

DEUTSCHE GERICHTSVOLLZIEHER ZEITUNG



ZEITSCHRIFT für VOLLSTRECKUNGS-,
ZUSTELLUNGS- und KOSTENWESEN

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

APRIL / MAI 2005 · 120. JAHRGANG · NR. 4-5/2005

Der Fortschritt ist eine Schnecke

– Ausblicke auf eine Reform des Vollstreckungssystems –

Von Gerichtsvollzieher Stefan Mroß, Bühl*)

Vorschläge für eine Reform des Gerichtsvollzieherwesens und der Zwangsvollstreckung sowie ständige Veränderungen und Wechsel der Systeme durchziehen die jüngere Rechtsgeschichte bereits seit den 70er Jahren – des 19. Jahrhunderts¹⁾! Aktuell wird von Seiten des Berufsverbandes²⁾, aber auch aus den Reihen der Justiz³⁾, ein neuer Vorstoß zur Reform der Vollstreckung unternommen.

Die Delegierten des Bundeskongresses des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes haben sich am 15. Mai 2003 mehrheitlich für ein „freies System“ ausgesprochen⁴⁾. Dem außenstehenden Betrachter scheint es, die Diskussion um das Ob und Wie einer Reform stehe erst völlig am Beginn. Auch könnte man fast meinen, ein freies System wäre an und für sich anzustreben. Freiheit ist zwar unbedingt ein Wert an sich, doch erst dessen Ausgestaltung und Einbettung in ein Gesamtsystem lässt Politik und Betroffene beurteilen, welchen Preis sie dafür zahlen.

*) Der Autor war von 1981 bis 1984 als Rechtspfleger in Berlin, danach freiberuflich als Betreuer und Nachlasspfleger, anschließend in der Insolvenzverwaltung und Sanierung in Achern und ist seit 2001 als Gerichtsvollzieher tätig.

¹⁾ Vgl. Darstellung der verschiedenen Systeme seit 1877 durch Eich, DGVZ 1985, 13 (17) sowie zum Neuberger Modell Seip, DGVZ 1977, 103 ff.

²⁾ Vgl. Bericht von Blaskowitz, DGVZ 2003, 110 (112).

³⁾ Hierzu aktuell die vorherige Justizministerin des Landes Baden-Württemberg, Werwigg-Hertneck, DGVZ 2003, 113 (114).

⁴⁾ Siehe Fußnote 2.

Eine Standortbestimmung und Ausblicke auf die Diskussion eines Systemwechsels sollen hier im Folgenden versucht werden. Einbezogen werden hierbei rechtliche, rechtspolitische und praktische Überlegungen.

1. Grundannahmen

Die Zwangsvollstreckung dient der Durchsetzung von Leistungs- und Haftungsansprüchen⁵⁾. Sie ist eine hoheitliche Aufgabe und unterliegt hierbei dem allgemeinen Rechtsschutzmonopol des Staates⁶⁾. Die Interessen des Gläubigers stehen im Vordergrund, da er einen titulierten Anspruch hat, der rechtsstaatlich zustande gekommen ist. Gesetzliche Regelungen dienen dennoch nicht alleine der bloßen Durchsetzbarkeit dieser Ansprüche, sondern begrenzen die Art und Weise der Durchsetzung gegenüber dem Schuldner. Der Schuldnerschutz ist ein Ausfluss geschützter Wertvorstellungen wie der Würde des Menschen (Artikel 1 GG), der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Artikel 2 GG) sowie des Sozialstaatsprinzips (Artikel 20, 28 GG)⁷⁾. Er findet nicht nur seine Begründung in allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen über die Würde des Menschen, vielmehr hat die staatliche Gemeinschaft hieran auch ein finanzielles Interesse, damit der

⁵⁾ Thomas/Putzo, ZPO 26. Aufl., Rdnr. 1 vor § 704, sowie weitere Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, ebenda, Rdnr. 13 ff.

⁶⁾ Schilken, DGVZ 1995, 133 (137).

⁷⁾ Überzeugende Darlegung vgl. AG Berlin-Lichtenberg, DGVZ 2005, 11.

Schuldner nicht der öffentlichen Fürsorge anheim fällt⁸⁾. Das Zwangsvollstreckungsrecht und dessen Anwendung befindet sich daher stets in einem Spannungsverhältnis⁹⁾ zwischen schneller Durchsetzung der titulierten Ansprüche und den Grenzen seiner Durchsetzbarkeit. In dieser Hinsicht unterliegt die Auslegung und Anwendung des Zwangsvollstreckungsrechts ständigen Veränderungen durch die gesellschaftliche Anschauung. Stand in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts noch die Ausdehnung des Sozial- und Wohlfahrtsstaates auf der politischen Tagesordnung, wird dagegen in den letzten Jahren die Eigenverantwortlichkeit aller Bürger, die Verminderung der Staatsquote und das Bestehen einer Risikogesellschaft betont. Im bisherigen Recht ist die Beschleunigung der Zwangsvollstreckung nur ein schwach ausgeprägter Grundsatz¹⁰⁾. Deshalb verwundert es auch nicht, dass immer wieder Forderungen nach einer kürzeren Verfahrensdauer und einer besseren Erfolgsaussicht der Zwangsvollstreckung auftauchen¹¹⁾. Abgesehen von der schlagwortartigen Forderung nach einem „schlanken Staat“ und „einfachen, unbürokratischen Abläufen“ ist die Effizienz der Zwangsvollstreckung nicht nur Gegenstand von wissenschaftlichen Untersuchungen gewesen¹²⁾, sondern ist auch erklärtes Ziel der Justizverwaltung¹³⁾. Selbst die gerichtliche Betreibung von Forderungen wird inzwischen als Dienstleistung angesehen¹⁴⁾. Deshalb verwundert es nicht, dass die Effektivität als entscheidendes Merkmal für ein zukünftiges Vollstreckungssystem gilt.

Damit muss auch vieles aus der bisherigen Praxis in Frage gestellt werden. Eine isolierte Diskussion aus der eingegengten Sicht eines Berufszweigs¹⁵⁾ soll daher nicht Gegenstand dieser Abhandlung sein.

Bei der Auswertung von Literatur und Rechtsprechung fällt aber auf, dass so manche wertvolle Erfahrung der Gerichtsvollzieher wenig Niederschlag in Diskussionen um die Reform der Zwangsvollstreckung finden. Niemand kennt „den Schuldner“ besser als der Gerichtsvollzieher, der sich tagtäglich vor Ort mitten in dessen Lebensverhältnisse begibt.

Wie misst man Effektivität?

Zur Beurteilung der Effektivität der Zwangsvollstreckung werden näher zu betrachten sein die formalrechtlichen Abläufe und die verschiedenen Vollstreckungsorgane. Ein wichtiges Kriterium wurde jedoch, soweit ersichtlich, bislang nicht wissenschaftlich untersucht: Der Schuldner. So bemängelt Uhlenbruck 1993, dass eine Soziologie der Vollstreckung noch zu entwickeln bleibt¹⁶⁾. Tatsächlich dürfte das Verhalten des Schuldners und die darauf abgestellten formalrechtlichen Verfahrensschritte einen erheblichen Ausschlag dafür geben, ob und wie schnell der Gläubiger seine titulierte Forderung realisieren kann. Zu Recht beschreibt das Vollstreckungsrecht die Grenzen einer Zwangsvollstreckung. Der Gläubiger wird auf rechtsstaatlichem Wege seine titulierten Ansprüche nur in

deren Rahmen durchsetzen können, und die Vollstreckungsorgane haben sich hierbei an die im Gesetz beschriebenen Möglichkeiten zu halten. Insofern beschreibt das Vollstreckungsrecht im Wesentlichen zugunsten der Schuldner Grenzen in der Art der Durchsetzbarkeit der Ansprüche und behindert damit zwangsläufig die Effektivität der Vollstreckung aus der Sicht des Gläubigers. Ein Irrtum wäre es sicherlich, hieraus zu folgern, rechtsstaatliche Begrenzung von Vollstreckungsmaßnahmen fallen zu lassen, um hierdurch vermeintlich schneller und umfassender die Gläubigeransprüche realisieren zu können. Die Praxis zeigt nämlich, dass der zahlungsunwillige oder vorsätzlich böswillige Schuldner eine Seltenheit darstellt¹⁷⁾. Bereits Kowarik beschreibt 1954, dass weniger unwillige oder böswillige Schuldner vorzufinden sind, sondern eigentlich eine gute Zahlungsmoral bestehe¹⁸⁾. Die Zahlungsunwilligkeit ist nämlich deutlich zu unterscheiden von der Zahlungsunfähigkeit. An dieser Stelle kann daher nicht der Versuch unterlassen werden, einige wesentliche Schuldnerstypen und ihr Verhalten zu beschreiben:

Wie sieht „der Schuldner“ aus?

a) Der Verbraucher oder Selbständige, der nicht in der Lage ist, einige wenige fällige Verbindlichkeiten kurzfristig zu begleichen, diese mangelnde Liquidität jedoch innerhalb weniger Monate beseitigen kann¹⁹⁾.

b) Der Verbraucher oder Selbständige, der aufgrund eines einmaligen Ereignisses in die Situation geraten ist, dass die fälligen Verbindlichkeiten seine Geldzuflüsse erheblich überschritten haben und auch die künftigen Zahlungszuflüsse nicht ausreichen, um die einmal eingetretene Deckungslücke wieder zu schließen. Bei danach zwar ausgeglichener Liquidität werden nur angemahnte oder in der Vollstreckung befindliche Verbindlichkeiten beglichen, wodurch neu hinzutretende Fälligkeiten nicht bedient werden können²⁰⁾. Bei diesen beiden Gruppen ist die Zahlungsmoral im Allgemeinen als gut zu bezeichnen, unabhängig davon, ob bei näherer Betrachtung die Situation verschuldet oder unverschuldet eingetreten ist²¹⁾. Bei ihnen liegt daher nicht einmal eine Zahlungsunfähigkeit, sondern lediglich ein kurzfristiger Mangel an Zahlungsmitteln vor.

c) Schuldner, bei denen durch einschneidende Ereignisse²²⁾ eine große Anzahl von Verbindlichkeiten aufgelaufen sind, die auch in absehbarer Zeit nicht mehr ohne weiteres erfüllt werden können. Dies führt erfahrungsgemäß zu zwei möglichen Verhaltensweisen: der verzweifelte Versuch der Schuldner, die über den Berg gewachsenen Schulden „irgendwie“ in den Griff zu bekommen oder nach außen hin eine starke Gleichgültigkeit zu entwickeln. Die letzte Gruppe ist häufig anzutreffen und versucht, sich Zwangsvollstreckungsmaßnahmen

¹⁷⁾ Mangels empirischer Erhebungen soll hier nur auf einen eigenen Erfahrungsschatz zurückgegriffen werden, der mit deutlich unter 5 Prozent beschrieben werden kann.

¹⁸⁾ Kowarik, DGVZ 1954, 147 (148).

¹⁹⁾ Vgl. zur Abgrenzung zwischen Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit Braun/Kind, Kommentar zur InsO 2002, Rdnr. 7 ff. zu § 17 InsO.

²⁰⁾ Es ist dies eine überzogene Finanzierung durch Lieferantenkredite, die vormalig durch Kontokorrentkredite der Banken finanziert wurden, im Zuge von Basel II jedoch ausreichende Finanzierungsmittel hierdurch nicht mehr zur Verfügung stehen.

²¹⁾ Eine Beurteilung ist selbst für einen Gerichtsvollzieher von außen nicht möglich.

²²⁾ Z. B. Eintritt von Arbeitslosigkeit, Abschluss ungünstiger Verträge, Trennungen, Krankheit, betriebswirtschaftliche Ursachen, Betriebseinstellung, Verschwendung.

⁸⁾ Gottschalk, DGVZ 1988, 35 (36).

⁹⁾ Vgl. Neuberger, DGVZ 1967, 119 (120).

¹⁰⁾ Thomas/Putzo, a. a. O., Rdnr. 34.

¹¹⁾ Z. B. Eich, DGVZ 1989, 49.

¹²⁾ Vgl. Universität Konstanz, Arbeitsplatz Gericht – Effizienz der Zwangsvollstreckung – Zwischenbericht vom 30. 4. 1997.

¹³⁾ Vgl. Werwigk-Hertneck, DGVZ 2003, 113/114; Kleinert, Zit. nach Bericht der Schriftleitung DGVZ 1999, 145 (147).

¹⁴⁾ Vgl. Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europ. Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 9. 2. 2004, KOM (2004) 2.

¹⁵⁾ So Dieckmann, Zit. von Kühn, DGVZ 2001, 33 (35).

¹⁶⁾ Uhlenbruck, DGVZ 1993, 97 (98).

men zu entziehen, obwohl sie ohnehin nicht erfolgreich wären. Die Schuldner, Verbraucher wie ehemals Selbständige, nehmen in letzter Zeit verstärkt die Möglichkeit des Insolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung wahr.

d) Schuldner, die auf Kosten anderer zum Eigennutz Verträge abschließen, obwohl sie wissen können, dass diese Verträge von ihrer Seite aus gar nicht erfüllt werden können. Dieser schon manchmal betrügerisch operierende Typus versucht, sich Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu entziehen, obwohl er in einem weitaus höheren Maße als selbst eingeräumt zahlungsunfähig und überschuldet ist.

e) Der aus d) fortentwickelte Schuldner, der Vermögen bei seinen Geschäften zurückgelegt hat und vehement versucht, dieses dem Zugriff der Vollstreckungsorgane zu entziehen.

Das bunte Leben verläuft selbstverständlich nicht in Kategorien, so dass sicherlich noch mehr differenzierte Einteilungen vorgenommen werden könnten, die sich vor allem aus Mischformen ergeben. Eines ist aus der Praxis jedoch ersichtlich: der Typus e) ist in der Praxis sehr selten anzutreffen. Ist dieser Schuldner schlau genug, versagt das bisherige Zwangsvollstreckungsrecht schon deshalb, weil die Schutzsphäre des Schuldners dessen Vermögensgegenstände allzu lange verborgen hält und ein Zugriff erst zu spät erfolgt. Der häufig anzutreffende Typ d)²³⁾ ist nach langer Dauer, nämlich mit Vollstreckung eines Haftbefehls zur Offenbarung seines Vermögens, ausgereizt, da bei ihm ohnehin nichts zu holen sein wird und dies erst nach langwierigen und damit kostspieligen Vollstreckungsmaßnahmen feststeht. Eine sehr große Gruppe stellt der Schuldner c) dar, dem mit dem bisherigen Vollstreckungsrecht nicht beizukommen ist. Er lässt Zwangsvollstreckungsmaßnahmen geduldig über sich ergehen, bei denen außer Spesen für den Gläubiger nichts gewesen ist. Regulierungs-, Unterstützungs- und Hilfsmöglichkeiten sieht das Zwangsvollstreckungsrecht für diese Gruppe derzeit nicht vor. Es bleibt hier allenfalls der Ausweg über ein Insolvenzverfahren. Das Insolvenzverfahren ist jedoch wegen eines hohen Einsatzes an personellen Ressourcen der Justiz und der hohen Kosten²⁴⁾ nur sinnvoll, wenn die Anzahl der Gläubiger und die Höhe der Verbindlichkeiten keinen anderen Ausweg erkennen lassen.

Den Gruppen a) und b) kann bereits im jetzigen Zwangsvollstreckungsrecht durch die Möglichkeit der Ratenzahlung beim Gerichtsvollzieher gemäß § 806 b ZPO, nach Pfändung gemäß § 813 a ZPO oder im Rahmen des Verfahrens zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gemäß § 900 Abs. 3 ZPO über den Berg geholfen werden, wobei diese Hilfe keinesfalls nur dem Schuldner dient, sondern dem Gläubiger überhaupt erst eine Realisierung seiner Ansprüche ermöglicht. Wermutstropfen für den Gläubiger ist hierbei allerdings die Zeitdauer, wodurch bei ihm kurzfristig liquiditätsmäßige Nachteile entstehen. Die Möglichkeiten der Ratenzahlungen im Rahmen der genannten Vorschriften versagen, wenn eine größere Anzahl von Gläubigern mit relativ geringen Forderungen vorhanden ist und diese Gläubiger zu verschiedenen Zeitpunkten die Vollstreckung beginnen. Die Koordinierung der Zahlungen aus laufenden Zuflüssen beim Schuldner ist derzeit in der Regel weder rechtlich noch praktisch durch den Gerichtsvollzieher zu leisten.

Zusammenfassend wird festgestellt, dass das Zwangsvollstreckungsrecht zu stark die weißen und schwarzen Flächen

²³⁾ Der Autor möchte ihn auf 15 Prozent schätzen.

²⁴⁾ Die durch die Kostenstundung gemäß § 4 a InsO gleichfalls von der Staatskasse vorgestreckt werden können.

betont, anders als beim Klavier allerdings die Grautöne überwiegen. Entgegen der Annahme des Zwangsvollstreckungsrechts ist die Zahlungsmoral als Ausdruck einer weithin vorhandenen Zahlungswilligkeit und -bereitschaft als gut zu bezeichnen.

2. Funktion und Aufgaben des Gerichtsvollziehers in der Zwangsvollstreckung

Nutzlose Sachpfändung?

Das Zwangsvollstreckungsrecht beschreibt derzeit die Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers für die Sachpfändung und seit In-Kraft-Treten der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle zum 1. Januar 1999 auch für das Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung. Würde man es bei dieser formalen Betrachtung belassen, müsste das Ergebnis des Zwangsvollstreckungsorgans „Gerichtsvollzieher“ traurig aussehen. Schon 1969 beschreibt *Millack*, dass die Gebrauchsgüter des Menschen reichlich und billig seien²⁵⁾. Es ist daher ein alter Hut, dass die Pfändung ins bewegliche Vermögen in den seltensten Fällen erfolgreich ist. Die hohen Beitreibungsquoten sprechen dennoch gegen eine Überflüssigkeit des Sachpfändungsversuchs²⁶⁾. In der Bundesrepublik Deutschland betrug die Summe der eingezogenen Parteigelder bereits vor In-Kraft-Treten der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle im Jahre 1997 (gerundet) 1,317 Milliarden Euro²⁷⁾, 1998 1,306 Milliarden Euro²⁸⁾. Hätte man die Funktion des Gerichtsvollziehers daher auf den Erfolg der Sachpfändung reduziert, müsste die Beitreibungsquote gegen Null tendieren. Wie *Gottschalk* richtig bemerkt, resultiert der Erfolg der Beitreibung aus dem Inkasso der Gerichtsvollzieher²⁹⁾. Zu widersprechen ist ihm, dass die Fahrnispfändung mithin nur ein stumpfes Schwert sei. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gerichtsvollzieher mit dem scharfen Schwert der Möglichkeit der Sachpfändung ggf. auch gegen den Willen des Schuldners Zutritt in dessen Räume und damit Einblick in seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse erlangt. Heute mehr denn je zeigt der Gerichtsvollzieher hierbei das Schwert nicht. Stattdessen wird die Sozialarbeiterkomponente des Gerichtsvollziehers zu Recht betont, der unkonventionell und unbürokratisch einem mitwirkungsbereiten Schuldner Hilfe bei der Bewältigung seiner Schuldentilgung leisten kann³⁰⁾. Dem Gerichtsvollzieher wird Vertrauen entgegengebracht. Entgegen weit verbreiteter Ansicht wird ihm oftmals die Tür geöffnet, so dass er als Mittler für Gläubiger und Schuldner bürgernah die Möglichkeiten zur Realisierung der Ansprüche der Gläubiger ausloten kann³¹⁾.

Nach Installierung der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle konnte der Forderungseinzug bei den Schuldnern sogar noch gesteigert werden. Neben der eidesstattlichen Versicherung wurde in § 806 b ZPO die Möglichkeit des Forderungseinzugs durch Raten für den Gerichtsvollzieher verankert. Betrug die Beitreibung im Jahr 1999 bereits 1,456 Milliarden Euro³²⁾, stieg sie im Jahre 2000 deutlich auf 1,526 Milliarden Euro³³⁾, im Jahre 2001 auf 1,542 Milliarden Euro³⁴⁾, 2002 gar auf 1,577 Milliarden Euro³⁵⁾ und auf über 1,6 Milliarden Euro im

²⁵⁾ *Millack*, DGVZ 1969, 99 (100).

²⁶⁾ *De With*, DGVZ 1980, 113 (114).

²⁷⁾ Übersicht in DGVZ 1998, 143.

²⁸⁾ Übersicht in DGVZ 1999, 143.

²⁹⁾ *Gottschalk*, DGVZ 1988, 35.

³⁰⁾ Ebenda, Seite 40.

³¹⁾ Vgl. *Vultejus*, DGVZ 1988, 107 (108).

³²⁾ Übersicht in DGVZ 2000, 143.

³³⁾ Übersicht in DGVZ 2001, 143.

³⁴⁾ Übersicht in DGVZ 2002, 143.

³⁵⁾ Übersicht in DGVZ 2003, 143.

Jahre 2003³⁶). Dieses Ergebnis ist umso beachtlicher, als dass in den unteren Einkommensgruppen, mit denen man es in der Zwangsvollstreckung in der Regel zu tun hat, die Einkommen in den letzten 10 Jahren kaum gestiegen sind³⁷). Die Beitreibungserfolge sind nicht zuletzt dem Umstand geschuldet, dass dem Schuldner im Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung die Möglichkeit geboten wird, die Abgabe abzuwenden, wenn er Raten an den Gerichtsvollzieher zahlt. Auch im Interesse der Gläubiger sind Teilzahlungen effektiver als die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung³⁸). In den Statistiken nicht mal enthalten sind mittelbar durch die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers bewirkte Zahlungen, z. B. durch Forderungspfändungen nach Abgabe der eidesstattlichen Versicherung erfasste Ansprüche oder direkt nach Erscheinen des Gerichtsvollziehers an den Gläubiger gezahlte Beträge.

Erwünschte Eskalation

Es hat sich daher im derzeitigen Zwangsvollstreckungssystem bewährt, den Schuldner zu veranlassen, mit dem Gerichtsvollzieher persönlich in Kontakt treten zu müssen. Vornehmlich hat dies am Wohn- oder Geschäftssitz des Schuldners zu geschehen. Die psychologische Wirkung durch das Auftauchen des mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Gerichtsvollziehers vor Ort beim Schuldner ist nicht zu unterschätzen. Vielfach nutzen Gerichtsvollzieher und Schuldner in der Praxis eine vom Gesetzgeber nicht vorgegebene Eskalationsleiter: a) Nach dem ersten Ortstermin kann der Schuldner freiwillig bei der Realisierung der Gläubigeransprüche mitwirken. b) Erfolgt keine freiwillige Reaktion, werden die Druckmittel z. B. wie Ladung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung genutzt. c) Fruchtet auch dies nicht, können Zwangsmittel ausgeführt werden wie Wohnungsöffnung, Verhaftung zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung oder Vollstreckung in bekannt gewordene Vermögensgegenstände.

Nur der Gerichtsvollzieher bietet hierbei die Gewähr, dass rechtsstaatliche Methoden angewendet werden und der steigenden Zahl von dubiosen Beitreibungsinstitutionen entgegengewirkt wird³⁹). Die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle war daher ein mutiger Schritt in die Richtung zu einem kompetenten, effizienten Organ der Rechtspflege⁴⁰).

Demgegenüber sind die im Übrigen vorhandenen Vollstreckungsorgane „Vollstreckungsgericht“, unterschieden in das Vollstreckungsgericht für die Aufgaben nach der ZPO und die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen nach dem ZVG, als reine Zugriffsorgane ausgestaltet, im Wesentlichen für die Forderungspfändung und Pfändung von sonstigen Vermögenswerten sowie die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Daneben kommt dem Vollstreckungsgericht die allgemeine Funktion der rechtsprechenden Gewalt bei Konflikten zwischen Gläubigern und Schuldnern im Zwangsvollstreckungsverfahren zu (vgl. z. B. §§ 813 b, 765 a, 850 k, 766 ZPO).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass im bisherigen System der Zwangsvollstreckung nur der Gerichtsvollzieher in der Lage ist, abgestufte Maßnahmen gegen den

Schuldner zur Realisierung der Gläubigeransprüche durchzuführen. Hierzu versetzen ihn vor Ort beim Schuldner gewonnene nichtformalisierte Erkenntnisse in die Lage.

3. Kritik am bisherigen Zwangsvollstreckungssystem

Zu lange Zeitdauer

Trotz der erheblichen und weithin anerkannten Verbesserungen durch die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle bleiben Kritikpunkte offen, die an der Effektivität des derzeitigen Zwangsvollstreckungssystems kratzen. Bereits 1980 beschrieb *Eickmann* die Schwerfälligkeit durch die verschiedenen zuständigen Vollstreckungsorgane, die im Bereich der Sach- und Forderungspfändung bis heute getrennt sind⁴¹). Vielfach wird die zu lange Zeitdauer bei der Bearbeitung von Vollstreckungsaufträgen an den Gerichtsvollzieher beschrieben, und tatsächlich differieren die Bearbeitungszeiten ohne ersichtlichen Grund teilweise von einigen Tagen bis zu mehreren Monaten⁴²). Rechtlich ist eine Beschleunigung der Realisierung von Gläubigeransprüchen nicht vorgesehen⁴³). Offensichtlich ist es daher nicht möglich, weder durch das formale Vollstreckungsrecht noch durch die Dienstaufsicht, eine im Einzelfall erforderliche Beschleunigung bei der Bearbeitung der Aufträge herbeizuführen. Die Ursachen hierfür sind sicherlich vielfältig, liegen sie nicht zuletzt auch in der Verantwortung der Justizverwaltungen, bestehende Überlastungen durch Personaleinstellungen zu vermindern.

Das Nebeneinander verschiedener Vollstreckungsorgane führt auf jeden Fall zur Verzögerung bei einem ggf. erforderlich werdenden zwangsweisen Zugriff auf das Schuldnervermögen⁴⁴). Auch wird bei einem nicht mitwirkungsbereiten Schuldner jetzt im Einzelfall die Möglichkeit des Zugriffs auf pfändbares Vermögen erst sehr spät erlangt, da es vielfältige Möglichkeiten für derartige Schuldner gibt, sich der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zu entziehen. Ob die Forderung nach einem vorangestellten Auskunftsverfahren, unabhängig von der Frage über dessen Ausgestaltung⁴⁵), geeignet ist, eine derartige Beschleunigung zu erreichen, muss bezweifelt werden. Die Verzögerung bei der Abnahme der eidesstattlichen Versicherung ergibt sich durch Schuldner, die zu Terminen nicht erscheinen und sich danach auch noch einer Verhaftung zu entziehen versuchen. Diese erhebliche Verzögerung tritt ein, egal ob eine Ladung an den Beginn der Zwangsvollstreckung gestellt oder diese nach einer zügig eingeleiteten Zwei-Wochen-Frist des § 807 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO durchgeführt wird. Eben gerade den „abtauchenden Schuldnern“ ist mit dem bisherigen System kaum beizukommen.

Klinke in die Hand

Neben den verschiedenen Vollstreckungsorganen nach der ZPO erfolgt eine weitere Zersplitterung durch andere Vollstreckungsorgane, die gleichfalls wie der Gerichtsvollzieher für die Sachpfändung zuständig sind, nämlich die Vollziehungsbeamten der Kommunen, Kreise, des Zolls und der Finanzbehörden sowie der Krankenkassen. Zahlungsversprechungen der Schuldner können auch als Verzögerungstaktik abgegeben

⁴¹) *Eickmann*, DGVZ 1980, 129 (132) sowie Zwischenbericht der Universität Konstanz, a. a. O.

⁴²) Vgl. Zwischenbericht der Universität Konstanz, a. a. O., Seite 36.

⁴³) Vgl. Fußnote 10.

⁴⁴) Zwischenbericht Universität Konstanz, a. a. O., Seite 54.

⁴⁵) Vgl. hierzu bereits *Brehm*, DGVZ 1986, 97; zu den ersten Überlegungen, die Vermögensoffenbarungspflicht an den Anfang des Verfahrens zu stellen *Eickmann*, DGVZ 1977, 103 (107).

³⁶) Übersicht in DGVZ 2004, 143.

³⁷) Vgl. Statistisches Bundesamt, Nettoeinkommen und Zahl der Haushalte nach Haushaltsgruppen von 1991 bis 2002, August 2003, www.destatis.de/VolkswirtschaftlicheGesamtrechnungen/.

³⁸) Vgl. *Iderhoff*, DGVZ 1991, 184.

³⁹) *Eich*, DGVZ 1989, 49.

⁴⁰) So *Hartenbach*, DGVZ 1999, 149 (151).

werden, die beim Auftreten von verschiedenen Vollstreckungspersonen nicht durchschaut werden können⁴⁶⁾.

Mangelnde Flexibilität

Derzeit herrscht in der Zwangsvollstreckung die Dispositionsbefugnis des Gläubigers, einzelne Vollstreckungsaufträge zu erteilen⁴⁷⁾. Die Dispositionsbefugnis wurde insoweit gelockert, als dass die Gläubiger seit der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle überwiegend so genannte Kombi-Aufträge zur Durchführung eines Sachpfändungsversuchs und, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, zur Durchführung des Verfahrens zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung erteilen. Hierbei obliegt es dann dem Gerichtsvollzieher, ob und wie schnell er die Voraussetzungen zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung schafft, ob und in welcher Höhe er zur Abwendung einer Pfändung oder Abnahme der eidesstattlichen Versicherung Raten entgegennimmt. Bereits 1977 kritisierte *Eickmann* das System der Dispositionsbefugnis für einzelne Aufträge, um an seine Stelle das Offizialprinzip zu setzen⁴⁸⁾. Das Offizialprinzip würde allerdings in Konflikt geraten mit dem Prioritätsgrundsatz, der weiterhin für eine Parteiherrschaft spricht⁴⁹⁾. In Frankreich ist es dagegen üblich, dass der *Hussier* die Gesamtverantwortung für die Vollstreckung trägt und er ggf. alle erforderlichen Verfahrenshandlungen beantragt, auch soweit sie außerhalb seiner Durchführungskompetenz liegen⁵⁰⁾. Die Dispositionsbefugnis des Gläubigers führt sowohl rechtlich als auch in der Praxis dazu, dass der Gerichtsvollzieher streng an die schriftlich – aber auch mündlich⁵¹⁾ – erteilten Aufträge des Gläubigers gebunden ist. Werden Vermögensgegenstände durch den Gerichtsvollzieher beim Schuldner ausfindig gemacht, in die nur durch Forderungspfändung vollstreckt werden kann, muss oftmals erst der Gläubiger darüber entscheiden, ob er diese Pfändungsmaßnahmen durchführen will. Hierbei entsteht ein erheblicher Zeitverlust. Gleichfalls ist es sehr aufwendig für alle Beteiligten, auch wenn ein vorläufiges Zahlungsverbot ausgefertigt und zugestellt wird, erst noch gesondert beim Vollstreckungsgericht einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zu beantragen. In einigen Fällen reicht die Vier-Wochen-Frist des § 845 ZPO nicht, bis der vom Gericht erlassene Pfändungsbeschluss beim Drittschuldner zugestellt wurde.

