

## **Der Schutz der räumlichen Privatsphäre bei Wohnungsdurchsuchungen nach §§ 758, 758a ZPO**

- I. Einleitung
- II. Der verfassungsrechtliche Schutz der räumlichen Privatsphäre
  1. Schutzbereich und Eingriffsmodalität „Durchsuchung“
    - a) Schutzbereich: Wohnung i.w.S.
    - b) Eingriffsmodalität „Durchsuchung“
      - aa) Subjektiver Durchsuchungsbegriff
      - bb) Kritik
      - cc) Objektiver Durchsuchungsbegriff
        - (1) Augenscheinlichkeit als objektives Abgrenzungskriterium?
        - (2) Der objektive Gesetzeszweck
  2. Regelzuständigkeit des Richters nach Art. 13 Abs. 2 GG
- III. Auswirkungen im Hinblick auf die Auslegung und Anwendung der §§ 758, 758a ZPO
  1. Durchsuchung der Wohnung des Schuldners
    - a) Bestimmtheitsanforderungen des Art. 13 Abs. 2 GG
    - b) Anforderungen an die Eigenverantwortlichkeit der vom Richter getroffenen Entscheidung
    - c) Gewährung rechtlichen Gehörs
      - aa) Gefährdung des Vollstreckungserfolges?
      - bb) Gewährung durch Gerichtsvollzieher?
    - d) Inhalt und Umfang der richterlichen Prüfungspflicht
    - e) Ausnahmen vom Erfordernis einer richterlichen Anordnung
      - aa) Einwilligung
      - bb) Gefahr im Verzug
  2. Durchsuchung der Wohnung Dritter
    - a) Zum Durchsuchungsbegriff
    - b) Materielle und formelle Voraussetzungen einer Durchsuchung

*In letzter Zeit hat sich das BVerfG wiederholt mit der Verfassungsgemäßheit von Wohnungsdurchsuchungen befasst. Nicht geklärt ist bisher, durch welche Merkmale sich die „Durchsuchung“ unterscheidet von anderen, nicht dem Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG unterliegenden Eingriffen in die räumliche Privatsphäre. Der folgende Beitrag befasst sich in seinem ersten Teil kritisch mit dem subjektiven Durchsuchungsbegriff, um sodann in einem zweiten Teil dazulegen, wie das Recht der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung beeinflusst wird durch verfassungsrechtliche Vorgaben.*

### **I. Einleitung**

Das Grundgesetz mißt dem Schutz der räumlichen Privatsphäre nach Art. 13 GG eine besondere Bedeutung zu, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 20.2.2001 zur Verfassungsmäßigkeit richterlicher Rechtsschutzgewährung gegen staatsanwaltschaftliche Durchsuchungsanordnungen erneut betont hat.<sup>1</sup>

Da Art. 13 GG auch im Bereich der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung zu

---

<sup>1</sup> BVerfG, NJW 2001, 1121; s. a. Einmahl, NJW 2001, 1393 und Möllers, NJW 2001, 1397 f.

beachten ist,<sup>2</sup> wird diese Entscheidung zum Anlaß genommen, die Praxis, die Rechtsprechung, aber auch die Gesetzgebung zu den Voraussetzungen einer Wohnungsdurchsuchung nach §§ 758, 758a ZPO auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 13 GG zu überprüfen.

Dies bedeutet nicht, daß grundrechtlich geschützte Positionen des Vollstreckungsgläubigers außen vor gelassen werden sollen. Aber es stimmt doch nachdenklich, wenn der Gesetzgeber anläßlich der Zweiten Zwangsvollstreckungsnovelle in der Gesetzesbegründung zu § 758a ZPO einerseits fast resignierend feststellt, daß richterliche Durchsuchungsanordnungen „nahezu ausnahmslos formularmäßig“ erteilt würden,<sup>3</sup> um dann andererseits wenige Seiten später die Neuregelung des § 807 Abs. 1 Nr. 3 ZPO unter Hinweis auf eine Erhebung in „zwei repräsentativen Landgerichtsbezirken“ damit zu rechtfertigen, daß Schuldner der Durchsuchung ohnehin „ausnahmslos ohne Grund“ widersprüchen, weil eben diese Erhebung ergeben hatte, daß in den beiden untersuchten Landgerichtsbezirken kein einziger Antrag auf richterliche Anordnung der Durchsuchung zurückgewiesen worden war.<sup>4</sup>

## **II. Der verfassungsrechtliche Schutz der räumlichen Privatsphäre**

### **1. Elementare Bedeutung der Unverletzlichkeit der Wohnung**

Das seine Wurzeln bereits in der Antike findende<sup>5</sup> Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung verbürgt dem Einzelnen mit Blick auf seine Menschenwürde sowie im Interesse der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit einen elementaren Lebensraum,<sup>6</sup> in dem er „sich selbst besitzt“ und „in den er sich zurückziehen kann“<sup>7</sup>.

In diese persönliche Lebenssphäre sollen der Staat oder von ihm ermächtigte Dritte grundsätzlich nicht gegen den Willen der Bewohner eindringen dürfen.<sup>8</sup>

Der besondere grundrechtliche Schutz dieser persönlichen Lebenssphäre ergibt sich nicht nur aus der Formulierung dieses Grundrechts („Unverletzlichkeit“ der Wohnung), seiner Geltung für alle Menschen und seiner Unverwirksamkeit (vgl. Art. 18 GG), sondern auch aus den qualifizierten Gesetzesvorbehalten in Abs. 2 bis 7, vor allem aus Absatz 2, der Eingriffe in den geschützten Lebensbereich im Wege der Durchsuchung der vorbeugenden Kontrolle durch eine unabhängige und neutrale Instanz unterstellt.<sup>9</sup>

### **2. Schutzbereich und Eingriffsmodalität „Durchsuchung“**

---

<sup>2</sup> Vgl. *BVerfGE* 51, 97 ff. = NJW 1979, 1539; *BVerfGE* 76, 1 ff.; 75, 318 ff.

<sup>3</sup> BT-Drs. 13/341, S. 15.

<sup>4</sup> BT-Drs. 13/341, S. 21 und 22.

<sup>5</sup> Vgl. *Kunig*, in: v. *Münch/Kunig*, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 13 Rdnr. 2.

<sup>6</sup> Vgl. *BVerfG*, NJW 2001, 1121, 1122; *BVerfGE* 89, 1, 12 = NJW 1993, 2035.

<sup>7</sup> Vgl. *BVerfGE* 27, 1, 6; ausf. zur Bedeutung d. Art. 13 GG als Einzelgewährleistung d. Rechts auf priv. Lebensgestaltung *Schmitt Glaeser*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdBStR VI, 1989, § 129 Rdnr. 47 ff.

<sup>8</sup> *BVerfGE* 97, 228, 265.

<sup>9</sup> Vgl. *BVerfG*, NJW 2001, 1121, 1122; *BVerfGE* 96, 44, 51 = NJW 1997, 2165; *Kunig*, in: v. *Münch/Kunig*, Art. 13 Rdnr. 16; *Gornig*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 4. Aufl. 1999, Art. 13 Rdnr. 57; *Ipsen*, Staatsrecht II, 1997, § 6 Rdnr. 266

a) Wohnung i.S. des Art. 13 GG ist jeder Raum, den ein Mensch der allgemeinen Zugänglichkeit entzieht und zur Stätte seines Lebens und Wirkens bestimmt. Schutzgut ist also nicht allein der Wohnraum, sondern eine bestimmte räumliche Privatsphäre.<sup>10</sup>

Maßgebend ist demnach, ob die fragliche Räumlichkeit - nach außen erkennbar<sup>11</sup> - von ihrem Inhaber dazu bestimmt wurde, einen privaten Schutzbereich zu begründen, in den er sich zurückziehen und andere vom Zutritt ausschließen kann, weshalb auch Zweit- und Wochenendwohnungen, aber auch Arbeits- und Geschäftsräume vom Schutzbereich erfaßt sind.<sup>12</sup> Mit zunehmender Öffnung der fraglichen Räumlichkeiten zwecks Aufnahme sozialer Kontakte nimmt jedoch der grundrechtliche Schutz der in ihnen begründeten Privatsphäre ab.<sup>13</sup>

Träger des Grundrechts ist jede Person, die die Wohnung bewohnt.<sup>14</sup> Bewohnen mehrere Personen zusammen eine Wohnung (Ehegatten, Familien, sonstige Wohngemeinschaften), steht das Grundrecht jedem einzelnen zu.<sup>15</sup>

a) Als besondere Eingriffsmodalität nennt Art. 13 Abs. 2 GG die Durchsuchung.

*aa) Subjektiver Durchsuchungsbegriff*

Eine solche liegt nach h.M. vor, wenn staatliche Organe ziel- und zweckgerichtet in der Wohnung nach Personen oder Sachen suchen, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will.<sup>16</sup> Danach ist für den Begriff der Durchsuchung maßgeblich, daß der Wohnungsinhaber den Sachverhalt, um dessen Ermittlung es den staatlichen Organen geht, geheimhalten möchte.<sup>17</sup>

*bb) Kritik*

Es ist jedoch fraglich, ob dieser subjektive Durchsuchungsbegriff geeignet ist, dem Anwendungsbereich des Richtervorbehalts einen hinreichend bestimmten Umfang zu geben.<sup>18</sup> Die Motive des Grundrechtsträgers, sein subjektives Empfinden im Einzelfall bzw. richterliche Vermutungen über ein solches Empfinden im Regelfall<sup>19</sup> dürfen nicht ausschlaggebend sein für die Beantwortung der Fra-

---

<sup>10</sup> Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, Losebl., 2000, Art. 13 Rdnr. 4.

