

# DEUTSCHE GERICHTSVOLLZIEHER ZEITUNG



ZEITSCHRIFT für VOLLSTRECKUNGS-  
ZUSTELLUNGS- und KOSTENWESEN

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

F E B R U A R   1 9 9 7   ·   1 1 2 .   J A H R G A N G   ·   N R .   2/97

## Durchsuchungsanordnung gegen den Ehegatten?

Von Prof. Dr. Hans-Martin Pawlowski, Mannheim

### I.

Das Verwaltungsgericht Trier<sup>1)</sup> hat es in einer Vollstreckungssache abgelehnt, einem Vollstreckungsorgan die nach Art. 13 GG erforderliche „gerichtliche Ermächtigung zum Betreten und Durchsuchen der Wohnung des Schuldners ...“ zu erteilen, weil eine derartige Ermächtigung nur dann geeignet sei, den von dem Vollstreckungsorgan bezweckten Rechtserfolg herbeizuführen, wenn die Durchsuchungsanordnung auch gegenüber der Ehefrau des Schuldners ausgesprochen werde, die sich ebenfalls *aus eigenem Recht* auf Art. 13 GG berufen könne. Der Erlaß einer Durchsuchungsanordnung nur gegenüber dem Schuldner verletze daher den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dazu bemerkt eine Anmerkung der Schriftleitung der DGvZ zwar sofort, daß man dies nicht auf zivilrechtliche Vollstreckungen übertragen könne, für die nicht § 2 LVwVG RP gelte, sondern die §§ 739, 755 ZPO. Die folgenden Feststellungen werden aber zeigen, daß diese verwaltungsgerichtliche Entscheidung auf Zusammenhänge aufmerksam macht, die auch bei der zivilrechtlichen Zwangsvollstreckung zu beachten sind.

Volle Zustimmung verdient zunächst der Ausgangspunkt der Entscheidung: So hebt das Verwaltungsgericht zu Recht hervor, daß sich die Ehefrau des Schuldners „aus eigenem Recht“ auf den Schutz des Art. 13 GG berufen kann – und das gilt ebenso für die (nichteheliche) „Lebensgefährtin“ des Schuldners oder für Mitglieder von Wohngemeinschaften, in

denen der Schuldner lebt<sup>2)</sup>. Denn es liegt auf der Hand, daß man die durch Art. 13 GG gewährleisteten Rechte nicht dadurch verliert (verwirkt?), daß man mit anderen zusammenlebt. Andererseits darf das Zusammenleben die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung auch nicht ausschließen: Zusammenleben darf nicht dazu führen, daß „Vollstreckungsoasen“ entstehen. Und es ist anzuerkennen, daß Rechtsprechung und Lehre dies seit dem einschlägigen Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 1979<sup>3)</sup> mit allen Mitteln zu verhindern suchen. Es fragt sich nur, welche Mittel den Schutz zurückdrängen können, den Art. 13 GG jedermann gewährleistet.

### II.

Diese Frage hat man bisher mit besonderem Engagement im Zusammenhang der Vollstreckung zur Herausgabe von Woh-

<sup>1)</sup> DGvZ 1996, S. 142.

<sup>2)</sup> Vgl. nur Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht. 10. Aufl. 1987, § 26 III 3, S. 345 oder Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht. 11. Aufl. 1983, Rz 92 und dazu i. ü. Pawlowski NJW 1981, S. 670 oder in: Die „Bürgerliche Ehe“ als Organisation. 1983, S. 65 ff.

<sup>3)</sup> BVerfGE 51, S. 97 ff.

nungen diskutiert<sup>4)</sup>. Hier stellen jetzt neben einer Reihe von Amts- und Landgerichten<sup>5)</sup> auch das OLG Hamburg<sup>6)</sup>, das Kammergericht<sup>7)</sup> und das OLG Oldenburg<sup>8)</sup> fest, daß der Gerichtsvollzieher gegen die Ehefrau des Mieters nur aufgrund eines gegen diese erlassenen Titels vorgehen kann – was dann naturgemäß auch für die Vollstreckung gegen Lebensgefährten oder Wohngenossen des Mieters gilt. Bei der Herausgabevollstreckung setzt sich also immer mehr die Erkenntnis durch, daß man *den eigenständigen Grundrechten* der Ehefrauen, Lebensgefährten usw. ebenso Rechnung tragen muß, wie man bisher dem entsprechenden Grundrecht der Untermieter Rechnung getragen hat<sup>9)</sup>. Dabei kann hier dahinstehen, ob die nach Art. 13 II GG notwendige „richterliche Anordnung“ bei der Herausgabevollstreckung bereits in dem Herausgabebetitel enthalten ist, wie man vielfach annimmt<sup>10)</sup> oder ob auch bei dieser Vollstreckung eine weitere richterliche Anordnung erforderlich ist<sup>11)</sup>. Denn wenn sich schon der Titel nicht nur gegen den Mieter richten muß, sondern auch gegen dessen Ehegatten oder Lebensgefährten, dann gilt dies natürlich gleichermaßen für eine etwa erforderliche weitere Anordnung.

Die herrschende Lehre geht allerdings immer noch davon aus, daß ein *Titel* gegen alle Besitzer der Wohnung nur *notwendig* ist, wenn beide Ehegatten oder Lebensgefährten bzw. alle Mitglieder einer Wohngemeinschaft den *Mietvertrag unterschrieben* haben<sup>12)</sup>, nicht aber, wenn sich diese zwar den Besitz der Wohnung mit dem Mieter teilen, aber nicht Vertragspartner des Vermieters sind. Dabei bleibt allerdings offen, weshalb es bei der Vollstreckung in diesen Fällen nicht auf den „Gewahrsam“ ankommen soll, sondern auf die materielle „Berechtigung“. *O. Jauernig*<sup>13)</sup> weist dazu zwar darauf hin, daß die übrigen Benutzer der Wohnung (im vollstreckungsrechtlichen Sinne) nicht „Schuldner“ der Räumung seien – was niemand bezweifelt<sup>14)</sup>. Aber gerade dies führt zu der Frage, aus welchem

Rechtsgrund der Gerichtsvollzieher gegen diese Besitzer vorgehen kann. Die Vollstreckung gegen den Untermieter setzt jedenfalls auch dann einen eigenen Titel voraus, wenn dessen Vertrag mit dem Hauptmieter z. B. wegen Dissenses nichtig war und der Hauptmieter i. ü. nicht vermieten durfte. Der Titel gegen den „Mieter“ berechtigt (legitimiert) den Gerichtsvollzieher nur dazu, gegen diesen selbst vorzugehen – sowie gegen die Personen, die im Hinblick auf die Mietsache den Anweisungen des Titelschuldners Folge zu leisten haben: die also i. S. des § 855 BGB dessen „Besitzdiener“ und deshalb anders als die Ehegatten, Lebensgefährten oder Wohngenossen nicht selbst nach § 985 BGB zur Herausgabe verpflichtet sind<sup>15)</sup>: Kinder, Hausangestellte, Gäste etc. Im übrigen machen Gesetz (nämlich die §§ 808 und 809 ZPO) und Verfassung (Art. 13 II GG) genügend deutlich, daß der Gerichtsvollzieher als Staatsorgan nur in den Gewahrsam des im Titel bezeichneten Schuldners eingreifen darf, nicht aber in den Gewahrsam eines Dritten<sup>16)</sup>. Auch wer meint, daß aufgrund des Titels gegen den Schuldner auch dessen Mitbewohner die Wohnung verlassen müßten, muß noch angeben, welcher Akt sich als die nach Art. 13 II GG notwendige „richterliche Anordnung“ zum Eingriff in die Wohnung der Ehefrau etc. darstellt, die den verfassungsrechtlichen Schutz der Wohnung zugunsten der Zwangsvollstreckung zurückdrängt.

2) Wenn sich die Gegenansicht<sup>17)</sup> gegenüber dieser Anerkennung der selbständigen Rechte der Ehefrauen, Lebensgefährten oder Wohngenossen darauf beruft, daß § 885 II ZPO<sup>18)</sup> deutlich erkennen lasse, daß auch die Familienangehörigen in die Vollstreckung einbezogen werden sollten, so mag dies zwar i. Erg. dazu führen, daß man aufgrund des Titels gegen den Mieter auch gegen diese Personen vorgehen kann: Weil man daraus schließen kann, daß auch diese verpflichtet sind, die Wohnung zu verlassen, wenn der Mieter dies „schuldet“. Es sollte aber klar sein, daß sich aus § 885 II ZPO keinesfalls ergibt und ergeben kann, daß der Gerichtsvollzieher als staatliches Organ die Wohnung (auch) dieser Personen jetzt *ohne richterliche Anordnung* betreten (und räumen) kann. Denn man mag dem § 885 II ZPO zwar (wenn auch nur mit Mühe)<sup>19)</sup> entnehmen, daß der Gesetzgeber (des Jahres 1877!) dem Gerichtsvollzieher damit auch die Befugnis zuweisen wollte, die Familienangehörigen des Titelschuldners aus der Wohnung zu weisen – und dies mag dann den Erlaß dahingehender richterlicher Entscheidungen („Anordnungen“) nach dem Erlaß des Titels gegen den Mieter ermöglichen<sup>20)</sup>. Es ist aber nicht ersichtlich, wie sich unter dem Aspekt des Art. 13 GG aus dieser Bestimmung ergeben könnte, daß dies ohne eine *gegen sie* ergangene richterliche Anordnung möglich sein sollte. Wer hier versuchen wollte, die Anordnung „gegen die Ehefrau“ oder „gegen die Lebensgefährtin“ etc. dem Titel gegen den Mieter zu entnehmen, wird bereits an Art. 103 I GG scheitern – denn das eigene Grundrecht auf Unverletzlichkeit

<sup>4)</sup> Vgl. dazu nur *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht. Vollstreckungsverfahren. 1975, § 89 I, S. 425 und *Pawlowski*, DGVZ 1988, S. 97 ff.; *ders.*, Methodenlehre für Juristen. 2. Aufl. 1991, Rz 107 ff. und „Bürgerliche Ehe“ (Fußn. 2), 65 ff. (zust. *Bruns/Peters*, Zwangsvollstreckungsrecht. 3. Aufl. 1987, § 43 III 2, S. 285 ff.; *E. Becker-Eberhard* FamRZ 1994, S. 1296 ff.; *U. Winderlich* ZMR 1990, S. 125 ff.) einerseits und andererseits OLG Schleswig NJW-RR 1993, S. 274 ff., das es als „herrschend“ bezeichnet, daß der Gerichtsvollzieher aufgrund eines Titels gegen den Mieter auch die Familienangehörigen aus der Wohnung weisen könne (ebenso LG Heidelberg DGVZ 1994, S. 9 f.; LG Berlin DGVZ 1993, S. 173 f.: auch gegen Lebensgefährtin; AG Dortmund DGVZ 1996, S. 77 ff.: auch gegen Lebensgefährtin) sowie *O. Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht. 20. Aufl. 1996, § 26 II, S. 119; *Brox/Walker*, ZVR (Fußn. 2), Rz 1047; Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung/Schilken, Bd. 3, 1992, § 885, Rz 7 ff. mit Nachw. oder *I. Scherer* DGVZ 1993, S. 161 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. z. B. LG Kiel DGVZ 1992, S. 42 f.; LG Mannheim NJW-RR 1993, S. 147 f.; LG München Gladbach DGVZ 1996, S. 74.

<sup>6)</sup> MDR 1993, S. 274.

<sup>7)</sup> NJW-RR 1994, S. 713 ff. = DGVZ 1994, S. 25 ff.

<sup>8)</sup> NJW-RR 1994, S. 215 f.

<sup>9)</sup> Bei denen „sicher ist“, wie *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ZVR (Fußn. 2), § 70 II 2, S. 745 feststellt, daß man gegen sie nicht mit einem Titel gegen den Hauptmieter vorgehen kann; anders jetzt *J. Braun*, AcP 191, Heft 6.

<sup>10)</sup> Vgl. nur *Brox/Walker*, ZVR (Fußn. 2), Rz 328 oder Münch-Komm/Schilken, Bd. 3, 1992, § 885, Rz 15 m. weit. Nachw.

<sup>11)</sup> Wie u. a. *Baur/Stürner*, ZVR (Fußn. 2), Rz 92 oder *O. Jauernig*, ZVR (Fußn. 4), § 8 II 3, S. 41 meinen.

<sup>12)</sup> Vgl. nur *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ZVR (Fußn. 2), § 70 II 2, S. 745, der dies als „zweifelloso“ bezeichnet; ebenso *O. Jauernig*, ZVR (Fußn. 4), § 26 II, S. 119 oder *Brox/Walker*, ZVR (Fußn. 2), Rz 1047.

<sup>13)</sup> ZVR (Fußn. 4), § 26 II, S. 119.

<sup>14)</sup> Da dies nichts anderes besagt, als daß kein Titel gegen sie vorhanden ist – im übrigen sind sie aufgrund der §§ 985, 1007 BGB dem Eigentümer ebenso zur Herausgabe verpflichtet wie der Mieter nach § 556 BGB.

<sup>15)</sup> Vgl. nur *Palandt/Bassenge*, Bürgerliches Gesetzbuch. 55. Aufl. 1996, § 985, Rz 4 oder *Brox/Walker*, ZVR (Fußn. 2), Rz 236.

<sup>16)</sup> Dazu *Pawlowski*, Methodenlehre (Fußn. 4), Rz 107 ff.

<sup>17)</sup> Vgl. Fußn. 4.

<sup>18)</sup> So zunächst *F. Bauer*, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen. 3. Aufl. 1974 und jetzt *Brox/Walker*, ZVR (Fußn. 4), Rz 1047; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ZVR (Fußn. 2), § 70 II 2, S. 745 oder *O. Jauernig*, ZVR (Fußn. 4), § 26 II, S. 119.

<sup>19)</sup> Denn der Gesetzgeber ging 1877 davon aus, daß die Ehefrau nicht Besitzerin der Wohnung war; vgl. dazu die Darstellung bei *Pawlowski*, Methodenlehre (Fußn. 4), Rz 107 ff. – und gegen Besitzdiener kann man auch heute noch mit einem Titel gegen den Besitzer vorgehen; vgl. BVerfG MDR 1991, S. 1101.

<sup>20)</sup> *A. Blomeyer*, ZVR (Fußn. 4), § 89 I, S. 425 hielt es z. B. mit dem LG Münster (MDR 1973, S. 934) für möglich, den Titel auf die Ehegatten „umzuschreiben“.

der Wohnung, das der Ehefrau ebenso zusteht wie der Lebensgefährtin oder den Mitgliedern einer Wohngemeinschaft, kann nur durch eine richterliche Entscheidung zurückgedrängt werden, *vor* der den Rechtsinhabern Gehör gewährt worden ist<sup>21)</sup>.

3) Wenn man jetzt überlegt, wie man die notwendige Vollstreckung auf Herausgabe der Wohnung auch in den Fällen ermöglichen kann, in denen diese nicht nur dem Vertragspartner, sondern auch noch weiteren gleichberechtigten Besitzern zur Wohnung dient (Art. 13 GG), so könnte man auch hier wie bei der Geldvollstreckung zunächst an einen in analoger Anwendung des § 761 ZPO zu erlassenden „Beschluss“ denken, der seine Grundlage dann in § 885 II ZPO finden könnte – oder mit *A. Blomeyer*<sup>22)</sup> an eine „Umschreibung“ des Titels: also an nachträgliche richterliche „Ergänzungen“ des Titels. Bedenkt man dann aber, daß dies mangels gesetzlicher Anordnung (Art. 13 III GG)<sup>23)</sup> nur gegenüber Familienangehörigen gelten würde, nicht aber gegenüber Lebensgefährten oder Mitgliedern einer Wohngemeinschaft, bei denen die gleichen Probleme auftreten, dann wird man auf das normale Erkenntnisverfahren zurückgreifen: Weil der Herausgabeberechtigte in diesen Verfahren ohne weiteres darlegen kann, daß er nach den §§ 985 oder 1007 BGB die Herausgabe der Wohnung von diesen Personen ebenso verlangen kann wie von seinem Vertragspartner.

