtigungen der Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft im Vorfeld einer Einziehung verwirklichen somit ebenfalls den Tatbestand des § 823 I BGB.
- 547 Allerdings stellt sich in den „Blockade“-Fällen die Frage, wer für einen Vorenthaltungsschaden des Vollstreckungsgläubigers haftungsrechtlich verantwortlich ist: Kann der Forderungsinhaber seinen Vorenthaltungsschaden von seinem Schuldner ersetzt verlangen (wegen Verzuges aus §§ 280 I, II, 286 BGB n.F. / § 286 BGB a.F.) oder von demjenigen, der ihm die Forderungszuständigkeit / -inhaberschaft streitig macht (aus § 823 I BGB)?
- 548 Die Pflicht des Schuldners, an den richtigen Gläubiger zu leisten, und die Pflicht Dritter, nicht in die Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft eines anderen einzugreifen, bestehen grundsätzlich nebeneinander. Das zeigt sich z.B. bei der Vollstreckung in fremde Forderungen. Der Forderungsinhaber hat hier die Wahl, ob er mit der Drittwiderspruchsklage gegen den Vollstreckungsgläubiger vorgeht oder aber den Drittschuldner auf Leistung verklagt⁸⁷⁷.

⁸⁷⁷ BGHZ 67, 378 = BGH NJW 1977, 384; vgl. auch KG MDR 1973, 233, wo das Gericht die Möglichkeit der Leistungsklage des wahren Forderungsinhabers gegen

Dementsprechend kann sowohl den Vollstreckungsgläubiger eine Schadensersatzhaftung treffen als auch den (Dritt-)Schuldner wegen verspäteter Erfüllung⁸⁷⁸.

- 549 Der (Dritt-)Schuldner kann einer Verzugshaftung leicht entgehen, indem er die Sache hinterlegt (§§ 372 ff. BGB). Für die Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 823 I BGB gelten die gleichen Grundsätze wie bei der nicht rechtzeitigen Freigabe einer gepfändeten körperlichen Sache.
- 550 In **Beispiel (2)** / Rn 503 kommt nach Hinterlegung des geschuldeten Geldbetrages durch den (Dritt-)Schuldner lediglich noch eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers in Betracht (§ 823 I BGB). Sie tritt ein, wenn er nicht auf seine (scheinbaren) Rechte aus dem PfÜB verzichtet, obwohl der Forderungsinhaber seine Inhaberschaft hinreichend glaubhaft gemacht hat.
- 551 In **Beispiel (3)** / Rn 504 hat der G die angebliche Forderung des S auf Herausgabe der Champignons gemäß § 847 ZPO pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Der BGH bejaht in BGHZ 67, 378 f. eine Schadensersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 823 I BGB wegen nicht rechtzeitiger Freigabe⁸⁷⁹. Als verletztes Recht sieht der BGH aaO. allerdings nicht die Herausgabeforderung des E als „sonstiges Recht“ an, sondern das Eigentum des E an den Champignons.

e) Ergebnis zu 3.:

- 552 Forderungen genießen keinen umfassenden Deliktsschutz. Als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB geschützt ist jedoch die Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft. Der Vollstreckungszugriff auf Forderungen, deren Inhaber nicht der Vollstreckungsschuldner ist, bedeutet einen Eingriff in dieses Recht. Entstehen dem Forderungsinhaber durch die Vollstreckung in seine Forderung Schäden, z.B. weil der Vollstreckungsgläubiger eine Leistung des

den (Dritt-)Schuldner bejaht, aber offen lässt, ob daneben auch eine Drittwiderspruchsklage zulässig ist.

⁸⁷⁸ AA Häsemeyer S. 56, der meint, dass grds. nur der (Dritt-)Schuldner haftet. Erst wenn er den Gegenstand der Forderung hinterlege oder im Einvernehmen der Streitparteien treuhänderisch für diese verwalte, werde der Vollstreckungsgläubiger für die Vorenthaltung verantwortlich.

⁸⁷⁹ Kritisch hierzu Häsemeyer, vgl. vorherige Fußnote.

Drittschuldners an den Forderungsinhaber blockiert, haftet der Vollstreckungsgläubiger für sie unter den Voraussetzungen des § 823 I BGB.

4. Gesetzliches Sonderverhältnis privatrechtlicher Art zwischen Vollstreckungsgläubiger und Drittem ?

- 553 Stellt somit die Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB dar, ist folgerichtig auch ein Anspruch auf Beseitigung einer Störung dieses Rechts in entsprechender Anwendung des § 1004 BGB zu bejahen⁸⁸⁰. Denn mit dem Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB korrespondiert der Anspruch aus § 1004 BGB (analog) auf Abwehr und Beseitigung von Beeinträchtigungen der durch § 823 I BGB geschützten Rechte^{484a}.
- 554 Wie bei der Pfändung schuldnerfremder körperlicher Sachen ist auch hier unerheblich, dass der Forderungsinhaber den Anspruch aus § 1004 I BGB im Vollstreckungsverfahren nicht mit einer Leistungsklage durchsetzen kann, sondern nur in Form der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO; prozessuale Gestaltungsklage): Die Anpassung der Rechtsschutzform an die Prozesslage verändert nicht das materielle Recht. Anders als bei der Pfändung von Dritteigentum, wo § 985 BGB als spezieller Herausgabeanspruch des Eigentümers den Anspruch aus § 1004 verdrängt, greift bei der Pfändung fremder Forderungen keine speziellere Anspruchsgrundlage als § 1004 BGB zugunsten des Forderungsinhabers ein. Der Abwehr- und Beseitigungsanspruch des Forderungsinhabers ergibt sich folglich aus § 1004 I BGB.
- 555 Das Verhältnis zwischen dem Gläubiger des Anspruchs aus § 1004 I BGB und dem Schuldner/Störer stellt ein Sonderverhältnis i.S.d. § 278 BGB dar^{484b}.

⁸⁸⁰ Vgl. Canaris FS Steffen (1995), 85, 90.

^{484a} Vgl. Palandt/Bassenge § 1004 Rn 4.

^{484b} Vgl. Rn 468 f. , insbes. Henckel JZ 1973, 32.

- 556 In **Beispiel (2)** / Rn 503 ist daher eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus §§ 280 I II, 286, 1004, 278 BGB (§§ 286, 1004, 278 BGB a.F.) zu bejahen. Er muss für das schuldhafte Verhalten seines Anwalts einstehen.
- 557 Ergebnis: Die Haftung des Vollstreckungsgläubigers für eine verzögerte Freigabe einer schuldnerfremden Forderung richtet sich nach § 823 I BGB und §§ 280 I, II, 286, 1004 BGB, wenn er die Freigabe selbst verweigert. Für eine schuldhafte Freigabeverweigerung seines Anwalts haftet der Vollstreckungsgläubiger aus §§ 280 I, II, 286, 1004, 278 BGB.⁸⁸¹

II. Vollstreckung in Forderungen des Vollstreckungsschuldners nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs

Beispiele:

- 558 (1) Rechtsanwalt R hat für G gegen S ein rechtskräftiges Urteil über 25.000 Euro erstritten. Den Urteilsbetrag überweist S wenig Tage nach Urteilsverkündung an R. Aufgrund eines Versehens des R bemerkt er den Zahlungseingang nicht. Er lässt für G durch das Vollstreckungsgericht die Forderungen des S gegen die Bank DS aus einem Girovertrag pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Wegen der Pfändung des Kontos führt die Bank einen von S in Auftrag gegebenen Aktienkauf nicht durch. Als S die Freigabe verlangt, verweigert R diese und bestreitet die geleistete Zahlung. Erst eine Woche später räumt R ein, den Zahlungseingang übersehen zu haben und erklärt die Freigabe. Die betreffenden Aktien sind in der Zwischenzeit um 20 % gestiegen mit der Folge, dass S ein Gewinn von 5.000 Euro entgangen ist. S verlangt diesen Betrag von G ersetzt.

⁸⁸¹ Für Leser, die sich der hier vertretenen Mindermeinung nicht anschließen vermögen, dass Forderungen ein „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB darstellen und deshalb § 1004 BGB Anwendung findet, sei kurz die Alternativ-Lösung skizziert: Andernfalls ergibt sich eine sondervertragliche Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus §§ 280 I, 241 II n.F. BGB (pFV a.F.) i.V.m. § 677 f. BGB, weil die Pfändung und Einziehung einer fremden Forderung ein fremdes Geschäft für den Vollstreckungsgläubiger darstellt, so dass GoA-Regeln Anwendung finden. Vgl. dazu bereits die Überlegungen oben Rn 477 f.

