Seit 1881

# DEUTSCHE GERICHTSVOLLZIEHER ZEITUNG

ZEITSCHRIFT für VOLLSTRECKUNGS-, ZUSTELLUNGS- und KOSTENWESEN

DGVZ

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

NOVEMBER 1998 · 113. JAHRGANG · NR. 11/98

## § 758 a ZPO – Fast nur Althergebrachtes in neuem Gewande

Von Richter am Landgericht Frank-Michael Goebel, Koblenz

### *I. Einleitung*

Am 25. November 1997 hat der Deutsche Bundestag und am 28. November 1997 der Deutsche Bundesrat das Zweite[1]) Gesetz zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften verabschiedet. Mit diesem am 17.12.1997 verkündeten[2]) Gesetz hat der Gesetzgeber mit § 758 a ZPO die Einholung einer richterlichen Durchsuchungserlaubnis ausdrücklich geregelt. Gleichzeitig wurde § 761 ZPO, der die Vollstrekkung zur Nachtzeit sowie an Sonn- und Feiertagen regelte, aufgehoben und die sachliche Regelung in § 758 a Abs. 4 ZPO neu aufgenommen. § 758 a ZPO lautet insgesamt wie folgt:

„(1) Die Wohnung des Schuldners darf ohne dessen Einwilligung nur auf Grund einer Anordnung des Richters bei dem Amtsgericht durchsucht werden, in dessen Bezirk die Durchsuchung erfolgen soll. Dies gilt nicht, wenn die Einholung der Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde.

(2) Auf die Vollstreckung eines Titels auf Räumung oder Herausgabe von Räumen und auf die Vollstreckung eines Haftbefehls nach § 901 ist Absatz 1 nicht anzuwenden.

(3) Willigt der Schuldner in die Durchsuchung ein oder ist eine Anordnung gegen ihn nach Absatz 1 S. 1 ergangen oder nach Absatz 1 Satz 2 entbehrlich, so haben Personen, die Mitgewahrsam an der Wohnung des Schuldners haben, die Durchsuchung zu dulden. Unbillige Härten gegenüber den Mitgewahrsamsinhabern sind zu vermeiden.

(4) Der Gerichtsvollzieher nimmt eine Vollstreckungshandlung zur Nachtzeit und an Sonn- und Feiertagen nicht vor, wenn dies für den Schuldner und die Mitgewahrssamsinhaber eine unbillige Härte darstellt oder der zu erwartende Erfolg in einem Mißverhältnis zu dem Eingriff steht, in Wohnungen nur auf Grund einer besonderen Anordnung des Richters bei dem Amtsgericht."

Die Regelung tritt zum 1. 1. 1999 in Kraft.[3]) Im nachfolgenden soll untersucht werden, inwieweit die nunmehrige Regelung zu einer Änderung der bisherigen Praxis führt.

### *II. § 758 a Abs. 1*

Die Regelung über die richterliche Anordnung für die Durchsuchung der Wohnung des Schuldners zum Zwecke der Pfändung beweglichen Vermögens in § 758 a ZPO trägt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3. April 1979[4]) Rechnung, in der das BVerfG ausgesprochen hat, daß eine Pfändung ohne eine solche Anordnung einen Verstoß gegen § 13 Abs. 2 GG darstellt. Im weiteren ging das BVerfG davon aus, daß Art 13 Abs. 2 GG als unmittelbar geltendes Recht § 758 ZPO ergänzt, d. h. im Anwendungsbereich von § 758 ZPO grundsätzlich ein richterlicher Durchsuchungsbeschluß erforderlich ist, soweit nicht Gefahr im Verzuge ist.

---

[1]) Das jetzt verabschiedete Gesetz schließt damit an das Gesetz zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften vom 1. 2. 1979, BGBl. I, S. 127 an. Vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte Theo *Seip*, DGVZ 1998, 1 ff.

[2]) BGBl. I 1997, S. 3039.

[3]) Art. 4 (1) des Gesetzes = BGBl. I , 1997, S. 3046.

[4]) BVerfGE 51, 97 ff.

Verfahrensrechtlich sollte in Analogie zu § 761 ZPO verfahren werden.[5])

*Der Anwendungsbereich von § 758 a ZPO*

Nachdem der Gesetzgeber selbst darauf hinweist, daß im hier besprochenen Bereich eine Anpassung an die Rechtsprechung des BVerfG erfolgen solle[6]), stellt sich zunächst eigentlich die Frage nach dem Anwendungsbereich von § 758 a ZPO nicht. Der Gesetzgeber hat selbst dargelegt, daß die Entscheidung des BVerfG gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG bereits Gesetzeskraft hat, so daß es allein um eine Klarstellung gehen kann[7]). Ausgehend von einer solchen Betrachtungsweise deckt sich der Inhalt von § 758 a ZPO mit dem des Art 13 GG.

Diese Frage wird aber dadurch aufgeworfen, daß § 758 a ZPO – wie im übrigen auch Art 13 GG – nur von der Wohnung des Schuldners spricht, nicht aber von Geschäftsräumen, während im gleichzeitig neu gefaßten § 287 Abs. 4 AO von den Wohn- *und Geschäftsräumen* die Rede ist. Zu dieser Differenzierung wird in der Gesetzesbegründung nicht Stellung genommen[8]), so daß sich die Frage stellt, ob eine solche gewollt war.

Damit stellt sich mithin die Frage, ob der Gesetzgeber § 758 a ZPO enger fassen wollte als die bisherige Praxis § 758 ZPO i. V. m. Art 13 GG verstanden hat und zum anderen, ob dies verfassungsrechtlich überhaupt zulässig wäre.

In der Gesetzesbegründung zu § 758 a ZPO ist ausgeführt, daß sich mit der Neuregelung gleichzeitig die Aufgabe gestellt habe, „die durch diese Rechtsprechung bedingten Schwierigkeiten der Praxis, insbesondere die zusätzliche Belastung der Vollstreckungsorgane, sowie die Gefahren für eine schnelle und effektive Durchsetzung von Gläubigerrechten soweit wie möglich in Grenzen zu halten“[9]). Mit dieser Begründung kann nicht ausgeschlossen werden, daß der Gesetzgeber tatsächlich das Ziel verfolgt, die Notwendigkeit des Durchsuchungsbeschlusses auf die Fälle der betroffenen *Privats*sphäre zu beschränken. Andererseits hätte es für diesen Fall nahegelegen, § 287 Abs. 4 AO in gleicher Weise zu fassen, da ein Kriterium sachlicher Unterscheidung zwischen diesen Normen nicht erkennbar ist. Der Gesetzesbegründung läßt sich an anderer Stelle aber auch entnehmen, daß der Gesetzgeber die Regelung von Zweifelsfragen weiterhin der Rechtsprechung überlassen möchte, wobei er ausdrücklich auch auf die Frage der Einbeziehung von Geschäftsräumen verweist[10]).

Nach Ansicht des Verfassers wird aber davon auszugehen sein, daß der Gesetzgeber an einer entsprechenden Einschränkung des Erfordernisses der Durchsuchungserlaubnis von Verfassungs wegen gehindert ist, so daß anzunehmen ist, daß er eine abweichende Bestimmung auch nicht tatsächlich beabsichtigte[11]).

Unter Wohnung im Sinne von Art 13 GG wird nicht nur die eigentliche Privatwohnung verstanden, sondern auch Geschäftsräume und sonstige Räumlichkeiten.[12]) Der Begriff der Wohnung ist damit umfassend zu verstehen und erfaßt alle nicht allgemein zugänglichen Räume die zum Aufenthalt oder zu Arbeitszwecken bestimmt sind und genutzt werden.[13]) Dieser weite Wohnungsbegriff erklärt sich aus dem historischem Verständnis der Vorgängernormen, von denen mit Art. 13 GG nicht abgewichen werden sollte.[14])

In diesem weiten Verständnis entfaltet Art 13 GG seine Schutzwirkung, mit der Folge, daß auch bei Durchsuchungen solcher Räumlichkeiten, die nicht unter den Begriff der Wohnung im engeren Sinne, d. h. unter eine Privatwohnung fallen, grundsätzlich eine richterliche Erlaubnis notwendig ist. Ausgenommen sind allein diejenigen Fälle, in denen der Schuldner dem Gerichtsvollzieher die Durchsuchung gestattet, da es in diesem Fall an der Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung fehlt.

Nur in diesem Rahmen ist der einfache Gesetzgeber daher ohne Änderung von Art 13 Abs. 2 GG in der Lage eine Regelung zu treffen. Nur in diesem Rahmen kann sich daher § 758 a ZPO entwickeln.

Die vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 3. April 1979 vertretene Auffassung, daß Art 13 GG einerseits extensiv, andererseits restriktiv auszulegen und deshalb zwischen einer verwaltungsrechtlichen, einer strafrechtlichen und einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Durchsuchung zu unterscheiden sei[15]), hat das Bundesverfassungsgericht in der genannten Entscheidung ausdrücklich verworfen[16]). Damit bleibt dem Gesetzgeber kein Spielraum, um die Frage nach dem „Ob“ der richterlichen Durchsuchungsanordnung auch in der Differenzierung zwischen Wohn- und Geschäftsräumen zu entscheiden. Er ist auf die Regelung des verfahrensmäßigen Ablaufs beschränkt.

Es bleibt damit festzustellen, daß die Durchsuchungserlaubnis zum Zwecke der Zwangsvollstreckung auch unter Anwendung von § 758 a ZPO nach dem 1. 1. 1999 für alle Art 13 GG unterfallenden Räumlichkeiten gilt und sich damit gegenüber der bisherigen Praxis keine Änderungen ergeben. Der Gesetzgeber hat hier allein auf eine Rechtsentwicklung reagiert und diese durch eine gesetzliche Regelung manifestiert und im weiteren einer Verfahrensregelung unterworfen.

Die unterschiedliche Fassung von § 287 AO und § 758 a ZPO mag damit erklärt werden, daß in § 287 AO bereits in der ursprünglichen Gesetzesfassung von den „Wohn- und Geschäftsräumen“ gesprochen wurde und der Gesetzgeber nunmehr allein § 287 Abs. 4 der AO geändert hat, der sich mit verfahrensrechtlichen Fragen befasst, nicht aber § 287 Abs. 1 AO, der den Anwendungsbereich umschreibt. § 758 ZPO sprach demgegenüber schon immer allein von der „Wohnung“, so daß diese Begrifflichkeit in § 758 a ZPO übernommen wurde und dem Gesetzgeber letztlich die Parallelität der Vorschriften entgangen ist. Leider legt der moderne Gesetzgeber nicht immer Wert auf eine auch gesetzestechnisch angemessene Arbeitsweise, insbesondere auf eine gleiche Bezeichnung identischer Sachverhalte.

---

5) BVerfGE 51, 97, 114.

6) BT-Drks. 13/341 S. 15, l. Sp.

7) Ebenda S. 15, r. Sp. a. E.

8) BT-Drks. 13/9088, S. 25.

9) Ebenda.

10) BT-Drks. 13/341 S. 15 r. Sp. oben.

11) Anderer Ansicht wohl *Behr*, JurBüro 1998, Sonderheft zu Heft 5, 2. Zwangsvollstreckungsnovelle, S. 3 – 18, hier S. 5.

12) BVerfG 32, 54 – Leitsatz 1 und Seite 68, 72.

13) *Maunz/Dürig*, Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: Nov. 1997 m. w. N.; *Arnold*, in: Münchner Kommentar zur ZPO, München 1992, Rdnr. 9 ff. zu § 758; *Münzberg*, in: *Stein/Jonas*, Zivilprozeßordnung, 21. Auflage, Tübingen 1994, Rdnrn. 2 und 29 zu § 758 m. w. N.; *Thomas/Putzo*, ZPO, München 1998, Rdnr. 7 zu § 758 a.

14) BVerfGE 32, 54, 69; vgl. § 140 der Frankfurter Reichsverfassung von 1848 oder Art 115 der Weimarer Reichsverfassung.

15) *Schneider* DGVZ 1977, 72; *Amelung* ZZP 88 (1975), 74; OLG Düsseldorf NJW 1978, 221 Vgl. auch die im Rahmen des Verfahrens vor dem BVerfG rezitierte Stellungnahme der Bundesregierung, BVerfGE 51, 97, 100.

16) BVerfGE 51, 97, 106 f.

*Die Voraussetzungen der Durchsuchungserlaubnis*

Die Voraussetzungen für den Erlaß der Durchsuchungsanordnung hat der Gesetzgeber nicht weiter konkretisiert, d. h. er hat keine Änderungen gegenüber den nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in Literatur und Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätzen vorgenommen. Die Konkretisierung der Voraussetzungen der Durchsuchungserlaubnis bleibt damit unter Berücksichtigung von Art 13 GG Aufgabe der Rechtsprechung.

Der Richter wird deshalb einerseits die Vollstreckungsvoraussetzungen zu prüfen und andererseits festzustellen haben, daß kein mit dem Schutzzweck von Art 13 Abs. II unvereinbarer Eingriff erfolgt.[17]) Dabei wird der Richter insbesondere die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs zu beachten haben[18]). Die Verhältnismäßigkeit ist insbesondere dann nicht gewahrt, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die Durchsuchung keinen Erfolg hat, so bei gerichtsbekannter Unpfändbarkeit oder einer bereits kurze Zeit zuvor erfolglos gebliebenen Mobiliarzwangsvollstreckung[19]), wenn die Durchsuchung erkennbar in einem Mißverhältnis zum möglichen Vollstrekkungserfolg steht oder die Vollstreckung ersichtlich eine besondere Härte für den Schuldner bedeuten würde.

Hinsichtlich der Einzelheiten kann auf die bisherige Rechtssprechung und Kommentarliteratur[20]) verwiesen werden, die in vollem Umfange Gültigkeit behält.

*Der Gerichtsvollzieher als Antragsteller?*

Der Gesetzgeber hat die in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, wer die Durchsuchungsanordnung nach § 758 a ZPO zu beantragen hat, weiter offengelassen.

Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, daß der Gerichtsvollzieher selbst die Durchsuchungserlaubnis in eigenem Namen oder namens des Gläubigers einholen kann, d. h. auch ohne gesonderten Antrag als dessen Vertreter auftritt, soweit ein entsprechender Wille des Gläubigers erkennbar ist[21]). Dabei sei der Gerichtsvollzieher berechtigt aber nicht verpflichtet, einen solchen Antrag zu stellen[22]).

Nach anderer Auffassung, der der Verfasser beitritt, kann der Gerichtsvollzieher dagegen nicht selbständig als Vertreter des Gläubigers auftreten, was sich schon aus der Tatsache ergibt, daß der Gläubiger Herr des Verfahrens und der Gerichtsvollzieher selbständiges Organ der Rechtspflege ist, welches nicht auf der Seite des Gläubigers steht, sondern in Ausfüllung des Vollstreckungsanspruchs des Gläubigers aus Art 14 GG für den Staat handelt[23]). Dies schließt nicht aus, daß der Gerichtsvollzieher einen bereits vorsorglich durch den Gläubiger gestellten Antrag auf Erlaß eines Durchsuchungsbeschlusses an den zuständigen Richter bei dem Amtsgericht weiterleitet, wenn der Schuldner die Durchsuchung der Räumlichkeiten verweigert. Dies entspricht auch der Regelung des § 107 Nr. 3 GVGA.