### III.

1) Überlegt man jetzt, was sich daraus für das Verfahren der Vollstreckung wegen Geld ergibt, so wird klar, daß sich auch hier aus § 739 ZPO zwar folgen mag, daß der Richter keine besonderen Gründe braucht, um den auch der Ehefrau des Titelschuldners durch Art. 13 GG gewährleisteten Schutz der Wohnung durch den Erlass einer Durchsuchungsanordnung einzuschränken. Der Richter kann vielmehr davon ausgehen, daß der Gesetzgeber mit § 739 ZPO klargestellt hat, daß das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht der Ehefrau in diesen Fällen gegenüber dem ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Gläubigerrecht zurücktreten muß<sup>24)</sup>. Klar wird aber andererseits auch, daß § 739 ZPO die nach Art. 13 GG erforderliche „richterliche Anordnung“

<sup>21)</sup> Wer hier darauf hinweisen wollte, daß in einer Reihe von Fällen (wie z. B. bei Haftbefehlen oder Eilentscheidungen) auch das *nachträgliche* Gehör genüge – um dann auf die Möglichkeit einer Erinnerung oder einer Klage nach § 771 ZPO zu verweisen –, verkennt, daß dies gegenüber Art. 13 GG nur bei „Gefahr im Verzuge“ verfährt: Es handelt sich bei Räumungsvollstreckungen bekanntlich nicht um „Eilsachen“.

<sup>22)</sup> Vgl. Fußn. 20.

<sup>23)</sup> Man weist zwar auch heute in Rechtsprechung und Lehre noch immer darauf hin, daß man bei diesen Personengruppen § 885 II ZPO „analog“ anwenden könne – *O. Jauernig*, ZVR (Fußn. 4), § 26 II, S. 120, spricht hier sogar von einem „Erst-recht-Schluß“. Und man würde auch schließlich Zweifel daran zurückstellen, ob hier wirklich genügend Argumente für eine Analogie sprechen – auf die z. B. *F. Gaul* oder *O. Jauernig* im Hinblick auf die analoge Anwendung des § 739 ZPO verweisen; vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ZVR (Fußn. 2), § 20 II 1, S. 246 bzw. *O. Jauernig*, ZVR (Fußn. 4), § 17 II, S. 78 – *wenn hier eine Analogie zulässig wäre*. Dies ist jedoch nicht der Fall, da nach unserem Verfassungsrecht Analogieschlüsse nicht nur ausgeschlossen sind, wenn es um die Begründung der Strafbarkeit eines Verhaltens geht, sondern auch bei der Einschränkung von Grundrechten, wo der „Vorbehalt des Gesetzes“ gilt; vgl. nur BVerfGE 71, S. 183 ff., JZ 1986, S. 153 ff. und auch *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ZVR (Fußn. 2), § 20 II 1, S. 246 oder *Pawlowski*, Methodenlehre (Fußn. 4), Rz 657 ff.

<sup>24)</sup> Vgl. die Darstellung bei *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ZVR (Fußn. 2), § 26 III 3, S. 345.

ebensowenig ersetzen kann und ersetzt wie § 885 II ZPO. Und es liegt ebenfalls auf der Hand, daß eine Durchsuchungsanordnung, die der Richter gegen den Titelschuldner erläßt, sich nicht auch gegen dessen Ehegatten richtet – weil dieser zum einen an dem Verfahren nicht beteiligt war (Art. 103 I GG), und weil der Richter zum anderen aufgrund des bisherigen Verfahrens nicht in der Lage war, im Hinblick auf die Person und die Interessen des Ehegatten die Entscheidung zu treffen, die das Bundesverfassungsgericht von ihm aufgrund von Art. 13 GG im Hinblick auf den Schuldner verlangt. Es wäre unverständlich, aufgrund des Art. 13 GG die Vollstreckung zwar wegen entgegenstehender Interessen des Schuldners aufzuschieben oder zu begrenzen, nicht aber wegen entgegenstehender Interessen der Mitbewohner, die dem Gläubiger nichts schulden. Insofern hebt also das Verwaltungsgericht zu Recht hervor, daß die „Ermächtigung zum Betreten ... der Wohnung des Schuldners ...“ nur sinnvoll sei, wenn sich diese gegen den Schuldner *und gegen die mit diesem zusammenlebende Ehefrau* richtet. Zweifelhaft kann nur sein, was dem Richter nun die Befugnis gibt, nicht nur unter Berufung auf § 758 ZPO den dem Schuldner durch Art. 13 GG gewährleisteten Schutz der Wohnung zu beschränken, sondern auch den der Ehefrau (oder der Lebensgefährtin bzw. den Schutz derer, die mit Schuldner in einer Wohngemeinschaft leben).

Hier könnte man sich zwar hinsichtlich der Ehefrau beruhigt auf § 739 ZPO zurückziehen, der dem Gerichtsvollzieher diese Befugnis geben sollte und soll. Mißlich ist aber, daß sich aus dieser Bestimmung damit eine „Benachteiligung der Ehe gegenüber den nichtehelichen Lebensgemeinschaften“ ergibt<sup>25)</sup> – was dazu führen könnte, daß sich das Bundesverfassungsgericht eines Tages gezwungen sieht, die Vollstreckung in Ehemwohnungen zu beschränken, weil sich die geltenden Regelungen nicht mit Art. 6 I GG vereinbaren lassen. *F. Gaul*<sup>26)</sup> sucht diesem Dilemma zwar dadurch zu entgehen, daß er die Ermächtigung zum Vorgehen gegen Dritte aus § 755 ZPO ableitet, nach dem der Besitz des Titels den Gerichtsvollzieher auch Dritten gegenüber legitimiert<sup>27)</sup> – was einer genaueren Prüfung jedoch nicht standhält. Anzuerkennen ist nur, daß es „nicht in Ordnung wäre“, wenn man nicht mehr vollstrecken könnte, sobald der Schuldner zu einer Lebensgefährtin oder in eine Wohngemeinschaft zieht. Von daher erhält das Eintreten für die analoge Anwendung der für Ehegatten geltenden Vorschriften oder der Hinweis auf § 755 ZPO seine Plausibilität – und vielleicht seine *praktische* Rechtfertigung<sup>28)</sup>. Und es sind auch keine Rechtsgründe ersichtlich, die es dem Gesetzgeber verwehren würden, das Vollstreckungsrecht entsprechend auszugestalten. Mir scheint nur, daß dies bisher noch nicht geschehen ist – was vielleicht klarer wird, wenn man sich kurz vor Augen führt, wie sich die hier diskutierten Probleme entwickelt haben.

2) Zunächst sei dran erinnert<sup>29)</sup>, daß es sich bei den nichtehelichen Lebensgemeinschaften und den Wohngemeinschaften

<sup>25)</sup> Weshalb man § 739 BGB zunehmend als verfassungswidrig bezeichnet; vgl. nur *Brox/Walker*, ZVR (Fußn. 10), Rz 241; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ZVR (Fußn. 2), § 20 II 1, S. 245 f.; *O. Jauernig*, ZVR (Fußn. 4) § 17 II, S. 78; *Baur/Stürmer*, ZVR (Fußn. 2), Rz 288.

<sup>26)</sup> *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ZVR (Fußn. 2), § 26 III 3, S. 345.

<sup>27)</sup> Nämlich zur Empfangnahme der in § 754 ZPO erwähnten Leistungen!

<sup>28)</sup> Die aber nicht davor schützt, daß das Bundesverfassungsgericht diese Rechtfertigung der Praxis aus der Hand nimmt, wie es 1979 (vgl. Fußn. 3) die bis dahin anerkannte Rechtfertigung der Befugnisse des Gerichtsvollziehers beiseite geschoben hat.

<sup>29)</sup> Vgl. zu folgenden *Pawlowski*, „Bürgerliche Ehe“ (Fußn. 2), S. 65 ff. oder *Irlé/Mayntz/Mußnug/Pawlowski/Schünemann*, Die Durchsetzung des Rechts. Mannheim 1984, S. 27 ff.

um Erscheinungen handelt, mit denen der Gesetzgeber der ZPO noch nicht konfrontiert war – jedenfalls nicht in diesem Umfang: Bis zu deren Auftreten war daher die zivilrechtliche Vollstreckung angemessen organisiert. Die Besonderheiten, die sich heute (auch) bei der Vollstreckung in „Wohngemeinschaften“ ergeben, waren für die Bedürfnisse der Praxis durch die Vorschriften über die Vollstreckung gegen Ehegatten ausreichend erfaßt – weil auch diejenigen, die schon damals in einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft („Onkelehe“) lebten, dies angesichts der prekären Duldung dieser Institutionen nicht zum Anlaß nahmen, sich einen Vollstreckungsschutz zu erkämpfen, der über den der Eheleute hinausging. Angesichts des seit 1969 massenhaften Auftretens von Wohngemeinschaften und nicht-ehelichen Lebensgemeinschaften<sup>30)</sup>, die sich nicht selten als „progressiv“ verstehen und daher Entgegenkommen einfordern, stellt sich dies jetzt anders dar: Jetzt muß positiv bestimmt werden, daß und weshalb für Vollstreckungen in Wohn- oder Lebensgemeinschaften die gleichen Regelungen gelten und gelten sollen, wie für Vollstreckungen in eheliche Lebensgemeinschaften. Die Gründe hierfür liegen zwar auf der Hand: Weil die besonderen Regelungen für die Vollstreckung gegen Ehegatten nicht darauf beruhen, daß die Ehegatten (auch) in einer Sexualgemeinschaft oder in einem bestimmten Güterstand leben usf. Entscheidend ist vielmehr, daß es unbillig sein würde, dem vollstreckenden Gläubiger (und d. h. praktisch: dem Gerichtsvollzieher) das Risiko aufzubürden, daß er die Rechts- und Besitzverhältnisse der in der gemeinsamen Wohnung (hinter einer Wohnungstür) lebenden Ehegatten falsch einschätzt. Und es liegt auf der Hand, daß dies für alle Wohn- und Lebensgemeinschaften gilt. Daher kann es von Rechts wegen nur darum gehen, die bisher für Ehegatten geltenden Regelungen auf alle Wohn- und Lebensgemeinschaften zu erstrecken – nicht aber, die §§ 739, 845 II ZPO abzuschaffen, weil sie Ehegatten benachteiligen. Es sollte aber deutlich geworden sein, daß nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Befugnis zur Übertragung gesetzlicher Eingriffskompetenzen auf weitere, bisher nicht geregelte Fälle nicht zur Kompetenz der Gerichte gehört, sondern dem Gesetzgeber vorbehalten ist – so unpraktisch das auch anmuten mag. Insofern kann die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Trier den Gesetzgeber darauf aufmerksam machen, daß er auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung neben Reformaufgaben auch noch Anpassungsaufgaben zu erfüllen hat.

3. Abschließend sei kurz hervorgehoben, was der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang regeln müßte – da aus bisherigen Überlegungen hervorgeht, daß sowohl auf dem Gebiet der *Geldvollstreckung* als auch auf dem Gebiet der Herausgabevollstreckung Modernisierungsbedarf besteht. Dabei wirft die – problemorientierte – Anpassung der Regelungen der Geldvollstreckung die wenigsten Fragen auf, da es hier nur darum gehen kann, zunächst Art. 13 II GG so zu fassen, daß er die Vollstreckung aus gerichtlichen Urteilen ohne eine weitere Entscheidung erlaubt – was auch die Probleme löst, die sich sonst aus Art. 103 ergeben – und dann die Vermutungen der §§ 1362 BGB und 739 ZPO auf alle Mitglieder von Wohngemeinschaften zu erstrecken. Hier hätte der Gesetzgeber also nur folgendes festzustellen:

I. Zugunsten der Gläubiger des Mitglieds einer Wohngemeinschaft wird vermutet, daß die beweglichen Sachen sowie Inhaber- und Orderpapiere, die mit Blankoindossament versehen sind, die sich im gemeinsamen Besitz von Mitgliedern der Wohngemeinschaft befinden, dem Schuldner gehören – es sei denn, daß sie erkennbar zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch eines anderen Mitglieds der Wohngemeinschaft bestimmt sind.

<sup>30)</sup> Die sich nämlich ausbreiten konnten und ausbreiteten, seitdem deren Vermieter infolge der Änderungen des Verbots der Kuppelei keine strafrechtlichen Sanktionen mehr zu befürchten brauchten.

II. Wird zugunsten der Gläubiger eines Mitglieds einer Wohngemeinschaft vermutet, daß der Schuldner Eigentümer beweglicher Sachen ist, so gilt unbeschadet der Rechte Dritter für die Durchführung der Zwangsvollstreckung nur der Schuldner als Gewahrsamsinhaber und Besitzer.

Im Hinblick auf die *Vollstreckung auf Herausgabe von Wohnungen* stellen sich dann aber Entscheidungsalternativen: Eine der möglichen – verfassungskonformen – Regelungen bietet die sich jetzt ausbreitende Praxis, nach der diese Vollstreckung erst möglich ist, wenn Titel gegen alle Besitzer vorliegen – wie es § 736 BGB bereits für die Herausgabe der Räume bestimmt, deren Besitzer eine BGB-Gesellschaft ist. Soziale Veränderungen legen allerdings auch im Hinblick auf die Herausgabevollstreckung Regelungen nahe, die ein Eingreifen des Gesetzgebers voraussetzen: So ergibt sich aus der Praxis der Wohngemeinschaften<sup>31)</sup> – aber auch z. B. von Hausbesetzungen<sup>32)</sup>, die sich in ihrer Problematik mit der von Wohngemeinschaften überschneiden können<sup>33)</sup> – heute nicht selten das dringende Bedürfnis, einen gegen einen Mieter ergangenen Titel nachträglich zu erweitern. Hier könnte man z. B. an ein besonderes Verfahren der „Umschreibung“ des Titels denken, bei dem der entscheidende Tatbestand – nämlich die Behauptung eines eigenen „Wohnrechts“ durch den Mitbewohner – nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen wäre, sondern aufgrund seiner Weigerung, die Wohnung zu verlassen, unterstellt werden könnte. Dann könnte es nach einem Räumungsversuch, der an der Weigerung der Mitbesitzer scheitert, zu einem Verfahren über die nachträgliche Erweiterung des Titels kommen, aufgrund dessen dann gegen die Mitbesitzer eine „richterliche Anordnung“ i. S. des Art. 13 II GG ergehen könnte. Dieses Verfahren – in das übrigens auch etwaige Untermieter einzubeziehen wären<sup>34)</sup> – wäre (erst und nur) dann in ein „normales Erkenntnisverfahren“ überzuleiten, wenn sich der oder die Mitbewohner in diesem Verfahren auf eigene Rechte gegenüber dem Titelgläubiger berufen. Berufen sich dagegen die anderen Besitzer gegenüber dem Herausgabeberechtigten nicht auf ein eigenes „Recht zum Besitz“, dann sollte der Richter aufgrund des Herausgabeteils gegen den Mieter aufgrund des jetzt unstreitigen Sachverhalts und der eindeutigen Rechtslage<sup>35)</sup> gegenüber den anderen Besitzern anordnen könne, daß auch diese die Wohnung zu räumen haben. In diesem Zusammenhang sollte der Gesetzgeber dann auch die Fragen klären, die sich im Verhältnis zu „unbekannten Beteiligten“ ergeben, denen gegenüber der Staat dem Eigentümer „effektiven Rechtsschutz“<sup>36)</sup> zu gewährleisten verpflichtet ist. Eine derartige Anpassung an die heutigen Probleme der Herausgabevollstreckung könnte damit auch zu einer sachgerechten Vereinfachung dieser Vollstreckungsverfahren führen.

<sup>31)</sup> Vgl. dazu OLG Oldenburg JuS 1996, S. 174.

<sup>32)</sup> Vgl. dazu Bruns/Peters, ZVR (Fußn. 4), § 43 III 5, S. 287; Baur/Stürner, ZVR (Fußn. 2), Rz 659, 925 oder Pawlowski, Durchsetzung (Fußn. 29), S. 24 ff., 29 ff. sowie jetzt die Darstellung von I. Scherer DGVZ 1993, S. 132 ff. oder die Ausführungen von G. Christmann DGVZ 1996, S. 81 ff. zu der in der vorigen Fußn. angeführten Entscheidung des OLG Oldenburg.

<sup>33)</sup> Wie der dem OLG Oldenburg (Fußn. 31) vorliegende Fall zeigt.

<sup>34)</sup> Schon weil die Übergänge zwischen „Wohngemeinschaft“ und „Untermiete“ fließend und äußerlich nicht immer erkennbar sind.

<sup>35)</sup> Vgl. oben Fußn. 15.

<sup>36)</sup> Vgl. nur BVerfGE 42, S. 64 ff., 73; 49, 220 ff., 226.

