DEUTSCHE GERICHTSVOLLZIEHER ZEITUNG



ZEITSCHRIFT für VOLLSTRECKUNGS-, **ZUSTELLUNGS- und KOSTENWESEN**

Organ des Deutschen Gerichtsvollzieherbundes (DGVB)

NR. 8/2005 AUGUST 2005 120. JAHRGANG

Die neue Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof in der Zwangsvollstreckung – ein teuer erkaufter Fortschritt

Von Professor Dr. Dr. h. c. Hans Friedhelm Gaul, Bonn*

I. Die neue Rechtsbeschwerde zum BGH - ein von der Zulassung des Beschwerdegerichts abhängiges Rechtsmittel

Das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene Zivilprozessreformgesetz1) hat für das Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung eine wesentliche Neuerung gebracht, deren Auswirkungen auf die Oualität der Rechtskontrolle und auf die Einheit der Rechtspflege im Bereich des Zwangsvollstreckungsrechts sich bereits deutlich abzeichnen, aber als Kehrseite auch die Problematik des vom Reformgesetzgeber eingeschlagenen Weges offenbaren. Gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 793 ZPO n. F. entscheidet neuerdings der Bundesgerichtshof (§ 133 GVG) letztinstanzlich im Zwangsvollstreckungsverfahren über die neu eingeführte Rechtsbeschwerde, wenn das Landgericht als Beschwerdegericht sie wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache oder im Interesse der Fortbildung des Rechts oder der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zugelassen hat (§ 574 Abs. 3 S. 1 ZPO n. F.). Entsprechend ihrer revisionsartigen Ausgestaltung gleichen die Zulassungsgründe für die Rechtsbeschwerde den Gründen für die Revisionszulassung gegen revisionsfähige Urteile im Erkenntnisverfahren (§ 543 Abs. 2 ZPO n. F.). Sie ist demgemäß auf die Rechtsprüfung beschränkt.

Das Rechtspflegevereinfachungsgesetz 1990 hatte sogar noch ausdrücklich die sofortige weitere Beschwerde als gemäß § 568 Abs. 2 S. 1 ZPO a. F. "im Gesetz besonderes bestimmtes Rechtsmittel" in § 793 Abs. 2 ZPO a. F. vorgesehen, um den gesetzlichen Beschwerdeweg den Parteien zumindest bis zum Oberlandesgericht zu garantieren, sofern nur ein neuer selbständiger Beschwerdegrund nach dem sog. Difformitätsprinzip hinzutrat (§ 568 Abs. 2 S. 2 ZPO a. F.)2). Jetzt hat der Reformgesetzgeber die Oberlandesgerichte aus dem Beschwerderechtszug völlig eliminiert.

An die Stelle des bisher gesetzlich bestimmten dreistufigen Instanzenzugs bis zum Oberlandesgericht ist jetzt ein nur noch zweistufig gesetzlich gesicherter Instanzenzug bis zum Landgericht getreten, von dessen Zulassung nunmehr die unmittel-

Die Rechtsbeschwerde ist mit dem Zivilprozessreformgesetz 2001 als allgemeines reguläres Rechtsmittel eingeführt worden, um erstmals auch im Beschwerderechtszug den Zugang zum BGH zu ermöglichen. Sie ersetzt für den Bereich der Zwangsvollstreckung die sofortige weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht, bei dem der Instanzenzug wegen formeller Einwendungen gegen das Zwangsvollstreckungsverfahren bisher endete, nachdem zuvor über die Erinnerung gemäß § 766 ZPO das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht in 1. Instanz und über die sofortige Beschwerde das Landgericht in 2. Instanz entschieden hat.

^{*)} Die Abhandlung ist als Beitrag zur Festschrift für Frau Kollegin Prof. Dr. Pelayia Yessiou-Faltsi, Thessaloniki vorgesehen. Wegen der Aktualität des Themas wird der Beitrag mit Genehmigung der Herausgeber und des Verlags auch hier abgedruckt.

¹⁾ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (ZPO-Reformgesetz) vom 27. Juli 2001 (BGBl. I, S. 1887).

²⁾ S. dazu Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. (1997), § 38 IV 1 und 2 (S. 603) m. Nachw.

bar zum *BGH* als dritter Instanz führende Rechtsbeschwerde abhängt. Zwar ist im Unterschied zum bisherigen Recht ein neuer selbständiger Beschwerdegrund im Sinne des früheren Difformitätsprinzips nicht mehr notwendig, so dass der Anwendungsbereich der Rechtsbeschwerde gegenüber der bisherigen "weiteren Beschwerde" insofern erweitert wurde³). Der Zugang zur dritten Instanz ist aber selektiv dem Landgericht als Beschwerdegericht überlassen, so dass der *BGH* seine Aufgabe zur Herstellung der Einheit der Rechtsprechung nur aufgrund der Zulassungsentscheidung des Landgerichts wahrnehmen kann.

Die neuartige Erweiterung des Instanzenzugs in Zwangsvollstreckungssachen in der Stufung: Amtsgericht – Landgericht – BGH – ist also nur eine bedingte, weil der BGH nur auf Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Landgericht angerufen werden kann. Die mit der Rechtszugerweiterung bis zum BGH zugleich verbundene Beschränkung des Zugangs zur dritten Instanz ist vom ZPO-Reformgesetzgeber gewollt gemäß dem Reformziel der Konzentration des Verfahrens auf die erste Instanz und Straffung und Beschleunigung des Rechtsmittelverfahrens. Für das Beschwerdeverfahren ist das Reformziel zwar weniger radikal verwirklicht, indem - im Gegensatz zu der zum Instrument der Fehlerkontrolle umgestalteten Berufung gegen erstinstanzliche Urteile (§ 520 Abs. 3 ZPO n. F.) – die Beschwerdeinstanz grundsätzlich als zweite Tatsacheninstanz beibehalten wurde (§ 570 Abs. 2 und 3 ZPO n. F.). Die Beschwerde ist aber jetzt generell – wie bisher schon in Zwangsvollstreckungssachen – nur noch als befristete (sofortige) Beschwerde gesetzlich vorgesehen.

II. Der Zugang zum BGH – ein Fortschritt für die Rechtseinheit auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung

Der zu verzeichnende Fortschritt gegenüber dem bisherigen Rechtszustand im Zwangsvollstreckungsrecht ist demnach zwiespältig. Einerseits ist der erstmals in Zwangsvollstreckungsverfahren eröffnete Zugang zum BGH als eine positive Errungenschaft der Reformgesetzgebung zu begrüßen⁴), wurde hier doch seit langem das Fehlen einer die Rechtseinheit wahrenden höchsten Instanz beklagt⁵). Mit diesem Defizit musste die Vollstreckungspraxis schon über ein Jahrhundert seit Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze 1879 - übrigens nicht nur im Zwangsvollstreckungs- sondern auch im Insolvenzverfahren – leben. Bisher konnte der BGH nur aufgrund der vollstreckungsrechtlichen Klagerechtsbehelfe wie insbesondere der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) und der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO)6) oder ähnlicher Klagerechtsbehelfe befasst werden, soweit mit ihnen materiellrechtliche Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden, nicht hingegen aufgrund formeller Einwendungen, die das Zwangsvollstreckungsverfahren als solches

³⁾ S. dazu *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. (2004), § 147 I Rdnr. 1 (S. 1042).

betreffen⁷). Die das eigentliche Zwangsvollstreckungsverfahren betreffenden Streitfragen konnten mithin über die divergierende Judikatur der Oberlandesgerichte hinaus bisher nicht höchstrichterlich abschließend geklärt werden. Deshalb ist die erstmalige Ermöglichung des Zugangs zum *BGH* im Interesse der Herstellung und Wahrung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckungsrechts kaum hoch genug einzuschätzen.

III. Die Verkürzung des Individualrechtsschutzes als Kehrseite

 Zulassungsentscheidung des Beschwerdegerichts zur Förderung der Rechtspflege statt Richtigkeitskontrolle im Parteiinteresse

Dennoch zeigt der vom ZPO-Reformgesetzgeber eingeschlagene Weg andererseits bereits ebenso unverkennbare negative Auswirkungen. Indem der Zugang zum BGH nur aufgrund der Zulassung durch das Landgericht als Beschwerdegericht möglich ist, wurde dem damit erstrebten Ziel der Herstellung der Rechtseinheit zugleich der im Zwangsvollstreckungsrecht weiterhin ebenso wichtige Gedanke des Individualrechtsschutzes geopfert⁸). Denn nicht mehr das Parteinteresse an richtiger Einzelfallentscheidung, sondern die zweitinstanzliche Zulassungsentscheidung aus den objektiven Zulassungsgründen bestimmt den Zugang zur dritten Instanz.

Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist – im Gegensatz zum Revisionsrecht (§ 544 ZPO n. F.) – nicht vorgesehen. Ihr Ausschluss lässt sich zumindest nicht mit der unzutreffenden Gesetzesbegründung rechtfertigen, es handele sich bei der Zwangsvollstreckung nur um ein "weniger bedeutsames Nebenverfahren" zur Hauptsache⁹). Denn das Zwangsvollstreckungsverfahren ist ein selbständiges Verfahren, das eigenen Organen anvertraut ist und eigenen Verfahrensregeln unterliegt und bei dem die dagegen möglichen Beschwerdegründe Verfahrensfragen betreffen, die mit dem Gegenstand des zugrunde liegenden Erkenntnisverfahrens nichts gemein haben¹⁰). Der wahre Grund für den Ausschluss der Nichtzulassungsbeschwerde war letztlich die vom Reformgesetzgeber gewollte Straffung des Beschwerdewegs und die Vermeidung einer übermäßigen Belastung des BGH¹¹).

2. Rechtspolitische Wertung und verfassungsrechtliche Aspekte

Die Bedenken gegen die Verkürzung des Individualrechtsschutzes im reformierten Beschwerdeverfahren sind allerdings vornehmlich solche *rechtspolitischer*, *nicht verfassungsrecht*-

⁴⁾ Vgl. *Gaul*, Die privilegierte Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubten Handlung als Problem der Funktionsteilung zwischen Prozessgericht und Vollstreckungsgericht, Festschrift für W. Gerhardt, Köln (2004), S. 259, 261.

⁵⁾ Vgl. schon *Gaul*, Das Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung – Möglichkeiten und Grenzen einer Vereinfachung, ZZP 85 (1972), S. 251, 265 f.; *ders.*, Zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts, JZ 1973, 473, 478; zuletzt noch *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 38 IV 3 (S. 604).

⁶⁾ S. dazu K. Schmidt, Vollstreckungsgegenklage – Prozessrecht und materielles Recht in der Bewährung, 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. III, München (2000), S. 491 ff.; Gaul, Dogmatische Grundlagen und praktische Bedeutung der Drittwiderspruchsklage, ibidem, S. 521 ff.

⁷⁾ S. zur grundlegenden Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Einwendungen im Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung *Gaul*, Das Rechtsbehelfssystem a. a. O. (Fn. 5), S. 271 ff.; auch *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 36 III 3 (S. 569 f.)

⁸⁾ Vgl. *Gaul*, Die privilegierte Zwangsvollstreckung, Festschrift für W. Gerhardt a. a. O. (Fn. 4), S. 261.

⁹⁾ So aber die Begründung zum Regierungsentwurf, Bundestagsdrucksache 14/4722, S. 116.

¹⁰⁾ Vgl. *Gaul*, Festschrift für W. Gerhardt, a. a. O. (Fn. 4), S. 262; auch schon *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 38 IV 1 (S. 603); kritisch zur Neureglung der Rechtsbeschwerde deshalb zuletzt auch *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., Bd. 7 (2002), § 793 Rdnr. 9 a. E.

¹¹⁾ Vgl. auch *BGH* (IX. ZS), Beschluss vom 7. September 2002, BGHZ 150, 133, 136 = NJW 2002, 1577, der ebenfalls mit Hinweis auf Bundestagsdrucksache 14/4722, S. 116 neben der vermeintlich "geringeren Bedeutung des Beschwerdeverfahrens für die Parteien" (?) zusätzlich auf die beabsichtigte "Entlastung des BGH" als Grund für den bewussten Ausschluss der Nichtzulassungsbeschwerde abstellt.

licher Art. Denn nach der zuletzt im Plenarbeschluss vom 30. April 2003¹²) bestätigten ständigen Rechtsprechung des BVerfG¹³) folgt weder aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips noch aus der Rechtsschutzgarantie des Artikel 19 Abs. 4 GG ein Anspruch auf eine zweite richterliche Instanz – vorbehaltlich der richterlichen Kontrolle der Wahrung des rechtlichen Gehörs in jeder gerichtlichen Instanz aufgrund Artikel 103 Abs. 1 GG. Die Ausgestaltung des Instanzenzugs ist danach vielmehr "Aufgabe des Gesetzgebers"¹⁴). Die Kritik betrifft demnach allein die Frage, ob der Gesetzgeber mit der Ersetzung der bisherigen sofortigen weiteren Beschwerde durch die nur aufgrund Zulassung durch die Zweitinstanz statthafte Rechtsbeschwerde die rechtspolitisch beste Lösung gefunden hat. Dies unterliegt in der Tat erheblichen Zweifeln.

Gleichwohl hat die Problematik der von der Zulassung der Vorinstanz abhängigen Rechtsbeschwerde auch einen *verfassungsrechtlichen Aspekt*, wenn sich der Vorinstanz nämlich wegen eines *Verstoßes gegen Verfahrensgrundrechte* die Zulassung der Rechtsbeschwerde hätte aufdrängen müssen. Das legt die Frage nahe, ob die Partei nicht wenigstens *in solchen Fällen den Zugang zur dritten Instanz erzwingen* kann.

- 3. Möglichkeiten der Zugangserzwingung?
- a) Keine Nichtzulassungsbeschwerde analog dem Revisionsrecht

Vereinzelt wird deshalb eine *analoge Anwendung* der auf die Revision beschränkten *Nichtzulassungsbeschwerde* (§ 544 ZPO n. F.) auf die Rechtsbeschwerde bei Grundrechtsverletzungen befürwortet¹⁵). Dem steht jedoch entgegen, dass der Reformgesetzgeber die Nichtzulassungsbeschwerde bewusst nur für das Beschwerdeverfahren in Familiensachen (§ 621 e Abs. 2 Nr. 2 ZPO n. F.) vorgesehen und zudem das Inkrafttreten dieser Regelung bis zum 1. Januar 2007 für bis dahin verkündete Entscheidungen suspendiert hat (§ 26 Nr. 9 EGZPO n. F.), um für die Übergangszeit eine Überlastung des BGH zu vermeiden¹⁶).

b) Ergänzende Zulassung der Rechtsbeschwerde analog der Gehörrüge nach § 321 a ZPO a. F.?

Der *Zivilsenat IX a des BGH* hat zuletzt im Beschluss vom 19. Mai 2004¹⁷) einen anderen Weg gewiesen, die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde im Zwangsvollstreckungsverfah-

ren zu überwinden. Er hält "eine ergänzende Zulassung der Rechtsbeschwerde analog § 321 a ZPO (für) möglich, wenn in der Beschwerdeentscheidung Verfahrensgrundrechte verletzt wurden." Gemäß dem seit 1. Januar 2002 geltenden § 321 a ZPO kann die beschwerte Partei noch gegenüber einem unanfechtbaren erstinstanzlichen Urteil die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör rügen mit der Folge, dass bei begründeter Rüge das Gericht des ersten Rechtszugs das Verfahren fortzusetzen hat. Diese Vorschrift wendet der Senat IX a des BGH sogar doppelt analog an, indem er die auf Gehörrügen gegen unanfechtbare erstinstanzliche Urteile beschränkte Norm auf den zweitinstanzlichen Nichtzulassungsbeschluss des Beschwerdegerichts und überdies über die Gehörverletzung (Artikel 103 Abs. 1 GG) hinaus auf den Verstoß gegen den gesetzlichen Richter (Artikel 101 Abs. 1 S. 2 GG) entsprechend anwendet.

In dem zugrunde liegenden Fall hatte nämlich entgegen § 568 S. 2 Nr. 2 ZPO der *Einzelrichter des Beschwerdegerichts die Nichtzulassungsentscheidung getroffen*, obwohl er wegen der "grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsbeschwerde die Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde dem *Kollegium* hätte übertragen müssen. Darin sah der Senat IX a des *BGH* eine willkürliche Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter. Da die beschwerte Partei dies rechtzeitig binnen zwei Wochen (analog § 321 a Abs. 2 ZPO) im Wege der Gegenvorstellung gegenüber dem Beschwerdegericht gerügt und dieses daraufhin die Rechtsbeschwerde in einem Abänderungsbeschluss zugelassen hat, hielt der *BGH*-Senat die Rechtsbeschwerde analog § 321 a ZPO für zulässig¹⁸).

Der vom Zivilsenat IX a des *BGH* für möglich gehaltene Weg bietet jedoch keine allgemeine Lösung, den Zugang zum *BGH* zu erzwingen und ist zudem wegen der *doppelt analogen Anwendung* des § 321 a ZPO rechtlich bedenklich. Denn der Ausweg versagt in allen Fällen, in denen der *Einzelrichter* korrekt wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache die Entscheidung über die Beschwerde gemäß § 568 A.2 Nr. 2 ZPO *dem Kollegium übertragen* hat, dieses aber unter Verneinung der grundsätzlichen Bedeutung die Rechtsbeschwerde nicht zulässt. Dann ist nämlich die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in der gesetzmäßigen Besetzung der Beschwerdekammer des Landgerichts mit drei Richtern (§ 75 GVG) erfolgt und eine außerordentliche Rüge wegen Verletzung des Verfahrensgrundrechts aus Artikel 101 Abs. 1 S. 2 GG analog § 321 a ZPO ausgeschlossen.