<sup>11</sup> Vgl. Hermes, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 13 Rdnr. 20 ff.; Gornig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 13, Rdnr. 15 u. 18; Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 13 Rdnr. 11; Kühne, in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 13 Rdnr. 2.

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 97, 228, 265; 32, 54, 70 f.; Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 13 Rdnr. 10 ff.; Voßkuhle, DVBl 1994, 611, 612.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 97, 228, 266; Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 13 Rdnr. 14 f.

<sup>14</sup> Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 13 Rdnr. 12; Dagtoglou, JuS 1975, 753, 755.

<sup>15</sup> Sachs, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 2000, B13 Rdnr. 9.

<sup>16</sup> BVerfGE 51, 97, 106 = NJW 1979, 1539; BVerfGE 76, 83, 89; BVerfG, NJW 2000, 943, 944; BVerwGE 47, 31, 37.

<sup>17</sup> BVerfGE 75, 318, 327; s.a. Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBSStR, VI, § 129 Rdnr. 59 m.w.N.; Heßler, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl. 2000, § 758a Rdnr. 26.

<sup>18</sup> Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 16. Aufl. 2000; § 22 Rdnr. 878.

<sup>19</sup> Wie in BVerfGE 32, 54, 76.

ge, ob ein hoheitliches Eindringen in den geschützten Raum von Verfassungs wegen eine präventive richterliche Kontrolle voraussetzt oder nicht.<sup>20</sup>

Die behördliche Nachschau in Betriebsstätten ist ja nach der h.M. auch nicht schon deshalb eine Durchsuchung i.S. des Art. 13 Abs. 2 GG, weil der Inhaber darauf hoffen mag, die Bediensteten der Überwachungsbehörde würden einen Gegenstand übersehen, der auf einen Rechtsverstoß schließen läßt.<sup>21</sup>

Maßgebend muß daher eine objektive Betrachtung sein. Unklar ist jedoch, durch welches objektive Kriterium die Durchsuchung von sonstigen Eingriffen in den Schutzbereich von Art. 13 GG abgegrenzt werden kann.

*cc) Objektiver Durchsuchungsbegriff*

*(1) Augenscheinlichkeit als objektives Abgrenzungskriterium?*

Überwiegend wird darauf abgestellt, welches tatsächliche Verhalten die staatlichen Organe im Einzelfall an den Tag legen müssen, um das mit dem Eingriff bezweckte Ziel zu erreichen.<sup>22</sup> Danach liegt keine Durchsuchung vor, wenn sich das, was aufgespürt werden soll, dem Augenschein darbietet.<sup>23</sup> Dementsprechend wird für den Bereich der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung zum Teil die Auffassung vertreten, daß die Pfändung von in der Wohnung ohne weiteres sichtbaren Sachen keine Durchsuchung darstelle.<sup>24</sup>

Es fragt sich jedoch, ob mit dem Abstellen auf die Augenscheinlichkeit wirklich ein geeignetes Kriterium gefunden ist. Da Art. 13 Abs. 2 GG als prozedurale Sicherung des Grundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG die *vorherige* richterliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer Durchsuchung gebietet,<sup>25</sup> muß bereits *vor* dem Eingriff feststehen, ob es sich bei der beabsichtigten Maßnahme um eine Durchsuchung handelt oder nicht. Folglich kann nicht - ex post - darauf abgestellt werden, welche konkreten Maßnahmen im Einzelfall tatsächlich erforderlich waren, um den mit dem Eingriff verfolgten Zweck zu erreichen.

Die vom Bundesfinanzhof in einer Entscheidung aus dem Jahre 1989 zur Sachpfändung in Geschäftsräumen vertretene Auffassung, daß nur ein nach außen erkennbares, positives Tun der Beamten die Grenze vom einem (im zu entscheidenden Fall wegen der größeren Offenheit von Geschäftsräumen) berechtigten Betreten und Verweilen zum unberechtigten Durchsuchen zu markieren vermöge, weshalb eine Durchsuchung nur dann vorliege, wenn die Vollziehungsbeamten nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls solche nach außen erkenn-

---

<sup>20</sup> Ähnlich *Gusy*, JuS 1980, 718, 721.

<sup>21</sup> So zu Recht *Kunig*, in: v. *Münch/Kunig*, Art. 13 Rdnr. 26; s.a. *Sachs*, NVwZ 1987, 560 f.

<sup>22</sup> Vgl. z.B. *Sachs*, Verfassungsrecht II, Grundrechte, B 13 Rdnr. 17.

<sup>23</sup> *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 15. Auflage 1999, Rdnr. 878 (modifiziert in der 16. Auflage); vgl. auch *Vofskuhle*, DVBl 1994, 611, 616.

<sup>24</sup> *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 21. Aufl. 1995, § 758 I Rdnr. 3 m.w.N.

<sup>25</sup> *BVerfG*, NJW 2001, 1121, 1125.

baren Nachforschungen angestellt hätten,<sup>26</sup> ermöglicht nicht die vom Grundgesetz gebotene präventive richterliche Kontrolle und ist daher abzulehnen. Die Qualifizierung eines Eingriffs als „Durchsuchung“ kann nicht von der - erst im nachhinein feststellbaren - Notwendigkeit konkreter Durchsuchungsmaßnahmen abhängen.

Ist aber die objektive, d.h. im konkreten Fall tatsächlich zu Tage tretende Augenscheinlichkeit des zu ermittelnden Sachverhalts nicht geeignet, die Durchsuchung von sonstigen, nicht dem Richtervorbehalt unterliegenden Eingriffen abzugrenzen, bleibt als weiteres Abgrenzungskriterium allein die subjektive, d.h. die vor Vollziehung des Eingriffs von den Vollzugsorganen vermutete Augenscheinlichkeit. Dementsprechend wird für die Annahme einer Durchsuchung zum Teil darauf abgestellt, ob im Vorfeld des beabsichtigten Eingriffs die Notwendigkeit konkreter Durchsuchungshandlungen mangels Offenkundigkeit der Sachlage absehbar ist oder nicht.<sup>27</sup> Mit dem Abstellen auf die Beurteilung der Aufklärungsbedürftigkeit durch die Vollzugsorgane läuft aber auch diese Auffassung letzten Endes darauf hinaus, ein subjektives Kriterium zum maßgeblichen Begriffsmerkmal zu machen.

#### *(2) Der objektive Gesetzeszweck*

Es fragt sich daher, ob es nicht sinnvoller ist, auf das dem Eingriff zugrundeliegende Gesetz abzustellen und eine Durchsuchung in den Fällen anzunehmen, in denen der Eingriff in die räumliche Privatsphäre objektiv, d.h. nach dem ihm zugrundeliegenden Gesetz (und nicht nach der Absicht der die Durchsuchung vornehmenden Organe),<sup>28</sup> dem Ermitteln eines Sachverhaltes zu dienen bestimmt ist, von dem - bei objektiver Betrachtungsweise - anzunehmen ist, daß er vom Wohnungsinhaber nicht offenbart werden will, weil mit Offenbarwerden dieses Sachverhaltes ihm oder einer der in den geschützten Räumlichkeiten befindlichen Person die Vollziehung einer weiteren, mit der Durchsuchung lediglich vorbereiteten und von ihr unabhängigen<sup>29</sup> freiheitsbeschränkenden Maßnahme (Festnahme, Beschlagnahme, Pfändung) droht.<sup>30</sup> Aufgrund dieser mittels der Durchsuchung vorbereiteten Freiheitsbeschränkung zu Lasten einer der sich im privaten räumlichen „Hoheitsbereich“ (so sinnfällig in dem Satz „my home is my castle“ zum Ausdruck kommend) aufhaltenden und damit - zumindest in bezug auf den Aufenthalt in diesem privaten (Be-)„Reich“ - der Bestimmungs-

---

<sup>26</sup> Vgl. *BFH*, NJW 1989, 855.

<sup>27</sup> *Voßkuhle*, DVBl 1994, 611, 616; *Gornig*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 13 Rdnr. 64.

<sup>28</sup> Insoweit zu Recht *BFH*, NJW 1989, 855.

<sup>29</sup> Vgl. *BVerfG*, NJW 1995, 2839.

macht des Wohnungsinhabers unterliegenden Personen, besitzt die Durchsuchung im Hinblick auf das nach Art. 13 GG gewährleistete Selbstbestimmungsrecht eine besondere Eingriffsintensität, die es gebietet, sie einer präventiven Rechtmäßigkeitskontrolle durch ein neutrales Organ zu unterstellen. Danach unterscheidet sich die Durchsuchung dadurch von der behördlichen Nachschau, daß sie bereits nach dem ihr zugrundeliegenden Gesetz unmittelbar darauf gerichtet ist, einen weiteren, über das Eindringen in den geschützten Raum hinausgehenden Eingriff in die Bewegungs- oder wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einer der dem räumlichen Bestimmungsrecht des Wohnungsinhabers unterliegenden Person zu ermöglichen, weshalb bei objektiver Betrachtung von einem fehlenden Offenbarungswillen des Wohnungsinhabers auszugehen ist.