# Ist eine wirksame Zustellung durch die Post derzeit möglich?

Von Assessor Wolfgang Späth, Sünzhausen

## I. Vorbemerkung

Ein im Rechtsleben u. U. für den Betroffenen sehr einschneidender und nicht selten bei Nichteinhaltung von Fristen mit erheblichen prozessualen und auch materiellen Nachteilen verbundener Vorgang ist die Zustellung durch die Post, die Notfristen in Lauf setzt.

Das Zustellungsrecht ist – und das zu Recht – an strenge Förmlichkeiten gebunden. Im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit und nicht zuletzt wegen der genannten ggf. einschneidenden prozessualen und gravierenden materiell-rechtlichen Nachteile müssen diese Förmlichkeiten peinlich genau beachtet und eingehalten werden. Fehlt es auch nur an einem wesentlichen Teil ist die ganze Zustellung unwirksam. Das hat die Rechtsprechung schon früh herausgearbeitet. Fehlte z. B. die Unterschrift des Postbediensteten auf der Zustellungsurkunde, war (und ist) die Zustellung unheilbar unwirksam<sup>1)</sup>. Gerade bei der Zustellung durch die Post gemäß § 195 ZPO gehörte – und gehört auch weiter – die Beurkundung derart zum Zustellungsvorgang, daß sie nicht völlig losgelöst von der Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks erfolgen kann<sup>2)</sup>. Abgeschlossen ist die Zustellung erst dann, wenn die Zustellungsurkunde an die auftraggebende Stelle – z. B. Geschäftsstelle des Gerichts, Gerichtsvollzieher – zurückgelangt ist<sup>3)</sup>. Das kann nur bedeuten, daß alle „Zwischenstationen“ den strengen Anforderungen genügen müssen, auch wenn nur für einen Teil von ihnen eine Haftung nach Amtshaftungsgrundsätzen in Betracht kam und auch heute noch kommt.

Nach der Privatisierung der Unternehmen der früheren Deutschen Bundespost ist die Frage, ob die Deutsche Post AG – das Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost POSTDIENST – zur wirksamen Zustellung befugt ist und für die ordnungsgemäße und formgerechte Durchführung solcher Zustellungen die erforderlichen Maßnahmen und Anordnungen getroffen hat, Gegenstand von Zweifeln und kontroversen Äußerungen geworden. Der von mir<sup>4)</sup> vertretenen Meinung, die diese Befugnis nach dem derzeitigen Rechtszustand verneint, widerspricht *Pahlke*<sup>5)</sup>. Er erklärt es als nicht vorstellbar, welche im Gesetzgebungsverfahren nicht bedachten Umstände die von mir gezogenen Schlußfolgerungen rechtfertigen könnten. Nach *Pahlke* reichen die im Zusammenhang mit der Privatisierung erlassenen Vorschriften aus. Die in § 16 Abs. 1 PostG<sup>6)</sup> erfolgte Beleihung mit dem Recht, Schriftstücke nach den Regeln des Prozeß- und Verfahrensrechts förmlich zustellen zu können, stelle eine ausreichende Rechtsgrundlage dar und begründe unzweifelhaft die Befugnis des Privatrechtssubjekts „Deutsche Post AG“ zu hoheitlichem Handeln gegenüber dem Empfänger. Die Deutsche Post AG unterliege bei förmlichen Zustellungen einer direkten Haftung gegenüber dem Empfänger nach Amtshaftungsgrundsätzen<sup>7)</sup>.

Das OLG Frankfurt/M<sup>8)</sup> bejaht ebenfalls die Zustellungsberechtigung der Deutschen Post AG. Es bezeichnet den einzelnen Postzusteller aufgrund der Beleihung in § 16 Abs. 1 PostG als „öffentliche Behörde“ i. S. des § 415 Abs. 1 ZPO.

Auch nach Durchsicht und Kenntnisnahme von diesen Auffassungen und ihren Begründungen halte ich im Ergebnis daran fest, daß derzeit die Zustellung mit PZU nicht wirksam möglich ist.

## II. Einführung

Von jeher stellt der Gesetzgeber neben der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher sowie den Zustellungsmöglichkeiten nach § 5 Abs. 1 VwZG und gegen Empfangsbekanntnis (§ 5 Abs. 2 VwZG) die Zustellung durch die Post zur Verfügung. Nach § 39 der Postordnung<sup>9)</sup> konnte „die Post“ beauftragt werden, Schriftstücke, deren förmliche Zustellung gesetzlich vorgesehen oder gerichtlich oder behördlich angeordnet ist, durch einen Postbediensteten *nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung zustellen zu lassen*. Gemeint war die Deutsche Bundespost, die u. a. im Bereich der Briefbeförderung und -zustellung hoheitlich tätig war. Der Auftrag mußte das verschlossene Schriftstück sowie ein vorbereitetes Formular nach amtlichem Muster zur Zustellungsurkunde enthalten<sup>10)</sup>. In § 39 Abs. 5 PostO ist vom Zustellpostamt und von der Auftragsgebühr die Rede. Durch die verschiedenen Gesetzesänderungen und Neuordnungen in der Folgezeit ist diese Regelung aufgehoben worden<sup>11)</sup>.

Durch das Gesetz über das Postwesen (PostG)<sup>12)</sup>, dessen Neufassung aufgrund des Poststrukturgesetzes vom 8. 6. 1989<sup>13)</sup> erfolgt und veröffentlicht worden ist, wurde das damalige Nachfolgeunternehmen Deutsche Bundespost POSTDIENST mit dem Recht beliehen, Schriftstücke nach den *Regeln des Prozeß- und Verfahrensrechts* förmlich zustellen zu können. Gleichzeitig wurde in § 16 Abs. 2 PostG die Haftung des Nachfolgeunternehmens Deutsche Bundespost POSTDIENST nach den Vorschriften über die Schadenersatzpflicht des Dienstherrn für Amtspflichtverletzungen seiner Beschäftigten gegenüber dem Auftraggeber und dem Zustellungsempfänger normiert<sup>14)</sup>.

Durch § 65 PostVerfG<sup>15)</sup> wurden die Unternehmen der Deutschen Bundespost verpflichtet, bis zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach § 25 Abs. 2 die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes angebotenen Dienstleistungen der Deutschen Bundespost uneingeschränkt weiterzuführen. Auf der Grundlage des genannten Gesetzes wurde die Postdienstverordnung erlassen. Nach § 20 Abs. 2 dieser Postdienstver-

<sup>1)</sup> BGH Urt. IVb ZR 621/80 v. 26. 11. 1980, NJW 1981, 874 = MDR 1981, 394; schon früher Urt. IV ZR 262/60 v. 22. 2. 1961, LM Nr. 2 zu § 195 ZPO.

<sup>2)</sup> BGH, LM Nr. 2 zu § 195 ZPO.

<sup>3)</sup> BGH a. a. O.

<sup>4)</sup> DSfR 1994, 1723 ff.

<sup>5)</sup> DSfR 1996, 2006.

<sup>6)</sup> v. 14. 9. 1994, BGBl. I 1994, 2325/2368.

<sup>7)</sup> Art. 34 GG, § 839 BGB.

<sup>8)</sup> Beschl. 3 Ws 735/96 v. 10. 9. 1996, NJW 1996, 3159 = DGVZ 1997, S. 26.

<sup>9)</sup> Vom 16. 5. 1963, BGBl. I 1963, 341.

<sup>10)</sup> § 39 Abs. 3 Nr. 2 PostO.

<sup>11)</sup> Vgl. u. a. § 65 Abs. 1 PostverfG.

<sup>12)</sup> Vom 28. 7. 1969, BGBl. I, 1006 i. d. F. der Bekanntmachung der Neufassung vom 3. 7. 1989, BGBl. I 1989, 1449.

<sup>13)</sup> BGBl. I 1989, 1026.

<sup>14)</sup> Das zeigt erneut den hoheitlichen Charakter der Posttätigkeit in diesem Bereich.

<sup>15)</sup> Vom 8. 6. 1989, BGBl. I 1989, 1026, außer Kraft getreten mit Ablauf des 31. 12. 1994, Art. 13 des Postneuordnungsgesetzes vom 14. 9. 1994, BGBl. I 1994, 2325.

ordnung (PostV)<sup>16)</sup> konnte die Deutsche Bundespost POSTDIENST beauftragt werden, Schriftstücke, deren förmliche Zustellung gesetzlich vorgesehen oder gerichtlich oder behördlich angeordnet ist, nach den *Vorschriften der Zivilprozessordnung* zuzustellen (Postzustellungsauftrag). Hier ist also die Befugnis vom „Prozeß- und Verfahrensrecht“ zumindest dem Wortlaut nach – wie früher in § 39 Abs. 1 PostO – wieder eingeschränkt worden auf die Befugnis lediglich nach den Vorschriften der ZPO. Diese Beschränkung wurde durch § 16 Abs. 1 PostG in der Fassung des Postneuordnungsgesetzes<sup>17)</sup>, wieder auf das „Prozeß- und Verfahrensrecht“ erweitert.

Wie erwähnt enthielt § 39 Abs. 3 PostO zwingende Vorschriften darüber, was ein Postzustellungsauftrag enthalten mußte. Die nachfolgenden Änderungen, Neufassungen, Ergänzungen etc. enthalten derartige Vorschriften über die Voraussetzungen für die Erteilung eines ordnungsgemäßen Postzustellungsauftrages sowie für die Behandlung der Zustellungsurkunde (früher § 39 Abs. 4 PostO) nicht mehr.

### III. Eigene Stellungnahme

#### 1. Rechtstellung der früheren Deutschen Bundespost

Die Deutsche Bundespost war eine Behörde<sup>18)</sup> im Sinne des § 415 ZPO. Bei bestimmten Tätigkeiten – darunter der förmlichen Zustellung von Schriftstücken – waren ihre Bediensteten, ohne daß der einzelne von ihnen Beamter im staatsrechtlichen Sinne sein mußte, teilweise hoheitlich tätig und insoweit Amtsträger i. S. des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB<sup>19)</sup>. Sie haftete demzufolge auch ggf. dem Zustellungsadressaten gegenüber aus Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB, Art. 34 GG<sup>20)</sup>. Diese besondere öffentlich-rechtliche Stellung und Tätigkeiten sind, wie noch darzulegen sein wird, an zahlreichen Stellen von entscheidender Bedeutung.

#### 2. Rechtliche Qualität der Tätigkeit bei förmlicher Zustellung

##### a) Allgemeines

Bei der förmlichen Zustellung nach den Vorschriften der ZPO und den Vorschriften des VwZG handelt es sich um eine nicht typisch postalische Tätigkeit sondern um eine „Amtshilfe“-Tätigkeit bei der Bewältigung bestimmter öffentlicher Aufgaben<sup>21)</sup>. Nur bei der Durchführung des eigentlichen Zustellungsaktes im engeren Sinne lag damals – und muß auch heute noch liegen – eine hoheitliche Tätigkeit vor, für die nach Amtshaftungsgrundsätzen gehaftet wurde (und werden mußte). Eine Haftung für nicht ordnungsgemäße Ausführung der vor und nach dem eigentlichen Zustellungsakt vorzunehmenden postalischen Tätigkeiten (Beförderung des zuzustellenden Schriftstücks zum Bestimmungspostamt, Rücksendung der Zustellungsurkunde an den Auftraggeber durch einfachen Brief) richtete sich, auch wenn diese noch dem Bereich hoheitlicher Tätigkeiten zuzurechnen waren, nach den postgesetzlichen Sondervorschriften<sup>22)</sup>.

##### b) Der Zustellungsakt im engeren Sinne

Zum Zustellungsakt im engeren Sinne gehörten die Aushändigung des zuzustellenden Schriftstücks an den Empfänger – ggf. die Ersatzzustellung –, die handschriftliche Unterzeichnung der Zustellungsurkunde sowie die „Überlieferung“ der Zustellungsurkunde an die „Postanstalt“. Auch die Aufbewahrung und Aushändigung eines nach § 182 ZPO niedergelegten Schriftstückes durch die Postanstalt fällt in den „Amtshaftungsbereich“<sup>23)</sup>. Damit waren durch das Gesetz auch Amtspflichten der „Postanstalt“ im Interesse des Zustellungsadressaten begründet, obwohl zwischen ihm und der Post kein Nutzungsverhältnis wie zwischen Absender und Post besteht<sup>24)</sup>. Die weitere Überlieferung von der „Postanstalt“ an den Gerichtsvollzieher (s. § 195 ZPO) gehört dagegen zu den Tätigkeiten nach dem Zustellungsakt im engeren Sinne. Da die Zustellung erst mit der Rückkunft der Urkunde beim Auftraggeber – Gerichtsvollzieher, Geschäftsstelle des Gerichts – beendet war – und auch heute noch ist – fallen jedoch auch alle diese Tätigkeiten, auch wenn nicht für alle nach Amtshaftungsgrundsätzen gehaftet wird, noch in den hoheitlichen Tätigkeitsbereich<sup>25)</sup>.

##### c) Zum Begriff der „Postanstalt“

Nach *Pahlke* handelt es sich hier um einen „veralteten“ Begriff, der „nur gewisse Modalitäten der Ersatzzustellung“ betreffe und nur einen bestimmten „Ort, an dem die Niederlegung erfolgen kann“, bezeichne. Diese Auffassung wird dem Gesetz nicht gerecht.

Aus den im Gesetz genannten Zuständigkeiten und Pflichten der „Postanstalt“ ergibt sich entgegen *Pahlke*, daß es sich nicht um einen nur in § 182 ZPO<sup>26)</sup> verwendeten – und erst recht nicht veralteten – nur „gewisse Modalitäten der Ersatzzustellung“ betreffenden Begriff mit „Ortsbezeichnung“ handelt. Für die Niederlegung sind die Geschäftsstelle des Amtsgerichts, der „Polizeivorsteher“ und der „Gemeindevorsteher“ – also ausschließlich Behörden – neben der „Postanstalt“ als für die Niederlegung zuständige Stellen aufgeführt. Der Begriff der Postanstalt bezeichnet daher eine hoheitlich tätige Stelle aus dem Betriebsbereich der früheren Deutschen Bundespost – heute also der Deutschen Post AG – die mit für die Wirksamkeit einer Zustellung zumindest auch unerläßlichen hoheitlichen Handlungen betraut ist und dazu auch durch Beleihung befugt sein muß, und nicht nur einen ohne weiteres und beliebig auswechselbaren Niederlegungs-ort.

Soweit das OLG Frankfurt/M<sup>27)</sup> wegen § 16 Abs. 1 PostG den einzelnen Postzusteller als „öffentliche Behörde“ i. S. des § 415 ZPO bezeichnet, kann dem nicht zugestimmt werden. Von einer Behörde kann nur gesprochen werden, wenn sie so anerkannt und eingerichtet ist, daß sie nicht vom Dasein eines einzelnen Beamten abhängt<sup>28)</sup>. Ein einzelner „Beamter“ oder Bediensteter kann daher keine „Behörde“ sein. Im übrigen hat

<sup>16)</sup> Vom 24. 6. 1991, BGBl. I 1991, 1372.

<sup>17)</sup> BGBl. I 1994, 2325/2368.

<sup>18)</sup> BayObLG Beschl. 4 St RR 37/93 v. 5. 7. 1993, NJW 1993, 2947.

<sup>19)</sup> BayObLG a. a. O. Diese Personen waren dazu bestellt, „bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB).

<sup>20)</sup> § 16 Abs. 2 PostG.

<sup>21)</sup> BGH in NJW 1958, 1676 (1677).

<sup>22)</sup> Z. B. Rücksendung der PZU an den Auftraggeber mit gewöhnlichem Brief.

<sup>23)</sup> BGH Urt. III ZR 59/57 v. 24. 6. 1958, NJW 1958, 1676 = MDR 1958, 751 = BGHZ 28, 30 = LM (5) § 839 (Fh) BGB.

<sup>24)</sup> Vgl. dazu BGH Urt. III ZR 334/52 v. 14. 1. 1954, BGHZ 12, 96 = NJW 1954, 915 = LM (1) zu § 839 (Fh) BGB.

<sup>25)</sup> Die Deutsche Bundespost handelte im Briefdienst ohnehin hoheitlich.

<sup>26)</sup> S. auch §§ 195 Abs. 2, 195a ZPO.

<sup>27)</sup> NJW 1996, 3159.

<sup>28)</sup> *Hartmann* in *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* ZPO 51. Aufl., § 415 Anm. 2 A.

das OLG Frankfurt/M<sup>29)</sup> nicht berücksichtigt, daß die Deutsche Post AG auch soweit sie Zustellungen durchführt, die dafür erforderlichen Vorkehrungen nur nach rein gewerblich-gewinnorientierten Gesichtspunkten trifft.