- 559 (2) Ausgangsfall wie in Beispiel 1. Die betreffenden Aktien steigen noch am Tag der Zustellung des PfÜB um 20 %. R erkennt am Tag nach der Zustellung des PfÜB seinen Irrtum und erklärt unverzüglich namens des G den Verzicht auf die Rechte aus dem PfÜB. Schadensersatzanspruch des S gegen G?
- 560 Bewirkt der Vollstreckungsgläubiger nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs die Pfändung und Überweisung von Forderungen des Vollstreckungsschuldners, stellt dies einen rechtswidrigen Eingriff in die Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft des Vollstreckungsschuldners und damit in ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB dar. Der Vollstreckungsschuldner hat gegen den Vollstreckungsgläubiger einen Anspruch aus § 1004 I BGB (analog) auf Beseitigung dieser Störung, d.h. er kann vom Vollstreckungsgläubiger beanspruchen, dass dieser auf seine Rechte aus dem PfÜB verzichtet (vgl. § 843 ZPO).
- 561 Anders als bei der Pfändung einer schuldnerfremden Forderung ist die Verzichtserklärung, die der Vollstreckungsschuldner beanspruchen kann, nicht nur deklaratorischer Natur, sondern konstitutiv. Denn der PfÜB geht hier nicht ins Leere, sondern bewirkt die wirksame Pfändung der Forderung des Vollstreckungsschuldners und Überweisung an den Vollstreckungsgläubiger. Der Vollstreckungsschuldner kann sich dagegen mit der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) zur Wehr setzen. Aber auch bereits vor Klageerhebung ist der Vollstreckungsgläubiger gemäß § 1004 I BGB verpflichtet, die Störung zu beseitigen, d.h. auf seine Rechte aus dem PfÜB zu verzichten. Verzögert der Vollstreckungsgläubiger schuldhaft die Freigabe, haftet er deshalb nicht nur aus § 823 I BGB, sondern auch aus §§ 280 I II, 286, 1004 BGB (§§ 286, 1004 BGB a.F.).
- 562 Wenn der Vollstreckungsgläubiger einen Anwalt eingeschaltet hat, der – wie in **Beispiel (1)** / Rn 558 – schuldhaft verspätet auf die Rechte des Vollstreckungsgläubigers aus dem PfÜB verzichtet, haftet daher der Vollstreckungsgläubiger für den Verzugsschaden aus §§ 280 I, II, 286, 1004, 278 BGB (§§ 286, 1004, 278 BGB a.F.).

- 563 In **Beispiel (2)** / Rn 559 haftet G ebenfalls aus §§ 280 I, II, 286, 1004, 278 BGB für den Verzugsschaden des S, auch wenn S die Freigabe nicht angemahnt hatte. Denn der Schuldner, der zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist, die er durch eine schuldhaft unerlaubte Handlung entzogen hat, kommt auch ohne Mahnung in Verzug, weil die schuldhafte unerlaubte Handlung einen „besonderen Grund“ i.S.d. § 286 II Nr. 4 BGB darstellt, der eine Mahnung entbehrlich macht⁸⁸². Das dem G zuzurechnende Verschulden des R lag bereits darin, dass er einen PfÜB beantragt hatte, obwohl S die titulierte Forderung beglichen hatte.
- 564 Ergebnis: Wenn der Vollstreckungsgläubiger nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs in Forderungen des Vollstreckungsschuldners vollstreckt, richtet sich seine Haftung für einen Vorenthaltungsschaden nach § 823 I BGB und nach §§ 280 I, II, 286, 1004 BGB (§§ 286, 1004 BGB a.F.). Hat ein vom Vollstreckungsgläubiger beauftragter Anwalt die Vollstreckung betrieben, haftet der Vollstreckungsgläubiger aus §§ 280 I, II, 286 104 BGB i.V.m. § 278 BGB.

§ 7 Vollstreckung fehlerhafter notarieller Urkunden

- 565 **Beispiel**: S kauft von G ein Grundstück zum Kaufpreis von 800.000 Euro. Im notariellen Kaufvertrag unterwirft sich S wegen der Kaufpreisforderung der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen. Als S nicht zahlt, betreibt G aus der notariellen Urkunde die Zwangsvollstreckung und erwirkt in Höhe der Kaufpreisforderung die Eintragung von Sicherungshypothenken auf anderen Grundstücken des S. Daraufhin kündigt die B-Bank dem S ein Darlehn mit der Folge, dass er ein geplantes Bauvorhaben nicht durchführen kann und ihm ein Schaden i.H.v. 300.000 Euro entsteht. S behauptet, der Kaufvertrag sei formnichtig gewesen, weil ein Nebenabrede nicht beurkundet worden sei. Dies habe G auch gewusst als er die Vollstreckung betrieb. Er verlangt von G Ersatz des Schadens i.H.v. 300.000 Euro (Fall nach BGH NJW 1994, 2755)⁸⁸³.

⁸⁸² Palandt/Heinrichs § 286 Rn 25 mwN.

⁸⁸³ Vgl. zu dieser Fallgruppe ferner: BGH WM 1977, 656.

- 566 Wird in einer notariellen Urkunde, in der sich der Schuldner der sofortigen Vollstreckung in sein Vermögen unterworfen hat, eine nach materiellem Recht nicht bestehende Forderung tituliert, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vollstreckungsgläubiger, der diesen Titel vollstreckt, für den entstehenden Schaden haftet.
- 567 Bei der Unterwerfungserklärung handelt es sich um eine auf das Zustandekommen des Vollstreckungstitels gerichtete einseitige prozessuale Willenserklärung des Schuldners, die nur prozessrechtlichen Grundsätzen untersteht⁸⁸⁴. Der Schuldner verzichtet mit der Unterwerfungserklärung auf die Durchführung eines Erkenntnisverfahrens⁸⁸⁵. Eine vollstreckbare Urkunde erwächst indes nicht in Rechtskraft⁸⁸⁶. Der Vollstreckungsschuldner kann mit der Vollstreckungsabwehrklage jederzeit geltend machen, dass der Titel inhaltlich falsch ist, d.h. der titulierte Anspruch bei Errichtung der Urkunde nicht bestand, §§ 767 I, 794 I Nr. 5, 795 ZPO analog⁸⁸⁷. Die Präklusionswirkung des § 767 II ZPO gilt bei vollstreckbaren Urkunden nicht, § 797 IV ZPO⁸⁸⁸.
- 568 Auf der anderen Seite beruht die Vollstreckbarkeit nicht, wie bei einem nur vorläufigen Titel, auf einer in ihrem Bestand unsicheren Entscheidung des Gerichts, sondern auf der beurkundeten Willenserklärung des Vollstreckungsschuldners⁸⁸⁹. Die Vollstreckbarkeit ist deshalb nicht in gleicher Weise wie bei §§ 708 f. ZPO nur vorläufig⁸⁹⁰. Eine analoge Anwendung des § 717 II ZPO scheidet daher im Ergebnis aus⁸⁹¹.

⁸⁸⁴ BGH NJW 2001, 2096, 2098; Zöller/Stöber § 794 Rn 29 mwN.

⁸⁸⁵ Späth JR 1996, 19, 20.

⁸⁸⁶ BGH NJW 2001, 2096, 2098.

⁸⁸⁷ BGH NJW-RR 2000, 548.

⁸⁸⁸ BGH aaO.

⁸⁸⁹ BGH WM 1977, 656, 657.

⁸⁹⁰ Vgl. BGH NJW-RR 1999, 1223, dort allerdings für den anders gelagerten Fall einer Vollstreckung aus einem formell rechtskräftigen Versäumnisurteil, das aber wegen der inhaltlichen Unbestimmtheit des Titels nicht materiell rechtskräftig wurde. Auf die Vollstreckungsgegenklage wurde die Vollstreckung aus ihm für unzulässig erklärt. Eine Schadensersatzanspruch des Vollstreckungsschuldners analog § 717 II ZPO verneinte der BGH.

⁸⁹¹ BGH WM 1977, 656, 657; BGH NJW 1994, 2755.

I. Die Rspr. des BGH

- 569 Nach der Entscheidung BGH NJW 1994, 2755 gestaltet sich die Lösung in diesen Fällen wie folgt: Die Grundlage für einen möglichen Schadensersatzanspruch bilde neben dem Deliktsrecht (§§ 823 f. BGB) der zugrunde liegende Vertrag⁸⁹² oder, bei Nichtigkeit des Vertrages, die vertragsähnliche Sonderbeziehung durch den vermeintlichen Vertrag⁸⁹³. Solange der Vollstreckungsschuldner allerdings nicht die Nichtigkeit des Vertrages geltend mache und/oder Vollstreckungsgegenklage erhebe, sei aufgrund der Unterwerfungserklärung von seiner rechtfertigenden Einwilligung in die Vollstreckung auszugehen⁸⁹⁴. (Quasi-)Vertragliche oder deliktische Schadensersatzansprüche kämen dann nicht in Betracht.
- 570 In dem dem **Beispiel** / Rn 565 zugrunde liegenden Fall BGH NJW 1994, 2755 hat der BGH dementsprechend Schadensersatzansprüche des Vollstreckungsschuldners verneint. Zwar sei der Kaufvertrag wegen der beurkundungspflichtigen Nebenabrede formnichtig gewesen (§§ 313 S. 1, 125 S. 1 BGB), wenn man den Vortrag des Klägers als wahr unterstelle. Die Vollstreckung sei aber durch eine rechtfertigende Einwilligung gedeckt gewesen.