Rudimentäre Einbettung des Gerichtsvollziehers im Rechtssystem

Einzig derzeit vorhandene Rechtsgrundlage zur Regelung der Gerichtsvollzieherverhältnisse ist § 154 GVG. Bereits *Kleybolte*⁵²⁾ hat aus ihm bzw. der Vorgängervorschrift des § 154 GVG⁵³⁾ lediglich ein Leitbild postuliert, von einer gesetzlichen Grundlage traut sich niemand mehr zu sprechen. Vielmehr wird § 154 GVG als rechtlicher Anachronismus bezeichnet⁵⁴⁾. War dies damals noch ein Ausfluss bewusster legislativer Zurückhaltung⁵⁵⁾, so wird diese Vorschrift heute

als unzureichende gesetzliche Norm angesehen, in deren Folge diese teilweise als verfassungswidrig angesehen wird, soweit grundlegende wesentliche Rechtsfragen geregelt werden sollen⁵⁶⁾. Die nähere Ausgestaltung der dienstrechtlichen Verhältnisse des Gerichtsvollziehers erfolgen in der GVO. Allerdings ermächtigt und regelt § 154 GVG nur dazu, generell den Beamtenstatus für Gerichtsvollzieher aufrechtzuerhalten⁵⁷⁾. Jedoch steht § 154 GVG als Verordnungsermächtigung nicht mit Artikel 80 Abs. 1 Satz 2 GG im Einklang, soweit mit der GVO oder anderen Vorschriften der Inhalt, Zweck oder das Ausmaß des Dienstverhältnisses geregelt werden soll⁵⁸⁾. Danach dürfte die GVO nur unwesentliche Aspekte des Beamtenverhältnisses regeln⁵⁹⁾. Die in § 154 GVG enthaltene Ermächtigung, wer Entscheidungen über die Dienstverhältnisse regeln darf⁶⁰⁾, kann jedoch nicht ohne nähere Bestimmungen vom Bundesgesetzgeber auf die Landesjustizverwaltungen übertragen werden, weil in diesem Verzicht auf die näheren zentralen Regelungen der Verfassungsverstoß zu sehen ist⁶¹⁾.

Soweit §§ 46 und 49 GVO vorschreiben, dass der Gerichtsvollzieher ein eigenes Amtszimmer zu unterhalten und eigenständig Schreibkräfte zu beschäftigen hat, dürfte daher diese Regelung keinen rechtlich bindenden Charakter haben. Außerdem kann in dieser Regelung ein Verstoß gegen § 33 Abs. 5 GG erkannt werden, da es sicherlich nicht zu den alt-hergebrachten Grundsätzen des Beamtentums gehört, dass ein Gerichtsvollzieher als Beamter für sein eigenes Dienstzimmer, eigene Büroausstattung, eigenes Personal und Dienstfahrzeug zu sorgen hat, denn mit gleichem Ergebnis könnte ansonsten die Justizverwaltung morgen anordnen, dass gegen einen Kostenersatz X alle Beamten der Serviceeinheiten ihre Büros selbst einrichten müssten. Es soll hierdurch nur aufgezeigt werden, welche rechtlich unzureichende Regelungskette für die Ausgestaltung des Dienstverhältnisses eines Gerichtsvollziehers vorliegt.

Neben den unter das Dienstrecht einzuordnenden Organisationsfragen sind auch die fehlenden rechtlichen Grundlagen für die Entscheidungskompetenz in Sachfragen beim Gerichtsvollzieher zu bemängeln⁶²⁾. Zwar wird immer wieder die Neutralitätspflicht und die Stellung als selbständiges Organ der Rechtspflege betont⁶³⁾ und diese sachliche Unabhängigkeit sogar mit der des Rechtspflegers verglichen⁶⁴⁾, dennoch besteht anscheinend die Auffassung, dass der Gerichtsvollzieher nur eine rechtliche Prüfung nach formalen Kriterien vorzunehmen habe⁶⁵⁾. Dagegen wird alleine ein erhebliches Ermessen bei der Anwendung des formalen Rechts gesehen: Der Gerichtsvollzieher hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er Raten nimmt, ob ein Gegenstand pfändbar ist und hat hierbei noch die Grundrechte zu beachten⁶⁶⁾. Inzwischen erstreckt sich das Ermessen jedoch auch auf die Anwendung materiellen Rechts, so bei der Beurteilung von Drittrechten und dem Pfändungsprivileg bei Eigentumsvorbehaltsansprüchen⁶⁷⁾. Auch ist der Gerichtsvollzieher inzwischen zur Beweiserhebung verpflichtet⁶⁸⁾, so im Rahmen der Glaubhaft-

⁴⁶⁾ Vgl. zuletzt Kritik einer Zersplitterung des Vollstreckungswesens *Hartenbach*, DGVZ 1999, 149 (151).

⁴⁷⁾ *Thomas/Putzo*, a. a. O., Rdnr. 30 in Vorbemerkung zu § 704 ZPO.

⁴⁸⁾ *Eickmann*, DGVZ 1977, 103 (109); sowie *Eickmann*, DGVZ 1980, 129 (133).

⁴⁹⁾ So *Brehm*, DGVZ 1986, 97 und *Gottschalk* DGVZ 1988, 35 (40).

⁵⁰⁾ *Schlosser*, DGVZ 1996, 145 (148).

⁵¹⁾ Vgl. § 754 ZPO.

⁵²⁾ *Kleybolte*, DGVZ 1956, 1 (2).

⁵³⁾ Vgl. *Grawert*, DGVZ 1989, 97 (99).

⁵⁴⁾ Vgl. *Eich*, DGVZ 1989, 49 (50).

⁵⁵⁾ *Grawert*, a. a. O., Seite 99.

⁵⁶⁾ Vgl. *Scholz*, DGVZ 2003, 97 (99).

⁵⁷⁾ Vgl. *Grawert*, a. a. O., Seite 115.

⁵⁸⁾ Vgl. *Grawert*, a. a. O., Seite 115 und 116.

⁵⁹⁾ Vgl. *Grawert*, a. a. O., Seite 108.

⁶⁰⁾ Vgl. *Grawert*, a. a. O., Seite 116.

⁶¹⁾ Vgl. *Scholz*, DGVZ 2003, 97 (99).

⁶²⁾ So auch *Uhlenbruck*, DGVZ 1993, 97 (99).

⁶³⁾ *Uhlenbruck*, a. a. O.

⁶⁴⁾ *Schilken*, DGVZ 1995, 133 (138).

⁶⁵⁾ Hierzu kritisch: *Schneider*, DGVZ 1989, 145.

⁶⁶⁾ So *Schneider*, DGVZ 1989, 145 (146 u. 150).

⁶⁷⁾ So auch *Schneider*, a. a. O. Seite 147.

⁶⁸⁾ Vgl. *Schilken*, DGVZ 2003, 65 (66).

machung zur Ratenzahlung gemäß § 900 Abs. 3 ZPO und bei der Beurteilung der Parteifähigkeit, soweit es um Fragen der Geschäftsfähigkeit geht⁶⁹).

Eine nicht eindeutige Funktion kommt gleichfalls der GVGA zu. Lt. *Grawert* beinhaltet die GVGA nur innerdienstliche Verfahrensbestimmungen und Zuständigkeitsregelungen⁷⁰). Gemäß § 1 GVGA geht diese selbst davon aus, dass das Bundes- und Landesrecht bestimmt, welche Dienstverrichtungen dem Gerichtsvollzieher obliegen und welche Verfahren er dabei zu beachten hat. Allerdings wird in Absatz 3 der Vorschrift postuliert, dass die Beachtung der Vorschriften dieser Geschäftsanweisung zu den Amtspflichten des Gerichtsvollziehers gehören. Gerade an diesem Punkt manifestiert sich der Konflikt, ob der Gerichtsvollzieher als selbständiges Organ der Rechtspflege dem Gesetz verpflichtet ist oder, entgegen der oben aufgeführten Ansichten, nicht doch ein weisungsgebundenes Exekutivorgan ist.

Wenn zu Recht die für eine hohe Leistungserbringung erforderlichen Freiräume des Gerichtsvollziehers als öffentlich Gestaltbetonter werden und der „Beamte mit eigenem Geschäftsbetrieb“ immer wieder herausgestellt wird⁷¹), mutet es merkwürdig an, wenn dieser Status an keiner Stelle rechtlich wirksam abgesichert ist.

Unklarer dienstrechtlicher Status des Gerichtsvollziehers

Es gibt keine klare gesetzliche Regelung, in welchen Fällen der Gerichtsvollzieher der Dienstaufsicht oder stattdessen der Fachaufsicht unterworfen ist⁷²). *Kleybolte* sieht den Gerichtsvollzieher als selbständig handelnden Beamten aus dem Leitbild des § 155 GVG seit den 70er Jahren des 19. Jahrhunderts⁷³). Er gilt als ein vom Gericht unabhängiger Beamter⁷⁴), denn nur durch eine gewisse Entscheidungsfreiheit ist auch eine Leistungssteigerung gegeben⁷⁵). Zwar soll der Gerichtsvollzieher die Zwangsgewalt des Staates unter eigener Verantwortung als selbständiges Organ der Rechtspflege ausüben⁷⁶), allerdings wird auch von Verwaltungsrechtlern die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers im Gestrüpp des Prozess-, Beamten-, Dienst- und Organisationsrechts als undurchschaubar beschrieben, mit der Folge, dass eine Doppelaufsicht stattfindet⁷⁷). Über Einzelmaßnahmen des Gerichtsvollziehers bei der Durchführung der Vollstreckung sei die Erinnerung gemäß § 766 ZPO gegeben, über die das Vollstreckungsgericht im Wege der Fachaufsicht entscheide⁷⁸). Eine gesetzliche Weisungsgebundenheit des Gerichtsvollziehers liege trotz Anwendung des Landesbeamtengesetzes jedoch nicht vor⁷⁹). Auch wenn die Trennung von beamtenrechtlicher Dienstaufsicht und Fachaufsicht nach verwaltungsorganisationsrechtlicher Terminologie versucht wird⁸⁰), so bleibt es zumindest bei einer komplizierten Rechtsschutzfolge für den Gerichtsvollzieher gegenüber dem dienst- oder fachaufsichtlichen Weisungsgeber⁸¹). Dies zeigt nicht zuletzt das jüngste Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg, das für den Fall der Anwei-

sung durch vorgesetzte Dienstbehörden für die Erhebung oder Nichterhebung bestimmter Kosten nach dem GvKostG eine Klagebefugnis gegen diese Entscheidung ausdrücklich zugelassen hat⁸²).

Stets wird die selbständige Aufgabenwahrnehmung ohne unmittelbare Leitung gegenüber den Parteien und dem Gericht betont⁸³). Eine sachliche Kontrolle wird nur durch das Vollstreckungsgericht nach Erinnerung der Parteien gemäß § 766 ZPO im Einzelfall zugelassen⁸⁴). Dennoch bleibt zu bemerken, dass es keine gesetzliche Regelung über die Stellung des Gerichtsvollziehers im Justiz- und Rechtssystem gibt. Deshalb verwundert es auch nicht, dass die Kompetenz des so genannten Prüfungsbeamten in der Praxis zu ständigen Konflikten mit den Gerichtsvollziehern führt. Die Kompetenzen des Prüfungsbeamten sind in der GVO geregelt⁸⁵). Es ist bekannt, dass einige Prüfungsbeamte meinen, sie seien den Gerichtsvollziehern gegenüber weisungsbefugt, wofür es jedoch rechtlich an keiner Stelle einen Beleg gibt. Anordnungen können gemäß § 101 GVO nur durch die vorgesetzte Dienstbehörde ergehen. Problematisch ist allerdings, dass Dienst- und Fachaufsicht oftmals beim selben aufsichtsführenden Richter in einer Hand liegen, was einer sachlichen Unabhängigkeit des Gerichtsvollziehers entgegen dem in der Literatur beschriebenen Leitbild entgegenwirkt⁸⁶).

Obwohl den Gerichtsvollzieher ein Fadengeflecht von Dienst- und Fachaufsicht umgibt, erweist sich die Dienstaufsicht in extremen Einzelfällen als ineffektiv. Dienstaufsichtsrechtliche Maßnahmen nach dem Landesbeamtengesetz sind oftmals schwerfällig und langwierig, so dass eine nachlässige Bearbeitung von Aufträgen gegen den Willen eines Gerichtsvollziehers erst dann begegnet werden kann, wenn ein Bezirk „abgesoffen“ ist, wie die Praktiker so schön sagen. Außerdem besteht entgegen *Winterstein*⁸⁷) zu Recht keine rechtliche Möglichkeit, gegen den Willen in das Geschäftszimmer des Gerichtsvollziehers zu gelangen, um sich ein vollständiges Bild über mögliche dienstrechtliche Verfehlungen zu machen. Der Gerichtsvollzieher führt ein eigenes Dienstzimmer außerhalb der Justiz, und hierbei handelt es sich ohne Zweifel um Privaträume, deren Durchsuchung nur mit einem richterlichen Durchsuchungsbeschluss möglich sind. Ein solcher Beschluss ließe sich jedoch nur nach der StPO erwirken, wenn ein dringender strafrechtlicher Tatverdacht vorliegt. Alleine eine dienstrechtliche Verfehlung kann hierzu nicht ausreichen. Anders dagegen wirken standesrechtliche Vorschriften, nach denen bereits bei Verstößen nach dem Standesrecht über die Staatsanwaltschaft wirksam vorgegangen werden kann, auch wenn keine strafrechtliche Verfehlung vorliegt⁸⁸).

Strittige Finanzierung des Gerichtsvollzieherbüros

Da die Gerichtsvollzieher wie Freiberufler auf eigene Kosten ein eigenes Büro führen, hat der Gesetzgeber in § 49 Abs. 3 BBesG vorgesehen, dass die Landesregierungen ermächtigt werden, durch Rechtsverordnung die Abgeltung der den Gerichtsvollziehern für deren Verpflichtung zur Einrichtung und Unterhaltung eines Büros entstehenden Kosten

⁶⁹) Vgl. *Harnacke*, DGVZ 2000, 161 (166).

⁷⁰) DGVZ 1989, 97 (99).

⁷¹) *Werwigk-Hertneck*, DGVZ 2003, 113 (114).

⁷²) *Stürmer*, DGVZ 1985, 6 (11).

⁷³) Vgl. Fußnote 52.

⁷⁴) *Hartenbach*, DGVZ 1999, 149.

⁷⁵) *Baltin*, DGVZ 1974, 133.

⁷⁶) *Eich*, DGVZ 1987, 13.

⁷⁷) *Stolte*, DGVZ 1987, 97.

⁷⁸) *Stolte*, DGVZ 1987, 97 (99).

⁷⁹) *Stolte*, DGVZ 1987, 103.

⁸⁰) Diesen Versuch startet *Stolte*, DGVZ 1987, 97 (104).

⁸¹) So zu Recht *Stolte*, DGVZ 1988, 99.

⁸²) VG Freiburg, DGVZ 2004, 168.

⁸³) Vgl. *Schilken*, DGVZ 1995, 133.

⁸⁴) Ebenda, Seite 134.

⁸⁵) Vgl. §§ 99 bis 105 GVO.

⁸⁶) Vgl. *Schilken*, DGVZ 1995, 133 (134) und *Hartenbach*, DGVZ 1999, 149 (154).

⁸⁷) Vgl. Buchbesprechung DGVZ 2004, 96.

⁸⁸) Vgl. z. B. bei den Rechtsanwälten §§ 119 ff. BRAO oder im französischen Rechtssystem Beschreibung der Nationalen Kammer, DGVZ 1996, 97 (100).

zu regeln. Das jeweilige Justizministerium des Landes erlässt auf Grundlage dieser Ermächtigung eine Verordnung zur Abgeltung von Bürokosten im Gerichtsvollzieherdienst (GvEntschVO). Bereits ab 1900 in Preußen erhielt der Gerichtsvollzieher einen Gebührenanteil zur Bestreitung seiner Bürokosten⁸⁹⁾. 1959 berichtet der spätere Bundesvorsitzende des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes von Konflikten um die Bürokostenfinanzierung⁹⁰⁾. Auch die Eingruppierung der Gerichtsvollzieher in die Beamtenbesoldung ist seit Neugründung des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes im Jahre 1947 ein ständiger Konfliktpunkt⁹¹⁾. Im Zuge der in den letzten Jahren durchgeführten Kürzung der Bürokostenentschädigung berichtet der vorherige Vorsitzende des DGVB, *Eduard Beischall*, von erheblichen Reibereien und Querelen mit dem Dienstherrn⁹²⁾. Letztendlich gipfeln die Auseinandersetzungen in Widersprüchen von Hunderten von Gerichtsvollziehern im Bundesgebiet gegen die Festsetzung der jährlichen Bürokostenentschädigungen⁹³⁾. Erste Widersprüche von bayerischen Gerichtsvollziehern gegen eine Festsetzung aus dem Jahr 1993 führten nunmehr zuletzt zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. August 2004⁹⁴⁾, das in dieser Entscheidung desselben Rechtsstreits zum zweiten Mal an die Vorinstanz zurückverweist. Der Streit besteht vor allem darüber, ob die Bürokostenentschädigung Aufwendersatz oder Alimentation ist⁹⁵⁾. Eine beachtliche Analyse des genannten Bundesverwaltungsgerichtsurteils lässt für die Zukunft einen wesentlich erhöhten Verwaltungsaufwand für die Justiz zur Ermittlung von durchschnittlichen und typischen Bürokosten erkennen⁹⁶⁾. Es ist fraglich, ob die Justizverwaltung bereit ist, die zur Errechnung einer mutmaßlich angemessenen Bürokostenentschädigung erforderlichen Mathematiker und Sozialwissenschaftler einzustellen. Eine Lösung im bisherigen System, unabhängig von der oben postulierten Rechtswidrigkeit der Verpflichtung zur Führung eines eigenen Büros, ist nicht in Sicht.

Zahlungsverkehr und Buchhaltung

Die Verwaltungsvorschriften besagen zwar, wie die Geschäftsbücher auszusehen haben und das Dienstkonto einzurichten ist⁹⁷⁾, wie der Zahlungsverkehr abzulaufen hat, ist jedoch nicht geregelt. Gegenstand der Geschäftsprüfung ist u. a. die zügige Weiterleitung der Parteigelder⁹⁸⁾, obwohl dies im Einzelfall einen erheblichen Aufwand bedeutet und weder für den Gerichtsvollzieher noch für den Gläubiger rentabel ist. So werden im Einzelfall auch sehr kleine Beträge an den Gläubiger ausgekehrt, der sich aus geringen Raten unter vorherigem Abzug der Vollstreckungskosten ergeben können. Auch entspricht die Buchung in den Kassenbüchern nicht im Geringsten den modernen Anforderungen einer modernen Buchhaltung. So werden keine Bestandskonten (z. B. Bargeldbestand und Bankkonto) und auch keine Veränderungskonten geführt, die bei einer zeitgemäßen Buchführung gleichzeitig und einfach gebucht werden könnten. Stattdessen gibt es zwei Kassenbücher, in denen Geldzuflüsse in Journalform unter anderem auf Gebühren, Auslagen und Auszahlungen verbucht werden können. Jedoch sind keine Buchungen zu einzelnen Akten

(Mandantenbestandskonten) oder verschiedenartigen Auslagen, die auch durchlaufende Posten berücksichtigen, möglich.

Rechtsangleichung in der EU

Die europäische Ausrichtung nationaler Politik wird in allen gesellschaftlichen Bereichen zunehmen. Bereits 1967 bemerkte der damalige Justizminister von Nordrhein-Westfalen, Dr. *Neuberger*, dass die Unterschiede in den Vollstreckungssystemen der einzelnen EU-Länder zur Durchführung einer Rechtsangleichung abgebaut werden müssten und damit einher die Eigenverantwortung und Selbständigkeit des Vollstreckungsorgans „Gerichtsvollzieher“ gefördert werden müsste⁹⁹⁾. Die Gerichtsvollzieher selbst verfolgen die Diskussion um eine Rechtsangleichung schon seit langem. Bereits 1957 erfolgte der Beitritt des DGVB zur „Union Internationale des Hussiers de Justice“¹⁰⁰⁾. Aufgrund der historischen Unterschiede ist offenbar keine Angleichung der Vollstreckungssysteme in naher Zukunft beabsichtigt. Die Standardisierung und Vereinheitlichung des Berufsbildes des Gerichtsvollziehers in Europa steht jedoch auf der Tagesordnung¹⁰¹⁾. Brisanz gewinnt diese Frage vor allem vor dem Hintergrund des derzeit in der politischen Diskussion befindlichen Entwurfs einer Richtlinie der Europäischen Kommission und des Europäischen Parlaments für die Verbesserung des gemeinsamen Marktes von Dienstleistungen (so genannte Dienstleistungsrichtlinie)¹⁰²⁾. Diese Richtlinie sieht vor allem vor, dass ein Dienstleister seine Dienste in jedem EU-Staat nach den Zulassungsregeln des Herkunftsstaates erbringen darf¹⁰³⁾. Des Weiteren wird die gerichtliche Beitreibung von Forderungen ausdrücklich als Dienstleistung erwähnt, die von dieser Richtlinie spätestens 2010 erfasst werden solle¹⁰⁴⁾. Damit dürfte nicht gemeint sein, dass nunmehr die Vollstreckung von einem französischen Hussier nach französischem Recht gegen einen in Deutschland ansässigen Schuldner stattfindet. Allerdings hätte der französische Hussier das Recht, sich ggf. zur Beitreibung von Forderungen in Deutschland zuzulassen, um hier nach deutschem Recht zu vollstrecken. Die Einbeziehung der gerichtlichen Beitreibungen von Forderungen scheint derzeit noch unausgegoren zu sein. Die Richtlinie stellt nämlich auf der anderen Seite Leistungen von allgemeinem Interesse von den Liberalisierungsbestrebungen durch diese Richtlinie frei¹⁰⁵⁾.

Das deutsche Vollstreckungssystem als Mix aus einem amts- und freiberuflichen System¹⁰⁶⁾ ist einmalig in Europa. In vielen anderen Ländern überwiegt der freiberufliche Gerichtsvollzieher, in einigen europäischen Ländern gibt es ein Amtssystem mit unselbständig, weisungsabhängigen Beauftragten einer Vollstreckungsbehörde¹⁰⁷⁾. Das deutsche Vollstreckungssystem kommt dem französischen System näher, da der Gerichtsvollzieher in Deutschland eine selbständige Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis bei der Erledigung der Vollstreckungsaufträge hat¹⁰⁸⁾. Das deutsche Vollstreckungssystem gilt im europäischen Vergleich keineswegs als ineffektiv, teilweise wird es auch als einfacher, flexibler und schneller als das französische System gelobt¹⁰⁹⁾.

⁸⁹⁾ Vgl. *Seip*, DGVZ 1997, 103 (105).

⁹⁰⁾ *Baensch*, DGVZ 1959, 146 (149).

⁹¹⁾ Vgl. *Haagen*, DGVZ 1967, 49 (50).

⁹²⁾ Vgl. *Blaskowitz*, DGVZ 2003, 110 (111).

⁹³⁾ Vgl. *Götze/Füßer*, DGVZ 2005, 17.

⁹⁴⁾ BVerwG, DGVZ 2005, 7 ff.

⁹⁵⁾ *Götze/Füßer* a. a. O.

⁹⁶⁾ *Götze/Füßer* a. a. O.

⁹⁷⁾ Vgl. z. B. §§ 63 und 73 GVO.

⁹⁸⁾ Vgl. § 99 Ziff. 1 Lit. d) GVO.

⁹⁹⁾ Vgl. *Neuberger*, DGVZ 1967, 119 (121).

¹⁰⁰⁾ *Haagen*, DGVZ 1967, 49 (51).

¹⁰¹⁾ Vgl. *Hartenbach*, DGVZ 2003, 146.

¹⁰²⁾ KOM (2004) 2.

¹⁰³⁾ Artikel 16 KOM (2004) 2.

¹⁰⁴⁾ Artikel 18 KOM (2004) 2.

¹⁰⁵⁾ Vgl. Begründung zur KOM (2004) 2, Seite 17.

¹⁰⁶⁾ So *Eickmann*, DGVZ 1980, 129 (131).

¹⁰⁷⁾ Ebenda, a. a. O., Seite 131.

¹⁰⁸⁾ Ebenda, Seite 131.

¹⁰⁹⁾ Ebenda, Seite 131.

Eine Bewertung der einzelnen Gerichtsvollziehersysteme in Europa scheitert jedoch an den immer noch grundlegend verschiedenen Vollstreckungssystemen, die aufgrund eigener Grundvorstellungen im jeweiligen Rechtssystem auf ein anderes auch nicht einfach übertragbar werden¹¹⁰). Dennoch wird das Bestreben der europäischen Institutionen vorherrschen, zumindest die Gerichtsvollziehersysteme zu vereinheitlichen.

Dabei wird als europäisches Leitbild der freiberufliche Gerichtsvollzieher, womit nicht ein privater Gerichtsvollzieher gemeint ist, dargestellt¹¹¹). Im Fokus der Betrachtungen steht im Folgenden der Gerichtsvollzieher. Er steht meistens am Anfang der Vollstreckung und erlangt auch als erster Informationen über die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Schuldners.

4. Alternative Gerichtsvollziehersysteme in der historischen Entwicklung

Vom Freiberufler zum Mischsystem

Die Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher unterlag einem ständigen Wandel. Vor 1900 gab es in einigen Ländern des Deutschen Reiches teilweise freie Gerichtsvollzieher¹¹²). Seit 1877 gab es verschiedene Systeme in Deutschland. In Preußen war der Gerichtsvollzieher bis 1900 wie der Hussier in Frankreich ein staatlich beliehenes freies Vollstreckungsorgan, in den anderen Ländern des Deutschen Reiches gab es seit 1900 teilweise ein Amtssystem¹¹³). 1879 folgten die meisten Länder dem preußischen Vorbild und führten den Gerichtsvollzieher mit eigenem Büro und vollem Gebührenbezug bei freier Wahl des Gerichtsvollziehers im Landgerichtsbezirk ein¹¹⁴).

1900 wurde die freie Wahl des Gerichtsvollziehers wegen dessen Härte und Bestechung von Gläubigern in Preußen aufgehoben und der Gerichtsvollzieher nur noch mit Gebührenanteilen ausgestattet¹¹⁵). Gemischte Amtssysteme, zumeist mit Gebührenanteilen, aber nur teilweise mit eigenem Büro, wurden in den anderen Ländern des Deutschen Reiches installiert¹¹⁶). Amtssysteme gab es z. B. in Sachsen, Bayern und Hamburg¹¹⁷). In Bayern konnte der Gerichtsvollzieher als genehmigtes Nebengeschäft noch Mahnbriefe zustellen und Mahn- und Vollstreckungsbefehle erwirken¹¹⁸). Offenbar aus dem Vergleich der in den einzelnen Bundesländern bis weit in die 50er Jahre hinein existierenden verschiedenen Systeme setzte sich der beamtete Gerichtsvollzieher mit eigenem Geschäftszimmer durch, galt er doch als flexibel, sparsam und guter Treuhänder der Wirtschaft¹¹⁹).

Erst seit 1954 wurde das einheitliche System in der Bundesrepublik Deutschland in allen Bundesländern angestrebt¹²⁰). Tatsächlich beschloss zuletzt 1962 Baden, den Gerichtsvollzieher mit eigenem Büro, festem Gehalt, Gebührenanteil und Auslagen einzuführen¹²¹). Die Umsetzung erfolgte schließlich 1964¹²²).

Der Hussier in Frankreich

Der Hussier in Frankreich ist seit jeher Träger eines öffentlichen Amtes und selbständiges Organ der Rechtspflege¹²³). Er ist keiner staatlichen Hierarchie untergeordnet, ein etwaiges Fehlverhalten kann nur über die Standesgerichtsbarkeit, Staatsanwaltschaft oder das Zivilgericht entschieden werden¹²⁴). Der Hussier wird durch den französischen Justizminister ernannt und beschäftigt oftmals zahlreich qualifizierte Mitarbeiter¹²⁵). Zur Übernahme eines Auftrages ist der Hussier verpflichtet¹²⁶). Zu seinen Aufgaben gehört die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Urkunden, die außergerichtliche Beitreibung von Forderungen, die Vollstreckung von Urteilen, die Tatsachenaufnahme, auch Beratung und Vertretung vor Handelsgerichten ist ihm erlaubt¹²⁷). Alleine Fiskalforderungen verbleiben in der Vollstreckung von Steuerbeamten, ansonsten ist der Hussier das einzige Vollstreckungsorgan in Frankreich¹²⁸). Durch die Fülle seiner Aufgaben und die damit erzielten Umsätze bildet der freiberufliche Hussier eine gute Steuereinnahmequelle für den französischen Staat¹²⁹).

Das Neuberger Modell

Erste Reformansätze für ein geändertes Vollstreckungs- und Gerichtsvollziehersystem in Deutschland gab es bereits 1967. Der damalige Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen, Dr. Dr. *Josef Neuberger*, legte Ende der 60er Jahre einen Gesetzesentwurf vor, der in einem Gerichtsvollziehergesetz im Entwurf vom 30. Oktober 1967 das Amt des Gerichtsvollziehers, seine Bezirkseinteilung auf Amtsebene, seine Zuständigkeiten, Abwesenheitsregelungen und ein Kammermodell mit Prüfungsbefugnis und Disziplinarbefugnis durch die Justiz vorsah¹³⁰). Dem Gerichtsvollzieher nach dem Neuberger Modell sollten zusätzlich Aufgaben aus dem Mahnverfahren übertragen werden¹³¹). Angestrebt war, dass der Gerichtsvollzieher nicht mehr Beamter, aber Träger eines öffentlichen Amtes sein sollte¹³²). Der Entwurf entsprach weitgehend den Vorstellungen des damaligen Bundesvorsitzenden des DGVB, *Arthur Baensch*, und dem Landesverband Nordrhein-Westfalen von 1967, wobei sich dieser Vorschlag auf einen Gebührenbeamten mit weitgehend selbständigem Status bezog¹³³). Das Neuberger Modell wurde in den Jahren 1968 bis 1970 zwischen den Justizministern der Länder, des Bundes und dem DGVB eingehend diskutiert¹³⁴). Letztlich scheiterte die Umsetzung dieses Modells an rechtlichen Fragen¹³⁵) und auch wohl aus politischen Gründen.

Modell des Gebührenbeamten des DGVB

Auf den Grundlinien des Neuberger Modells entwickelte der Deutsche Gerichtsvollzieherbund ein ähnliches Modell, jedoch mit dem kleinen, aber gewichtigen Unterschied, dass der Gerichtsvollzieher nicht Freiberufler, sondern Beamter

¹¹⁰) Ebenda, Seite 132.

¹¹¹) Vgl. *Seip*, DGVZ 1995, 1 (4).

¹¹²) *Neuberger*, DGVZ 1967, 119 (121).

¹¹³) Vgl. *Eich*, DGVZ 1985, 13 (17).

¹¹⁴) Vgl. *Seip*, DGVZ 1997, 103 (105).

¹¹⁵) Vgl. ebenda, Seite 105.

¹¹⁶) Vgl. ebenda, Seite 105.

¹¹⁷) *Neuberger*, DGVZ 1967, 119 (121).

¹¹⁸) Vgl. *Seip*, DGVZ 1997, 103 (106).

¹¹⁹) *Kowarik*, DGVZ 1954, 147 (148).

¹²⁰) *Seip*, DGVZ 1997, 103 (106).

¹²¹) Ebenda, Seite 106.

¹²²) *Eich*, DGVZ 1985, 13 (17).

¹²³) Vgl. Darstellung der Nationalen Kammer, DGVZ 1996, 97 (99).

¹²⁴) Ebenda, Seite 100.

¹²⁵) Ebenda, Seite 100.

¹²⁶) Ebenda, Seite 103.

¹²⁷) Ebenda, Seite 107.

¹²⁸) Ebenda, Seite 99.

¹²⁹) Ebenda, Seite 99.

¹³⁰) *Seip*, DGVZ 1997, 103 ff. hat aus Verbandsdokumenten das Neuberger-Modell der Nachwelt dokumentiert, Gesetzesentwurf vergleiche: Ebenda, Seite 112 ff.

¹³¹) Ebenda, Seite 107.

¹³²) Ebenda, Seite 107.

¹³³) Ebenda, Seite 106.

¹³⁴) Ebenda, Seite 107.