Ist dagegen nach der gesetzlichen Grundlage der Eingriff lediglich der Überwachung (vgl. z.B. §§ 22 Abs. 2 GastG, 22 Abs. 1 Nr. 3 BtMG, 52 Abs. 2 BImSchG) oder - wie bei der zwangsweisen Räumung - der Verwirklichung gesetzmäßigen Verhaltens zu dienen bestimmt, ohne daß es nach dem Gesetz primär darauf ankommt, einen Sachverhalt aufzuspüren, der den in die Wohnung eindringenden staatlichen Organen den Vollzug einer weiteren Freiheitsbeschränkung zu Lasten der von der räumlichen Privatsphäre umfaßten Personen ermöglicht, liegt keine Durchsuchung vor, auch dann nicht, wenn die fraglichen Kontrollmaßnahmen im Einzelfall Anhaltspunkte für ein gesetzwidriges Verhalten des betroffenen Grundrechtsträgers ergeben und er deswegen mit einem Hoheitsakt belastet wird.

Diese objektivierende Betrachtungsweise hat den Vorteil, daß die Anwendung des Durchsuchungsbegriffs unabhängig davon ist, wie der Wohnungsinhaber im konkreten Fall die Aufdeckung des fraglichen Sachverhaltes bewertet. Seine Haltung hierzu hat dann eine Bedeutung nur in tatsächlicher Hinsicht (als Motiv für die Erteilung bzw. Verweigerung einer Einwilligung in den Eingriff), nicht aber in rechtlicher Hinsicht für die Bestimmung, ob ein der richterlichen Anordnung vorbehaltener Eingriff vorliegt.

### **3. Regelzuständigkeit des Richters nach Art. 13 Abs. 2 GG**

Wie jeder Grundrechtseingriff bedarf auch der Eingriff in die räumliche Privatsphäre einer gesetzlichen Grundlage. Die vom Verfassungsgeber in Art. 13 Absatz 2 bis 7 getroffenen Begrenzungsregelungen differieren je nach Eingriffsmodalität, wobei der Gesetzesvorbehalt für die Durchsuchung von Wohnungen (Art. 13 Abs. 2 GG) in formeller Hinsicht qualifiziert ist, weil die Anordnung der Durchsuchung grundsätzlich durch einen Richter vorgenommen werden muß.<sup>31</sup> Lediglich bei Gefahr im Verzuge erlaubt das Grundgesetz, daß die An-

---

<sup>30</sup> Zur freiheitsbeschränkenden Wirkung einer Beschlagnahme: *BVerfG*, NJW 1995, 2840.

<sup>31</sup> *Sachs*, Verfassungsrecht II, Grundrechte, B 13 Rdnr. 14.

ordnung durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe getroffen wird. Dem Richter wird also unmittelbar von Verfassungen wegen die Zuständigkeit und damit die Pflicht übertragen, die Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Maßnahme, zu der auch ihre Verhältnismäßigkeit zählt,<sup>32</sup> eigenverantwortlich<sup>33</sup> zu prüfen. Diese Eigenverantwortlichkeit setzt voraus, daß sich der Richter die notwendige Zeit für die Prüfung nimmt und sich Kenntnis von der Sache verschafft.<sup>34</sup> Seine Einschaltung darf nicht bloße Formsache sein.<sup>35</sup>

Im Interesse effektiver Grundrechtssicherung hat der Richter darüber hinaus durch geeignete Formulierungen des Durchsuchungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen sicherzustellen, daß der Eingriff meßbar und kontrollierbar bleibt,<sup>36</sup> kurz, daß die Ermächtigung rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügt.<sup>37</sup> Der Schutz der Privatsphäre darf nicht allein den Beamten, denen die Durchsuchung obliegt, überlassen bleiben.<sup>38</sup> Die richterliche Anordnung muß daher hinreichend bestimmt sein, damit die Vollstreckungsorgane wissen, wozu sie befugt sind und der Inhaber der Wohnung und andere, die eine unmittelbar bevorstehende Durchsuchung abwenden wollen, sicher wissen, was sie dulden müssen.<sup>39</sup> Dies gilt in besonderem Maße wegen der Gewaltanfälligkeit der Eingriffssituation und der Strafbarkeit eines Widerstandes gegen eine rechtmäßige Durchsuchung (vgl. §§ 113 f. StGB).

### **III. Auswirkungen im Bereich der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung**

#### **1. Durchsuchung der Wohnung des Vollstreckungsschuldners**

Gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die räumliche Privatsphäre des Vollstreckungsschuldners ist § 758 ZPO. Durch den neuen § 758a Abs. 1 ZPO wird nur das klar gestellt, was aufgrund der unmittelbaren Geltung des Art. 13 Abs. 2 GG<sup>40</sup> bereits immer schon geltendes Recht war, nämlich daß ein Eingriff nach Abs. 2 über die für jeden Grundrechtseingriff erforderliche gesetzliche Grundlage hinaus einer richterlichen Anordnung bedarf, von der nur bei Gefahr im Verzuge abgesehen werden darf.

---

<sup>32</sup> Vgl. *BVerfG* (K), NJW 2000, 943, 944; *BVerfGE* 96, 44, 51f.

<sup>33</sup> Vgl. *BVerfG*, NJW 2001, 1121, 1122; NJW 2000, 943, 944.

<sup>34</sup> *BVerfG*, NJW 2001, 1121, 1122.

<sup>35</sup> *BVerfGE* 57, 346, 355 = NJW 1981, 2111.

<sup>36</sup> *BVerfG*, NJW 2001, 1121, 1122; 2000, 943, 944; *BVerfGE* 96, 44, 51.

<sup>37</sup> *BVerfGE* 42, 212, 220 = NJW 1976, 1735; *Schmitt Glaeser*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdBSStR, VI, § 129 Rdnr. 59; vgl. auch *BVerfGE* 77, 1, 50.

<sup>38</sup> *BVerfG* (K), NJW 1994, 3281, 3282

<sup>39</sup> Vgl. *BVerfG* (K), NJW 2000, 943, 944.

a) Bestimmtheitsanforderungen des Art. 13 Abs. 2 GG

Wie oben näher dargelegt, muß die richterliche Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechen. Aus der richterlichen Anordnung muß sich daher mit hinreichender Bestimmtheit ergeben, wessen - wo gelegenen - Wohn- bzw. Geschäftsräume der Gerichtsvollzieher durchsuchen und wie lange er sich dort aufhalten darf. Diesem Bestimmtheitserfordernis des Art. 13 Abs. 2 GG wird die Praxis jedoch nicht immer gerecht. Denn dort gestaltet sich die Einholung einer solchen richterlichen Anordnung häufig wie folgt: Der Vollstreckungsgläubiger bzw. sein Prozeßbevollmächtigter füllt unter Bezeichnung des Schuldtitels nach Art, Gericht, Datum und Geschäftsnummer ein an das Amtsgericht adressiertes Formular aus, durch das im Wege des Ankreuzens vorformulierter Textalternativen die beantragte richterliche Anordnung sowohl dem Inhalt als auch den Gründen nach vom Antragsteller vorgefertigt wird.<sup>41</sup> Der Richter braucht diesen Vordruck dann nur noch zu unterschreiben - und fertig ist die richterliche Anordnung einer „Durchsuchung der Wohnung bzw. Geschäftsräume des Schuldners“.

Diese Vorgehensweise ist unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bedenklich.<sup>42</sup> Denn der Formularbeschluß enthält häufig keine ziffernmäßige Bestimmung der Forderung(en), wegen welcher vollstreckt werden soll, was aber - gerade bei der Vollstreckung zugunsten mehrerer Gläubiger, von denen nur einer eine richterliche Anordnung erwirkt hat - sowohl für die Bestimmung der Dauer des Verweilens in der Wohnung von Bedeutung ist<sup>43</sup> als auch z.B. dafür, dem Schuldner den nach § 775 Nr. 3-5 ZPO zur Einstellung bzw. Beschränkung der Zwangsvollstreckung führenden Nachweis einer Befriedigung des die Durchsuchung betreibenden Gläubigers etc. zu ermöglichen.<sup>44</sup>

Daß sich diese Angaben auch dem bereits zuvor zugestellten Titel entnehmen lassen, reicht nicht aus; denn weder die von der Wohnungsdurchsuchung ebenfalls in ihrem Grundrecht aus Art. 13 GG betroffenen Mitbewohner noch Dritte, die bei einer in Abwesenheit des Vollstreckungsschuldners durchgeführten Wohnungsdurchsuchung nach § 759 ZPO anwesend bzw. als Zeugen hinzuzuziehen sind, haben notwendig Kenntnis vom Inhalt des Titels; sie können daher die Gesetzmäßigkeit der in der Wohnung vollzogenen Zwangsmaßnahmen nur dann überprüfen, wenn sich Grund und Umfang der Wohnungsdurchsuchung der vom Gerichtsvollzieher nach § 758a Abs. 5 ZPO vorzuzeigenden richterlichen Anordnung selbst entnehmen lassen.