*Die Entbehrlichkeit der Durchsuchungserlaubnis*

Entsprechend der bisherigen Praxis und dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts bleibt eine richterliche Durchsuchungserlaubnis dann entbehrlich, wenn hierdurch der „Erfolg der Durchsuchung“ gefährdet würde. Diese Formulierung soll den Aspekt der „Gefahr im Verzug“ i. S. v. Art 13 GG konkretisieren[24]). Gefahr im Verzug liegt nur dann vor, wenn schon durch die Einholung der vorherigen richterlichen Durchsuchungsanordnung der Erfolg der Durchsuchung gefährdet würde. Dabei ist immer zu erwägen, daß die richterliche Durchsuchungserlaubnis auch ohne Anhörung des Schuldners ergehen kann, wenn dies den Durchsuchungserfolg gefährdet[25]), was insbesondere dann der Fall ist, wenn zu besorgen ist, daß der Schuldner mögliche pfändbare Habe zuvor beseitigt. Gefahr im Verzug bedarf danach eine höhere Gefahr der Vollstreckungsvereitelung, die dann als gegeben angesehen werden kann, wenn durch die zeitliche Verzögerung, die durch die Einholung der richterlichen Durchsuchungserlaubnis eintritt, der Vollstreckungserfolg gefährdet würde[26]). Dies ist besonders dann vorstellbar, wenn auch der Vollstreckungstitel in einem Eilverfahren erlassen wurde, etwa eine einstweilige Verfügung im Beschlußwege[27]), bei akuten Anzeichen für eine Vollstreckungsvereitelung oder der bevorstehende Umzug ins Ausland[28]). Inwieweit bereits ein Umzug des Schuldners im Inland ausreichend ist, bedarf dagegen der Einzelfallbetrachtung[29]).

Die Beurteilung der Frage, ob Gefahr im Verzug vorliegt, obliegt grundsätzlich dem Gerichtsvollzieher, der zu entscheiden hat, ob aus seiner Sicht die Voraussetzungen des § 758 a ZPO vorliegen und er damit aus eigener Macht vollstreckt. Zur Verringerung des Risikos von Amtshaftungsansprüchen wird er dabei aber zumindest den Gläubiger anhören, wenn er eine Durchsuchung ohne entsprechende richterliche Anordung erwägt. Beantragt der Gläubiger selbst eine entsprechende Vollstreckungshandlung ohne richterliche Anordnung und verweigert der Gerichtsvollzieher diese, bleibt ihm allein die Erinnerung nach § 766 ZPO, die allerdings in der Sache dann leerläuft, da die zu vermeidende zeitliche Verzögerung gerade damit verursacht wird. In der Sache empfiehlt es sich, in diesem Fall unmittelbar den Erlaß einer Durchsuchungsanordnung zu beantragen und einen durch die Verzögerung entstandenen Schaden ggfls. gesondert geltend zu machen.

Die Durchsuchungsanordnung ist desweiteren dann entbehrlich, wenn der Schuldner mit der Durchsuchung der Wohnung selbst einverstanden ist. Schon nach bisherigem Recht[30]) wurde davon ausgegangen, daß dem Antrag auf Durchsuchungserlaubnis ansonsten nämlich das in jedem Verfahren zu

---

17) BVerfGE 51, 97; BVerfGE 57, 346.

18) BVerfGE 51, 97, 113; BVerfG DGVZ 1998, 25; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 1997, § 26 IV f, cc.

19) LG Berlin DGVZ 1983, 10.

20) *Stöber*, in: *Zöller*, ZPO, 20. Auflage, Köln 1997, Rdnr. 14 zu § 758; *Arnold*, in: Münchner Kommentar zur ZPO, München 1992, Rdnr. 76 zu § 758; *Münzberg*, in: *Stein/Jonas* a. a. O., Rdnr. 15 f. zu § 758 ZPO.

21) *Schneider* NJW 1980, 2377, 2382; *Kleemann* DGVZ 1970, 4; *Hupe* JurBüro 1979, 1440; Stöber, in: Zöller, ZPO, 20. Auflage, Rdnr. 17 zu § 758; Münzberg, in: *Stein/Jonas*, a. a. O. Rdnr. 6 zu § 758.

22) *Schneider* NJW 1980, 2377, 2382.

23) *Seip* DGVZ 1979, 101 und DGVZ 1998, 6; LG Hannover, DGVZ 1983, 154; *Arnold*, in: Münchner Kommentar zur ZPO, Rdnr. 68 zu § 758 mit umfangreichen Nachweisen in FN 85; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 1997, § 26 IV, f. aa).

24) BT-Drks. 13/341, S. 16.

25) BVerfGE 51, 97, 111.

26) BVerfG a. a. O.; LG Berlin DGVZ 1980, 76.

27) *Stöber*, in: *Zöller*, ZPO, 20. Auflage, Köln 1997, Rdnr. 9 zu § 758; *Bischof* ZIP 1983, 522, 523; *Schneider* NJW 1980, 2377, 2378.

28) *Münzberg*, in: *Stein/Jonas*, a. a. O., Rdnr. 4 zu § 758 m. w. N. zu weiteren Einzelfällen in FN 16; *Behr*, JurBüro 1998, Sonderheft zu Heft 5, S. 5; *Thomas/Putzo*, ZPO, München 1998, Rdnr. 10 zu § 758 a ZPO.

29) Für die Annahme der Gefahr im Verzug: OLG Karlsruhe DGVZ 1992, 41.

30) LG Hannover DGVZ 1979, 184; LG Köln DGVZ 1979, 181.

prüfende Rechtsschutzinteresse fehlen würde. Nunmehr hat der Gesetzgeber mit der Formuliereung „... darf ohne dessen Einwilligung nur..." diese Ausnahme ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommen. Wie bisher bedeutet dies im Umkehrschluss, daß dem Schuldner grundsätzlich vor dem Antrag und dem Erlass einer Durchsuchungsanordnung Gelegenheit gegeben worden sein muss, die Durchsuchung zu gestatten[31]). Nur wenn dieser die Durchsuchung verweigert hat oder bei zumindest zwei Vollstreckungsversuchen[32]) zu unterschiedlichen Zeiten[33]) nicht angetroffen wurde, kommt der Erlaß einer Durchsuchungsanordnung mithin in Betracht.

*Erlaß der Durchsuchungsanordnung*

Für den Erlaß der Durchsuchungsanordnung ist nach § 758 a Abs. 1 der „Richter bei dem Amtsgericht" zuständig, in dessen Bezirk die Durchsuchung stattfinden soll.

Dies entspricht der bisherigen Zuständigkeitsregel in Art 13 GG, § 761 ZPO – unter Anpassung an die geänderten Amtsbezeichnungen –, wie sie sich aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergibt, die ausdrücklich eine Anlehnung an das Verfahren nach § 761 ZPO vorgesehen hat.

Nach den bisherigen Ausführungen bleibt festzuhalten, daß § 758 a Abs. 1 ZPO unmittelbarer Ausfluß und einfachgesetzliche Konkretisierung von Art 13 GG ist, was auch Auswirkungen auf die Frage der Zuständigkeit hat. Nach Art 13 Abs. 2 GG darf die Durchsuchung nur durch den Richter angeordnet werden. Richter im Sinne von § 13 Abs. 2 GG ist dabei der Richter im Sinne des Art 97 GG, nicht also der Rechtspfleger[34]).

Zuständig ist damit ausdrücklich nicht das Vollstreckungsgericht[35]).

*III. § 758 a Abs. 2*

Soweit der Gesetzgeber in § 758 a Abs. 2 ZPO anordnet, daß für die Vollstreckung eines Titels auf Räumung oder Herausgabe von Räumen, sowie auf die Vollstreckung eines Haftbefehls nach § 901 ZPO eine Durchsuchungsanordnung nicht erforderlich ist, folgt er der bisherigen herrschenden Meinung[36]) und der bereits in § 107 Nr. 8 GVGA enthaltenen Regelung und manifestiert diese. Die Vollstreckung aus einem Räumungstitel oder einem Titel auf Herausgabe von Räumen stellt nach Auffassung des Verfassers schon keine Durchsuchung dar, da unterschiedliche Zielrichtungen vorliegen. Selbst wenn man dem nicht folgen wollte, müßte anerkannt sein, daß die Verurteilung zur Räumung oder Herausgabe zwangsläufig die Durchsuchung mitumfassen muß und damit durch den Räumungs- oder Herausgabetitel bereits gedeckt ist[37]). Entsprechendes gilt für den Haftbefehl nach § 901 ZPO. Die effektive Anordnung der Verhaftung setzt den Einsatz aller zu seiner Ergreifung notwendigen Maßnahmen voraus und damit auch eine Durchsuchung der Wohnung des Schuldners. Dies hat der Richter im Rahmen des Haftbefehlsverfahrens zu berücksichtigen und insbesondere im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung abzuwägen. Die Durchsuchungserlaubnis ist damit Bestandteil der richterlichen Entscheidung über die Anordnung der Haft, so daß es keines weiteren Durchsuchungsbeschlusses mehr bedarf.

Diese Streitfragen in Rechtsprechung und Literatur, die – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes waren, hat der Gesetzgeber nunmehr im Sinne der h. M. entschieden.

Gleichzeitig hat der Gesetzgeber damit auch die Frage entschieden, ob bei einer Verurteilung zur Herausgabe einer beweglichen Sache, d. h. nicht von Räumen, eine gesonderte Durchsuchungserlaubnis erforderlich ist[38]). In dem der Gesetzgeber – im Wissen um die Diskussion[39]) – nur von Titeln zur Herausgabe von Räumen spricht hat er eine Ausnahme für Titel auf Herausgabe sonstiger beweglicher Sachen negiert[40]).

*IV. § 758 a Abs. 3 ZPO*

Auch hier hat der Gesetzgeber sich dafür entschieden, eine Streitfrage in Rechtsprechung und Literatur im Sinne der bisher h. M. zu entscheiden. Dementsprechend besteht eine grundsätzliche Duldungspflicht des Mitgewahrsamsinhabers hinsichtlich einer Durchsuchung gegen den Schuldner. Die bisher gegenteilige Auffassung hat übersehen, daß der Mitgewahrssamsinhaber durch die nicht gegen ihn gerichtete Durchsuchungsmaßnahme nur am Rande betroffen wird, während die Zulassung eines Drittwiderspruchsrechts das aus Art 14 GG herzuleitende Vollstreckungsrecht des Gläubigers nahezu vollständig aushöhlen würde[41]). Insoweit ist die Klarstellung des Gesetzgebers zu begrüßen und sachgerecht.

*V. § 758 a Abs. 4 ZPO*

Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen der Abschlussberatungen im Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages dafür entschieden § 761 ZPO als Bestimmung über die Vollstrekkung zur Nachtzeit sowie an Sonn- und Feiertagen zu strei-

---

31) KG MDR 1982, 945; OLG Bremen DGVZ 1989, 40; OLG Hamm NJW 1984, 1972; OLG Celle RPfl. 1987, 73; LG Aachen DGVZ 1993, 55; LG Berlin DGVZ 1991, 90; LG Düsseldorf Jur Büro 1983, 142; LG Nürnberg-Fürth DGVZ 1989, 14; LG Zweibrücken MDR 1980, 62.

32) Vgl. hierzu die Anm. der Schriftleitung der DGVZ 1990, 61

33) LG Berlin DGVZ 1989, 70 und 1990, 25.

34) *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig*, Grundgesetzkommentar, 4. Aufl., München 1992, Bd. 1, Rdnr. 28 zu Art 13 GG; *Herdegen*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: März 1998, Rdnr. 55 zu Art 13 GG; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Kommentar zum GG, Rdnr. 13 c zu Art 13 GG; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, §26 IV f.

35) So auch *Thomas/Putzo*, ZPO, München 1998, Rdnr. 14 zu § 758 a ZPO und *Hartmann* in: *Baumbach/Lauterbach*, ZPO, 56. Auflage, Rdnr. 10 zu § 758 a ZPO.

36) OLG Düsseldorf NJW 1980, 458; *Arnold*, in: Münchner Kommentar zur ZPO, München 1992, Rdnr. 59 ff. zu § 758 ZPO; *Münzberg*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, Tübingen 1994, Rdnr. 9 zu § 758 ZPO.

37) Schwierigkeiten bereitet bei dieser Argumentationslinie auch der nunmehr neu gefaßte § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nicht, da der Räumungs- oder Herausgabetitel hier zwar nicht auf einer richterlichen Handlung beruht, aber auf einer Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner, so daß von einem Einverständnis des Schuldners auszugehen ist und damit der Schutzbereich des Art 13 GG verlassen wird. Bei durch den Rechtspfleger erlassenen Zuschlagbeschlüssen als Räumungstitel stellt sich dagegen das Problem nicht, da der Schuldner hier im Wege des Rechtsmittels eine richterliche Entscheidung erreichen kann, die nach dem Gesagten die Frage der Durchsuchung mit regelt, im anderen Falle von einem – nicht grundrechtsrelevanten – Einverständnis auszugehen ist.

38) Für die Notwendigkeit einer Durchsuchungserlaubnis: LG Kaiserslautern DGVZ 1981, 87; LG Düsseldorf DGVZ 1985, 60; LG Berlin, DGVZ 1992, 11; *Evers* DGVZ 1982, 52; *Hemmerich* DGVZ 1982, 83; a. A.: LG Berlin DGVZ 1980, 86; LG Kassel DGVZ 1981, 24; *Schneider* NJW 1980, 2377 zu II.3.; *Langheid* MDR 1980, 22; *Bischof* ZIP 1983, 522 zu II.5.

39) BT-Drks. 13/341, S. 16.

40) So auch ausdrücklich die Begründung des Gesetzesentwurfes, BT-Drks. 13/341 S. 16.

41) Siehe zur bisherigen Diskussion: *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ZwVR, 11. Aufl., § 26 IV, 3g mit umfangreichen weiteren Nachweisen; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 20. Aufl., § 808 Rdnr. 18, FN 62; *Stöber*, in: *Zöller*, ZPO, 20. Aufl., Rdnr. 5 zu § 758 a ZPO.

chen und durch die neue Regelung in § 758 a Abs. 4 ZPO, die auch eine sachlich neue Regelung mit sich bringt, zu ersetzen.

Nach § 761 ZPO war für eine Vollstreckungshandlung zur Nachtzeit, sowie an Sonn- und allgemeinen Feiertagen unabhängig davon, ob die Vollstreckungshandlung innerhalb oder außerhalb von Wohnungen vorgenommen werden sollte, die Erlaubnis des Amtsrichters erforderlich, in dessen Bezirk die Amtshandlung vorgenommen werden soll.

Diese klare Bestimmung wurde durch eine in der Formulierung mißglückte Regelung in § 758 a Abs. 4 ZPO ersetzt. Statt klaren Antworten gibt die Formulierung Anlaß zur Auslegung. Der letzte Halbsatz wäre als eigenständiger Satz 2 der Vorschrift mit dem Inhalt zu fassen gewesen, „Die Vornahme einer Vollstreckungshandlung innerhalb einer Wohnung darf nur auf Grund einer Anordnung des Richters bei dem Amtsgericht erfolgen." Dies ist wohl der Sinn, den der Gesetzgeber der Vorschrift unterlegen wollte.

Im Rahmen der Gesetzesbegründung findet sich zu dieser Vorschrift der Hinweis, daß die Regelung eine Entlastung der Gerichte mit sich bringen soll, ohne daß gleichzeitig der Gerichtsvollzieher noch mehr belastet wird[42]). Dieses Ziel wird sich im Ergebnis mit der Vorschrift aber nur bedingt erreichen lassen. Nur bei der Vollstreckung außerhalb von Wohnungen im oben dargelegten – weiten[43]) – Sinne hat der Gerichtsvollzieher zukünftig ein eigenes Ermessen zu entscheiden, ob er die Vollstreckungshandlung zur Nachtzeit bzw. an Sonn- oder allgemeinen Feiertagen durchführt. Nur in diesem Fall werden die Gerichte aufgrund der Entbehrlichkeit einer gerichtlichen Anordnung im Sinne des bisherigen § 761 ZPO entlastet[44]). Es ist bedauerlich, daß der Gesetzgeber nicht in vollem Umfang die Vollstreckung auch außerhalb der gewöhnlichen Zeiten in das Ermessen des Gerichtsvollziehers gestellt und mögliche Streifragen dem Rechtsmittelverfahren überlassen hätte. Dies wäre ein nachhaltiger Schritt in Richtung der immer wieder proklamierten Entlastung der Gerichte gewesen. Dies gilt umsomehr, als einerseits nicht ersichtlich ist, weshalb der Gerichtsvollzieher die aufgeworfenen Fragen außerhalb von Wohnungen soll beurteilen können, nicht aber wenn es sich um die Vollstreckungshandlung innerhalb einer Wohnung handelt, und auch nach Ansicht des Gesetzgebers[45]) kein verfassungsrechtlich begründeter Regelungsbedarf vorhanden ist.