II. Die Kritik von Späth

- 571 Späth⁸⁹⁵ dagegen hält die Auslegung der Unterwerfungserklärung als rechtfertigende Einwilligung in Vollstreckungsmaßnahmen für zu weitgehend. Die Argumentation des BGH laufe darauf hinaus, dass die Unterwerfungserklärung auch die Einwilligung in möglicherweise ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen decke. Bei einem derart abstrakten Verständnis der Einwilligung würde die Unterwerfungserklärung zu einem „Freibrief“ für den Vollstreckungsgläubiger, weil er dann nur noch unter den

⁸⁹² So BGH WM 1977, 656, 657.

⁸⁹³ BGH NJW 1994, 2755, wobei der BGH offen ließ, ob pFV oder c.i.c. die richtige Anspruchsgrundlage sei.

⁸⁹⁴ BGH NJW 1994, 2755, 2756.

⁸⁹⁵ Späth JR 1996, 19, 20

Voraussetzungen des § 826 BGB hafte, solange der Vollstreckungsschuldner seine angebliche Einwilligung nicht widerrufen habe. Dies wirke sich besonders zu Lasten des Vollstreckungsschuldners aus, wenn er nicht rechtzeitig von der Vollstreckungsmaßnahme erfahre.

III. Stellungnahme

- 572 Der Entscheidung BGH NJW 1994, 2755 ist im Ergebnis zuzustimmen, nicht jedoch in der Begründung.
- 573 Zunächst überzeugt es nicht, dass der BGH in NJW 1994, 2755 den nichtigen Kaufvertrag (d.h. c.i.c. oder pFV, die genaue Anspruchsgrundlage ließ der BGH offen) als quasivertragliche Anspruchsgrundlage angesehen hat. Denn der Vollstreckungsschuldner kann sich auch wegen einer vermeintlichen Schuld aus Delikt in einer notariellen Urkunde der sofortigen Vollstreckung unterwerfen, ohne dass deshalb eine vertragsähnliche Haftung des Vollstreckungsgläubigers zu verneinen wäre⁸⁹⁶. Der BGH hätte deshalb auch hier auf die gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art zwischen den Vollstreckungsparteien abstellen sollen, die sich in dem betreffenden Fall nach der hier vertretenen Auffassung aus §§ 677 f. BGB analog ergibt.
- 574 Ferner ist der Kritik Späths beizupflichten, dass die Auslegung einer Unterwerfungserklärung als pauschale rechtfertigende Einwilligung in Vollstreckungsmaßnahmen zu weit geht. So sind Vollstreckungsmaßnahmen nach dem Erlöschen der titulierten Forderung, etwa wenn der Vollstreckungsschuldner freiwillig gezahlt hat, zweifellos nicht vom Willen des Vollstreckungsschuldners gedeckt und können damit auch nicht durch eine Einwilligung des Vollstreckungsschuldners gerechtfertigt sein. Geboten ist vielmehr eine Unterscheidung zwischen der Vollstreckungsunterwerfung als

⁸⁹⁶ Vgl. bereits oben Rn 396.

prozessualer Willenserklärung, die dem Vollstreckungsgläubiger die Vollstreckung auch in einem solchen Fall ermöglicht (prozessuale Zulässigkeit), und der Auslegungsfrage (§ 133 BGB), ob der prozessualen Vollstreckungsunterwerfung zugleich schlüssig eine materielle Einwilligung in die betreffende Vollstreckungsmaßnahme zu entnehmen ist (materielle Rechtmäßigkeit). Die Vollstreckungsunterwerfung als solche hat nämlich keine materiellrechtlichen Auswirkungen⁸⁹⁷.

- 575 Zu einer Vollstreckung soll es nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien nur unter der Bedingung kommen, dass der Schuldner nicht freiwillig zahlt. Hat der Vollstreckungsschuldner die titulierte Forderung freiwillig erfüllt, scheidet eine rechtfertigende Einwilligung in Vollstreckungsmaßnahmen daher aus. Vollstreckungsmaßnahmen sind in diesem Fall rechtswidrig und begründen eine Schadensersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers, wenn dieser schuldhaft handelt. Es gilt insoweit die gleiche Rechtslage wie bei der Vollstreckung anderer Titel nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs.
- 576 Die Besonderheit des Falles BGH NJW 1994, 2755 liegt nun darin, dass ein der notariellen Urkunde zugrunde liegender materieller Anspruch schon im Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung wegen der Formnichtigkeit des Kaufvertrages nicht bestand, dieser Mangel aber heilbar war. Wenn der Vollstreckungsschuldner bei dieser Sach- und Rechtslage dem Vollstreckungsgläubiger gleichwohl im Wege der Vollstreckungsunterwerfung einen Titel in die Hand gibt und auch gegen die Durchführung der Vollstreckung keinen Einwand erhebt, erscheint er tatsächlich wenig schützwürdig.
- 577 Gleichwohl dürfte eine rechtfertigende Einwilligung letztlich auch in diesem Fall zu verneinen sein. Schon begrifflich bedeutet eine rechtfertigende Einwilligung in Zwangsvollstreckungsmaßnahmen

⁸⁹⁷ BGH NJW 2001, 2096, 2098.

einen inneren Widerspruch. Zudem versuchen auch Vollstreckungsschuldner, die sich der sofortigen Vollstreckung in ihr Vermögen unterworfen haben, nicht selten, eine unmittelbar bevorstehende Vollstreckung zu erschweren oder zu vereiteln, z.B. indem sie dem Gerichtsvollzieher den Zutritt zu ihrer Wohnung verwehren, Vermögensgegenstände in anfechtbarer Weise veräußern etc.. Auch wenn ein Vollstreckungsschuldner nicht zu solchen unredlichen Maßnahmen greift und – wie im Fall des BGH – die Zwangsvollstreckung erduldet, kann bei lebensnaher Betrachtung aus seiner Passivität nicht geschlossen werden, dass die Vollstreckungsmaßnahme seinem aktuellen Willen entspricht.

- 578 Deshalb ist eine rechtfertigende Einwilligung zu verneinen und die Vollstreckung fehlerhafter vollstreckbarer Urkunden als rechtswidrig zu bewerten. Eine Haftung des Vollstreckungsgläubigers scheidet aber auch nach dieser Lösung aus, weil ihn kein Verschuldensvorwurf trifft. Denn in eine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage braucht er vor der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen nicht einzutreten (Rn 288 f.).
- 579 Im **Beispiel** / Rn 565 scheidet deshalb eine deliktische (aus § 823 I BGB) oder vertragsähnliche (§ 678 BGB analog) Haftung des G für den Vermögensschaden des S aus. Die Vollstreckungsmaßnahmen waren zwar rechtswidrig, da der titulierte Kaufpreisanspruch nicht bestand. G handelte jedoch nicht schuldhaft, weil es nicht zu seinen Sorgfaltspflichten gehörte, das Bestehen der Forderung zu überprüfen. Selbst wenn G die Formnichtigkeit gekannt hätte, wie S behauptet, wäre eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.d. § 826 BGB zu verneinen. Denn der Formmangel war heilbar, im Übrigen lag ein Willensmangel des S nicht vor.
- 580 Ergebnis: Die Vollstreckung fehlerhafter vollstreckbarer Urkunden ist rechtswidrig. Den Vollstreckungsgläubiger trifft bei der Vollstreckung fehlerhafter vollstreckbarer Urkunden jedoch i.d.R. kein Verschulden, weil ihn keine Verpflichtung trifft, den Titel auf seine Richtigkeit zu überprüfen. Eine Haftung scheidet daher regelmäßig aus.

§ 8 Zusammenfassung: Die Rechtsbeziehung des Vollstreckungsgläubigers zum Vollstreckungsschuldner und Dritten

- 581 In §§ 3 - 7 wurden typischer Fälle von Vollstreckungsschäden untersucht. Dabei hat sich im Ergebnis die Auffassung des BGH bestätigt, dass sowohl zwischen den Vollstreckungsparteien als auch zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und Drittbetroffenen ein gesetzliches Sonderverhältnis privatrechtlicher Art besteht. Allerdings leitet sich die gesetzliche Sonderbeziehung nicht aus der besonderen Gestaltung des Vollstreckungsrechts ab, sondern aus dem Bürgerlichen Recht. Folgende Systematik ist bei der Untersuchung sichtbar geworden.
- 582 Vollstreckungsmaßnahmen stellen die gesetzlich zugelassene Form der Selbsthilfe für den Vollstreckungsgläubiger dar. Für den Fall, dass der Vollstreckungsschuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt, wird dem Vollstreckungsgläubiger gestattet, die Geschäftsführung zu übernehmen und für die Erfüllung der Schuld aus dem Schuldnervermögen Sorge zu tragen. Deshalb gelten im Verhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner die Vorschriften über die GoA (§§ 677 f. BGB) analog. Auch wenn durch Vollstreckungsmaßnahmen in Rechtsgüter Dritter eingegriffen wird, handelt es sich prinzipiell um einen Fall der Geschäftsführung ohne Auftrag. Denn bei einem Irrtum über die Person desjenigen, der von der Geschäftsführungsmaßnahmen betroffen ist, erlangt der tatsächlich Betroffene die Rechte aus der Geschäftsführung, § 686 BGB (vgl. Rn 476-481).
- 583 Allerdings ist die Anwendung der §§ 677 f. BGB analog auf Fälle beschränkt, in denen eine quasivertragliche Haftung des Vollstreckungsgläubigers nicht bereits aus spezielleren Bestimmungen folgt, die die GoA-Vorschriften überlagern. Die §§ 677 f. BGB gelten also nur subsidiär. Sie werden insbesondere durch §§ 989, 990 BGB bei der Vollstreckung in körperliche Sachen und durch § 1004 BGB

bei der Forderungsvollstreckung verdrängt. Vorrangig sind ferner besondere Vereinbarungen unter den Vollstreckungsbeteiligten. Zur Anwendung gelangen die §§ 677 f. BGB analog vor allem bei Schäden des Vollstreckungsschuldners im Offenbarungsverfahren (§§ 899 f. ZPO), weil dort keine anderweitigen Sonderbestimmungen eingreifen.