---

<sup>40</sup> *BVerfGE* 51, 97, 114 = *NJW* 79, 1539; *Pieroth/Schlink*, § 22 Rdnr. 885.

<sup>41</sup> Formularbeispiel abgedruckt bei *Brox/Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 6. Aufl. 1999, S. 211.

<sup>42</sup> *OLG Köln*, *JurBüro* 1996, 213, 214; *OLGZ* 93, 375, 376 f.; *LG Köln*, *JurBüro* 1988, 536 f.

<sup>43</sup> Vgl. *OLG Köln*, *OLGZ* 93, 375, 378; *JurBüro* 1996, 213, 214.

<sup>44</sup> Vgl. *OLG Köln*, *OLGZ* 93, 375, 377 f.

Wird die Zwangsvollstreckung nicht mehr wegen der gesamten im Titel genannten Forderung betrieben, sondern nur noch wegen eines Restbetrages von Zinsen und Kosten, ist aus den soeben genannten Gründen auch der Teilbetrag in der Durchsuchungsanordnung zu bezeichnen.<sup>45</sup>

Ferner sind die zu durchsuchenden Räumlichkeiten in dem Beschluß genau zu bezeichnen.<sup>46</sup> Auf dem Formblatt sind jedoch - abgesehen von dem für das Rubrum freigelassenen Raum - keine weiteren Angaben für die Bezeichnung der Räumlichkeiten vorgesehen, was dem Bestimmtheitserfordernis nicht gerecht wird, wenn neben der im Rubrum angegebenen Wohnung noch andere Räumlichkeiten wie etwa Geschäftsräume oder Zweitwohnungen durchsucht werden sollen oder wenn zwischenzeitlich ein Wohnungswechsel stattgefunden hat.<sup>47</sup>

Fehlen diese Angaben zum Grund und zum Inhalt der Durchsuchungsermächtigung, ist weder für den Gerichtsvollzieher und seine Hilfspersonen, noch für den Vollstreckungsschuldner und seine „Hilfspersonen“ mit hinreichender Bestimmtheit erkennbar, welche Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 13 GG von der richterlichen Ermächtigung abgedeckt sind. Nachteile für den Gläubiger resultieren aus der Wahrung dieser rechtsstaatlichen Mindestanforderungen nicht.

#### *b) Eigenverantwortlichkeit der richterlichen Entscheidung*

Mit den Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit überschneiden sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Eigenverantwortlichkeit der vom Richter zu treffenden Anordnung. Während aber die Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit mehr dem Rechtsstaatsprinzip entspringen<sup>48</sup> und für jede Art von Grundrechtseingriff gelten, folgen die Anforderungen an die Eigenverantwortlichkeit der vom Richter getroffenen Entscheidung unmittelbar aus der durch Art. 13 Abs. 2 GG begründeten Regelzuständigkeit des Richters, die es verbietet, daß dieser die ihm zugewiesenen Aufgaben auf andere Organe delegiert.

Mit dieser von der Verfassung vorgesehenen „Verteilung der Gewichte“ zugunsten einer grundsätzlichen Regelungszuständigkeit des Richters nicht zu vereinbaren ist es, wenn der Richter lediglich einen Blankettbeschluß unterzeichnet, bei dem es anderen, etwa der Geschäftsstelle des Gerichts oder dem Vollziehungsbeamten, überlassen bleibt, durch Verbindung des Beschlusses mit dem vom Gläubiger eingereichten Vollstreckungstitel bzw. dessen Vollstreckungsauftrag die nach außen erkennbare Bestimmung zu treffen, wegen welcher Forderung welchen Gläubigers wessen - wo gelegene - Wohnung durchsucht werden soll.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> *OLG Köln*, JurBüro 1996, 213, 215.

<sup>46</sup> *Brox/Walker*, Rdnr. 330; *Heßler*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 758a Rdnr. 60; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11. Aufl. 1997, § 26 IV 3 e, S. 458; *Zöller/Stöber*, *ZPO*, 22. Aufl. 2001, § 758a Rdnr. 27; BGHZ 82, 271, 273.

<sup>47</sup> Vgl. *Brox/Walker*, Rdnr. 330; *Heßler*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 758a Rdnr. 68; *LG Köln*, DGVZ 1985, 91; a.A.: *Paulus*, in: *Wieczorek/Schütze*, *ZPO*, 22. Aufl. 2000, § 758a Rdnr. 26.

<sup>48</sup> Vgl. auch *Sachs*, *Verfassungsrecht II*, B 13 Rdnr. 19.

<sup>49</sup> Vgl. *OLG Köln*, JurBüro 1996, 213, 214; *OLGZ* 93, 375, 377.

Die bloße - verwechslungsfähige - Angabe des Aktenzeichens des Vollstreckungsverfahrens beim Amtsgericht reicht nicht aus, um die zur Begrenzung des angeordneten Grundrechtseingriffs vom Richter selbst zu treffenden Bestimmungen als gegeben zu erachten.<sup>50</sup>

Die Verwendung von Formblättern ist verfassungsrechtlich daher nur dann akzeptabel, wenn der Richter die nach seinen Anweisungen aufgrund des Formblatts gefertigte Entscheidung eigenverantwortlich überprüft und sodann eigenhändig unterschreibt.<sup>51</sup>

*c) Gewährung rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG*

aa) Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen hat der Richter dem Vollstreckungsschuldner rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG zu gewähren.<sup>52</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet Art. 103 Abs. 1 GG auch dann Anwendung, wenn ein Richter in seinem Zuständigkeitsbereich Maßnahmen trifft, die aus dem Gebiet der spezifisch richterlichen Aufgaben herausfallen, ihm aber - wie dies nach Art. 13 Abs. 2 GG der Fall ist - wegen seiner besonderen verfassungsrechtlichen Stellung anvertraut sind.<sup>53</sup>

Der nach Art. 13 GG bezweckte besondere Schutz der räumlichen Privatsphäre würde leerlaufen, müßte der Richter die Rechtmäßigkeit, insbesondere die Verhältnismäßigkeit der beantragten Wohnungsdurchsuchung allein anhand von Gläubigerangaben beurteilen, zumal sich diese bei Verwendung der handelsüblichen Vordrucke regelmäßig auf die vorgegebene Formulierung beschränken, daß die beantragte Regelung „unter Abwägung der Parteiinteressen verhältnismäßig“ sei. Ob mithin besondere Umstände vorliegen, die eine Wohnungsdurchsuchung als zur Zweckerreichung ungeeignet (z.B. wegen erwiesener Unpfändbarkeit<sup>54</sup>), nicht erforderlich (z.B. bei zwischenzeitlich erbrachter Sicherheitsleistung oder Befriedigung des Gläubigers, vgl. § 775 Nr. 3-5 ZPO) oder unzumutbar (z.B. bei ernster Erkrankung des Schuldners oder eines Familienangehörigen) erscheinen lassen, kann der Richter erst nach einer Anhörung des Schuldners beurteilen. Verfassungsrechtlich bedenklich ist hingegen die Annahme, daß eine Anhörung des Vollstreckungsschuldners in der Praxis nahezu regelmäßig den Vollstreckungserfolg gefährde und damit entbehrlich sei.<sup>55</sup> Zwar kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von einer vorherigen Anhö-

---

<sup>50</sup> Vgl. *OLG Köln*, a.a.O.

<sup>51</sup> Vgl. *OLG Köln*, Rpfleger 1990, 216, 217 zum Erlaß einer Haftanordnung.

<sup>52</sup> *Brox/Walker*, Rdnr. 329; *Musielak/Lackmann*, ZPO, 2. Aufl. 2001, § 758a Rdnr. 14.

<sup>53</sup> Vgl. *BVerfG*, JZ 2000, 783, 784; *BVerfGE* 9, 89, 97 f.

<sup>54</sup> *Thomas/Putzo*, ZPO, 23. Aufl. 2001, § 758a Rdnr. 8a.