### 3. Struktur der Deutschen Bundespost früher und Struktur der Deutschen Post AG heute

Die Deutsche Bundespost hatte eine den Anforderungen entsprechende Struktur. D. h. es war genau festgelegt, welche ihrer „Betriebseinheiten“ als mit hoheitlichen Aufgaben betraute „Postämter“ oder „Postanstalten“ im Sinne der Zustellungsvorschriften anzusehen waren. Z. B. gehörten Oberpostdirektionen ebensowenig dazu wie sogenannte Posthilfsstellen. Nicht erforderlich war eine Identität des „Postamtes“, der „Postanstalt“ i. S. d. ZPO mit dem *Zustellpostamt* im postalischen Sinn. Die von den Bediensteten der Deutschen Bundespost bei derartigen Zustellungen zu beachtenden Pflichten waren in der „Anweisung über das Verfahren betr. die postamtliche Zustellung von Briefen mit Zustellungsurkunde“<sup>30)</sup> – also ergänzend und neben den prozeß- und verfahrensrechtlichen Zustellungsvorschriften – allgemein niedergelegt.

*Pahlke* ist zuzustimmen, daß die Deutsche Post AG aufgrund Beleihung als „Verwaltungsträger“ durch die Zustellung die Wirksamkeit bestimmter staatlicher Akte herbeiführen soll. Das setzt aber zum einen eine einwandfreie gesetzliche Regelung und zum anderen deren ordnungsgemäße – und vor allem von rein ökonomischen Gewinnüberlegungen und -maßnahmen freie – Durchführung voraus. Daran fehlt es bei der Deutschen Post AG.

Wenn ein Privatunternehmer mit dem Recht zur Durchführung öffentlich-rechtlicher Aufgaben beliehen wird, dann kann – insbesondere wenn bei der Durchführung solcher Aufgaben gravierende rechtliche Nachteile für Betroffene ausgelöst werden können und nach dem Willen des Gesetzgebers auch sollen – diesem Privatunternehmer nicht die Bestimmung überlassen bleiben, welche formellen Anforderungen an die Erteilung eines entsprechenden Auftrages zu stellen und vom Auftraggeber zu erfüllen sind, und wie er den Auftrag durchführt. Wenn schon bei einer Behörde wie der damaligen Deutschen Bundespost insoweit genaue Anordnungen vom Gesetzgeber – und das zu Recht – neben den verfahrens- und prozeßrechtlichen Zustellungsvorschriften für notwendig gehalten wurden<sup>31)</sup>, dann gilt eine solche Notwendigkeit erst recht bei einem Privatunternehmer. Die einschlägigen früheren Bestimmungen in § 39 PostO sind jedoch, ohne daß Ersatz geschaffen wurde, aufgehoben worden.

Die Deutsche Post AG hat bis heute keine festgelegte und für jedermann einsehbare Struktur, aus der ersichtlich sein könnte, welche Betriebseinheiten denn nun „Postämter“ oder „Postanstalten“ i. S. d. ZPO und mit entsprechenden Pflichten und Befugnissen ausgestattet sein – und vor allem auch bleiben – sollen. Die Niederlassungen und Filialen der Deutschen Post AG sind keine selbständigen Rechtssubjekte<sup>32)</sup>. Sie müßten es aber zumindest im Rahmen der Zustellungstätigkeit wohl sein. Gleichwohl kann nicht die Deutsche Post

AG als Ganzes sondern können nur jeweils einzelne Betriebseinheiten als „Postanstalt“ – nach *Pahlke* fälschlich Ort „nur“ der Niederlegung – angesehen werden; denn diese „Postanstalt“ muß in der politischen Gemeinde liegen, in der der Zustellungsort liegt. Die notwendige Rechtssicherheit und -klarheit erfordert deshalb eine von vornherein für jedermann erkennbare und nachvollziehbare Bestimmung. Den Filialen – und ggf. auch den Niederlassungen – der Deutschen Post AG – und nicht nur dieser global – müßten durch Beleihung öffentlich-rechtlich Funktionen und Befugnisse wie den anderen im Gesetz genannten „Niederlegungsbehörden“ übertragen werden, weil sonst bei Nichtausführbarkeit (z. B. Nichtantreffen des Empfängers (Adressaten)) des Zustellungsauftrages eine Niederlegung bei der „Postanstalt“ nach § 182 ZPO, d. h. bei dem *Postamt* der Wohnsitzgemeinde<sup>33)</sup>, nicht wirksam möglich ist, sondern solche Niederlegungen nur bei der Geschäftsstelle des Amtsgerichts, in dessen Bezirk der Zustellungsort liegt, „oder dem Gemeindevorsteher oder dem Polizeivorsteher“ wirksam erfolgen können. Außerdem fehlt ohne eine solche Beleihung auch die „Überlieferungsbehörde“ i. S. d. § 195 ZPO und die Postanstalt für die Niederlegung nach § 195a ZPO.

Die Leistungen bei Postzustellungs- und Postprotestaufträgen erfolgen – und müssen auch erfolgen – ausschließlich im öffentlich-rechtlichen Bereich. Das Privatunternehmen Deutsche Post AG sieht dagegen, wie die Praxis in mehreren tausend Fällen schon seit mehr als einem Jahr zeigt – und das wird auch durch die Gesetzeslage gedeckt – seine Filialen und Agenturen als frei austauschbar – und damit als rein privat-rechtliche Veranstaltungen rechtlich gleichwertig – an. Aus rein ökonomischen Gründen werden – entsprechend dem Auftrag, privat-rechtliche Gewinne für die Aktionäre zu erzielen – Filialen geschlossen und an ihrer Stelle bei gewerblichen Einzelhändlern sogenannte Postagenturen „untergebracht“. Würde es sich bei den Filialen um für die förmliche Niederlegung im Zustellungsbereich zuständige und befugte öffentlich-rechtliche Einrichtungen handeln, wären derartige rein privat-rechtliche, auf ausschließlich ökonomischen Überlegungen beruhende Umstrukturierungsmaßnahmen nicht zulässig.

Bei einer solchen Umstrukturierung wird ein Agenturvertrag mit dem Inhaber des gewerblichen Betriebes abgeschlossen. Nicht von ihm selbst sondern von von ihm aufgrund eines Dienstvertrages angestellten Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen werden die „öffentlich-rechtlichen“ Tätigkeiten bei der „Niederlegung“<sup>34)</sup> (nach Abgabe der Sendung, deren Adressaten er nicht angetroffen hat) durch den Postbediensteten sowie der „Überlieferung“ an den Auftraggeber erledigt. Die Deutsche Post AG hat keine rechtliche Möglichkeit, direkt dafür zu sorgen, daß diese Mitarbeiter des Agenturbetreibers ihre Arbeiten ordnungsgemäß erledigen. Die Mitarbeiter werden lediglich durch Bedienstete der Deutsche Post AG eingewiesen sowie auf das Brief- und Postgeheimnis etc. vereidigt und müssen dann „selbständig“ arbeiten. Im übrigen aber hat die Deutsche Post AG ihnen gegenüber keinerlei Weisungsbefugnisse. Bei Auftreten etwaiger Mißstände kann sie sich nur an den Agenturbetreiber als Dienstherrn wenden und um Behebung der Mißstände ersuchen.

<sup>33)</sup> Dazu BFH Beschl. II. B 183/87 v. 6. 7. 1988, BFHE 153, 509 = BStBl. II 1988, 897.

<sup>34)</sup> Etwas salopp ausgedrückt erfolgt also die für den Empfänger (Verlust prozessualer oder materieller Rechtspositionen) oder auch für den Auftraggeber (z. B. unwirksame Zustellung unterbricht Verjährung nicht) ggf. folgenschwere Niederlegung zwischen Kohl- und Salatköpfen, Obst, ggf. auch Reinigungsmitteln etc.

<sup>29)</sup> Dasselbe gilt für die Ausführungen von *Pahlke*.

<sup>30)</sup> Vgl. ZBl. f. d. Dt. Reich Nr. 15 von 1914, S. 208, zit. nach BGH, NJW 1958, 1676. Vgl. auch die im ABl. BPostMin. 1965, 1275 veröffentlichten Bestimmungen.

<sup>31)</sup> Dazu § 39 PostO.

<sup>32)</sup> So mit Recht *Pahlke*, a. a. O.

Die für die mit Zustellungen durch die Post befaßt gewesenen Bediensteten der Deutschen Bundespost maßgeblichen Anweisungen über das Verfahren betr. die postamtliche Zustellung von Briefen mit Zustellungsurkunde gelten schon für Bedienstete der Deutschen Post AG spätestens seit Ablauf des 31. 12. 1994 nicht mehr weil sie nicht übertragen worden sind. Nicht zuletzt auch deshalb können die Filialen der Deutschen Post AG, bei denen solche Bedienstete noch tätig sind, nicht als „Postanstalten“ oder „Postämter“ i. S. der Zustellungsvorschriften angesehen werden. Erst recht fehlt es an solchen Anweisungen für den gewerblichen Betreiber einer Postagentur oder gar für seine Bediensteten. Die bloße Einweisung dieser Personen sowie ihrer Vereidigung auf das Brief- und Postgeheimnis reichen also nicht aus. Daneben müßten diejenigen Bediensteten, die mit Aufgaben im Rahmen der Postzustellung – insbesondere Niederlegung – befaßt sind, zumindest auf die gewissenhafte Erfüllung *gerade dieser* Obliegenheiten verbunden mit dem Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung (als wesentlicher Bestandteil einer entsprechenden förmlichen Verpflichtungserklärung) förmlich verpflichtet werden<sup>35</sup>). Sie müßten also wie die Urkundsbeamten der Geschäftsstellen bei Gericht und Staatsanwaltschaft, die auch keine Beamten im staatsrechtlichen Sinn zu sein brauchen, eine entsprechende „Amtsfunktion“ erhalten, und jedenfalls über die allgemeine Verpflichtung hinaus besonders eingewiesen und verpflichtet werden<sup>36</sup>). Alle diese Fragen werden vom OLG Frankfurt/M<sup>37</sup>) nicht einmal andeutungsweise erwähnt. Das Gericht hat sie annehmbar nicht erkannt und deshalb auch nicht untersucht und sich dazu geäußert.

##### 5. Zur Beurkundungsbefugnis der Bediensteten der Deutschen Post AG

Der von *Pahlke* dargelegten Auffassung, das Beurkundungsgesetz gelte für Zustellungsurkunden nicht, weil § 195 Abs. 2 ZPO das Beurkundungsgesetz insgesamt ausschließe, kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Nach § 1 Abs. 2 BeurkG gilt dieses Gesetz mit Ausnahme seines § 5 Abs. 2 entsprechend, soweit für öffentliche Beurkundungen – und die Postzustellungsurkunde ist eine öffentliche Beurkundung – auch andere Urkundspersonen oder sonstige Stellen zuständig sind. Zu diesen entsprechend anzuwendenden Vorschriften gehört u. a. § 39 BeurkG, der u. a. das Verfahren bei der Feststellung des Zeitpunktes, zu dem eine Urkunde vorgelegt worden ist, behandelt. Nach dieser Vorschrift genügt anstelle einer Niederschrift eine Urkunde, die u. a. das Präge- oder Farbdrucksiegel enthalten muß. Dieses Erfordernis ist durch § 195 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 191 ZPO nicht ausgeschlossen. Vielmehr gelten beide Vorschriften – sich teilweise ergänzend – nebeneinander. Die ZPO bestimmt das Verfahren des Postbediensteten<sup>38</sup>) sowie den notwendigen Beurkundungsinhalt (Beurkundung von Tatsachen und Sachverhalten), während § 39 BeurkG die Voraussetzungen und die Urkundsform regelt, die zusätzlich nach diesem Gesetz für eine wirksame Beurkundung wegen ihres öffentlichen Glaubens und der u. U. gravierenden Auswirkungen zu fordern sind und vorliegen müssen. Wenn das BeurkG nicht ergänzend gelten sollte, hätte seine Geltung in § 195 ZPO ausdrücklich

ausgeschlossen werden müssen. Die frühere Deutsche Bundespost hatte ja auch diese Anforderungen (Siegelführungsbefugnis) erfüllt. Die Anwendbarkeit eines Gesetzes kann in einem Rechtsstaat nicht durch seine bloße Nichterwähnung in einem anderen Gesetz, das den gleichen Sachverhalt – jedoch nicht in allen Punkten abschließend – regelt, ausgeschlossen werden.

Die früher entsprechend der Struktur der Deutschen Bundespost POSTDIENST als nicht-rechtsfähige öffentlich-rechtliche Anstalten betriebenen Postämter sind heute Niederlassungen oder Filialen der Privatfirma Deutsche Post AG. Für die Dienstleistungen der neuen Deutschen Post AG werden nicht – wie früher bei der Deutschen Bundespost – öffentlich-rechtliche Gebühren sondern privatrechtliche Entgelte geschuldet. Als Privatfirma ist die Deutsche Post AG – anders als früher die Deutsche Bundespost – nicht befugt, ein Siegel mit dem Bundesadler oder den Bundesadler ansonsten als Symbol zu führen. Eine Privatfirma ist nicht zur Führung eines Siegels im Sinne des § 39 BeurkG befugt, es sei denn, diese Befugnis sei ihr durch Gesetz ausdrücklich verliehen. Gerade an einer solchen Beleihung fehlt es jedoch. Die allenfalls im Postgesetz n. F. in Verb. mit § 16 PostUmwG erfolgte Beleihung der Deutschen Post AG mit dem Recht, Schriftstücke „förmlich zustellen zu können“, reicht, worauf *Seltmann*<sup>39</sup>) zutreffend hinweist<sup>40</sup>), ebensowenig aus, wie eine ergänzende Regelung lediglich über eine Siegelführungsbefugnis der Deutschen Post AG ausreichen würde. Die Deutsche Post AG bzw. ihre Bediensteten können deshalb nach derzeitigem Rechtszustand keine wirksame Zustellungsurkunde erstellen.

*Pahlke* und das OLG Frankfurt/M meinen allerdings, auf die Frage nach der Siegelführungsbefugnis komme es nicht an. Auch dieser Meinung kann nicht gefolgt werden; denn – wie dargelegt – setzt die Wirksamkeit einer öffentlichen Urkunde nach den ergänzend anzuwendenden Vorschriften des BeurkG zumindest die Siegelführungsbefugnis voraus.

Die Zusteller der Privatfirma Deutsche Post AG sind – wie oben dargelegt – entgegen der Auffassung des OLG Frankfurt/M<sup>41</sup>) auch keine „öffentlichen Behörden“ i. S. des § 415 Abs. 1 ZPO. Nur die Deutsche Bundespost als solche war eine Behörde<sup>42</sup>). Nur bestimmte Bedienstete waren bei bestimmten Tätigkeiten, zu denen die förmliche Zustellung von Schriftstücken gehörte, aufgrund der oben zitierten Anweisungen Amtsträger i. S. des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB. Sie waren für die Zustellungstätigkeit besonders eingewiesen, eingeteilt und verpflichtet. Es galten detaillierte gesonderte Anweisungen für die Durchführung solcher Zustellungen<sup>43</sup>).

Die Deutsche Post AG ist keine Behörde und deshalb nicht zur Siegelführung befugt. Die Postagentur im Rahmen des Gewerbebetriebes könnte – wenn überhaupt – allenfalls als „sonstige Stelle“ i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB angesehen werden. Hierfür wäre aber wohl zumindest in jedem Einzelfall eine „Beleihung“, die nicht von der Deutschen Post AG vorgenommen werden könnte<sup>44</sup>), erforderlich.

<sup>35</sup>) Vgl. *Dreher/Tröndle* Komm. z. StGB, 47. Aufl., § 11 Rz 32.

<sup>36</sup>) Nicht erkennbar ist allerdings, wer oder welche Stelle eine solche öffentlich-rechtliche An- und Einweisung mit entsprechender Verpflichtung bei den Bediensteten der Deutschen Post AG oder gar den Bediensteten der Agenturbetreiber sollte wirksam vornehmen können.

<sup>37</sup>) NJW 1996, 3159.

<sup>38</sup>) S. die Überschrift zu § 195 ZPO.

<sup>39</sup>) AnwBl. 1996, 403.

<sup>40</sup>) S. 405.

<sup>41</sup>) NJW 1996, 3159 (3160) = DGVZ 1997, S. 26.