Zudem ist die Ausdehnung der *Gehörrüge* analog § 321 a ZPO auf die Verletzung *anderer Verfahrensgrundrechte* deshalb bedenklich, weil der *Plenarbeschluss des BVerfG vom 30. April 2003* ¹⁹) den Gesetzgeber ausdrücklich nur angewiesen hat, bis zum 31. Dezember 2004 "wegen einer behaupteten Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör" – über die seit 1. Januar 2002 bestehende Regelung des § 321 a ZPO hinaus – eine der Verfassungsbeschwerde vorausgehende fach-

¹²⁾ BVerfG (Plenum), Beschluss vom 30. April 2003, BVerfGE 107, 395 ff. = NJW 2003, 1924: "Ein Instanzenzug ist von Verfassungs wegen nicht garantiert"; deshalb ist "der Gesetzgeber nicht gehalten, die Anrufung einer weiteren Instanz vorzusehen" (a. a. O., S. 1927)

¹³⁾ Seit BVerfGE 28, 21, 36 ständige Rechtsprechung des BVerfG; s. dazu *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl. (2003), Rdnr. 99 m. w. Nachw. in Anm. 35.

¹⁴⁾ BVerfG (Plenum), a. a. O. (Fn. 12), S. 1928.

¹⁵⁾ So M. Vollkommer, Zum Fortbestand der früheren "außerordentlichen Rechtsbehelfe" nach der ZPO-Reform 2002, Festschrift für Kostas Beys, Athen (2003), II. Bd., S. 1969, 1712; zweifelnd Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O. (Fn. 3), § 147 II Rdnr. 5. – Zuletzt hält Vollkommer in Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl. (2005), § 321 a Rdnr. 4 zu cc und dd gegen die Nichtzulassung nur noch die "außerordentliche Beschwerde" für möglich (s. dazu noch unten Fn. 30); – dagegen Zöller/Gummer, a. a. O., § 574 Rdnr. 16, 17; ablehnend auch Seiler/Wunsch, Statthaftigkeit und Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde, NJW 2003, 1840, 1842; U. Becker, Die Rechtsbeschwerde in der Zwangsvollstreckung – vom LG unmittelbar zum BGH, JuS 2004, 574.

¹⁶⁾ Ebenso Seiler/Wunsch, a. a. O. (Fn. 15), S. 1842.

¹⁷⁾ BGH (Zivilsenat IX a), NJW 2004, 2529 f.

¹⁸⁾ Da die Rechtsbeschwerde – an sich atypisch beim Vorwurf der willkürlichen Verletzung eines Verfahrensgrundrechts (!) – erst auf Gegenvorstellung analog § 321 a ZPO wiederum in fehlerhafter Besetzung des Beschwerdegerichts vom Einzelrichter statt von der Kammer zugelassen wurde, war der BGH zwar gemäß § 574 Abs. 3 S. 2 ZPO "an die Zulassung gebunden" (vgl. auch BGHZ 154, 200 ff. = NJW 2003, 1254 ff.), doch hob der BGH die Entscheidung des Einzelrichters auf und verwies die Sache zur Neuentscheidung an das Beschwerdegericht zurück (NJW 2004, 2530). Zur Häufung missbräuchlicher Zulassungen von Rechtsbeschwerden durch Einzelrichter s. auch Greger, Die ZPO-Reform – 1000 Tage danach, JZ 2004, 805. 815.

¹⁹⁾ BVerfG (Plenum), a. a. O. (Fn. 12), S. 1929.

gerichtliche Abhilfemöglichkeit zu schaffen. Bei Untätigkeit des Gesetzgebers bis zum Stichtag sollte eine allgemeine Gehörrüge binnen 14 Tagen in Form einer Gegenvorstellung an den iudex a quo ersatzweise eingreifen. Die Beschränkung des Gesetzgebungsauftrags des *BVerfG* auf eine Erweiterung der *Abhilfe bei Gehörverstößen* erklärt sich allerdings daraus, dass schon der Vorlagebeschluss des 1. Senats des *BVerfG* an das *Plenum des BVerfG* auf den Rechtsschutz gegen einen behaupteten Gehörverstoß nach Artikel 103 Abs. 1 GG beschränkt war²⁰), so dass die Behandlung von Verstößen gegen andere Verfahrensgrundrechte nicht Gegenstand des *Plenarbeschlusses des BVerfG* war.

c) Die Rechtslage nach der Neufassung des § 321 a ZPO

Demgemäß sieht das am 1. Januar 2005 in Kraft getretene neue Anhörungsrügengesetz²¹) eine erweiterte Neufassung des § 321 a ZPO vor, wonach die Rüge gegen alle instanzbeendenden und unanfechtbar gewordenen Entscheidungen wegen der Behauptung stattfindet, das Gericht habe den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt (§ 321 a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 ZPO n. F.). Zwar weist die Gesetzesbegründung darauf hin, dass durch die auf die Gehörverletzung beschränkte Regelung eine Erweiterung der Rügemöglichkeit auf die Verletzung anderer Verfahrengrundrechte wie des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Artikel 101 Abs. 1 S. 2 GG) oder auf den Verstoß gegen das Willkürverbot nicht ausgeschlossen sein soll²²). Doch kann diese subjektive Meinungsäußerung der Verfasser des Gesetzesentwurfs nicht maßgebend sein, solange sie im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat. Denn nach dem Plenarbeschluss des BVerfG vom 30. April 2003 verlangt das rechtsstaatliche Gebot der "Rechtsmittelklarheit", dass die betreffenden "Rechtsbehelfe in der geschriebenen Rechtsordnung geregelt und in ihren Voraussetzungen für die Bürger erkennbar sein müssen"23). Die Beibehaltung der Beschränkung auf die Gehörrüge in der seit 1. Januar 2005 geltenden Neufassung des § 321 a ZPO steht demnach ihrer weiteren analogen Ausdehnung auf die Verletzung anderer Verfahrensgrundrechte entgegen.

d) Die Grenzen des effektiven Rechtsschutzes durch den iudex a quo

Auch bestehen erhebliche Zweifel, ob eine analoge Anwendung des § 321 a ZPO – über den vom Zivilsenat IX a des *BGH* entschiedenen Einzelfall hinaus²⁴) – einen generell geeigneten *effektiven Rechtsschutz* bietet, um sich gegen eine willkürliche Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde unter Missachtung anderer Verfahrensgrundrechte zu wehren. Zwar ging der *Plenarbeschluss des BVerfG* davon aus, dass aufgrund der "Besonderheit des auf die Beachtung des Artikel 103 Abs. 1 GG gerichteten Rechtsschutzes" die Gegenvorstellung beim iudex a quo – ohne "die Anrufung einer weiteren Instanz" – genügt, weil auch "auf diese Weise der

(Gehör-)Mangel effektiv beseitigt werden" könne²⁵). Doch bestätigen die bisherigen Erfahrungen mit der Gehörrüge das in die richterliche "Selbstkontrolle" gesetzte Vertrauen nicht. Bei kaum einer der bisher veröffentlichten Entscheidungen hatte die Gehörrüge Erfolg²⁶). Das war zu erwarten und entspricht nur der Einschätzung, die sich in der amtlichen Begründung zum ZPO-Reformgesetz 2001 findet. Sie hielt nämlich die Sorge um eine befürchtete Mehrbelastung der ersten Instanz für unbegründet, weil "Abhilfeentscheidungen eher die Ausnahme bilden dürften"²⁷) – gewiss ein bemerkenswertes Eingeständnis des geringen Vertrauens, welches die Gesetzesverfasser selbst in die Wirksamkeit ihrer neuen Gehörrüge setzten!

Wenn die Gehörrüge nach § 321 a ZPO schon bei *versehentlichen* Gehörverletzungen kaum eine effektive Abhilfe bietet, so ist dies umso weniger von ihrer analogen Anwendung auf Fälle *willkürlicher* Verletzung anderer Verfahrensgrundrechte bei der Entscheidung über die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde zu erwarten.

Die Wiederanrufung derselben Instanz wegen unterlaufener Verfahrensmängel bietet überhaupt nur dann einen sinnvollen und effektiven Rechtsschutz, wenn mit ihr versehentliche Verfahrensverstöße geltend gemacht werden. Auf dieser Erfahrung beruht es, dass die gemäß § 584 ZPO ebenfalls zum iudex a quo führende Nichtigkeitsklage gemäß § 579 ZPO wegen schwerer Verfahrensverstöße wie eines Besetzungsmangels der Richterbank oder eines Vertretungsmangels nur wegen im Vorprozess übersehener Mängel stattfindet, weil nur sie "ohne Tadel des Gerichts" anfechtbar sind²⁸). Deshalb sind die Richter des Erstverfahrens auch nicht etwa kraft Gesetzes von der Entscheidung über die Nichtigkeitsklage ausgeschlossen (§ 41 Nr. 6 ZPO)²⁹), sondern allenfalls der Befangenheitsablehnung im Einzelfall ausgesetzt (§ 42 Abs. 2 ZPO). Richtet sich der Rechtsbehelf gegen einen bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstoß, ist vom iudex a quo keine unbefangene und somit effektive Abhilfe zu erwarten.

e) Keine außerordentliche Beschwerde wegen "greifbarer Gesetzwidrigkeit"

Die willkürliche Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdegericht kann – entgegen vereinzelt noch vertretener Meinung³⁰) – auch nicht mehr mit der *sogenannten*

 $^{^{20)}}$ Vgl. BVerfG (Plenum), a. a. O. (Fn. 12), S. 1926; s. dazu auch $\it Inge\ Kroppenberg$, Zum Anwendungsbereich der Rüge gemäß § 321 a ZPO, ZZP 116 (2003), S. 421, 435.