<sup>55</sup> So aber *LG Verden*, JurBüro 1996, 272; *Thomas/Putzo*, § 758a Rdnr. 16; *Paulus*, in: *Wicze- rek/Schütze*, § 758a Rdnr. 24; *Zöller/Stöber*, § 758a Rdnr. 25.

rung abgesehen werden, wenn die Sicherung gefährdeter Interessen, wie z.B. die Gefährdung des Vollstreckungserfolges, dies erfordert,<sup>56</sup> doch ist dies eine dem richterlichen Ermessen obliegende Frage des Einzelfalls.<sup>57</sup>

Die pauschale Annahme, die vorherige Anhörung gefährde wegen Wegfalls des „Überraschungseffektes“ den Vollstreckungserfolg, vermag ein Absehen von der Gewährung rechtlichen Gehörs schon deshalb nicht zu rechtfertigen, weil zu dem für eine Anhörung in Betracht kommenden Zeitpunkt grundsätzlich schon mindestens einmal eine Zwangsvollstreckung in der Wohnung des Schuldners versucht worden sein muß, andernfalls der Antrag des Gläubigers auf Erteilung der richterlichen Anordnung mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig zurückzuweisen ist.<sup>58</sup>

Abgesehen davon, daß sich in der Praxis die Vermutung nicht bestätigt hat, Schuldner würden die zur Einholung der Durchsuchungsanordnung notwendige Zeit dazu nutzen, pfändbare Habe beseite zu schaffen,<sup>59</sup> und es auch überhaupt wenig der Rechtsfindung dient, wenn dem nicht leistenden Schuldner von vornherein Leistungsunwilligkeit (statt -unfähigkeit) unterstellt wird,<sup>60</sup> ist der böswillige Schuldner daher auch ohne Anhörung schon längst vorgewarnt.<sup>61</sup>

bb) Zum Teil findet sich auf den Vordrucken die Formulierung, daß dem Vollstreckungsschuldner gegenüber dem Vollstreckungsorgan rechtliches Gehör gewährt worden sei.<sup>62</sup> Es ist zwar aus rechtsstaatlichen Gründen durchaus geboten, daß auch der Gerichtsvollzieher vom Schuldner vorgebrachte Einwände zur Kenntnis nimmt, sie im Protokoll festhält (vgl. §§ 762 ZPO, 107 Nr. 2 GVGA) und sie bei seinen Entscheidungen berücksichtigt, soweit dem die Formalisierung des Zwangsvollstreckungsverfahrens nicht entgegensteht (so z.B. zulässig nach §§ 758a Abs. 3 S. 2, Abs. 4, 765 a Abs. 2 ZPO), doch kann das nach Art. 103 Abs. 1 GG gebotene rechtliche Gehör nicht durch den Vollstreckungsbeamten gewährt werden.<sup>63</sup> Denn wenn aus der systematischen Stellung des Art. 103 Abs. 1 GG folgt, daß diese Verfassungsnorm den Anspruch auf rechtliches Gehör nur in Verfahren vor dem Richter im Sinne des Art. 92 GG gewährt,<sup>64</sup> dann kann der Anspruch auf Gewährung dieses rechtlichen Gehörs auch nur durch einen Richter i.S. von Art. 92 GG erfüllt werden. Eine Anhörung durch den Vollstreckungsbeamten ist dann insoweit ohne Bedeutung.

#### *d) Inhalt und Umfang der richterlichen Prüfungspflicht*

---

<sup>56</sup> Vgl. *BVerfGE* 57, 346, 359; 51, 97, 111;

<sup>57</sup> *BVerfGE* 57, 346, 360; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 758 Rdnr. 8; *LG Köln*, JurBüro 1988, 536, 537.

<sup>58</sup> Vgl. *Brox/Walker*, Rdnr. 329; *Heßler*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 758a Rdnr. 50; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 26 IV 3 f aa, S. 459; *Thomas/Putzo*, § 758a Rdnr. 5; *OLG Köln*, Rpfleger 1995, 167, 168; a.A.: *Jauernig*, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 21. Aufl. 1999, § 8 II 4, S. 42.

<sup>59</sup> So zumindest die Einschätzung eines Praktikers, vgl. *Seip*, *NJW* 1994, 352, 354.

<sup>60</sup> So aber z.B. *Paulus*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 758a Rdnr. 2.

<sup>61</sup> *Esmek*, *Der Durchsuchungsbegriff nach Art. 13 Abs. 2 GG in der Zwangsvollstreckung*, 1989, S. 119; s.a. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 758 Rdnr. 8; *Cirullies*, *DGVZ* 1984, 177, 178.

<sup>62</sup> Daß dies den Anforderungen des Art. 103 Abs. 1 GG genüge, wird bejaht von *Cirullies*, *DGVZ*, 1984, 177, 179; dagegen: *Stein/Jonas/Münzberg*, § 758 Rdnr. 7; *LG Hannover*, *JurBüro* 1986, 1417.

<sup>63</sup> Vgl. *Esmek*, S. 120.

<sup>64</sup> Vgl. *BVerfG*, *JZ* 2000, 783, 784.

Die vom Richter eigenverantwortlich vorzunehmende Prüfung erstreckt sich darauf, daß die sich aus der Verfassung und dem einfachen Recht ergebenden Voraussetzungen der Durchsuchung genau beachtet werden.<sup>65</sup>

Da sich Art. 13 Abs. 2 GG unmittelbar keine Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, was der eine Durchsuchung anordnende Richter zu prüfen hat, ergeben sich Prüfungsumfang und -maßstäbe in erster Linie aus dem der Durchsuchung zugrundeliegenden Gesetz.<sup>66</sup> Dies ist hier § 758 Abs. 1 ZPO. Danach ist der Gerichtsvollzieher befugt, die Wohnung des Schuldners zu durchsuchen, „so weit der Zweck der Vollstreckung dies erfordert“.

Mit dieser in § 758 ZPO aufgestellten Eingriffsvoraussetzung<sup>67</sup> einer Erforderlichkeit der Wohnungsdurchsuchung zum Zwecke der Zwangsvollstreckung ist die von Verfassungs wegen gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung zumindestens teilweise einfachgesetzlich verankert. Dabei hat der Gesetzgeber die verfassungsrechtlich gebotene Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes zugunsten der Inhaber titulierter Rechte mit den Belangen der hierdurch in ihrer räumlichen Privatsphäre betroffenen Personen dahingehend vorentschieden, daß letztere zurückzutreten haben, soweit dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes erforderlich ist.

Mit der Bestimmung der materiell-rechtlichen Eingriffsvoraussetzung ist aber noch keine Aussage darüber getroffen, unter welchen verfahrensrechtlichen Voraussetzungen der Richter die beantragte Anordnung zu erlassen hat. Dies richtet sich ebenfalls nach den einfachgesetzlichen Bestimmungen, hier also den zivilprozessualen Regeln.<sup>68</sup> Diese werden beherrscht von der Verhandlungsmaxime.

Das heißt, daß es grundsätzlich den Parteien obliegt, diejenigen tatsächlichen Behauptungen in das Verfahren einzuführen, für die sie die objektive Beweislast tragen (Behauptungslast) und den Beweis hierfür anzutreten (Beweisführungslast).<sup>69</sup> Abgesehen von den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen (z.B. § 616 ZPO) ermittelt der Richter also nicht von Amts wegen, ob die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Erlaß der vom Antragsteller begehrten Entscheidung erfüllt sind, sondern macht nur die von den Parteien vorgetragenen und die offenkundigen Tatsachen (§ 291 ZPO) zum Gegenstand des Verfahrens.<sup>70</sup> Eine Beweisaufnahme erfolgt ebenfalls nur dann, wenn einem schlüssig begründeten Rechtsschutzbegehren von der Gegenseite erhebliche Einwände entgegengesetzt werden.<sup>71</sup>

Der Beibringungsgrundsatz gilt auch für das auf Erlaß der richterlichen Durchsuchungsanordnung gerichtete Verfahren;<sup>72</sup> die vom Richter verlangte Eigenverantwortlichkeit bei der Prüfung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer

---

<sup>65</sup> *BVerfG*, NJW 2001, 1121, 1122.

<sup>66</sup> *BVerfGE* 57, 346, 355 = NJW 1981, 2111.

<sup>67</sup> Vgl. *Esmek*, S. 124; *Wieser*, ZfP 98 (1985), 427, 439; *OLG Düsseldorf*, DGVZ 1979, 40, 41; a.A.: *LG Frankfurt*, DGVZ 1980, 23, 24.

<sup>68</sup> Vgl. *Zöller/Stöber*, § 758a Rdnr. 23.

<sup>69</sup> *Prütting*, in: MünchKomm-ZPO, § 291 Rdnr. 13.

<sup>70</sup> Vgl. *Lüke*, in: MünchKomm-ZPO, Einleitung Rdnr. 184 und *Prütting*, a.a.O., Rdnr. 13.

<sup>71</sup> Vgl. *Prütting*, a.a.O., Rdnr. 10 ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Zöller/Stöber*, § 758a Rdnr. 26; ferner *Baur/Stürner*, Rdnr. 6.23.

Wohnungsdurchsuchung bedeutet nicht, daß der Richter entgegen den zivilprozessualen Grundsätzen von sich aus ermittelt, ob der Antrag nach § 758a ZPO begründet ist.