<sup>42</sup>) BayObLG, NJW 1993, 2947.

<sup>43</sup>) S. oben unter III 3, Fußn. 30.

<sup>44</sup>) Ein Privatunternehmer kann – auch wenn er in bestimmtem Umfang „beliehen“ ist – nicht einen anderen Privatunternehmer „unter“-beliehen.

## 6. Zur Haftung der Deutschen Post AG

Trotz der Übernahme des § 16 Abs. 2 PostG durch § 16 PostUmwG fehlt es auch seit dem 1. 1. 1995 an einer rechtswirksamen Grundlage für eine (Amts-)Haftung der Deutschen Post AG gegenüber dem Zustellungsempfänger. Die allgemeine Anordnung in § 16 Abs. 2 PostUmwG, wonach in allen sonstigen Rechtsvorschriften, in denen die frühere Deutsche Bundespost oder ihre Unternehmen erwähnt werden, an deren Stelle die jeweiligen Nachfolgeunternehmen im Rahmen ihrer Zuständigkeit treten, kann zunächst nur für solche Rechtsvorschriften gelten, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des PostUmwG gelten. Die Anordnung begründet keine Amtshaftung der Deutschen Post AG bei der Erledigung der oben näher dargestellten Tätigkeiten im Rahmen der Zustellung von Schriftstücken. § 16 Abs. 2 PostG mit der darin geregelten Amtshaftung kann schon deswegen nicht auf die Rechtsverhältnisse nach dem 31. 12. 1994 übernommen werden, weil es an einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, das allein die Grundlage für Amtshaftungsansprüche sein könnte, ebenso fehlt wie an einer allgemein bekannt gegebenen Anordnung oder Regelung, welches „Rechtsmittel“ nach § 839 Abs. 3 BGB – und wem (d. h. welcher Stelle oder Betriebseinheit der Deutschen Post AG) gegenüber – der Verletzte gebrauchen können soll. Das gilt schon für Pflichtverletzungen bei Filialen der Deutschen Post AG. Noch weniger ist ein solches „Rechtsmittel“ möglich bei Pflichtverletzungen der neuen Postagenturen. Die Deutsche Post AG hat keine unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeiten auf das Verhalten der Bediensteten des Agenturbetreibers, und zwischen letzterem und dem Benutzer – insbesondere dem Zustellungsadressaten – bestehen keine – zumindest keine klar definierten – Rechtsbeziehungen und damit auch keine „Amts“-Pflichten des Agenturbetreibers oder seiner Bediensteten.

## 7. Zwischenergebnis

Da alle Voraussetzungen für die Annahme einer „Amtsfunktion“ mit entsprechender gesonderter Einweisung und Verpflichtung der mit Zustellungshandlungen befaßten Bediensteten derzeit fehlen – die frühere Verpflichtung durch die Deutsche Bundespost hat mit Ablauf des 31. 12. 1994 ihre Wirkung verloren, und die allgemein erfolgte Beleihung der Deutschen Post AG selbst reicht weder für die nunmehr Privatbediensteten der Deutschen Post AG selbst in ihren Filialen noch und erst recht nicht für die Bediensteten eines eine Postagentur betreibenden Gewerbetreibenden aus –, und auch die „Amtshaftung“ derzeit nicht wirksam – weil nur unvollständig und lückenhaft – geregelt ist, ist mit *Seltmann* festzuhalten, daß ohne eine durchdachte und sorgfältig überlegte und formulierte gesetzliche Ergänzung formell wirksame Postzustellungen, die Notfristen (Einspruchs-, Klage-, Revisionsfrist, Frist zur Einlegung der Beschwerde wegen Nichtzulassung der Revision etc.) in Lauf setzen sollen, nicht mehr – und zwar seit dem 1. 1. 1995 schon nicht mehr – möglich sind.

## 8. Sonstiges

Die dargelegte Rechtslage hat auch Auswirkungen auf andere Arten der Zustellung mit der Post.

### a) Zustellung durch Aufgabe zur Post nach § 175 ZPO

Nach § 175 Abs. 1 letzter Satz ZPO wird die Zustellung mit der Aufgabe des Schriftstücks zur Post durch den Gerichtsvollzieher als bewirkt angesehen. Diese Zustellungsart sieht von einer Übergabe an den Zustellungsempfänger ganz ab,

ist also eine unterstellte (fingierte) Zustellung<sup>45</sup>). Eine solche Fiktion ist rechtlich ohnehin nicht unbedenklich, jedenfalls aber nur dann tolerabel, wenn dem Zustellungsgegner bei Pflichtverletzungen der mit der Beförderung und Übergabe betrauten Bediensteten der Deutschen Post AG klar definierte Schadensersatzansprüche zustehen, was – wie oben dargelegt – mangels entsprechender wirksamer gesetzlicher Regelung seit dem 1. 1. 1995 nicht der Fall ist. Außerdem kann eine solche Fiktion nur insoweit in Betracht kommen, als die Übergabe bei einer hoheitlich tätigen Stelle erfolgt. Die Einschaltung lediglich einer Privatfirma kann eine solche ggf. einschneidende Fiktion nicht rechtfertigen.

### b) Zustellung nach § 3 VwZG

Für derartige Zustellungen fehlt es – wie bei den Zustellungen nach der ZPO – an einer Betriebseinheit, die als Postanstalt mit entsprechenden Amtsfunktionen angesehen werden könnte sowie an Vorschriften und wirksamen öffentlich-rechtlichen Anweisungen, aufgrund deren die mit der Zustellung einschließlich Niederlegung befaßten Bediensteten insoweit als „Amtsträger“ angesehen werden könnten.

### c) Zustellung durch die Post mittels eingeschriebenen Briefes (§ 4 VwZG)

Hier fehlt die für eine wirksame Fiktion über den Fristbeginn mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post wie bei § 195a ZPO erforderliche öffentlich-rechtliche Stellung auch der nicht mit Zustellungen mit PZU befaßten Bediensteten als eine Art „öffentlich-rechtliche Garantie“ für einwandfreies Funktionieren der Beförderung mit Amtshaftung bei Fehlern. Nur bei Vorhandensein dieser Voraussetzungen könnte diese Fristfiktion tolerabel sein.

### d) Ergänzende Bemerkungen

In den Fällen zu b) und c) könnte vielleicht eine wirksame Bekanntgabe angenommen werden, wenn das Schriftstück dem „Zustellungsadressaten“ tatsächlich ausgehändigt worden ist. Weitergehende Zustellungswirkungen wie z. B. Inlaufsetzung von Rechtsbehelfs- und Rechtsmittelfristen treten jedoch nicht ein. Eine wegen Verstoßes gegen zwingende Formvorschriften mangelhafte Zustellung nach § 3 VwZG kann nicht in eine Bekanntgabe nach § 17 VwZG (heute § 122 AO, Übersendung und Bekanntgabe mit einfachem Brief) umgedeutet werden, wenn durch die Zustellung eine Notfrist in Lauf gesetzt werden soll<sup>46</sup>). Allenfalls könnte man einen Fristbeginn mit dem Tag der Bekanntgabe annehmen. Das wird jedoch in aller Regel an dem Umstand scheitern, daß die Rechtsbehelfsbelehrung einer so „zugestellten“ oder bekanntgegebenen Einspruchsentscheidung oder eines Steuerbescheides als Fristbeginn den dritten Tag nach Aufgabe zur Post angibt.

<sup>45</sup> Vgl. *Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Komm. z. ZPO, 51. Aufl., § 151 Anm. 1 B.

<sup>46</sup> BFH Urt. I R 113/69 v. 9. 9. 1970, BFHE 100, 179 = BStBl. II 1971, 9.

§§ 180–186, 191 Nr. 7 195 II, 212 I, 415 I, 418 I ZPO; § 16 I PostG; §§ 1 II, 39, 59 BeurkG

**Die ordnungsgemäß nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung errichtete Zustellungsurkunde des Postzustellers gilt auch nach der erfolgten Privatisierung der Post als öffentliche Urkunde, die den Beweis der wirksamen Zustellung erbringt.**

**OLG Frankfurt, Beschl. v. 10. 9. 1996  
– 3 Ws 735/96 –**

Aus den Gründen:

*Der Beschwerdeführer (hier Verurteilter) hatte eine Entscheidung des Amtsgerichts (verspätet) mit der Beschwerde angefochten und zugleich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt, die er damit begründete, die durch Niederlegung vorgenommene Zustellung sei nicht ordnungsgemäß erfolgt, da er keine Benachrichtigung über die Niederlegung erhalten habe. Die Beschwerde wurde vom Landgericht wegen Fristversäumung als unzulässig verworfen und der Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen, weil der Wiedereinsetzungsgrund nicht ausreichend glaubhaft gemacht sei. Hiergegen legte der Verteidiger weitere Beschwerde ein und begründete diese unter Berufung auf die Ausführungen von Seltmann in AnwBl. 1996, S. 403 ff., damit, daß die Niederlegung nicht wirksam gewesen sei.*

Als weitere Beschwerde gegen die Verwerfung der Beschwerde gegen den Beschluß des AG vom 24. 1. 1996 wäre der Rechtsbehelf zwar gem. § 310 II StPO unzulässig. Das Rechtsmittel war aber dahin auszulegen, daß es sich auch gegen die Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im landgerichtlichen Beschluß vom 17. 6. 1996 richtet. Denn dem Verurteilten kann auch dann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden, wenn er infolge unwirksamer Zustellung des Widerrufsbeschlusses die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde überhaupt nicht versäumt hat, aber zu Unrecht so behandelt worden ist (vgl. st. Rspr. des Senats, zuletzt Beschl. v. 30. 1. 1995 – 3 Ws 823/85; Maul, in: KK-StPO, 3. Aufl., § 44 Rdnr. 6 m. w. Nachw.). Diesen Gesichtspunkt macht der Verurteilte hier geltend.

Der erwähnte Wiedereinsetzungsgrund greift aber nicht durch. Aufgrund der Beweiskraft der Postzustellungsurkunde als öffentliche Urkunde über die am 31. 1. 1996 durch Niederlegung bei der Postanstalt erfolgte Ersatzzustellung (§§ 37 I StPO, 418 I ZPO; vgl. hierzu aus jüngster Zeit z. B. BFH, Beschl. v. 2. 7. 1996 – XR 79/95 Juris; VGH Kassel, NJW 1986, 1075; FG Münster, ZKF 1995, 281) ist nämlich davon auszugehen, daß der Widerrufsbeschluß dem Verurteilten ordnungsgemäß zugestellt wurde. Denn die Beweiskraft der Zustellungsurkunde erstreckt sich auch darauf, daß der Postzusteller die Benachrichtigung über die Niederlegung an dem angegebenen Tag in den den Zustellungsempfänger betreffenden Hausbriefkasten eingeworfen hat (vgl. BVerfG, NJW 1992, 225; Senat, Beschl. v. 29. 9. 1995 – 3 Ws 648/95 – und v. 30. 1. 1995 – 3 Ws 823/95). Der Gegenbeweis ist zwar zulässig (§ 418 II ZPO). Dieser ist jedoch substantiiert anzutreten und kann nur dadurch geführt werden, daß ein Sachverhalt vorgetragen und bewiesen wird, der zur Überzeugung des Gerichts jede Möglichkeit der Richtigkeit der beurkundeten Tatsachen ausschließt (BVerfG, NJW 1992, 225; Senat, Beschl. v. 29. 9. 1995 – 3 Ws 448/95). Insbesondere ist der Gegenbeweis nicht bei bloßen Zweifeln der Richtigkeit der urkundlichen Feststellungen erbracht (vgl. Senat, Beschl. v.

30. 1. 1995 – 3 Ws 823/95; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 42. Aufl., § 37 Rdnr. 27 m. w. Nachw.). Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist vorliegend durch die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde nicht erschüttert. Unter Zugrundelegung der insoweit zutreffenden Beweiswürdigung im angefochtenen Beschluß kann nämlich allenfalls davon ausgegangen werden, daß die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen gewisse Zweifel an der Richtigkeit der beurkundeten Tatsache – Einwurfes des Benachrichtigungszettels in den Hausbriefkasten – begründen könnten. Sie schließen aber jedenfalls nicht jede Möglichkeit der Richtigkeit der Beurkundung aus.

An dieser Beurteilung der Rechtslage ändert der Umstand nichts, daß das öffentlichrechtliche Unternehmen Deutsche Bundespost im Rahmen der noch laufenden Postreform zwischenzeitlich privatisiert worden ist. Die gegenteilige Ansicht von Seltmann (AnwBl 1996, 403 ff.) kann nicht überzeugen.

Nach den durch § 37 I StPO in Bezug genommenen Zustellungsvorschriften der Zivilprozeßordnung kann die Zustellung auch durch die Post erfolgen (§ 193 ZPO). Die Wirksamkeit der Zustellung hängt nur davon ab, daß die §§ 180 – 186 ZPO, hier also § 182 ZPO, beachtet (§ 195 I ZPO) und die Postzustellungsurkunde gemäß § 195 II ZPO mit der sich aus § 212 I ZPO ergebenden Modifikation ordnungsgemäß erstellt worden ist. Zwar muß nach dem durch § 195 II ZPO in Bezug genommenen § 191 Nr. 7 ZPO die Zustellungsurkunde die Unterschrift des die „Zustellung vollziehenden Beamten“ tragen und sind sämtliche Postzusteller nach der Postreform lediglich Angestellte eines Privatunternehmens. Gem. § 16 I PostG sind sie aber mit dem Recht beliehen, Schriftstücke nach den Regeln des Prozeß- und Verfahrensrechts förmlich zustellen zu können und gelten damit als „Beamte“ i. S. des § 191 Nr. 7 ZPO (vgl. § 11 I Nr. 2 lit. b, c StGB).

Bilden ausschließlich die maßgeblichen Vorschriften der Zivilprozeßordnung die Beurteilungsgrundlage, so ist auch nach der erfolgten Privatisierung der Post vorliegend von der Wirksamkeit der erfolgten Zustellung auszugehen. Denn die Postzustellungsurkunde wurde formgerecht erstellt. Die Voraussetzungen des § 182 ZPO waren gleichfalls gegeben.

Bis zu diesem Punkt wird das Ergebnis auch von Seltmann (AnwBl 1996, 403 ff.) nicht in Abrede gestellt. Er vertritt lediglich die Auffassung, neben den Zustellungsvorschriften der Zivilprozeßordnung seien über § 1 II BeurkG auch die in diesem Gesetz enthaltenen Verfahrensvorschriften, insbesondere § 39 BeurkG anwendbar, mit der Folge, daß auch förmliche Zustellungen der Post bzw. – entsprechend der bisherigen Übung der Deutschen Bundespost – die Rücksendungen an den Auftraggeber (d. h., die Geschäftsstelle) gesiegelt werden müßten. Diesem Erfordernis könne nach der Postreform nicht mehr genügt werden, da das privatrechtlich organisierte Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost weder siegelberechtigt sei, noch tatsächlich ein Siegel, sondern lediglich ein stilisiertes Posthorn ohne jede Siegelqualität verwende. Diese Auffassung geht jedoch bereits im Ansatz fehl.

§ 59 BeurkG läßt bundesrechtliche Vorschriften über Beurkundungen grundsätzlich unberührt. Aus diesem Grunde ist § 1 II BeurkG auf Urkundspersonen, die neben dem Notar zuständig sind, für die aber besondere abschließende bundesgesetzliche Regelungen gelten, nicht anwendbar (vgl. Huhn/Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. § 1 Rdnr. 97). Um eine solche abschließende Regelung über die Beurkundung der Zustellung handelt

es sich aber bei den §§ 195 II, 212 I ZPO. Denn bei den dort geregelten Zustellungsakten handelt es sich um untrennbare Teile eines besonderen Gerichtsverfahrens, für welches das Beurkundungsgesetz trotz seines § 1 II schon nach seinem Regelungsgehalt und -zweck nicht paßt (vgl. Huhn/Schuckmann, § 1 Rdnr. 105). Aus diesem Grunde ist nach wie vor anerkannt, daß sich die Zustellungen von Post-„Beamten“ wie auch von Gerichtsvollziehern (vgl. § 166, 194 ZPO) weiterhin ausschließlich nach der ZPO richten (vgl. Huhn/Schuckmann, § 1 Rdnrn. 99 f.). Aus den genannten Gründen ist ferner nicht verwunderlich, daß auch nach der eingeleiteten Postreform die Wirksamkeit von beliehenen Postbediensteten vorgenommener Zustellungen von der Rechtsprechung nicht einmal problematisiert wird (vgl. z. B. BFH, Beschl. v. 2. 7. 1996 – XR 79/95 Juris; VGH Kassel, NJW 1996, 1075; FG Münster, ZKF 1995, 281).