²¹⁾ Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Anhörungsrügengesetz) vom 9. Dezember 2004 (BGBl. I 2004, S. 3220); dazu *Treber*, Neuerungen durch das Anhörungsrügengesetz NJW 2005, 97 ff.; *Rensen*, Die Gehörrüge nach In-Kraft-Treten des Anhörungsrügengesetzes MDR 2005, 181 ff.

²²⁾ So die Begründung zum Regierungsentwurf, Bundesratsdrucksache 663/04, S. 33 und darauf hinweisend *Zöller/Vollkommer*, a. a. O. (Fn. 15), § 321a ZPO Rdnr. 3.

²³⁾ BVerfG (Plenum), a. a. O. (Fn. 12), S. 1928.

²⁴⁾ Vgl. BGH (ZS IX a), a. a. O. (Fn. 17).

²⁵⁾ BVerfG (Plenum), a. a. O. (Fn. 12), S. 1297.

²⁶⁾ Nach dem Bericht von *Nasall*, Anhörungsrügengesetz – Nach der Reform ist vor der Reform, ZRP 2004, 164, 167 hatte sogar "bei keiner der veröffentlichten Entscheidungen die Gegenvorstellung Erfolg".

²⁷⁾ So die amtliche Begründung zum Entwurf eines ZPO-Reformgesetzes, Bundestagsdrucksache 14/3750, S. 40 und daher kritisch zum Reformvorhaben schon *Gaul*, Rechtswegerschöpfung im Sinne des § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG und Wiederaufnahme des Verfahrens in der Zivilgerichtsbarkeit, Festschrift für E. Schumann, Tübingen (2001), S. 89, 118.

²⁸⁾ S. dazu *Gaul*, Zur Struktur und Funktion der Nichtigkeitsklage gemäß § 579 d ZPO, Festschrift für W. Kralik, Wien (1986), S. 157 ff., 165 ff.; zuletzt *ders.*, Nichtigkeitsklage bei erschlichener oder fehlerhaft bewilligter öffentlicher Zustellung wegen Gehörverletzung?, JZ 2003, 1088, 1095, jeweils m. Nachw.

²⁹⁾ Vgl. BGH, NJW 1981, 1273, 1274; bestätigend BGHZ 125, 288, 289, ebenso mit der ganz h. M. *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, 22. Aufl., Bd. 2 (2004), § 41 Rdnr. 19; – a. A. *Jauernig*, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. (2003), § 14 I 6 (S. 47). – Bewusst strenger ist insoweit § 23 Abs. 2 StPO für den Strafprozess.

³⁰⁾ So zuletzt noch *Zöller/Vollkommer*, a. a. O. (Fn. 15), § 321 a Rdnr. 4 mit Hinweis auf die amtliche Begründung Bundesratsdrucksache 663/04, S. 33 und BFH (IV. Senat), NJW 2004, 2854 f. (anders jedoch BFH I. Senat, NJW 2004, 2853 f.); wohl auch *Seiler/Wunsch*, a. a. O. (Fn. 15), S. 1843 f.

außerordentlichen Beschwerde wegen "greifbarer Gesetzwidrigkeit" angefochten werden. Denn seit der Rechtsmittelreform 2001 ist gegen Beschlüsse des Beschwerdegerichts die Anrufung des BGH nur noch über die zugelassene Rechtsbeschwerde gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthaft³¹). Auch die außerordentliche Beschwerde zum Oberlandesgericht ist ausgeschlossen, da das ZPO-Reformgesetz 2001 das OLG als dritte Instanz des Beschwerdeverfahrens abgeschafft hat³²). Die weitere Zulassung einer außerordentlichen Beschwerde widerspricht letztlich der eindeutigen Entscheidung des Reformgesetzgebers, für die Rechtsbeschwerde – anders als für die Revision (§ 544 ZPO) – keine Nichtzulassungsbeschwerde vorzusehen³³).

Die außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzwidrigkeit wurde vor der Rechtmittelreform 2001 von der BGH-Judikatur³⁴) praeter legem entwickelt. Sie sollte gegen an sich unanfechtbare Beschlüsse, die willkürlich und namentlich unter Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte oder sonst "greifbar" gesetzwidrig zustande gekommen sind, im Sinne der "Erschöpfung des Rechtsweges" (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) noch ein letztes Rechtsmittel zur Fachgerichtsbarkeit vor der möglichen Verfassungsbeschwerde zum BVerfG eröffnen. Dazu hatte zuletzt insbesondere die Kammer-Judikatur des BVerfG die Fachgerichtsbarkeit in bedenklichem Maße mit Hinweis auf ein weit über den Wortlaut des § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfG hinausgehendes "allgemeines Prinzip der Subsidiarität" der Verfassungsbeschwerde selbst aufgerufen, um "Verstöße gegen Verfahrensgrundrechte ... tunlichst im Instanzenzug durch Selbstkontrolle der Fachgerichtsbarkeit ohne Inanspruchnahme des BVerfG zu beheben"35). Damit wollte sich das BVerfG offensichtlich Entlastung gegen die Flut von Verfassungsbeschwerden insbesondere wegen Gehörverletzungen verschaffen. Das führte jedoch entgegen § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG sinnwidrig zu einer "Rechtswegerschließung" statt "Rechtswegerschöpfung" durch Ausbildung von im Gesetz nicht vorgesehenen "außerordentlichen Rechtsbehelfen"36).

Dem hat der *Plenarbeschluss des BVerfG* vom 30. April 2003³⁷) ein Ende gesetzt. Danach genügen die zur Schließung von "Lücken im bisherigen Rechtsschutzsystem" für Rügen von Verstößen gegen Artikel 103 Abs. 1 GG "von der Rechtsprechung teilweise außerhalb des geschriebenen Rechtsgeschaffenen Rechtsbehelfe" den "verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit nicht". Dieses Verdikt betrifft gerade auch die sogenannte außerordentliche Beschwerde wegen "greifbarer Gesetzwidrigkeit" und die Gegenvorstellung über die Gehörrüge nach § 321 a ZPO a. F. hinaus, die jeweils Anlass zur Vorlage an das *Plenum des BVerfG* waren³⁸).

³¹⁾ So auch BGHZ 150, 133, 135 f. = NJW 2002, 1577 und dazu schon oben zu Fn. 11.

Zwar hatte der IX. Zivilsenat des BGH mit Beschluss vom 7. März 2002³⁹) schon unter dem Eindruck des ZPO-Reformgesetzes 2001 die Beschwerde wegen "greifbarer Gesetzwidrigkeit" speziell für den Fall der Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ausdrücklich aufgegeben, weil "nach der Neuregelung des Beschwerderechts ... es insoweit an einer planwidrigen Regelungslücke" fehle. Soweit die außerordentliche Beschwerde neben der Rechtsbeschwerde dennoch weiterhin für möglich gehalten wird⁴⁰), ist ihr jedoch spätestens mit dem gemäß dem Gesetzgebungsauftrag des Plenarbeschlusses des BVerfG am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Anhörungsrügengesetz der Boden entzogen⁴¹). Nach dem neugefassten § 321 a ZPO unterliegen jetzt alle unanfechtbaren instanzbeendenden Entscheidungen der Rüge mit möglicher Abhilfe, indessen nur durch den iudex a quo, "dessen Entscheidung angegriffen wird" (§ 321 a Abs. 2 S. 4), und nur wegen "Gehörverletzung" (§ 321 a Abs. 1 Nr. 2 ZPO n. F.).

f) Ergebnis

Festzuhalten ist demnach, dass nur noch die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO den Zugang zum BGH eröffnet. Dagegen unterliegt die Nichtzulassungsentscheidung des Beschwerdegerichts weder der im Beschwerdeverfahren bewusst gesetzlich ausgeschlossenen Nichtzulassungsbeschwerde analog dem Revisionsrecht (§ 544 ZPO), noch der nach dem Plenarbeschluss des BVerfG mangels rechtsstaatlich geforderter "Rechtsmittelklarheit" nicht mehr anwendbaren außerordentlichen Beschwerde wegen "greifbarer Gesetzwidrigkeit". Lediglich kann die Nichtzulassungsentscheidung des Beschwerdegerichts von diesem selbst noch aufgrund der Neufassung des § 321 a ZPO ab 1. Januar 2005 auf Gehörrüge der beschwerten Partei im Wege der Abhilfe korrigiert werden und so noch zur Zulassung der Rechtsbeschwerde führen. Dies gilt jedoch nur für die Rüge der Gehörverletzung⁴²). Die Verletzung anderer Verfahrensgrundrechte kann nur noch mit der Verfassungsbeschwerde zum BVerfG geltend gemacht werden⁴³).