¹³⁵) Vgl. Dokumentation, ebenda, Seite 107 ff.

mit vollem Gebührenanteil („Gebührenbeamter“) sein sollte. Dieses Modell wurde in einem Abschlussbericht zur strukturellen Änderung der Justiz auf dem Bundesvertretertag am 9. Juni 1999 verabschiedet¹³⁶). Auf dieser Grundlage wurde der Entwurf eines Gerichtsvollziehergesetzes in dem Strukturbericht des Verbandes vom 24. März 2001 erarbeitet¹³⁷). Unterstützt wurden die Verbandsbestrebungen auch von Prüfungsbeamten. *Winterstein/Hippler* sprachen sich gleichfalls für einen Gebührenbeamten aus, da das derzeitige System die Anreize zur Effektivierung beschränke und ein Gebührenbeamter eher wie ein selbständiger Unternehmer handeln könne¹³⁸). *Schilken* unterstützt die Vorschläge der Strukturkommission weitgehend und sieht in einem Gebührenbeamten als Beamter mit Staatshaftung kein verfassungsrechtliches Problem¹³⁹). Das Bundesjustizministerium dagegen betonte 1999¹⁴⁰), dass das bestehende System bewährt sei und keine Abkehr beabsichtigt ist. In der Reformtradition des Neuberger Modells sieht der Berufsverband der Gerichtsvollzieher nunmehr seinen jüngsten Vorschlag, ein freies Gerichtsvollzieherssystem einzuführen¹⁴¹). Eine Fortentwicklung des Abschlussberichts der Strukturkommission des DGVB¹⁴²) ist jedoch bis heute noch nicht vorgelegt worden. Die Justizministerien der Länder haben 2003 zwei Arbeitsgruppen gebildet, die sich bis heute mit der Frage der Reformierung des Gerichtsvollzieherystems und des Zwangsvollstreckungssystems beschäftigen¹⁴³).

Freies System mit dualem Übergang

Auf einer außerordentlichen Mitgliederversammlung des Landesverbands Baden-Württemberg haben die Gerichtsvollzieher am 30. Juni 2003 eine Arbeitsgruppe gegründet, die bereits ein Jahr später, am 11. Juli 2004, auf einer weiteren außerordentlichen Mitgliederversammlung einen Abschlussbericht zur Frage der Neustrukturierung des Gerichtsvollzieherwesens und der Zwangsvollstreckung vorgelegt hat¹⁴⁴). Der mit überwältigender Mehrheit angenommene Schlussbericht sieht für die Zukunft ein freies Gerichtsvollzieherssystem vor, das jedoch für eine Übergangszeit die Wahlmöglichkeit gibt, Gebührenbeamter zu bleiben (sog. duales System)¹⁴⁵).

Alternative: Amtssystem?

Österreich hat vor einigen Jahren bewusst entschieden, vom Mischsystem ähnlich wie in Deutschland in ein Amtssystem zu wechseln. Da der Wechsel erst zum 1. 1. 2004 erfolgte, liegen noch keine Untersuchungen über den Erfolg dieses Systemwechsels vor.

Für Deutschland wurde das Amtssystem seit den Erfahrungen zwischen 1900 und 1960 stets abgelehnt¹⁴⁶). Immer wieder gab es Vorschläge, einen direkt im Gericht angesie-

delten Gerichtsvollzieher einzuführen, der erst nach einem vorgelagerten Verfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung tätig wird. An der Effektivität eines solchen Systems wurde auch von renommierten Vollstreckungsrechtlern stets Zweifel gehegt¹⁴⁷), da der Erfolg einer Vollstreckungsmaßnahme vor allem für die Realisierung von Ansprüchen gegenüber Personen, bei denen im Grunde nichts zu holen ist¹⁴⁸), im Wesentlichen vom Engagement des einzelnen Gerichtsvollziehers abhängt. Dieses Engagement lässt sich nicht durch einen „Dienst nach Vorschrift“ herbeiführen, sondern nur durch Motivation und Leistungsanreize. Elemente der freien Wirtschaft im bisherigen Gerichtsvollzieher-system haben gezeigt, dass durch sie ein gewisser Erfolg zu erreichen ist. Rein formale Steuerungselemente dagegen würden den weithin vermögenslosen Schuldner jegliche Zahlungspflicht ersparen.

5. Möglichkeiten zur Verbesserung des Systems

Verzahnung der Vollstreckungsaufgaben

Als wesentliches Manko für die Effektivität der Zwangsvollstreckung wurde bereits das Nebeneinander der verschiedenen Vollstreckungsorgane beschrieben. Daher überrascht es auch nicht, dass bereits vor über 40 Jahren eine Bündelung der Zuständigkeiten in der Hand des Gerichtsvollziehers gefordert wurden. Immer wieder ist die Rede davon, die Allzuständigkeit des Gerichtsvollziehers herbeizuführen. Sie soll sich erstrecken auf die Mobiliarvollstreckung, die Forderungspfändung, Insolvenzverfahren, die gütliche Einziehung, Mahnverfahren und die Immobilienvollstreckung¹⁴⁹).

Abwendungs- oder Mahnverfahren

Das Vollstreckungsorgan „Gerichtsvollzieher“ soll so früh wie möglich beim Schuldner erscheinen. Als wesentliche Aufgabenerweiterung in die Hand des Gerichtsvollziehers wird daher – und auch dieser Vorschlag ist dem Grunde nach nicht neu – ein Mahnverfahren als Vollstreckungseinleitungsverfahren mit Abwendungsbefugnis und der Möglichkeit der Titelschaffung in der Hand des Gerichtsvollziehers gesehen¹⁵⁰). Dieser Vorschlag wird auch aktuell diskutiert¹⁵¹). Wirtschaftsverbände fordern ein solches Verfahren geradezu¹⁵²). Als Begrifflichkeiten werden hier synonym das vorgegerichtliche Mahnverfahren, Abwendungsverfahren oder die Rechnungspräsentation benutzt¹⁵³). *Schilken* empfiehlt als radikale Variante sogar, das vorgegerichtliche und auch gerichtliche Mahnverfahren auf den Gerichtsvollzieher zu übertragen und sieht hierin keine rechtlichen Probleme¹⁵⁴). Umstritten ist, ob bei der Titelschaffung allein der Titel mit ausdrücklichem Anerkenntnis des Schuldners erreicht werden soll oder ob ein vollstreckbarer Titel auch nach Präsentation der offenen Forderung beim Schuldner durch Nichtmitwirken und Fristablauf nach Zustellung, wie beim derzeitigen gerichtlichen Mahnverfahren, erlassen werden kann.

¹³⁶) Schriftleitung, DGVZ 1999, 145 (148).

¹³⁷) Abschlussbericht der Kommission „Strukturelle Änderungen in der Justiz“ des DGVB vom 24. 3. 2001.

¹³⁸) *Winterstein/Hippler*, DGVZ 1999, 108 (112).

¹³⁹) *Schilken*, DGVZ 2003, 65.

¹⁴⁰) *Hartenbach*, DGVZ 1999, 149 (150).

¹⁴¹) *Blaskowitz*, DGVZ 2003, 110 (112).

¹⁴²) Vgl. Fußnote 137.

¹⁴³) Fragen der Verfassungsmäßigkeit, Aufgabenerweiterungen und Rentabilität eines freien Systems werden hierbei geprüft, offizielle Zwischenberichte werden bis Mitte 2005 erwartet.

¹⁴⁴) Vgl. Schlussbericht der Arbeitsgruppe im Landesverband Baden-Württemberg vom 11. Juli 2004, Zusammenfassung über www.gvbundbw.de.

¹⁴⁵) Ebenda, Seite 40.

¹⁴⁶) Vgl. Fußnoten 114 ff.

¹⁴⁷) So *Brehm*, DGVZ 1983, 101 (102).

¹⁴⁸) Vgl. Kapitel 1.

¹⁴⁹) Generell: *Degenhart*, DGVZ, 1968, 116 und *Werny*, DGVZ 1974, 132, im Einzelnen *Baensch*, DGVZ 1967, 126.

¹⁵⁰) So bereits schon *Degenhart*, DGVZ 1968, 116 (120) und *Eickmann*, DGVZ 1977, 103 (105).

¹⁵¹) Vgl. Abschlussbericht der Strukturkommission des DGVB, a. a. O., sowie Schlussbericht der Arbeitsgruppe des Landesverbandes Baden-Württemberg vom 11. Juli 2004.

¹⁵²) Vgl. IHK-Nachrichten der IHK Hannover 10/2004, Seite 20.

¹⁵³) Berichte der Strukturkommission, a. a. O. und Schlussbericht der Arbeitsgruppe des Landesverbands Baden-Württemberg, a. a. O.

¹⁵⁴) *Schilken*, DGVZ 2003, 65 (71) m. w. N.

Titel des Gerichtsvollziehers als europäischer Titel?

Nachdem das europäische Parlament und der Rat der europäischen Union am 21. April 2004 eine Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen erlassen hat¹⁵⁵), wird derzeit diese Richtlinie in nationales Recht eingearbeitet, ein entsprechender Gesetzesentwurf ist in Kürze zu erwarten. Hiermit soll der freie Verkehr von nationalen gerichtlichen Entscheidungen und Vergleichen sowie von öffentlichen Urkunden innerhalb der EU ermöglicht werden¹⁵⁶) und damit das daneben weiterhin geltende Exequaturverfahren für neue Titel entbehrlich gemacht werden¹⁵⁷). Als europäischer Titel kann nach dieser Richtlinie ohne weiteres ein nationaler Titel bestätigt werden, der auf einem hoheitlich beurkundetem Anerkenntnis eines Zahlungsanspruchs beruht¹⁵⁸). Daher wären die auf einem ausdrücklichen Anerkenntnis des Schuldners beruhenden und von einem Gerichtsvollzieher ausgestellten Titel auch als europäischer Titel vollstreckbar. Nach der derzeitigen Richtlinie allerdings nicht als europäischer Titel verwendbar wären vom Gerichtsvollzieher analog dem gerichtlichen Mahnverfahren alleine durch Zustellung und Fristablauf erteilte vollstreckbare Ausfertigungen. Dem Grunde nach dürfen auf diese Art und Weise rechtsstaatlich zustande gekommene Titel zwar auch als europäische Titel bestätigt werden¹⁵⁹), jedoch ist der Gerichtsvollzieher ein nach der Verordnung hierfür nicht berufenes Organ, da ausdrücklich nur gerichtliche Entscheidungen und Vergleiche hiervon erfasst sein sollen¹⁶⁰).

Da in der Richtlinie jedoch auch für das schwedische Beitreibungsamt eine Ausnahme erwähnt ist, käme insoweit eine Ergänzung der Verordnung zu einem späteren Zeitpunkt in Frage¹⁶¹). Gleichfalls wäre darauf zu achten, dass der Gerichtsvollzieher auch die Befugnis zum Erlass des europäischen Mahnbescheides erhält, der als echter europäischer Vollstreckungstitel in der EU installiert werden soll¹⁶²).

Forderungspfändung

Die Forderungspfändung sollte insgesamt an den Gerichtsvollzieher übertragen werden, vor allem um hierdurch einen Zeitvorsprung gegenüber den bisherigen Verfahren zu erreichen¹⁶³). In diesem Zusammenhang noch diskutiert wird, ob nur einfache Forderungen, z. B. Lohnpfändung und Kontenpfändung auf den Gerichtsvollzieher übertragen werden sollen¹⁶⁴). Diese Beschränkung ist jedoch abzulehnen, da auch bereits jetzt schon der Gerichtsvollzieher in der Lage sein muss, komplizierte Ansprüche bei der Abnahme der eides-

stattlichen Versicherung vom Schuldner zu erfragen und entsprechend kurz im Vermögensverzeichnis darzustellen, um dem Gläubiger eine etwaige Pfändbarkeit des Anspruches darzustellen. Im Übrigen würde diese Beschränkung dem Ziel der Effektivierung widersprechen (zur möglicherweise dahinterstehenden Ausbildungsproblematik vergleiche unten).

Frühzeitige Vermögensoffenbarung

Überlegungen, die Vermögensoffenbarungspflicht generell an den Anfang des Zwangsvollstreckungsverfahrens zu stellen¹⁶⁵), sind abzulehnen. Wie bereits in Kapitel 2 ausgeführt, ist das persönliche Erscheinen des Gerichtsvollziehers beim Schuldner sehr wichtig. Des Weiteren spricht die derzeitige Funktion der eidesstattlichen Versicherung, nämlich die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nach außen hin zu dokumentieren und die damit verbundenen wirtschaftlich einschneidenden Folgen der Kreditunwürdigkeit gegen ein Vorantstellen, da dies zu unverhältnismäßigen Ergebnissen dann führen kann, wenn der Schuldner gewillt und in der Lage ist, die Forderung in Raten zu bezahlen¹⁶⁶). Unterscheiden muss man ein vorgelagertes Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung von der Möglichkeit, bereits frühzeitig eine vollständige Sachaufklärung z. B. auch zur Vermeidung einer Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung zu erlangen¹⁶⁷). Deshalb sind Überlegungen sinnvoll, den Schuldner auch ohne besondere Voraussetzungen in jeder Verfahrensphase zu veranlassen, freiwillig eine nicht publizitätswirksame Vermögensoffenbarung abzugeben. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein Sachpfändungsversuch erfolglos verläuft und von daher keine Sicherheiten für den Gläubiger existieren, der Schuldner aber gemäß § 806 b ZPO Raten zahlt, sollte die Position des Gläubigers in jedem Fall gestärkt werden, ohne dass der Schuldner durch eine publizierte eidesstattliche Versicherung als zahlungs- und kreditunwürdig gilt. Erreicht werden kann dies, indem ein mitwirkungsbereiter Schuldner vor dem Gerichtsvollzieher seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse offenbart. Für den Fall, dass eine versprochene Ratenzahlung nicht eingehalten wird, könnte der Gerichtsvollzieher im Zuge der dargestellten Aufgabenerweiterung sofort auf die Vermögensgegenstände zugreifen. Solange der Schuldner aber Raten zahlt, liegt keine echte Zahlungsunfähigkeit vor¹⁶⁸).

Sicherheitentreuhandenschaft

Liegen höhere Forderungen einerseits und größere Vermögenswerte beim Schuldner andererseits vor, in die wegen einer Ratenzahlung des Schuldners nicht vollstreckt werden soll, um eine einvernehmliche Tilgung ohne großes Aufsehen zu erreichen, ist zur Sicherung des Gläubigers daran zu denken, dass der Schuldner freiwillig an den Gerichtsvollzieher Vermögenswerte sicherungshalber übereignet und dieser als Treuhänder die Sicherheiten hält, bis die Verbindlichkeit beglichen ist (Sicherheitentreuhandenschaft)¹⁶⁹). Eine solche Sicherheitentreuhandenschaft ist denkbar für eine geregelte Schuldentilgung mit bis zu fünf Gläubigern. Hierbei, anders als beim Insolvenzverfahren, gilt weiterhin das Prioritätsprinzip, das durch eine chronologische Abtretung von Forderungen bzw. Sicherungsübereignung von Gegenständen an den Gerichtsvollzieher ausgestaltet werden kann.

¹⁵⁵) Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen vom 21. April 2004.

¹⁵⁶) Artikel 1 der VO (EG), a. a. O.

¹⁵⁷) Artikel 5 der VO (EG), a. a. O.

¹⁵⁸) Artikel 4 Ziff. 3, Artikel 25 VO (EG), a. a. O.

¹⁵⁹) Artikel 12 ff. VO (EG), a. a. O.

¹⁶⁰) Artikel 4 Ziff. 1 VO (EG), a. a. O.

¹⁶¹) Vgl. Artikel 4 Ziff. 7 VO (EG), a. a. O.

¹⁶²) Vgl. Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens vom 22. März 2004.

¹⁶³) Vgl. *Degenhart*, DGVZ 1968, 116 (121); *Vultejus*, DGVZ 1988, 107 (108); *Hartenbach*, DGVZ 1999, 149 (151); *Schilken*, DGVZ 2003, 65 (68); *Werwigk-Herneck*, DGVZ 2003, 113 (115); Bericht der Universität Konstanz, a. a. O., Seite 58; Bericht der Strukturkommission des DGVB, a. a. O.; Schlussbericht der Arbeitsgruppe des Landesverbands Baden-Württemberg, a. a. O.

¹⁶⁴) Vgl. *Stehle*, DGVZ 1966, 51 (54) sowie insbesondere *Schilken*, DGVZ 2003, 65 (68).

¹⁶⁵) So *Eickmann*, DGVZ 1977, 103 /107).

¹⁶⁶) So *Gottschalk*, DGVZ 1968, 35 (37).

¹⁶⁷) So auch *Schilken*, DGVZ 1995, 133 (139).

¹⁶⁸) Vgl. Kapitel 1.

¹⁶⁹) So auch ein Vorschlag der Internationalen Kommission der UIHJ, vgl. *Briers*, DGVZ 1982, 133.

Einholung von Auskünften

Umgekehrt sollte der Gerichtsvollzieher aber auch die Möglichkeit erhalten, bei nicht mitwirkungsbereiten Schuldner schneller an Vermögenswerte heranzukommen. Bekannt ist, dass es einige Schuldner schaffen, sich auch im Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung längerfristig der Verhaftung zu entziehen. In diesen Fällen sollte der Gerichtsvollzieher befugt sein, Auskünfte bei Dritten über Vermögenswerte des Schuldners einzuholen, so z. B. bei Kraftfahrzeugzulassungsstellen, Grundbuchämtern, Sozialversicherungsträgern¹⁷⁰).

Durchbrechung der Dispositionsmaxime

Gottschalk spricht sich für ein gläubigerinitiiertes Prioritätsprinzip bei der Erteilung und Bearbeitung der Vollstreckungsaufträge aus¹⁷¹). Um jedoch schneller Zugriff auf Schuldnervermögen zu erlangen, wird die Stärkung des Serviceunternehmens Gerichtsvollzieher, das selbst über die erforderlichen Maßnahmen entscheiden soll, gefordert¹⁷²). Kritisch wird das eigenständige Tätigwerden des Gerichtsvollziehers vor allem aus Haftungsgründen gesehen¹⁷³). Denkbar ist aber, dass der Gläubiger selbst auswählt, ob er wie bisher einen konkret benannten Vollstreckungsauftrag stellt oder wahlweise den Gerichtsvollzieher ermächtigt, näher bestimmte Vollstreckungsaufträge oder Vollstreckungsmaßnahmen nach eigenem Dafürhalten auszuführen (Erteilung eines sog. Globalvollstreckungsauftrages)¹⁷⁴).

Vollstreckung in einer Hand

Auch Behörden, Verbände und Krankenkassen sollen sich dem Gerichtsvollzieher bedienen und dafür die eigenen Vollstreckungsorgane aufgeben¹⁷⁵).

Insolvenzverfahren beim Gerichtsvollzieher?

Der Gerichtsvollzieher erhält als erster einen Einblick in die gesamten finanziellen Verhältnisse des Schuldners. Schnell erkennt er dessen finanziellen und persönlichen Verhältnisse. Bei manchen mitwirkungsbereiten Schuldner jedoch stößt der Gerichtsvollzieher schnell an seine Grenzen, wenn die Höhe der Verbindlichkeiten oder die Anzahl der Gläubiger eine geordnete Schuldentilgung im Rahmen von Ratenzahlungen nicht mehr zulässt. Die Aufstellung von Ratenzahlungsplänen führt insbesondere bei selbständigen Schuldner nicht weiter. Betriebswirtschaftliche Defizite oder eine unsichere Auftragslage lassen diesen Plan in Kürze zu Makulatur werden. Ein fließender Übergang an der Nahtstelle zum Insolvenzverfahren fehlt. Nahe liegend ist daher die Forderung, Gerichtsvollzieher in die Abwicklung kleiner und einfacher Insolvenzverfahren einzubinden¹⁷⁶). Wird dabei insbesondere an die Bestellung von Gerichtsvollziehern zu Treuhändern im Verbraucherinsolvenz-

verfahren und in der Wohlverhaltensperiode gedacht, kann dieser Gedankengang durchaus weiter ausgedehnt werden: Die Kritik an dem Aufwand für ein Verbraucherinsolvenzverfahren mündete bereits in einen Veränderungsentwurf des Bundesjustizministeriums¹⁷⁷). Tatsächlich muss man sich vor Augen halten, wie viel Personen mit einem Verbraucherinsolvenzverfahren nach der derzeitigen Rechtslage befasst sind, das möglicherweise in einem Nullplan endet mit dem bloßen Ziel, nach der Wohlverhaltensperiode eine Restschuldbefreiung für den Schuldner zu erzielen, ohne dass ein Gläubiger auch nur einen Cent gesehen hat. Der Schuldner muss eine geeignete Stelle finden, die für ihn einen außergerichtlichen Schuldenbereinigungsversuch durchführt¹⁷⁸). Viele der außergerichtlichen Schuldenbereinigungsversuche scheitern¹⁷⁹). Das Scheitern wird von der Schuldnerberatungsstelle oder oftmals von einem Rechtsanwalt bescheinigt, der den Insolvenzantrag für den Schuldner beim Gericht stellt. Beim Gericht sind mit dem anschließenden gerichtlichen Schuldenbereinigungsplan nunmehr die Serviceeinheit, der Rechtspfleger und ein Richter beschäftigt. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nach dem auch der gerichtliche Schuldenbereinigungsplan in der Regel scheitert, wird nunmehr ein Treuhänder bestellt, der die Funktion eines vereinfachten Insolvenzverwalters wahrnimmt¹⁸⁰).

Nach Abwicklung der Insolvenz beginnt die Wohlverhaltensperiode, für die der gleiche Treuhänder gleichfalls als Treuhänder bestellt werden kann, jedoch kann dies auch noch eine andere Person sein¹⁸¹). Ohne viel Fantasie kann der erforderliche Personal- und Kostenaufwand ermessen werden. Deshalb wäre es nur konsequent, bereits die Erstellung des außergerichtlichen Schuldenbereinigungsplans auf den Gerichtsvollzieher zu verlagern, zumal dieser als neutrale Instanz das Vertrauen der Gläubiger genießt¹⁸²). Eines gerichtlichen Schuldenbereinigungsplans daneben bedarf es dann nicht mehr. Das Verfahren kann danach durch den Gerichtsvollzieher selbst¹⁸³) oder durch das Insolvenzgericht eröffnet werden, der Gerichtsvollzieher verwertet das in der Regel einfach strukturierte Vermögen und führt in der dritten Phase die Treuhänderschaft in der Wohlverhaltensperiode durch. Die Aufgaben des Gerichts beschränken sich auf die Feststellung der einzelnen Verfahrensschritte oder, nochmals vereinfacht, lediglich auf die Aufgabe als Rechtsmittelinstanz gegen Maßnahmen des Gerichtsvollziehers. Rechtsstaatliche Bedenken gegen diese Verfahrensweise sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb in diesem Fall ein Konflikt des Gerichtsvollziehers zwischen den Interessen der Gläubiger und des Schuldners vorhanden sein soll, kann doch auch im Regelinsolvenzverfahren der Insolvenzverwalter selbst, aus welchem Interesse auch immer, einen Insolvenzplan vorlegen¹⁸⁴).

Weitere Übernahme von Aufgaben durch Gerichtsvollzieher sind denkbar¹⁸⁵), jedoch für die Verzahnung der vorbereitenden und durchzuführenden Maßnahmen der Zwangsvoll-

¹⁷⁰) Vgl. *Degenhart*, DGVZ 1968, 116 (121); *Briers*, DGVZ 1982, 133; *Eich*, DGVZ 1989, 49 (52).

¹⁷¹) *Gottschalk*, DGVZ 1988, 35 (40).

¹⁷²) *Winterstein/Hippler*, DGVZ 1999, 108 (109); sowie schon *Eickmann*, DGVZ 1977, 103 (109); sowie derselbe, DGVZ 1980, 129 (133).

¹⁷³) *Gottschalk*, DGVZ 1988, 35 (40).

¹⁷⁴) So der Schlussbericht der Arbeitsgruppe des Landesverbands Baden-Württemberg, a. a. O., Seite 20.

¹⁷⁵) So *Gottschalk*, DGVZ 1988, 35 (40); sowie *Eich*, DGVZ 1989, 49 (51); *Schilken*, DGVZ 2003, 65 (67).

¹⁷⁶) So *Vultejus*, DGVZ 1988, 107 (108), *Uhlenbruck*, DGVZ 1993, 97 (101, 102); *Vallender*, DGVZ 1997, 53 ff.; *Hartenbach*, DGVZ 1999, 149 (151); *Schilken*, DGVZ 2003, 65 (72); *Schmerbach*, ZinsO 2005, 77 ff.

¹⁷⁷) Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung der Insolvenzordnung, des Kreditwesengesetzes u. a. vom 16. September 2004 (Referentenentwurf).

¹⁷⁸) § 305 Abs. 1 Ziff. 1 InsO.

¹⁷⁹) Gesetzentwurf, a. a. O., Begründung Seite 6.

¹⁸⁰) § 313 InsO.

¹⁸¹) § 291 Abs. 2 InsO.

¹⁸²) So vorgeschlagen von der Arbeitsgruppe im Landesverband Baden-Württemberg, a. a. O., Seite 28; bereits auch schon *Vallender*, DGVZ 1997, 53 (54).

¹⁸³) Arbeitsgruppe, a. a. O., Seite 29.

¹⁸⁴) Vgl. § 218 Abs. 1 InsO.

¹⁸⁵) Vgl. Bericht der Strukturkommission des DGVB, a. a. O., und Schlussbericht der Arbeitsgruppe, a. a. O.; zur Zulässigkeit weiterer Aufgaben vgl. *Schilken*, DGVZ 2003, 65 ff.

streckung nicht unbedingt erforderlich und werden hier daher nicht behandelt.

6. Ausgestaltung eines freien Gerichtsvollziehersystems

Ist der oben dargestellte Effektivitätsschub gewollt, wird dies nur in einem verstärkt freiberuflichen System darstellbar sein. Die Notwendigkeit zur grundlegenden rechtlichen Reform des Gerichtsvollzieherwesens wurde in Kapitel 3 dargestellt. Nur in einem freiberuflich organisierten System kann die Vielzahl der oben beschriebenen neuen Aufgaben verarbeitet werden. Auch für einen Freiberufler hat der Tag höchstens 24 Stunden, weshalb zur Bewältigung der Aufgaben unbedingt die Delegation bestimmter Tätigkeiten an hierfür nachweislich qualifiziertes Personal erforderlich ist¹⁸⁶). Auch die erforderliche EDV-Ausstattung und die Finanzierung eines angemessenen und modern ausgestatteten sowie organisierten Büros ist mit Sicherheit nicht im Zuge einer immer kleinlicher werdenden Bürokostenentschädigung möglich, sondern nur in einem freiberuflich organisierten System.

Hoheitliche Aufgaben nicht durch Beamte?

Artikel 33 Abs. 4 GG stellt den Grundsatz auf, dass die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen seien, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen¹⁸⁷). Als öffentlich-rechtliche Bedienstete sind hierbei in Abgrenzung zu Arbeitsverhältnissen der öffentlichen Dienstherren Beamte gemeint¹⁸⁸). Um die Begrifflichkeit der hoheitlichen Befugnisse besteht ein Auslegungstreit¹⁸⁹). Für *Grawert* und *Schilken* ergeben sich der Beamtenstatus für den Gerichtsvollzieher zwingend aus Artikel 33 Abs. 4 GG und § 154 GVG¹⁹⁰). An der Diskussion um Artikel 33 Abs. 4 GG scheiterte aus rechtlichen Gründen seinerzeit auch die Umsetzung des Neuberger Modells. Das Justizministerium Nordrhein-Westfalen sah das Problem des Funktionsvorbehalts des Artikels 33 Abs. 4 GG und die damit einhergehenden eingeschränkten Änderungsmöglichkeiten für den Status des Gerichtsvollziehers¹⁹¹). Das Bundesjustizministerium sah zumindest 1968 keine zwingenden Gründe, beim Gerichtsvollzieher eine Ausnahme von diesem Verfassungsgrundsatz zu machen¹⁹²). Vor allem die für den Gerichtsvollzieher vorhandenen Zwangsbefugnisse wiesen nach Auffassung des Niedersächsischen Justizministeriums eine grundlegende Unterschiedlichkeit zu den Notaren auf, die trotz Ausübung einer hoheitlichen Tätigkeit dennoch in fast allen Bundesländern freiberuflich tätig sind¹⁹³). Auch wenn noch vor einigen Jahren niemand von diesen Rechtsgrundsätzen abweichen wollte¹⁹⁴), findet doch seit einiger Zeit verstärkt eine Diskussion über das Berufsbeamtentum schlechthin und über den Umfang der auf Beamte übertragenen hoheitlichen Tätigkeiten statt¹⁹⁵). Aus

ökonomischen Gründen wurde in Preußen im 19. Jahrhundert die Post und Eisenbahn unter staatliche Obhut genommen. In den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts wurden Post und Bahn privatisiert, und heute erscheint es den meisten als selbstverständlich, dass die Tätigkeiten bei Bahn und Post nicht mehr von Beamten verrichtet werden. Zum einen ändert sich die Anschauung, welche Aufgaben noch als hoheitlich zu klassifizieren sind. Zum anderen wird in Frage gestellt, ob wirklich alle hoheitlichen Aufgaben nur von Beamten erfüllt werden müssen oder ob nicht vielmehr eine Fortentwicklung des Beamtenrechts unter Berücksichtigung von gesellschaftlichen und technischen Veränderungen möglich sein sollte¹⁹⁶). Auch wenn der Versuch unternommen wird, den begrifflichen Streit um die hoheitsrechtlichen Befugnisse durch Definitionen in den Griff zu bekommen, gibt es keine eindeutige Auslegung. Für den Beamtenstatus sollen daher vor allem dessen politische Zweckmäßigkeit, vor allem vor dem Hintergrund der besonderen Treuepflicht der Beamten und die Notwendigkeit zu einer hierarchischen Einordnung der Bediensteten, maßgebend sein¹⁹⁷). Die Debatte seinerzeit um die Privatisierung der Bahn, Post und der Flugsicherung belegt, dass dem Gesetzgeber mit Rücksicht auf unterschiedliche ordnungs- und gesellschaftspolitische Belange ein erheblicher Gestaltungsspielraum verbleibt, der durch die grundrechtliche Definition eines Regel-Ausnahmeverhältnisses zu Tage tritt¹⁹⁸). Daher wird auch die Auffassung vertreten, dass Artikel 33 Abs. 4 GG nur ein Minimum der den Beamten vorbehaltenen Tätigkeiten vorgibt und von daher die territoriale Integrität, die Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit und die Sicherung der finanziellen Basis zur Steuererhebung, also Bundeswehr, Polizei und Finanzverwaltung primär im Fokus des Artikels 33 Abs. 4 GG stehen¹⁹⁹). Beim Gerichtsvollzieher nun verschwimmen die Aufgaben, die er mit staatlichem Zwang ausüben soll mit denen, bei denen er beispielsweise nur als Zustellungsorgan oder im „einernehmlichen Forderungseinzug“ tätig ist. Eine Abgrenzung dieser Aufgaben ist auch gar nicht möglich. Die Diskussion um die angeblich freiwillige Abgabe der eidesstattlichen Versicherung mit Haftbefehl zeigt, dass ein mit Zwangsbefugnissen ausgestatteter Gerichtsvollzieher sehr wohl auf der Grundlage der vorhandenen Druckmittel in der Lage sein kann, so genannte freiwillige Handlungen des Schuldners herbeizuführen²⁰⁰). Wenn aber aus der Historie und der aktuellen Entwicklung, die von der Effektivierung und Wahrnehmung zusätzlicher Aufgaben geprägt sein soll, der Gesetzgeber zum Ergebnis gelangt, dass die Erfüllung dieser Aufgaben besser durch einen freien als durch einen beamteten Gerichtsvollzieher zu erledigen sind, so erscheint auch im Lichte einer strittigen Diskussion um Artikel 33 Abs. 4 GG eine Entscheidung zugunsten eines Gerichtsvollziehers im freien Büroberuf möglich²⁰¹).