Im Hinblick auf die Entscheidung in der Sache hat sich zum derzeitigen Rechtszustand keine Änderung ergeben. Auch der Gerichtsvollzieher muß daher zunächst feststellen, daß eine Vollstreckungshandlung zur gewöhnlichen Zeit keinen Erfolg verspricht, während eine solche zur Nachtzeit bzw. an Sonn- oder allgemeinen Feiertagen größere Erfolgsaussichten bietet. Daneben wird er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten haben, der im Wortlaut selbst bereits teilweise konkretisiert ist. Es bleibt mithin bei den zu § 761 ZPO entwickelten Grundsätzen[46]).

Um einen effektiven Rechtsschutz im Sinne von Art 19 Abs. 4 GG zu sichern, wird es zukünftig allerdings generell notwendig sein, daß der Gerichtsvollzieher seine Vollstrekkungshandlung außerhalb von Wohnungen zur Nachtzeit oder an Sonn- und allgemeinen Feiertagen zumindest dem Grunde nach, d. h. ohne konkrete Angabe des Tages ankündigt. Ohne eine solche Ankündigung wäre nämlich ein irreparabler Eingriff in die Rechtssphäre des Schuldners manifestiert mit der Folge, daß jedes Rechtsmittel ins Leere laufen würde, sich allein auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit zu beschränken hätte. Dies entspricht nicht den Anforderungen von Art 19 Abs. 4 GG an einen effektiven Rechtsschutz. In der Praxis wird dabei der Hinweis genügen, daß eine Vollstreckung außerhalb der gewöhnlichen Zeit beabsichtigt ist, wenn der Schuldner nicht zu einer im einzelnen zu bestimmenden Zeit angetroffen wird, oder sich mit dem Gerichtsvollzieher in Verbindung setzt. Nach der Ankündigung hat der Schuldner dann die Möglichkeit im Rechtsmittelwege die Zulässigkeit der Vollstreckung als Ganzes oder der konkreten Handlung anzugreifen oder aber dem Gerichtsvollzieher die Möglichkeit der Vornahme der Vollstreckungshandlung zu gewöhnlicher Zeit zu geben. Ausnahmen von dem Erfordernis der vorherigen Ankündigung werden dann zu machen sein, wenn Gefahr im Verzug im oben dargestellten Sinne vorliegt.

Soweit der Gerichtsvollzieher auch weiterhin die Erlaubnis zur Vornahme von Vollstreckungshandlungen zur Nachtzeit sowie an Sonn- und allgemeinen Feiertagen in Wohnungen bedarf, ist nach § 758 a Abs. 4 ZPO der Richter bei dem Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung vorgenommen werden soll. Der Gesetzgeber hat damit die bisherige Zuständigkeitsregel des § 761 ZPO unter Anpassung an die geänderten Amtsbezeichnungen übernommen.

Zur bisherigen Streitfrage, ob mit dem Richter bei dem Amtsgericht das Vollstreckungsgericht gemeint sei, hat sich der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung nicht geäußert. Im Entwurf des Bundesrats war allerdings ursprünglich vorgesehen, § 761 ZPO nicht zu streichen, sondern allein den Begriff des „Amtsrichters" durch den des „Vollstreckungsgerichts" zu ersetzen, im übrigen § 761 ZPO unberührt zu lassen[47]). Im Rahmen der Begründung hierzu wurde ausgeführt, daß gegen die Übertragung dieser Entscheidung auf den Rechtspfleger keine Bedenken bestünden, da der Gesetzgeber § 761 ZPO auch streichen könne[48]). Auf diesen Hinweis bezugnehmend hat der Rechtsauschuß in seiner Beschlußempfehlung § 758 a Abs. 4 ZPO eingeführt und dies damit begründet, daß mit einer solchen Regelung, die eine Ermächtigung für den Gerichtsvollzieher beinhalte, eine Entlastung der Gerichte eintrete. Nach dem Wortlaut von § 758 a Abs. 4 ZPO hat die Entscheidung der „Richter bei dem Amtsgericht" zu treffen. Weshalb nicht erwogen wurde, diese Entscheidung ausdrücklich dem Vollstreckungsgericht zuzuweisen, wie es der Entwurf des Bundesrats vorgesehen hat, wird nicht erläutert. Da der Gesetzgeber sich damit zur Zuständigkeit für die Entscheidung nicht explizit geäußert hat, wird es bei der bisherigen Meinungsdifferenz in Rechtssprechung und Literatur verbleiben.

Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur ist der Auffassung, daß trotz des Wortlautes von § 761 ZPO sämtliche Zwangsvollstreckungstätigkeiten dem Rechtspfleger übertragen seien, da das Wort Vollstreckungsgericht nur zur Abgrenzung gegenüber dem Zivilprozeßgericht gemeint sei, nicht aber die funktionelle Aufteilung zwischen Richter und

---

42) BT-Drks. 13/9088.

43) Wiederrum für einen engen Wohnungsbegriff: *Behr* a. a. O., S. 5.

44) Diesen engen Anwendungsbereich sieht auch *Thomas/Putzo*, a. a. O., Rdnr. 27 zu § 758 a.

45) BT-Drks. 13/341, S. 18.

46) Vgl. zur bisherigen Rechtsprechung und Literatur beispielhaft: LG Berlin Rpfl 81, 444; LG Frankfurt DGVZ 1980, 23; LG Trier DGVZ 1981, 13; AG Galdbach MDR 1990, 1123; AG Groß Gerau DGVZ 1984, 29; *Stöber*, in: Zöller, ZPO, 20. Auflage, Rdnr. 6 zu § 761 ZPO; *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach*, ZPO, 56. Aufl., Anm. 1 B zu § 761 ZPO.

47) BT-Drks. 13/341 S. 4.

48) BT-Drks. 13/341 S. 18.

Rechtspfleger betreffe. Der Wortlaut des § 761 werde von dem späteren Rechtspflegergesetz überlagert, demgemäß das gesamte Vollstreckungsverfahren des 8. Buches dem Rechtspfleger mit Ausnahme der in § 20 Nr. 17 RPflG genannten Geschäfte übertragen sei. Die Wortwahl in § 761 sei demgegenüber rein historisch und gesetzestechnisch zu erklären[49]).

Die h. M. zu der gleichen Wortwahl in § 761 ZPO geht demgegenüber davon aus, daß der Richter nach dem eindeutigen Wortlaut für die Erteilung der Erlaubnis zuständig ist, was wegen der Schwere des Eingriffs in den persönlichen Lebensbereich des Schuldners und der Nähe zu der von Verfassungs wegen dem Richter vorbehaltenen Durchsuchung der Wohnung auch in der Sache gerechtfertigt sei[50]). Der ersten Ansicht wird entgegengehalten, daß das Rechtspflegergesetz die bei dem Richter begründeten Zuständigkeiten nicht habe ändern wollen[51]).

§ 758 a Abs. 4 ZPO hat diese Streitfrage nicht entschieden, so daß sie weiterhin Gegenstand der Diskussion sein kann und wird. Die jetzige Gesetzesänderung mag diese Diskussion erneut beleben. Nach Ansicht des Verfassers ist im Ergebnis – wenn auch mit Bedauern – der zweiten Ansicht zuzustimmen, weil dem Rechtspfleger in § 20 Nr. 17 RPflG nur diejenigen Aufgaben übertragen sind, die dem Vollstreckungsgericht zugewiesen sind. Diese Aufgabenübertragung ist dem Wortlaut nach eindeutig. Soweit der Rechtspfleger auch Aufgaben übernehmen soll, die nicht dem Vollstreckungsgericht zugewiesen sind, nimmt § 20 Nr. 17 RPflG auf diese ausdrücklich Bezug (§§ 848, 854, 855, 902 ZPO). Von dieser Bestimmung wird § 761 ZPO bisher nicht erfaßt und auch § 758 a Abs. 4 ZPO wurde in diesen Katalog nicht aufgenommen. Damit wird die Zuständigkeit des Rechtspflegers schon über das Rechtspflegergesetz nicht begründet[52]). Wenn auch nur unterstützend spricht für dieses Ergebnis auch, daß der Gesetzgeber – trotz der dargestellten Vorlage des Bundesrates – in § 758 a ZPO nicht ausdrücklich das Vollstreckungsgericht genannt hat, obwohl der Sach- und Streitstand hierzu Anlaß gegeben hätte. Zu bedauern ist allerdings, daß der Gesetzgeber die Gelegenheit im Ergebnis nicht ergriffen hat, den Richter von dieser Aufgabe zu entlasten. Hierfür spricht im Ergebnis allein, daß im neuen richterlichen Anwendungsbereich von § 758 a Abs. 4 ZPO häufig zugleich auch ein Durchsuchungsbeschluß nach § 758 a Abs. 1 ZPO erforderlich sein wird, mithin ein einheitlicher Beschluß beantragt werden und ergehen kann. Dieser Frage sollte Gegenstand einer kritischen Überprüfung des Gesetzes nach Ablauf einer Testphase sein.

### *VI. Rechtsmittel*

Die Frage des zutreffenden Rechtsmittels bei Erlaß oder Verweigerung eines Durchsuchungsbeschlusses hat der Gesetzgeber weiter offen gelassen. Auch in der Gesetzesbegründung findet sich hierzu keine Äußerung. Das jeweils einschlägige Rechtsmittel ist damit nach den allgemeinen Regeln zu bestimmen.

Für den Gläubiger ist gegen die Ablehnung der Durchsuchungserlaubnis stets die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO gegeben, da es sich insoweit stets um eine Entscheidung i. S. dieser Vorschrift handelt.

Umstritten ist dagegen, welches Rechtsmittel dem Schuldner gegen den erlassenen Durchsuchungsbeschluß zusteht

Ein Teil der Literatur ist der Auffassung, daß die Entscheidung des Richters mit der Erinnerung nach § 766 ZPO anzugreifen ist, wenn der Richter – wie regelmäßig[53]) – die Durchsuchungserlaubnis ohne Anhörung des Schuldners erteilt oder abgelehnt hat[54]). Soweit er die Durchsuchungserlaubnis erst nach Anhörung des Schuldners erteilt oder abgelehnt wird, soll dagegen entsprechend dem Wortlaut von § 793 Abs. 1 ZPO die sofortige Beschwerde gegeben sein[55]).

Eine zweite Ansicht ist der Auffassung, daß stets die einfache Beschwerde nach § 567 ZPO einschlägig sei. Sie begründet dies damit, daß die Erteilung der Durchsuchungserlaubnis der eigentlichen Vollstreckungshandlung vorausgehe und deshalb noch nicht Teil der Zwangsvollstreckung sei, mithin deren Rechtsbehelfe keine Anwendung finden könnte. Es bleibe damit allein die einfache Beschwerde nach § 567 ZPO[56]).

Nach anderer Auffassung soll grundsätzlich die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO gegeben sein[57]), da in der Entscheidung – auch ohne Anhörung des Schuldners – wegen der Grundrechtsrelevanz eine rechtliche und tatsächliche Würdigung des dargebrachten Sachverhalts, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen sei, was zu einer Vollstreckungsentscheidung und nicht nur zu einer Vollstreckungsmaßnahme führe. Der Verfasser teilt diese Ansicht, für die neben der dargelegten Begründung rein praktisch spricht, daß – ausgehend davon, daß für den Erlaß des Durchsuchungsbeschlusses in der Praxis regelmäßig der Richter zuständig ist, der auch das Vollstreckungsgericht bildet – ansonsten, der Richter der den Durchsuchungsbeschluss erlassen hat, auch über die Erinnerung nach § 766 zu entscheiden hätte.

Gegen die zweite Ansicht als Alternative spricht dabei, daß der Durchsuchungsbeschluß erst nach einer zumindest versuchten Vollstreckungshandlung erlassen wird, damit das Zwangsvollstreckungsverfahren fortgesetzt werden kann, so daß der Erlaß der Anordnung bereits Teil des Vollstreckungsverfahrens ist. Mögliche Härten für den Schuldner bei Anwendung von § 577 Abs. 2 ZPO werden dadurch beseitigt, daß es regelmäßig an der Zustellung des Durchsuchungsbeschlusses fehlt und damit die Notfrist des § 793 ZPO nicht zu laufen beginnt.

Anders verhält es sich, wenn nicht der Schuldner, sondern ein Dritter sich gegen die Durchsuchungsanordnung zur Wehr setzt – insbesondere mit der Begründung, die betroffene Wohnung werde nicht von dem Schuldner bewohnt – oder ein Mit-

---

49) AG Gelsenkirchen-Buer DGVZ 1975, 189 f.; AG Pinneberg DGVZ 1976, 60; AG Rinteln, RPfl. 74, 203; Henze, RPfl. 1971, 10 und RPfl. 1974, 283.

50) KG DGVZ 1975, 57; OLG Düsseldorf NJW 1978, 2205; LG Hamburg MDR 1977, 1026; LG Verden DGVZ 1978, 187; LG Köln DGVZ 1976, 11; LG Darmstadt DGVZ 1977, 8; *Arnold*, in: Münchner Kommentar zur ZPO, München 1992, Rdnrn. 11, 12 zu § 761 ZPO; *Stöber*, in: *Zöller*, Kommentar zur ZPO, Rdnr. 4 zu § 761.

51) *Biede* DGVZ 1976, 85 f.

52) Ebenso *Wieser*, RPfl. 1988, 293.

53) Zur Zulässigkeit vgl.: BVerfGE 51, 111; Grundsätzlich ist dem Schuldner rechtliches Gehör zu gewähren. Dagegen steht aber regelmäßig das Sicherungsinteresse des Gläubigers bezüglich des Vollstreckungserfolges, das in der Praxis nahezu regelmäßig angenommen wird.

54) KG MDR 1986, 417; LG Düsseldorf MDR 1984, 62; LG Karlsruhe NJW-RR 1986, 550; *Behr* DGVZ 1980, 49; *Noack* MDR 1973, 548.

55) *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach*, ZPO, 56. Aufl., Rdnr. 5 zu § 758 ZPO; *Arnold*, in: Münchner Kommentar zur ZPO, München 1992, Rdnr. 91 zu § 758 a; OLG Koblenz Rpfl. 1985, 496 = MDR 1986, 64; LG Oldenburg, Rpfl. 1984, 471; LG Köln Rpfl. 1976, 24; LG Stuttgart NJW-RR 987, 759; LG Arnsbach NJW 1984, 499; LG Berlin DGVZ 1979, 166.

56) *Stöber*, in: *Zöller*, ZPO, 20. Auflage, Rdnr. 25 zu § 758 ZPO.

57) OLG Koblenz RPfl. 1985, 496 = MDR 1986, 64; OLG Saarbrücken, RPfl. 1993, 146; OLG Hamm DGVZ 1984, 72; LG Koblenz, DGVZ 1982, 91; *Schneider* NJW 1980, 2377.

gewahrsinhaber sich unzulässig beeinträchtigt fühlt. In diesem Fall fehlt es an einer auf den Dritten bezogenen rechtlichen und tatsächlichen Abwägung, so daß es sich jeweils um eine Vollstreckungsmaßnahme handelt, die mit der Vollstrekkungserinnerung nach § 766 ZPO anzugreifen ist[58]).

Gegen die Entscheidung des Gerichtsvollziehers eine Vollstreckungshandlung außerhalb der gewöhnlichen Zeit vorzunehmen oder nicht, ist für den Schuldner wie für den Gläubiger einheitlich die Erinnerung nach § 766 ZPO gegeben, in deren Rahmen das Vollstreckungsgericht nunmehr die genannten Voraussetzungen prüft, die es bisher bereits beim Erlaß einer entsprechenden Verfügung (§ 761 Abs. 2) erörtert hat. Soweit dem Gläubiger eine Anordnung nach § 758 a Abs. 4 ZPO im obigen Sinne verweigert wird, kann er hiergegen im Wege der sofortigen Beschwerde nach § 793 ZPO vorgehen.

[58]) KG MDR 1986, 680 m. w. N.