Anzumerken ist, dass nach der Neufassung des § 321 a Abs. 2 S. 1 ZPO die zweiwöchige Rügefrist erst ab "Kenntnis von der Verletzung des rechtlichen Gehörs" beginnt und spätestens "nach Ablauf eines Jahres" endet (Abs. 2 S. 2). Damit trägt die Gesetzesänderung der Kritik an der bisherigen Fassung des § 321 a ZPO Rechnung, nach der die zweiwöchige Frist – kenntnisunabhängig – "mit der Zustellung" der Entscheidung begann und – abgesehen von der mit der "Notfrist"

³²⁾ Ebenso *Jauernig*, Zivilprozessrecht, a. a. O. (Fn. 29), § 75 IV (S. 320).

³³⁾ Vgl. schon oben zu Fn.11 und Fn. 16.

³⁴⁾ Vgl. BGHZ 109, 41, 43 f. = NJW 1990, 840, 841; BGHZ 119, 372, 374 = NJW 1993, 1865, BGHZ 130, 97, 99 = NJW 1995, 2497.

³⁵⁾ So schon *BVerfG* 47, 182, 191; *BVerfGE* 68; 376, 380; *BVerfGE* 77, 381, 401 und ständige Rechtsprechung zumindest bis zum Plenarbeschluss des *BVerfG* v. 30. April 2003, a. a. O. (Fn. 12).

³⁶⁾ S. dazu kritisch *Gaul*, Rechtswegerschöpfung, Festschrift für E. Schumann, a. a. O. (Fn. 27), S. 89, 109 ff.; den dortigen Befund aufgreifend *Vollkommer*, Subsidiaritätsprinzip und allgemeines Prozessrecht, Festschrift für Link (2003), S. 1003 f.; *ders.*; Das Plenum des BVerfG als Ersatzgesetzgeber, Festschrift für W. Gerhardt, Köln (2004), S. 1021, 1033.

³⁷⁾ BVerfG (Plenum), a. a. O. (Fn. 12).

³⁸⁾ BVerfG (Plenum), a. a. O. (Fn. 12), S. 1924 zum dortigen Sachverhalt und dazu *Gaul*, JZ 2003, 1088, 1090.

³⁹⁾ BGHZ 150, 133, 135 ff. (s. schon oben Fn. 11), dazu auch *V. Lipp*, NJW 2002, 170ff., der mit dem *BGH* zwar die außerordentliche Beschwerde wegen "greifbarer Gesetzwidrigkeit" seit dem ZPO-Reformgesetz für ausgeschlossen hält, jedoch eine analoge Anwendung des § 321 a ZPO a. F. auf *alle* Entscheidungen und auf die Verletzung *aller* Verfahrensgrundrechte befürwortet; für eine Analogie zu § 321 a ZPO a. F. wegen der "inhaltlichen Verknüpfung der Verfahrensgrundrechte über den Grundsatz des fair trial" auch *Kroppenberg*, a. a. O. (Fn. 20), S. 434 ff.

⁴⁰⁾ Vgl. die Nachweise oben zu Fn. 30.

⁴¹⁾ Vgl. oben zu Fn. 21.

⁴²⁾ Deshalb zu weit gehend die doppelt analoge Anwendung des § 321 a ZPO a. F. vor der erst ab 1. Januar 2005 geltenden Neufassung auf die Rüge der Verletzung des gesetzlichen Richters (Artikel 101 Abs. 1 S. 2 GG) durch den Beschluss des Zivilsenats IX a des *BGH* vom 19. Mai 2004, a. a. O. (Fn. 17).

⁴³⁾ Im Ergebnis wie hier BGHZ 150, 133, 135 ff. = NJW 2002, 1577 (s. oben Fn. 11); auch *Becker*, a. a. O. (Fn. 15), S. 574 f.; *Nasall*, a. a. O. (Fn. 26), S. 165; *Rensen*, a. a. O. (Fn. 21) S. 183; *Zöller/Gummer*, a. a. O. (Fn. 15), § 574 Rdnr. 17 (gegen *Zöller/Vollkommer*, a. a. O. § 321a Rdnr. 4); auch schon *Schilken*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 605 und 991.

verbundenen Wiedereinsetzung (§§ 233, 234 Abs. 3 ZPO) – noch keine einjährige Ausschlussfrist vorsah und damit zeitlich nur einen äußerst knapp bemessenen Anwendungsbereich erfasste⁴⁴). Doch vermag die Verbesserung der Befristung die der Gehörrüge als Mittel der "Selbstkontrolle" durch den iudex a quo strukturell anhaftenden Nachteile mangelnder Effektivität nicht aufzuwiegen⁴⁵).

IV. Die Kritik wegen Überlastung des BGH mit Rechtsbeschwerden

Bedeutet demnach der ohne Zulassung durch das Beschwerdegericht versperrte Zugang zum BGH in der Zwangsvollstreckung eine empfindliche Beschneidung des Individualrechtsschutzes für die Partei, so wird umgekehrt der seit Einführung der Rechtsbeschwerde in der kurzen Zeitspanne seit 1. Januar 2002 zu verzeichnende erhöhte Geschäftsanfall beim BGH namentlich im Kreis der Richterschaft unseres höchsten Zivilgerichts als "Missstand" beklagt und gefordert, dem "ein schleuniges Ende zu bereiten"46). Schon im Jahre 2002 waren knapp 400 Rechtsbeschwerden in Zwangsvollstreckungsverfahren beim BGH eingegangen, so dass zur Entlastung des nach der Geschäftsverteilung zuständigen IX. Zivilsenats für das Geschäftsjahr 2003 zusätzlich der Zivilsenat IX a als "Hilfssenat" gebildet werden musste mit im Jahre 2003 weiteren 262 Eingängen an Rechtsbeschwerden in Vollstreckungssachen. Im Jahre 2004 ist erstmals ein geringfügiger Rückgang der Gesamtzahl an Rechtsbeschwerden zu verzeichnen mit aber immer noch 283 Eingängen in Zwangsvollstreckungssachen beim Zivilsenat IX a des BGH, der jedoch aus gerichtsverfassungsrechtlichen Gründen zum 31. Dezember 2004 wieder aufgelöst wurde. Inzwischen zeugen zahlreiche veröffentlichte Entscheidungen teils grundsätzlicher Art von der regen Spruchtätigkeit auch des hinzugetretenen Senats IX a auf dem Gebiete des Zwangsvollstreckungsrechts⁴⁷).

Angesichts der Mehrbelastung des BGH als neue Rechtsbeschwerdeinstanz betrachten sich ihre Richter geradezu "als Opfer der Prozessreform". Als missglückt wird die Einführung der Rechtsbeschwerde vor allem deshalb empfunden, weil in Verfahren, die – wie in Zwangsvollstreckungssachen – beim Amtsgericht (als Vollstreckungsgericht) beginnen, der Beschwerderechtszug unmittelbar vom Landgericht (als zweiter Instanz) zum BGH führt. Nach der Reform werde "dem BGH angesonnen, die viele Jahre vernachlässigte Rechtseinheit herzustellen, ohne auf die Vorarbeit der Oberlandesgerichte ... mit ihrer ausgesuchten Besetzung und langjährigen Erfahrung zurückgreifen zu können". Deshalb wird gefordert, "an Stelle des BGH die Oberlandesgerichte als Rechtsbeschwerdegericht zu bestimmen", die den BGH nur anzurufen hätten, wenn sie von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des BGH abweichen wollten⁴⁸).

V. Die Divergenzvorlage zum BGH als Kompromiss zwischen Individualrechtsschutz und Wahrung der Rechtseinheit – die bessere Lösung

1. Das Vorbild des § 28 Abs. 2 FGG

In der Tat wäre der Reformgesetzgeber besser beraten gewesen, wenn er dem Vorbild des § 28 Abs. 2 FGG gefolgt wäre. Nach dieser Vorschrift hat das Oberlandesgericht, das im Beschwerderechtszug der freiwilligen Gerichtsbarkeit in dritter Instanz über die weitere Beschwerde zu entscheiden hat, falls es von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des BGH in der gleichen Rechtsfrage abweichen will, die weitere Beschwerde unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem BGH zur Entscheidung vorzulegen. Diesen in über 100-jähriger Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit bewährten dreistufigen Instanzenzug mit Divergenzvorlage zum BGH habe ich zuletzt als geeignetes Modell auch für die Reform des Beschwerderechtszugs im Zwangsvollstreckungsverfahren vorgeschlagen⁴⁹).