Keine Privatisierung

Bemerkt werden muss, dass von keiner Seite bislang die Forderung erhoben wurde, das Gerichtsvollziehersystem auf Private zu übertragen. Unterschieden werden muss nämlich,

¹⁸⁶) Vgl. hierzu im Einzelnen Vorschläge der Arbeitsgruppe im Landesverband Baden-Württemberg, a. a. O., Seite 72 ff.

¹⁸⁷) Gesetzeswortlaut Artikel 33 Abs. 4 GG.

¹⁸⁸) Vgl. von Münch/*Kunig*, Kommentar zum GG, 3. Aufl., 1995, Rdnr. 2 ff. zu Artikel 33 GG.

¹⁸⁹) Ebenda, Rdnr. 47.

¹⁹⁰) *Grawert*, DGVZ 1989, 97 (108), *Schilken*, DGVZ 1995, 133.

¹⁹¹) Originalzitat nach *Seip*, DGVZ 1997, 103 (107).

¹⁹²) Originalzitat nach *Seip*, DGVZ 1997, 103 (108).

¹⁹³) Originalzitat nach *Seip*, DGVZ 1997, 103 (109).

¹⁹⁴) So noch 1999, *Hartenbach*, DGVZ 1999, 149 (152).

¹⁹⁵) Vgl. *Überall/Beucker*, Die Beamtenrepublik. Der Staat im Würgegriff seiner Diener?, Campusverlag, Frankfurt am Main 2004; Konflikt um die Äußerung des Regierenden Bürgermeisters von Berlin, *Wowereit*, der die Abschaffung des Beamtentums vorschlug, vgl. dbb newsletter 109 vom 1. Februar 2005.

¹⁹⁶) So bereits *Millack*, DGVZ 1969, 99 (102).

¹⁹⁷) Ähnlich von Münch/*Kunig*, a. a. O. Rdnr. 47.

¹⁹⁸) So *Sachs/Battis*, Kommentar zum GG, München 1996, Rdnr. 58 zu Artikel 33 GG.

¹⁹⁹) So *Schuppert* in Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum GG, 2. Aufl., 1989, Rdnr. 35 und 36 zu Artikel 33 GG.

²⁰⁰) Vgl. zu diesem Konflikt u. a. *Seip*, DGVZ 2004, 182.

²⁰¹) *Scholz*, DGVZ 2003, 97 (106) versucht die Zulässigkeit von Privatisierungen zur herrschenden Meinung zu erheben, was so pauschal nicht nachvollzogen werden kann; ähnlich argumentiert auch *Pieroth* in der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses im Landtag von NRW am 18. Mai 2004, Ausschussprotokoll 13/1229.

ob die Aufgaben auf private Unternehmen, die miteinander uneingeschränkt im Wettbewerb stehen, übertragen werden, so z. B. bei den Dienstleistungen der Bahn und Post. Vielmehr geht es darum, dass die Aufgaben von einem Privaten in einem staatlich gebundenen Beruf in Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben ausgeübt werden, der durch Beleihung Träger eines öffentlichen Amtes sein soll²⁰²). Damit verschwimmt nämlich bereits die Unterscheidung zwischen Beamten und freiem Beruf²⁰³). Wird die Berufsfreiheit bei Privaten durch Artikel 12 GG in hohem Maße geschützt, ist eine Reglementierung dagegen desto stärker möglich, je näher der freie Beruf dem öffentlichen Dienst steht²⁰⁴). Die derzeitigen Modelle für einen freien Gerichtsvollzieherberuf gehen weiterhin von einer organisatorischen Eingliederung in das System der öffentlichen Verwaltung aus²⁰⁵). Die Reglementierung durch ein Berufsordnungsrecht, das in gleichem Maße vom Gesetzgeber verabschiedet werden muss, als auch die damit geschaffenen Sanktionsmöglichkeiten, wie auch die Rechtsmittelinstanzen der Justiz, wären Bestandteil einer demokratischen Legitimierung und belassen das Gewaltmonopol unverändert beim Staat²⁰⁶). Durch Gerichtsvollziehergesetz und ZPO wäre der Gerichtsvollzieher ein staatlich gebundener freier Beruf²⁰⁷).

Denkbar wäre auch, die stärkste rechtliche Eingriffsmöglichkeit des Gerichtsvollziehers, nämlich körperlichen unmittelbaren Zwang auszuüben, bei einem freiberuflichen Gerichtsvollzieher im Wege der Amtshilfe durch die Polizei wahrnehmen zu lassen²⁰⁸). Auch in Frankreich zieht der Hussier bei Verweigerung oder Gegenwehr des Schuldners die Exekutivorgane bei²⁰⁹).

Abschaffung der Staatshaftung?

Erfolgt die Berufsausübung durch einen staatlich beliehenen freien Gerichtsvollzieher, entfällt hierdurch keinesfalls automatisch die Amtshaftung des Artikels 34 GG. Da staatliche Aufgaben wahrgenommen werden, ist ein Ausschluss der Amtshaftung nicht ohne weiteres möglich²¹⁰).

Gebührenbeamter und duales System

Die Möglichkeit zur Installation eines Gebührenbeamten²¹¹) könnte als weitere Lösungsmöglichkeit erscheinen, die genannten Effizienzprobleme zu beseitigen und dabei die Problematik des Artikels 33 Abs. 4 GG zu umgehen²¹²). Zu warnen ist allerdings davor, auf Dauer alleine einen Gebührenbeamten zu installieren, der wiederum ein Unikum im System des Beamten- und Besoldungsrechts darstellen würde und wie bereits das jetzige System des beamteten Gerichtsvollziehers mit freiem Büro zu ständigen Konflikten bei der Ausgestaltung besoldungsrechtlicher und dienstrechtlicher Schnittpunkte führt. Nichts allerdings spricht dagegen, für eine Übergangszeit den bisherigen Beamten die Möglichkeit zu lassen,

als Gebührenbeamte bis zur Pensionierung ihren Beamtenstatus beizubehalten und lediglich für neu hinzukommende Gerichtsvollzieher die Freiberuflichkeit vorzugeben²¹³). Einer Tangierung des Alimentationsprinzips aus Artikel 33 Abs. 5 GG kann begegnet werden, indem der Gebührenbeamte mit einem garantierten Mindesteinkommen ausgestattet wird²¹⁴).

Freier Wettbewerb oder feste Bezirke?

Verschiedentlich wurde gefordert, dass der Gläubiger den Gerichtsvollzieher auswählen können müsste²¹⁵). Die freie Wahl des Gerichtsvollziehers im Landgerichtsbezirk wurde jedoch ab 1900 in Preußen bewusst aufgehoben²¹⁶). Eine unparteiische, neutrale Stellung des Gerichtsvollziehers schließt ein Konkurrenzsystem aus, da ein solches nur den Gläubigerinteressen gerecht werden würde²¹⁷). Da nach unserer Rechtsordnung auch die Interessen des Schuldners zu beachten sind, die Abwicklung mehrerer Aufträge gegen denselben Schuldner nach Möglichkeit in eine koordinierte Schuldentilgung führen soll und auch ländliche Bezirke in weitem Raum bedient werden sollen, spricht einiges gegen die freie Wahl des Gerichtsvollziehers²¹⁸). Das Argument, ein im Wettbewerb stehender Gerichtsvollzieher wäre um eine schnellere Erledigung der Aufträge bemüht, muss damit begegnet werden, dass ein freier Gerichtsvollzieher seine Gebühren nur nach Erledigung des Auftrages liquidieren kann und für einen wirtschaftlichen Erfolg daher darauf angewiesen ist, die Aufträge zügig zu erledigen²¹⁹). Eine Beschränkung auf bestimmte Bezirke ist mit der Berufsausübungsbeschränkung des Artikels 12 GG vereinbar²²⁰). Eine Differenzierung in bestimmte Pflichtaufgaben und andererseits Wahlaufgaben, die auf Amts- oder Landgerichtsbezirksebene im Wettbewerb stehen könnten, ist jedoch denkbar²²¹).

Rentabilität eines freien Systems?

Die Befürchtung, in einem freien System müssten die Gebühren um das Doppelte, Dreifache oder gar Vierfache steigen, kann entkräftet werden. Auch wenn der Justizgewährungsanspruch bei erhöhten Gebühren ggf. durch die Prozesskostenhilfe gegeben wäre²²²), muss jedoch davon ausgegangen werden, dass ein freies System in der politischen Diskussion insbesondere von den Wirtschaftsverbänden nur akzeptiert wird, wenn dessen Kosten lediglich in einem erträglichen Maße steigen²²³). Berechnungen der Arbeitsgruppe des Landesverbands Baden-Württemberg des DGVB haben so-

²¹³) So der Schlussbericht des Landesverbands Baden-Württemberg, a. a. O., Seite 40; bejahend auch *Scholz*, DGVZ 2003, 97 (110).

²¹⁴) So auch das Niedersächsische Justizministerium bereits 1968, Originalzitat nach *Seip*, DGVZ 1997, 103 (109); *Eickmann*, DGVZ 1980, 129 (136).

²¹⁵) *Kleybolte*, sah dies bereits für das derzeit in der ZPO geregelte Auftragsverhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher und fand alles andere gesetzeswidrig, derselbe in DGVZ 1956, 1 ff.

²¹⁶) Vgl. *Seip*, DGVZ 1997, 103 (105).

²¹⁷) So *Eickmann*, DGVZ 1980, 129 (135).

²¹⁸) So auch das Niedersächsische Justizministerium, zitiert nach *Seip*, DGVZ 1997, 103 (110) und *Hartenbach*, DGVZ 1999, 149 (152).

²¹⁹) So Schlussbericht der Arbeitsgruppe des Landesverbands Baden-Württemberg, a. a. O., Seite 50.

²²⁰) Vgl. *Eickmann*, DGVZ 1980, 129 (135) und grundsätzlich *Scholz*, DGVZ 2003, 97 (104).

²²¹) Vgl. Vorschläge der Arbeitsgruppe des Landesverbands Baden-Württemberg im Schlussbericht der Arbeitsgruppe, a. a. O., Seite 41 ff.

²²²) So *Scholz*, DGVZ 2003, 97 (109).

²²³) Online-Umfrage der IHK München vom 15. Januar 2005, [www.ihk-muenchen.de/Recht & FairPlay/Allgemeine Rechtsauskünfte/Umfrage Mahnverfahren](http://www.ihk-muenchen.de/Recht%20&%20FairPlay/Allgemeine%20Rechtsauskuenfte/Umfrage%20Mahnverfahren).

²⁰²) So auch *Scholz*, DGVZ 2003, 97 (103).

²⁰³) Ebenda, Seite 103.

²⁰⁴) Ebenda, Seite 104.

²⁰⁵) Zur Erforderlichkeit vgl. ebenda, Seite 106.

²⁰⁶) Ebenda, Seite 106.

²⁰⁷) Ebenda, Seite 106.

²⁰⁸) So auch *Kühn*, DGVZ 2001, 33 (34).

²⁰⁹) Vgl. Darstellung der Nationalen Kammer, DGVZ 1996, 97 (100).

²¹⁰) So bereits das Justizministerium 1968, Originalzitat nach *Seip*, DGVZ 1997, 103 (108) sowie das Rheinland-Pfälzische Justizministerium, ebenda, Seite 110; so auch von *Münch/Bryde*, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., 1995, Rdnr. 13 zu Artikel 34 GG.

²¹¹) So noch Bericht der Strukturkommission des DGVB, a. a. O.

²¹²) Vgl. *Scholz*, DGVZ 2003, 97 (105).

wohl hinsichtlich der Aufwands- als auch der Ertragsseite ergeben, dass eine Erhöhung der Gebühren gegenüber dem derzeitigen System teilweise deutlich unter einer Verdoppelung liegen kann. Voraussetzung hierfür ist allerdings die Übernahme weiterer Aufgaben, insbesondere des Abwendungsverfahrens, die Möglichkeit zur Delegation an qualifizierte Mitarbeiter und die Erledigung wesentlicher Aufgaben in einem festen Bezirk²²⁴). Eine andere Aufgabenverteilung oder der Abschied von einer logistisch effektiven Bearbeitung vor Ort in einem festen Bezirk führt dagegen zu einer anderen Kalkulationsgrundlage und damit zu weitaus höheren Kosten.

Finanzbuchhaltung

Aufgrund der buchführungs- und steuerlichen Pflichten ist automatisch bei einem freiberuflichen Gerichtsvollzieher eine ordnungsgemäße Finanzbuchhaltung zu installieren, die auch modernen Erfordernissen gerecht wird²²⁵). Das Gleiche würde auch für den Gebührenbeamten gelten, der zwar keine Unternehmereigenschaft aufwiese, aber ähnliche Nachweise bei der Erfüllung seiner steuerlichen Pflichten und ggf. zur Geltendmachung seines garantierten Mindesteinkommens führen muss.

Aus- und Fortbildung

Niemand wird davon ausgehen können, dass die oben beschriebenen neuen Aufgaben, seien sie nun Pflicht- oder auch nur Wahlaufgaben, über Nacht von den bisherigen Gerichtsvollziehern übernommen werden könnten. Das Berufsleben steht jedoch in allen Bereichen dermaßen im Wandel, dass auch langjährig gewissenhaft ihren Dienst versahene Gerichtsvollzieher durch pflichtgemäße Fortbildung ohne weiteres in die Lage versetzt werden können, die beschriebenen und etwaig noch weitere Aufgaben zu übernehmen.

Grundlegender Überarbeitung bedarf jedoch die Ausbildung des Gerichtsvollziehers. 1999 legte das Justizministerium Baden-Württemberg nach einer gemeinsamen Ausarbeitung mit dem baden-württembergischen Gerichtsvollzieherbund der Justizministerkonferenz den Entwurf einer neuen Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Gerichtsvollzieher vor²²⁶). Dieser sieht vor, die Ausbildung des Gerichtsvollziehers zusammen mit der des Rechtspflegers als so genanntes Y-Modell an einer Fachhochschule mit einem gemeinsamen Grundstudium und einem danach gesplitteten, auf den jeweiligen Aufgabenbereich abgestellten Hauptstudium zu gestalten.

Die Fachhochschulausbildung für Gerichtsvollzieher, die damit auch Berufsanfängern und Seiteneinsteigern die Aufnahme dieses Berufs ermöglichen sollte, bleibt jedoch bis heute eine nicht erfüllte Forderung²²⁷). Diese Forderung stellt sich vor allem vor der Problematik der Einengung der Personalauswahl aus dem derzeitigen System des mittleren Dienstes, bei dem eine Nachwuchsgewinnung immer schwieriger wird²²⁸). Allerdings gibt es Anzeichen, dass auch bereits der Entwurf des Justizministeriums Baden-Württemberg²²⁹) überholt ist.

Im Zuge der weltweiten Vereinheitlichung von Ausbildungsgängen wurde auch für die Juristenausbildung mit der Diskussion um die Einführung eines Bachelor- und Masterstudienganges unter Aufgabe der bisherigen zwei Staatsprüfun-

gen begonnen²³⁰). Angestrebt werden soll vielmehr ein so genannter polyvalenter Abschluss, der einen Absolventen nicht bereits frühzeitig auf einen einzigen Beruf festlegt, so wie es derzeit beim Gerichtsvollzieher und beim Rechtspfleger der Fall ist. Als in diesem Sinne fortschrittlich zu bezeichnen ist daher der Vorschlag der Arbeitsgruppe im Landesverband Baden-Württemberg, die Gerichtsvollzieher-Ausbildung in den Fachhochschul-Studiengang des Diplom-Wirtschaftsjuristen zu integrieren²³¹). Möglicherweise ist selbst dieser Vorschlag durch den Bologna-Prozess²³²) bereits überholt, könnten doch hiermit selbst die Fachhochschulen durch die Neuorganisation der Studiengänge an den Hochschulen zur Disposition stehen.

Eigenverwaltung durch Kammermodell

Die Forderung, Gerichtsvollzieher in einer eigenen Kammer zu organisieren, ist gleichfalls nicht neu²³³). Die Hussiers de Justice in Frankreich bilden eine regionale und nationale Kammerorganisation, wobei letztere Themen der Ausbildung, Fortbildung und der Interessenwahrnehmung der Berufsgruppe bearbeitet²³⁴). Kammern anderer Berufsgruppen, z. B. der Rechtsanwälte, organisieren auch ihr Aufsichts- und Disziplinarrecht selbst²³⁵). Rechtlich bestehen keine Bedenken, dass auch in einem dualen System verbeamtete Gerichtsvollzieher Angehörige neben freiberuflichen Kollegen Kammermitglied sind²³⁶). Problematisch scheint allerdings die Finanzierung eines eigenen Kammersystems zu sein²³⁷). Bei einer Anzahl von derzeit ca. 4 750 Gerichtsvollziehern in der Bundesrepublik Deutschland dürften die personellen und finanziellen Ressourcen nicht ausreichen, um zumindest ein föderal organisiertes Kammersystem zu erreichen, das jedoch aufgrund der staatlichen Organisationsstrukturen erforderlich wäre. Zu prüfen ist daher, ob der Anschluss an eine andere Berufskammer möglich ist, in der eine eigene Fachabteilung gebildet werden könnte²³⁸). Aufgrund der Einheitlichkeit der Aufgaben der Gerichtsvollzieher sollte der Kammer auch die Aufgabe zufallen, zur Qualitätssicherung Vorschläge für ein Qualitätsmanagement zu erarbeiten²³⁹).

7. Chancen für eine Reform

Neben der Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen ist auch die Fiskalität bei einer Systemänderung zu betrachten. Obwohl man meinen könnte, dass Reformvorhaben im Bereich des öffentlichen Dienstes in erster Linie aus fiskalischen Gründen zur Einsparung im Staatshaushalt durchgeführt werden²⁴⁰), so ist dies sicherlich nicht nur vor einem zu errechnenden Einsparvolumen zu entscheiden. Durch die Übernahme der oben beschriebenen Aufgaben können die bei Gerichten, Verwaltung und Ausbildungsstätten entfallenden Stellen zwar

²³⁰) Der Bologna-Prozess und seine möglichen Auswirkungen auf die Juristenausbildung, Zwischenbericht des Ausschusses der Justizministerkonferenz zur Koordinierung der Juristenausbildung für die JuMiKo am 24. November 2004.

²³¹) Vgl. Schlussbericht der Arbeitsgruppe, a. a. O., Seite 59 ff.

²³²) Vgl. Fußnote 230.

²³³) Vgl. Baensch, DGVZ 1967, 126.

²³⁴) Vgl. Darstellung der Nationalen Kammer, DGVZ 1996, 97 (101).

²³⁵) Vgl. z. B. §§ 56, 74, 116 ff., 114, 150 BRAO.

²³⁶) Niedersächsisches Justizministerium, zitiert nach Seip, DGVZ 1997, 103 (110).

²³⁷) So auch Schlussbericht der Arbeitsgruppe im Landesverband Baden-Württemberg, a. a. O., Seite 63 ff.

²³⁸) Ebenda, Seite 63 ff.

²³⁹) Ebenda, Seite 70.

²⁴⁰) So Schilken anlässlich der Diskussion um die Übertragung der eidesstattlichen Versicherung auf den Gerichtsvollzieher in DGVZ 1995, 133 (139).

²²⁴) Vgl. Schlussbericht der Arbeitsgruppe, a. a. O., Seite 91 bis 114.

²²⁵) Vgl. Kapitel 3.

²²⁶) Beischall zitiert von der Schriftleitung, DGVZ 1999, 145 (146).

²²⁷) Hartenbach, DGVZ 1999, 149 (152).

²²⁸) Kühn, DGVZ 2001, 33 (35).

²²⁹) Vgl. Fußnote 226.

beschrieben werden, jedoch dürfte jedem klar sein, dass ein Übergang auch Kosten verursacht. Zu denken ist an die derzeitige Nachversicherungspflicht freiwillig in die Freiberuflichkeit ausscheidender Beamter und eine Anschubfinanzierung für die Investition zum Aufbau der erforderlichen Büros²⁴¹). Daneben sind eine Vielzahl von Gesetzen zu ändern, zu nennen seien nur das GVG, BGB, ZPO, ZVG, InsO, BBesG, in die auch die erforderlichen Übergangsregelungen eingearbeitet werden müssen. Es bedarf daher eines überragenden politischen Willens, echte Reformmaßnahmen auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung umzusetzen. Eine breite Diskussion hierüber wird ausdrücklich gewünscht²⁴²). Gefördert werden

²⁴¹) Vgl. Schlussbericht der Arbeitsgruppe, a. a. O., Seite 98.

²⁴²) So Hartenbach, DGVZ 2003, 146 (147).

soll die Diskussion von den hier dargelegten Vorschlägen, die immerhin für sich in Anspruch nehmen, in vielen Bereichen eine so genannte Win-Win-Situation herzustellen: Die Gläubiger erhalten schnellere Ergebnisse und höhere Erlöse, und selbst die Schuldner erlangen eine bessere Effizienz, dem gesellschaftspolitischen Postulat der Rechtsstaatlichkeit wird vollauf Rechnung getragen, die Staatshaushalte sparen mittelfristig hohe Ausgaben, eine EU-weit stattfindende Liberalisierung wird eingeleitet und nicht zuletzt könnte sich auch der Status des Gerichtsvollziehers verbessern.

Der Versuch einer historischen und aktuellen Aufarbeitung der Diskussion um eine Reform der Zwangsvollstreckung und des Gerichtsvollzieherwesens zeigt bei näherer Betrachtung, dass auch Schnecken zuweilen bemerkenswerte Strecken zurücklegen. Sie müssen nur aufpassen, dass sie unterwegs nicht gefressen werden.

Gedanken zum Thema: Modernisierung des Gerichtsvollziehersystems in Deutschland

Von Frank Däumichen, Geschäftsführer der SFG Forderungsmanagement GmbH in Stuttgart

Mit großem Interesse verfolge ich die Diskussionen über eine Veränderung des bestehenden Gerichtsvollzieherwesens in Deutschland. Es ist aus meiner Sicht für die Wirtschaft und für den Beruf des Gerichtsvollziehers unbedingt notwendig, weitreichende Reformen umzusetzen. Dies betrifft gesetzliche Veränderungen, um das Vollstreckungsverfahren effektiver zu gestalten, aber vor allem auch den Status des Gerichtsvollziehers so zu gestalten, dass Wirtschaftlichkeit und erfolgreiche Tätigkeit in Einklang gebracht werden können.

Aus diesem Grunde bin ich ein absoluter Befürworter für die Einführung eines freien Gerichtsvollziehersystems, mit der Maßgabe, dass der Gerichtsvollzieher als beliebiger Unternehmer tätig ist.

Da ich in meinem „früheren Leben“ selber schon als Gerichtsvollzieher tätig war, zurzeit als geschäftsführender Gesellschafter eine Inkassofirma führe, kenne ich die jeweiligen Probleme jeder Seite, aber auch die Anforderungen, insbesondere aus der Wirtschaft und damit der Gläubiger. Weiterhin liegen auch sehr praktische Erfahrungen mit den Systemen in Belgien und den Niederlanden vor, die durch Geschäftsbeziehungen zu einem jeweiligen Gerichtsvollzieher besteht.

Die nachfolgenden Betrachtungen möchte ich daher auch sehr praxisbezogen erläutern.

Wie ist die heutige Vollstreckungssituation für die Gläubiger?

Die Situation kann für die Gläubiger als nicht ausreichend bezeichnet werden. Hier spielt sicherlich der in Deutschland stark vorhandene Schuldnerschutz (Erhöhung der Pfändungsfreigrenzen, Verbraucherinsolvenz, unpfändbare Sachen, ausgeprägter Datenschutz usw.) eine große Rolle, der auch die Arbeit und damit die erfolgreiche Tätigkeit der Gerichtsvollzieher beeinflusst. Weiterhin ist eine Pfändung in der Regel aussichtslos, da die Verwertung von pfändbaren Gegenständen mit hohen Kosten für Abholung/Transport, Lagerung und Veröffentlichung verbunden ist und somit § 803 Abs. 2 ZPO greift.

Dies führt bei den Gläubigern natürlich zum Ergebnis, dass die Gerichtsvollzieher „sowieso nur erfolglos vollstrecken“. Hier ist überhaupt keine Transparenz zwischen Gläubigern und der Tätigkeit der Gerichtsvollzieher vorhanden. Sicher-

lich ist dies auch ein Manko, was die tägliche Arbeit nicht unbedingt erleichtert. Die Werthaltigkeit der Gerichtsvollzieher-tätigkeit ist auch immer dann festzustellen, wenn Gläubiger gefragt werden, was sie glauben, wie viele Gelder die Gerichtsvollzieher in Deutschland pro Jahr betreiben. Die durchschnittliche Antwort liegt zwischen drei Millionen und fünfzig Millionen! Der positiv denkende Gläubiger traut den Gerichtsvollziehern auch schon mal dreihundert Millionen zu. Jeder ist dann positiv überrascht, wenn man feststellt, dass die Gerichtsvollzieher jährlich ca. 1,6 Milliarden Euro betreiben. Durch die Übertragung der eidesstattlichen Versicherung auf den Gerichtsvollzieher seit 1999 kann eine erhebliche Erhöhung der beigetriebenen Gelder im Gegensatz zu den Jahren davor festgestellt werden. Dies ist ein gutes Beispiel dafür, wie man die Zwangsvollstreckung druckvoll gestalten kann. Die beschränkte Möglichkeit der Einziehung von Raten nach § 806 b ZPO sollte die Gläubiger bei ihren Anträgen veranlassen, die Genehmigung zu erteilen, dass die sechs Monate ohne weiteres überschritten werden können, wenn es der Gerichtsvollzieher für notwendig erachtet. Unabhängig von dieser Möglichkeit der Antragsstellung ist hier eine gesetzliche Änderung unbedingt erforderlich. Der Gerichtsvollzieher muss die Anzahl und die Höhe der Raten mit dem Schuldner selbständig vereinbaren können. Die Ratenmodalitäten könnten gegebenenfalls mit den Gläubigern abgestimmt werden. Dies erhöht seinen Handlungsspielraum und dient gleichzeitig dem Gläubiger und dem Schuldner. Denn nur er kennt die aktuelle Situation des Schuldners und damit auch seine Möglichkeiten. Schon aus diesem einen Punkt ist zu erkennen, wie wenig Hintergrundwissen teilweise bei den Unternehmen über die Tätigkeit der Gerichtsvollzieher vorhanden ist. Eigentlich müsste mehr Identifikation vorhanden sein, denn schließlich sind es die Gerichtsvollzieher, die das Geld für die Gläubiger am Ende betreiben sollen.

Ein weiterer Schwerpunkt ist sicherlich die starke Arbeitsbelastung der Gerichtsvollzieher. Aber auch hier geht dieser Punkt wieder zu Lasten der Gläubiger und führt gerade bei Kleinbetrieben in nicht seltenen Fällen zur eigenen Insolvenz. Der Staat wäre gefordert, leistet aber aufgrund der leeren Kassen keine Abhilfe. Ein weiterer Nachteil besteht sicherlich auch in den beschränkten Möglichkeiten, geeignete Nachwuchskräfte zu finden.

Die Effektivität der Zwangsvollstreckung

Bei der Effektivität muss man aus meiner Sicht zwischen der rechtlichen Effektivität und dem Status des Gerichtsvollziehers unterscheiden.

Die rechtliche Effektivität muss den Gerichtsvollzieher in die Lage versetzen, möglichst schnell Informationen über den Schuldner zu erhalten. Dies bedeutet ein Zugriff auf alle amtlichen Verzeichnisse, z. B. das Einwohnermeldeamt, Kfz-Zulassungsstellen usw. Diese Möglichkeiten würden Zeit und Kosten für alle Beteiligten sparen. Eine Lockerung des Datenschutzes im Bezug auf die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers ist daher unbedingt notwendig. Ebenso halte ich eine Übertragung der Forderungspfändung, zunächst beschränkt auf Geldforderungen (§ 829 ZPO), auf den Gerichtsvollzieher für sehr richtig. Wenn man sich das heutige Verfahren ansieht, so geht bis zur Zustellung des Beschlusses sehr viel Zeit verloren, da der Umweg über das Vollstreckungsgericht beschritten werden muss.

Dieser Umweg erscheint absolut unnötig und unpraktikabel. Mit der kombinierten Antragstellung an den Gerichtsvollzieher, auch eine Forderungspfändung durchzuführen, könnte viel Zeit gespart werden und ein schnellerer Zugriff auf die Forderung des Schuldners erfolgen. Gleichzeitig würden die notwendigen Drittschuldnerdaten vom Gerichtsvollzieher richtig ermittelt werden können und es kann dadurch eine schnellere Zustellung erfolgen. Eine komplette Übertragung aller Forderungspfändungen auf den Gerichtsvollzieher sollte für die Zukunft jedoch nicht ausgeschlossen werden. Die Pfändungen anderer Rechte finden in der Praxis nicht sehr häufig statt, so dass diese Übertragung auf den Gerichtsvollzieher zunächst keine große Priorität besitzt und sollte aus meiner Sicht eher eng mit dem Thema der zukünftigen Ausbildung verknüpft werden.

Ein für mich weiterer wichtiger Punkt für die Effektivität in der Zwangsvollstreckung ist der Status des Gerichtsvollziehers. Dies können wir gerade auch aus der Zusammenarbeit mit den Gerichtsvollziehern aus Belgien und den Niederlanden sehr gut beurteilen.

Noch heute erhalten wir Nachrichten von Gerichtsvollziehern, die mit einer Schreibmaschine erstellt wurden. Schon innerhalb einer Sprechzeit ist es in vielen Fällen schwierig, den Gerichtsvollzieher zu erreichen, außerhalb seiner Sprechzeit ist es fast unmöglich. Solange sich der Gerichtsvollzieher aber beamtenrechtlich richtig verhält, werden auch keine Maßnahmen eingeleitet. Die Gerichtsvollzieher, die schon heute versuchen, eine unternehmerische Dienstleistung zu erbringen, werden durch das Dach des Beamtenstatus gebremst. Entweder weil die Vorschriften eines Beamten ihn daran hindern oder weil auch die Bürokostenentschädigung beamtenrechtlich geregelt ist.

Es wäre also absolut zu begrüßen, wenn der Gerichtsvollzieher durch Einführung eines freien Gerichtsvollziehersystems den Status eines Freiberuflers bekommen würde und somit unternehmerisch tätig sein könnte. Wenn der Gerichtsvollzieher Beamter bleiben muss, dann müssen die rechtlichen Voraussetzungen geschaffen werden, dass dieser Beruf die Anforderungen des Marktes erfüllen kann. Ich glaube jedoch, dass dies nicht lückenlos umgesetzt werden könnte.

Ich möchte hier nicht den Hinweis vergessen, dass dieses Ziel von den Gerichtsvollziehern bereits seit 1994 verfolgt wird und man sich auf dem Bundeskongress im Jahre 2003 eindeutig für ein freies Gerichtsvollziehersystem entschieden hat. Auch die Ansprache der damaligen Baden-Württembergischen Justizministerin zu diesem Thema war von großer Bedeutung.

Im Zuge der geplanten Justizreform wurde auch unter den Justizministern das Thema „Privatisierung der Gerichtsvollzieher“ diskutiert. Dabei wurde von einem Justizminister der privatisierte Gerichtsvollzieher mit einem „schwarzen Sheriff“ verglichen. Diese Äußerung habe ich schon mit einiger Verwunderung zur Kenntnis genommen.