§ 9 Die Haftung des Gläubigeranwalts für Vollstreckungsschäden

- 584 Bislang ging es um die Frage, ob der Vollstreckungsgläubiger für die von einem Anwalt veranlassten Vollstreckungsmaßnahmen haftet, wenn der Vollstreckungsschuldner oder Dritte geschädigt werden. Nunmehr geht es um die Frage, ob auch der Anwalt selbst für Vollstreckungsschäden der Betroffenen haftet.

I. Die Haftung des Gläubigeranwalts gegenüber Dritten

1. Vollstreckung in schuldnerfremde Sachen

Beispiele:

- 585 (1) Die G vermietet der S ein Ladenlokal zur Führung einer Diskothek. Gleichzeitig gewährt sie S ein zinsloses Darlehen über 40.000 Euro. S überträgt der G zur Sicherheit das Eigentum an dem Diskothekeninventar. Außerdem bürgt der E, der Onkel der S, selbstschuldnerisch für die Rückzahlung des Darlehens. Für den Fall, dass das Darlehen (wie vorgesehen) von E zurückgezahlt wird, vereinbaren die Beteiligten, dass das Eigentum an dem Diskothekeninventar auf E übergeht. Ein halbes Jahr später zahlt E das Darlehen vereinbarungsgemäß für seine Nichte S an G zurück. Ein Jahr später erkennt S in einer notariellen Urkunde eine Forderung der G über 39.000 Euro an und unterwirft sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen. Dem abstrakten Schuldanerkenntnis liegen Mietrückstände zugrunde; dies ist in dem Anerkenntnis jedoch nicht erwähnt. Aus der notariellen Urkunde betreibt die Rechtsanwältin R (Tochter der G) für G die Zwangsvollstreckung gegen S. Dabei wird das Diskothekeninventar gepfändet und auf Antrag der R durch Beschluss des Vollstreckungsgerichts der G zum Preis von 35.000 Euro unter Anrechnung auf die titulierte Forderung übertragen. E verlangt von der R Schadensersatz i.H.v. 35.000 Euro wegen Verletzung seines Sicherungseigentums (Fall nach BGHZ 118, 201).
- 586 (2) Rechtsanwalt R betreibt für G aus einem rechtskräftigen Urteil die Zwangsvollstreckung gegen S. In dem Ladenlokal des S pfändet der Gerichtsvollzieher einen Teil des Inventars. Kurz darauf meldet sich der E bei G und fordert die Freigabe des Inventars. Das Inventar habe er von S als Sicherheit für eine Darlehensforderung übereignet bekommen. Zur Glaubhaftmachung legt er den mit S geschlossenen Darlehensvertrag vor, der tatsächlich die behauptete Sicherungsübereignung enthält.

Das Inventar habe er bereits an K weiterverkauft und diesem versprochen, das Inventar in 2 Wochen zu übergeben, weil S das Darlehen nicht zurückgezahlt habe. Daraufhin teilt R dem G mit, dass nach seiner Beurteilung eine Freigabeverpflichtung gegenüber E besteht und bei einer Freigabeverweigerung dem G eine Schadensersatzhaftung droht. Gleichwohl weist G den R an, das Inventar nicht freizugeben. Er habe das Gefühl, der Vertrag sei lediglich fingiert, eine etwaige Schadensersatzhaftung nehme er in Kauf. Weisungsgemäß verweigert R die Freigabe. E erhebt mit Erfolg Drittwiderspruchsklage. Er verlangt nunmehr von R Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns, weil der Käufer wegen Nichteinhaltung des Übergabetermins vom Kaufvertrag zurückgetreten ist (Fall angelehnt an RGZ 61, 430).

a) Haftungsgrundlage

- 587 Eine (quasi-)vertragliche Haftung des Gläubigeranwalts scheidet aus, weil zwischen ihm und dem Dritteigentümer kein Sonderverhältnis besteht. Nach der Rechtsprechung des BGH richtet sich die Haftung des Gläubigeranwalts bei der Vollstreckung in Dritteigentum nach § 823 I BGB, also nach der gleichen Anspruchsgrundlage, die der BGH auch anwendet, wenn es um die deliktische Haftung des Vollstreckungsgläubigers gegenüber dem Dritteigentümer geht.
- 588 Oben wurde indes gezeigt, dass zwischen Vollstreckungsgläubiger und Dritteigentümer ein E-B-V (§§ 987 f. BGB) besteht mit der Folge, dass sich die Haftung des Vollstreckungsgläubigers nach §§ 989, 990 BGB richtet. Im Verhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und Dritteigentümer ist § 823 I BGB deshalb entgegen der Auffassung der Rechtsprechung nicht anwendbar (Rn 484 f.).
- 589 Dies wirft die Frage auf, ob auch zwischen Dritteigentümer und Gläubigeranwalt ein E-B-V gemäß §§ 987 f. BGB besteht, das die Anwendung des § 823 I BGB ausschließt. Die Frage ist zu verneinen: Denn der Gläubigeranwalt erlangt keinen Besitz an der Pfandsache, da der Gerichtsvollzieher allein dem Vollstreckungsgläubiger mittelbaren Besitz i.S.d. § 868 BGB an der Pfandsache vermittelt. Mangels eines

E-B-V richtet sich die Haftung des Gläubigeranwalts gegenüber dem Dritteigentümer somit nach § 823 I BGB⁹⁸³.

590 Ergebnis: Die Haftung des Gläubigeranwalts richtet sich nach § 823 I BGB.

b) „Täterschaft“ des Gläubigeranwalts oder des Vollstreckungsgläubigers bei einer unberechtigten Freigabeverweigerung ?

591 Macht der Dritteigentümer hinreichend glaubhaft, dass die Pfandsache ihm gehört, und gibt der Gläubigeranwalt sie gleichwohl nicht frei, steht dem Dritteigentümer wegen des Vorenthaltungsschadens jedenfalls gegen den Vollstreckungsgläubiger ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, II, 286, 990 II, 278, 166 analog BGB zu⁹⁸⁴.

592 Anspruchsgrundlage für einen möglichen Schadensersatzanspruch gegen den Gläubigeranwalt ist, wie soeben gezeigt, § 823 I BGB. Problematisch an einer solchen Haftung des Anwalts ist allerdings, dass er aufgrund des Anwaltsvertrags grundsätzlich die Pflicht hat, Weisungen des Mandanten zu beachten (§§ 665, 675 BGB). Wenn der Vollstreckungsgläubiger die Weisung erteilt hat, die Freigabe zu verweigern, ist der Anwalt daher rechtlich daran gehindert, die Sache freizugeben⁹⁸⁵. Der Anwalt darf Weisungen seines Mandanten zwar nicht blindlings befolgen, sondern hat auf Gefahren hinzuweisen und die Antwort des Auftraggebers abzuwarten⁹⁸⁶. Beharrt der Mandant aber trotz der anwaltlichen Warnung auf seiner Weisung, ist der Anwalt verpflichtet, die Weisung zu befolgen (wenn er nicht eine Mandatsniederlegung vorzieht)⁹⁸⁷.

⁹⁸³ Vgl. BGHZ 56, 73, 77; Staudinger/Gursky vor §§ 987-993 Rn 7; Staudinger/Hager § 823 Rn B 75.

⁹⁸⁴ Rn 495 und Rn 465, 466.

⁹⁸⁵ BGHZ 58, 207, 211.

⁹⁸⁶ Zugehör Rn 981.

⁹⁸⁷ Zugehör Rn 982.