2. Die aktuelle Paralleldiskussion zur Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit

In der aktuellen Diskussion um die Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird allerdings derzeit im Bundesjustizministerium erwogen, die "Vierstufigkeit" des § 28 Abs. 1 FGG aufzugeben und die Zulassungsrechtsbeschwerde auch in das FG-Verfahren zu übernehmen, die seit ihrer Einführung in die ZPO durch die Reform 2001 "als Erfolg" und "auch gegenüber der Divergenzvorlage als Fortschritt" zu werten sei 50). Dieser Bewertung durch den Referenten des Bundesjustizministeriums Ministerialrat Dr. Meyer-Seitz auf der Zivilprozessrechtslehrertagung im Frühjahr 2004 in Göttingen habe ich indessen mit *Prütting* nachdrücklich widersprochen⁵¹). Die Einführung der Zulassungsrechtsbeschwerde kann gerade in den stark personenbezogenen FG-Verfahren nicht der richtige Weg sein, da er zu einer Verkürzung des gebotenen Individualrechtsschutzes führt. Vielmehr bietet die bisherige Divergenzvorlage die angemessene Regelung. Ihre Gleichsetzung mit einer "Vierstufigkeit" des Instanzenzugs ist zudem irreführend. Denn der BGH entscheidet nicht in "vierter Instanz", sondern – anstelle des gemäß § 28 Abs. 1 FGG grundsätzlich zuständigen Oberlandesgericht - in "dritter Instanz" letztinstanzlich (§ 28 Abs. 2 FGG), falls ihm ausnahmsweise das Oberlandesgericht in einem Divergenzfall die Rechtssache zur Entscheidung vorlegt (§ 28 Abs. 2 FGG)52).

Sollte der Reformgesetzgeber trotz der dagegen erhobenen Bedenken die Zulassungsrechtsbeschwerde auch im FG-Verfahren einführen wollen, müsste er jedenfalls dort zugleich –

118 DGVZ.2005 Nr. 8

⁴⁴⁾ Vgl. dazu kritisch *Gaul*, Rechtswegerschöpfung, Festschrift für E. Schumann, a. a. O. (Fn. 27), 89, 119.

⁴⁵⁾ Vgl. dazu oben zu Fn. 24 ff.

⁴⁶⁾ So der ehemalige Vorsitzende des IX. Zivilsenates *Kreft* in seinem Beitrag "Missstand bei der Rechtsbeschwerde – Der BGH als Opfer der Prozessreform", ZRP 2003, 77 f.

⁴⁷⁾ Vgl. die unter www.bundesgerichtshof.de abrufbare Statistik der Zivilsenate für die Jahre 2002, 2003 und 2004; danach betrafen im Jahr 2002 von den 1228 beim BGH eingegangenen Rechtsbeschwerden knapp 400 Zwangsvollstreckungsbeschwerden, im Jahre 2003 entfielen von 1493 Eingängen 262 auf Zwangsvollstreckungsbeschwerden, im Jahre 2004 von1415 Eingängen noch 283 Zwangsvollstreckungssachen im Zuständigkeitsbereich des "Hilfssenats" IX a des BGH; vgl. dazu auch Seiler/Wunsch, a. a. O. (Fn. 15), S. 1840 f. zu Anm. 5 und 21; Becker, a. a. O. (Fn. 15), S. 574 zu Anm. 2.

⁴⁸⁾ Vgl. Kreft, a. a. O. (Fn. 46), S. 77 f.

⁴⁹⁾ S. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 38 IV 3 (S. 604), dort allerdings noch bei skeptischer Einschätzung der "Realisierungschance".

⁵⁰⁾ Vgl. *Meyer-Seitz* auf der Tagung der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer im April 2004 in Göttingen zum Thema "Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Außerstreitverfahren) aus deutscher, österreichischer und schweizerischer Sicht" und dazu Bericht *Kerwer*, ZZP 117 (2004), S. 445, 448. – Auch *Bork*, Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, ZZP 117 (2004), S. 399, 418 hält die Übernahme der Rechtsbeschwerde des § 574 ZPO in das FG-Verfahren für erwägenswert, weil "vier Instanzen nicht mehr angebracht" seien.

⁵¹⁾ Vgl. dazu Diskussionsbeiträge von *Prütting* und *Gaul*, ZZP 117 (2004), S. 448 f.

⁵²⁾ Zutreffend Kirsten Hüttemann, Rechtsmittel und Wiederaufnahme im österreichischen Verfahren außer Streitsachen und in der deutschen freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld (1996), S. 98: "Der BGH ist in diesem Fall (Divergenzvorlage) ... in dritter Instanz zuständig."

entsprechend dem Revisionsrecht des Zivilprozesses (§ 544 ZPO) – auch die *Nichtzulassungsbeschwerde* vorsehen. Denn das schon für die Zwangsvollstreckung nicht zutreffende Gegenargument der Gesetzesbegründung, die Zwangsvollstreckung sei nur ein "weniger bedeutsames Nebenverfahren"53), passt erst recht nicht auf das FG-Verfahren, da dort alle Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit als "*Hauptsache*" im Beschlussverfahren und anschließendem Beschwerderechtszug entschieden werden. Der *Kommissionsentwurf* einer neuen FrGO 1977 wollte jedenfalls noch in seinem § 76 die *Divergenzvorlage zum BGH* als bewährtes Instrument *beibehalten*54).

Soweit es bei der Rechtsmittelreform nur um eine schematische Vereinheitlichung der Instanzen und der Beschwerderechtszüge der verschiedenen Verfahrensarten ohne Rücksicht auf ihre Besonderheiten geht, sollte umgekehrt der dreistufige Beschwerderechtszug des FGG mit der Divergenzvorlage zum BGH auch künftig als Vorbild dienen, statt die kaum geglückte Zulassungsrechtsbeschwerde der ZPO-Reform 2001 auch noch auf das FG-Verfahren auszuweiten.

3. Verknüpfung von Individualrechtsschutz und Wahrung der Rechtseinheit

Denn die Lösung der Divergenzvorlage zum BGH verbindet die beiden Rechtsmittelziele des Individualrechtsschutzes und der Gewährleistung der Rechtseinheit in idealer Weise auf der Basis eines gesetzlich gesicherten dreistufigen Instanzenzugs zumindest bis zum Oberlandesgericht. Dagegen verkürzt die neue Zulassungsrechtsbeschwerde den Individualrechtsschutz auf einen nur noch zweistufig gesetzlich gesicherten Instanzenzug bis zum Landgericht und lässt dieses – häufig noch in fehlerhafter Einzelrichterbesetzung⁵⁵) – unmittelbar über den Zugang zum BGH entscheiden. Überdies wird der BGH "an die Zulassung gebunden" (§ 574 Abs. 3 S. 2 ZPO), ohne dass ihm – wie bei der Divergenzvorlage – in dritter Instanz noch das Oberlandesgericht als auf Rechtsfragen spezialisiertes Gericht unter Kundgabe "seiner Rechtsauffassung" (§ 28 Abs. 2 S. 1 FGG) als "Filter" vorgeschaltet ist.

4. Der verhängnisvolle Schritt von der Divergenzvorlage zur Rechtsbeschwerde im neuen Insolvenzrecht

Es ist bemerkenswert, dass für das *Insolvenzrecht* zunächst § 7 InsO in der *Erstfassung von 1999* noch nach dem Vorbild des § 28 Abs. 2 FGG die *Divergenzvorlage an den BGH* versah. Der Regierungsentwurf zur InsO wollte sogar ursprünglich "in enger Anlehnung an das FGG" dessen Regelung vollständig übernehmen⁵⁶). Auf Empfehlung des Bundestags-Rechtsausschusses wurde die "weitere Beschwerde" an das Oberlandesgericht zuletzt "in eine sogenannte *Zulassungsbeschwerde* verändert". Über die Zulassung sollte jedoch nicht – wie jetzt nach § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO – das Landgericht, sondern das Oberlandesgericht entscheiden (§ 7 Abs. 1 S. 1 InsO a. F.). Dadurch sollte "eine gleichmäßige Zulassungspraxis gewährleistet werden"⁵⁷). Zulassungsvoraussetzung war die

53) Vgl. dazu schon oben zu Fn. 9 und 10.

Rüge einer Gesetzesverletzung *und* dass die Nachprüfung der Entscheidung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten erschien.