*VII. Fazit*

Insgesamt bleibt festzuhalten, daß der Gesetzgeber die seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1979 anerkannten Grundsätze mit § 758 a ZPO in Gesetzesform gebracht und in die ZPO integriert hat. Er hat dabei wenige Streitfragen im Sinne der herrschenden Meinung entschieden, dafür andere wesentliche Streitfragen, insbesondere nach den jeweils einschlägigen Rechtsmitteln, offengelassen. Im Hinblick auf die praktische Bedeutung dieser Fragen im Rahmen eines rechtlichen Massengeschäftes wären klarere Entscheidungen wünschenswert gewesen. Bedauerlich bleibt, daß der Gesetzgeber nicht konsequenter die Entlastung des Richters betrieben hat und dem Rechtspfleger wie dem Gerichtsvollziehr ihrer Funktion und qualifizierten Ausbildung entsprechend mehr Verantwortungsbereiche übertragen hat. Zu hoffen bleibt dabei letztlich, daß der Gesetzgeber eine Gesetzeskontrolle nach wenigen Jahren durchführt und ggf. eine weitere Korrektur im Sinne der Praxis erwägt.

# Die Gerichtsvollzieher-Praxis ab 1. 1. 1999

**hier:**
**Das wörtliche Angebot bei der Zug-um-Zug-Vollstreckung nach § 756 II ZPO n. F.**
**und**
**die andere Verwertungsart nach § 825 ZPO n. F.**

Von Hubert Gilleßen, weiterer aufsichtführender Richter a. D.,
und
Norbert Coenen, Justizoberamtsrat und Geschäftsleiter
der Justizausbildungs- und Fortbildungsstätte Monschau

*1. Das wörtliche Angebot bei der Zug-um-Zug-ZV nach § 756 II ZPO n. F.*

Die ZV aus Zug-um-Zug-Titeln ist in der Praxis nicht selten mit Schwierigkeiten verbunden. Das gilt insbesondere dann, wenn das vom VGL regelmäßig durchzuführende bzw. zu veranlassende **tatsächliche** Angebot (§ 294 BGB) mit erheblichen Kosten verbunden ist. Hierbei ist es aus der Sicht des VGL zunächst nicht von Bedeutung, ob er selbst oder im Ergebnis der VSchu die Angebotskosten zu tragen hat, zumal sich diese nicht selten als uneinbringliche Aufwendungen darstellen, da die anschließende ZV nicht oder nur teilweise zur Befriedigung führt.

Bereits nach der gegenwärtigen ZV-Praxis genügt statt des an sich erforderlichen tatsächlichen Angebots ein wörtliches Angebot, wenn der VSchu **vorher erklärt, daß er die tatsächlich anzubietende Leistung nicht annehmen werde (§ 295 BGB) oder die seinerseits nach dem Titel geschuldete Leistung (häufig eine Geldleistung) nicht erbringen könne (§ 298 BGB)[1]).** In Betracht kommen für ein wörtliches Angebot auch dienstlich erlangte Erkenntnisse des GV z. B. über eine Zahlungsunfähigkeit des VSchu (§ 298 BGB)[2]). Die Schwierigkeiten in der Praxis bestehen aber darin, daß wegen der Formalisierung der ZV der Nachweis einer entsprechenden Erklärung des VSchu i. S. der §§ 295, 298 BGB oder das dienstliche Wissen des GV von der Zahlungsunfähigkeit des VSchu (§ 63 GVGA, § 298 BGB) in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form vorliegen muß[3]). Kann der Nachweis der erklärten Annahmeverweigerung oder Zahlungsunfähigkeit vom VGL entsprechend geführt werden, hat der GV – dann auch aus Kostengründen (§ 104 GVGA) – dem VSchu ein **wörtliches** Angebot zu machen. Da beim wörtlichen Angebot der GV nach h. M.[4]) nicht verpflichtet ist, das Leistungsunvermögen des VGL zu überprüfen, andererseits aber bei Leistungsvermögen des VGL ein Annahmeverzug nicht begründet werden kann (§ 297 BGB), benötigt der GV, wenn ein wörtliches Angebot in Betracht kommt, wohl einen entsprechenden Antrag des VGL, aus dem sich dessen Leistungsvermögen und Leistungswillen ergeben[5]). Das wörtliche Angebot des GV beinhaltet nämlich die Erklärung, daß Leistungsvermögen und Leistungswille des VGL gegeben sind, mit anderen Worten, daß der VGL seiner-

[1]) Vgl. *Gilleßen/Jakobs* „Das wörtliche Angebot bei der Zug-um-Zug-Vollstreckung in der Praxis des Gerichtsvollziehers“ in DGVZ 81, S. 49 ff., 55; *Baumbach-Hartmann*, ZPO, 56. Aufl., § 756 Rdnr. 7; BGH Rpfleger 97, S. 221.

[2]) Vgl. § 63 GVGA und *Gilleßen/Jakobs*, a. a. O., S. 55.

[3]) So *Gilleßen/Jakobs*, a. a. O., S. 54; *Schneider*, JurBüro 66, S. 820; *Stein-Jonas-Münzberg*, ZPO, 21. Aufl., § 756 Rdnrn. 6 und 8; *Zöller/Stöber*, ZPO, 20. Aufl., § 756 Rdnr. 7; MünchKommZPO-*Schilken*, § 756 Rdnr. 25; *Wieczorek*, ZPO, 1958, § 756 Rdnr. B II b; *Schuschke/Walker*, ZPO, 2. Aufl., § 756 Rdnr. 5 m. N.; *Strehlau-Weise*,Rechtstellung und Aufgabenbereich des Gerichtsvollziehers unter besonderer Berücksichtigung seiner Befugnisse bei Vollstrekkungen nach § 756 ZPO, Osnabrück, Univ., Diss., 1996, S. 114 m. N.

[4]) *Gilleßen/Jakobs*, a. a. O., S. 53 m. N.; *Stein-Jonas-Münzberg*, a. a. O., § 756 Rdnr. 10; *Zöller/Stöber*, a. a. O., § 756 Rdnr. 8; MünchKommZPO-*Arnold*, § 756 Rdnr. 36 und Fn. 55; siehe auch BT-Drucks. 13/341, S. 15; a. A. OLG Oldenburg, in DGVZ 91, S. 172.

[5]) H. M. AG Lampertheim, in DGVZ 80, S. 188; AG Hamburg-Wandsbeck, in DGVZ 80, S. 190; *Gilleßen/Jakobs*, a. a. O., S. 53; *Baumbach–Hartmann*, a. a. O., § 756 Rdnr. 8; *Zöller/Stöber*, a. a. O., § 756 Rdnr. 7; MünchKommZPO-*Arnold*, § 756 Rdnr. 22; so auch BT-Drucks. 13/341, S. 15; a. A. LG Augsburg 95, 8 und *Thomas-Putzo*, ZPO, 21. Aufl., § 756 Rdnr. 11; von der Mindermeinung wird verkannt, daß es weniger um eine ausdrückliche Ermächtigung des GV durch den VGL zum wörtlichen Angebot, sondern um den o. a. Inhalt des Antrages wegen § 297 BGB geht.

seits zur Leistung (zum tatsächlichen Angebot) z. B. des Gegenstandes in der Lage und auch bereit ist[6]).

Allerdings kann der in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form zu fordernde Nachweis in der Praxis vom VGL nur äußerst selten geführt werden. Da der GV in diesen Fällen aber Anhaltspunkte dafür hat, daß der in seiner Wohnung oder seinem Geschäftslokal angetroffene VSchu solche Erklärungen (Annahmeverweigerung/Zahlungsunfähigkeit) ihm gegenüber wiederholen wird, ist es bei dieser Sachlage gerechtfertigt, daß er sich zum VSchu begibt, um gegebenenfalls die entsprechende Erklärung nach § 295 BGB bzw. nach § 298 BGB zu Protokoll zu nehmen. Die protokollierte Erklärung ist dann der formgerechte Nachweis, daß nunmehr ein **wörtliches** Angebot nach § 295 BGB genügt[7]).

Wird der VSchu bzw. ein bevollmächtigter Vertreter allerdings nicht angetroffen oder gibt er die erwartete Erklärung nicht ab, muß es beim tatsächlichen Angebot verbleiben[8]). Da das Aufsuchen des VSchu bei dieser besonderen Sachlage – auch bei sich ergebender Erfolglosigkeit – gerechtfertigt war und eine amtliche Tätigkeit im Sinne des § 1 GVKostG darstellt, ist das angefallene Wegegeld (§ 37 GVKostG) zu erstatten.

Die gegenwärtige Verfahrenspraxis, von einem an sich nötigen tatsächlichen Angebot abzusehen, hat als Ursache ein Verhalten des VSchu, und zwar eine von ihm vorher erklärte Annahmeverweigerung (§ 295 BGB), eine vorher erklärte Zahlungsunfähigkeit (§§ 295, 298 BGB) oder eine durch früheres Verhalten nahegelegte Annahme einer Zahlungsunfähigkeit (§ 63 GVGA).

Zweck der Neuregelung in § 756 II ZPO n. F. ist es, über die bisher schon in § 295 BGB vorgesehene Möglichkeit hinaus, ein wörtliches Angebot dann genügen zu lassen, wenn mit einem tatsächlichen Angebot erhebliche Kosten verbunden sind, und der VSch auf das wörtliche Angebot erklärt, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Die Erweiterung der bisher schon anerkannten Praxis besteht darin, daß eine objektive Ursache, nämlich die mit dem tatsächlichen Angebot verbundenen erheblichen Kosten, der Anlaß ist, ein wörtliches Angebot als genügend anzusehen, weil nach der Lebenserfahrung anzunehmen ist, daß der VSchu das Angebot nicht i. S. v. § 295 BGB annehmen bzw. die gegen ihn titulierte Leistung (i. d. R. eine Geldleistung) nicht erbringen wird im Sinne von § 298 BGB[9]). Ob die Annahme aber gerechtfertigt ist, kann sich – wie bisher – erst dann zeigen, wenn der GV den VSchu bzw. dessen bevollmächtigten Vertreter antrifft und dieser auf das wörtliche Angebot des GV Annahmeverweigerung bzw. Zahlungsunfähigkeit erklärt. Auch weiterhin ist ein Antrag des VGL erforderlich, aus dem sich dessen Leistungsvermögen und Leistungswillen ergeben. Wie bisher genügt diese Erklärung des VGL dem GV für ein wörtliches Angebot; er hat – nach wie vor – nicht zu überprüfen, ob das Leistungsvermögen des VGL auch tatsächlich gegeben ist. Zwar erschwert ein lediglich wörtliches Angebot dem VSchu die Prüfung der Gegenleistung und schneidet ihm in der Regel die Möglichkeit ab, gegen mangelhafte Gegenleistung des VGL mit der Erinnerung nach § 766 ZPO oder auf dem Klagewege vorzugehen; da das wörtliche Angebot der Gegenleistung für den Beginn der ZV aber nur ausreichend sein soll, wenn der VSchu die Annahmeverweigerung erklärt, ist die insoweit gegebene verfahrensrechtliche Schlechterstellung von ihm selbst veranlaßt[10]).

Die in § 756 II ZPO n. F. vorgesehene Verfahrensweise erweitert demnach die Möglichkeit des wörtlichen Angebots über §§ 295, 298 BGB hinaus für den Fall, daß das tatsächliche Angebot mit erheblichen Kosten verbunden ist[11]) und aus diesem Grunde nach den Erfahrungen der ZV-Praxis der VSchu die Annahme verweigert oder, was noch häufiger der Fall sein wird, die titulierte Leistung (i. d. R. ein Geldbetrag) nicht erbringen kann. Da diese Verfahrensweise nur dann als notwendig im Sinne von § 788 ZPO anzunehmen ist, wenn bestimmte Voraussetzungen (erhebliche Transportkosten für das tatsächliche Angebot und demnach eine entsprechende Weigerungs- bzw. Nichtzahlungserklärung des VSchu) zu erwarten sind, wird der GV ohne einen entsprechenden Antrag des VGL eine solche Vorgehensweise nicht erwägen[12]). In jedem Fall ist nämlich erforderlich, daß der VGL, soweit dies im ZV-Antrag nach § 753 ZPO noch nicht erfolgt ist, sein Leistungsvermögen und seinen Leistungswillen gegenüber dem GV erklärt.

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, bedeutet § 756 II ZPO n. F. für den GV, daß er nunmehr Versuche unternehmen kann, den VSchu bzw. dessen bevollmächtigten Vertreter anzutreffen, um ein wörtliches Angebot überhaupt machen zu können. Dessen Wirksamkeit ist von der aufschiebenden Bedingung abhängig, daß der VSchu bzw. dessen bevollmächtigter Vertreter die Annahmeverweigerung (§ 295 BGB) oder das Leistungsvermögen (z. B. Zahlungsunfähigkeit – § 298 BGB) ausdrücklich erklärt. Nur dann wird das wörtliche Angebot wirksam und führt zum Annahmeverzug des VSchu. Das wörtliche Angebot des GV muß ebenso wie die Ablehnungs- bzw. Leistungsunvermögenserklärung des VSchu nach § 762 II Nr. 2 ZPO protokolliert werden[13]). Mit dem festgestellten und protokollierten Annahmeverzug ist die besondere ZV-Voraussetzung eingetreten; erst jetzt kann mit der eigentlichen, gegen den VSchu gerichteten ZV begonnen werden. § 756 II ZPO n. F. ändert nichts an der Tatsache, daß die besondere Voraussetzung des eingetretenen Annahmeverzugs vor Beginn der ZV vorliegen muß[14]).

Trifft der GV den VSchu bzw. dessen bevollmächtigten Vertreter nicht an, oder wird die Annahmeverweigerung bzw. Nichtzahlungsfähigkeit nicht erklärt, verbleibt es bei der bisherigen Rechtslage. Die ZV kann nur durchgeführt werden, wenn auf das tatsächliche Angebot durch den GV (jetzt ohne Rücksicht auf die erheblichen Kosten) Annahmeverzug eintritt (§ 756 I ZPO).

---

6) Vgl. *Gilleßen/Jakobs*, a. a. O., S. 55.

7) Vgl. *Gilleßen/Jakobs*, a. a. O., S. 55.

8) Vgl. *Gilleßen/Jakobs*, a. a. O., S. 55; *Stein-Jonas-Münzberg*, a. a. O., § 756 Rdnr. 6.

9) § 756 II ZPO n. F. beschränkt das wörtliche Angebot auf den Fall der Annahmeverweigerung bei erheblichen Kosten des tatsächlichen Angebots; es dürften aber keine Bedenken bestehen, § 756 II ZPO n. F. bei dieser Sachlage auch auf § 298 BGB anzuwenden.

10) So ausdrücklich BT-Drucks. 13/341, S. 15.

11) Vgl. BT-Drucks. 13/341, S. 14.

12) Nach der historischen Auslegung ist § 756 II ZPO beschränkt auf die Fälle, bei denen wegen erheblicher Kosten eines tatsächlichen Angebots die Annahme nach der Vollstreckungspraxis gerechtfertigt ist, daß der VSchu Annahmeverweigerung oder Zahlungsunfähigkeit erklären wird. Unter diesen Voraussetzungen sind auch vergebliche Versuche des GV notwendig i. S. v. § 788 ZPO. Im übrigen verbleibt es bei der bisherigen Verfahrensweise nach §§ 295, 298 BGB bzw. bei einem tatsächlichen Angebot der Gegenleistung. Würde z. B. der GV nach § 756 II ZPO verfahren, obwohl er die anzubietende Gegenleistung (z. B. eine Armbanduhr) ohne weiteres mitnehmen und tatsächlich anbieten könnte, und wird dann der VSch nicht angetroffen bzw. gibt keine Erklärung ab (Annahmeverweigerung/Zahlungsunfähigkeit), so sind die mit diesem ZV-Versuch verbundenen Kosten nicht notwendig i. S. v. § 788 ZPO. Bei dieser Sachlage konnte die für § 756 II ZPO notwendige Erklärung des VSch nicht erwartet werden.

13) Vgl. *Thomas-Putzo*, a. a. O., § 756 Rdnr. 11.