Unabhängig von unterschiedlichen Auffassungen und Meinungen ist der grundsätzliche Vergleich von schwarzen Sheriffs mit dem Beruf und dem Stand sowie der Bedeutung des Gerichtsvollziehers und seiner Tätigkeit nicht passend.

Ein ebenso wichtiger Punkt wäre die Einführung der Zwangsvollstreckung aus einer Hand. Dies heißt, dass nur der Gerichtsvollzieher für die Realisierung von Forderungen zuständig sein sollte. Es macht wenig Sinn, wenn sich die unterschiedlichen Vollstreckungsbeamten gegenseitig das Geld „wegnehmen“, somit in Konkurrenz treten und den Schuldnern die Möglichkeit einer kompletten Regulierung ihrer Forderungen dadurch nehmen.

Das außergerichtliche Abwendungsverfahren durch den Gerichtsvollzieher

Der Deutsche Gerichtsvollzieherbund hat den Vorschlag unterbreitet, ein Abwendungsverfahren mit der Möglichkeit einer anschließenden Titulierung zu installieren und diese Tätigkeit auf den Gerichtsvollzieher zu übertragen. Ich gebe gerne zu, dass mir dieser Gedanke zum Anfang einige „Bauchschmerzen“ bereitet hat. Der Grund war nicht eine geringe Erfolgsaussicht für dieses Verfahren, sondern war darin begründet, dass ich eher praktische und organisatorische Probleme gesehen habe.

Mein Umdenken hat durch viele Gespräche, aber auch die Betrachtung der aktuellen und zukünftigen Gesetzeslage stattgefunden. Wenn man sich den Referentenentwurf zur Änderung der Insolvenzordnung ansieht, so ist vom Gesetzgeber auch geplant, das Verfahren der Kontenpfändung zu reformieren. Dies soll dann sogar dazu führen, dass der Schuldner die Aufhebung der Kontenpfändung beantragen kann, wenn auf dieses Konto überwiegend Einkünfte der in §§ 850 bis 850 b bezeichneten Art eingehen. Ebenso soll ein Pfändungsschutz für Altersrenten, die über Lebensversicherungen existieren, eingeführt werden. Weiterhin sollen im Jahre 2005 die Pfändungsfreigrenzen bei Lohnpfändungen erhöht werden. Wenn man die heutige Praxis der Forderungspfändungen betrachtet, so muss man sich die Frage stellen, welche Möglichkeiten hat dann ein Gläubiger überhaupt noch? Willkommen im Schuldnerparadies Deutschland!

Somit wird der Gerichtsvollzieher in Zukunft die letzte Hoffnung für die Gläubiger sein, um sein Geld für eine erbrachte Leistung zu erhalten. Aus diesem Grund ist die Einführung eines außergerichtlichen Abwendungsverfahrens mit der Möglichkeit einer Titulierung nur zu begrüßen. Mit diesem Verfahren kann der Gerichtsvollzieher bereits zu einem früheren Stadium als bisher versuchen, mit dem Schuldner eine positive Lösung zu finden. Weiterhin hätte er durch die Möglichkeit der Titulierung auch ein Druckmittel in der Hand und könnte die Ernsthaftigkeit der Situation gegenüber dem Schuldner dokumentieren.

Die nur außergerichtliche Tätigkeit wird bereits seit Jahrzehnten erfolgreich von der Inkassobranche betrieben. Das neue Rechtsanwaltsvergütungsgesetz ist darauf ausgerichtet, dass auch die Anwälte für eine außergerichtliche Erledigung höher vergütet werden und somit gezielt darauf hinarbeiten sollen. Somit würde das Abwendungsverfahren das Ziel der außergerichtlichen Erledigung sinnvoll ergänzen, und durch

die Möglichkeit der Titulierung durch den Gerichtsvollzieher würde es auch eindeutig zu einer (Kosten-)Entlastung der Gerichte kommen. Weiterhin wäre die Wahrscheinlichkeit größer, dass die Gläubiger eher ihr Geld bekommen.

Die Schlussfolgerung aus diesen Grundgedanken kann nur sein, dass alle Möglichkeiten der außergerichtlichen Erledigung zur Verfügung stehen müssen und somit auch der Gerichtsvollzieher in dieses Verfahren mit eingebunden werden muss. Die Zuständigkeit für das außergerichtliche Abwendungsverfahren mit anschließender Titulierung kann nur beim örtlich zuständigen, also dem Bezirksgerichtsvollzieher, liegen.

Der komplette Umfang des Abwendungsverfahrens muss sicherlich noch ausgiebig diskutiert werden, insbesondere die konkreten Pflichten und Aufgaben des Gerichtsvollziehers. Hierzu wäre ein Beispiel dahin gehend, wie sich der Gerichtsvollzieher zu verhalten hat, wenn er vom Gläubiger eine verjährte Forderung zur Beitreibung erhält? Oder wird er von der Verpflichtung der Verjährungskontrolle und damit Unterbrechung befreit?

Zu einer grundsätzlichen außergerichtlichen Tätigkeit durch einen Gerichtsvollzieher möchte ich gerne noch ein paar Sätze erwähnen. In verschiedenen Berichten wird die Meinung vertreten, dass eine außergerichtliche Tätigkeit durch einen Gerichtsvollzieher zu einer Wettbewerbsverzerrung führen würde. Es wird teilweise sogar von einer Angst in der Inkassobranche gesprochen. Diese Ansicht kann ich in keiner Weise teilen.

Aufgrund ihrer Tradition und wie sich die Inkassobranche in den letzten Jahren als Dienstleister aufgebaut hat, halte ich sie für viel zu stark, um Angst vor einer außergerichtlichen Tätigkeit durch einen Gerichtsvollzieher zu haben. Weiterhin bedeutet ein außergerichtliches Abwendungsverfahren durch einen Gerichtsvollzieher doch nicht, dass im Vorfeld keine Anwalts- oder Inkassomahnung erfolgen darf. Dies geschieht ja auch schon heute, vor Einleitung eines gerichtlichen Mahnverfahrens.

Auch das Argument, dass die außergerichtliche Mahnung mit dem Briefkopf eines Gerichtsvollziehers zur Verwirrung beim Schuldner führen könnte, greift aus meiner Sicht nicht. Grundsätzlich hätte dieser Briefkopf keine andere Wirkung als der Briefkopf eines Inkassobüros oder eines Anwalts. Nämlich dem Schuldner „optisch“ zu verdeutlichen, dass es Zeit wird zu reagieren, um sich weitere kostenauslösende Maßnahmen zu ersparen. Wer glaubt, die Schuldner könnten nicht unterscheiden, ob der Gerichtsvollzieher außergerichtlich tätig ist oder im Rahmen der Zwangsvollstreckung auftritt, der irrt aus meiner Sicht. Die Schuldner kennen heutzutage sehr gut die Abläufe und Beitreibungsformen, so dass nicht davon auszugehen wäre, dass der Schuldner nicht den Unterschied erkennen würde.

Wer argumentiert, dass die Gerichtsvollzieher dieses Verfahren nur für die Aufbesserung ihrer Einkommensverhältnisse haben möchten, verkennt das eigentliche Problem. Denn dieses Problem besteht darin, dass unser Vollstreckungssystem nicht ausreichend effektiv ist, um sich den heutigen und zukünftigen Anforderungen bei der Realisierung von Forderungen zu stellen und den wichtigen Wirtschaftskreislauf zu erhalten. Aus diesem Grunde geht es nur darum, das System positiv zu reformieren.

Ein fairer Wettbewerb auf einem freien Markt hat noch nie geschadet und wird es auch in Zukunft nicht.

Der Gerichtsvollzieher als Unternehmer

Der Gerichtsvollzieher als Freiberufler wäre gleichzeitig auch Unternehmer. Dies ist ein Eintritt in eine andere Welt, die auch erst bewältigt werden muss. Sie ist aber keine unüberwindbare Hürde, wenn man Spaß an seinem Beruf und an der Form des freien Unternehmers hat.

Der Gerichtsvollzieher müsste sich ab diesem Zeitpunkt um seine Kunden bemühen und sie mit seiner Dienstleistung zufrieden stellen, damit das außergerichtliche Abwendungsverfahren von den Gläubigern auch angenommen wird. Die Kundenzufriedenheit ist für alle Unternehmen ein entscheidender Faktor, um wirtschaftlich leben zu können. Die Zufriedenheit definiert sich aus unterschiedlichen Bereichen, jedoch gehören die Erreichbarkeit, die Sachstandsmitteilung und die statistischen Auswertungen auf jeden Fall dazu. Somit müssten organisatorische Abläufe geschaffen werden, damit der Kunde verständliche und regelmäßige Mitteilungen erhält.

Weiterhin sollte es dann aus meiner Sicht auch möglich sein, dass sich bei dieser Form mehrere Gerichtsvollzieher zu einem Unternehmen zusammenschließen könnten und dies z. B. in Form einer GmbH betreiben. Dass hier ein eventuelles Unternehmerrisiko gemeinsam getragen werden würde, ist eigentlich nur ein Nebeneffekt. Durch die Vielfältigkeit von neuen Aufgaben (Insolvenzverfahren, Tatsachenfeststellungen usw.) stellt sich auch die Frage, ob diese ganzen Tätigkeiten durch einen Gerichtsvollzieher zeitnah erledigt werden können. Denn die Anzahl der zu bearbeitenden Verfahren wird sich in erheblichem Maße erhöhen. Auch unter dem Gesichtspunkt, dass das außergerichtliche Abwendungsverfahren als weitere Tätigkeit hinzukommen würde. Weiterhin kann auch eine Spezialisierung in bestimmten Rechtsgebieten erfolgen. Die Einstellung von Gerichtsvollziehern als Mitarbeiter ist eine Lösung, der Zusammenschluss von Gerichtsvollziehern als Unternehmer eine andere.

Die Grundvoraussetzung für den Gerichtsvollzieher als Unternehmer ist die Einführung eines guten und praktischen EDV-Systems. Ohne diese Voraussetzung kann die zu erledigende Arbeit nicht zeitnah bewältigt werden und somit zu einer Kundenzufriedenheit führen.

Die Unternehmen müssen im außergerichtlichen Bereich die Möglichkeit haben, ihre Forderungen per Datenträger oder E-Mail zu übersenden. Das Programm des Gerichtsvollziehers muss eine automatische Aktenanlage, Statistiken oder Sachstandsberichte durchführen können. Bei einem Massengeschäft ist das automatische Verbuchen von Zahlungseingängen fast eine Voraussetzung. Auch diese Dinge müssen neben der schon vorhandenen Fachkompetenz für die Zukunft bedacht und rechtzeitig vorbereitet werden.

Zum Schluss

Grundsätzlich ist es zu begrüßen, dass im Bezug auf die Gerichtsvollzieher Tätigkeit ein Umdenken stattgefunden hat und Veränderungen eingeleitet werden sollen.

Gleichzeitig kann man nur hoffen, dass man bei diesem so wichtigen und entscheidenden Schritt nicht auf der Hälfte des Weges stehen bleibt. Wenn Veränderungen erfolgen sollen, so müssen diese mit aller Konsequenz durchgeführt und umgesetzt werden. Eine halbherzige Entscheidung dient weder dem System, noch den beteiligten Personen.

Auch die Einführung einer dann wirtschaftlich notwendigen Gebührenordnung stellt sich aus meiner Sicht in der Praxis als nicht problematisch dar. Wenn die Gläubiger eine fachgerechte und effektive Dienstleistung des Gerichtsvollziehers in Anspruch nehmen können und auch erhalten, so

wird diese Leistung auch entsprechend honoriert. Man sollte dennoch nicht den Fehler machen und glauben, dass es den Gerichtsvollziehern nur um das Geld geht. Hier geht es um das System für alle Beteiligten an sich und diese neuen Aufgaben müssten mit Investitionen und viel Arbeit aufgebaut werden. Weiterhin darf auch nicht die Kostentlastung der Länder oder die Schaffung von Arbeitsplätzen in den „Unternehmen“ Gerichtsvollzieherbüro vergessen werden.

Wir Deutschen tun uns bei gravierenden Systemveränderungen teilweise sehr schwer. Dadurch haben wir nicht nur die Aufgabe Systeme zu verändern, sondern müssen auch noch die zeitlichen Versäumnisse aufholen, um die Systeme marktgerecht zu gestalten. Insofern kann man nur hoffen, dass eine schnelle Umsetzung durch die Politik erfolgt.

Der Verfasser dieses Aufsatzes hatte die Möglichkeit, zu diesen Themen die engagierte Arbeit des Bundesverbandes der Gerichtsvollzieher und des Landesverbandes NRW persönlich kennen zu lernen. Ich hoffe, dass diese und die engagierte Tätigkeit aller Landesverbände eines Tages belohnt wird.

Auch wenn noch zu einzelnen Bereichen viel zu sagen wäre, so möchte ich zum Thema Aufbruch mit den Worten des neuen Bundespräsidenten schließen, der bei seiner Antrittsrede dazu sagte: „Warum bekommen wir den Ruck immer noch nicht hin? Weil wir alle noch immer darauf warten, dass er passiert. Jeder Einzelne hat Ideen, Sie und ich. Aber wir kämpfen nicht genug um ihre Verwirklichung. Wir alle warten.“

RECHTSPRECHUNG

§§ 129, 133 Abs. 1 InsO; 826, 823 Abs. 2 BGB; 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG

- a) **Zwangsvollstreckungshandlungen des Gläubigers sind ohne eine vorsätzliche Rechtshandlung oder eine ihr gleichstehende Unterlassung des Schuldners nicht nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar.**
- b) **Hat der Schuldner nur noch die Wahl, die geforderte Zahlung sofort zu leisten oder die Vollstreckung zu dulden, ist also jede Möglichkeit eines selbstbestimmten Handelns ausgeschaltet, fehlt es an einer Rechtshandlung des Schuldners im Sinne von § 133 Abs. 1 InsO.**
- c) **Die Anfechtung nach § 133 InsO kann nicht daraufgestützt werden, dass der Schuldner den Insolvenzantrag vorsätzlich verspätet gestellt und dadurch bewirkt hat, dass die Rechtshandlung des Gläubigers nicht in den von §§ 130 bis 132 InsO geschützten zeitlichen Bereich fällt.**
- d) **Veranlasst der Gläubiger den Schuldner, den Insolvenzantrag bewusst hinauszuzögern, um eine Anfechtung der Zwangsvollstreckungsmaßnahme nach § 131 InsO zu vermeiden, kommt eine Haftung gegenüber der Masse nach §§ 826, 823 Abs. 2 BGB in Betracht.*)**

**BGH, Urt. v. 10. 2. 2005
– IX ZR 211/02 –**

Aus den Gründen:

Der Kläger ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der H. GmbH, das auf Antrag der Schuldnerin vom 4. Mai 1999 am 22. Mai 1999 eröffnet wurde.

Am 27. Januar 1999 erließ das Finanzamt wegen Umsatzsteuerforderungen aus den Monaten Oktober und November 1998 in Höhe von 287 835,05 DM eine Pfändungs- und Einziehungsverfügung, die die Ansprüche der Schuldnerin aus der Geschäftsbeziehung mit der ... Bank betraf. Diese Verfügung wurde der Drittschuldnerin am 3. Februar 1999 zugestellt. Das Finanzamt setzte den Vollzug dieser Verfügung unter dem Vorbehalt des Widerrufs und gegen Zahlung von 100 000 DM aus. Darauf veranlasste die Schuldnerin am 4. Februar 1999 eine Überweisung der Bank an die Finanzkasse in dieser Höhe.

Der Kläger hat das Pfandrecht, die Zahlung sowie weitere Leistungen von insgesamt 33 013,76 DM aus dem Monat März 1999 ange-

fochten. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das beklagte Land hat die Berufung auf die Rückgewähr des am 4. Februar 1999 überwiesenen Betrages beschränkt und insoweit ein klageabweisendes Urteil des Oberlandesgerichts erwirkt. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Die Revision hat keinen Erfolg; denn die Anfechtungsklage ist in dem jetzt noch anhängigen Umfang nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Der Beklagte habe durch die Forderungspfändung ein nicht anfechtbares Pfändungspfandrecht erworben. Die Anfechtung dieser Rechtshandlung nach den §§ 130 bis 132 InsO sei ausgeschlossen; denn sie sei nicht innerhalb der letzten drei Monate vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden. Eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO scheide aus, weil es insoweit an einer Rechtshandlung des Schuldners fehle.

Ob der Geschäftsführer der Schuldnerin – wie der Kläger geltend mache – gesetzlich verpflichtet gewesen sei, den Insolvenzantrag spätestens im Laufe des Monats März zu stellen, und dies schuldhaft unterlassen habe, sei anfechtungsrechtlich unerheblich; denn das Gesetz habe die Berechnung der Anfechtungsfristen ausschließlich auf den Zeitpunkt bezogen, zu dem der Eröffnungsantrag beim Insolvenzgericht eingegangen sei. Das Unterlassen der Antragstellung sei keine Rechtshandlung im Sinne des Anfechtungsrechts. Anfechtbar seien vielmehr nur Willenserklärungen, die auf die Verwirklichung schuldrechtlicher oder dinglicher Verfügungen gerichtet seien. Das Unterlassen des Insolvenzantrags werde auch nicht von § 132 Abs. 2 InsO erfasst.

Eine Anfechtung der durch Überweisung bewirkten Leistung scheitere daran, dass diese Zahlung infolge des zuvor erlangten nicht anfechtbaren Pfändungspfandrechts keine Gläubigerbenachteiligung bewirkt habe.

Das Berufungsgericht hat eine Anfechtung des vom beklagten Land durch die Zwangsvollstreckung erworbenen Pfandrechts zutreffend verneint.

1. Das Pfandrecht ist nicht nach §§ 130 bis 132 InsO anfechtbar. Diese Vorschriften erfassen nur Rechtshandlungen in dem zeitlichen Bereich, der drei Monate vor Stellung des Insolvenzantrags beginnt. Das Pfandrecht beruht jedoch auf einer früher vorgenommenen Rechtshandlung.

*) amtlicher Leitsatz

a) Gemäß § 140 Abs. 1 InsO kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem die rechtlichen Wirkungen der Rechtshandlung eintreten. Bei Forderungspfändungen ist daher grundsätzlich auf die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner abzustellen (§ 829 Abs. 3 ZPO, § 309 Abs. 2 Satz 1 AO). Als der Pfändungsbeschluss der Drittschuldnerin zugeht, wies das dortige Konto der Schuldnerin ein Guthaben von mehr als 300 000 DM auf; es handelte sich also nicht um eine Pfändung in die „offene Kreditlinie“ (vgl. dazu BGHZ 157, 350; BGH, Urt. v. 17. 2. 2004 – IX ZR 318/01, WM 2004, 669). Die Rechtshandlung der Pfändung gilt daher als am 3. Februar 1999 – vor Beginn des Dreimonatszeitraums – vorgenommen.

b) Ob die Pfändung nur deshalb mehr als drei Monate vor dem Insolvenzantrag liegt, weil der Geschäftsführer der Schuldnerin seine Pflicht aus § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, bei Zahlungsunfähigkeit unverzüglich den Insolvenzantrag einzureichen, vorsätzlich verletzt hat, kann in diesem Zusammenhang offenbleiben. Die in den §§ 130 bis 136 InsO bestimmten Fristen sind gemäß § 139 InsO auf den realen Eingang des ersten zulässigen und begründeten Eröffnungsantrags bezogen. Nach der insoweit gegenüber der Konkursordnung unveränderten gesetzlichen Konzeption stellen der Eingang des Insolvenzantrags und die Eröffnung des Verfahrens anfechtungsrechtliche Fixpunkte dar, die für die rechtliche Beurteilung generelle Gültigkeit unabhängig davon besitzen, ob Einleitung und Eröffnung des Verfahrens schuldhaft verzögert worden sind. An dieser von Rechtsprechung und Literatur bisher einheitlich vertretenen Auffassung, die zweifelfrei dem Willen des Gesetzgebers entspricht, ist auch aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit festzuhalten.

2. Die Pfändung als einseitige Zwangsvollstreckungsmaßnahme des Gläubigers ist ohne eine damit in Zusammenhang stehende Rechtshandlung oder eine ihr gleichwertige Unterlassung des Schuldners (§ 129 Abs. 2 InsO) nicht nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar.

Diese bisher von der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGHZ 155, 75, 79; BGH, Urt. v. 30. 4. 1959 – VIII ZR 179/58, WM 1959, 891, 892 f.; v. 17. 7. 2003 – IX ZR 215/02, ZIP 2003, 1900, 1901; v. 29. 6. 2004 – IX ZR 258/02, NJW 2004, 2900, z. V. b. in BGHZ) und der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur (Braun/de Bra, InsO 2. Aufl. § 133 Rdnr. 6 f.; Breutigam in Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO § 133 Rdnr. 2; FK-InsO/Dauernheim, 3. Aufl. § 133 Rdnr. 6 f.; Gottwald/Huber, Insolvenzsrechts-Handbuch 2. Aufl. § 48 Rdnr. 4; Häsemeyer, InsO 3. Aufl. Rdnr. 21.79, 83; Kübler/Prütting/Paulus, InsO § 133 Rdnr. 3; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 133 Rdnr. 9; Uhlenbruck/Hirte, InsO § 133 Rdnr. 8; Bork ZIP 2004, 1684 ff.; zu § 31 KO: Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 31 Rdnr. 2; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzsätze 17. Aufl. § 31 KO Anm. 3) vertretene Auffassung wird neuerdings von *Kreft* (KTS 2004, 205, 216 ff.) und *Rendels* (ZIP 2004, 1289, 1294 ff.) in Frage gestellt. Dieser Kritik vermag der Senat jedoch nicht zu folgen.

a) Für die traditionelle Auffassung spricht schon der Wortlaut der Vorschriften. Während die Tatbestände der §§ 130, 131 InsO lediglich allgemein eine Rechtshandlung verlangen, diese demzufolge auch von einem Dritten ausgehen kann (MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rdnr. 35 m. w. N.), bezeichnet § 133 Abs. 1 InsO allein solche Rechtshandlungen als anfechtbar, die der Schuldner mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat. Schon dies deutet darauf hin, dass der Tatbestand ohne ein vom Schuldner gesteuertes Verhalten nicht erfüllt werden kann.

Dem wird entgegengehalten, der Gesetzgeber der Konkursordnung habe auch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen

des Gläubigers als Rechtshandlungen des Schuldners im anfechtungsrechtlichen Sinne angesehen (*Kreft* a. a. O. S. 219; *Marotzke* ZP 105, 451, 452). Dies mag zutreffen (vgl. *Hahn*, Materialien zur Konkursordnung S. 129 f.), doch beruht diese Ansicht auf einer rechtlichen Zuordnung der Vollstreckungshandlungen, aus der ein eigener Vorsatz des Schuldners nicht abgeleitet werden kann. Im Übrigen ist heute allgemein anerkannt, dass die Zwangsvollstreckung ausschließlich als Akt staatlicher Hoheitsgewalt erfolgt (vgl. BVerfGE 49, 252, 256; BGHZ 146, 17, 20). Gläubiger und Schuldner nehmen an dem Verfahren als Parteien teil, ähnlich wie im Zivilprozess. Der Vollstreckungszugriff des Gläubigers begründet zudem zwischen ihm und dem Schuldner eine gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art, aus der Sorgfaltspflichten gegenüber dem anderen Teil erwachsen (BGHZ 157, 195, 200; BGH, Urt. v. 30. 10. 1984 – VI ZR 25/83, NJW 1985, 3080, 3081). Demgemäß entsprach es bereits unter Geltung der Konkursordnung seit langem einhelliger Ansicht, dass allein eine gegen den Schuldner gerichtete Vollstreckungsmaßnahme kein Anfechtungsrecht nach § 31 Nr. 1 KO begründen kann (BGH, Urt. v. 10. 4. 1957 – V ZR 249/56, WM 1957, 1099, 1100; v. 30. 4. 1959 a. a. O.; Jaeger/Henckel, a. a. O. m. w. N.). Der Gesetzgeber der Insolvenzordnung hat – abgesehen davon, dass der irreführende Ausdruck „Absicht“ durch den Begriff „Vorsatz“ ersetzt wurde –, an der Struktur des in § 31 Nr. 1 KO normierten Anfechtungstatbestands, wie er allgemein verstanden wurde, nichts ändern wollen (vgl. Bundestagsdrucksache 12/2443 S. 160).

b) Die Differenzierung nach dem Urheber der Rechtshandlung ist sachlich geboten, weil sie der unterschiedlichen Zielrichtung und Struktur der Vorschriften der „besonderen Insolvenzanfechtung“ nach §§ 130 bis 132 InsO einerseits und der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO andererseits entspricht.

aa) Die Tatbestände der §§ 130 bis 132 InsO regeln die Anfechtbarkeit von Handlungen, die in der wirtschaftlichen Krise vorgenommen werden. Sie bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die materiellen Wirkungen der Insolvenz schon vor der formellen Eröffnung des Verfahrens eintreten. Wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat, verdrängt das System dieser Anfechtungsregeln in dem von ihnen abgedeckten zeitlichen Bereich das die Einzelzwangsvollstreckung beherrschende Prioritätsprinzip, wenn für die Gesamtheit der Gläubiger nicht mehr die Aussicht besteht, aus dem Vermögen des Schuldners volle Deckung zu erhalten. Dann tritt die Befugnis des Gläubigers zur zwangsweisen Durchsetzung seiner Ansprüche hinter dem Schutz der Gläubigersamtheit zurück (BGHZ 136, 309, 311 ff.; 155, 75, 80; 157, 350, 353; BGH, Urt. v. 11. 4. 2002 – IX ZR 211/01, NZI 2002, 378, 379). Im Rahmen der besonderen Insolvenzanfechtung wird den Gläubigern folglich die Pflicht zu wechselseitiger Rücksichtnahme auferlegt (Kübler/Prütting/Paulus, a. a. O. § 129 Rdnr. 4).

Wesentliches inhaltliches Merkmal dieser Tatbestände ist in erster Linie die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners; daneben kommt vor allem dem Eröffnungsantrag erhebliche Bedeutung zu (§ 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 132 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Wegen des engen Zusammenhangs mit der materiellen Insolvenz des Schuldners hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich dieser Vorschriften auf den Zeitraum bis zu drei Monaten vor dem Eingang des Eröffnungsantrags beschränkt. Der hier geltende Vorrang des Gleichbehandlungsgrundsatzes gegenüber dem Prioritätsprinzip hat zugleich zur Folge, dass eine Deckung oder Sicherung im Wege der Zwangsvollstreckung, die nicht früher als drei Monate vor Antragstellung erlangt wurde, inkongruent ist (BGHZ 136, 309, 311 ff.; 155, 75, 80; 157, 350, 353; BGH, Urt. v. 11. 4. 2002, a. a. O.).

Der Grundsatz, dass die Befugnis des Gläubigers, sich im Wege hoheitlichen Zwangs eine rechtsbeständige Sicherung oder Befriedigung für eine Forderung zu verschaffen, hinter dem Schutz der Gläubigergesamtheit zurücktritt, gilt jedoch nach dem System der Anfechtungsregeln nur für den von §§ 130 bis 132 InsO erfassten Zeitraum (BGHZ 155, 75, 80; BGH, Urt. v. 13. 5. 2004 – IX ZR 190/03, ZIP 2004, 1512, 1513). Aus dieser zeitlichen Eingrenzung folgt auf der anderen Seite, dass der einzelne Gläubiger außerhalb des von den Normen der besonderen Insolvenzanfechtung geschützten Zeitraums – entgegen der Ansicht von *Kreft* (a. a. O. S. 218) – bei der Verfolgung seiner Rechte gegen den Schuldner grundsätzlich keinen vom Anfechtungsrecht ausgehenden Beschränkungen unterliegt. Er braucht deshalb die Belange der Gläubigergesamtheit nicht zu beachten. Da dort das Prioritätsprinzip uneingeschränkt gilt, ist er selbst dann nicht gehindert, seine Ansprüche gegen den Schuldner zwangsweise durchzusetzen, wenn er ahnt oder weiß, dass dessen Vermögen nicht mehr ausreicht, alle Gläubiger zu befriedigen. Diese bewusste zeitliche Einschränkung des Vorrangs der Gläubigergleichbehandlung in den Tatbeständen der besonderen Insolvenzanfechtung (vgl. Bundestagsdrucksache 12/2443 S. 156 f.) hat der Richter hinzunehmen.

bb) Die Anfechtungsnorm des § 133 Abs. 1 InsO beruht auf einem vom Schutzzweck der §§ 130 bis 132 InsO ganz verschiedenen Ansatzpunkt. Sie steht nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der materiellen Insolvenz, sondern missbilligt bestimmte Verhaltensweisen des Schuldners (vgl. Bundestagsdrucksache 12/2443 S. 160; Erster Bericht der Insolvenzrechtskommission 1985, S. 417 f.). Die Vorschrift ist Ausdruck des Gedankens, dass ein Schuldner nicht berechtigt ist, vorsätzlich einzelne Gläubiger gegenüber anderen zu bevorzugen, soweit die ihnen gegenüber bestehenden Verpflichtungen gleichrangig sind. Sie schützt also das Interesse der Gläubiger daran, dass der Schuldner ihre prinzipiell gleichen Befriedigungschancen nicht beeinträchtigt. Zentraler Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Regelung ist hier der in einer Rechtshandlung zum Ausdruck gekommene Wille des Schuldners, den Anfechtungsgegner zum Nachteil anderer Gläubiger zu bevorzugen (vgl. MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, § 133 Rdnr. 12; Uhlenbruck/Hirte, a. a. O. § 133 Rdnr. 12; Jaeger/Henckel, a. a. O. § 31 Rdnr. 11). Nur der Leistungsempfänger, der diesen Vorsatz des Schuldners kennt, ist rückgewährpflichtig, wobei die Kenntnis der in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO genannten Tatsachen eine Vermutung für die Bösgläubigkeit begründet.