Nach nur dreijähriger Geltung des § 7 InsO a. F., während der die bisher primär zur Entscheidung berufenen Oberlandesgerichte einen wesentlichen Beitrag zur Förderung der Rechtseinheit auf dem Gebiet des Insolvenzrechts geleistet haben, hat der ZPO-Reformgesetzgeber 2001 diese sinnvolle Regelung mit der Divergenzvorlage zum BGH im Zuge einer vordergründigen Rechtsangleichung wieder aufgegeben und die Rechtsbeschwerde auch in das Insolvenzrecht übernommen – mit allen Nachteilen einer unnötigen Mehrbelastung des BGH. Denn dabei ist überdies das frühere Zulassungserfordernis entfallen, weil die Rechtsbeschwerde als in der InsO "gesetzlich ausdrücklich bestimmtes" Rechtsmittel im Sinne des § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ohne Zulassung statthaft ist⁵⁸). Darin unterscheidet sich die neue Rechtsbeschwerde nach § 7 InsO n. F. von der Rechtsbeschwerde im Zwangsvollstreckungsverfahren wesentlich, die gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO von der Zulassung durch das Beschwerdegericht abhängt. Dieses kurzlebige Hin und Her in der jüngsten Reform des Rechtsmittelrechts lässt in der Tat an der "Weisheit" des modernen Gesetzgebers zweifeln⁵⁹). Statt die richtungsweisende Bedeutung der Vorlageregelung des § 7 InsO a. F. zu erkennen und dieses schon im FG-Verfahren seit über 100 Jahren bewährte Modell auch dem Beschwerderechtszug in der ZPO zugrunde zu legen, gab der ZPO-Reformgesetzgeber 2001 es ohne Not zugunsten der nunmehr favorisierten Rechtsbeschwerde vorschnell wieder preis.

5. Der Stimmungsumschwung zugunsten der Divergenzvorlage auf dem 65. Deutschen Juristentag 2004

Zu einem deutlichen Stimmungsumschwung führte zuletzt erst der 65. Deutsche Juristentag im September 2004 in Bonn, der sich in der Abteilung Verfahrensrecht mit dem Thema: "Die Reform der ZPO - eine Wirkungskontrolle" befasste und die praktische Bewährung der seit 1. Januar 2002 geltenden Rechtsbeschwerde diskutierte. Dabei wurde zutreffend erkannt, dass ein Rechtsmittelsystem, das wie das deutsche vom Parteirechtsmittel geprägt ist, das Interesse der Partei an Korrektur einer fehlerhaften Entscheidung bei der Zugangskontrolle zur Revisions- und Rechtsbeschwerdeinstanz (BGH) nicht vollständig vernachlässigen darf. Soweit nach neuem Recht in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit an höchstrichterlicher Wahrung der Rechtseinheit die Richtschnur für den Zugang zum BGH bilde, dürfe das Individualinteresse an Fehlerkorrektur aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit nicht völlig preisgegeben werden.

Aus der Sicht der Richterschaft des *BGH* wurde zur Eindämmung der Mehrbelastung des *BGH* – ganz im Sinne der auch hier bekräftigten früheren Vorschläge⁶⁰) – gefordert, "die *Zuständigkeit für Rechtsbeschwerden* in Verfahren, für die in erster Instanz das Amtsgericht zuständig ist, den *Oberlandesgerichten* zu übertragen und für *Divergenzfälle* eine Vorlage an den *BGH* vorzusehen"⁶¹). Dieselbe Forderung, die primäre

DGVZ 2005 Nr 8 119

⁵⁴⁾ Vgl. Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, hrsg. v. Bundesministerium der Justiz (1977), S. 40 und Begründung S. 100, 138; dazu auch *Hüttemann*, a. a. O. (Fn. 52), S. 126, wo in Anm. 39 versehentlich § 78 Abs. 1 S. 1 statt § 76 Abs. 1 S. 1 zitiert wird.

⁵⁵⁾ Vgl. oben zu Fn. 18.

⁵⁶⁾ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zu § 7 in Bundesratsdrucksache 1/92.

 $^{^{57)}}$ Vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zu $\S~7$ in Bundestagsdrucksache 12/7302.

⁵⁸⁾ Vgl. *Jaeger/Henckel/Gerhardt,* InsO, 1. Aufl., 1. Bd. (2004), § 7 Rdnr. 5 m. Nachw.

⁵⁹⁾ So *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. (2003), Rdnr. 6.07 c; s. ferner die Kritik von *Kreft*, a. a. O. (Fn. 46), S. 77 f.; kritisch auch *Jaeger/Henckel/Gerhardt*, a. a. O. (Fn. 58) § 7 Rdnr. 4.

⁶⁰⁾ Vgl. oben zu Fn. 49.

⁶¹⁾ Vgl. *Ball*, Die ZPO-Reform – eine Wirkungskontrolle aus der Sicht eines Richters des BGH (Kurzfassung des Gutachtens zum 65. DJT), Beilage zu NJW-Heft 27/2004, S. 8.

Zuständigkeit des BGH für Rechtsbeschwerden "wieder abzuschaffen" zugunsten der Einführung eines "Vorlagerechts der zweitinstanzlichen Gerichte" wurde aus dem Kreis der Anwaltschaft beim BGH erhoben⁶²). Schließlich wurde auch von Seiten der Wissenschaft die Forderung nach "Abbau der Überlastung des BGH" zugunsten der "Wiedereinführung der Zuständigkeit der Oberlandesgerichte" für Rechtsbeschwerden unterstützt⁶³).

Mit überwältigender Mehrheit *beschloss* daraufhin der 65. *Deutsche Juristentag*: "Die Zuständigkeit für Rechtsbeschwerden (§ 133 GVG), für die in erster Instanz das Amtsgericht zuständig ist, sollte den *Oberlandesgerichten* übertragen werden", und zwar "mit *Vorlagemöglichkeit* an den *BGH* im Divergenzfalle"⁶⁴).

6. Der "Nachbesserungsbedarf" nach der "Reform"

Nach allem wirft es ein schlechtes Licht auf die Gesetzgebungskunst des modernen Reformgesetzgebers, wenn schon nach dreijähriger Geltung seiner im hektischen Aktionismus zustande gekommenen ZPO-Reform das Institut der Zulassungsrechtsbeschwerde zum *BGH* derartig massiv in Frage gestellt und eine Nachbesserung zugunsten der Zuständigkeit der Oberlandesgerichte mit *Divergenzvorlage zum BGH* gefordert wird. In der Tat kann nur diese die Rechtsmittelziele des *Individualrechtsschutzes* und der *Wahrung der Rechtseinheit* in optimaler Weise verbindende Lösung letztlich nachhaltig überzeugen⁶⁵).

VI. Beispiele grundsätzlicher Rechtsbeschwerdeentscheidungen des BGH im Zwangsvollstreckungsverfahren

Bei aller Kritik an der vom ZPO-Reformgesetzgeber 2001 auf Kosten des Individualrechtsschutzes gefundenen Lösung der Zulassungsrechtsbeschwerde hat die rege Zulassungspraxis der Beschwerdegerichte doch schon innerhalb der letzten drei Jahre nicht nur statistisch zu einer großen Anzahl von BGH-Entscheidungen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung zugunsten der hier seit jeher vermissten Rechtseinheit geführt.

Der BGH wurde auf diese Weise auch erstmals in die Lage versetzt, binnen der kurzen Zeit seit Einführung der Rechtsbeschwerde zu einer ganzen Reihe von Rechtsfragen des Zwangsvollstreckungsverfahrens von grundsätzlicher Bedeutung Stellung zu nehmen⁶⁶) – mit unverkennbarem Gewinn für die Qualität der Rechtskontrolle im Zwangsvollstreckungsrecht. Zum Beleg seien nur einige Beispiele aus der jüngsten Judikatur der Zivilsenate IX und IX a des BGH herausgegriffen. Sie zeigen zugleich, in welchem Maße der BGH auch die rechtsstaatlichen Aspekte der Zwangsvollstreckung beachtet.

- 1. Der Titel als Eingriffsgrundlage
- a) Die Aufgabenteilung zwischen Prozessgericht und Vollstreckungsgericht

In zwei Beschlüssen vom 26. September 2002⁶⁷) hat der IX. Zivilsenat des BGH die Bedeutung des Vollstreckungstitels als Eingriffsgrundlage für die Zwangsvollstreckung betont und dazu zugleich die Maßgeblichkeit der "Aufgabenverteilung zwischen Prozessgericht und Vollstreckungsgericht" hervorgehoben. Die Entscheidungen betrafen Fälle, in welchen Gläubiger jeweils die privilegierte Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung über den sonst pfändungsfreien Betrag des Arbeitseinkommens hinaus gemäß § 850 f Abs. 2 ZPO beim Vollstreckungsgericht beantragten, ohne dass sich die Deliktsnatur des Anspruchs aus dem Titel ergab. Im Anschluss an ein älteres obiter dictum des BGH68) nahm die früher herrschende Meinung in der Instanzrechtsprechung und Lehre an, dass das Vollstreckungsgericht die Voraussetzungen des Vollstreckungsprivilegs des § 850 f Abs. 2 ZPO bei unzureichendem Titel selbständig zu prüfen habe⁶⁹).