Ob ein Rechtsschutzbegehren schlüssig begründet ist, richtet sich danach, wie die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der das geltend gemachte Recht begründenden bzw. das Nichtvorliegen der ihm entgegenstehenden Tatsachen verteilt ist. Nach der syntaktischen Fassung des § 758 ZPO („soweit ... erforderlich“), ist davon auszugehen, daß Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen dieser Eingriffsvoraussetzung den Gläubiger treffen.<sup>73</sup> Damit obliegt es ihm, die Erforderlichkeit der Wohnungsdurchsuchung schlüssig vorzutragen. Bestehen hinsichtlich der - von Amts wegen, d.h. wegen § 139 Abs. 2 ZPO auch ohne Rüge des Antragsgegners zu prüfenden<sup>74</sup> - Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags keine Bedenken, ist also insbesondere ein Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen, weil der Gläubiger dargelegt hat, daß er sein Ziel nicht auf einfacherem und billigerem Wege mittels einer Einwilligung des Schuldners erreichen kann,<sup>75</sup> hat der Richter dem Antrag stattzugeben, wenn sich der Schuldner zu der vom Gläubiger als Eingriffsvoraussetzung vorzutragenden und mit der Vorlage eines vollstreckbaren<sup>76</sup> Titels regelmäßig schlüssig vorgetragenen Erforderlichkeit nicht äußert. Denn wenn der Schuldner von der ihm gewährten Möglichkeit, rechtliches Gehör zu erhalten, keinen Gebrauch macht, ist das Vorbringen des Gläubigers in entsprechender Anwendung des in § 331 Abs. 1 ZPO zum Ausdruck kommenden Rechtsgrundsatzes als zugestanden zu bewerten.<sup>77</sup>

Wird dem Schuldner ausnahmsweise kein rechtliches Gehör gewährt, ist die Prüfungskompetenz des Richters im Interesse einer effektiven Grundrechtssicherung nicht auf vom Gläubiger beigebrachte bzw. offenkundige Tatsachen beschränkt; er hat dann auch solche Tatsachen zu berücksichtigen, die sich z.B. aus dem vom Gerichtsvollzieher beim ersten erfolglosen Vollstreckungsversuch aufgenommenen Protokoll ergeben.<sup>78</sup>

Im Falle eines erheblichen Bestreitens durch den Schuldner darf der Richter die beantragte Anordnung nur erlassen, wenn das Vorliegen für den Erlaß der vom Gläubiger begehrten Anordnung zu seiner vollen Überzeugung dargetan ist.<sup>79</sup>

---

<sup>73</sup> Vgl. *Heßler*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 758a Rdnr. 55; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 758 Rdnr. 15; *Zöller/Stöber*, § 758a Rdnr. 26.

<sup>74</sup> Str., vgl. z.B. *Peters*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 138 Rdnr. 23 einerseits und *Musielak/Stadler*, § 138 Rdnr. 12 andererseits; s.a. *OLG Köln*, Rpfleger, 1990, 216, 218.

<sup>75</sup> Vgl. *Musielak/Lackmann*, § 758a Rdn. 12; *OLG Köln*, Rpfleger 1995, 167 f.

<sup>76</sup> Z.B. zu verneinen bei nicht hinr. Bestimmtheit, vgl. *LG Lüneburg*, DGVZ 2001, 30.

<sup>77</sup> § 138 Abs. 3 ZPO ist nicht anwendbar, vgl. *Thomas/Putzo*, § 138 Rdnr. 15.

<sup>78</sup> Vgl. *KG*, DGVZ 1983, 72, 73; *LG Aschaffenburg*, DGVZ 1985, 114.

<sup>79</sup> Bei Anordnung ohne Anhörung genügt Glaubhaftmachung, *Stein/Jonas/Münzberg*, § 758 Rdnr. 15.

Wegen des vollstreckungsspezifischen Formalisierungsgrundsatzes<sup>80</sup> können jedoch materiell-rechtliche Einwendungen des Schuldners grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, es sei denn, er vermag sie mittels einer der in § 775 ZPO genannten Urkunden zu dokumentieren.

Bei seiner Überzeugungsbildung darf der Richter auf Erfahrungssätze zurückgreifen,<sup>81</sup> u.a. auch auf den Erfahrungssatz, daß bei heutigem Lebensstandard regelmäßig in Wohnungen verwertbare Pfandstücke zu finden sind.<sup>82</sup> Bei titulierten Geldforderungen ist daher regelmäßig die Erforderlichkeit zu bejahen,<sup>83</sup> sofern der Schuldner diesen Erfahrungssatz nicht dadurch entkräftet, daß er konkrete Tatsachen behauptet und zur Überzeugung des Gerichts nachweist, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines abweichenden Sachverhaltes im konkreten Fall ergibt bzw. solche Tatsachen gerichtskundig sind.<sup>84</sup> Bei gerichtsbekannter Unpfändbarkeit oder einer bereits kurze Zeit zuvor erfolglos gebliebenen Mobiliarzwangsvollstreckung darf eine Durchsuchung daher nicht angeordnet werden.<sup>85</sup> Die Erforderlichkeit scheidet jedoch in der Regel nicht daran, daß dem Gläubiger nach der ZPO auch noch andere Vollstreckungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Denn nach der vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidung stehen diese gleichwertig nebeneinander.<sup>86</sup>

#### *e) Ausnahmen vom Erfordernis einer richterlichen Anordnung*

Das Erfordernis einer richterlichen Anordnung entfällt nach § 758a Abs. 1 ZPO, wenn der Schuldner in die Durchsuchung seiner Wohnung einwilligt oder ihre Einholung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde.

aa) *Einwilligung*. Streitig ist, ob bei einer von mehreren Personen bewohnten Wohnung das Erfordernis einer richterlichen Anordnung nur bei einer von allen betroffenen Grundrechtsträgern einstimmig erteilten Einwilligung entfällt<sup>87</sup> und zum anderen die Frage, wer diese Einwilligung mit Wirkung für und gegen die Person(en), in deren räumliche Privatsphäre eingegriffen werden soll, erklären

<sup>80</sup> Vgl. *Baur/Stürner*, Rdnr. 6.53 ff., 6.58 ff.

<sup>81</sup> Vgl. *Prütting*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 286 Rdnr. 48 ff.

<sup>82</sup> Vgl. *BVerfGE* 57, 346, 358 = NJW 1981, 2111.

<sup>83</sup> Anders kann der Sachverhalt jedoch zu beurteilen sein, wenn es um die Vollstreckung eines auf Herausgabe eines Kindes gerichteten Titels geht, vgl. *BVerfG* (K), NJW 2000, 943, 944.

<sup>84</sup> Vgl. *Prütting*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 286 Rdnr. 65.

<sup>85</sup> *Heßler*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 758a Rdnr. 57; *Goebel*, DGVZ 1998, 161, 163.

<sup>86</sup> Vgl. *Heßler*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 758a Rdnr. 58.

<sup>87</sup> So die ganz h. M. in der verfassungsrechtlichen Literatur: *Herdegen*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 13 Rdnr. 44; *Jarass/Pieroth*, Art. 13 Rdnr. 7; *Gornig*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 13 Rdnr. 45; *Kunig*, in: v. *Münch/Kunig*, Art. 13 Rdnr. 21; s.a. *Kühne*, in: *Sachs*, Art. 13, Rdnr. 24.

kann. Im Bereich der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung sind diese Fragen in zwei Konstellationen von Bedeutung. Zum einen für die Frage, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, daß der Gesetzgeber in § 758a Abs. 3 S. 1 ZPO an die vom Vollstreckungsschuldner erteilte Einwilligung eine Duldungspflicht der Mitbewohner knüpft und zum anderen für die Frage, ob bei Abwesenheit des Vollstreckungsschuldners auch andere Personen - Mitbewohner, Hausgenossen oder Dritte wie z.B. der Prozeßbevollmächtigte - an Stelle des Vollstreckungsschuldners in die Wohnungsdurchsuchung einwilligen (bzw. diese Einwilligung mit der Tatbestandswirkung für § 807 Abs. 1 Nr. 3 ZPO verweigern<sup>88</sup>) können. Da die Durchsuchung einer nicht nur vom Vollstreckungsschuldner bewohnten Wohnung unten einer gesonderten Betrachtung unterzogen wird,<sup>89</sup> soll an dieser Stelle allein die Frage einer Einwilligung in den gegen den Schuldner gerichteten Eingriff durch Dritte erörtert werden. Der Gesetzgeber ist bei der Schaffung des § 758a ZPO wie selbstverständlich davon ausgegangen, daß einer Einwilligung des Schuldners die Einwilligung von mitwohnenden Familienangehörigen und bevollmächtigten Personen gleich stehe. Diese Personen könnten im Zivilprozeß auch sonst an die Stelle des Schuldners treten, wie sich aus den §§ 181, 183, 184, 759 ZPO ergäbe.<sup>90</sup> Die Literatur hat sich dieser - im Gesetzestext nicht zum Ausdruck kommenden - Auffassung zum Teil angeschlossen,<sup>91</sup> zum Teil wird aber auch die Auffassung vertreten, daß eine analoge Anwendung der §§ 181 ff. ZPO ausscheide, weil angesichts der Grundrechtsrelevanz einer Wohnungsdurchsuchung nur eine ausdrücklich vom Grundrechtsberechtigten bevollmächtigte Person die Einwilligung erteilen könne.<sup>92</sup> Letzterer Auffassung ist zuzustimmen. Der von den Zustellungsvorschriften bzw. von § 759 ZPO geregelte Sachverhalt ist mit dem zu regelnden Sachverhalt überhaupt nicht vergleichbar.<sup>93</sup> Bei der Frage, wer an Stelle des Vollstreckungsschuldners in die Durchsuchung von dessen Wohnung einwilligen kann, geht es um die Bestimmung der Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Grundrechtseingriffs und nicht darum, wie gewährleistet werden kann, daß jemandem die Gelegenheit zur

---

<sup>88</sup> Vgl. *Zöller/Stöber*, § 807 Rdnr. 18a; *LG Köln*, DGVZ 2001, 44.