Allerdings kommt es nicht darauf an, dass die Initiative zu dem die Gläubiger benachteiligenden Handeln vom Schuldner ausgeht. Der Gläubiger, der mit der von § 133 Abs. 1 InsO geforderten Kenntnis den Schuldner zu einer die Gläubigergesamtheit benachteiligenden Rechtshandlung veranlasst, wird vom Schutzbereich der Vorschrift erfasst. Daher sind auch Leistungen, die der Schuldner in Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung zur Abwendung der ihm angekündigten Zwangsvollstreckung innerhalb oder außerhalb der ihm gesetzten Frist erbringt, nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar (BGHZ 155, 75). Dagegen ist es nicht möglich, den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners durch einen entsprechenden Vorsatz des Gläubigers zu ersetzen, weil eine darauf gestützte Anfechtung mit der Freiheit des vollstreckenden Gläubigers, die aus dem hier geltenden Prioritätsprinzip folgt, nicht vereinbar wäre. Diese Freiheit erlaubt es ihm grundsätzlich, seine Ansprüche zwangsweise durchzusetzen, obwohl er die dadurch eintretende Benachteiligung anderer Gläubiger kennt, soweit er die allgemeinen Regeln der §§ 823 ff. BGB sowie die in bestimmten Rechtsgebieten – etwa dem Wettbewerbsrecht – geltenden Spezialregeln beachtet.

c) Da in Fällen der Aufrechnung nach der Sonderregelung des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO nicht auf die Wirkung der Erklärung, sondern die Begründung der Aufrechnungslage abzustellen ist (vgl. BGH, Urt. v. 29. 6. 2004 – IX ZR 195/03, WM 2004, 1693, 1694 ff., z. V. b. BGHZ) und diese in der Regel auch auf einer Schuldnerhandlung beruht, gewinnt die Frage der Anfechtbarkeit einseitiger Gläubigerhandlungen nach § 133 Abs. 1 InsO nahezu ausschließlich für Zwangsvollstreckungsmaßnahmen Bedeutung. Gerade dort führt die beschriebene Abgrenzung zu einer sachgerechten Interessenabwägung, die Wertungswidersprüche vermeidet.

aa) Der Gläubiger, der außerhalb des von §§ 130 bis 132 InsO erfassten Zeitraums bei der Durchsetzung seiner Ansprüche die Interessen konkurrierender Gläubiger nicht zu beachten braucht, kann den Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO ohne eine Mitwirkung des Schuldners nicht erfüllen, weil das Anfechtungsrecht die Masse vor solchen Rechtshandlungen nicht schützen soll. Er nimmt daher bei früher als drei Monate vor Eingang des Insolvenzantrags durchgeführten Vollstreckungsmaßnahmen eigene Rechte wahr, die auch nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens Bestand haben. Könnten solche Handlungen nach § 133 Abs. 1 InsO angefochten werden, so wäre jede Vollstreckung, die im Laufe der letzten zehn Jahre vor dem Insolvenzantrag stattgefunden hat, mit dem Risiko der Anfechtung durch den Insolvenzverwalter behaftet. Dadurch würden vollstreckbare Titel rechtlich und wirtschaftlich nicht unerheblich entwertet. Die zwangsweise Durchsetzung von Rechten könnte in einer mit Sinn und Zweck der Zwangsvollstreckungsvorschriften schwer zu vereinbarenden Weise beeinträchtigt sein. Die Ausgrenzung einseitiger Gläubigerhandlungen aus dem Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO ist demzufolge geeignet, Zwangsvollstreckung und Gesamtvollstreckung in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen. Sie führt zu zwei klar abgegrenzten zeitlichen Bereichen, von denen einer durch den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, der andere dagegen durch das Prioritätsprinzip geprägt ist.

bb) Der Einwand, es sei nicht einzusehen, dass der Gläubiger, der sich den Vermögensvorteil durch eigenen Zugriff verschaffe, anfechtungsrechtlich günstiger gestellt werde als derjenige, der einen ihm vom Schuldner zugewandten Vermögensvorteil entgegennehme (*Kreft* a. a. O. S. 217 f.; *Marotzke* a. a. O. S. 453; *de Bra* LMK 2003, 451, 453), vermag diese Abgrenzung nicht in Frage zu stellen. Er berücksichtigt nicht hinreichend die vom Schutzzweck der §§ 130 bis 132 InsO grundlegend abweichende Zielrichtung des § 133 Abs. 1 InsO. Diese setzt ein verantwortungsgesteuertes Handeln gerade des Schuldners voraus. Nur wer darüber entscheiden kann, ob er die angeforderte Leistung erbringt oder verweigert, nimmt eine Rechtshandlung im Sinne des § 129 InsO vor. Diese Voraussetzungen sind zu bejahen, wenn der Schuldner zur Abwendung einer ihm angedrohten, demnächst zu erwartenden Vollstreckung leistet (vgl. BGHZ 155, 75, 83 f.). In diesem Falle ist er noch in der Lage, über den angeforderten Betrag nach eigenem Belieben zu verfügen. Er kann, statt ihn an den Gläubiger zu zahlen, ihn auch selbst verbrauchen, ihn Dritten zuwenden oder Insolvenzantrag stellen und den Gläubiger davon in Kenntnis setzen. Hat der Schuldner dagegen nur noch die Wahl, die geforderte Zahlung sofort zu leisten oder die Vollstreckung durch die bereits anwesende Vollziehungsperson zu dulden, ist jede Möglichkeit zu einem selbstbestimmten Handeln ausgeschaltet. Dann fehlt es an einer willensgeleiteten Rechtshandlung des Schuldners, wie sie § 133 Abs. 1 InsO voraussetzt.

d) Reine Gläubigerhandlungen der Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO zu unterwerfen, ist schließlich auch deshalb ausgeschlossen, weil dies im Ergebnis einer Erweiterung der An-

fechtungsnorm des § 130 Abs. 1 InsO über den Dreimonatszeitraum hinaus gleichkäm.

Wer bei Vornahme der Rechtshandlung die Benachteiligung der anderen Gläubiger im Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung will oder als mutmaßliche Folge erkennt und billigt, handelt mit Benachteiligungsvorsatz (BGHZ 124, 76, 81 f.; 131, 189, 195; 155, 75, 84; BGH, Urt. v. 18. 2. 1993 – IX ZR 129/92, WM 1993, 738, 739). Kennt der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, so weiß er auch, dass Leistungen aus dessen Vermögen die Befriedigungsmöglichkeit anderer Gläubiger vereiteln oder zumindest erschweren und verzögern. Mithin kennt ein solcher Gläubiger zugleich die Gläubigerbenachteiligung (vgl. BGHZ 155, 75, 85 f.; BGH, Urt. v. 17. 7. 2003, a. a. O. S. 1902; HK-InsO/Kreft, § 133 Rdnr. 23; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 133 Rdnr. 24 ff.). Jeder Gläubiger, der in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vollstreckt, hat folglich den Benachteiligungsvorsatz im Sinne von § 133 Abs. 1 InsO; denn der Senat bejaht in aller Regel beim Schuldner, der seine Zahlungsunfähigkeit kennt, den von der Norm vorausgesetzten subjektiven Tatbestand (vgl. BGHZ 155, 75, 84; BGH, Urt. v. 17. 7. 2003, a. a. O.; v. 13. 5. 2004 – IX ZR 190/03, WM 2004, 1587, 1588). Danach würde die Anfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO, wäre eine Rechtshandlung des Schuldners entbehrlich, schon dann durchgreifen, wenn der Gläubiger bei Durchführung der Zwangsvollstreckung Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hat, also unter denselben Voraussetzungen, wie sie § 130 Abs. 1 InsO fordert. Dieser Tatbestand wäre damit im praktischen Ergebnis auf zehn Jahre ausgedehnt. Eine solche Auslegung des § 133 Abs. 1 InsO stände in unvereinbarem Widerspruch zu den eindeutig normierten Grenzen des Anwendungsbereichs von § 130 Abs. 1 InsO.

e) Aus den Entscheidungen des erkennenden Senats zur Anfechtung von Zwangsvollstreckungshandlungen des Gläubigers nach § 30 Nr. 2 KO (BGHZ 128, 196) und nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO (BGHZ 143, 332) ergibt sich nichts, was die Anwendung von § 133 Abs. 1 InsO ohne ein vorsätzliches Handeln des Schuldners rechtfertigen könnte. Beide Urteile betreffen Vorschriften, die die Anfechtung nach Eintritt der materiellen Insolvenz des Schuldners regeln, ihrem Schutzzweck nach also allein mit §§ 130, 131 InsO vergleichbar sind. Die Erwägungen, aus denen der Senat dort die Notwendigkeit einer Mitwirkung des Schuldners an der anfechtbaren Rechtshandlung verneint hat, lassen sich damit auf die Auslegung von § 133 Abs. 1 InsO nicht übertragen.

3. Eine für die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO erforderliche Rechtshandlung oder ihr nach § 129 Abs. 2 InsO gleichstehende Unterlassung hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

Die Schuldnerin hat an der Pfändungsmaßnahme nicht mitgewirkt. Der Kläger behauptet nicht, dass sie die Aufhebung der Zwangsvollstreckung durch einen Rechtsbehelf hätte erwirken können. Allerdings trägt er vor, der Geschäftsführer der Schuldnerin sei gemäß § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verpflichtet gewesen, spätestens Ende Februar 1999 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, habe dies jedoch bewusst unterlassen, um die Finanzverwaltung milde zu stimmen. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies den Tatsachen entspricht; denn selbst ein Unterlassen des Insolvenzverfahrens in der Absicht, den Beklagten zum Nachteil der übrigen Gläubiger zu begünstigen, stellt – entgegen der von *Rendels* (ZIP 2004, 1289, 1294 ff.) vertretenen Ansicht – keine Rechtshandlung des Schuldners dar, auf die eine Insolvenzanfechtung gestützt werden könnte.

a) Als Unterlassung im Sinne von § 129 Abs. 2 InsO kommen bewusste und gewollte Willensbetätigungen nicht nur materiell-rechtlicher Art, sondern auch auf prozessuellem Gebiet in Betracht. Daher können insbesondere das Nichteinlegen eines Rechtsmittels ebenso wie das Unterlassen prozessualer Angriffs- und Verteidigungsmittel oder Einreden als Unterlassung nach § 133 InsO angefochten werden (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rdnr. 27; Jaeger/Henckel, a. a. O. § 29 Rdnr. 19).

b) Die Anfechtungstatbestände setzen jedoch jeweils voraus, dass eine andere Person durch die Rechtshandlung eine Vermögenszuwendung erhalten hat. In den Fällen der §§ 130, 131 InsO muss es sich um eine dem Insolvenzgläubiger gewährte Sicherung oder Befriedigung handeln. Der Tatbestand des § 133 InsO erfasst darüber hinaus auch Zuwendungen an andere Personen (MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 133 Rdnr. 6, 21; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 31 Rdnr. 14). Bezogen auf die Unterlassung bedeutet dies: Sie muss ursächlich dafür geworden sein, dass der Empfänger die durch einseitige Rechtshandlung begründete Vermögensmehrung, die die Masse benachteiligt, behalten konnte. Ein Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung beruht folglich nur dann auf einem Unterlassen im anfechtungsrechtlichen Sinne, wenn der Gläubiger bei Vornahme der dem Schuldner möglichen und von ihm bewusst vermiedenen Rechtshandlung den zwangsweise erworbenen Gegenstand nicht erlangt hätte oder ihn vor Insolvenzeröffnung hätte zurückgewähren müssen. Ohne diese ursächliche Verbindung zwischen der Unterlassung und der Gläubigerbenachteiligung fehlt es an der von § 133 InsO geforderten Rechtshandlung des Schuldners (*Bork* ZIP 2004, 1684, 1685; vgl. auch Jaeger/Henckel, a. a. O. § 29 Rdnr. 12).

c) Im Streitfall stand dem Schuldner keine rechtliche Möglichkeit zur Verfügung, das Pfandrecht des Beklagten vor Eröffnung des Verfahrens zu beseitigen. Der Insolvenzantrag konnte vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens in dieser Hinsicht nichts bewirken. Die Unterlassung von Handlungen, die nicht geeignet sind, dem Gläubiger das zwangsweise erwirkte Recht zu entziehen, ist nicht anfechtbar, weil sie keine Gläubigerbenachteiligung bewirkt.

Die Verzögerung des Insolvenzantrags hat sich anfechtungsrechtlich allein auf den Fristenlauf ausgewirkt, weil die in §§ 130 bis 136 InsO bestimmten Fristen am Tag des Eingangs bei Gericht ansetzen (§ 139 Abs. 1 InsO). Diese Rechtsfolge trifft indes alle Gläubiger in gleicher Weise, woraus deutlich wird, dass die vom Kläger der Schuldnerin zur Last gelegte Unterlassung nicht in dem anfechtungsrechtlich gebotenen Zusammenhang mit der Vermögensverschiebung steht, deren Rückgewähr der Kläger erstrebt.

d) Eine den Schutz der Masse beeinträchtigende Rechtsschutzlücke entsteht dadurch selbst dort nicht, wo der Schuldner in bewusstem Zusammenwirken mit dem Gläubiger den Eröffnungsantrag hinausschiebt, um eine Anfechtung des im Wege der Zwangsvollstreckung erlangten Erwerbs nach § 131 InsO auszuschließen. Soweit die Pflicht zur unverzüglichen Antragstellung besteht, ist deren Verletzung strafbewehrt (§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 401 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AktG, § 148 Abs. 1 Nr. 2 GenG). Der Gläubiger, der das Vertretungsorgan der Schuldnerin mit entsprechendem Vorsatz veranlasst, den Insolvenzantrag hinauszuzögern, haftet als Teilnehmer an einer Straftat (vgl. Scholz/Tiedemann, GmbHG 9. Aufl. § 84 Rdnr. 22 m. w. N.) gegenüber der Masse als Gesamtschuldner (§ 823 Abs. 2, § 830 BGB). Trifft den Schuldner keine Verpflichtung, einen Insolvenzantrag zu stellen, ist der Schutz der Masse durch § 826 BGB ausreichend gewährleistet. Arbeitet der Schuldner planmäßig mit einem Dritten zusammen, um sein wesentliches pfändbares Vermögen dem

Zugriff der Gläubiger zu entziehen und es sich selbst zu erhalten oder dem Dritten zuzuwenden, liegt regelmäßig eine sittenwidrige Schädigung vor (vgl. BGHZ 130, 314, 331 m. w. N.).

Der Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber den Tatbeständen aus unerlaubter Handlung greift hier nicht, weil das Verzögern des Insolvenzantrags keine von §§ 129 ff. InsO erfasste Rechtshandlung darstellt.

Da das Pfandrecht des Beklagten nicht anfechtbar ist, scheidet auch die Anfechtung der Überweisung vom 4. Februar 1999.

1. Hat der Gläubiger ein anfechtungsfestes Pfandrecht erworben, so braucht er davon gedeckte Zahlungen nicht zurückzugewähren, weil sie die Gläubiger nicht benachteiligen (BGHZ 157, 350, 355; BGH, Urt. v. 21. 3. 2000 – IX ZR 138/99, ZIP 2000, 898).

2. Dies sieht im Ansatz auch die Revision. Sie meint jedoch, die Überweisung sei deshalb anfechtungsrechtlich anders zu beurteilen, weil sie erst aufgrund einer Absprache, wonach die Vollziehung der Pfändungs- und Überweisungsverfügung gegen Zahlung von 100 000 DM ausgesetzt wurde, von der Schuldnerin vorgenommen worden sei.

Dem ist jedoch nicht zu folgen. Die Aussetzung der Vollziehung hat auf den Bestand des Pfandrechts keinen Einfluss. Die Zahlung war daher durch dieses Pfandrecht gedeckt; sie ist auf dieses Pfandrecht aus der vom Beklagten gepfändeten Forderung geleistet worden. Für eine vom Bestehen des Pfandrechts unabhängige Zahlung fehlt nach den tatrichterlichen Feststellungen und dem Parteivortrag in den Vorinstanzen jeder Anhaltspunkt.

Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden; denn der Kläger hat keine Tatsachen vorgetragen, die geeignet sein können, eine Strafbarkeit der für den Beklagten tätig gewordenen Finanzbeamten nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG i. V. m. §§ 26, 27 StGB oder eine Haftung des Beklagten nach § 826 BGB zu begründen. Die Revision rügt in dieser Hinsicht auch nichts.

§§ 885, 887 ZPO; 180 GVGA

Die Beseitigung von auf einem Grundstück gelagerten großer Mengen Abfalls gehen über der dem Gerichtsvollzieher im Rahmen der Herausgabevollstreckung obliegende „Wegschaffen von beweglichen Sachen“ hinaus und ist nach § 887 ZPO zu vollstrecken.

**I. LG Limburg an der Lahn, Beschl. v. 20. 4. 2004
– 7 T 352/03 –**

**II. BGH, Beschl. v. 25. 6. 2004
– IXa ZA 9/04 –**

Aus den Gründen:

I.

Die Schuldner, die den Gewerbebetrieb – unter anderem Aufkauf von Abfallprodukten anderer Firmen und Durchführung von gewissen Recyclingarbeiten – am 9. 9. 1999 einstellen, sind durch das für vorläufig vollstreckbar erklärte Versäumnisurteil des Landgerichts verurteilt worden, als Gesamtschuldner das Außengelände des Anwesens sowie das auf dem Gelände befindliche Lagergebäude (ehemaliger Sägemehlbunker) zu räumen und an den Gläubiger herauszugeben.

Das Amtsgericht bewilligte dem Gläubiger für die Zwangsvollstreckung Prozesskostenhilfe, soweit die Zuständigkeit des Amtsgerichts gegeben ist.

Mit Schriftsatz vom 6. 1. 2003 ließ der Gläubiger durch seine Verfahrensbevollmächtigten dem Gerichtsvollzieher den Auftrag erteilen, die Zwangsvollstreckung durch Räumung des im Titel näher bezeichneten Objekts und Herausgabe an die Gläubiger zu betreiben.

Mit Schreiben vom 8. 4. 2003 lehnte der Gerichtsvollzieher die Zwangsäumung ab, da er für weitere Maßnahmen, insbesondere die Entsorgung der auf dem Gewerbegebäude lagernden unterschiedlichen Abfallstoffe nicht befugt sei. Es handele sich nach Augenscheinnahme und Aktenlage offensichtlich nur um Müll.

Die Entsorgung könne nicht als eine Vollstreckungsmaßnahme angesehen werden. Es würde zudem ersichtlich zu weit gehen, wenn die Allgemeinheit für die nicht unerheblichen Kosten aufkommen müsse.

Dagegen richtet sich die Erinnerung des Gläubigers. Es sei nicht einmal klar, wieviel und ob überhaupt alles, was sich auf dem Außengelände befindet, als Müll zu bezeichnen sei. Unter anderem sei es Aufgabe der Insolvenzschuldner gewesen, Abfallprodukte aufzukaufen und gewisse Recyclingarbeiten durchzuführen. Die Gegenstände hatten daher und hätten vermutlich zumindest noch zum Teil einen Wert. Über den tatsächlichen Verkaufswert könne aber nichts gesagt werden. Der Gerichtsvollzieher dürfe die Zwangsäumung nicht mit den hohen Kosten ablehnen. Er, der Gläubiger, sei nicht in der Lage, die Kosten aufzubringen.

Mit Beschluss vom 15. 10. 2003 hat das Amtsgericht die Erinnerung zurückgewiesen. Da der Abtransport des Räumungsgutes wegen der hohen Kosten wirtschaftlich nicht vertretbar erscheine, könne die Räumung dadurch erfolgen, dass der Gerichtsvollzieher die Schuldner aus dem Besitz setze und die beweglichen Sachen der Schuldner, deren Verwertung zumindest teilweise als möglich erscheine, in Verwahrung nehme.

Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Gläubigers. Die Räumungsvollstreckung sei durchzuführen. Sie sei auch in der begehrten Art und Weise durch Entfernung der auf dem Grundstück befindlichen beweglichen Sachen auszuführen. Nach jahrelanger Lagerung sei wohl nicht davon auszugehen, dass noch verwertbare Gegenstände auf dem Grundstück befindlich seien. Der wesentliche Teil der Gegenstände, wenn nicht sogar der gesamte Bestand, stelle Müll dar und sei damit ohne Wert. Unabhängig davon müsse der Gerichtsvollzieher bei seiner Ermessensausübung ohnehin danach differenzieren, welche Gegenstände von Wert seien und damit in die Pfandkammer verbracht werden müssten und welche nicht. Er, der Gläubiger, sei jedenfalls nicht verwahrungsbereit. Der Rest, nämlich Müll und wertloses Gerümpel, seien zu entfernen. Das Amtsgericht hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen.

Die in formeller Hinsicht unbedenkliche sofortige Beschwerde des Gläubigers führt in der Sache zu einem Teilerfolg.

Der Gerichtsvollzieher war anzuweisen, die Schuldner aus dem Besitz des Außengeländes des Anwesens ... sowie des auf dem Gelände befindlichen Lagergebäudes (ehemaliger Sägemehlbunker) zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen (§ 885 Abs. 1 ZPO).

Bei einem nach § 885 ZPO zu vollstreckenden Titel auf Räumung eines Grundstücks hat der mit der Räumung beauf-

tragte Gerichtsvollzieher die Schuldner „aus dem Besitz zu setzen“, d. h. von dem Grundstück zu entfernen und den vollstreckenden Gläubiger in den Besitz einzuweisen (§ 885 Abs. 1 ZPO). Dass die Schuldner den Besitz an dem streitgegenständlichen Grundstück aufgegeben haben, ist nicht anzunehmen. Zur Aufgabe des Besitzes genügt nicht der bloße Aufgabewille. Der Besitz kann nur durch eine vom Aufgabewillen getragene, äußerlich erkennbare Handlung aufgegeben werden (BGH NJW 1979, 714 f., zitiert in Juris). Einen Aufgabewillen haben die Schuldner schon nicht kundgetan. Er wird auch nicht darin erkennbar, dass sie den Gewerbebetrieb am 9. 9. 1999 einstellen und das streitgegenständliche Grundstück seither nicht anderweitig nutzen. Dies ist nämlich auf wirtschaftliche Erwägungen zurückzuführen.

Der Gerichtsvollzieher hat ferner fünf Lkw-Auflieger und einen LKW-Anhänger (3 Achsen) wegzuschaffen.

Selbst wenn eine Dereliktion dieser beweglichen Sachen durch die Schuldner vorläge, sind sie vom Gerichtsvollzieher wegzuschaffen. Er hat nämlich nicht nur im Eigentum/Besitz der Schuldner stehende bewegliche Sachen zu beseitigen, sondern auch die dritter Personen (Münch-Komm.-*Schilken*, ZPO, Bd. 3, 1992, § 885 Rdnr. 22) und damit auch herrenlose bewegliche Sachen. Die fünf Lkw-Auflieger und der eine Lkw-Anhänger sind wegzuschaffen und den Schuldnern oder ihrer „Vertrauensperson“ zur Verfügung zu stellen oder, falls die Schuldner oder ihre Vertrauensperson nicht bei der Räumung anwesend sind, außerhalb des Grundstücks in Verwahrung zu bringen (§ 885 Abs. 2 und 3 ZPO), da der Gläubiger auf dem Grundstück nicht verwahrberet ist.

Den weitergehend auf dem Grundstück lagernden Abfall – Iso-Material, teilweise mit Gummiteilen durchmischt, Schläuche, Altreifen, Ölradiatoren, Verbundmaterial, Abfallgemisch, Mahlgut, Bodenaushub mit Siedlungsabfällen durchmischt, Bahnschwellen, geschreddertes Holz mit Bahnschwellenanteil, Holz, Holzkisten, Paletten, Maschinen, Zerkleinerer und Wohnwagen – hat er nicht zu beseitigen.

Dieser Abfall ist – teilweise – mit dem Grundstück fest verbunden und mit Bewuchs, wie insbesondere Sträuchern, durchwachsen. Hinsichtlich der großen Mengen Abfall und des Standorts der Gebäude wird auf das als Anlage zu diesem Beschluss beigefügte Gutachten des Sachverständigen Bezug genommen.

Der Gerichtsvollzieher muss nicht dafür Sorge tragen, dass das Grundstück in „vertragsgemäßem Zustand“ an den Gläubiger „zurückgegeben“ wird. Zwar sind die Schuldner aufgrund des Mietvertrages verpflichtet, die von ihnen angemietete Fläche dem Gläubiger in dem Zustand zurückzugeben, in dem sie sich bei Beginn der Mietzeit befunden hat, jedoch begründet diese vertragliche Verpflichtung der Schuldner nicht eine Pflicht des Gerichtsvollziehers, auch auf der vermieteten Fläche von den Schuldnern (oder Dritten) errichtete Gebäude oder Anlagen abzubauen oder entfernen zu lassen. Derart aufwendige Maßnahmen sind nicht mehr Aufgabe des Gerichtsvollziehers, sondern sind nach § 887 ZPO zu vollstrecken, wobei hier offen bleiben kann, ob ein bloßer Räumungs- und Herausgabebetitel insoweit ausreicht (OLG Düsseldorf, MDR 2000, 414 f., zitiert in Juris). Die Beseitigung der immensen Gebäude ist dem Abbruch und der Beseitigung einer Baracke oder einer sonstigen Anlage mindestens gleichzusetzen und geht über das dem Gerichtsvollzieher nach § 885 ZPO obliegende „Wegschaffen“ hinaus (OLG Düsseldorf a. a. O.). Hinzu kommt, dass die Entsorgung/Verwertung des nach der Geländeoberfläche vermessenen und von der Haufenoberfläche beurteilten Abfalls nach der vom Regierungspräsidium, Abteilung Staatliches Umweltamt, bestätigten Schätzung des

Sachverständigen voraussichtlich rund 409 000 Euro (rund 800 000 DM) betragen wird und damit die Kosten eines Abbruchs und der Beseitigung einer Baracke oder einer sonstigen Anlage sogar übersteigt.

Im Hinblick auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsache war die Rechtsbeschwerde zuzulassen (§ 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 ZPO).

II.

Der Antrag des Gläubigers, ihm für die Durchführung des Rechtsbeschwerdeverfahrens gegen den Beschluss der 7. Zivilkammer des Landgerichts Limburg an der Lahn vom 20. April 2004 Prozesskostenhilfe zu bewilligen, wird zurückgewiesen.

Die beabsichtigte Rechtsverfolgung hat aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 114 ZPO).

Es bestehen bereits erhebliche Zweifel, ob dem auf Räumung und Herausgabe des Grundstücks lautenden Versäumnisurteil überhaupt ein vollstreckbarer Anspruch des Gläubigers auf Beseitigung der auf dem Grundstück gelagerten großen Mengen Abfall entnommen werden kann. Jedenfalls geht die aufwändige und kostenintensive (Kostenvoranschlag: 409 000 Euro) Beseitigung über das dem Gerichtsvollzieher im Rahmen der Herausgabevollstreckung gemäß § 885 ZPO obliegende „Wegschaffen von beweglichen Sachen“ hinaus. Ein solcher Beseitigungsanspruch wäre nach § 887 ZPO zu vollstrecken (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 2004 – IXa ZB 328/03, zur Veröffentlichung bestimmt).

Anmerkung der Schriftleitung:

Der Beschluss des BGH vom 19. März 2004 – IXa ZB 328/03 wurde in der DGVZ 2004/6, S. 88 ff. veröffentlicht.

§ 50 ZPO; Art. 43, Art. 48 EG-Vertrag

Eine Gesellschaft, die unter dem Sitz der im EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit steht, ist berechtigt, ihre vertraglichen Rechte in jedem Mitgliedsstaat geltend zu machen, wenn sie nach einer eventuellen Verlegung ihres Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedsstaat weiterhin ihren satzungsgemäßen Sitz hat, hinsichtlich des geltend gemachten Rechts rechtsfähig ist.*)

**BGH, Beschl. v. 13. 3. 2003
– VII ZR 370/98 –**

Aus den Gründen:

Die Klägerin macht gegen die Beklagte Ansprüche wegen behaupteter Mängel von Malerarbeiten geltend.

Die Klägerin ist eine seit 1990 im Handelsregister für A. und H. als „Besloten Vennootschap“ (BV) eingetragene Gesellschaft niederländischen Rechts. Sie beauftragte die Beklagte 1992 mit der Sanierung eines Garagengebäudes und des dazu gehörigen Motels. Die Leistungen sind erbracht. Die Klägerin behauptet Mängel der Malerarbeiten. Nach erfolgloser Mängelbeseitigungsaufforderung hat sie mit der Klage 1 163 657,77 DM nebst Zinsen als Kostenaufwand für die Beseitigung der Mängel und daraus entstandener Schäden verlangt. Hilfsweise hat sie beantragt festzustellen, dass in gewillkürter Prozessstandschaft ihr Mehrheitsgesellschafter in den Rechtsstreit eingetreten ist und die Beklagte zu verurteilen, an diesen die Klagesumme zu zahlen.

*) amtlicher Leitsatz

Die Parteien streiten u. a. darüber, ob die Klägerin 1994/1995 ihren Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland verlegt hat und ob sie in diesem Fall rechts- und parteifähig ist. Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Klägerin sei nicht rechts- und damit auch nicht parteifähig. Für die Frage der Rechtsfähigkeit einer juristischen Person sei deren Personalstatut entscheidend. Das Personalstatut knüpfe nach deutschem internationalem Privatrecht an den tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung an. Das gelte auch in den Fällen, in denen eine nach dem Recht des Gründungsstaates gegründete Gesellschaft ihren Verwaltungssitz auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland verlege. Diese Anknüpfungsregel (Sitztheorie) werde durch die im EG-Vertrag geregelte Niederlassungsfreiheit nicht verdrängt.

Die Klägerin habe ihren Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland verlegt. 1994/95 hätten ihre jetzigen, in D. wohnenden Gesellschafter alle Geschäftsanteile erworben. Von diesem Zeitpunkt an sei die Verwaltung und Geschäftsführung der Gesellschaft faktisch von der Bundesrepublik aus erfolgt.

Die Hilfsanträge hätten keinen Erfolg. Sie seien abzuweisen, weil der Prozessstandschafter nur für eine rechts- und parteifähige Person auftreten könne.

II. Der Senat hat das Verfahren ausgesetzt und eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs gemäß Art. 234 Abs. 1 a, Abs. 3 EG eingeholt. Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 5. November 2002 – Rs. C-208/00 (Überseering) (NJW 2002, 3614 = NZG 2002, 1164 = EuZW 2002, 754) die vorgelegten Fragen wie folgt beschieden:

1. Es verstößt gegen die Artikel 43 EG und 48 EG, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsgemäßen Sitz hat, gegründet worden ist und von der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt hat, in diesem Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit vor seinen nationalen Gerichten für das Geltendmachen von Ansprüchen aus einem Vertrag mit einer in diesem Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft abgesprochen wird.

2. Macht eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch, so ist dieser andere Mitgliedstaat nach den Artikeln 43 EG und 48 EG verpflichtet, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt.

III. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Die Klage ist zulässig. Die Klägerin ist als niederländische Gesellschaft (BV) fähig, die durch den Generalübernehmervertrag mit der Beklagten erworbenen Rechte vor den deutschen Gerichten geltend zu machen.

1. Nach der bisherigen Rechtsprechung zum deutschen internationalen Gesellschaftsrecht beurteilt sich die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft nach dem Recht am Ort ihres tat-

sächlichen Verwaltungssitzes. Das gilt auch dann, wenn eine Gesellschaft in einem anderen Staat wirksam gegründet worden ist und anschließend ihren Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland verlegt. Daraus hat das Berufungsgericht konsequent abgeleitet, dass eine wirksam gegründete und nach niederländischem Recht fortbestehende BV nach Verlegung ihres Verwaltungssitzes in die Bundesrepublik Deutschland ihre vertraglichen Rechte vor deutschen Gerichten nicht durchsetzen kann, solange sie sich nicht nach den Regeln des deutschen Gesellschaftsrechts neu gegründet hat (vgl. Beschluss des Senats vom 30. März 2000 – VII ZR 370/98, m. w. N., EuZW 2000, 412 = IPRax 2000, 423 = NZG 2000, 926 = BauR 2000, 1222 = ZfBR 2000, 404).

2. Dieses Ergebnis ist mit der in Art. 43 und 48 EG garantierten Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar. Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass das Erfordernis, die Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland neu zu gründen, der Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich kommt (EuGH, a. a. O., Tz. 81). Es stellt eine mit den Art. 43 und 48 EG grundsätzlich nicht vereinbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn ein Mitgliedstaat sich u.a. deshalb weigert, die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, anzuerkennen, weil die Gesellschaft im Anschluss an den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile durch in seinem Hoheitsgebiet wohnende eigene Staatsangehörige ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlegt haben soll, mit der Folge, dass die Gesellschaft im Aufnahmemitgliedstaat nicht zu dem Zweck parteifähig ist, ihre Ansprüche aus einem Vertrag geltend zu machen, es sei denn, dass sie sich nach dem Recht dieses Aufnahmestaats neu gründet (EuGH, a. a. O., Tz. 82).