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt zugleich, daß die ordnungsgemäß nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung errichtete Zustellungsurkunde des Postzustellers auch nach der erfolgten Privatisierung der Post als öffentliche Urkunde gilt. Aufgrund der erfolgten Beleihung gilt er nämlich als öffentliche Behörde i. S. des § 415 I ZPO und muß ausschließlich die Formvorschriften der Zivilprozeßordnung beachten, was dem nicht siegelberechtigten Postzusteller möglich und hier auch geschehen ist.

#### *Anmerkung der Schriftleitung:*

*Das Oberlandesgericht geht offensichtlich davon aus, daß alle Aufgaben der früheren Bundespost im Wege der Beleihung per Gesetz der Deutsche Post AG übertragen seien, so daß sich im Ergebnis an der Ausführung der Zustellungen mit Postzustellungsurkunde nichts ändert. Gegen diese Auffassung wendet sich Späth in DStR 1996, S. 1723 – 1726, sowie in der in diesem Heft (S. 21 bis 25) abgedruckten Abhandlung, in der er vor allem auf die von der Deutschen Post AG vorgenommenen Strukturänderungen hinweist, die durch die Beleihung nicht erfaßt seien.*

### **§§ 114, 115 II, 117 II, 127 III ZPO; §§ 1360 a IV, 1710 II BGB**

**1. Ungeachtet der Klageart ist die staatliche Fürsorgeleistung der Prozeßkostenhilfe als besondere Form der Sozialhilfe im Bereich der Rechtspflege nachrangig gegenüber einem durchsetzbaren Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß (gegen OLG Hamburg FamRZ 1996, 224).**

**2. Im Ehelichkeitsanfechtungsverfahren ist der Beklagte (Scheinvater) gegenüber dem klagenden Kind grundsätzlich prozeßkostenvorschußpflichtig.**

**OLG Koblenz, Beschl. v. 10. 10. 1996  
– 15 W 569/96 –**

Aus den Gründen:

Die nach § 127 Abs. 3 ZPO statthafte und auch im übrigen zulässige Beschwerde der Landeskasse hat in der Sache einen vorläufigen Erfolg.

Der Senat teilt die Auffassung, daß die Beschwerde der Landeskasse nach § 127 Abs. 3 ZPO auch – wie hier – darauf gestützt werden kann, daß das Gericht eine Prozeßkostenvorschußpflicht zu Unrecht verneint habe (Kalthoener/Büttner, Prozeßkostenhilfe Rdnr. 880). Zum einsetzbaren Vermögen und somit zu den wirtschaftlichen Verhältnissen einer um Prozeßkostenhilfe nachsuchenden Partei gehört auch ein Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß. Einer Prozeßkostenvorschußpflicht des Beklagten steht die vorliegende Prozeßart der Anrechnung der Ehelichkeit nicht entgegen (vgl. die Beschlüsse des Senats vom 25. April 1995 – 15 W 294/95 – und 2. Mai 1995 – 15 W

239/95). An dieser Rechtsauffassung hält der Senat fest. Die anderslautende Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg (FamRZ 1996, 224) sowie die in der Zuleitungsverfügung des Amtsgerichts wiedergegebene Rechtsauffassung, Entscheidungen, die die Prozeßkostenvorschußpflicht des Scheinvaters bejahen, stießen in der rechtsuchenden Bevölkerung auf völliges Unverständnis, geben dem Senat zu einer anderen Beurteilung keine Veranlassung. Es mag sein, daß der auf einen Prozeßkostenvorschuß für das Ehelichkeitsanfechtungsverfahren in Anspruch genommene Scheinvater, d. h. der Mann, der bis zur rechtskräftigen anderslautenden Feststellung als ehelicher Vater des Kindes gilt (§ 1593 BGB) und deshalb auch dem Kind gemäß § 1610 BGB zum Unterhalt – der Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß ist unterhaltsrechtlicher Sonderbedarf – verpflichtet ist, mit Unverständnis auf eine entsprechende Anordnung reagiert. Prozeßkostenhilfe ist eine staatliche Fürsorgeleistung, eine besondere Form der Sozialhilfe im Bereich der Rechtspflege (BVerfGE 9, 258, 35, 355; Zöller-Philippi, ZPO, 19. Aufl., Vorbemerkung § 114 Rdnr. 1). Dem Nachrang staatlicher Fürsorgeleistungen wäre nicht entsprochen, wenn ein durchsetzbarer Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß nur im Hinblick auf die Besonderheit der Klageart nicht vorrangig in Anspruch genommen werden müßte. Es stieße vielmehr auf Unverständnis des übrigen Teils der Bevölkerung, wenn unter Inanspruchnahme öffentlicher Mittel Rechtsstreite geführt werden, obwohl die rechtsuchende Partei – hier das klagende Kind – die zur Rechtsverfolgung erforderlichen Prozeßkosten aus seinem Vermögen, d. h. einem Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß, aufbringen könnte.

Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand durfte dem Kläger für die Ehelichkeitsanfechtungsklage ohne weitere Ermittlungen Prozeßkostenhilfe nicht uneingeschränkt bewilligt werden. Es ist nicht festgestellt worden, ob der Beklagte zur Leistung eines Prozeßkostenvorschusses in der Lage ist; gegenüber einem solchen Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß ist, wie bereits ausgeführt, die Prozeßkostenhilfe subsidiär. Der Kläger hat dargelegt, daß seine Mutter und der Zeuge ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt erhalten und dies durch die Vorlage des Sozialhilfebescheids glaubhaft gemacht. Hieraus ergibt sich mit dem Amtsgericht, daß die Mutter des Klägers aufgrund ihrer Einkünfte zur Leistung eines Prozeßkostenvorschusses nicht in der Lage ist.

Zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Beklagten fehlt jedoch jeglicher Vortrag. Der Umstand allein, daß er sich als Hausmann betätigt, besagt nichts über seine Vermögensverhältnisse. Daher kann ein Anspruch des Klägers auf Prozeßkostenvorschuß gegen den Beklagten zur Zeit nicht ausgeschlossen werden. Entsprechende Angaben in einer vereinfachten Erklärung des Klägers über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nach § 2 PKH-VV fehlen. Da der betreffende Vermögenswert des Prozeßkostenvorschusses im Rahmen der Prozeßkostenhilfebewilligung bislang vom Amtsgericht nicht berücksichtigt worden ist, kann die angefochtene Entscheidung, soweit Prozeßkostenhilfe uneingeschränkt gewährt worden ist, keinen Bestand haben. Zunächst sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Klägers, insbesondere ein Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß gegen den Beklagten zu ermitteln. Das Amtsgericht wird sodann unter Beachtung eines möglichen Anspruchs des Klägers auf Prozeßkostenvorschuß gegenüber dem Beklagten erneut darüber zu befinden haben, mit welchen Zahlungsanordnungen Prozeßkostenhilfe nach § 120 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu verbinden ist.

### **§ 811 Nr. 5 ZPO; § 121 GVGA**

**Bei einem Gewerbetreibenden (hier Kfz.-Werkstatt u. Abschleppdienst) unterliegen die eingesetzten Gerätschaften und Fahrzeuge nicht der Pfändung, wenn bei ihrem Ein-**

**satz der Wert der Arbeitsleistung den Nutzwert der Betriebsmittel übersteigt.**

**LG Augsburg, Beschl. v. 2. 12. 1996  
– 5 T 3697/96 –**

Aus den Gründen:

I. Die Gläubigerin betreibt die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner aufgrund eines Vollstreckungsbescheids vom 20. 03. 1996, über eine Hauptforderung von 3.500,- DM zuzüglich Zinsen und Kosten.

Ein Vollstreckungsversuch des Gerichtsvollziehers verlief am 17. 05. 1996 erfolglos.

Mit Schriftsatz vom 18. 06. 1996 erhob die Gläubigerin Erinnerung gem. § 766 ZPO mit dem Antrag, „den Gerichtsvollzieher zur Durchführung der Pfändung anzuweisen“. Der Schuldner sei, wie sich aus seiner Erklärung im Offenbarungsverfahren ergebe, Gebrauchtwagenhändler und Abschleppunternehmer. Bei den vom Gerichtsvollzieher vorgefundenen Gegenständen handele es sich daher nicht um die „notwendige Einrichtung der Kfz-Werkstätte“, § 811 Nr. 5 ZPO sei nicht anwendbar.

In seiner Stellungnahme vom 11. 07. 1996 führte der Gerichtsvollzieher aus, daß nur die notwendige Einrichtung einer Kfz-Werkstätte, die auf das Notwendigste beschränkt sei, vorgefunden worden sei. Pfändbare gebrauchte Pkws seien nicht vorgefunden worden. Die dem Schuldner gehörenden Fahrzeuge seien Abschleppfahrzeuge mit einem Anhänger, die ebenfalls zur Ausübung des Erwerbsgeschäfts benötigt würden. Es überwiege keinesfalls der Kapitaleinsatz.

Mit Beschluß vom 16. 07. 1996 wies das Vollstreckungsgericht die Erinnerung der Gläubigerin zurück. Der Gerichtsvollzieher habe die Kfz-Werkstatteinrichtung zu Recht als pfandfrei nach § 811 Nr. 5 ZPO behandelt. Keinen Bedenken begegne auch die Bewertung des Gerichtsvollziehers, 1–2 vorgefundene Unfallfahrzeuge älteren Baujahrs gem. § 812 ZPO nicht zu pfänden.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Gläubigerin vom 26. 07. 1996. Beim Gebrauchtwagenhandel stehe die Handelstätigkeit im Vordergrund und nicht die persönliche Arbeitsleistung. Nach Hinweis des Gerichts wurde die sofortige Beschwerde mit den Anträgen konkretisiert, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, die Gegenstände der sogenannten Werkstatteinrichtung und die Personenwagen des Schuldners zu pfänden. Der Gerichtsvollzieher und die Gläubigerin haben sich im Beschwerdeverfahren wiederholt zur Sache geäußert. Der Schuldner erhielt rechtliches Gehör.

II. Die sofortige Beschwerde ist als Rechtsmittel gegen eine Entscheidung des Vollstreckungsgerichts gem. § 766 Abs. 2 ZPO statthaft gem. § 793 Abs. 1 ZPO. Sie ist auch im übrigen zulässig. Die sofortige Beschwerde ist aber nicht begründet, da der Gerichtsvollzieher zu Recht von einer Pfändung der sogenannten Werkstatteinrichtung und der beiden als Abschleppfahrzeuge umgebauten Pkw ... und ... des Schuldners abgesehen hat.

Zu Recht weist allerdings die Gläubigerin darauf hin, daß § 812 ZPO im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, da dieser nur für Gegenstände des gewöhnlichen Hausrats, aber nicht eines Gewerbes gilt. Der Gerichtsvollzieher hat diese Vorschrift aber auch nicht bezüglich der beiden umgebauten Pkw des Schuldners angewandt.

Sowohl die Werkstatteinrichtung als auch die beiden umgebauten Pkw sind unpfändbar gem. § 811 Nr. 5 ZPO.

Der Schuldner gehört zu den von § 811 Nr. 5 ZPO geschützten Personen, die aus ihrer körperlichen Arbeit ihren Erwerb ziehen. Bei selbständig erwerbstätigen Gewerbetreibenden oder Minderkaufleuten ist darauf abzustellen, ob die persönliche Arbeitsleistung im Vordergrund steht und die Ausnutzung der sachlichen Betriebsmittel überwiegt; der Kapitaleinsatz darf nicht den Wert der persönlichen Arbeitsleistung überwiegen (Thomas-Putzo, ZPO, 19. Aufl., § 811, Rdnr. 22, 23). Die persönliche Tätigkeit des Schuldners muß im Gegensatz sowohl zur Leistung Anderer (Gehilfen) wie auch zur Ausnutzung sachlicher Betriebsmittel (Maschinen) die überwiegende Bedeutung für den Erwerb des Schuldners haben (Zöller, Zivilprozeßordnung, 17. Aufl., § 811, Rdnr. 25). Geschützt wird aber auch derjenige, der mit einem Kapital arbeitet, soweit seine persönliche Arbeit und nicht die Ausnutzung des Kapitals die Hauptsache ist (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozeßordnung, 49. Aufl., § 811, Anm. 8 A). Die Verwendung wertvoller sachlicher Betriebsmittel nimmt nicht von vornherein das Merkmal der persönlichen Erwerbstätigkeit. Es ist der Arbeitswert der Leistung mit dem Nutzwert des Gegenstandes zu vergleichen. Eine Pfändung ist dann zulässig, wenn der Nutzwert den Arbeitswert erreicht oder überwiegt (Stein-Jonas, ZPO, 21. Aufl., § 811, Rdnr. 45). Da jeweils auf den konkreten Einzelfall abzustellen ist, ist die zahlreiche Rechtsprechung nur begrenzt heranziehbar. Entscheidend muß immer der Normzweck der Vorschrift sein, die gewährleisten will, daß der Schuldner seine Arbeitskraft zum Erwerb seines Lebensunterhaltes weiter einsetzen kann (Münchener Kommentar, ZPO, § 811, Rdnr. 26). Bei einem reinen Gebrauchtwagenhandel mit einem monatlichen Umsatz von ca. 15.000,- bis 18.000,- DM, wie der Schuldner in seinem Vermögensverzeichnis angab, kann daher auch bei einem Minderkaufmann die Annahme gerechtfertigt sein, daß der Kapitaleinsatz für den Ankauf von Kraftfahrzeugen, um sie anschließend mit Gewinn weiterverkaufen zu können, das entscheidende Element des Geschäfts ist und der persönlichen Arbeitsleistung gegenüber, die sich im wesentlichen auf die Organisation des An- und Verkaufs beschränkt, überwiegt. Der vorliegende Fall stellt sich jedoch anders dar. Auch wenn der Schuldner sein Gewerbe als „Automobilhandel“ bezeichnet, ist unstreitig, daß er vor allem Unfallfahrzeuge ankauft, die er häufig selbst abschleppt. Anschließend richtet er diese Fahrzeuge her, um sie dann weiterverkaufen zu können. Nach den Feststellungen des Gerichtsvollziehers hat der Schuldner demgemäß auch einen Abschleppbetrieb angemeldet. Wesentliches Element des Gewerbes des Schuldners ist danach seine Arbeitsleistung, die im Abschleppen und Herrichten der Fahrzeuge besteht. Demgegenüber tritt der Einsatz von Kapital, der den Ankauf der Fahrzeuge ermöglicht, zurück. Auch die Gläubigerin gibt an, daß der Ankauf ihres Fahrzeugs letztlich darauf zurückzuführen war, daß es als Unfallfahrzeug vom Schuldner abgeschleppt wurde. Mit dieser Beurteilung decken sich nicht nur die Feststellungen des Gerichtsvollziehers vor Ort, sondern auch die Angaben des Schuldners im Ergänzungsblatt I zum Vermögensverzeichnis, wonach er zur Zeit keine Gebrauchtwagen stehen habe, sowie der übrige Inhalt der eidesstattlichen Versicherung, aus der sich gerade ergibt, daß der Schuldner kein nennenswertes Kapital hat, mit dem er einen Gebrauchtwagenhandel betreiben könnte. Zwar könnte die Angabe des Schuldners über einen monatlichen Umsatz von ca. 15.000,- bis 18.000,- DM ein Anhaltspunkt dafür sein, daß doch der Kapitaleinsatz überwiegt. Nach den übrigen Ausführungen, insbesondere im Ergänzungsblatt I, kann daraus jedoch nicht entnommen werden, daß ein ebensolches Kapital vorhanden wäre. Nicht entscheidend für die Beurteilung ist der Umstand, daß der Schuldner 2 Pkw zur Durchführung der Abschleppfahrten nutzt. Unabhängig vom Wert der beiden Pkw ist der Nutzwert dieses Kapitals ohne persönliche Arbeitsleistung gleich Null. In so einem Fall schließt auch die Verwendung wertvoller sachlicher Betriebsmittel das Merkmal der persönlichen Er-

werbstätigkeit nicht aus (Stein-Jonas a. a. O.). Die beiden Kraftfahrzeuge sind älteren Baujahres (1982 bzw. 1985) und darüber hinaus der Sparkasse ... sicherungsbereignet (vgl. Vermögensverzeichnis vom 24. 11. 94 und Stellungnahme des Gerichtsvollziehers vom 11. 07. 96). Die Werkstatteinrichtung und die beiden Pkw sind auch erforderlich zur Fortführung der Erwerbstätigkeit. Es ist nicht erforderlich, daß die Gegenstände unentbehrlich wären. Es reicht, daß sie zur Fortführung des Betriebs in der bisherigen Art und Weise benötigt werden (Stein-Jonas a. a. O., Rdnr. 49). Für die Werkstatteinrichtung gilt dies ohne Zweifel, zumal es sich ausweislich des Ergänzungsblatts zum Vermögensverzeichnis nur um eine sehr geringfügige Werkstatteinrichtung handelt. Bezüglich der beiden Pkw hat der Gerichtsvollzieher festgestellt, daß diese speziell als Abschleppfahrzeuge umgebaut wurden. Auch die Gläubigerin geht davon aus, daß der Schuldner ein *oder* mehrere Abschleppfahrzeuge benötigt, um Fahrzeuge abholen zu können, die nicht mehr fahrbereit sind.