<sup>89</sup> S. unten, III 2 b.

<sup>90</sup> BT-Drs. 13/341, 16.

<sup>91</sup> *Zöller/Stöber*, § 758a Rdnr. 11; *Herdegen*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 758a Rdnr. 30; *Hintzen/Wolf*, Teil C, Rdnr. 27; s.a. *Paulus*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 758a Rdnr. 11.

<sup>92</sup> *Musielak/Lackmann*, § 758a Rdnr. 4; vgl. auch *Thomas/Putzo*, § 758a Rdnr. 5 u. 20.

<sup>93</sup> *Musielak/Lackmann*, § 758a Rdnr. 4.

Kenntnisnahme von einem Schriftstück bzw. einem Vorgang verschafft wird. Es mutet schon seltsam an, wenn in entsprechender Anwendung des § 181 Abs. 2 der im selben Haus wohnende Hauswirt oder Vermieter oder die Putzfrau als nach § 181 Abs. 1 in der Familie dienende Person<sup>94</sup> befugt sein sollen, mit Wirkung für den Vollstreckungsschuldner in die Wohnungsdurchsuchung einzuwilligen. Diese Beispiele verdeutlichen, daß nur eine vertretungsberechtigte Person anstelle des Schuldners in die Wohnungsdurchsuchung einwilligen kann. Zwar kann eine dahingehende Bevollmächtigung auch durch schlüssiges Verhalten erteilt werden und wird bei einer Wohn- und Lebensgemeinschaft regelmäßig anzunehmen sein, doch rechtfertigt die bloße Hausgenossenschaft oder Mitgewahrsamsinhaberschaft<sup>95</sup> nicht die Annahme einer solchen konkludent erteilten Vertretungsmacht.

bb) *Gefahr im Verzug*. Nicht nur Wortlaut und Systematik des Art. 13 Abs. 2 GG, sondern auch seine Entstehungsgeschichte belegen, daß die Durchsuchung aufgrund richterlicher Anordnung die Regel und die Durchsuchung ohne richterliche Anordnung die Ausnahme darstellen soll.<sup>96</sup> Deswegen, aber vor allem auch wegen der grundrechtssichernden Schutzfunktion des Richtervorbehaltes ist „Gefahr im Verzuge“ eng auszulegen.<sup>97</sup> Aus diesem Grund ist kein Raum für die Annahme, wegen „Gefahr im Verzuge“ könne regelmäßig auf die richterliche Anordnung verzichtet werden.<sup>98</sup> Eine Gefährdung des Durchsuchungserfolges ist auch nicht schon deswegen anzunehmen, weil der Schuldner den Zutritt zu seiner Wohnung ohne weitere Begründung verweigert.<sup>99</sup> Den Vollstreckungsschuldner trifft nicht die Obliegenheit, seine Entscheidung gegenüber dem Gerichtsvollzieher zu begründen.<sup>100</sup>

Auch eine Verzögerung der Vollstreckung infolge wiederholter Abwesenheit erfüllt nicht diesen Ausnahmetatbestand. Wollte man hierauf abstellen, liefe der nach Art. 13 Abs. 2 GG gebotene Grundrechtsschutz leer, da die Einholung einer Durchsuchungsanordnung regelmäßig mit einer Verzögerung der Vollstre-

---

<sup>94</sup> *FG Berlin*, NJW 1986, 344.

<sup>95</sup> So aber *Paulus*, in: *Wieczorek/Schütze*, § 758a Rdnr. 11.

<sup>96</sup> Vgl. *BVerfG*, NJW 2001, 1121, 1122.

<sup>97</sup> *BVerfG*, NJW 2001, 1121, 1122.

<sup>98</sup> Vgl. auch *Gornig*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 13 Rdnr. 77.

<sup>99</sup> So aber *Behr*, NJW 1992, 2125, 2126; dagegen: *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 26 IV 3 c, S. 457; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 758 Rdnr. 4; *Thomas/Putzo*, § 758a Rdnr. 11.

ckung verbunden ist.<sup>101</sup> Vielmehr müssen konkrete, im Protokoll zu vermerkende Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde, wie dies z.B. der Fall ist bei einer unmittelbar bevorstehenden Wohnungsaufgabe.<sup>102</sup>

## **2. Durchsuchung der Wohnung Dritter**

*aa) Durchsuchung.* Legt man mit der h.M. den subjektiven Durchsuchungsbegriff zugrunde, könnte fraglich sein, ob in den Fällen, in denen die Wohnung des Vollstreckungsschuldners von Dritten mitbewohnt wird, die gegen den Vollstreckungsschuldner gerichtete Durchsuchung zugleich einen Eingriff i.S. von Art. 13 Abs. 2 GG gegenüber diesen Dritten darstellt. Denn nach dem subjektiven Durchsuchungsbegriff<sup>103</sup> hängt die Annahme einer Durchsuchung gegenüber den Mitbewohnern davon ab, ob diese im Einzel- bzw. im Regelfall dem Gerichtsvollzieher gegenüber das Vorhandensein pfändbarer Gegenstände geheimhalten wollen oder nicht.

Könnte dies bei Lebensgemeinschaften wegen der Alleingewahrsamsvermutung des § 739 Abs. 1 und 2 ZPO<sup>104</sup> und der durch eine Pfändung regelmäßig alle Gemeinschaftsmitglieder treffenden Einschränkungen noch zu bejahen sein, wird dies bei bloßen Wohngemeinschaften schon schwieriger: Woher soll der Gerichtsvollzieher wissen, ob die Mitglieder einer Studenten-WG ein Interesse daran haben zu verheimlichen, daß ihr Kommilitone pfändbare Sachen in seinem Zimmer aufbewahrt?

Daß der subjektive Durchsuchungsbegriff abzulehnen ist, wurde oben bereits dargelegt. Für die Anwendung des verfassungsrechtlichen Durchsuchungsbegriffs kommt es daher überhaupt nicht darauf an, wie der betroffene Grundrechtsträger den Eingriffszweck im konkreten Fall bewertet: ob er die ihm bzw. einer anderen im geschützten Bereich befindlichen Person mit der Aufklärung des fraglichen Sachverhaltes drohende Freiheitsbeschränkung im konkreten Fall verhindern will oder nicht, ist lediglich in tatsächlicher Hinsicht von Bedeutung als Motiv bei der Erteilung bzw. Verweigerung einer Einwilligung in die Vornahme des Eingriffs, nicht aber in rechtlicher Hinsicht für die Bestimmung des Inhalts des verfassungsrechtlichen Durchsuchungsbegriffs.<sup>105</sup>

Unter Zugrundelegung dieses objektiven Durchsuchungsbegriffs liegt auch gegenüber den Mitbewohnern eine Durchsuchung i.S. von Art. 13 Abs. 2 GG vor. Denn der Zweck des Eingriffs besteht nach dem Gesetz in der Aufdeckung eines Sachverhaltes, der dem Gerichtsvollzieher die Inbesitznahme bzw. Wegnahme beweglicher Sachen (§§ 808, 883 ZPO) oder die Verhaftung des Vollstreckungsschuldners (§ 909 ZPO) ermöglicht und damit ein staatliches Organ in den Stand versetzt, mit unmittelbarer Wirkung in die Bewegungs- oder wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einer der sich in der räumlichen Privatsphäre des Dritten aufhaltenden Person einzugreifen.

---

<sup>100</sup> Vgl. v. Hövel, NJW 1993, 2031; anders kann die Sachlage allerdings zu beurteilen sein, wenn der Schuldner zunächst den Zutritt gewährt und dann seine Einwilligung in dem Augenblick ohne weitere Begründung widerruft, in dem der Gerichtsvollzieher pfändbare Gegenstände ausfindig macht.

<sup>101</sup> Seip, NJW 1994, 354; v. Hövel, NJW 1993, 2031.

<sup>102</sup> Rosenberg/Gaul/Schilken, § 26 IV 3 c, S. 456.

<sup>103</sup> S.oben, III.2.a) aa).

<sup>104</sup> Abs.2 angef. durch Art. 3, § 16 Nr. 11 LebenspartnerschaftsG v. 16.2.2001, BGBl I, 266.

<sup>105</sup> So entfallen auch die von Ewers, DGVZ 1999, 65 vorgebrachten semantischen Bedenken.

b) *Inhalt des § 758a Abs. 3 S. 1 ZPO.* Oben wurde bereits dargelegt, daß das Grundgesetz an einen Eingriff in die räumliche Privatsphäre besondere formelle Anforderungen stellt, wenn es sich bei diesem Eingriff um eine Durchsuchung handelt. Es reicht also nicht aus, daß durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes dem betroffenen Grundrechtsträger die Pflicht auferlegt wird, das Durchsuchen seiner Wohnung durch staatliche Organe zu gestatten. Art. 13 Abs. 2 GG betrifft nicht die materiell-rechtliche Rechtfertigung des Eingriffs, sondern die prozeduralen Vorkehrungen zum Schutz gegen nicht gerechtfertigte Eingriffe.<sup>106</sup>

Wenn demgegenüber auch in der verfassungsrechtlichen Literatur manche eine allein gegen den Schuldner gerichtete Anordnung für ausreichend halten,<sup>107</sup> vermag dies nicht zu überzeugen. Denn damit wird die Wahrung der nach Art. 13 GG zu schützenden Belange des Dritten dem Vollstreckungsschuldner anheimgestellt. Allein von seinem Willen hinge es dann nämlich ab, ob diesen Belangen des Dritten rechtliches Gehör verschafft wird oder nicht; dies führt insbesondere dann zu Schutzdefiziten, wenn die Verhältnisse, unter denen der Schuldner mit dem Dritten zusammenlebt, zerrüttet sind oder der Schuldner aus anderen Gründen kein Interesse daran hat, die berechtigten Belange seiner Mitbewohner wahrzunehmen.