3. Diese Auslegung der Art. 43 und 48 EG ist für den Senat bindend. Sie verpflichtet zu einer Rechtsanwendung, die nicht zu der beanstandeten Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führt (*Forsthoff*, DB 2002, 2471, 2474).

a) Diese Rechtsanwendung lässt sich nicht damit erreichen, dass die Klägerin nach deutschem Recht nach Verlegung des Verwaltungssitzes jedenfalls eine rechtsfähige Personengesellschaft und damit als solche vor den deutschen Gerichten aktiv und passiv parteifähig ist (vgl. BGH, Urteil vom 1. Juli 2000 – II ZR 380/00, BGHZ 151, 204 = NJW 2002, 3539). Denn die Klägerin hat nicht als Personengesellschaft ihre Rechte geltend gemacht und geklagt, sondern als niederländische BV. Sie hat damit von ihrer durch den EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht. Das zwingt dazu, die Rechtsfähigkeit der Klägerin als niederländische BV zu achten (EuGH, a. a. O., Tz. 80, 95). Sie kann nicht auf ihre Möglichkeiten als nach deutschem Recht anerkannte Personengesellschaft verwiesen werden, weil sie damit in eine andere Gesellschaftsform mit besonderen Risiken, wie z. B. Haftungsrisiken, gedrängt wird. Eine derartige Verweisung würde sich ebenfalls als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellen, wie der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes unmissverständlich entnommen werden kann (vgl. *Forsthoff*, DB 2002, 2471, 2476; *Leible/Hofmann*, RIW 2002, 925, 929; *Zimmer*, BB 2003, 1, 5; *Lutter*, BB 2003, 7, 9; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233, 2238; *Heidenhain*, NZG 2002, 1141, 1142; *Großrichter*, DStR 2003, 1, 15; *Wernicke*, EuZW 2002, 758, 761; *Bück*, WuB II N. § 14 BGB 1.03).

b) Die Klägerin muss in die Lage versetzt werden, nach einer Verlegung ihres Verwaltungssitzes in die Bundesrepublik Deutschland ihre vertraglichen Rechte als niederländische BV geltend machen zu können. Das erfordert es, die Klägerin nach deutschem internationalem Gesellschaftsrecht hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit dem Recht des Staates zu unterstellen, in

dem sie gegründet worden ist. Eine Gesellschaft, die unter dem Schutz der im EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit steht, ist berechtigt, ihre vertraglichen Rechte in jedem Mitgliedstaat geltend zu machen, wenn sie nach der Rechtsordnung des Staates, in dem sie gegründet worden ist und in dem sie nach einer Verlegung ihres Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat weiterhin ihren satzungsmäßigen Sitz hat, hinsichtlich des geltend gemachten Rechts rechtsfähig ist.

c) Die Parteifähigkeit der Klägerin beurteilt sich nach der *lex fori*, also nach deutschem Prozessrecht. Gemäß § 50 Abs. 1 ZPO ist eine Gesellschaft parteifähig, wenn sie rechtsfähig ist. Auch insoweit ist das dargestellte Personalstatut maßgebend.

4. Im Rechtsstreit steht nicht in Zweifel, dass die Klägerin nach niederländischem Recht wirksam gegründet ist, ihren satzungsmäßigen Sitz in den Niederlanden hat und dort rechtsfähig ist. Sie ist deshalb auch befugt, ihre vertraglichen Rechte in der Bundesrepublik Deutschland geltend zu machen und gerichtlich durchzusetzen.

IV. Das Urteil ist demnach aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Zum Anspruch fehlen im angefochtenen Urteil jegliche Feststellungen.

Anmerkung:

Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 5. 11. 2002 (NJW 2002, 3614) und der vorstehend abgedruckten Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist die Private Limited-Company englischen Rechts in Deutschland im Vordringen begriffen. Es ist verständlich, dass Personen, die ein Unternehmen eröffnen, dabei aber keine persönlichen Risiken eingehen möchten und auch keine größeren Geldmittel einsetzen wollen oder können, diesen Weg wählen, nachdem das EU-Recht ihn eröffnet hat. In der Literatur wird die Gründung eines solchen Unternehmens von Deutschland aus zwar als schwierig bezeichnet (vgl. Silja Maul und Claudia Schmidt in Betriebsberater 2003, S. 2297), wer aber einen Blick ins Internet wirft, erfährt, dass es inzwischen ein Heer von Anwälten und Steuerberatern gibt, die den Weg zur Gründung und Eintragung einer Limited mit einem geringen Kostenaufwand (259,- Euro) in kürzester Zeit ebnen und auch einen in England ansässigen Sekretär vermitteln, der dort die formellen Dinge (Behördengänge, Erklärungen, pp.) gegen ein erträgliches Entgelt auf Dauer regelt und in dieser Eigenschaft für viele Unternehmen gleichzeitig tätig ist. In der Mobilzwangsvollstreckung stellt die Limited zwar bisher noch kein erkennbares Problem dar, jedoch ist zu erwarten, dass Vollstreckungen gegen solche Unternehmen in absehbarer Zeit vermehrt auftreten, sodass es angebracht ist, dass die Gerichtsvollzieher sich informieren und hierauf einstellen, obwohl noch nicht alles bis ins Letzte ausgelotet ist.

Auf die Limited ist das am Sitz ihrer Niederlassung geltende Recht anzuwenden, soweit es sich um Rechtsfragen handelt, die ihre Geschäftstätigkeit betreffen. Nur für interne Streitigkeiten unter den Gesellschaftern sind die Gerichte des Gründungsstaates zuständig (vgl. Holger Altmeyers und Jan Wilhelm in „Der Betrieb“, 2004, S. 1093). Das Amtsgericht Hamburg kommt in seiner Entscheidung vom 14. 5. 2003 – 67 g IN 358/02 – (Betriebsberater, 2003, S. 1457) zu dem Ergebnis, dass die Limited insolvenzfähig ist. Die Haftungsfrage entspricht weitgehend den für die GmbH geltenden Regeln (vgl. Schumann in „Der Betrieb“, 2004, S. 743 ff.) Der Geschäftsführer der Limited haftet ebenso wie der GmbH-Geschäftsführer nur dann persönlich, wenn er seine Pflichten vernachlässigt und dadurch die Gläubiger des Unternehmens schädigt.

Obergerichtsvollzieher a. D. Theo Seip, Limburg/Lahn

§§ 91, 788 ZPO; 109 GVGA

Unterhält die Gläubigerin eine eigene mit der Zwangsvollstreckung beauftragte Rechtsabteilung, so handelt es sich bei den für die Zuziehung eines Rechtsbeistandes entstandenen Kosten nicht um notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung.

**I. AG Donaueschingen, Beschl. v. 12. 3. 2002
– 14 M 304/02 –**

**II. LG Konstanz, Beschl. v. 10. 12. 2004
– 10 T 466/04 –**

**III. AG Karlsruhe, Beschl. v. 3. 2. 2004
– 7 M 18593/03 –**

**IV. AG Heilbronn, Beschl. v. 8. 7. 2004
– 11 M 14569/03 –**

**V. AG Heidelberg, Beschl. v. 9. 9. 2004
– 1 M 20/04 –**

I. Aus den Gründen:

(AG Donaueschingen)

Gemäß § 788 ZPO sind nur die dem Schuldner zur Last fallenden notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung (§ 91 ZPO) zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beizutreiben. Die Notwendigkeit bestimmt sich für Art und Umfang der Vollstreckungsmaßnahmen nach den Erfordernissen zweckentsprechender Rechtsverfolgung. Zutreffend verweist die Gläubigerin darauf, dass auch in der Zwangsvollstreckung die Maßnahmen zur Wahrung der Gläubigerrechte so einzurichten sind, dass die Kosten möglichst niedrig gehalten werden (Zöller/Stöber, ZPO, 23. Aufl., 2002 § 788 Rdnr. 9). Im vorliegenden Fall war – wie der zuständige Gerichtsvollzieher zu Recht festgestellt hat – die Zuziehung eines Rechtsbeistandes zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (§ 91 Abs. 2 ZPO) nicht notwendig. Bei der Gläubigerin handelt es sich um eine größere, am internationalen Wirtschaftsgeschehen teilnehmende Versicherungsgesellschaft mit einer eigenen Vollstreckungsabteilung, die in der Lage sein wird, eine Forderung über 409,80 DM selbst einzutreiben. Gründe für die Zuziehung eines Rechtsbeistandes sind nicht ersichtlich. Abgesehen davon hat die Gläubigerin trotz ausdrücklicher gerichtlicher Aufforderung die Notwendigkeit der vom Gerichtsvollzieher abgesetzten Positionen nicht erläutert.

II. Aus den Gründen:

(LG Konstanz)

Das Amtsgericht Donaueschingen wies mit Beschluss vom 12. 3. 2002 eine Erinnerung der Gläubigerin zurück. Mit der genannten Erinnerung hatte sich die Gläubigerin gegen die aus ihrer Sicht nicht vollständig ausgeführte Durchführung eines Vollstreckungsauftrags zur Wehr gesetzt. Dabei rügte die Klägerin, dass der zuständige Gerichtsvollzieher Vollstreckungskosten in Höhe von 229,60 Euro abgesetzt habe.

Gegen den Beschluss des Amtsgerichts Donaueschingen vom 12. 3. 2002 wendet sich die Gläubigerin mit ihrer zulässigen (§ 793 ZPO) sofortigen Beschwerde.

Diese ist unbegründet. Insoweit kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen im Beschluss vom 12. 3. 2002 Bezug genommen werden. Das Beschwerdegericht teilt dabei die Auffassung, dass im vorliegenden Fall die Zuziehung eines Rechtsbeistandes zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aus den vom Amtsgericht genannten Gründen nicht notwendig

war. Insbesondere hat die Gläubigerin aber nach wie vor nicht hinreichend dargelegt, inwiefern die vom Gerichtsvollzieher in Abzug gebrachten Positionen für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig waren. Schon mit Verfügung vom 18. 2. 2002 hatte das Amtsgericht die Gläubigerin aufgefordert, insoweit detailliert vorzutragen. Weder im Schreiben vom 6. 3. 2002, noch im Schriftsatz vom 25. 3. 2002, mit welchem die sofortige Beschwerde eingelegt wurde, wurden die in Streit stehenden Positionen näher dargestellt oder erläutert.

Daher ist schon nicht ausreichend nachvollziehbar, hinsichtlich welcher konkreter Positionen sich die Gläubigerin gegen den Beschluss vom 12. 3. 2002 zur Wehr setzt.

III. Aus den Gründen:

(AG Karlsruhe)

Mit Vollstreckungsantrag der Gläubiger-Vertreterin, der ... Inkasso GmbH, wurden am 29. 8. 2003 bisherige Kosten der Zwangsvollstreckung in Höhe von 74,30 Euro sowie eine Bearbeitungsgebühr in Höhe von 13,34 Euro geltend gemacht. Mit Schreiben vom 17. 9. 2003 wies der Gerichtsvollzieher die Gläubiger-Vertreterin darauf hin, dass Kosten der bisherigen Zwangsvollstreckung lediglich in Höhe von 4,91 Euro nachgewiesen sind und er die Bearbeitungsgebühr nicht berücksichtigen könne. Gleichzeitig forderte er die Gläubiger-Vertreterin auf, den Zeitpunkt der vom Schuldner geleisteten Teilzahlung mitzuteilen und setzte hierzu Frist bis zum 31. 10. 2003.

Hiergegen wurde mit Schreiben der ...-GmbH vom 25. 9. 2003 Erinnerung eingelegt. In dem Erinnerungsschreiben wurde mitgeteilt, dass die Teilzahlung in Höhe von 50,- Euro am 21. 10. 2002 erfolgte, und es wurden bisherige Kosten der Zwangsvollstreckung in Höhe von weiteren 30,70 Euro glaubhaft gemacht (Kosten für eine Zwangsvollstreckung im Jahr 1991 in Höhe von 7,36 Euro; für den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses Gerichtskosten in Höhe von 10,- Euro sowie Kosten nach BRAGO in Höhe von 13,34 Euro). Außerdem wurde ein Betrag in Höhe von 3,83 Euro für Bankrücklastkosten ausgewiesen, die anlässlich einer fehlgeschlagenen Ratenzahlungsvereinbarung mit dem Schuldner entstanden sind.

Die Erinnerung ist nur zum Teil begründet.

Erstattungsfähige Kosten gemäß § 788 ZPO hat die Gläubigerin lediglich in Höhe von 35,31 Euro glaubhaft gemacht, weshalb der Gerichtsvollzieher den Antrag vom 29. 8. 2003 zu Recht in dem geltend gemachten Umfang nicht ausgeführt hat.

Um keine Kosten der Zwangsvollstreckung handelt es sich bei den im Rahmen der fehlgeschlagenen Ratenzahlungsvereinbarung und damit außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens entstandenen Rücklastkosten.

Auch die Bearbeitungsgebühr in Höhe von 13,34 Euro und damit die Kosten des Inkassounternehmens für den Zwangsvollstreckungsauftrag sind nicht erstattungsfähig. Kosten eines Inkassounternehmens sind nur dann notwendige Kosten im Sinne von §§ 788, 91 ZPO, wenn durch die Einschaltung des Inkassounternehmens erstattungsfähige Rechtsanwaltskosten vermieden werden (vgl. *Thomas/Putzo*, 25. Aufl., § 788 Rdnr. 32). Erstattungsfähig wären Rechtsanwaltskosten aber nur dann, wenn die Beauftragung eines Rechtsanwalts überhaupt notwendig gewesen wäre. An dieser Notwendigkeit fehlt es bei dem vorliegenden, rechtlich einfach gelagerten Zwangsvollstreckungsauftrag. Zwar trifft es zu, dass das Gläubigerunternehmen nicht verpflichtet ist, eine Zwangsvollstreckungsabteilung einzurichten oder hierfür zusätzlich Personal einzustellen. Dies wird von der Gläubigerin, einem großen Versicherungsunternehmen, jedoch nicht verlangt. Vielmehr

ergibt sich aus der Auflistung des Gerichtsvollziehers, dass durch die Gläubigerin im Jahr 2003 mehrfach selbst Zwangsvollstreckungsanträge gestellt wurden. Dass ihr dies aus fachlichen oder personellen Gründen nicht mehr möglich sein sollte, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ergibt sich eine zwischenzeitliche Veränderung der Umstände nicht aus der pauschalen Behauptung, die Gläubigerin habe sich aus unternehmerischen Gründen entschieden, das Inkassounternehmen in einer nicht unbedeutenden Anzahl von Fällen mit der Zwangsvollstreckung zu beauftragen.

Zu der verbleibenden Differenz zu den beanspruchten 74,30 Euro fehlt jeder konkrete Vortrag.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 2, 93 analog ZPO.

Soweit die Erinnerung Erfolg hatte, hätte es der Einleitung dieses Verfahrens nicht bedurft. Zum einen verlangte der Gerichtsvollzieher zu Recht den Nachweis der beanspruchten Zwangsvollstreckungskosten und zum anderen hätte dieser Nachweis ohne Erinnerung einzulegen geführt werden können.

IV. Aus den Gründen:

(AG Heilbronn)

Die Gläubigerin wendet sich dagegen, dass der Gerichtsvollzieher Kosten der ... Inkasso GmbH in Höhe von 15,53 Euro, die diese für die Erteilung eines Vollstreckungsauftrags berechnete, absetzte.

Dies ist jedoch nicht mit Erfolg zu beanstanden. Ein Erstattungsanspruch nach §§ 788, 91 ZPO besteht nicht. Ein Rechtsanwalt wurde für den Vollstreckungsauftrag nicht eingeschaltet.

Selbst wenn man aber §§ 788, 91 ZPO grundsätzlich entsprechend auf die ... Inkasso GmbH für anwendbar hielte, würde dies vorliegend nicht zu einem Erstattungsanspruch führen. Denn eine Notwendigkeit dieser Kosten kann nicht festgestellt werden. Die Gläubigerin kann als Versicherung grundsätzlich selbst Vollstreckungsaufträge erteilen und räumt ja auch selbst ein, nicht zu behaupten, dass sie keine Zwangsvollstreckung mehr betreibt. Ob von einer Notwendigkeit dann ausgegangen werden kann, wenn bei rechtlichen Schwierigkeiten ein Anwalt beauftragt wird (vgl. Leitsatz der von der Gläubigerin zitierten BGH-Entscheidung), kann dahinstehen, da vorliegend keine rechtlichen Schwierigkeiten gegeben waren.

V. Aus den Gründen:

(AG Heidelberg)

Die Erinnerung der Gläubigerin gegen die Absetzung der Kosten für das Inkassounternehmen durch den Gerichtsvollzieher ist zulässig, aber unbegründet.

Das Gericht folgt hierbei den Entscheidungen des Amtsgerichts Donaueschingen vom 12. 3. 2002 und 17. 11. 2003 (14 M 304/02 und 14 M 2031/03) sowie des Amtsgerichts Karlsruhe vom 3. 2. 2004 (7 M 18593/03), des Amtsgerichts Heilbronn vom 18. 7. 2004 (11 M 14569/03) und des Landgerichts Konstanz vom 16. 5. 2002 (62 T 44/02) und hält diese Kosten nicht für erstattungsfähig, da sie keine notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung im Sinne der §§ 788, 91 ZPO darstellen.

Die Gläubigerin ist nach dem Gebot der kostensparenden Prozessführung dazu angehalten, die durch die Rechtsverfolgung entstehenden Kosten so gering wie möglich zu halten.

Die Gläubigerin verfügt über eine eigene Vollstreckungsabteilung und ist somit durchaus in der Lage, die Vollstreckung selbst zu beantragen, zumal die Antragstellung in aller Regel wie auch im vorliegenden Fall, keine rechtliche Schwierigkeit darstellt.

In rechtlich ähnlich gelagerten Fällen erfolgte bereits vielfach die Antragstellung direkt durch die Gläubigerin.

Die Gläubigerin kann sich nicht darauf berufen, es bestehe zwar eine Zwangsvollstreckungsabteilung, jedoch nicht in der erforderlichen Größe, um gerade im vorliegenden Fall selbst die Antragstellung vorzunehmen.

Die insoweit geltend gemachten Kosten wurden seitens des Gerichtsvollziehers infolgedessen zu Recht abgesetzt.

Die Erinnerung war infolgedessen als unbegründet kostenpflichtig zurückzuweisen.

Anmerkung der Schriftleitung:

Hierzu auch AG Donaueschingen, DGVZ 2004, S. 172.

§§ 903 ZPO; 185n GVGA

Die Tatsache, dass eine im Vermögensverzeichnis angegebene selbständige Tätigkeit nie gewerberechtlich angemeldet wurde, lässt nicht die Vermutung zu, dass diese Tätigkeit aufgegeben wurde, so dass sich ein Antrag zur wiederholten Abgabe der eidesstattlichen Versicherung dahingehend als unbegründet erweist und abzulehnen ist.

**I. AG Böblingen, Beschl. v. 27. 11. 2003
– 1 M 6615/03 –**

**II. LG Stuttgart, Beschl. v. 29. 7. 2004 und 7. 3. 2005
– 19 T 512/03 –**

Aus den Gründen:

I.

Am 3. Mai 2003 erklärte der Schuldner bei Abgabe der eidesstattlichen Versicherung, als selbständiger Kraftfahrer tätig zu sein.

Mit Schriftsatz vom 16. Oktober 2003 beantragte die Gläubigerin, dem Schuldner gemäß § 903 ZPO wiederholt die eidesstattliche Versicherung abzunehmen. Zur Begründung trug sie vor, dass dem Ordnungsamt auch nach Einschaltung des Wirtschaftskontrolldienstes keine einschlägige gewerbliche Tätigkeit des Schuldners bekannt sei und er auch kein Gewerbe angemeldet habe.

Mit Schriftsatz vom 4. November 2003 lehnte es der zuständige Gerichtsvollzieher ab, dem Schuldner wiederholt die eidesstattliche Versicherung abzunehmen, und zwar unter Hinweis darauf, dass die gesetzlichen Bedingungen hierfür nicht erfüllt seien.

Hiergegen hat die Gläubigerin Erinnerung eingelegt. Ergänzend trug sie zur Begründung vor, der Schuldner sei verheiratet und drei minderjährigen Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Die Ehefrau verfüge über keinerlei Einkünfte. Betreibe der Schuldner tatsächlich ein selbständiges Gewerbe, so habe er dieses anzumelden. Sollten die damaligen Angaben im Vermögensverzeichnis falsch sein, sei Nachbesserung geboten.

Die Erinnerung ist zulässig aber nicht begründet.

Nach § 903 ZPO ist ein Gläubiger (nur dann) zur wiederholten Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, dass er entweder nach Abgabe der vorangegangenen eidesstattlichen Versicherung Vermögen erworben hat oder dass sein bisher bestehendes Arbeitsverhältnis mit dem Schuldner aufgelöst ist, wobei unter Auflösung eines Arbeitsverhältnisses jeder Wechsel der Erwerbsquelle zu verstehen ist.

Die Gläubigerin hat nicht vorgetragen, dass der Schuldner seine bisherige Tätigkeit aufgegeben habe. Sie hat lediglich dargetragen und durch Vorlage des Schreibens des Ordnungsamtes des Landkreises Böblingen auch glaubhaft gemacht, dass der Schuldner nach dem Erkenntnisstand des Ordnungsamtes weder selbständig tätig ist noch für seine im Vermögensverzeichnis angegebene Tätigkeit eine Gewerbeanmeldung vorgenommen hat.

Dies reicht nicht aus, dem Schuldner erneut die eidesstattliche Versicherung abzunehmen. Vom Gesetz gefordert wird die Glaubhaftmachung, dass der Schuldner eine Tätigkeit aufgegeben habe. Der Umstand, dass der Schuldner seine angebliche selbständige Tätigkeit nie gewerberechtlich angemeldet hat, besagt gar nichts darüber, ob er nicht eine evtl. tatsächlich ausgeübte Tätigkeit aufgegeben hat. Desgleichen lässt sich aus der Mitteilung des Ordnungsamtes „unsere Nachforschungen, auch unter Einschaltung des Wirtschaftskontrolldienstes haben jedoch keine einschlägige gewerbliche Tätigkeit des Herrn ... ergeben“ nicht mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit annehmen, dass der Schuldner zwischen Mai 2003 und jetzt seine Tätigkeit als selbständiger Kraftfahrer aufgegeben hat.

II. a

Die gemäß § 793 ZPO zulässige sofortige Beschwerde der Gläubigerin gegen den Beschluss des Amtsgerichts Böblingen vom 27. November 2003 hat in der Sache keinen Erfolg. Das Amtsgericht hat zu Recht die Erinnerung der Gläubigerin gegen die Weigerung des Gerichtsvollziehers, dem Schuldner die eidesstattliche Versicherung abzunehmen, zurückgewiesen. Die Voraussetzungen einer wiederholten eidesstattlichen Versicherung gemäß § 903 ZPO sind nicht gegeben. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die ausführliche und in jeder Hinsicht zutreffende Begründung des amtsgerichtlichen Beschlusses vom 27. November 2003 verwiesen. Auch der Beschwerdevortrag rechtfertigt keine andere Entscheidung. Eine Veränderung im Sinne des § 903 ZPO, die ausnahmsweise zur erneuten Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zum jetzigen Zeitpunkt führen würde, ist nach wie vor nicht ausreichend dargetan. Dabei ist zudem hinzuweisen, dass es auch keine allgemeine Vermutung bei Selbständigen gibt, dass eine Aufgabe eines bisherigen Erwerbs auf einen neuen Erwerb schließen lässt (vgl. OLG Stuttgart, DGVZ 2001, 116 f.). Die weitere Frage, inwieweit das Vermögensverzeichnis vom 3. Mai 2003 gegebenenfalls zu ergänzen bzw. nachzubessern ist, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

II. b

Die zulässige Gegenvorstellung der Gläubigerin hat in der Sache keinen Erfolg. Die Gegenvorstellung gibt keinen Anlass, den Beschluss vom 29. Juli 2004 abzuändern. Das Gericht bleibt bei seiner Auffassung, dass die Voraussetzungen einer wiederholten eidesstattlichen Versicherung gemäß § 903 ZPO nicht gegeben sind. Die Gläubigerin ist erneut – wie bereits im Schreiben des Gerichtsvollziehers an die Gläubigerin vom 4. November 2003, im Beschluss des Amtsgerichts Böblingen vom 27. November 2003 und im Beschluss des

Landgerichts Stuttgart vom 29. Juli 2004 jeweils geschehen – darauf hinzuweisen, dass eine Veränderung im Sinne des § 903 ZPO, die ausnahmsweise vor Ablauf des Dreijahreszeitraums zu einer erneuten Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verpflichten würde, im vorliegenden Fall nicht ausreichend dargetan ist. Namentlich ist durch das vorgelegte Schreiben des Ordnungsamtes vom 31. Juli 2003 mitnichten eine Aufgabe der angeblichen selbständigen Tätigkeit des Schuldners glaubhaft gemacht. Insoweit wird im Einzelnen erneut auf die ausführliche und sehr sorgfältige Begründung des Beschlusses des Amtsgerichts Böblingen vom 27. November 2003 verwiesen. Schon aus diesem Grund konnte die sofortige Beschwerde der Gläubigerin keinen Erfolg haben.

Nicht nachvollziehbar ist, warum in der Entscheidung des Landgerichts Stuttgart vom 29. Juli 2004, die den amtsgerichtlichen Beschluss vom 27. November 2003 und die gleichlautende Auffassung des zuständigen Gerichtsvollziehers bestätigt hat, eine Überraschungsentscheidung liegen soll. Man mag über die Auslegung der lediglich im Sinne eines zusätzlichen Hinweises (Frage einer allgemeinen Vermutung eines neuen Erwerbs bei der Aufgabe eines bisherigen Erwerbs) zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 1. März 2001 (DGVZ 2001, 116 f.) streiten. Letztlich kommt es hierauf aber nicht an, nachdem wie dargelegt, hier schon die Aufgabe eines seitherigen Erwerbs nicht glaubhaft gemacht worden ist.

§§ 756 ZPO; 84 GVGA

Bestreitet der Schuldner bei einer Zug-um-Zug-Vollstreckung die Identität der angebotenen Gegenleistung und reichen der Vollstreckungstitel und die Prüfung des angebotenen Leistungsgegenstandes durch den Gerichtsvollzieher zur Feststellung der Identität der Leistung nicht aus, so darf die Zwangsvollstreckung wegen ungenügender Bestimmtheit des Leistungsinhaltes im Vollstreckungstitel nicht begonnen werden.

LG Koblenz, Beschl. v. 3. 3. 2005
– 2 T 114/05 –

Aus den Gründen:

Die Gläubigerin betreibt die Zwangsvollstreckung gegen die Schuldnerin aus einem vor dem Oberlandesgericht Koblenz geschlossenen Vergleich vom 8. Oktober 2004 (8 U 231/04).

Ziff. 1 des Vergleichs lautet: „Zum Ausgleich sämtlicher Ansprüche aus dem streitigen Rechtsverhältnis, seien sie bekannt oder unbekannt, seien sie eingeklagt oder nicht, seien sie vorhanden oder nicht, zahlt die Beklagte an die Klägerin 2 350 Euro Zug um Zug gegen Übergabe der Baugenehmigungsplanung betreffend das Einfamilienhaus der Familie vom 10. Juli 2002.

Am 9. November 2004 beantragte die Gläubigerin die Zwangsvollstreckung wegen einer Gesamtforderung von 2 417,23 Euro unter Anbietung „der anliegenden Baupläne gemäß Ziffer 1 des Titels“ durchzuführen.

Am 15. November 2004 forderte der Gerichtsvollzieher die Schuldnerin auf, den geschuldeten Betrag nebst Kosten der Zwangsvollstreckung zu zahlen und zwar Zug um Zug gegen Übergabe der ihm vorliegenden sechs Seiten „Bauanträge“ mit Bauzeichnungen im Format DIN A3.

Die Schuldnerin erklärte, dass sie die Annahme der angebotenen Leistung ablehne, da die angebotenen sechs Seiten nicht die Leistung sei, die die Gläubigerin als Zug-um-Zug-Leistung zu erbringen habe.

Daraufhin stellte der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung ein mit dem Hinweis, es sei ihm nicht möglich festzustellen, ob die übersandten sechs DIN-A-3-Blätter tatsächlich als die im Titel bezeichnete Zug-um-Zug-Leistung anzusehen sei.

Dagegen legte die Gläubigerin am 1. Dezember 2004 unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung Erinnerung ein und erklärte, es handele sich um die Planung, die Gegenstand des Zivilverfahrens gewesen sei.

Mit dem angegriffenen Beschluss vom 21. Dezember 2004 hat die Amtsrichterin nach Anhörung des Gerichtsvollziehers, der eine Stellungnahme abgegeben hat und nach Anhörung der Schuldnerin, die Erinnerung der Gläubigerin zurückgewiesen mit der Begründung, dem Gerichtsvollzieher sei eine Nachprüfung, ob die angebotenen Unterlagen die geschuldete Leistung sei, nur aufgrund des Vollstreckungstitels nicht möglich.

Dagegen wendet sich die sofortige Beschwerde der Gläubigerin. Unter Benennung von fünf Zeugen und Vorlage der anwaltlichen Korrespondenz wiederholt und vertieft sie ihren Sachvortrag, die von ihr vorgelegten Pläne seien die im Vergleich aufgeführten Pläne.

Die Schuldnerin ist der sofortigen Beschwerde entgegengetreten.

Das Amtsgericht hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt.

Die nach §§ 793, 569, 567 ZPO zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Der Gerichtsvollzieher hat es zu Recht abgelehnt, die Zwangsvollstreckung gemäß dem Vollstreckungsauftrag durchzuführen.

Hängt die Vollstreckung von einer Zug-um-Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so darf der Gerichtsvollzieher nach § 756 ZPO die Zwangsvollstreckung nicht beginnen, bevor er dem Schuldner die diesem gebührende Leistung in einer den Verzug der Annahme begründende Weise angeboten hat, sofern nicht der Beweis, dass der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, durch öffentlich oder öffentlich beglaubigte Urkunde geführt wird und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Vorliegend handelt es sich ausweislich Ziff. 1 des vor dem Oberlandesgericht Koblenz geschlossenen Vergleichs 8. Oktober 2004 (8 U 231/04) um eine Zug-um-Zug-Vollstreckung.

Ist wie hier der Beweis, dass der Schuldner befriedigt oder in Annahmeverzug ist, nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§§ 415 bis 418 ZPO, 36, 40 BeurkG) geführt, muss der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher die Gegenleistung übergeben, so dass dieser sie dem Schuldner anbieten kann. Die muss so angeboten werden, wie sie zu bewirken ist. Dies bedeutet, dass der Gerichtsvollzieher die Gegenleistung des Gläubigers, so wie sie nach dem Titel geschuldet wird, vollständig (§ 266 BGB), zur rechten Zeit (§ 271 BGB), am rechten Ort (§ 269 BGB) und in rechter Weise (§§ 294, 295 BGB) anbieten muss.

Der Gerichtsvollzieher hat dabei zu prüfen, ob die dem Schuldner anzubietende Gegenleistung die nach dem Vollstreckungstitel geschuldete Leistung ist. Es ist allgemein anerkannt, dass der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung bei einer Zwangsvollstreckung Zug-um-Zug gemäß § 756 ZPO nicht beginnen darf, wenn der Schuldner die Identität der angebotenen Gegenleistung bestreitet und der Gerichtsvollzieher

außer Stande ist nachzuprüfen, ob die Identität der angebotenen Gegenleistung mit der in dem Vollstreckungstitel bezeichneten gegeben ist (DGVZ 2003, 40; LG Bonn DGVZ 1991, 91; LG Kleve, DGVZ 1991, 12; LG Darmstadt DGVZ 1989, 71; LG Düsseldorf DGVZ 1986, 139; LG Frankenthal MDR 1982, 61).

So ist es hier.

Die Schuldnerin hat die Richtigkeit der von der Gläubigerin angebotenen Planungsunterlagen bestritten, so dass der Gerichtsvollzieher dies zu überprüfen hat. Das war ihm auf der Grundlage des Vergleichsinhalts jedoch nicht möglich. Der Vergleich enthält keine hinreichenden Anhaltspunkte über die Beschaffenheit der der Schuldnerin zu übergebenden Planungsunterlagen. Der Gerichtsvollzieher ist anhand des Vergleichstextes, ggf. im Wege der Auslegung, nicht in der Lage, Feststellungen zu treffen, wie die Baugenehmigungsplanung aussehen soll. Dazu bedarf es die Durchführung einer umfangreichen Beweisaufnahme, deren Durchführung die Gläubigerin begehrt. Dazu ist der Gerichtsvollzieher jedoch nicht befugt. Reichen der Vollstreckungstitel und die Prüfung des Leistungsgegenstandes durch den Gerichtsvollzieher zur Feststellung der Identität der Leistung nicht aus, so ist der Vollstreckungstitel wegen nicht genügender Bestimmbarkeit des Leistungsinhalts nicht vollstreckbar.