- 593 Diese Regelung ist sachgerecht, weil der Auftraggeber das Risiko des Misserfolgs und der Kosten trägt. Deshalb ist es grundsätzlich Sache des Mandanten nach vertragsgerechter Beratung durch seinen Anwalt eigenverantwortlich die Entscheidung darüber zu treffen, in welcher Weise seine Interessen wahrgenommen werden sollen⁹⁸⁸. Geht es – wie bei der Freigabe – um die Entscheidung, ob auf eine Rechtsposition verzichtet werden soll, muss der Mandant das „letzte Wort“ haben⁹⁸⁹. Daraus folgt:
- 594 (1) Wenn der Anwalt dem Mandanten zur Freigabe geraten hat, der Mandant aber gleichwohl die Weisung erteilt, die Pfandsache nicht freizugeben, begeht der Gläubigeranwalt keine schuldhafte unerlaubte Handlung, wenn er die Freigabe gegenüber dem Dritteigentümer weisungsgemäß verweigert⁹⁹⁰.
- 595 In **Beispiel (2)** / Rn 586 trifft daher den Gläubigeranwalt gegenüber E keine Haftung aus § 823 I BGB auf Ersatz des entgangenen Gewinns aus dem Weiterverkauf des Mobiliars.
- 596 Nicht erlaubt ist dem Anwalt allerdings eine Anwaltstätigkeit, die gegen die guten Sitten oder sonstiges Berufs- oder Standesrecht verstößt⁹⁹¹. Die Verpflichtung zur Ablehnung einer Weisung, mit der eine solche Anwaltstätigkeit verlangt wird, ergibt sich unmittelbar aus der Vorschrift des § 43 BRAO, die an die Rechtsstellung des Anwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege anknüpft⁹⁹². Führt der Anwalt die Weisung gleichwohl aus, haftet auch er – neben dem Mandanten – dem Betroffenen auf Schadensersatz aus § 826 BGB.
- 597 Ein solcher Fall ist in **Beispiel (2)** / Rn 586 indes zu verneinen. Wenn ein Dritter die Freigabe der Sache mit der Behauptung verlangt, ihm stehe ein die Veräußerung hinderndes Recht an der Sache zu, ist in aller Regel erhebliche Skepsis angebracht. Auch wenn der Dritte hinreichend glaubhaft macht, dass er der Eigentümer ist, ist

⁹⁸⁸ Zugehör Rn 980.

⁹⁸⁹ Vgl. Zugehör Rn 980.

⁹⁹⁰ In diesem Sinne: BGHZ 58, 207, 211.

⁹⁹¹ Vgl. Vollkommer/Heinemann Rn 313, 314.

⁹⁹² Vollkommer/Heinemann aaO.

deshalb die Entscheidung des Mandanten, die Sache nicht freizugeben und es auf einen Prozess ankommen zu lassen, zwar schuldhaft, aber nicht willkürlich. Den Anwalt trifft daher keine Haftung, wenn er die Weisung befolgt und die Freigabe verweigert.

598 (2) In der Literatur⁹⁹³ wird teilweise die Auffassung vertreten, dass eine Fahrlässigkeitshaftung des Anwalts aus § 823 I BGB wegen einer unberechtigten Verweigerung der Freigabe generell ausscheide. Aus den Ausführungen der Entscheidung BGHZ 58, 207, 211 f. folge, dass als Schädiger i.S.d. § 823 BGB nur der Vollstreckungsgläubiger in Frage komme, nicht aber der beauftragte Rechtsanwalt⁹⁹⁴. Dem BGH erscheine die persönliche Haftung des Anwalts als Alternative zur Auftraggeberhaftung nicht sinnvoll, weil sie mit einem Risiko verbunden sei, das wirtschaftlich dem Mandanten zuzurechnen sei⁹⁹⁵.

599 Die Vertreter dieser Auffassung berufen sich jedoch zu Unrecht auf BGHZ 58, 207, 211 f.. Der BGH hatte sich aaO. nicht mit einer Haftung des Anwalts zu befassen, sondern mit der Frage, ob der beklagte Vollstreckungsgläubiger haftet, wenn sein Anwalt die Freigabe der Sache schuldhaft verzögert. In diesem Zusammenhang führte der BGH u.a. aus:

600 „In diesen Fällen erscheint auch die persönliche Haftung des Anwalts als *Alternative* [Hervorhebung des Verfassers] zur Haftung des Auftraggebers kaum sinnvoll, weil die Entschließung über die Freigabe mit einem Risiko verbunden ist, das dem wirtschaftlichen Bereich des Mandanten zugeordnet ist.“

601 Deshalb hat der BGH aaO. entschieden, dass *jedenfalls* der Vollstreckungsgläubiger aus einem gesetzlichen Sonderverhältnis haftet, ohne Rücksicht darauf, ob ihn oder seinen Anwalt (dann: § 278 BGB) ein

⁹⁹³ Vollkommer/Heinemann Rn 357; Borgmann/Haug § 35 IV Rn 47; Zugehör Rn 1625.

⁹⁹⁴ Vollkommer/Heinemann aaO.

⁹⁹⁵ Borgmann/Haug aaO.

persönliches Verschulden an der Freigabeverweigerung trifft. Der BGH hat dagegen nicht ausgeschlossen, dass neben der Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus einem Sonderverhältnis nicht auch kumulativ, d.h. gesamtschuldnerisch sein Anwalt aus unerlaubter Handlung haftet. Tatsächlich setzt die vom BGH aaO. bejahte Zurechenbarkeit von Anwaltsverschulden über § 278 BGB ja gerade voraus, dass der Anwalt eine schuldhafte Pflichtverletzung begangen hat. Nach allgemeinen Grundsätzen ändert eine (quasi-)vertragliche Haftung des Geschäftsherrn für die schuldhafte Pflichtverletzung des Erfüllungsgehilfen nichts daran, dass auch den Erfüllungsgehilfen eine Eigenhaftung aus Deliktsrecht trifft⁹⁹⁶. Dementsprechend heißt es dann auch in der späteren Entscheidung BGHZ 118, 201:

602 „Die Haftung kann (gegebenenfalls neben dem Gläubiger des Vollstreckungsverfahrens) auch dessen Prozessbevollmächtigten treffen, der namens des Gläubigers die Zwangsvollstreckung betreibt, es sei denn er ist durch verbindliche Weisungen im Rahmen des Mandatsverhältnisses rechtlich gehindert, sich anders als geschehen zu verhalten (vgl. dazu die Überlegungen im Senatsurteil BGHZ 58, 207, 211).“

603 Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Sie verträgt sich insbesondere auch mit der Stellung des Anwalts als Interessenvertreter des Vollstreckungsgläubigers. Bedenken würden sich nur dann ergeben, wenn der Anwalt zur Vermeidung einer Eigenhaftung genötigt würde, im Zweifel zugunsten der Gegenpartei zu entscheiden, und ein seiner Partei nützliches, nur möglicherweise rechtswidriges Vorgehen zu unterlassen⁹⁹⁷. Das ist jedoch nicht der Fall. Ebenso wie für einen Vollstreckungsgläubiger, der selbst die Vollstreckung betreibt, gilt auch für den Gläubigeranwalt, dass eine Freigabeverweigerung keine Haftung begründet, solange Zweifel an der Berechtigung des Dritten verbleiben (Einzelheiten dazu sogleich unter Rn 606 f.).

⁹⁹⁶ Staudinger/Löwisch § 278 Rn 3.

⁹⁹⁷ Vgl. Friedländer Anm. zu RG JW 29, 1575.

- 604 Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass ein Anwalt, der nach eigenem Ermessen die Freigabe verweigert, bei Verschulden aus § 823 I BGB haftet. Eine Eigenhaftung aus § 823 I BGB trifft ihn bei einem Handeln nach eigenem Ermessen ferner für eine schuldhaftes Verwertung von Dritteigentum.
- 605 In **Beispiel (1)** / Rn 585 hat die R nach eigenem Ermessen für ihre Mandantin G gehandelt als sie ihr durch einen Antrag gemäß § 825 ZPO das Eigentum an dem gepfändeten Diskothekeninventar verschafft hat. Der BGH hat in dem zugrunde liegenden Fall BGHZ 118, 201, 207 f. entschieden, dass R das Eigentum des E gemäß § 823 I BGB rechtswidrig verletzt habe. Zwar sei das Eigentum des E an dem Diskothekeninventar mit einem Vermieterpfandrecht der G belastet gewesen, was grundsätzlich zur Folge habe, dass der Eigentümer in einem solchen Fall nicht mit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO intervenieren könne, aber: „.... die Vollstreckung in das Diskothekeninventar hätte im Hinblick auf ein Vermieterpfandrecht der Vollstreckungsgläubiger höchstens dann rechtmäßig sein können, wenn dem Vollstreckungstitel ein gerade durch das Vermieterpfandrecht gesicherter schuldrechtlicher Anspruch zugrunde gelegen hätte. Hier wurde die Zwangsvollstreckung aber aus einer notariellen Urkunde betrieben, der ein abstraktes Schuldanerkenntnis zugrunde lag und die nicht auf konkrete Forderungen aus dem Schuldverhältnis Bezug nahm.“⁹⁹⁸ - Zweifelhaft erscheint hier allerdings ein Verschulden der Anwältin (vgl. dazu die nachfolgenden Rn.).

c) Haftungsmaßstab

- 606 Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch gegen den Gläubigeranwalt ist § 823 I BGB, gleichwohl gilt nach h.M. für den Anwalt der gleiche Haftungsmaßstab wie für den Vollstreckungsgläubiger, nämlich §§ 989, 990 BGB⁹⁹⁹. Weil der Anwalt den Vollstreckungsgläubiger (=Besitzer) repräsentiere mit der Folge, dass dem Vollstreckungsgläubiger die Kenntnis oder grobe fahrlässige Unkenntnis des Anwalts im Rahmen des § 990 BGB wie eigene zugerechnet werde, müsse der Anwalt umgekehrt auch am Haftungsprivileg des Vollstreckungsgläubigers teilhaben¹⁰⁰⁰. Ob man

⁹⁹⁸ BGHZ 118, 201 207.