14) Soweit *Thomas-Putzo* a. a. O. Rdnr. 11 die Ansicht vertritt, die Ablehnungserklärung des VSch könne nach dem Angebot bis zum Schluß des Vollstreckungsverfahrens erklärt werden, ist das unverständlich.

Hinsichtlich des angefallenen Wegegeldes wird wie bisher verfahren. Es ist auch bei vergeblichen Versuchen des GV nach § 756 II ZPO n. F. zu erstatten.

Da das Verhalten des VSchu nach wie vor die entscheidende Rolle spielt, verbleiben auch nach der Einführung des § 756 II ZPO n. F. Zweifel, ob die dem GV an die Hand gegebene neue Möglichkeit des wörtlichen Angebots den gewünschten Erfolg bringen wird[15]).

*2. Die andere Verwertungsart nach § 825 ZPO n. F.*

Die bei § 756 II ZPO n. F. verbleibenden Zweifel an der Effektivität dieser Vorschrift bestehen bei der Neufassung des § 825 ZPO nicht. Hier ist einer schon seit langem geforderten Vereinfachung und Beschleunigung der ZV durch eine weitgehende Übertragung der dem Vollstreckungsgericht bislang vorbehaltenen Entscheidungen auf den GV[16]) Rechnung getragen worden. In der ZV-Praxis hat sich das bisherige Erfordernis, in den Fällen des freihändigen Verkaufs eine Entscheidung des Vollstreckungsgerichts herbeizuführen, als ein Umweg erwiesen, der das Verfahren unnötig erschwert und verlängert[17]). Die jetzige Fassung dürfte zu einer erheblichen Beschleunigung des Verfahrens führen und damit wohl auch die Erzielung eines höheren Vollstreckungserlöses fördern[18]).

Der GV ist nunmehr im Rahmen seiner originären Aufgaben[19]) weitestgehend zuständig für die Verwertung der gepfändeten Sache – auch in anderer Weise als durch die nach wie vor im Vordergrund stehende öffentliche Versteigerung. Als Ausnahme ist nur noch die Versteigerung durch eine andere Person – § 825 II ZPO – gegeben, die einer Anordnung des Vollstreckungsgerichts bedarf.

Voraussetzung für das Verfahren gem. § 825 I ZPO ist ein entsprechender **Antrag** des Gläubigers oder Schuldners, der, da es sich um ein vom Regelfall abweichendes Verfahren handelt, dahingehend zu **begründen** ist, daß mittels der öffentlichen Versteigerung durch den GV ein dem Wert der Sache entsprechender Erlös nicht zu erwarten ist.

Als Formen der anderweitigen Verwertung kommen insbesondere in Betracht:

- freihändiger Verkauf durch den GV
- freihändiger Verkauf durch einen Dritten – ggf. unter Festsetzung eines Mindestpreises
- Übereignung an den Gläubiger zu einem bestimmten Preis
- Veräußerung unter Vereinbarung einer Stundung (abweichend von § 817 II ZPO)
- Versteigerung durch den GV an einem anderen Ort als in § 816 II ZPO vorgesehen.

Die erforderliche Beachtung des rechtlichen Gehörs wird durch die zwingend vorgeschriebene Unterrichtung des jeweiligen Antragsgegners gewährleistet. Diese erfolgt mittels Zustellung, da nur so eine sichere Grundlage für die Berechnung der Zwei-Wochen-Frist gem. § 222 ZPO gelegt werden kann[20]). Inhaltlich muß die Unterrichtung dem Antragsgegner die Möglichkeit verschaffen, das beabsichtigte Verfahren umfassend beurteilen zu können, d. h. er ist über die Person des Antragstellers, den ins Auge gefaßten Mindestpreis, die Verwertungsart **und** die Wartefrist als solche zu informieren. Seine Zustimmung bedarf keiner Form; sie wird ggf. durch Zeitablauf fingiert.

Ohne die Zustimmung bzw. Zeitablauf darf die anderweitige Verwertung nicht durchgeführt werden. Die reine Vorbereitung der Handlung ist jedoch zulässig. Soweit eine Zustimmung erteilt wird, entfällt die Beachtung der Frist.

Widerspricht der Antragsgegner der beabsichtigten Verfahrensweise, ist dies als Erinnerung nach § 766 I ZPO zu werten, in dessen Anwendungsbereich die Ankündigung der anderweitigen Verwertung fällt, da mit ihr die zu beanstandende Verwertung der gepfändeten Sache beginnt, aber noch nicht beendet ist[21]). Soweit dem zuständigen GV eine entsprechende Erklärung des Antragstellers schriftlich zugeht, ist diese zu präsentieren und mit den Sonderakten unverzüglich dem Vollstreckungsgericht zur Entscheidung zuzuleiten. Mündliche Widersprüche protokolliert der GV und behandelt sie entsprechend.

Auch im Rahmen der Neufassung verschafft der GV hinsichtlich des freihändigen Verkaufs das Eigentum an der Sache in einem öffentlich-rechtlichen Akt. Ist jedoch eine Privatperson als Veräußerer tätig, richtet sich dies nach §§ 929 ff. BGB[22]) und damit die Gewährleistung nach §§ 459 ff. BGB, es sei denn, der Veräußerer hat bei der Verwertung auf den Anordnungsbeschluß nach § 825 ZPO hingewiesen; dann findet § 806 ZPO Anwendung[23]). Auf die Beachtung und Bekanntgabe der Bedingungen nach §§ 806, 817 a ZPO sollte der Veräußerer vom Vollstreckungsgericht hingewiesen werden[24]). Der Dritte führt den Verkaufserlös nicht an den VGL unmittelbar, sondern an den GV ab, dieser an den VGL – § 819 ZPO[25]).

Die Regelung in § 825 II ZPO – Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts/Rechtspflegers (§ 20 Nr. 17 RPflG) für die Entscheidung über die beantragte Versteigerung des Pfandgegenstandes durch eine andere Person – soll mögliche Interessenkonflikte hinsichtlich der Ersetzung des GV z. B. durch einen Kunstauktionator vermeiden und der Objektivierung des Verfahrens dienen.

---

15) So auch *Behr* in JurBüro 1998, „Aktuelles Sonderheft zur 2. ZV-Novelle“, S. 4.

16) Vgl. *Pawlowski*, ZZP 90 (1977), S. 345, 363 ff.; *Alisch* in DGVZ 82, S. 33, 36.

17) Vgl. BT-Drucks. 13/341, S. 30.

18) Vgl. *Pawlowski*, a. a. O.

19) Vgl. *Thomas-Putzo*, a. a. O., § 825 Rdnr. 3 / BT-Drucks., a. a. O., S. 31.

20) Vgl. BT-Drucks., a. a. O.

21) Vgl. BT-Drucks., a. a. O.

22) Vgl. *Schuschke/Walker*, a. a. O., § 825 Rdnr. 12.

23) Vgl. *Zöller/Stöber*, a. a. O., § 825 Rdnr. 19.

24) Vgl. MünchKommZPO-*Schilken*, a. a. O., § 825 Rdnr. 11.

25) Vgl. *Thomas-Putzo*, a. a. O., Rdnr. 11.

# RECHTSPRECHUNG

**§ 164 Abs. 1 BGB; § 808 ZPO; § 5 GVKostG; § 139 Nr. 4 GVGA**

**1. Der Gerichtsvollzieher schließt Verträge mit Dritten über die Räumung von Wohnungen, die Lagerung von Gegenständen und ggf. deren Verwertung im Rahmen von Zwangsvollstreckungen grundsätzlich im eigenen Namen ab.**

**2. Dies gilt auch dann, wenn der Gerichtsvollzieher nicht Beamter, sondern als Angestellter im öffentlichen Dienst mit der Wahrnehmung der Geschäfte eines Gerichtsvollziehers betraut ist.**

**Brandenburgisches OLG, Urteil v. 8. 7. 1998**
**– 7 U 45/98 –**

Aus den Gründen:

Die Beklagte war Gerichtsvollzieherin beim Amtsgericht … Der Kläger, der eine Spedition im Nahverkehr betreibt, macht ihr gegenüber Zahlungsansprüche in Höhe von insgesamt 58 378,30 DM wegen verschiedener Aufträge geltend, in deren Ausführung er Mieträume räumte, die entfernten Gegenstände einlagerte und zum Teil anschließend entsorgte. Die Beklagte hatte diese Aufträge im Rahmen von verschiedenen Zwangsvollstreckungen aus Räumungstiteln erteilt. Wegen der Einzelheiten der Auftragserteilung sowie der Durchführung des Auftrages wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Der Kläger hat vorgetragen, die Aufträge seien auf der Grundlage eines „Pfandkammervertrages" erfolgt, der von allen Gerichtsvollziehern des Amtsgerichts … und ihm – dem Kläger – unterzeichnet und anschließend zur Genehmigung dem Präsidenten des Amtsgerichts übersandt worden sei. Die Beklagte hafte für die geltend gemachten Forderungen persönlich, da zwischen den Parteien insoweit privatrechtliche Verträge geschlossen worden seien. Die Gläubiger oder Schuldner der Zwangsvollstreckung könne er mangels vertraglicher Beziehungen nicht direkt in Anspruch nehmen.

Er hat weiter behauptet, gemäß einer Vereinbarung zwischen den Parteien seien die Rechnungen innerhalb von vier Wochen zu begleichen. Nach Ablauf dieser Frist habe er die Beklagte jeweils telefonisch gemahnt und zudem die offenstehenden Beträge mit Schreiben vom 29. 3. 1995 und 28. 5. 1996 angemahnt.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat bestritten, daß der von dem Kläger vorgelegte „Pfandkammervertrag" die Rechtsbeziehungen der Parteien regele, da er weder von ihr unterschrieben noch von dem Präsidenten des Amtsgerichts genehmigt worden sei. Sie hat die Ansicht vertreten, bei den Räumungs-, Entsorgungs- und Verwahrungskosten handele es sich um Kosten der Zwangsvollstreckung, für die nicht sie selbst, sondern gemäß §§ 788, 885 Abs. 3 ZPO der Gläubiger hafte.

Darüber hinaus bestreitet sie in Einzelfällen den Erhalt der Rechnung, den Zeitpunkt der Mitteilung des Verwertungsbeschlusses des Amtsgerichts an den Kläger sowie den Zeitpunkt der Abholung der beim Kläger eingelagerten Gardinen. Wegen der Einzelheiten ihres Vortrags insoweit wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage durch Teilurteil vom 15. 12. 1997 hinsichtlich einer Teilforderung in Höhe von 37 677,69 DM nebst Zinsen stattgegeben und im übrigen einen Beweisbeschluß erlassen. Es hat dabei die Ansicht vertreten, daß der Gerichtsvollzieher derartige – privatrechtliche – Aufträge im eigenen Namen erteilt und daraus persönlich verpflichtet wird.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung.

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag, wonach der Abschluß der Lagerverträge hoheitliche Tätigkeit sei und der Gerichtsvollzieher insoweit als Vertreter des Justizfiskus auftrete. Sie vertritt die Auffassung, dies müsse um so mehr gelten, als sie als Angestellte abhängige Arbeitnehmerin des Landes Brandenburg und von diesem lediglich mit der Wahrnehmung der Aufgaben eines Gerichtsvollziehers beauftragt sei. Der Bundesgerichtshof habe eine direkte Verpflichtung des Justizfiskus zwar nur für den Ausnahmefall angenommen, daß der Gerichtsvollzieher für einen von der Kostenzahlung befreiten Gläubiger tätig wird, dabei aber deutlich gemacht, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts generell einer Überprüfung bedürfe.

Darüber hinaus sei die Klage jedenfalls hinsichtlich eines Teilbetrages von 5 182,28 DM aus der Rechnung vom 30. 9. 1994 über 11 698,63 DM unbegründet, weil der Kläger diesen Betrag – neben den bereits vom Landgericht berücksichtigten 6 000,– DM – aus der Landeskasse erhalten habe.

Sie behauptet, im übrigen seien die vom Kläger angesetzten Beträge nicht ortsüblich und angemessen. Von anderen Lagerhaltern würden vielmehr Lagerkosten von 13,– DM je angefangenen Kubikmeter und Monat sowie für Kolonnenführer 30,– DM, Kraftfahrer 29,– DM, Monteur/Packer 29,– DM und für Möbelträger 28,50 DM je Stunde verlangt.

Die Beklagte beantragt, die Klage unter Abänderung des Teilurteils des Landgerichts vom 15. 12. 1997 abzuweisen und – für den Fall des Unterliegens – die Revision zuzulassen sowie ihr zu gestatten, eine zu erbringende Sicherheit durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer Großbank oder eines öffentlichen Kreditinstituts leisten zu können.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vortrags und trägt ergänzend vor, die Beklagte sei zu keiner Zeit im Namen des Landes Brandenburg aufgetreten oder habe bei der Auftragserteilung ein etwaiges Vertretungsverhältnis offengelegt. Die Aufträge seien – ohne weitere Bemerkungen – jeweils von ihr selbst im eigenen Namen erteilt worden.

Im übrigen werde mit Nichtwissen bestritten, daß die Beklagte zum Zeitpunkt der jeweiligen Auftragserteilung in den Jahren 1994 bis 1996 bei dem Land Brandenburg noch auf der Grundlage des vorgelegten Vertrages als Angestellte beschäftigt gewesen sei.

Ein weiterer Betrag von 5 182,28 DM sei nicht an ihn – den Kläger – erstattet worden. Mit ihren Einwendungen zur Höhe der angesetzten Kosten könne die Beklagte ebenfalls nicht durchdringen. Er sei – unstreitig – zuvor bereits bei zahlreichen Aufträgen für sie tätig gewesen und habe stets die gleichen Werte angesetzt, so daß diese zumindest konkludent vereinbart worden seien. Außerdem handele es sich auch um die ortsüblichen Preise, wie sich aus den in Kopie vorgelegten Vorgaben des Verbandes der Spediteure Berlin und Brandenburg e. V. vom 1. 10. 1991 ergebe.

Der von der Beklagten für die Lagerung angegebene Satz von 13,– DM je Kubikmeter liege zudem erheblich über dem abgerechneten Satz von 50,– DM je Möbelwagenmeter, der umgerechnet 5,145 Kubikmeter umfasse. Die von der Beklagten genannten Beträge ließen im übrigen die Kosten für die Bereitstellung von Arbeitsmaterial und Fahrzeugen sowie einen angemessenen Gewinn völlig unberücksichtigt.

Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Das Landgericht ist zu Recht mit der wohl herrschenden Meinung davon ausgegangen, daß die streitgegenständlichen Verträge mit dem Kläger über die Räumung von Wohnungen, die Lagerung von Gegenständen und ggf. deren Verwertung – im Rahmen von Zwangsvollstreckungen – durch die Beklagte **im eigenen Namen** abgeschlossen wurden (vgl. Müko-Schilken, 1992, § 808 ZPO Rdnr. 19; Stein-Jonas-Münzberg, 21. Aufl., § 808 ZPO Rdnr. 26; Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997, S. 427; Schilken in DGVZ 1986, S. 145 ff.).

Diese Auffassung geht auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 10. 10. 1934 zurück, wonach es sich bei dem von einem Gerichtsvollzieher bei Ausübung seines Amtes abgeschlossenen Lagervertrag um ein privatrechtliches Geschäft handelt und der Gerichtsvollzieher aus diesem Vertrag persönlich für das entsprechende Entgelt haftet (RGZ 145, 204 ff.). Die abweichende Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17. 11. 1983 (BGHZ 89, 82 ff.) betraf den Ausnahmefall, daß Gläubiger ein von der Zahlung von Kosten befreites Bundesland war und der Gerichtsvollzieher deshalb weder einen Vorschuß einholen noch die entstandenen Verwahrungskosten dem Gläubiger in Rechnung stellen konnte. Nur für diesen Fall hat der BGH den konkludenten Abschluß eines Lagervertrages im Namen des Justizfiskus für zulässig gehalten, ohne jedoch näher darzulegen, woraus sich – für den Vertragspartner – das Handeln in fremdem Namen und die von ihm ohne weitere Begründung angenommene Vollmacht des Justizfiskus ergeben sollte. Soweit der BGH in seiner Entscheidung angemerkt hat, es brauche in dem ihm vorliegenden Fall nicht abschließend entschieden zu werden, wie weit an der Rechtsprechung des Reichsgerichts festzuhalten sei, ist dies nicht durch konkrete Bedenken erläutert worden.