Dem steht nicht entgegen, dass nach herrschender Meinung (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 23. Aufl., § 756 Rdnr. 7 m. w. N.) bei einer Zug-um-Zug zu erbringenden Nachbesserungsleistung die ordnungsgemäße Beseitigung von Mängeln vom Gerichtsvollzieher gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen festzustellen ist. In diesem Fall ist Untersuchungsgegenstand nur der Leistungsgegenstand selbst und sein Zustand, nicht aber auch sonstige Umstände. Das ist bei der hier zu erbringenden Baugenehmigungsplanung anders. Eine Feststellung der Ordnungsmäßigkeit der Planungsunterlagen wäre erst unter Heranziehung der Erklärungen der Parteien bzw. deren Verfahrensbevollmächtigten möglich. Dies ist jedoch unzulässig, da der Gerichtsvollzieher sich ausschließlich auf den Vollstreckungstitel und den Leistungsgegenstand bei seinen Feststellungen stützen darf.

Die Gläubigerin ist darauf zu verweisen, die Identität durch Feststellungsklage vor dem Prozessgericht klären zu lassen.

§§ 900 Abs. 1 ZPO; 185 b Abs. 3 GVGA

Die Bestimmung eines Termins zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Gläubiger zuvor Abschriften des Auftrags und der Forderungsaufstellung zur Verfügung stellt.

**LG Hamburg, Beschl. v. 11. 3. 2005
– 325 T 8/05 –**

Aus den Gründen:

Die sofortige Beschwerde der Gläubigerin ist gem. §§ 793, 567, 569 ZPO zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt.

Die Beschwerde ist auch begründet.

Der Gerichtsvollzieher hat den Auftrag der Gläubigerin zur Bestimmung eines Termins zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung (§ 900 Abs. 1 ZPO) mit der Begründung abgelehnt, die Gläubigerin habe ihm nicht die zur Ausführung des Auftrages erforderliche Anzahl der Abschriften übergeben. Das Amtsgericht hat die dagegen von der Gläubigerin eingelegte Dienstaufsichtsbeschwerde vom 5. 1. 2005 zutreffend als eine gem. § 766 Abs. 2 ZPO zulässige Erinnerung behandelt, die Erinnerung jedoch als unbegründet zurückgewiesen. Die

Erinnerung hat allerdings auch in der Sache Erfolg, weil der Gerichtsvollzieher die Terminbestimmung nicht davon abhängig machen darf, dass die Gläubigerin ihm Abschriften weiterer Unterlagen zwecks Zustellung an den Schuldner überlässt.

Es ist zwar zweckmäßig, der Ladung des Schuldners auch Abschriften des Gläubigerauftrages und der Forderungsaufstellung beizufügen. Das sieht § 185 b Ziffer 3 GVGA auch ausdrücklich vor, so dass es der Amtspflicht des Gerichtsvollziehers entspricht, wenn er den Gläubiger um Abschriften bittet. Er darf die Anberaumung des Termins zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung aber nicht davon abhängig machen. Wenn der Gläubiger wie hier seiner Bitte nach Abschriften nicht nachkommt, darf er deshalb die Durchführung des Auftrages nicht ablehnen. Weder § 900 ZPO noch eine andere gesetzliche Vorschrift gebietet nämlich, der Terminladung Abschriften des Gläubigerauftrages und der Forderungsaufstellung beizufügen (OLG Frankfurt a. M. RPfleger 1977, 417; Zöller-Stöber ZPO 25. Aufl. § 900 Rdnr. 8; Stein-Jonas-Münzberg ZPO 22. Aufl. § 900 Rdnr. 34; Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO 63. Aufl. § 900 Rdnr. 16). Die Bestimmungen der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA) enthalten keine selbständigen Verfahrensvorschriften (Zöller-Stöber a. a. O. § 766 Rdnr. 11). Auch über § 133 ZPO wird sich eine Verpflichtung zur Beifügung von Abschriften nicht herleiten lassen. Diese Bestimmung soll die Information des Gegners durch die Geschäftsstelle im Hinblick auf die mündliche Verhandlung im Erkenntnisverfahren gewährleisten. Im Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung gem. § 900 ZPO ist dem Schuldner indes schon durch das vorangegangene Erkenntnisverfahren, die Zustellung des Titels und durch die erfolglose Pfändung sowohl der Vollstreckungstitel als auch die geltend gemachte Forderung bekannt, so dass der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht verletzt ist, wenn er ohne Abschriften des Gläubigerauftrages und der Forderungsaufstellung geladen wird (OLG Frankfurt a. M. a. a. O.).

§§ 788, 806 ZPO; 109, 186 Abs. 6 GVGA; Nr. 1000 VV-RVG

Wird dem Schuldner im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsauftrages vom Gläubiger nachgelassen, die bestehende Forderung in Raten abzuzahlen und werden diese vom beauftragten Gerichtsvollzieher beim Schuldner eingezogen, lässt dies eine Einigungsgebühr nach Nr. 1000 VV-RVG nicht entstehen.

**LG Bonn, Beschl. v. 21. 3. 2005
– 4 T 94/05 –**

Aus den Gründen:

Unter dem 5. 7. 2004 stellte der Gläubiger durch seine Verfahrensbevollmächtigten Verhaftungsauftrag. Darin hatte er sich bereits mit der Zahlung von Raten in Höhe von 100 Euro einverstanden erklärt. Als die Vollstreckung des Haftbefehls drohte, bot die Schuldnerin die Zahlung von Raten an und vereinbarte zu einer entsprechenden Absprache den 14. 7. 2004 als Termin mit dem Gerichtsvollzieher. Dieser bewilligte sodann der Schuldnerin Ratenzahlung gem. § 900 Abs. 3 ZPO, nachdem diese 100 Euro gezahlt und im Übrigen weitere Ratenzahlung glaubhaft versichert hatte.

In der Forderungsaufstellung des Gläubigers vom 24. 8. 2004 ist nunmehr eine Gebühr nach Nr. 1000 VV zum RVG in Höhe von 93,96 Euro enthalten, deretwegen der Gläubiger vom Gerichtsvollzieher gem. § 788 ZPO Vollstreckung begehrt. Er ist der Auffassung, sehr wohl an dem Zustandekom-

men der Ratenzahlungsvereinbarung mitgewirkt zu haben, indem er von vornherein bei Beantragung der Vollstreckungsmaßnahme bereits sein Einverständnis mit einer evtl. Ratenzahlung bekundet habe. Nach dem Willen des Gesetzgebers sei bei der Einigungsgebühr des neuen RVG ein gegenseitiges Nachgeben der Parteien nicht mehr Voraussetzung für das Entstehen dieser Gebühr. Der Gerichtsvollzieher vertritt demgegenüber die Auffassung, es liege kein Fall einer „Einigungsgebühr“ gem. Nr. 1000 VV des RVG vor; vielmehr sei er als Gerichtsvollzieher gem. §§ 186 Nr. 6, 114 a GVGA i. V. m. § 900 Abs. 3 ZPO gehalten, Ratenzahlung zu bewilligen, wenn der Schuldner dies wolle, glaubhaft mache und der Gläubiger nicht widersprochen (oder aber im Vorhinein zugestimmt) habe. Es gehe schon aus dem Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes nicht an, dass für eine solche vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit bei dem Prozessbevollmächtigten eine Einigungsgebühr gem. Nr. 1000 VV RVG anfalle. Diese Frage betreffe eine große Vielzahl von Fällen. Es gebe keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber in diesem Fall eine Gebühr bei dem Anwalt habe zur Entstehung kommen lassen wollen, abgesehen davon, dass diese auch keine notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung darstelle, wegen der nach § 788 ZPO die Vollstreckung mit betrieben werden könne. Insgesamt beruft sich der Gerichtsvollzieher bei seinem Vorgehen auf die Ausführungen von Kessel, DGVZ 2004, 115 ff.

Die gegen die Ablehnung der Vollstreckung insoweit vom Gläubiger erhobene Erinnerung gem. § 766 ZPO hat der Amtsrichter mit Beschluss vom 11. 1. 2005 zurückgewiesen. Der Gläubiger hat gem. § 793 ZPO sofortige Beschwerde eingelegt und beantragt, den Gerichtsvollzieher auch bezüglich der „Einigungsgebühr“ zur Vollstreckung anzuweisen.

Die zulässige sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO hat in der Sache keinen Erfolg. Denn der Gerichtsvollzieher hat zu Recht die Zwangsvollstreckung in Bezug auf die geltend gemachte „Einigungsgebühr“ abgelehnt.

Die „Einigungsgebühr“ nach Ziff. 1000 VV des RVG ist an die Stelle der bisherigen Vergleichsgebühr des § 23 BRAGO getreten. Nach der Formulierung der neuen Vorschrift kommt es auf die früher streitige Frage nicht mehr an, ob ein Vergleich im Sinne des § 779 BGB vorliegt; ein solcher wird nicht verlangt. So entsteht die Gebühr, wenn im Verlauf eines Verfahrens (oder auch schon vorgerichtlich) der Streit über das Bestehen einer Forderung dadurch beigelegt wird, dass eine Ratenzahlungsvereinbarung geschlossen wird. Besteht aber bereits ein Titel, um dessen Vollstreckung es geht, wird nicht „Streit oder Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis“ beseitigt. Vielmehr geht es ausschließlich um die *Modalität der Zwangsvollstreckung*, mithin um die Durchsetzung des verbrieften Anspruchs. Die „Ungewissheit“ könnte ohnehin erst dann als beseitigt angesehen werden, wenn der Schuldner alles bezahlt hat; hingegen könnte die Einigungsgebühr nicht entstehen, wenn dem Schuldner zwar Raten bewilligt werden, er sich aber nicht daran hält und daher erneut die Vollstreckung eintritt (vgl. Kessel, a. a. O.).

Die „Einigungsgebühr“ ist als „Anreiz“ bzw. „Entgelt“ dafür anzusehen, dass der Rechtsanwalt beim Abschluss eines Vertrages oder bei entsprechenden Verhandlungen *mitgewirkt* hat und hierdurch Streit oder Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird. Bei der Ratenbewilligung von Seiten des *Gerichtsvollziehers*, wie sie hier vorliegt, ist eine Mitwirkung des Gläubigers indes nicht vonnöten; der Gerichtsvollzieher als staatliches Vollstreckungsorgan trifft diese Entscheidung bei Vorliegen der Voraussetzungen, wobei u. a. dazu gehört, dass der Gläubiger nicht ausdrücklich einer Ratenzahlung widersprochen hat. Es kann aber keinen Unterschied machen, ob der Anwalt zu dieser Frage in seinem Vollstreckungsauftrag schweigt oder ob er mitteilt, gegen eine

solche Vorgehensweise in der Vollstreckung des Titels nichts einzuwenden zu haben: eine Einigungsgebühr wird damit nicht verdient. Die weitere Frage, ob es sich – wäre eine solche Gebühr anzusetzen – dabei um notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung, die nach § 788 ZPO mit zu vollstrecken sind, handeln würde, kann daher nach Auffassung der Kammer dahinstehen, dürfte aber ebenfalls eher zu verneinen sein (so auch Kessel, a. a. O.).

Die Beschwerde war daher zurückzuweisen.

Anmerkung der Schriftleitung:

Hierzu auch AG Neu-Ulm, DGVZ 2005, S. 47. Die erstinstanzliche Entscheidung wurde abgedruckt in DGVZ 2005, S. 29.

§ 7 UVG; 2 Abs. 1 GvKostG

Werden auf das Land übergegangene Unterhaltsvorschussleistungen durch die Kreisverwaltung vollstreckt, genießt die namens des Bundeslandes auftretende Kreisbehörde Kostenfreiheit nach dem Gerichtsvollzieherkostengesetz. Dabei ist es unerheblich, ob das Land in dem der Zwangsvollstreckung zugrunde liegenden Titel auch als Gläubigerin genannt ist.

AG Ludwigslust, Beschl. v. 26. 1. 2005
– 7 AR(M) 1/04 –

Aus den Gründen:

Das Land Mecklenburg-Vorpommern als Gläubiger, vertreten durch den Landkreis, betreibt die Zwangsvollstreckung einer nach dem Unterhaltsvorschussgesetz übergegangenen Forderung gegen den Schuldner. Nach Erteilung des Zwangsvollstreckungsauftrages an den Gerichtsvollzieher hat dieser einen Kostenvorschuss angefordert und – nachdem dieser nicht eingezahlt wurde – die Zwangsvollstreckungsunterlagen an den Gläubiger zurückgesandt.

Der Gläubiger geht von einer für ihn bestehenden Kostenfreiheit aus und hat gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung Erinnerung eingelegt.

Auf die Erinnerung des Gläubigers war der Gerichtsvollzieher gemäß § 766 Abs. 2 ZPO anzuweisen, den Zwangsvollstreckungsauftrag ohne Anforderung eines Kostenvorschusses durchzuführen; die Erinnerung ist zulässig und begründet.

1. Bei der Anforderung eines Kostenvorschusses durch den Gerichtsvollzieher ist übersehen worden, dass Gläubiger nicht der Landkreis ist, sondern dieser nur als Vertreter des Landes auftritt. Für die Länder gilt aber gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 GvKostG eine Befreiung von Kosten, d. h. sowohl für Gebühren als auch für Auslagen, schlechthin und unabhängig davon, ob es sich um öffentlich-rechtliche oder privat-rechtliche Forderungen handelt. Wenn der Vollstreckungsauftrag ausdrücklich nicht namens der Kreisverwaltung, sondern namens des kostenbefreiten Bundeslandes erteilt wird, kann folglich ein Kostenvorschuss nicht gefordert werden (so auch AG Altenkirchen DGVZ 1990, 191).

Es kann demgegenüber nicht darauf ankommen, ob das Land in dem der Zwangsvollstreckung zugrunde liegenden Titel auch als Gläubiger genannt ist (so aber AG Moers RPflegler 2003, 270); es handelt sich insoweit nicht um eine Frage der Kostenfreiheit des Verfahrens für den Gläubiger, sondern bezüglich des Vorliegens der Vollstreckungsvoraussetzungen des § 750 Abs. 1 ZPO, wonach die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn die Personen, für die sie stattfinden soll, in dem Titel oder der ihm beigefügten Vollstreckungsklausel benannt sind. Auch wenn der Gerichtsvollzieher die Durchführung des Zwangsvollstreckungsauftrages allein mangels

der Einzahlung des Kostenvorschusses abgelehnt hat, war er mangels Vorlage des Titels im Erinnerungsverfahren danach jedoch vorsorglich nicht bereits zur Durchführung des Auftrages anzuweisen, sondern lediglich dazu, diese nicht von der Leistung eines Vorschusses abhängig zu machen.

2. An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts durch die Bezugnahme auf § 2 Abs. 1 Satz 2 GvKostG und § 4 des Gesetzes des Landes Mecklenburg-Vorpommern zur Ausführung des Unterhaltsvorschussgesetzes. § 2 Abs. 1 Satz 2 GvKostG stellt für die Kostenbefreiung auf die Person des Gläubigers unabhängig von dessen Stellung im Verfahren nur für öffentlich-rechtliche Forderungen ab. Richtigerweise verbleibt es aber auch infolge des Anspruchsüberganges nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UVG auf das Land bei dem zivilrechtlichen Charakter der Unterhaltsforderung; nur diese ist Gegenstand des gegen den Schuldner gerichteten Vollstreckungsauftrages des Landes. Soweit der das Land in der Zwangsvollstreckung vertretende Landkreis sich aufgrund des Ausführungsgesetzes an der Aufbringung der finanziellen Mittel für den Unterhaltsvorschuss beteiligt, wirkt sich dies auf den Übergang des Unterhaltsanspruches des Leistungsempfängers gegen den Unterhaltsverpflichteten allein auf das Land gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 UVG nicht aus; ein allein öffentlich-rechtlich zu beurteilender Erstattungsanspruch des Landkreises hinsichtlich seiner finanziellen Beteiligung an der Aufbringung des Unterhaltsvorschusses würde sich gegen das Land richten und könnte nicht unmittelbar gegen den Schuldner durchgesetzt werden.

Anmerkung der Schriftleitung:

Hierzu AG Leipzig, DGVZ 2005, S. 27; aber auch LG Ulm, DGVZ 2005, S. 28 mit weiteren Hinweisen.

§§ 885 ZPO; 180 GVGA

Wurde ein Räumungsurteil noch nicht vollstreckt, weil die Räumungsvollstreckung nach Zahlung von Mietrückständen wiederholt ausgesetzt wurde, verliert der Vollstreckungstitel spätestens nach seinem zweiten unsachgemäßen Einsatz seine Wirksamkeit.

**AG Bad Neuenahr-Ahrweiler, Beschl. v. 17. 1. 2005
– 1 M 2487/04 –**

Aus den Gründen:

Durch Versäumnisurteil des erkennenden Gerichts vom 29. August 2001 wurden die Schuldner zur Räumung einer Wohnung der Gläubigerin verurteilt. Der Gläubigerin wurde eine vollstreckbare Ausfertigung nach Urteilzustellung erteilt. Ebenso wurde die Vollstreckungsklausel erteilt.

In der Folge hat die Gläubigerin dem Gerichtsvollzieher mehrfach Zwangsvollstreckungsauftrag erteilt, diesen jedoch regelmäßig zurückgenommen, nachdem rückständige Mieten gezahlt worden sind.

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2004 lehnte der Gerichtsvollzieher, dem erneut Vollstreckungsauftrag erteilt worden war, die Durchführung der Zwangsvollstreckung mit Hinweis darauf ab, dass das Urteil alleine als Grundlage zur Betreibung von jeweils anfallenden Mietrückständen verwendet werden würde. Hierzu ist nach Auffassung des Gerichtsvollziehers der Titel nicht geeignet. Dieser diene lediglich der Räumung und habe keinen Zahlungsinhalt.

Wegen der Weigerung des Gerichtsvollziehers, die Räumung durchzuführen, legte die Gläubigerin am 14. Dezember 2004 Erinnerung ein mit dem Ziel, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, die Zwangsvollstreckung durchzuführen.

Die Erinnerung war zurückzuweisen.

Diese ist zwar zulässig im Sinne des § 766 Abs. 2 ZPO, jedoch nicht begründet.

Der Räumungsanspruch der Gläubigerin ist verwirkt, der Titel ist zum Einsatz der Räumung nicht mehr zu gebrauchen.

Mit Anträgen vom 2. November 2001, 4. Juni 2002, 3. Dezember 2002 und 20. Juli 2004 hatte die Gläubigerin jeweils Zwangsvollstreckungsaufträge an den Gerichtsvollzieher erteilt und in der Folge zurückgenommen, nachdem teils in hohen Summen Mieten nachgezahlt worden waren und teilweise die Schuldner auch der Mietzahlungsverpflichtung nachgekommen sind.

Das Räumungsurteil vom 29. August 2001 ist bislang nicht vollstreckt worden, weil es der Gläubigerin offensichtlich gar nicht daran gelegen war, die Schuldner im Hinblick auf die vor dem Urteil gelegene Säumnis mit Mietschulden aus dem Objekt zu setzen, sondern vielmehr durch die Drohung mit der Zwangsvollstreckung (Räumung) rückständigen und laufenden Mietzins zu erhalten.

Hierzu ist das Urteil vom 29. August 2001 aber nicht gedacht. Dabei ist es auch unbeachtlich, dass die Gläubigerin – ihrem Vortrag folgend – immer wieder darauf hingewiesen hat, auf ihre Rechte aus dem Räumungstitel nicht zu verzichten. Wenn ein solcher Räumungstitel immer wieder nur dadurch dafür eingesetzt wird, durch den von dessen Durchsetzung ausgehenden Druck die Mieter zu veranlassen, Miete zu zahlen, verliert der Titel „mit der Zeit“ seine Wirksamkeit, nach Auffassung des Gerichts spätestens bei dessen zweitem unsachgemäßem Einsatz.

Wenn der Gerichtsvollzieher nunmehr die Meinung vertritt, dass der Titel zur Durchsetzung der Zwangsvollstreckung (Räumung) nicht mehr geeignet, da verwirkt ist, kann sich das Gericht seiner Meinung nur anschließen (vergleiche hierzu auch AG Wolfsburg, DGVZ 1979, 26 f.).

§§ 788 ZPO; 109 GVGA; Nr. 1008 VV-RVG

Eine in Form einer BGB-Gesellschaft geführte ärztliche Gemeinschaftspraxis ist als eine Auftraggeberin zu behandeln, so dass eine Mehrfachvertretungsgebühr nach Nr. 1008 VV-RVG nicht anfällt.

**AG Schwabach, Beschl. v. 17. 3. 2005
– 2 M 969/05 –**

Aus den Gründen:

Mit Schreiben vom 1. 2. 2005 erteilte der Gläubigervertreter Zwangsvollstreckungsauftrag für die Gläubiger, tätig als Ärzte in einer Gemeinschaftspraxis in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. In der Vergütungsberechnung wurde eine Mehrfachvertretungsgebühr nach Nr. 1008 VV-RVG in Ansatz gebracht. Diesbezüglich erfolgte eine Absetzung durch die Gerichtsvollzieherin.

Da mithin die ärztliche Gemeinschaftspraxis, die Honoraransprüche verfolgt, als ein Auftraggeber zu behandeln ist, fällt die Mehrfachvertretungsgebühr nach Nr. 1008 VV-RVG nicht an und war dementsprechend abzusetzen.

Die Absetzung erfolgte zu Recht; die Mehrfachvertretungsgebühr fällt bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht an, da es sich hier um eine Personengesamtheit handelt, die nur als Einheit auftreten kann. Die BGB-Gesellschaft ist im Außenverhältnis rechts- und parteifähig, weshalb eine Auftragsgebermehrheit vorliegend nicht gegeben ist.

■ BUCHBESPRECHUNG

Die Vergütung und Entschädigung von Sachverständigen, Zeugen, Dritten sowie von ehrenamtlichen Richtern nach dem JVEG – Kommentar – mitbegründet von *Paul Meyer*. Weitergeführt von *Albert Höver*. Bearbeitet von *Wolfgang Bach*, Regierungsdirektor a. D., 23., völlig neu bearbeitete Auflage, 2005, XVIII, 341 Seiten, kartoniert, 52,- Euro, ISBN 3-452-25773-8, Carl Heymanns Verlag, Köln – www.heymanns.com –.

Die im Rahmen des zum 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Kostenmodernisierungsgesetzes erfolgte Änderung von KV 703 des Gerichtsvollzieherkostengesetzes hat es mit sich gebracht, dass sich die Höhe der vom Gerichtsvollzieher an Zeugen, Sachverständige, Dolmetscher oder Übersetzer zu zahlenden Beträge nunmehr nach dem JVEG zu richten hat.

Zur richtigen Anwendung der Vorschriften des JVEG ist es, wie so oft, nicht ausreichend, nur den Gesetzestext zu kennen, vielmehr ist jeder Anwender gut beraten, sich eines geeigneten Kommentars zum jeweiligen Gesetz zu bedienen. Für das JVEG bietet sich das hier besprochene Werk von *Meyer/Höver/Bach* an, das Berufsgruppen, die sich mit dem bis zur Einführung des JVEG geltenden ZSEG auseinander setzen mussten, bereits hinreichend bekannt ist. Dass das Werk jetzt in der 23., durch das In-Kraft-Treten des JVEG notwendigerweise in einer völlig neu bearbeiteten Auflage erscheint, spricht für seine Bewahrung in der Anwendung des bisher geltenden ZSEG.

Insgesamt ist der Kommentar leicht verständlich geschrieben. Die Nähe der Auslassungen zur Praxis spricht für das vorliegende Buch. Eine Unterteilung des erläuterten Gesetzestextes in einzelne Randzahlen erleichtert die Zitierbarkeit der Erläuterungen. In einer Synopse hat der Autor den bisher geltenden Gesetzestext jeweils der jetzt gültigen Fassung gegenübergestellt, womit sich die Veränderungen gegenüber dem früher geltenden Recht leichter feststellen lassen.

Ein Auszug aus dem Gebührenverzeichnis für ärztliche Leistungen (GOÄ), ein ausführliches Stichwortregister, ein Literatur- und Abkürzungsverzeichnis sowie eine Aufzählung der Gesetze, für die das JVEG anzuwenden ist (hier fehlt der Hinweis auf das GvKostG), runden den Inhalt des bei den Anwendern des bisherigen ZSEG gern zitierten Kommentars ab.

Aus der Justizstatistik der Jahre 2002 und 2003 für die Bundesrepublik Deutschland

	2002	2003
Mahnverfahren	8 583 818	9 472 611
Zwangsvollstr.-aufträge an Gerichtsvollzieher	8 830 784	8 939 623
Vollstr.auftr. d. Justizbeh. an Gerichtsvollzieher	541 963	508 099
Verf. zur Genehmigung der Durchsuchung der Wohnung gem. § 758 a ZPO	235 889	202 697
Verf. zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung, insgesamt	3 659 232	– ¹⁾
Abgegebene eidesstattliche Versicherungen	939 912	1 020 389
Haftanordnungen in Verfahren zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung	607 658	654 211
<i>Anträge auf Eröffnung des</i>		
– Insolvenzverfahrens (o.Verf. nach § 304 InsO)	111 971	115 705
– Verbraucher- und Kleininsolvenzverfahrens (nach § 304 InsO)	30 315	44 358

– Insolvenzverfahrens nach Europäischem Recht (Art. 102 Abs. 3 EGIInsO)	45	48
<i>Eröffnete</i>		
– Insolvenzverfahren	40 362	43 175
– Verbraucher- und Kleininsolvenzverfahren	21 364	34 529
– Insolvenzverfahren nach Europäischem Recht	14	8
– Konkursverfahren (Anschlusskonkursverfahren)	35	30
– Anträge auf Versagung oder Widerruf der Restschuldbefreiung (§§ 299, 303 InsO)	530	620
Zwangsvorsteigerungen von unbeweglichen Gegenständen	81 116	87 190
Zwangsverwaltungen	33 700	38 458
Anzahl der bei Amtsgerichten Beschäftigten	54 541	53 456 ²⁾
Wohnbevölkerung (in Tausend)	82 537	82 532

- ¹⁾ Über diese Position werden keine gesonderten Daten mehr erhoben.
²⁾ Die Zahlen der Beschäftigten beziehen sich auf die Jahre 2000 und 2002.

Quelle: Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes Reihe 2.1 der Fachserie 10 für die Berichtsjahre 2002 und 2003 sowie Übersichten in DGfVZ 2003 und 2004, jeweils S. 143. Die entsprechenden Zahlen der Jahre 2001 und 2002 sind in der DGfVZ 2004, S. 96 veröffentlicht.

■ HINWEIS AUF ANDERE SCHRIFTEN

- Balthasar, Stephan, „Die Pfändung des Taschengeldanspruchs des vermögenslosen Ehegatten – zu den Beschlüssen des BGH v. 19. 3. 2004 – IX a ZB 57/03 und v. 19. 5. 2004 – IX a ZB 224/03“. In: FamRZ. 2005, 2. S. 85–88.
- Dammann, Jens C., „Amerikanische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland – zugleich eine Anmerkung zu BGH 19. 1. 2003 – VIII ZR 155/02“. In: RabelsZ. 2004, 5. S. 607–652.
- David, Peter, „Wirksam vollstrecken – Tipps für eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung“. In: Der Rechtsbeistand. 2004, 3. S. 84–88.
- Ehrlicke, Ulrich, „Das Erlöschen des Vermieterpfandrechts bei Gewerberaummietverhältnissen im Eröffnungsverfahren, insbesondere durch einen Räumungsverkauf“. In: Konkurs, Treuhand, Sanierung. 2004, 3. S. 321–338.
- Eickmann, Dieter, „Gläubigerzugriff trotz Unpfändbarkeit?“ In: Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht. 2004, 12. S. 705–708.
- Fischer, Thomas, „Vollstreckungstitel von Insolvenzgläubigern nach Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens.“ In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht. 2005, 2. S. 69–72.
- Landmann, Walter, „Die Pfändung wegen überjähriger Unterhaltsrückstände: Anmerkung zur Ermessensentscheidung gemäß § 850 d Abs. 1 Satz 4 ZPO“. In: Rechtspfleger. 2005, 2. S. 75–78.
- Schneider, Norbert, „Erinnerungsverfahren in der Zwangsvollstreckung – zugleich Anm. zu BGH, Beschl. v. 29. 4. 2004 – IX a ZB 115/04“. In: Insolvenz & Vollstreckung. 2005, 1. S. 4–7.
- Schuschke, Winfried, „Die Räumungsvollstreckung gegen Mitbesitzer einer Mietwohnung“. In: Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht. 2005, 8. S. 473–475.
- Wieninger, Dieter, „Zwangsvollstreckung“. In: Der Neue GmbH-Berater von A bis Z. 2005. 2. Gruppe 3, Z 75, S. 1–48.

Herausgeber: Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V. (DGfVZ) – 50672 Köln, Goebenstraße 3. **Verantwortlich:** Schriftleiter Obergerichtsvollzieher Werner Blaskowitz; Stellvertreter: Gerichtsvollzieher Stefan Mroß in 77815 Bühl, Aloys-Schreiber-Str. 8, Telefon (0 72 23) 80 76 25.

Verlag: Heenemann Verlagsgesellschaft mbH, 12103 Berlin, Bessemerstraße 83–91. **Druck:** H. Heenemann GmbH & Co., 12103 Berlin, Bessemerstraße 83–91. Erscheinungsweise: monatlich 1 Heft, Versand als Postvertriebsstück. Bezugspreis: jährlich 35,- € einschließlich Versandkosten und Mehrwertsteuer. Einzelheft 4,- €. Für Mitglieder des DGfVZ 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 DGfVZ dauernd das alleinige Nutzungsrecht.

Alle Rechte sind vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der weiteren Vervielfältigung im Wege des fotomechanischen oder ähnlichen Verfahrens. **Einsendungen und Zuschriften, die den Inhalt der Zeitung (Aufsätze, Entscheidungen etc.) betreffen, sind nur zu richten an den Schriftleiter der DGfVZ, Obergerichtsvollzieher Werner Blaskowitz.**

Bestellungen und Zuschriften, die den Bezug der Zeitschrift betreffen, sind an den Kassensführer der DGfVZ, Ingo Stollenwerk, Eschweiler Straße 199, 52222 Stolberg, Telefon (0 24 03) 78 59 68, Telefax (0 24 03) 78 59 67, E-Mail: gv-stollenwerk@web.de, zu richten. **Anzeigenaufträge sind an den stellvertretenden Schriftleiter, Stefan Mroß, Aloys-Schreiber-Straße 8, 77815 Bühl, Telefax (0 72 23) 80 76 26, E-Mail: SMross.GV-Buero@t-online.de, zu richten. **Vergriffene Jahrgänge** (ab 1949) sind im Reprintverfahren bei der Firma Auvermann & Keip GmbH, Bayernstraße 9, 63773 Goldbach, erhältlich.**

Einbanddecken sind zu beziehen bei Firma Grit und Mathias Wenig GbR, Montanstraße 6, 13407 Berlin, Telefon (030) 4 64 45 48, Telefax (030) 41 40 46 41. Das **Jahres-Inhaltsverzeichnis** wird jeweils der Februar-Ausgabe des folgenden Jahres beigelegt.