⁹⁹⁹ Staudinger/Hager § 823 Rn B 75; Staudinger/Gursky vor §§ 987-993 Rn 7; offengelassen in BGHZ 56, 73, 78/79.

¹⁰⁰⁰ Staudinger/Hager § 823 Rn B 75; Staudinger/Gursky vor §§ 987-993 Rn 7.

dieser Auffassung folgt oder wie der BGH darauf abstellt, ob der Anwalt fahrlässig i.S.d. § 823 I BGB gehandelt hat, ist indes für das Ergebnis regelmäßig ohne Bedeutung. Denn sowohl für die Fahrlässigkeit i.S.d. § 823 I BGB als auch für die Bösgläubigkeit i.S.d. § 990 BGB kommt es darauf an, ob sich für den Anwalt bzw. den Vollstreckungsgläubiger aufgrund der vom Dritten dargelegten oder bereits bekannten Tatsachen aufdrängen muss, dass die Pfandsache im Eigentum des Dritten steht (Rn 462).

- 607 Allerdings wird sich einem Anwalt im Zweifel eher aufdrängen müssen, dass die Pfandsache im Dritteigentum steht, als einem Vollstreckungsgläubiger, der die Zwangsvollstreckung selbst betreibt. Besondere Kenntnisse und Fähigkeiten sind im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung grundsätzlich zu Lasten des Handelnden zu berücksichtigen¹⁰⁰¹.
- 608 Verfehlt erscheint es indes, die strengen Maßstäbe, die die Rechtsprechung für die Haftung des Anwalts gegenüber seinem Mandanten aufgestellt hat, auch für die Haftung gegenüber dem Prozessgegner anzuwenden¹⁰⁰². Denn der Anwalt hat kraft seines Berufes in erster Linie die Interessen seiner Partei zu wahren¹⁰⁰³. Diese Berufspflicht, die zugleich Vertragspflicht ist, schließt es aus, dass er sich in strittigen Fällen im Zweifel zugunsten der Gegenpartei zu entscheiden habe, dass er solche Fälle besonders streng prüfen und bei unvollständiger Klärung das seiner Partei nützliche und nur möglicherweise rechtswidrige Vorgehen unbedingt zu unterlassen habe¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰¹ Palandt/Heinrichs § 276 Rn 15.

¹⁰⁰² Friedländer JW 1929, 1575, 1577: „In der Tat müsste die Anwendung des Satzes, dass der Rechtsanwalt bei Zweifelhafteit der Rechtslage den gefahrloseren Weg zu gehen habe (...), auf den Prozessgegner des Anwalts angewendet, zu völlig verkehrten Ergebnissen führen.“

¹⁰⁰³ Friedländer JW 1929, 1575, 1577.

¹⁰⁰⁴ Friedländer JW 1929, 1575, 1577.

- 609 Auch bei der Eigenhaftung des Anwalts ist daher die Privilegierung zu beachten, die die Rechtsprechung einem auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Vollstreckungsgläubiger zugesteht: Aufdrängen muss sich die Berechtigung nur, wenn kein ernstzunehmender Zweifel an der Berechtigung bestehen kann. Bei Zweifeln dürfen der Anwalt und der Vollstreckungsgläubiger es auf eine etwaige Klärung im Prozess ankommen lassen (vgl. Rn 444).
- 610 In dem Fall BGHZ 118, 201, 208, dem das **Beispiel (1)** / Rn 585 nachgebildet ist, leitete sich die Rechtswidrigkeit der Vollstreckung nur aus dem förmlichen Mangel ab, dass in dem abstrakten Schuldanerkenntnis nicht auf die konkreten Forderungen aus dem Mietverhältnis Bezug genommen worden war. Ob dem Eigentümer überhaupt ein Schaden entstanden war, blieb offen (der BGH wies die Sache zur weiteren Aufklärung an das OLG zurück). Der Auffassung des BGH, die Anwältin hätte schuldhaft gehandelt, weil sich ihr bei dieser Sach- und Rechtslage die Rechtswidrigkeit der Vollstreckung hätte „aufdrängen“ müssen¹⁰⁰⁵, kann nicht zugestimmt werden. Bei Beachtung der auch für einen Anwalt geltenden Privilegierung dürfte Fahrlässigkeit i.S.d. § 823 I BGB zu verneinen sein.
- 611 Ergebnis: Für Vollstreckungsmaßnahmen in schuldnerfremde Sachen haftet der Gläubigeranwalt gemäß § 823 I BGB, sofern er nicht durch verbindliche Weisung im Rahmen des Mandatsverhältnisses daran gehindert ist, nach eigenem Ermessen vorzugehen. Für seine Haftung gelten die gleichen Kriterien wie für die Haftung des Vollstreckungsgläubigers. Es kommt darauf an, ob sich die Berechtigung des Dritten aufdrängen muss.

¹⁰⁰⁵ BGHZ 118, 201, 208: „Die Beklagte als Rechtsanwältin durfte nicht davon ausgehen, dass eine Vollstreckung aus einem abstrakten Schuldanerkenntnis, das keinen rechtlichen Bezug auf eine bestimmte Forderung aus dem Mietverhältnis erkennen ließ, in eine schuldnerfremde Sache berechtigt sein könnte, die mit einem Vermieterpfandrecht belastet ist. Die Beklagte handelte jedenfalls fahrlässig; es musste sich ihr als Rechtskundiger geradezu aufdrängen, dass der Kläger in seinen Rechten durch dieses Vollstreckungsverfahren, noch dazu in der Eile in der es betrieben wurde, und durch die gewählte, besondere Verwertungsart mit Übertragung des Eigentums auf den Eigentümer, in erheblichem Maße gefährdet würde“.

2. Vollstreckung in schuldnerfremde Forderungen

- 612 **Beispiel:** Rechtsanwalt R lässt wegen einer titulierten Forderung des G über 50.000 Euro gegen S dessen angebliche Werklohnforderung gegen den DS i.H.v. 40.000 Euro am 10.7. pfänden und sich zur Einziehung überweisen. S tritt die Werklohnforderung am 11.7. an einen anderen Gläubiger Z ab und zeigt die Abtretung noch am gleichen Tag dem DS an. Der von G erwirkte Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wird dem DS am 12.7. zugestellt. Da sowohl G als auch Z von S Zahlung verlangen, hinterlegt DS den geschuldeten Betrag von 40.000 Euro unter Verzicht auf Rücknahme beim Amtsgericht. Z fordert den R vergeblich dazu auf, namens des G der Auszahlung des hinterlegten Betrages an ihn, G, zuzustimmen. Als R dies verweigert, erhebt Z erfolgreich Drittwiderspruchsklage mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung in die Forderung für unzulässig zu erklären. Anschließend verlangt er von R Schadensersatz i.H.v. 10.000 Euro, weil ihm mangels Verfügungsmöglichkeit über die 40.000 Euro ein (näher dargelegtes) gewinnbringendes Geschäft entgangen ist.
- 613 Eine vertragsähnliche Schadensersatzhaftung des Gläubigeranwalts scheidet auch bei der Vollstreckung in schuldnerfremde Forderungen aus, weil zwischen ihm und dem Forderungsinhaber keine Sonderbeziehung besteht. Legt man die Auffassung der Rechtsprechung und der herrschenden Literatur zugrunde, dass die Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft kein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB darstellt, kommt auch eine deliktische Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 823 I BGB für die Vollstreckung in schuldnerfremde Forderungen nicht in Betracht. Der Gläubigeranwalt haftet dann lediglich für vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen nach § 826 BGB.
- 614 Nach der hier vertretenen Auffassung stellt die Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft indes ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB dar (Rn 515 f., 552). Demnach haftet der Gläubigeranwalt also für die Vollstreckung in schuldnerfremde Forderungen ebenso wie für die Vollstreckung in schuldnerfremde körperliche Sachen nach Maßgabe des § 823 I BGB.

- 615 Im **Beispiel** kommt es für eine Haftung des R aus § 823 I BGB also darauf an, ob R seine Zustimmung zur Auszahlung des hinterlegten Betrages an Z schuldhaft verweigert hat. Das hängt davon ab, ob Z seine Forderungsinhaberschaft hinreichend glaubhaft gemacht hatte.
- 616 Ergebnis: Der Gläubigeranwalt haftet für die Vollstreckung in schuldnere fremde Forderungen ebenso wie für die Vollstreckung in schuldnere fremde körperliche Sachen gemäß § 823 I BGB.