Soweit in der Literatur eine abweichende Meinung vertreten und eine Verpflichtung des Justizfiskus angenommen wird, ist diese nicht weiter begründet worden (vgl. Wieczorek-Schütze, 2. Aufl., § 808 ZPO Rdnr. C I d 1; Zöller-Stöber,

20. Aufl., § 808 ZPO Rdnr. 17; Baumbach-Hartmann, 56. Aufl., § 808 ZPO Rdnr. 9).

Eine Abweichung von der wohl herrschenden Meinung und eine Ausweitung der vom BGH in seiner Entscheidung vom 17. 11. 1983 vertretenen Auffassung auf sämtliche von einem Gerichtsvollzieher abgeschlossenen Verträge mit einem Dritten erscheint weder sinnvoll noch notwendig.

Der Gerichtsvollzieher ist im Regelfall ausreichend geschützt durch die Möglichkeiten, vom Gläubiger Vorschüsse anzufordern (§ 5 Satz 1 GVKostG), Gebühren gemäß § 6 GVKostG aus dem Erlös vorweg zu entnehmen oder bei unverschuldeter Uneinbringlichkeit Ersatz aus der Landeskasse gemäß § 11 Nr. 3 GVO zu verlangen.

Die entsprechenden Vorschriften in dem GVKostG, der GVO und der Geschäftsanweisung für den Gerichtsvollzieher (GVGA) lassen nur den Schluß zu, daß auch der Gesetzgeber von einer eigenen Verpflichtung des Gerichtsvollziehers ausgegangen ist. So besteht – bei Bedarf – gemäß § 48 GVO die Möglichkeit, daß ein oder mehrere Gerichtsvollzieher eine eigene Pfandkammer **auf ihre Kosten** unterhalten. Außerdem ist in § 139 Nr. 4 GVGA für die Fälle anderweitiger Verwahrung von Pfandstücken vorgesehen, daß der Gerichtsvollzieher einen zuverlässigen Verwahrer auswählt **und mit diesem die Vergütung für die Verwahrung vereinbart**. Diese Kosten gehören zu den in § 35 GVKostG genannten Auslagen, welche der Gerichtsvollzieher gegenüber seinen Kostenschuldnern geltend machen kann und die ihm gemäß § 11 Nr. 2 GVO auch als Entschädigung für seinen Aufwand überlassen werden. Dies spricht dafür, daß der Gerichtsvollzieher auch im übrigen Verträge, die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich werden, im eigenen Namen abschließt. Wesentliche – dem Kläger zumindest erkennbare – Umstände, die ein Handeln im Namen des Justizfiskus oder gar des jeweiligen Gläubigers nahelegen könnten (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB), sind hier nicht ersichtlich.

Eine andere Betrachtung der Rechtslage erscheint auch nicht wegen der von der Beklagten dargelegten arbeitsrechtlichen Situation erforderlich. Danach ist die Beklagte zwar aufgrund der AV des Ministers der Justiz des Landes Brandenburg vom 10. 4. 1991 (JMBl. Brbg. 1991, 2) vom Präsidenten des Bezirksgerichts … mit der Wahrnehmung der Geschäfte eines Gerichtsvollziehers betraut und durch Arbeitsvertrag als Angestellte des Landes Brandenburg beschäftigt worden. Die sie schützenden Vorschriften der GVO, GVGA und des GVKostG finden grundsätzlich aber auch dann Anwendung, wenn sie – im Gegensatz zur Regelung in § 1 GVO – **nicht** Beamtin ist, sondern lediglich Angestellte im öffentlichen Dienst. Es ist nicht erkennbar, daß z. B. die Regelungen zum Auslagenersatz abbedungen wurden oder die Beklagte neben ihrer üblichen Vergütung nach BAT-O die in § 10 Ziffer b und c GVO vorgesehene Entschädigung bzw. Vollstreckungsvergütung tatsächlich nicht erhalten hat. Auch im übrigen hat die Beklagte nicht nachvollziehbar darzulegen vermocht, inwieweit sich ihre Situation als Angestellte im öffentlichen Dienst wesentlich von derjenigen eines „typischen“ Gerichtsvollziehers im Beamtenverhältnis gerade im Hinblick auf die zu schließenden Verträge mit Speditionen und Verwahrern unterscheiden soll. Offensichtlich ist die Beklagte auch in ihrer täglichen Arbeit nach den Vorschriften der GVO, GVGA bzw. des GVKostG vorgegangen, wie sich unter anderem aus der in Kopie vorgelegten Entscheidung des Amtsgerichts … vom 16. 2. 1998 (Az. 6/1 M 143/95) ergibt; danach hat die Beklagte den vom Kläger aus der Rechnung vom 30. 9. 1994 geforderten Gesamtbetrag als **eigene** Auslagen gegenüber der dortigen Gläubigerin geltend gemacht.

Soweit die Beklagte in der Berufungsbegründung eine weitere Zahlung in Höhe von 5 182,28 DM auf die Rechnung des Klägers vom 30. 9. 1994 über ursprünglich 11 698,63 DM behauptet, ist dies vom Kläger bestritten und von der Beklagten bisher nicht unter Beweis gestellt worden. Der insoweit in Kopie vorgelegte Beschluß des Amtsgerichts … vom 16. 2. 1998 stellt kein taugliches Beweismittel für eine Zahlung an den Kläger dar. Das Amtsgericht hat darin auf die Erinnerung der Gläubigerin lediglich festgestellt, daß die auf die Rechnung der Spedition … vom 30. 9. 1994 an die Landeskasse zu zahlenden Kosten – unter Berücksichtigung des gezahlten Vorschusses von 6 000,– DM – noch 5 182,28 DM betragen. Aus den Gründen des Beschlusses ergibt sich, daß die Beklagte den gesamten Rechnungsbetrag von 11 698,68 DM der Gläubigerin in Rechnung gestellt hatte. Gegen diesen Kostenansatz hat sich die Gläubigerin mit ihrer – überwiegend erfolglosen – Erinnerung gewandt. Danach ist nicht erkennbar, woraus die Beklagte entnimmt, der Betrag von 5 182,28 DM sei dem Kläger aus der Landeskasse erstattet worden. Nach dem Wortlaut des Beschlusses wäre vielmehr zu erwarten, daß die Gläubigerin den genannten Betrag nunmehr an die Landeskasse zahlt und diese ihn an die Beklagte weiterleitet.

Der Einwand der Beklagten, die vom Kläger angesetzten Beträge seien überhöht, ist nicht ausreichend substantiiert. Die Beklagte hat bisher nicht bestritten, daß der Kläger **vor** den streitgegenständlichen Aufträgen mehrfach in gleicher Weise für sie tätig war und stets die gleichen Werte angesetzt hat. Unter diesen Umständen ist von einer konkludenten Vereinbarung dieser Sätze auch für die nachfolgenden Aufträge auszugehen. Wenn die Beklagte niedrigere Sätze hätte vereinbaren wollen, durfte der Kläger erwarten, daß sie dies bei Auftragserteilung zum Ausdruck bringt. Dies ist jedoch unstreitig nicht geschehen. Im übrigen ist dem Kläger zuzustimmen, daß die von der Beklagten genannten Stundensätze weder Arbeitsmaterial noch Fahrzeugkosten oder gar einen angemessenen Gewinn enthalten und – hinsichtlich der Lagerkosten – sogar höher sind als der von ihm abgerechnete Satz. Schließlich liegen auch die vom Verband der Spediteure Berlin und Brandenburg e. V. (Stand: 1. 10. 1991) vorgeschlagenen Sätze für Möbeltransporte nach der vom Kläger vorgelegten Kopie erheblich über den Angaben der Beklagten.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 2, 546 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Auf Anregung der Beklagten ist die Revision gegen diese Entscheidung zuzulassen, da die Rechtssache – gerade im Hinblick auf die Entscheidung des BGH vom 17. 11. 1983 (BGHZ 89, 82 ff.) – grundsätzliche Bedeutung hat.

*Anmerkung der Schriftleitung:*

*Gegen das Urteil des Oberlandesgerichts ist Revision eingelegt. Es erhebt sich die Frage, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn der Kläger gem. Art. 34 GG, § 839 BGB seine Klage gegen das Land Brandenburg als Arbeitgeber der Beklagten gerichtet hätte. In dem Verhalten der Beklagten dürfte durchaus eine Amtspflichtverletzung dem Kläger gegenüber zu sehen sein. Nach dem vorliegenden Ergebnis erscheint es auch fraglich, ob die Beklagte den Anforderungen des ihr übertragenen Amtes gewachsen war. Siehe auch OLG Brandenburg, DGVZ 1997, S. 122. Die vom OLG zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. 11. 1983 ist in DGVZ 1984, S. 38 ff. abgedruckt.*

**§§ 845, 788 ZPO; § 109 GVGA**

**Beantragt der Gläubiger nach Zustellung einer Vorpfändung gem. § 845 ZPO keinen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß, weil der Schuldner inzwischen Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid eingelegt hat, so sind die Kosten der Vorpfändung nicht als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung anzusehen.**

**LG Ravensburg, Beschl. v. 4. 3. 1998**
**– 3 T 59/98 –**

Aus den Gründen:

Wie vom Amtsgericht im angefochtenen Beschluß zutreffend ausgeführt, hat die Gläubigerin keinen Anspruch auf Erstattung der für die Vorpfändung angefallenen Rechtsanwaltskosten. Ein Anspruch könnte sich nur nach § 788 ZPO ergeben. Dies setzt voraus, daß die konkrete Vollstreckungsmaßnahme notwendig war. Für den Fall der Vorpfändung gemäß § 845 ZPO ist dies nur gegeben, wenn der begründete Anlaß zur Besorgnis besteht, der Gläubiger werde seine Forderung ohne Vorpfändung nicht durchsetzen können. Für diese Voraussetzungen hat die Gläubigerin weder in ihrem ursprünglichen Antrag noch in ihrer Beschwerdeschrift Anhaltspunkte vorgetragen.

Daß die Gläubigerin die Forderungen, derentwegen sie die Vorpfändung betrieben hat, nicht innerhalb der Frist des § 845 ZPO gepfändet hat, weil der Schuldner Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid eingelegt hat und die Gläubigerin sich nicht der Gefahr eines Schadenersatzanspruches aussetzen wollte, begründet nicht die Erforderlichkeit einer Vorpfändung, sondern erklärt nur die weitere Vorgehensweise der Gläubigerin.

Da Anhaltspunkte für eine Notwendigkeit der Vorpfändung weder dargetan noch aus den Unterlagen ersichtlich sind, hat das Amtsgericht die Erinnerung gegen die Verfahrenseinstellung durch den Gerichtsvollzieher zu Recht zurückgewiesen; die sofortige Beschwerde war mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

**§ 885 Abs. 4 ZPO; § 180 GVGA**

**Zur Frage der Verwahrung bzw. Herausgabe von Räumungsgut und zu der Frage, ob der Gerichtsvollzieher verpflichtet ist, Räumungsgut auf Unterlagen des Schuldners zu durchsuchen und ihm diese zu übersenden.**

**I. AG Hildesheim, Beschl. v. 18. 6. 1998**
**– 23d M 31035/98 –**
**II. LG Hildesheim, Beschl. v. 29. 7. 1998**
**– 4 T 420/98 –**

I.

Aus den Gründen:

Am 4. 5. 1998 wurde die Räumung des Schuldners aus seiner damaligen Wohnung durchgeführt. Der zuständige Gerichtsvollzieher beantragte am 20. 5. 1998 einen Beschluß nach § 885 IV ZPO zu erlassen, wobei er gleichzeitig darauf hinwies, daß es sich bei dem eingelagerten Inventar um Gegenstände ohne Wert handle, für die eine Versteigerung ausscheide. Der Schuldner widersprach dem Antrag mit Schreiben vom 4. 6. 1998 u. a. mit der Begründung, daß der Gerichtsvollzieher vor Freigabe des Räumungsgutes Zahlung der Räumungs- bzw. Lagerungskosten verlangt habe. Diese Forderung könne er jedoch nicht erfüllen, da er nur Arbeitslosenhilfe bekomme.

Ein Verfahren nach § 885 IV ZPO setzt voraus, daß das eingelagerte Gut verkäuflich ist, wobei der Gerichtsvollzieher wertlose Sachen von sich aus vernichten kann (§ 180 GVGA).

Da der Gerichtsvollzieher im Schreiben vom 20. 5. 1998 schon die Unverkäuflichkeit bescheinigt hat, hatte der Beschluß *entsprechend* § 885 IV ZPO auf Vernichtung zu lauten, zumal der Schuldner ohne Kostenerstattung Abholung oder Weiterverwahrung verlangt hatte (vgl. Kommentare zur ZPO von a) Stein-Jonas, 21. Aufl. Rdnr. 44 zu § 885 ZPO; b) Baumbach, 55. Aufl. Anm, 5 B u. a.).

Höchstpersönliche Sachen (wie Ausweise usw.) sind per Post an den Schuldner auszuhändigen, soweit sie keinen Wert darstellen (vgl. Stein-Jonas bzw. Baumbach a. a. O.).

Des weiteren hatte der Schuldner am 4. 6. 1998 einen Antrag auf Vollstreckungsschutz nach § 765 a ZPO gestellt.

II.

Aus den Gründen:

I. Die sofortige Beschwerde des Gerichtsvollziehers ist zulässig. Er hat ein eigenes schutzwürdiges Interesse. Es werden vermögensrechtliche Belange des Gerichtsvollziehers betroffen. Der angefochtene Beschluß verlangt vom Gerichtsvollzieher nicht nur eine Arbeitsleistung, nämlich die Durchsuchung des gesamten Hausrates nach Unterlagen des Schuldners, sondern darüber hinaus auch die Zusendung der aufgefundenen Unterlagen, was mit weiterem Zeit- und Geldaufwand verbunden ist.

Die sofortige Beschwerde des Gerichtsvollziehers ist auch begründet. Grundsätzlich hat der Gerichtsvollzieher zwar Gegenstände, die nicht verkauft werden können, an den Schuldner herauszugeben. Dazu gehören insbesondere persönliche Unterlagen. Der Gerichtsvollzieher aber hat dem Schuldner mehrfach Gelegenheit gegeben, sich diese Gegenstände mitzunehmen. Der Schuldner hat von diesen Gelegenheiten keinen Gebrauch gemacht, hat sogar eine Frist zur Abholung ohne ersichtlichen Grund verstreichen lassen. Damit hat er sein Recht auf Herausgabe verwirkt (vgl. § 885 Abs. 4 ZPO n. F.). Der Gerichtsvollzieher ist berechtigt, diese Sachen zu veräußern und sofern kein Verkaufswert mehr festzustellen ist, diese auch zu vernichten.

Die amtsgerichtliche Entscheidung war daher entsprechend abzuändern.

II. Das Rechtsmittel des Schuldners ist erfolglos. Der Gerichtsvollzieher kann die Gegenstände, die der Schuldner trotz Angebots durch den Gerichtsvollzieher nicht an sich genommen hat, verkaufen bzw., wenn sie keinen Wert haben, vernichten.

Der Gerichtsvollzieher hat dem Schuldner die Rückgabe des eingelagerten Gutes angeboten, allerdings nur gegen Erstattung der Verwahrungskosten. Dazu ist er berechtigt. Die Verwahrung erfolgt gemäß § 885 Abs. 3 ZPO auf Kosten des Schuldners. Den Verwahrungsvertrag mit dem Verwahrer muß aber der Gerichtsvollzieher abschließen. Der Gerichtsvollzieher ist damit Schuldner des Verwahrers. Insoweit kann er ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

Der Gerichtsvollzieher kann daher nunmehr die Gegenstände verkaufen. Dies ist aber bei dem eingelagerten Gut zwecklos, da es keinen Wert hat, der die Kosten eines Verkaufs übersteigt. Dies hat der Gerichtsvollzieher festgestellt, der in der Einschätzung des Wertes von Mobiliar erfahren ist. Die Kammer hat keinerlei Veranlassung an der Richtigkeit der Einschätzung des Gerichtsvollziehers zu zweifeln, zumal keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß der Gerichtsvollzieher den Verkauf aus sachfremden Erwägungen nicht durchführen willl.