Die sofortige Beschwerde der Gläubigerin erweist sich daher als unbegründet und war mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

### §§ 794, 724 ZPO; §§ 67, 72, 73, 74 GVGA

**Ob die mit der Vollstreckungsklausel versehene Urkunde zur Zwangsvollstreckung geeignet ist, hat das angegangene Vollstreckungsorgan zu prüfen; ist der geltend gemachte Anspruch aus der Urkunde nicht eindeutig zu entnehmen, so kann eine Vollstreckung nicht erfolgen.**

LG Saarbrücken, Beschl. v. 3. 5. 1995  
– 5 T 254/95 –

Aus den Gründen:

Der Schuldner hat sich in der notariellen Urkunde des Notars ... vom 23. 02. 1990 verpflichtet, der Gläubigerin einen Betrag in Höhe von 55.000,- DM nebst 10 % Zinsen pro Jahr zu zahlen und zwar – wie es in der Urkunde wörtlich heißt – „für den Fall und in der Höhe meine Schwester (die Gläubigerin) mit ihrem Kontoguthaben in Anspruch genommen wird“. Der Schuldner hat sich hinsichtlich dieser übernommenen Zahlungsverpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde unterworfen.

Der Notar hat am 05. 08. 1994 vollstreckbare Ausfertigung erteilt.

Die Gläubigerin hat am 07. 11. 1994 dem zuständigen Gerichtsvollzieher Zwangsvollstreckungsauftrag erteilt. Der Gerichtsvollzieher hat es abgelehnt, den Vollstreckungsauftrag auszuführen. Hiergegen hat die Gläubigerin am 13. 01. 1995 Erinnerung eingelegt.

Mit dem angefochtenen Beschluß vom 10. 03. 1995 hat das Amtsgericht die Erinnerung der Gläubigerin zurückgewiesen. Gegen diesen ihr am 29. 03. 1995 zugestellten Beschluß hat die Gläubigerin am 30. 03. 1995 sofortige Beschwerde eingelegt.

Die Beschwerde ist zulässig (§ 793 ZPO), jedoch nicht begründet.

Das Amtsgericht hat zu Recht die Erinnerung der Gläubigerin gegen die Weigerung des Gerichtsvollziehers, den ihm von der Gläubigerin erteilten Vollstreckungsauftrag auszuführen, als unbegründet zurückgewiesen.

Der Gerichtsvollzieher hat sich zu Recht geweigert, den ihm erteilten Vollstreckungsauftrag auszuführen. Die notarielle Urkunde ist nicht vollstreckungsfähig.

Gegenstand der Urkunde kann nur ein Anspruch sein, der sich zur Geltendmachung im Urkundenprozeß eignet. Er muß

die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Inhalt haben. Der Anspruch muß bestimmt, nicht nur bestimmbar sein. Bestimmt ist der Anspruch dann, wenn der Betrag entweder ziffernmäßig festgelegt ist oder sich ohne weiteres aus den Angaben der Urkunde berechnen läßt (vgl. Zöller, ZPO, 19. Auflage, § 794, Rdnr. 26, m. w. N.).

Dies ist hier nicht der Fall. Aus dem Vollstreckungstitel ist weder ersichtlich, ob der Anspruch überhaupt entstanden ist, noch läßt er erkennen, in welcher Höhe vollstreckt werden soll.

Auf Mängel des Titels und Bedenken gegen die Klausel hat aber das Vollstreckungsorgan aufmerksam zu machen (Amtspflicht, vgl. Zöller, a. a. O., § 724, Rdnr. 14). Der Nachprüfung des Vollstreckungsorgans sind nur entzogen, die mit der Vollstreckungsklausel bescheinigten sachlichen Erfordernisse der Vollstreckung, nicht aber, ob die Urkunde Vollstreckungstitel ist (durch irrtümliche Erteilung der Klausel wird ein nicht vollstreckbarer Titel nicht zu einem vollstreckbaren) und nicht ein fehlender vollstreckbarer Inhalt des Titels (ihn kann die Klausel nicht ersetzen; vgl. Zöller, a. a. O., § 724, Rdnr. 14).

Schließlich ist dem Amtsgericht auch darin beizupflichten, daß ein Verzicht des Schuldners auf den Nachweis des Entstehens des Anspruches in der notariellen Urkunde nicht enthalten ist.

Die Beschwerde war daher als unbegründet zurückzuweisen.

### §§ 885, 788 ZPO; §§ 104, 180 GVGA

**1. Die Auswahl des zur Durchführung der Vollstreckung (hier Wohnungsräumung) erforderlichen Spediteurs, unterliegt dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichtsvollziehers.**

**2. Der mit der Räumung beauftragte Spediteur hat bei kurzfristiger Kündigung des Auftrages Anspruch auf Zahlung der vollen Transportkosten, abzüglich der ersparten Aufwendungen und anderweitiger Verwendung seiner Arbeitskraft.**

I. AG Westerburg, Beschl. v. 8. 7. 196  
– 12 M 1015/96 –

II. LG Koblenz, Beschl. v. 18. 7. 1996  
– 2 T 531/96 –

Aus den Gründen:

Entgegen der Auffassung des Gläubigers sind die von der Fa. ... berechneten Bereitstellungskosten in Höhe von jeweils 2.040,- DM nicht zu beanstanden.

Denn es ist weder vom Gläubiger vorgetragen, noch sonst ersichtlich, daß in zumutbarer Entfernung zum Einsatzort in R. ein konkreter, zuverlässiger Frachtführer/Lagerhalter zur Verfügung stand, der Bereitstellungskosten in geringerer Höhe berechnet hätte.

In diesem Zusammenhang hat der Gläubiger lediglich pauschal vorgetragen, daß „aus den Branchenfernsprechbüchern der Gemeinde R. als auch der angrenzenden Orte eine Vielzahl von Klein- und Möbeltransportern“ ersichtlich seien. Demgegenüber hat der Gerichtsvollzieher dargelegt, daß die Fa. ... in M. bereits im Nov. 1992 1.496,23 DM und im Jan. 1993 1.264,06 DM und die Fa. ... in M. im Febr. 1993 1.791,60 DM, im Jan. 1994 3.496,30 DM und im Dez. 1994 1.667,70 DM Bereitstellungskosten berechnet haben.

Mithin ist ein Ermessensfehler des Gerichtsvollziehers bei der Auswahl des Frachtführers/Lagerhalters nicht festzustellen. Die angefochtenen Vollstreckungsmaßnahmen sind daher

zu Recht erfolgt, so daß die Erinnerung des Gläubigers mit der Kostenfolge des § 97 ZPO analog zurückzuweisen ist.

## II.

### Aus den Gründen:

Durch den angefochtenen Beschluß, auf dessen Gründe zur weiteren Sachdarstellung Bezug genommen wird, hat der Amtsrichter die Erinnerung des Gläubigers, gerichtet gegen die ihm vom Gerichtsvollzieher in Rechnung gestellten Bereitstellungskosten anläßlich zweier Zwangsräumungen gegen die Schuldner in Höhe von je 2.400,- DM zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Gläubiger mit der sofortigen Beschwerde.

Gegen die beanstandeten Kostenpositionen trägt er vor, daß die Forderung der Transportfirma übersetzt sei. In vergleichbaren Fällen, in denen es ebenfalls nicht zu der vom Gerichtsvollzieher zunächst anberaumten und in Auftrag gegebenen Zwangsäumung gekommen sei und daher der dem Umzugsunternehmen erteilte Auftrag vor dessen Ausführung hätte storniert werden müssen, entstünden allenfalls 500,- DM bis 800,- DM an sogenannten Bereitstellungskosten.

Die gem. § 793 ZPO statthafte, in formeller Hinsicht nicht zu beanstandende (§§ 766 Abs. 2, 567, 569, 577 Abs. 2 ZPO) sofortige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird (§ 543 ZPO analog) hat der Amtsrichter die Erinnerung des Gläubigers nach § 766 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

Ergänzend führt die Kammer aus, daß nach § 35 Gerichtsvollzieherkostengesetz der Gerichtsvollzieher Kosten in Rechnung stellen kann, die durch Beauftragung eines privaten Unternehmens zur Durchführung einer Räumungsvollstreckung entstanden sind. Unstreitig sind hier 2 × 2.400,- DM von dem Möbeltransportunternehmen in Rechnung gestellt worden. Der Gerichtsvollzieher hatte Räumungsaufträge des Gläubigers zu erfüllen. In Ausführung dieser Aufträge hat er jeweils mündlich einen entsprechenden Vertrag mit dem Möbeltransportunternehmen geschlossen und einen Tag vor den vorgesehenen Zwangsäumungen (26. 1./28. 2. 1996) den Auftrag storniert. Nach den Angaben der Transportfirma konnten an dem vorgesehenen Räumungsterminstage die bereitgehaltenen Arbeitskräfte und das Fahrzeug nicht anderweitig gegen Entgelt verwendet werden.

Gem. § 649 BGB ist bei Kündigung des Bestellers eines Werkes der Unternehmer berechtigt, den vollen Werklohn zu verlangen unter Anrechnung ersparter Aufwendungen und anderweitiger Verwendung seiner Arbeitskraft. Diese Vorschrift gilt auch für Möbeltransport- und Umzugsverträge (vgl. Wiedmann, Erläuterungen zum GüKUNT-Bedingungen für den Umzugsverkehr, S. 24).

Nach dem Ergebnis der Anfrage der Kammer an die Möbeltransportfirma ist erwiesen, daß in beiden Fällen eine anderweitige Verwendung der Arbeitskräfte und des bereitgestellten Transportfahrzeuges nicht möglich gewesen ist. Es konnte also allenfalls eine Ersparnis an Aufwendungen in Betracht kommen, die allenfalls in Treibstoffkosten und Verpackungsmaterial bestehen konnten. Arbeitskräfte sind unabhängig von der Ausführung des Auftrages zu entlohnen. Diese Angaben erscheinen auch im Hinblick auf diese kurzfristige Stornierung des Räumungsauftrages glaubhaft.

Nach den Ausführungen des Gerichtsvollziehers liegen die geltend gemachten Stundensätze und die Anzahl der Stunden gemessen an den Räumungsobjekten unter denen der übrigen

Möbelspediteure. Dies hat der Beschwerdeführer auch konkret nicht angegriffen.

Soweit der Beschwerdeführer darauf abstellt, daß der Gerichtsvollzieher in unsachgemäßer Weise eine zu teure Firma beauftragt habe, gilt folgendes:

Der Gerichtsvollzieher ist, wie sich aus den §§ 104 Abs. 1 Satz 3 und 140 Ziffer 1 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher ergibt, allen an einer Zwangsvollstreckung Beteiligten gegenüber verpflichtet, die Kosten möglichst gering zu halten. Daraus folgt aber nicht, daß der Gerichtsvollzieher vor Zwangsäumung die Angebote von mehreren Speditionsfirmen einholen muß und daß er den Auftrag dem preisgünstigsten Anbieter erteilen muß. Der Gerichtsvollzieher hat im Rahmen seines Ermessens auch zu berücksichtigen, welcher Spediteur zuverlässig ist oder eine Pfandkammer vorrätig hält und kann eine Firma wählen, die innerhalb der üblichen Tarife liegt. So ist hier verfahren worden. Die vom Gerichtsvollzieher genannten Vergleichspreise liegen teilweise unter teilweise aber auch deutlich über dem hier geltend gemachten Auslagensatz. Das dürfte auch im Zusammenhang stehen mit dem Umfang der bevorstehenden Räumung und mit der Kurzfristigkeit der Absage.

Unter Beachtung dieser Grundsätze ist die Erinnerung des Gläubigers zu Recht zurückgewiesen worden.

### §§ 3, 5 GVKostG; §§ 139, 140 GVGA

**Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Gerichtsvollzieher eine durch Arrestvollstreckung vorgenommene Pfändung aufhebt und den Pfandgegenstand gegen Kostenerstattung an den Schuldner zurückgibt, weil der Gläubiger der Anforderung, kostendeckende Vorschußzahlungen zu leisten, nicht nachkommt.**

**AG Geilenkirchen, Beschl. v. 17. 6. 1993  
– 2 M 753/93 –**

### Aus den Gründen:

Der zuständige Gerichtsvollzieher hat aufgrund eines dringlichen Arrestes das in der Werkstatt ... befindliche Fahrzeug der Schuldner am 26. 01. 1993 gepfändet und bei der Firma NN. untergestellt. Mit Schreiben vom 17. 03. 1993 forderte der Gerichtsvollzieher die Gläubigerin auf, innerhalb einer Frist von 2 Wochen einen Kostenvorschuß in Höhe von 1.000,- DM für die durch die Unterstellung des gepfändeten Pkw anfallenden Standgebühren zu zahlen. Mit Schreiben vom 03. 04. 1993 legte der Gerichtsvollzieher der Gläubigerin eine Rechnung über Standgebühr pro Tag á 15,- DM vor, wobei sich die Rechnung bis einschließlich 31. 03. 1993 auf 975,- DM plus Mehrwertsteuer belief. Nachdem die Gläubigerin die Höhe der Standgebühr mit 15,- DM pro Tag beanstandet hatte, erklärte sich die Firma NN. nach Rücksprache mit dem Gerichtsvollzieher bereit, die Tagesstandgebühr auf 11,- DM zu ermäßigen. Damit ermäßigte sich zugleich die Rechnung für die Standgebühr bis einschließlich 30. 04. 1993 auf 1.045,- DM. Mit Schreiben vom 27. 05. 1993 forderte der zuständige Gerichtsvollzieher nochmals einen Kostenvorschuß von der Gläubigerin an und zwar

a) 1.386,- DM für 126 Tage á 11,- DM (Zeit 26. 01.- 31. 05. 1993)

b) 330,- DM im voraus für den Monat Juni 1993

c) 330,- DM jeweils zum 01. des nächsten Monats.

Zugleich kündigte der zuständige Gerichtsvollzieher an, die Pfändung aufzuheben und den gepfändeten Gegenstand gegen Erstattung der Kosten den Vollstreckungsschuldner auszuhändigen, falls Vorschußzahlungen nicht erfolgen würden. Hiergegen wendet sich die Gläubigerin mit dem Rechtsbehelf der Erinnerung. Sie macht geltend, daß die Schuldner zwischenzeit-

lich durch Versäumnisurteil zur Zahlung eines Betrages von 3.637,10 DM verurteilt worden seien. Damit könne nunmehr die Verwertung des gepfändeten Fahrzeuges erfolgen. Eine Standgebühr in Höhe von täglich 11,- DM sei völlig unangemessen. Angemessen sei allenfalls eine solche von 5,- DM bis 6,- DM pro Tag. Im übrigen seien die Kosten der Zwangsvollstreckung gemäß § 788 Abs. 1 ZPO aufgrund des vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteils von den Schuldnern zu tragen und zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beizutreiben. Schließlich seien die Schuldner aufgrund des Arrestbeschlusses des Amtsgerichts Geilenkirchen vom 22. 01. 1993 als Gesamtschuldner zur Tragung der Verfahrenskosten verpflichtet. Damit seien sie auch zur Übernahme der Standkosten für das gepfändete Fahrzeug verpflichtet.

Die Gläubigerin beantragt, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, die Pfändung des Fahrzeugs der Schuldner aufrechtzuerhalten.