II. Die Haftung des Gläubigeranwalts gegenüber dem Vollstreckungsschuldner

1. Anwaltshaftung für Schäden aus der Vollstreckung materiell ungerechtfertigter Titel ?

- 617 Betreibt der Gläubigeranwalt die Vollstreckung aus einem vorläufigen Titel, der später aufgehoben oder abgeändert wird, haftet für den daraus entstehenden Schaden ausschließlich der Vollstreckungsgläubiger aus §§ 717 II, 945 ZPO, nicht aber der Gläubigeranwalt. Das ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschriften (§ 717 II ZPO: „der Kläger“, § 945 ZPO: „die Partei, welche die Anordnung erwirkt hat“) und entspricht einhelliger Auffassung¹⁰⁰⁶. Eine Haftung des Gläubigeranwalts aus § 823 I BGB kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil die Vollstreckung eines Titels vor Rechtskraft nicht rechtswidrig ist (Rn 57).
- 618 Nur eine vorsätzlich sittenwidrige Vollstreckung eines offensichtlich falschen (vorläufigen oder rechtskräftigen) Titels führt zur Haftung des Gläubigeranwalts gemäß § 826 BGB. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie für die Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus § 826 BGB (Rn 19-21).

¹⁰⁰⁶ Stein/Jonas/Münzberg § 717 Rn 17, 18 mwN.

2. Vollstreckungsmaßnahmen nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs

a) Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung

- 619 **Beispiel:** Rechtsanwalt R unternimmt namens und im Auftrag des G einen erfolglosen Vollstreckungsversuch bei S und beantragt anschließend die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und den Erlass eines Haftbefehls gegen S. S setzt sich daraufhin mit G persönlich in Verbindung und zahlt dem G den geschuldeten Betrag. Der R wird weder von dem G noch von S von der zwischenzeitlichen Erfüllung benachrichtigt. Da S trotz ordnungsgemäßer Ladung im Offenbarungstermin nicht erscheint, erfolgt die Eintragung des S im Schuldnerverzeichnis. Als S davon erfährt, erleidet er einen Gesundheitsschaden. Kann S von G Schmerzensgeld verlangen?
- 620 Schädigt der Gläubigeranwalt den Vollstreckungsschuldner dadurch, dass er die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung beantragt, obwohl der vollstreckbare Anspruch bereits erloschen ist, richtet sich seine Haftung – ebenso wie die deliktische Haftung des Vollstreckungsschuldners – nach § 823 I BGB, § 824 BGB und ggfls. § 826 BGB. Wegen der Einzelheiten wird auf die oben entwickelten Grundsätze zur deliktischen Haftung des Vollstreckungsgläubigers verwiesen (Rn 182 f., 314), die für die Haftung des Anwalts in gleicher Weise gelten.
- 621 Im **Beispiel** scheidet eine Haftung des Anwalts R aus § 823 I BGB indes mangels Verschuldens aus. Da G ihn nicht über die zwischenzeitlich erfolgte Zahlung informiert hatte, bestand für ihn kein Anhaltspunkt für das Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs¹⁰⁰⁷.
- 622 Hat der Anwalt die Überprüfung des Kontos an eine Bürokräft delegiert, haftet er lediglich aus § 831 I 1 BGB, wenn die Bürokräft eine vor der Antragstellung eingegangene Zahlung nicht bemerkt, d.h. er kann sich gemäß § 831 I 2 BGB durch den Nachweis exkulpieren, dass er die betreffende Bürokräft sorgfältig ausgesucht und überwacht

¹⁰⁰⁷ vgl. bereits oben Rn 317-321.

hat. Insoweit dürften die von der Rechtsprechung im Rahmen der §§ 233 (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), 85 II ZPO entwickelten Kriterien entsprechend heranzuziehen sein¹⁰⁰⁸.

- 623 b) Eine (quasi-)vertragliche Haftung des Gläubigeranwalts gegenüber dem Vollstreckungsschuldner kommt nur dann in Betracht, wenn er mit dem Vollstreckungsschuldner Absprachen trifft, die er nicht einhält, z.B. wenn er zusagt, das Vollstreckungsgericht von der Zahlung zu benachrichtigen, dies aber unterlässt.

b) Vollstreckung in Sachen des Vollstreckungsschuldners

- 624 Betreibt der Gläubigeranwalt nach Erlöschen des vollstreckbaren Anspruchs die Vollstreckung in Sachen des Vollstreckungsschuldners, richtet sich seine Haftung nach § 823 I BGB. Die Anwendung von § 823 I BGB wird nicht durch §§ 989, 990, 992 BGB ausgeschlossen, da der Gläubigeranwalt keinen Besitz an der Pfandsache erlangt, so dass kein E-B-V zwischen Gläubigeranwalt und Vollstreckungsschuldner entsteht. Dabei gelten für den Anwalt die gleichen Sorgfaltsanforderungen wie für einen Vollstreckungsgläubiger, der selbst die Vollstreckung betreibt (Rn 262-297).

c) Vollstreckung in Forderungen des Vollstreckungsschuldners

- 625 Lässt der Gläubigeranwalt Forderungen des Vollstreckungsschuldners pfänden und an den Vollstreckungsgläubiger zur Einziehung überweisen, nachdem der vollstreckbare Anspruch bereits erloschen ist, haftet er unter den Voraussetzungen des § 823 I BGB. Die Forderungszuständigkeit/-inhaberschaft des Vollstreckungsschuldners, in die durch den PfÜB eingegriffen wird, stellt nach der hier vertretenen Auffassung ein „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 I BGB dar. Der Eingriff ist mangels Rechtfertigungsgrund auch rechtswidrig.

¹⁰⁰⁸ Vgl. z.B. Zöller/Greger § 233 Rn 23 Stichwort: „Büropersonal“.

Fahrlässigkeit ist zu bejahen, sofern der Gläubigeranwalt anhand der Zahlungseingänge hätte erkennen können, dass der vollstreckbare Anspruch bereits erfüllt ist. Es gelten auch hier die oben entwickelten Sorgfaltsanforderungen (Rn 262-297). Handelt eine Bürokraft, kommt eine Haftung aus § 831 I 1 BGB in Betracht, wobei wiederum die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 I 2 BGB gegeben ist.

III. Mittelbare Anwaltshaftung für Vollstreckungsschäden

1. Regresshaftung aus dem Anwaltsvertrag

- 626 Wenn der Gläubigeranwalt beim Betreiben der Vollstreckung schuldhaft den Vollstreckungsschuldner oder einen Dritten schädigt, haftet er dem Geschädigten – wie gesehen – unter den Voraussetzungen der §§ 823 f. BGB auf Schadensersatz. Bei einer Haftung des Gläubigeranwalts haftet immer auch der Vollstreckungsgläubiger aus dem Sonderverhältnis zu dem Geschädigten für das schuldhafte Verhalten seines Anwalts (§ 278 BGB). Der Geschädigte kann den Anwalt und den Vollstreckungsgläubiger folglich als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen. Im Innenverhältnis zwischen Anwalt und Vollstreckungsgläubiger kann in diesen Fällen der Anwalt für die Schädigung allein verantwortlich sein. Er hat dann seinen Mandanten gemäß § 426 I 1 BGB von dessen Schadensersatzpflicht zu befreien^{510a}. Es kann den Mandanten aber auch eine Mitverantwortung treffen, etwa wenn er Anfragen des Anwalts nicht beantwortet oder Informationen zu spät erteilt. Derartige Umstände des Einzelfalls sind bei der internen Ausgleichung gemäß § 426 I 1 BGB zu berücksichtigen.
- 627 Die Haftung des Vollstreckungsgläubigers für Fehler seines Anwalts ist indes nicht deckungsgleich mit der Eigenhaftung des Anwalts, sondern geht über diese hinaus. So haftet der Vollstreckungsgläubiger

^{510a} Vgl. Palandt/Heinrichs § 426 Rn 3.

im Rahmen des Sonderverhältnisses auch für reine Vermögensschäden, die sein Anwalt fahrlässig verursacht hat (§ 278 BGB), während der Anwalt selbst mangels Verletzung eines absoluten Rechtsguts i.S.d. § 823 I BGB dem Geschädigten gegenüber nicht schadensersatzpflichtig ist. Außerdem hat der Anwalt die Möglichkeit, sich bei einem Fehler seines Büropersonals (z.B.: Übersehen eines Zahlungseingangs) gemäß § 831 I 2 BGB zu exkulpieren, während der Vollstreckungsgläubiger für schuldhafte Fehler des anwaltlichen Büropersonals ohne Entlastungsmöglichkeit haftet, da ihm im Rahmen des § 278 BGB auch das Verschulden der Erfüllungsgehilfen zuzurechnen ist, derer sich sein Erfüllungsgehilfe, sein Anwalt, bedient (sog. Erfüllungsgehilfen des Erfüllungsgehilfen)¹⁰⁰⁹.