Die anderweitige Bewertung des Schuldners im Hinblick auf einige Gegenstände führt zu keinem anderen Ergebnis. Das Vorbringen ist so allgemein gehalten, daß konkrete Anhaltspunkte dafür, daß der Gerichtsvollzieher den Wert falsch eingeschätzt haben könnte, nicht vorliegen. Im übrigen ist die Einschätzung des Gerichtsvollziehers nur mit einem Antrag nach § 813 Abs. 1 Satz 3 ZPO angreifbar.

*Anmerkung der Schriftleitung:*

*Da das Räumungsgut wertlos war und vernichtet werden sollte, hätte es ohne Zahlung der Transport- und Lagerkosten an den Schuldner herausgegeben werden können, wie dies in der Rechtsprechung (vgl. z. B. LG Hamburg, DGVZ 1983, S. 122; LG Karlsruhe, DGVZ 1990, S. 11) anerkannt, aber auch in § 180 Nr. 5 Abs. 6 GVGA vorgesehen und ab 1. 1.*

*1999 durch § 885 Abs. 3 u. 4 ZPO n. F. gesetzlich geregelt ist. Die Frage einer Verpflichtung des Gerichtsvollziehers, etwa Unterlagen des Schuldners vor der Vernichtung von Räumungsgut herauszusuchen und diesem zuzuleiten, stellt sich dabei nicht. Wenn der Schuldner es trotz Aufforderung unterläßt, seine Sachen abzuholen, obwohl er hierfür keine Zahlung leisten muß, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn sie der Vernichtung anheimfallen.*

**§ 803 Abs. 2 ZPO; §§ 104, 121 GVGA**

**Die amtlichen Kennzeichen eines Kraftfahrzeugs unterliegen auch dann nicht der Pfändung, wenn der Gläubiger sich bereit erklärt, diese zu ersteigern.**

**AG Bad Sobernheim, Beschl. v. 25. 8. 1998**
**– 6 M 1370/98 –**

Aus den Gründen:

Die Gläubigerin betreibt gegen den Schuldner in Höhe einer Restforderung von 10 505,85 DM nebst Zinsen und Kosten die Zwangsvollstreckung.

Aufgrund dieses Titels hat die Gläubigerin bereits einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß vom 15. 4. 1998 erwirkt zum Zwecke der Lohnpfändung.

Die Pfändung in bewegliche Sachen blieb bislang fruchtlos. Ausweislich des Pfändungsprotokolls vom 21. 7. 1998 besitzt der Schuldner einen Pkw, welcher jedoch an die … Volksbank sicherungsübereignet ist.

Mit Schreiben vom 10. 7. 1998 beauftragte die Gläubigerin durch ihren Prozeßbevollmächtigten den Gerichtsvollzieher, die amtlichen Kennzeichen dieses Fahrzeuges zu pfänden. Der Prozeßbevollmächtigte erklärte sich in diesem Schreiben bereit, mindestens 100,– DM bei der Versteigerung zu bieten. Der Gerichtsvollzieher lehnte mit Schreiben vom 24. 7. 1998 die Durchführung der Vollstreckungshandlung ab unter Hinweis auf § 803 Abs. 2 ZPO und § 811 Nr. 1 ZPO.

Hiergegen wendet sich die Gläubigerin mit der Erinnerung.

Die Erinnerung ist zulässig, jedoch unbegründet.

Der Gerichtsvollzieher hat sich zu Recht geweigert, den Vollstreckungsauftrag durchzuführen. Es kann dahinstehen, ob der Schuldner Eigentümer der amtlichen Kennzeichen geworden ist oder ob nicht vielmehr die Sicherungsgeberin (Bank) ebenfalls Eigentümerin auch dieser Kennzeichen geworden ist. Denn die Pfändung knüpft nicht an das Eigentumsrecht des Schuldners an einer beweglichen Sache an, sondern vielmehr an deren Gewahrsam (§ 808 ZPO).

Die Pfändung hat hier jedoch zu unterbleiben.

Gemäß § 803, Abs. 2 ZPO soll eine Pfändung dann nicht vorgenommen werden, wenn sich von der Verwertung der zu pfändenden Gegenstände ein Überschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt. Dieser Fall liegt hier vor. Bei der zu vollstreckenden Forderung in Höhe von über 10 000,– DM fällt bereits eine Pfändungsgebühr von 120,– DM an. Selbst wenn man einen Mindestwert von 1 000,– DM berücksichtigt, würden allein die Gebühren für Pfändung und Versteigerung 70,– DM betragen. Hinzu kämen dann noch Schreibauslagen, Wegegelder, Auslagen und Bekanntmachungskosten.

Die amtlichen Kennzeichen stellen für sich keinen Vermögenswert dar. Die Pfändung von beweglichen Sachen soll grundsätzlich der Befriedigung des Gläubigers und Verminderung der Verbindlichkeiten des Schuldners dienen. Dabei ist auf den objektiven Wert des Gegenstandes abzustellen und nicht darauf, ob der Gläubiger selbst den Gegenstand für vermögenswert erachtet.

Die Vollstreckung soll dem Gläubiger nicht auch als Druckmittel zur Verfügung stehen, damit der Schuldner sich evtl. aus seinem unpfändbaren Vermögen Geldmittel beschaffen muß, um das Fahrzeug weiter benutzen zu können.

Die Pfändung der Kennzeichen würde faktisch auch dazu führen, daß der Schuldner das Fahrzeug nicht mehr benutzen kann, da Fahrzeuge ohne Kennzeichen im Straßenverkehr nicht zugelassen sind (§ 18 Abs. 1 StVZO). Damit würde der Schuldnerschutz im Sinne von § 811 Nr. 1 und Nr. 5 ZPO umgangen. Der Schuldner, der in H. wohnt und bei der Fa. … in S. tätig ist, ist dringend auf das Fahrzeug für die täglichen Fahrten von der Wohnung zum Arbeitsplatz und zurück angewiesen.

Unter den gegebenen Umständen kommt daher eine Pfändung der Kfz-Schilder nicht in Betracht.

**§ 808 ZPO; § 157 GVGA**

**Zur Wirksamkeit der Pfändung eines Kraftfahrzeugs ohne sofortige Sicherstellung.**

**AG Lampertheim, Urteil v. 17. 7. 1998**
**– C 653/98 –**

Aus den Gründen:

Der Kläger (Finanzamt) ließ am 28. 8. 1997 durch seinen Vollstreckungsbeamten bei dem Schuldner u. a. ein Wohnmobil …, polizeiliches Kennzeichen … und einen Fahrzeuganhänger mit dem polizeilichen Kennzeichen … pfänden. Im Auftrag der Beklagten pfändete der Gerichtsvollzieher am 13. 10. 1997 die beiden Fahrzeuge erneut und nahm diese in Besitz und versteigerte sie anschließend mit einem Erlös von 4 700,– DM.

Mit der anhängigen Klage verlangt der Kläger, wegen der von ihm früher ausgebrachten Pfändung seine Bevorrechtigung bei der Verteilung des Pfanderlöses auszusprechen.

Der Kläger beantragt, auszusprechen, daß er vor den Beklagten aus dem Erlös der Pfandverwertung des Gerichtsvollziehers … zu befriedigen sei.

Die Beklagten beantragen, die Klage abzuweisen.

Sie halten die vom Kläger ausgebrachte Pfändung für unwirksam, da der Vollstreckungsbeamte des Klägers sich nicht in den unmittelbaren Besitz der Pfandstücke versetzt habe. Diese hätten auch keine Pfandsiegel aufgewiesen, so daß eine Pfändung in keiner Weise kenntlich gemacht gewesen sei. Auch habe der Schuldner noch die Schlüssel und die Fahrzeugpapiere besessen, die erst anläßlich der Pfändung vom 13. 10. 1998 vom Gerichtsvollzieher sichergestellt worden seien.

Die Beklagte zu 1. wendet darüber hinaus ein, das Vermieterpfandrecht der Beklagten … sei vorrangig, da sich die Fahrzeugpapiere schon immer in der Wohnung des Schuldners befunden hätten.

Die auf § 805 ZPO gestützte Klage ist zulässig, sachlich aber unbegründet.

Eine vorzugsweise Befriedigung des Klägers scheidet deswegen aus, weil die Pfändung ihres Vollstreckungsbeamten vom 28. 8. 1997 unwirksam war. Gemäß § 808 Abs. 1 ZPO wird die Pfändung der in Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher sie in Besitz nimmt. Dies ist unstreitig nicht der Fall. Der Vollstreckungsbeamte des Klägers hat anläßlich der Pfändung vom 28. 8. 1997 die Fahrzeuge nicht in Besitz genommen, sondern auf ihrem Abstellplatz, der …straße … in …, stehen lassen. Ebensowenig hat er sich in den Besitz der Fahrzeugpapiere gesetzt, sondern im Pfändungsprotokoll mitgeteilt, diese würden nachgereicht, da sie sich im Besitz des Fahrers des Schuldners befänden.

Die Pfändung ist auch nicht gemäß § 808 Abs. 2 ZPO wirksam. Danach können zwar Sachen außer Geld, Kostbarkeiten und Wertpapieren im Gewahrsam des Schuldners belassen werden, sofern nicht hierdurch die Befriedigung des Schuldners gefährdet wird. Genau dies ist aber hier der Fall. Nach der herrschenden Rechtsprechung genügt es bei der Pfändung von

Kraftfahrzeugen nicht, diese lediglich mit einem Pfandsiegel zu versehen, da eine Gefährdung der Befriedigung des Gläubigers regelmäßig angenommen wird, wenn die Fahrzeuge im Gewahrsam des Schuldners belassen werden. Dies gilt hier um so mehr, als zum einen offensichtlich die Pfandsiegel des Vollstreckungsbeamten des Klägers an den Fahrzeugen entweder abgefallen oder unbefugt entfernt worden sind, andererseits, weil auch die Fahrzeugpapiere niemals in den Besitz des Vollstreckungsbeamten des Klägers gelangt sind.

Da somit eine wirksame Pfändung am 28. 8. 1997 zugunsten des Klägers zu verneinen ist, hat dieser auch kein Vorrecht gegenüber den Beklagten, welche die Fahrzeuge durch den Gerichtsvollzieher am 13. 10. 1997 unter Beachtung der Vorschriften des § 808 ZPO am 13. 10. 1997 wirksam gepfändet haben.

*Anmerkung der Schriftleitung:*

*Soweit das Amtsgericht die Erstpfändung deshalb für unwirksam erachtet, weil der Vollstreckungsbeamte des Finanzamtes die gepfändeten Fahrzeuge im Gewahrsam des Schuldners belassen hat, kann der Entscheidung nicht gefolgt werden.*

*Ob ein gepfändetes Kraftfahrzeug im Gewahrsam des Schuldners belassen wird oder nicht, berührt nicht die Wirksamkeit der Pfändung. Die Sicherstellung eines gepfändeten Kraftfahrzeuges ist in der Regel nur deshalb geboten, weil es bei weiterer Benutzung zu Schaden kommen kann. Die Sicherstellung soll somit allein die Gefährdung der Gläubigerinteressen verhindern und nicht den Fortbestand der Pfändung sichern. Im vorliegenden Fall waren die gepfändeten Fahrzeuge im Zeitpunkt der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher bzw. der Versteigerung noch vorhanden, so daß die Erstpfändung, sofern sie ansonsten wirksam ausgebracht war, hätte Bestand haben müssen (vgl. KG, DGVZ 1968, S. 23 u. OLG Düsseldorf, DGVZ 1968, S. 67). Das ergibt sich auch aus § 811 b Abs. 4 S. 2 ZPO, wonach bei einer vorläufigen Austauschpfändung die Wegnahme erst nach Rechtskraft des Zulassungsbeschlusses zulässig ist.*

**§ 811 Nr. 5 ZPO; § 121 GVGA**

**Bei einem Gewerbetreibenden ist ein Pkw auch dann zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit erforderlich und deshalb als unpfändbar anzusehen, wenn die Auftragslage des Schuldners gering ist.**

**AG Neuwied, Beschl. v. 18. 8. 1998**
**– 5 M 2331/98 –**

Aus den Gründen:

I. Die Gläubiger haben gegen den Schuldner eine titulierte Forderung in Höhe von 8 803,51 DM nebst Zinsen und Kosten aus dem Versäumnisurteil vom 30. 1. 1998.

Mit Schreiben vom 24. 4. 1998 haben sie den Gerichtsvollzieher beauftragt, den Pkw …, amtliches Kennzeichen …, zu pfänden. Der Gerichtsvollzieher hat mit Schreiben vom 30. 4. 1998 den Antrag der Gläubiger abgewiesen mit der Begründung, daß der Pfändung § 811 Nr. 5 ZPO entgegenstehe.

Gegen diese Entscheidung haben die Gläubiger Erinnerung eingelegt und beantragen, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, die beantragte Pfändung des Pkws … durchzuführen, hilfsweise, eine Austauschpfändung des streitgegenständlichen Pkws anzuordnen.

II. Die Erinnerung ist gemäß § 766 Abs. 2 ZPO zulässig; sie ist in der Sache jedoch nicht begründet.

Der Pkw … ist gem. § 811 Nr. 5 ZPO unpfändbar.

Der Pkw ist zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit des Schuldners erforderlich.

Ausweislich der eidesstattlichen Versicherung vom 23. 3. 1998 und der Auskunft aus dem Gewerberegister der Stadt … vom 30. 6. 1998 betreibt der Schuldner eine Einzelfirma auf dem Gebiet des Bautenschutzes. Der eidesstattlichen Versicherung ist zu entnehmen, daß er bis zum März 1998 einen Auftrag in P. ausgeführt und dadurch Einkommen erzielt hat. Mit einem am 3. 8. 1998 beim AG Neuwied eingegangenen Schreiben hat der Schuldner weiter darauf verwiesen, daß er z. Zt. einen Auftrag in R. erledigt. Der Schuldner ist deshalb nach Auffassung des Gerichts für die Fahrten zur Arbeitsstätte auf ein Fahrzeug angewiesen. Auf öffentliche Verkehrsmittel kann der Schuldner nicht verwiesen werden, da die Arbeitsstätten wechseln können und nicht alle Orte mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu erreichen sind. Außerdem benötigt der Schuldner sein Fahrzeug, um weitere Aufträge zu akquirieren. Der Gerichtsvollzieher hat damit zu Recht eine Pfändung des Pkws abgelehnt.

Der hilfsweise gestellte Antrag auf eine Austauschpfändung gem. § 811 a ZPO ist im vorliegenden Verfahren ebenfalls abzulehnen. Der Schuldner hat die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Antrag gem. § 811 a ZPO, über den im übrigen der Rechtspfleger entscheidet, nicht dargetan. Er ist deshalb als unzulässig zurückzuweisen.

**§ 150 ZVG; § 182 GVGA**

**Im Zwangsverwaltungsverfahren kann dem Gerichtsvollzieher nicht der Auftrag erteilt werden, dem Schuldner die zur Verwaltung des Grundstücks notwendigen Unterlagen (Mietverträge pp.) wegzunehmen, wenn der Schuldner nicht auf dem unter Zwangsverwaltung stehenden Grundstück wohnt.**

**AG Siegburg, Beschl. v. 21. 7. 1998**
**– 35 M 1918/98 –**

Aus den Gründen:

Der Erinnerungsführer wurde im vorbezeichneten Zwangsverwaltungsverfahren als Zwangsverwalter bestellt. Er verlangte von den Schuldnern Herausgabe der Unterlagen über das Verwaltungsobjekt, insbesondere Mietverträge pp. Da die Schuldner diese nicht herausgaben, beauftragte er aufgrund des Beschlagnahmebeschlusses und in seiner Eigenschaft als Zwangsverwalter den Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung. Dieser weigerte sich. Dagegen richtet sich die Erinnerung.

Die Erinnerung war zurückzuweisen.