Die Erinnerung ist zwar zulässig, sie ist jedoch nicht begründet. Zu Recht macht der zuständige Gerichtsvollzieher die Aufrechterhaltung der Pfändung davon abhängig, daß die Gläubigerin die durch die Pfändung bereits entstandenen Kosten bezahlt und einen ausreichenden Vorschuß für die noch entstehenden Kosten erbringt. Dabei ist nicht entscheidend darauf abzustellen, daß die Schuldner gemäß § 788 ZPO die notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung zu tragen haben. Dies besagt nur, daß die Gläubigerin nach Durchführung der Pfändung die ihr dabei entstandenen Kosten aufgrund des gegen die Schuldner erlangten vollstreckbaren Titels mit beitreiben kann. Entscheidend ist, daß die Gläubigerin gemäß §§ 3, 5 des Gesetzes über Kosten der Gerichtsvollzieher vorschußpflichtig für diejenigen Kosten ist, die durch die von ihr beantragte Amtshandlung des Gerichtsvollziehers entstehen werden. Gemäß § 5 des vorgenannten Gesetzes kann der Gerichtsvollzieher die von ihm erlangte Amtshandlung von der Zahlung eines Vorschusses abhängig machen, der die voraussichtlichen Kosten deckt. Hierbei handelt es sich auch um Kosten, die durch die sachgemäße Unterstellung eines Fahrzeuges entstehen. Diese von der Gläubigerin vorzustreckenden Kosten können dann von ihr als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung von den Schuldnern gemäß § 788 ZPO beigetrieben werden.

Die Erinnerung ist auch nicht deshalb begründet, weil der von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachte Vorschuß bzw. die bereits angefallenen Kosten zu hoch angesetzt sind. Wie der Gerichtsvollzieher glaubhaft dargelegt hat, belaufen sich im Raum Geilenkirchen die Kosten für die Unterbringung eines Pkw im Schnitt pro Tag auf 11,- DM. So ist es der Gläubigerin sogar unter Einschaltung des zuständigen Gerichtsvollziehers gelungen, die ursprünglich von der Autofirma mit 15,- DM festgesetzte Tagesstandgebühr auf 11,- DM herunterzuhandeln. Auch das Gericht erachtet einen Preis von 11,- DM Standgebühr pro Tag für angemessen.

#### **Anmerkung:**

„Der Gerichtsvollzieher ist bei richtiger Auslegung des § 5 GVKostG i. V. m. Nr. 9 GVKostGr nicht nur berechtigt sondern auch verpflichtet, für den Vollstreckungsgläubiger durchgeführte Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aufzuheben, wenn der erforderliche Kostenvorschuß nicht gezahlt wird. Das OLG Frankfurt/Main hatte in der grundlegenden Entscheidung vom 6. 10. 1981 – 14 U 83/80 (DGVZ 82, 57 ff.) dies bereits für die Verwahrung im Rahmen einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Offen gelassen hatte das OLG Frankfurt dabei, ob der Gerichtsvollzieher bei Nichtzahlung eines Kostenvorschusses durch den Vollstreckungsgläubiger im Rahmen einer Geldzwangsvollstreckung verpflichtet sei, Pfändungsmaßnahmen aufzuheben. Diese Konsequenz ist richtiger Weise durch die Beschlüsse des AG Aachen v. 21. 11. 1988 – 7 M 1349/88 – und des LG Aachen v. 23. 11. 1988 – 5 T 306/88 – (DGVZ 89, 23)

bejaht worden. Nunmehr hat das AG Geilenkirchen durch Beschluß v. 17. 06. 1996 – 2 M 753/93 – diese Verpflichtung des Gerichtsvollziehers auch bei der Arrestvollziehung (= Pfändung) ausgesprochen. Das AG Geilenkirchen hat darauf hingewiesen, daß der Gerichtsvollzieher zu Recht die Aufrechterhaltung der Pfändung von der Zahlung der bis dahin fälligen Kosten (Nr. 6 GVKostGr) und von der Zahlung eines ausreichenden Vorschusses für die noch entstehenden Kosten (Nr. 9 Abs. 5 GVKostGr analog) durch den Vollstreckungsgläubiger abhängig gemacht habe. Wird nämlich der Kostenvorschuß von vornherein nicht gezahlt, werden für den Vollstreckungsgläubiger keine Zwangsvollstreckungsmaßnahmen getroffen (Nr. 9 Abs. 6, 7 GVKostGr). Werden die bereits fälligen Kosten (Nr. 6 GVKostGr) und ein Vorschuß für die noch entstehenden Kosten (Nr. 9 Abs. 5 GVKostGr analog) nicht gezahlt, werden die für den Vollstreckungsgläubiger getroffenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht aufrechterhalten. Das ist die Konsequenz, die sich aus der richtigen Auslegung des § 5 GVKostG i. V. m. Nr. 6 und Nr. 9 GVKostGr ergibt. Darauf habe ich bereits in meiner Anmerkung zu den Entscheidungen des AG/LG Aachen, a. a. O., hingewiesen.

Soweit Schröder-Kay, Das Kostenwesen der Gerichtsvollzieher, 9. Aufl., § 5 Rdnr. 33, lediglich die kostenverursachenden Maßnahmen (z. B. Einlagerung/Verwahrung) aufheben will durch Rückgabe der gepfändeten Sache an den Vollstreckungsschuldner, kann dem nicht gefolgt werden. Man stelle sich nur vor, der Vollstreckungsschuldner würde auf Aufforderung des Gerichtsvollziehers die gepfändete Sache nicht abholen, wobei der Gerichtsvollzieher die Rückgabe der gepfändeten Sache von der Erstattung der bis dahin entstandenen Kosten abhängig machen müßte. Weiter würden z. B. Verwahrkosten pp entstehen. Was soll der Gerichtsvollzieher dann tun? Das ist und kann nicht im Interesse des Staates sein. Hier würde dem legitimen Bedürfnis des Staates nach Sicherung des Kosteneingangs und möglichst wirtschaftlicher Gestaltung der Staatsverwaltung nicht Rechnung getragen (vgl. Schröder-Kay, a. a. O., § 5 Rdnr. 4). Die gleiche Situation würde eintreten, wenn der Vollstreckungsschuldner nicht bereit wäre, z. B. gepfändete Tiere weiterhin in seinem Gewahrsam zu füttern, ein Verbringen der Tiere in Drittgewahrsam aber wegen des nicht gezahlten Kostenvorschusses und der bis dahin fälligen Kosten nicht möglich wäre (so der Sachverhalt, welcher der Entscheidung des AG/LG Aachen, a. a. O., zugrunde lag).

Die Regelung des § 5 GVKostG i. V. m. Nr. 9 GVKostGr und Nr. 6 GVKostGr in der richtigen Auslegung lautet auf einen Nenner gebracht:

Der Antragsteller, der vorschußpflichtig ist, kann einen Antrag zur Zwangsvollstreckung nur stellen bzw. zu seinen Gunsten getroffene Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nur aufrechterhalten lassen, wenn er Geld hat oder wenn er nachweist durch PKH-Bewilligung, daß er kein Geld hat. Zahlt er nicht und hat er auch keine PKH-Bewilligung, dann ist die Konsequenz gleich:

Der Staat wird durch seine Vollstreckungsorgane nicht oder nicht mehr für den Antragsteller tätig, sei es daß sein Antrag als zurückgenommen betrachtet wird, sei es daß die in seinem Interesse getroffenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aufgehoben werden.

„Vor diesem Nachteil kann und muß der Auftraggeber sich selbst schützen, indem er entweder den angeforderten Kostenvorschuß zahlt oder – falls ihm das nicht möglich ist – das Armenrecht für die Zwangsvollstreckung beantragt (§ 20 Nr. 5 RpflG) „<so ausdrücklich OLG Frankfurt/Main, a. a. O., S. 61>.“

**Hubert Gilleßen, weiterer aufsichtführender Richter, AG Aachen**

## ■ BUCHBESPRECHUNGEN

### Rechtspfleger-Jahrbuch 1997

Herausgegeben vom Bund Deutscher Rechtspfleger e. V., München; Schriftleitung: Dipl.-Rpfl. Klaus Meyer-Stolte, Bielefeld. 63. Jahrgang, 1997, 268 Seiten; 37,- DM (Abo-Preis 32,- DM). Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, Bielefeld.

Das in hohem Maße auf den Tätigkeitsbereich des Rechtspflegers zugeschnittene Rechtspfleger-Jahrbuch bietet auch in diesem Jahr wieder einen Kompaß, mit dem bei der Vielfalt der anfallenden Literatur und Rechtsprechung in der täglichen Praxis Kurs gehalten werden kann, ohne dabei richtungweisende Erkenntnisse und Entscheidungen außer acht zu lassen.

Das Rechtspfleger-Jahrbuch enthält aber nicht nur eine umfassende Übersicht über Rechtsprechung und Schrifttum zu den vom Rechtspfleger bearbeiteten Rechtsgebieten, sondern auch drei Abhandlungen zu einschlägigen Themen. Holger Schweda befaßt sich mit Rechtsfragen bei der Vorlage ausländischer Personenstandsurkunden und gibt damit Hilfestellung für den Rechtspfleger, der mit diesen Urkunden in Nachlaß- oder Grundbuchsachen konfrontiert wird. Steffen Kögel schildert das Reformvorhaben zum Handelsgesetzbuch und gibt einen Überblick über die von der eingesetzten Bund-Länder-Arbeitsgruppe gemachten Empfehlungen. In einem weiteren Beitrag zeigt Anton Hornung die Besonderheiten des Schiffs- und Schiffsbauregisters in den ostdeutschen Bundesländern auf und gibt Hinweise auf die bestehenden Rechtsgrundlagen (Verordnungen, Staatsverträge pp.).

Damit ist auch das Jahrbuch 1997 eine Bereicherung für die Handbibliothek des Rechtspflegers, aber auch für jeden anderen, der in diesen Rechtsgebieten tätig ist.

### Aus der Justizstatistik der Jahre 1994 und 1995 für die Bundesrepublik Deutschland einschl. neue Bundesländer

	1994 <sup>1)</sup>	1995
Mahnverfahren	7 802 286	7 751 822
Zwangsvollstr.-Aufträge an Gerichtsvollz.	9 121 546 <sup>2)</sup>	9 562 098
Vollstr.-Auftr. der Justizbeh. an Ger.vollz.	722 422 <sup>2)</sup>	688 739
Verfahren zur Genehmigung der Durchsichtung der Wohnung gem. § 758 ZPO	636 112	681 237
Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung, insgesamt	1 701 297	1 636 396
Abgegebene eidesstattliche Versicherungen	467 506	511 996
Haftanordnungen in Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung	677 111	727 913
Anträge auf Eröffnung von Konkursverfahren	59 930	65 035
Eröffnung von Konkursverfahren (einschl. Anschlußkonkurs)	6 926	7 815
Anträge auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses	638	562
Eröffnung von Vergleichsverfahren	79	91
Zwangsversteigerung von unbeweglichen Gegenständen	49 202	54 495
Zwangsverwaltungen	9 453	12 598
Anzahl der Amtsgerichte	651 <sup>3)</sup>	706
Wohnbevölkerung	77 161 000 <sup>3)</sup>	81 813 000

1) Ohne Mecklenburg-Vorpommern.

2) Einschließlich Mecklenburg-Vorpommern.

3) Ohne Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern.

## ■ HINWEIS AUF ANDERE SCHRIFTEN

Behr, Johannes, „Möbiliarvollstreckung 1996 – Agonie einer Institution –“. In: Rechtspfleger-Studienhefte, 1996, S. 33–39.

Behr, Johannes, „Möbiliarvollstreckung 1996 – Agonie einer Institution –“. In: Anwaltsblatt 1996, S. 599–606.

Depenbrock, Harald, „Der Insolvenzplan – erhöhte Anforderungen an Gerichte, Gläubiger und Verwalter“. In: Insolvenz u. Vollstreckung, 1996, S. 228–230.

Frings, Hartmut, „Die Verwertung von Kreditsicherheiten unter dem Regime der Insolvenzordnung“. In: Sparkasse, 1996, S. 384–388.

Hegedüs, Eva, „Durchsetzung von Forderungen in Ungarn“. In: Anwaltsblatt 1996, S. 430–435.

Helwich, Günther, „Die Zwangsvollstreckung aus Endurteilen in den Grenzen von Rechtskraft und vorläufiger Vollstreckbarkeit. Vollstreckungsrechtliche Zweifelsfragen im Grund- und Vertiefungsstudium der Rechtspflegerausbildung“. In: Rechtspfleger-Studienhefte, 1996, S. 65–69.

Hess, Harald u. Michaela Weis, „Massekredite im Rahmen der Insolvenzordnung“. In: Insolvenz u. Vollstreckung, 1996, S. 225–227.

Hess, Harald u. Michaela Weis, „Die Stellung des Insolvenzgerichts nach der neuen Insolvenzordnung“. In: Insolvenz und Vollstreckung, 1996, S. 197–200.

Heyer, Hans Ulrich, „Der ‚Null-Plan‘ im Verbraucherinsolvenzverfahren“. In: Juristische Rundschau, 1996, S. 314–317.

Pencereci, Turgut u. Ekkehart Siering, „Die Vollstreckung von Geldforderungen gegen Gemeinden durch Private“. In: Landes- und Kommunalverwaltung, 1996, S. 401–403.

Rolletschke, Stefan, „Nichtige Verdachtspfändung oder hinreichend bestimmte Pfändungsverfügung?“. In: Deutsche Steuerzeitung, 1997, S. 19–20.

Schilken, Eberhard, „Die Vorschläge der Kommission für ein europäisches Zivilprozeßbuch – einstweiliger summarischer Rechtsschutz und Vollstreckung“. In: Zeitschrift für Zivilprozeß, 1996, S. 315–336.

Takeshita, Morio, „Neuere Tendenzen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Japan“. In: Zeitschrift für Zivilprozeß international, 1996, S. 3–36.

Tsikrikas, Dimitros, „Bemerkungen zur Struktur und Funktion des griechischen Vollstreckungsrechts“. In: Zeitschrift für Zivilprozeß international, 1996, S. 119–143.

With, Hans de, „Die Bedeutung der Änderung des § 108 Insolvenzordnung (InsO)“. In: Finanzierung, Leasing, Factoring, 1996, S. 183–185.

Zeiler, Gerold, „Europäisches Sicherungsverfahren. Die Regelung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen über einstweilige Maßnahmen“. In: Juristische Blätter, 1996, S. 721–734.

**Herausgeber:** Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e. V. (DGVB) – 50739 Köln, Longericher Str. 225, Telefon (02 21) 1 70 35 15.

**Verantwortlich:** Schriftleiter Obergerichtsvollzieher Theo Seip in 65549 Limburg, Am Rosenhang 4, Telefon (0 64 31) 2 23 76; Stellvertreter: Obergerichtsvollzieher Frank Schneider in 12159 Berlin, Sarrazinstr. 11–15, Telefon (0 30) 8 51 49 48.

**Verlag:** Heenemann Verlagsgesellschaft mbH in 12103 Berlin, Bessemerstr. 83–91. **Druck:** H. Heenemann GmbH & Co in 12103 Berlin, Bessemerstr. 83–91. Erscheinungsweise: monatlich 1 Heft. Versand als Postvertriebsstück. Bezugspreis: jährlich DM 55,50 einschließlich Versandkosten und Mehrwertsteuer. Einzelheft DM 4,70. Für Mitglieder des DGVB Preisermäßigung. Kein Buchhändler-Rabatt.

Beiträge zur Veröffentlichung werden nur unter der Bedingung angenommen und honoriert, daß sie keiner anderen Zeitschrift angeboten worden sind oder angeboten werden. Mit der Annahme erwirbt die DGVB dauernd das alleinige Nutzungsrecht.

Alle Rechte sind vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der weiteren Vervielfältigung im Wege des fotomechanischen oder ähnlichen Verfahrens. **Bestellungen** und **Zuschriften**, die den **Bezug** der Zeitung betreffen, sowie **Anzeigenaufträge** sind an die Bundesgeschäftsstelle des Deutschen Gerichtsvollzieher Bundes in 50739 Köln, Longericher Str. 225, zu richten.

**Einbanddecken** sind zu beziehen bei Firma Rudolf Lucke GmbH, Postfach 20 03 42, 44649 Herne.

Das **Jahres-Inhaltsverzeichnis** wird jeweils der Februar-Ausgabe des folgenden Jahrgangs beigelegt.

**Einsendungen und Zuschriften, die den Inhalt der Zeitung (Aufsätze, Entscheidungen etc.) betreffen, sind nur zu richten an den Schriftleiter der DGVB, Obergerichtsvollzieher Theo Seip, 65549 Limburg, Am Rosenhang 4.**