- 628 Die Regeln über den Gesamtschuldnerausgleich (§ 426 BGB) helfen hier nicht weiter. Gleichwohl besteht auch hier ein Anspruch des Vollstreckungsgläubigers gegen seinen Anwalt auf Befreiung von der Schadensersatzpflicht. Der Anspruch ergibt sich aus dem Anwaltsvertrag, §§ 280 I, 249, 675 BGB. Denn die schuldhafte Schädigung des Vollstreckungsschuldners oder eines Dritten durch den Anwalt mit der Folge, dass der Mandant für den Schaden einzustehen hat, stellt eine schuldhafte Verletzung der Pflicht aus dem Anwaltsvertrag dar, die Integritätsinteressen des Mandanten zu wahren^{511a}. Schadensursächliches Mitverschulden des Mandanten ist über § 254 BGB haftungsmindernd zu berücksichtigen.
- 629 Ergebnis: Haftet der Vollstreckungsgläubiger für den Schaden eines Vollstreckungsbetroffenen, weil sein Anwalt oder dessen Personal schuldhaft gehandelt haben (§ 278 BGB), besteht gegen den Anwalt ein Anspruch auf Befreiung von der Schadensersatzpflicht wegen schuldhafter Verletzung der Pflichten aus dem Anwaltsvertrag (§§ 280 I, 249, 675 BGB). Der gleiche Anspruch ergibt sich aus § 426 I BGB,

¹⁰⁰⁹ Vgl. Palandt/Heinrichs § 278 BGB Rn 9.

^{511a} Vgl. Vollkommer/Heinemann Rn 357 letzter Satz.

sofern Vollstreckungsgläubiger und Anwalt dem Geschädigten als Gesamtschuldner haften.

2. Haftungsfreistellung der Angestellten aus dem Arbeitsvertrag

- 630 Unterläuft einem Büroangestellten des Gläubigeranwalts ein Fehler (z.B.: Übersehen eines Zahlungseingangs), der die Verletzung eines absoluten Rechtsguts des Vollstreckungsbetroffenen zur Folge hat (z.B.: Freiheitsentziehung durch Haft nach § 901 ZPO), ist zunächst einmal der betreffende Büroangestellte gegenüber dem Geschädigten aus § 823 I BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Diese Haftung des Büropersonals besteht ungeachtet einer etwaigen zusätzlichen Schadensersatzhaftung des Anwalts aus § 831 I BGB und / oder des Vollstreckungsgläubigers aus dem Sonderverhältnis i.V.m. § 278 BGB. Auch können arbeitsrechtliche Haftungseinschränkungen nicht unmittelbar gegenüber dem Geschädigten eingewendet werden¹⁰¹⁰.
- 631 Allerdings gelten arbeitsrechtliche Haftungseinschränkungen im Innenverhältnis zwischen Anwalt (Arbeitgeber) und Büroangestelltem (Arbeitnehmer). So hat der Arbeitnehmer nach den Grundsätzen über die betrieblich veranlasste Tätigkeit im Verhältnis zum Arbeitgeber grundsätzlich nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit für den vollen Schaden einzustehen, bei normaler („mittlerer“) Fahrlässigkeit findet eine Schadensaufteilung statt, und bei leichter Fahrlässigkeit trägt der Arbeitgeber den Schaden allein¹⁰¹¹.
- 632 In der Regel wird einem Büroangestellten, der einen Zahlungseingang versehentlich übersieht, lediglich leichte oder normale Fahrlässigkeit vorzuwerfen sein, so dass er im Verhältnis zum Anwalt, dem Arbeitgeber, nicht oder jedenfalls nur teilweise für den Schaden aufkommen muss. Aufgrund dieser Rechtslage im Innenverhältnis hat

¹⁰¹⁰ BGH NJW 1989, 3273 f.; BGH DB 1994, 634; Steinmeyer/Waltermann 2. Teil 4. Abschnitt B I 2.

¹⁰¹¹ BAG GS DB 1993, 939.

der Büroangestellte gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Befreiung von seiner Schadensersatzpflicht gegenüber dem Vollstreckungsbetroffenen¹⁰¹². Dieser Freistellungsanspruch ergibt sich aus § 670 BGB analog i.V.m. § 257 BGB¹⁰¹³. Letztendlich muss der Anwalt für den entstandenen Schaden also trotz § 831 I 2 BGB jedenfalls teilweise aufkommen.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse von § 9

- 633 Der Gläubigeranwalt haftet gegenüber dem Vollstreckungsschuldner und Dritten nur nach Deliktsrecht (§§ 823 f. BGB) auf Schadensersatz, es sei denn er trifft mit ihnen besondere Vereinbarungen, gegen die er schuldhaft verstößt. Der Rechtswidrigkeits- und Verschuldensmaßstab ist der gleiche, der für den Vollstreckungsgläubiger in den Fällen gilt, in denen sich seine Haftung nach § 823 I BGB richtet. Eine Haftung des Anwalts ist ausnahmsweise ausgeschlossen, wenn sein Verhalten auf einer verbindlichen Weisung des Mandanten beruht, soweit die angewiesene Handlung nicht gegen die guten Sitten verstößt.
- 634 Mangels einer Sonderbeziehung des Anwalts zu dem Vollstreckungsschuldner und Dritten trifft den Anwalt ihnen gegenüber keine Pflicht, fahrlässig verursachte Vermögensschäden zu ersetzen oder für unerlaubte Handlungen seines Büropersonals einzustehen, wenn er es sorgfältig ausgesucht und überwacht hat (§ 831 I 2 BGB). Allerdings hat der Gläubigeranwalt in diesen Fällen den Schaden i.d.R. gleichwohl ganz oder teilweise zu tragen, weil er aufgrund des Anwaltsvertrages verpflichtet ist, seinen Mandanten von dessen Haftpflicht gegenüber dem Geschädigten zu befreien, und aufgrund des Arbeitsvertrages seine Büroangestellten von ihrer Haftpflicht befreien muss.

¹⁰¹² BAG AP Nr. 94 § 611 (Haftung des Arbeitnehmers).

¹⁰¹³ Steinmeyer/Waltermann 2. Teil 4. Abschnitt B I 2.

§ 10 Schlussbetrachtung

- 635 Wie die vorliegende Arbeit gezeigt hat, sind die wechselseitigen Einflüsse und Einwirkungen zwischen dem Zwangsvollstreckungsrecht und dem materiellen Haftungsrecht vielfältig. Beim Aufeinandertreffen beider Rechtsmaterien lassen sich sachgerechte Ergebnisse nur erzielen, wenn man sowohl die Wertungen des materiellen Rechts als auch die Funktionsweise des Prozessrechts berücksichtigt¹⁰¹⁴. Nach Auffassung des Verfassers orientiert sich die Rechtsprechung zu den in dieser Arbeit behandelten Haftungsfragen allerdings zu sehr am Prozessrecht. Dies führt vielfach dazu, dass aus dem Prozessrecht aufwendige Lösungen für Probleme entwickelt werden, für die das materielle Recht bereits einfachere Lösungen bereithält.
- 636 Die Rechtsprechung zur Frage der Rechtswidrigkeit von Vollstreckungsmaßnahmen beispielsweise beruht auf der am Prozessrecht orientierten These, dass die zulässige Inanspruchnahme eines Rechtspflegeverfahrens grundsätzlich nicht rechtswidrig sein könne, und gelangt auf diese Weise zu komplizierten Rechtswidrigkeitsbetrachtungen (Rn 214– 230), die weder sachlich geboten noch dogmatisch überzeugend erscheinen (Rn 231–243). Mit Hilfe der klassischen Lehre vom Erfolgsunrecht lässt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen Vollstreckungsmaßnahmen rechtswidrig sind, widerspruchsfrei lösen (Rn 244 f.).
- 637 Auch in BGHZ 58, 207 f. wurde ein spezieller Freigabeanspruch des Vollstreckungsschuldners „aus der Gestaltung des Vollstreckungsrechts“ entwickelt, der sich ohne weiteres dem materiellen Recht entnehmen lässt (nach der hier vertretenen Auffassung aus § 985 BGB, vgl. Rn 484 f.).

¹⁰¹⁴ Krüger NJW 1990, 1208, 1209.

638 Gleichwohl ist die Rechtsprechung des BGH in ihren Ergebnissen durch die vorliegende Untersuchung weitgehend bestätigt worden. Das gilt insbesondere für die Kernthese des BGH, dass im Verhältnis des Vollstreckungsgläubigers zum Vollstreckungsschuldner und zu Drittbetroffenen eine „gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art“ bestehe, und deshalb der Vollstreckungsgläubiger gemäß § 278 BGB auch für ein schuldhaftes Verhalten seines Rechtsanwalts einzustehen und Schadensersatz an den Geschädigten zu leisten hat (Rn 352 f., 427). Auch insoweit folgt das Ergebnis nach der hier vertretenen Auffassung aber nicht aus der besonderen Gestaltung des Vollstreckungsrechts oder dem Prozess- oder Vollstreckungsverhältnis, sondern aus einer analogen Anwendung der materiellrechtlichen Regelungen über die GoA, §§ 677 f. BGB (Rn 411–427).