Die Frage, ob eine Wegnahme der Unterlagen ohne besonderen Titel zulässig ist, ist streitig (vgl. auf der einen Seite LG Berlin, MDR 92/274 u. AG Stuttgart, Rpfl. 95/375, auf der anderen Seite Zeller/Stöber, § 150 Anm. 3.9). Da der Verwalter aber nur die Befugnis erhält, „das Grundstück“ in Besitz zu nehmen, ist der herrschenden Meinung zu folgen, die die Unverletzlichkeit der Wohnung des Schuldners der Herausgabe garantiert, wenn diese nicht auf dem beschlagnahmten Grundstück liegt. Hier gebietet der Grundrechtsschutz eine restriktive Auslegung bei Weigerung des Schuldners.

Die Erinnerung war daher zurückzuweisen.

**§ 779 BGB; § 788 ZPO; §§ 109, 130 GVGA**

**Eine zur Abwendung der Zwangsvollstreckung getroffenen Teilzahlungsvereinbarung begründet keine Vergleichsgebühr, wenn es am Wesen des Vergleichs, dem gegenseitigen Nachgeben, fehlt. Eine gleichwohl vom Gläubigervertreter berechnete Vergleichsgebühr kann nicht im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben werden.**

**AG Bln-Schöneberg, Beschl. v. 23. 2. 1998**
**– 32 M 7082/97 –**

Aus den Gründen:

Der Gerichtsvollzieher weigert sich im Ergebnis zu Recht, die angeblichen Kosten des im Vollstreckungsverfahren geschlossenen Rentenzahlungsvergleiches i. H. v. 3 202,60 DM beizutreiben.

Es ist in Rechtsprechung und Literatur bereits umstritten, ob Rechtsanwaltsgebühren für den Abschluß eines Ratenzahlungsvergleiches im Rahmen der Zwangsvollstreckung gemäß § 788 ZPO beigetrieben werden können (vgl. zum Meinungsstand etwa Zöller, ZPO, 20. Aufl., § 788 Rdnr. 7).

Welcher Auffassung zu folgen ist, kann hier jedoch dahinstehen, da immer materiell-rechtlich ein Vergleich i. S. v. § 779 Abs. 2 BGB vorliegen muß. Nur ein solcher Vergleich kann die Vergleichsgebühr des § 23 BRAGO auslösen. Daran fehlt es hier jedoch.

Der vorgelegte „Teilzahlungsvergleich" vom 30. 4. 1997 stellt keinen Vergleich i. S. v. § 779 Abs. 2 BGB dar, weil es an dem hierfür vorausgesetzten gegenseitigen Nachgeben der Beteiligten mangelt.

Insbesondere kann ein echtes Nachgeben des Schuldners nicht festgestellt werden. Ein Nachgeben auf der Seite des Schuldners liegt nicht bereits vor, wenn er bei einer titulierten Forderung auf die Erhebung von „Einwendungen jeglicher Art hinsichtlich des Grundes und der Höhe der Schuld sowie auf die Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage" verzichtet. Da hier nicht ersichtlich ist, daß es *konkrete* Anhaltspunkte für solche stichhaltigen Einwendungen des Schuldners gab, handelt es sich bei der vorliegenden Vereinbarung insofern um eine bloße Leerformel, die kein Nachgeben des Schuldners bedeutet (LG Berlin, JurBüro 1985, 545, 547).

Gleiches gilt für die Absichtserklärung des Schuldners in dem „Vergleich", keinen gerichtlichen Vollstreckungsschutz in Anspruch nehmen zu wollen, da ein vorheriger Verzicht auf Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO unzulässig ist (Zöller, a. a. O., § 765a Rdnr. 25 mit Verweis auf OLG Hamm, NJW 60, 104). Schließlich stellt auch die Kostenübernahme in dem Vergleich durch den Schuldner kein Nachgeben i. S. v. § 779 BGB dar (so auch LG Koblenz, DGVZ 1990, 141, 142).

Da somit ein Vergleich i. S. v. § 779 BGB nicht zustande gekommen ist, steht dem Gläubiger auch ein Anspruch auf Zahlung einer Gebühr gemäß § 23 BRAGO nicht zu (vgl. zu den Voraussetzungen des § 23 BRAGO auch Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, BRAGO, 12. Aufl., § 23 Rdnr. 27).

**§ 788 ZPO; §§ 57, 58 BRAGO; §§ 109, 130 GVGA**

**Erteilt der Gläubiger gegen denselben Schuldner ohne besonderen Grund gleichzeitig 3 getrennte Vollstreckungsaufträge, so ist der Gerichtsvollzieher gehalten, diese zusammenzufassen und für den Gläubigervertreter die Auftragsgebühr des § 57 BRAGO nur einmal aus dem zusammengerechneten Wert aller Aufträge zu berücksichtigen.**

**AG Blieskastel, Beschl. v. 4. 5. 1998**
**– 15 M 3782/97 –**

Aus den Gründen:

Die Art und Weise der Zwangsvollstreckung durch den zuständigen Gerichtsvollzieher ist nicht zu beanstanden. Daß der Gerichtsvollzieher die vom Gläubiger neben der Zwangsvollstreckungsgebühr und der Auslagenpauschale geltend gemachte Umsatzsteuer abgesetzt hat, wird vom Gläubiger nicht mehr angegriffen.

Nach Auffassung des Gerichtes ist es auch nicht zu beanstanden, daß der Gerichtsvollzieher die Gebühr nach § 57 BRAGO nur einmal angesetzt hat.

Der Gerichtsvollzieher hat die vom Gläubiger geltend gemachten Vollstreckungskosten zu prüfen und Kosten, deren Entstehung und Notwendigkeit nicht nachgewiesen ist, bei der Vollstreckung unberücksichtigt zu lassen (LG Oldenburg, DGVZ 1993, 156). Der Gerichtsvollzieher ist im Rahmen der ihm obliegenden Überprüfung zu dem zutreffenden Ergebnis gelangt, daß die Gebühr nur einmal angefallen ist. Ob es sich insgesamt nur um eine Vollstreckungsangelegenheit gehandelt hat, kann letztlich dahinstehen. Jedenfalls hat der Gläubiger durch die getrennte Beantragung der Vollstreckungsmaßnahmen unnötige Mehrkosten in Ansatz gebracht. Für die getrennte Behandlung der drei Angelegenheiten ist kein vernünftiger Grund erkennbar. Wenn aber die Anträge ohne sachlichen Nachteil zusammengefaßt werden konnten, ist die Verursachung der Mehrkosten durch die getrennte Beantragung als rechtsmißbräuchlich unzulässig (Gerold Schmidt/v. Eicken–Madert, BGO für Rechtsanwälte, § 57 Rdnr. 31).

Nach alledem war die Erinnerung des Gläubigers zurückzuweisen.

**§ 788 ZPO; § 57 BRAGO; § 109 GVGA**

**1. Die Kosten eines Teilzahlungsvergleichs sind keine Kosten der Zwangsvollstreckung und können auch nicht durch Verrechnung mit Teilzahlungen als solche vereinnahmt werden.**

**2. Neben der Gebühr gem. § 57 BRAGO für den Vollstrekkungsauftrag kann eine Gebühr für die vorausgegangene (erfolglose) Vollstreckungsandrohung nicht verlangt werden.**

**AG Bln-Charlottenburg, Beschl. v. 15. 5. 1998**
**– 31 M 8012/98 –**

Aus den Gründen:

Die zulässige Erinnerung gem. § 766 ZPO ist unbegründet. Der Gerichtsvollzieher hat zu Recht die Forderungsberechnung beanstandet, da die Kosten für die Mahnschreiben vom 19. 2. und 3. 9. 97 sowie für die Ratenzahlungsvereinbarung keine notwendigen Kosten gem. § 788 ZPO sind. Die Ratenzahlungsvereinbarung dient weder der Vorbereitung noch der Durchführung der Zwangsvollstreckung, sondern der Vermeidung von Vollstreckungsmaßnahmen und fällt mithin nicht unter § 788 ZPO (vgl. LG Münster, Beschl. v. 15. 12. 1994 – 5 T 748/94 – DGVZ Nr. 11/95, S. 168 und LG Coburg, Beschl. v. 3. 6. 1996 – 41 T 18/96 – DGVZ Nr. 10/96, S. 158).

Dem Erinnerungsführer kann nicht gefolgt werden, wenn er meint, daß die Gebühr für die Ratenzahlungsvereinbarung durch Verrechnung mit den ersten Zahlungen nicht mehr Gegenstand der Zwangsvollstreckung sei. Denn der Gerichtsvollzieher ist gehalten, in jeder Lage des Verfahrens die Gesamtkostenaufstellung des Gläubigers daraufhin zu überprüfen, ob die angesetzten Kosten tatsächlich entstanden sind (vgl. LG Limburg, Beschl. v. 1. 8. 95 – DGVZ Nr. 3/96, S. 43). Schließlich ist auch nicht zu beanstanden, daß der Gerichtsvollzieher die Kosten für die Mahnschreiben vom 19. 2. 97 und 3. 9. 97 nicht anerkennt.

Die 3/10-Gebühr gem. § 57 BRAGO für die Androhung einer Vollstreckung kann nicht neben der Gebühr für den späteren Vollstreckungsauftrag erhoben werden (vgl. LG Saarbrücken, Beschl. v. 12. 12. 94 – 5 T 748/94, DGVZ Nr. 3/95, S. 43).

Die weitere Gebühr gem. § 57 BRAGO für den Zwangsvollstreckungsauftrag betreffend die Wohnung, der gebührenrechtlich ein neuer Auftrag ist (vgl. BRAGO, Gerold v. Eicken, 13. Aufl., § 58 Anm. 4), wird von dem Gerichtsvollzieher nicht beanstandet.

### Gesetzesänderung: Neue Unterhaltstitel

Nach dem Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder vom 6. April 1998 (BGBl. I, S. 666 ff.) ist es seit 1. Juli 1998 möglich, den Unterhalt eines minderjährigen Kindes dadurch zu dynamisieren, daß er als Vomhundertsatz von Regelbeträgen vollstreckbar festgelegt wird (§ 1612a BGB; § 645 ff. ZPO). Die Regelbeträge ergeben sich aus der gleichzeitig mit dem Gesetz vom 6. April 1998 verkündeten Regelbetragsverordnung in der jeweils geltenden Fassung. Es können danach Unterhaltstitel zur Vollstreckung kommen, die nur noch einen Vomhundertsatz des jeweiligen Regelbetrages der entsprechenden Altersstufe festlegen, so daß der Gerichtsvollzieher den zustehenden Unterhaltsbetrag zunächst ermitteln, zumindest aber den vom Gläubiger bezifferten Betrag insoweit überprüfen muß. Die Regelbetrag-Verordnung ist als Fußnote zu § 1612a BGB in der Gesetzessammlung *Schönfelder* abgedruckt. Eine Abhandlung, in der die vollstreckungsrelevanten Einzelheiten erörtert werden, ist in Vorbereitung und wird demnächst in der DGVZ veröffentlicht.

## ■ BUCHBESPRECHUNG

**ABC der pfändbaren und unpfändbaren beweglichen Sachen**
Praktikerhandbuch für den Vollstreckungsaußen- und -innendienst des Bundes, der Länder, der Städte, Gemeinden, Landkreise, der Ortskrankenkassen und sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts. Von Oberamtsrat a. D. *Hans Röder*, Hanau. 8. Erg.-Lief., 338 Seiten, DIN A5, Gesamtwerk mit acht Ergänzungen, 2 142 Seiten. 133,– DM (incl. 21,– DM für zwei Plastikordner). Verlag Reckinger & Co., Siegburg.

Mit der 338 Seiten umfassenden Ergänzungslieferung bringt der Verfasser sein Werk auf den neuesten Stand. Er berücksichtigt Literatur und Rechtsprechung bis August 1998 und hat auch die Auswirkungen der am 1. Januar 1999 in Kraft tretenden 2. Zwangsvollstreckungsnovelle bereits eingearbeitet. Der Anhang enthält insgesamt 29 Gesetze und Verwaltungsvorschriften, zumindest aber deren vollstrekkungsrelevanten Teil, von denen 10 in jüngster Zeit geändert worden sind. Diese Änderungen sind in der vorliegenden Ergänzungslieferung berücksichtigt, so daß sie den aktuellen Stand enthält. Das Schwergewicht des Handbuches liegt jedoch nach wie vor in der Hilfestellung bei der Entscheidung, ob eine Sache der Pfändung unterliegt oder nicht, wobei in jedem Fall auf die vorliegende Rechtsprechung und Literatur hingewiesen wird, was sich in der Praxis als äußerst hilfreich erweist.

## ■ HINWEIS AUF ANDERE SCHRIFTEN


App, Michael, *„Die Einschränkung der Vollstreckungsbefugnis der Gemeinden und die Unwirksamkeit von Vollstreckungsmaßnahmen nach der Insolvenzordnung“*. In: Kommunal-Kassen-Zeitschrift, 1998, S. 69–73.

Dinstühler, Klaus-Jürgen, *„Die Abwicklung massearmer Insolvenzverfahren nach der Insolvenzordnung“*. In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1998, S. 1697–1707.

Fritsche, Ingo, *„Änderung der Zwangsvollstreckung durch die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle“*. In: Neue Justiz, 1998, S. 518–521.

Funke, Rainer, *„Restschuldbefreiung und Prozeßkostenhilfe“*. In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1998, S. 1708–1711.

Heitmann, Steffen, *„Insolvenzordnung: Die Justiz als Betreuungsbetrieb“*. In: Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S. 2649–2650.

Helwich, Günther, *„Aktuelle Gesetzgebung zum Streitwert in der Herausgabezwangsvollstreckung“*. In: Monatsschrift für Deutsches Recht, 1998, S. 637.

Hommel, Michael, *„Überschuldungsmessung nach neuem Insolvenzrecht: Probleme mit Lösungsmöglichkeiten“*. In: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 1998, S. 297–322.

Hornung, Anton, *„Die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle“*. In: Der Deutsche Rechtspfleger, 1998, S. 381–409.

Landfermann, Hans-Georg, *„Wesentliche Abweichungen des neuen Insolvenzrechts vom geltenden Recht“*. In: Beiträge zum neuen Insolvenzrecht, 1998, S. 1–16.

Moosmayer, Klaus u. Christa Smeets, *„Das neue Insolvenzrecht“*. In: Neue Justiz, 1998, S. 511–518.

Schuschke, Winfried, *„Räumungsvollstreckung gegen Mitbewohner der Wohnung des Titelschuldners“*. In: Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, 1998, S. 58–62.

Seip, Theo, *„Die Übertragung des Offenbarungsverfahrens auf den Gerichtsvollzieher und die sonstigen Änderungen durch die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle – Anmerkungen zu Behr, JurBüro 1998, S. 231–242 nebst Sonderheft hierzu –“*. In: Das Juristische Büro, 1998, S. 457–460.

Steder, Brigitte, *„Übertragung des Verfahrens zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung auf den Gerichtsvollzieher“*. In: Der Deutsche Rechtspfleger, 1998, S. 409–419.

Stein, Axel, *„Nachlaßverwaltung und Zwangsvollstreckung“*. In: Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, 1998, S. 178–181.

Vallender, Heinz, *„Das Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren. Eine wirkliche Chance für überschuldete Verbraucher?“* In: Insolvenz- u. Vollstreckung, 1998, S. 169–180.

Vollmer, Michael, *„Die Pfändbarkeit der Stammeinlageforderung eines GmbH-Gesellschafters“*. In: GmbH-Rundschau, 1998, S. 579–582.

Weber, Albrecht, *„Das Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder“*. In: Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S. 1992–2004.



**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 60,– einschließlich Versandkosten und Mehrwertsteuer. Einzelheft DM 5,–. Für Mitglieder des DGVB Preisermäßigung. Buchhändler-Rabatt 20 %.
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 DGVZ 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 beigefügt.
**Einsendungen und Zuschriften, die den Inhalt der Zeitung (Aufsätze, Entscheidungen etc.) betreffen, sind nur zu richten an den Schriftleiter der DGVZ, Obergerichtsvollzieher Theo Seip, 65549 Limburg, Am Rosenhang 4.**