Unter Zugrundelegung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben ist fraglich, ob der neue § 758a Abs. 3 S. 1 ZPO einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung standhalten würde. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, daß mit dieser gesetzlichen Normierung einer „Vollstreckungsberechtigung des Gerichtsvollziehers“ der Erlaß einer richterlichen Durchsuchungsanordnung gegenüber den Mitbewohnern entbehrlich gemacht werden sollte.<sup>108</sup> Die Ansichten über die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung sind geteilt,<sup>109</sup> die Bedenken bestehen m.E. jedoch zu Recht.

Denn Art. 13 Abs. 2 GG läßt eine Ausnahme vom Erfordernis einer richterlichen Anordnung nur zu bei Gefahr im Verzuge. Damit fehlt dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen die Kompetenz, weitere Ausnahmetatbestände zu schaffen. Den präventiven Schutz der räumlichen Privatsphäre der Dritten vom Belieben des Vollstreckungsschuldners abhängig zu machen bzw. - wie es jetzt in § 758a Abs. 3 S. 2 ZPO vorgesehen ist - dem Gerichtsvollzieher zu übertragen, wird den Erfordernissen des Art. 13 GG nicht gerecht.

Entsprechendes gilt für den Versuch des Gesetzgebers, die Entbehrlichkeit einer richterlichen Anordnung damit zu begründen, daß der Dritte mit dem Entschluß zur Wohngemeinschaft

---

<sup>106</sup> Vgl. *Kunig*, Jura 1992, 476, 478; *Pieroth/Schlink*, Rdnr. 882.

<sup>107</sup> Vgl. *Gornig*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 13 Rdnr. 81 m.w.N.

<sup>108</sup> BT-Drs. 13/341, S. 18.

<sup>109</sup> Bedenklich: *Baur/Stürner*, Rdnr. 8.18; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 758 Rdnr. 26; *Münzberg*, DGVZ 1999, 177, 179; unklar *Thomas/Putzo*, vgl. § 758a Rdnr. 8 einerseits und Rdnr. 22 andererseits; unbedenklich: *Heßler*, in: *MünchKomm-ZPO*, § 758a Rdnr. 12; s.a. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 758 Rdnr. 9; *Zöller/Stöber*, § 758a Rdnr. 34.

sein Grundrecht aus Art. 13 GG eingeschränkt habe.<sup>110</sup> Denn der Entschluß, anderen Menschen ganz oder teilweise die eigene räumliche Privatsphäre zugänglich zu machen, ist Grundrechtsausübung, nicht Grundrechtsverzicht: Die nach Art. 13 GG geschützte Privatheit wird nicht durch „klösterliche Einsamkeit“<sup>111</sup> charakterisiert, sondern realisiert sich durch die Freiheit im Zusammenleben mit anderen.<sup>112</sup> Der Entschluß zum Zusammenleben mit anderen hat daher als Wahrnehmung dieser durch Art. 13 GG gewährleisteten Freiheit keinerlei Einfluß auf den Bestand des grundrechtlichen Abwehrrechts gegen hoheitliche Eingriffe.<sup>113</sup>

Den Befürchtungen des Gesetzgebers, daß der Vollstreckungsschuldner bei jedem erneuten Vollstreckungsversuch einen neuen „Mitbewohner“ präsentieren und den Gläubiger in einen aussichtslosen Wettlauf um immer neue Durchsuchungsanordnungen zwingen könnte,<sup>114</sup> kann schon nach der Verfassung dadurch Rechnung getragen werden, daß in einem solchen Ausnahmefall „Gefahr im Verzuge“ vorliegen wird. Keinesfalls aber rechtfertigt die bloße Gefahr eines Mißbrauchs im Einzelfall die Mißachtung eindeutiger verfassungsrechtlicher Gebote!<sup>115</sup>

Darüber hinaus werden durch das Erfordernis einer richterlichen Anordnung auch gegenüber Mitbewohnern keine unzumutbaren Hürden für den Gläubiger aufgestellt. Das Problem, daß ihm in der Regel nicht bekannt sein wird, ob noch weitere Personen in der Wohnung des Vollstreckungsschuldners ihre räumliche Privatsphäre begründet haben und wenn ja, um wen es sich bei diesen Personen handelt, ist in Wirklichkeit kein Problem, weil ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 13 GG nur dann vorliegt, wenn die Begründung einer räumlichen Privatsphäre nach außen irgendwie erkennbar ist.<sup>116</sup> Ist dies im Hinblick auf die Mitbewohner nicht der Fall, weil z.B. weder an der Haus- und/oder Wohnungstür noch auf dem Briefkasten kenntlich gemacht ist, daß außer dem Vollstreckungsschuldner noch weitere Personen ihre Privatsphäre in den fraglichen Räumlichkeiten begründet haben, besteht zunächst nicht die Notwendigkeit, eine Durchsuchungsanordnung auch gegen nach außen nicht in Erscheinung tretende Mitbewohner zu beantragen. Wird dem Gerichtsvollzieher dann infolge einer gegen den Vollstreckungsschuldner gerichteten Anordnung von diesem Zutritt gewährt bzw. verschafft er sich einen solchen ohne Mitwirkung des Schuldners, bleibt er solange zur Durchsuchung der mitbewohnten Räume befugt, wie nicht der Dritte eine derartige Widmung der fraglichen Räumlichkeiten ausdrücklich kundtut bzw. sich eine solche eindeutig aus den Umständen ergibt und der Mitbewohner weder selbst (ausdrücklich oder konkludent) in die Durchsuchung einwilligt, noch Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß sich die vom Vollstreckungsschuldner erteilte Einwilligung auch auf den Dritten erstreckt (wie bei Lebensgemeinschaften regelmäßig anzunehmen sein wird). Darüber hinaus bleibt immer noch die Möglichkeit, die Durchsuchung trotz eines vom Dritten ausdrücklich geäußerten entgegenstehenden Willens fortzusetzen, wenn der Gerichtsvollzieher den Eindruck hat, daß es dem Dritten allein um eine Vollstreckungsvereitelung geht und deswegen Gefahr im Verzuge vorliegt.

Festzuhalten ist, daß bei einer subjektiven, d.h. maßgeblich auf den durch die Entstehungsgeschichte der Norm dokumentierten Willen der gesetzgebenden Organe abstellenden Auslegung § 758a Abs. 3 S. 1 verfassungswidrig wäre.

---

<sup>110</sup> Vgl. BT-Drs. 13/341, S. 17.

<sup>111</sup> Rüpke, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, 1976, S. 23.

<sup>112</sup> Gusy, JuS 1980, 718, 719.

<sup>113</sup> Vgl. auch Pawlowski, DGVZ 1997, 17.

<sup>114</sup> BT-Drs. 13/341, S. 17.

<sup>115</sup> So zu Recht Münzberg, DGVZ 1999, 177, 179.

<sup>116</sup> S. oben, II.2.a).

Indes ist diese subjektive Auslegung nicht die maßgebliche, erst recht nicht dann, wenn andernfalls Verfassungswidrigkeit droht.<sup>117</sup>

Es kommt mithin darauf an, welcher Inhalt sich der fraglichen Bestimmung objektiv entnehmen läßt. Da aber § 758a Abs. 3 ZPO - anders als § 758a Abs. 2 ZPO - die Notwendigkeit einer richterlichen Anordnung nicht ausdrücklich verneint, und andererseits die Bestimmung, daß unbillige Härten gegenüber Mitgewahrsamsinhabern zu vermeiden seien, eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit darstellt, ohne aber die vom Gesetzgeber bezweckte, von der Verfassung abweichende Zuweisung der Zuständigkeit zur präventiven Kontrolle dieser Rechtmäßigkeitsvoraussetzung an den Gerichtsvollzieher objektiv zum Ausdruck zu bringen,<sup>118</sup> ist diese Bestimmung als das auszulegen, was sie bei verfassungsgemäßer Auslegung nur sein kann: als einfachgesetzliche Rechtsgrundlage für die nach Art. 13 Abs. 2 GG auch gegenüber Mitgewahrsamsinhabern an Räumen des Schuldners erforderlichen Anordnungen.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> Münzberg, DGVZ 1999, 177, 179; s.a. *BVerfGE* 93, 37, 81 und *E* 1, 299, 312.

<sup>118</sup> Vgl. auch Münzberg, DGVZ 1999, 177, 179.

<sup>119</sup> Münzberg, DGVZ 1999, 177, 180.