Mit Recht verneint der IX. Zivilsenat des BGH die eigene Prüfungskompetenz des Vollstreckungsgerichts aufgrund der Funktionsteilung zwischen Prozessgericht und Vollstreckungsgericht. Danach ist es allein Aufgabe des zum Erlass des Titels berufenen Prozessgerichts, über Art und Umfang des in der Zwangsvollstreckung durchzusetzenden Gläubigerrechts zu befinden. Entgegen bisheriger Auffassung spricht auch nicht der Gesetzeswortlaut des § 850 f Abs. 2 ZPO für die materielle Prüfungskompetenz des Vollstreckungsgerichts. Zwar redet die Vorschrift nur von der Betreibung der Zwangsvollstreckung "wegen einer Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung". Doch ergibt sich das Titelerfordernis als unerlässliche Grundvoraussetzung jeder Zwangsvollstreckung schon aus den "Allgemeinen Vorschriften" des 8. Buchs der ZPO, wonach sie nur "aus" vollstreckbaren Endurteilen oder "aus" anderen "Vollstreckungstiteln" stattfindet (§§ 704 Abs. 1, 794 ZPO). Nach der Gesetzessystematik ist also der "Titel" ein "vor die Klammer gezogenes" selbstverständliches Tatbestandsmerkmal jeder normierten Vollstreckungsart⁷⁰). Vor allem ist der *Titel die notwendige* Ermächtigungsgrundlage für die Eingriffsbefugnisse der Vollstreckungsorgane, indem er Inhalt und Umfang der Zwangsvollstreckung bindend festlegt71). Wollte man dem Vollstreckungsgericht eine eigene materielle Prüfungskompetenz zubilligen, liefe dies auf eine Selbstermächtigung zum Vollstreckungszwang hinaus.

Ergibt sich der Deliktscharakter des titulierten Anspruchs nicht aus dem vollstreckbaren Titel, verweist der IX. Senat des *BGH* den Gläubiger zutreffend auf eine "*titelergänzende Feststellungsklage*", nicht zuletzt, "um dem Schuldner eine sachgerechte Verteidigung vor dem Prozessgericht zu ermöglichen"⁷²). In der Tat haben beide Parteien Anspruch darauf, dass die materiellrechtliche Streitfrage der Haftung aus vor-

120 DGVZ.2005 Nr. 8

⁶²⁾ Vgl. *Hermann Büttner*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle des neuen Revisionsrechts, a. a. O. (Fn. 61), S. 8 f.

⁶³⁾ Vgl. *Gottwald*, Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle aus der Sicht der Wissenschaft, a. a. O. (Fn. 61), S. 9, 10.

⁶⁴⁾ Vgl. *Beschlüsse des 65. Deutschen Juristentages Bonn 2004*, NJW 2004, S. 3241, 3242 zu 24, 1 (angenommen mit 62:8:8 Stimmen) und zu 24, 1,1 (angenommen mit 69:0:0 Stimmen). – Dagegen wurde der Antrag, "gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 Abs. 3 ZPO) in wichtigen Fallgruppen von existentieller Bedeutung die Nichtzulassungsbeschwerde zuzulassen", mit einer bemerkenswert hohen Zahl an Stimmenthaltungen abgelehnt (6:59:8).

⁶⁵⁾ S. oben zu Fn. 49 und 51.

⁶⁶⁾ Vgl. dazu schon zu Fn. 47; *Becker*, a. a. O. (Fn. 15), S. 574 Anm. 2, registriert für das Jahr 2003 allein "30 sog. Leitsatzentscheidungen" des Zivilsenats IX a des *BGH*.

⁶⁷⁾ BGH, Beschluss vom 26. September 2002 – IX ZB 180/02, BGHZ 152, 166 ff. = NJW 2003, 515 f. = LMK 2003, 74 (Anm. *Caroline Meller-Hannich*); ebenso BGH, Beschluss vom 26. September 2002 – IX ZB 208/02, ZVI 2002, 422.

⁶⁸⁾ BGHZ 36, 11, 17 = JZ 1962, 678 m. krit. Anm. Lüderitz.

⁶⁹⁾ Vgl. die Nachw. in BGHZ 152, 166, 168 f.

⁷⁰⁾ Siehe dazu ausführlich Gaul, Die privilegierte Zwangsvollstreckung, Festschrift für W. Gerhardt a. a. O. (Fn. 4), S. 259, 274 ff.

⁷¹⁾ Vgl. dazu *Gaul*, Festschrift für Gerhardt a. a. O. (Fn. 4), S. 259, 277.

⁷²⁾ BGHZ 152, 166, 171 f. im Anschluss an BGHZ 109, 276 f.

sätzlichem Delikt vor dem *Prozessgericht als dem "gesetzlichen Richter*" im Sinne des Artikel 101 Abs. 1 S. 2 GG geklärt und bindend festgestellt wird⁷³). Dafür ist das "formalisierte Vollstreckungsverfahren" *ohne Gehörgewähr* (§ 834 ZPO) vor dem mit dem Rechtspfleger besetzten Vollstreckungsgericht ungeeignet.

Nicht zu folgen ist dem IX. Senat des *BGH* allerdings, soweit er eine *Ausnahme* für den Fall der urkundlichen "*Zustimmung des Schuldners*" gestattet⁷⁴). Denn die Zulassung einer solchen Privaturkunde als Eingriffsgrundlage würde eine Umgehung der förmlichen Titel (vollstreckbare Urkunde und Prozessvergleich, § 794 Abs. 1 Nr. 1 und 5 ZPO) und einen unzulässigen Verzicht auf den Pfändungsschutz bedeuten⁷⁵).

b) Der erforderliche Titel zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer Gesellschaft bürgerlichem Rechts

Im Beschluss vom 16. Juli 2004⁷⁶) hat der Zivilsenat IX a des *BGH* die vollstreckungsrechtlichen Konsequenzen aus der *Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB)* durch das viel diskutierte Urteil des II. Zivilsenats des *BGH* vom 29. Januar 2001⁷⁷) gezogen, der das bisherige Verständnis der Vollstreckungsvorschrift des § 736 ZPO entgegenstand und die deshalb in der Prozessrechtslehre bisher als *Rechtsfortbildung contra legem* gewertet wurde⁷⁸). Gemäß § 736 ZPO ist "zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen … ein *gegen alle Gesellschafter* ergangenes Urteil *erforderlich*" – und nicht nur

"genügend"⁷⁹). Ist jetzt nach der neuen BGH-Rechtsprechung von der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auszugehen, so müsste der Titel konsequent gegen die Gesellschaft als solche gerichtet sein. Nach Ansicht des Senats IX a des BGH hat die Vorschrift des § 736 ZPO jedoch "nicht ihre Bedeutung verloren: Sie ist (künftig) so zu verstehen, dass der Gläubiger nicht nur mit einem gegen die Gesellschaft als Partei gerichteten Titel in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken kann, sondern - anders als bei der offenen Handelsgesellschaft (vgl. § 124 Abs. 2 HGB) – auch mit einem Titel gegen alle einzelnen Gesellschafter aus ihrer persönlichen Mithaftung"80). Diese Lösung, die dem Gläubiger entgegen dem Wortlaut und Sinn des § 736 ZPO die "Option" zwischen einem Titel gegen die Gesellschaft oder die Gesellschafter belässt⁸¹), zeigt, welch hybrides Gebilde letztlich die neue BGH-Judikatur hervorgebracht hat.

Im entschiedenen Falle hatten sich die Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800 Abs. 1 ZPO der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück des Gesellschaftsvermögens unterworfen und der Gläubiger daraus die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben. Da dort ..Identität zwischen den Gesellschaftern und eingetragenen Eigentümern bestand", ließ der Senat IX a des BGH die nach wie vor umstrittene Frage offen, "ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen die Außen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht nur rechtsfähig, sondern auch grundbuchfähig ist". Zwar lagen damit die Voraussetzungen des § 750 Abs. 1 ZPO vor, dass sich die Personen, in deren Vermögen die Zwangsvollstreckung stattfinden sollte, eindeutig aus dem Titel ergaben. Doch da sich das BayObLG82) noch bis zuletzt weigert, die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzuerkennen, wäre ein klärendes Wort des Zivilsenats IX a des BGH für die Praxis durchaus hilfreich gewesen. Denn die Kreation eines Rechtsträgers durch die Judikatur ohne die Eignung, Immobiliarvermögen zu haben, ist ein Unding. Rechtsfähigkeit gebietet als Konsequenz auch die Grundbuchfähigkeit, sonst könnte die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht gemäß § 873 BGB durch Einigung und Eintragung dingliche Rechte erwerben⁸³). Wenn sich der *BGH* schon über § 736 ZPO in "gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung" hinwegsetzt, sollte er diesen Schritt bei § 47 GBO, der bisher die Eintragung der "gemeinschaftlichen Berechtigung" fordert, nicht scheuen. Andernfalls wäre der Rechtsund Verkehrssicherheit mit der Rechtsfortbildung ein schlechter Dienst erwiesen.

c) Erforderlicher Vollstreckungstitel gegen beide Ehegatten bei Mitbesitz

Im Beschluss vom 25. Juni 2004 hat der Zivilsenat IX a des *BGH*⁸⁴) mit der zuletzt im Vordringen befindlichen Auffas-

⁷³⁾ Vgl. näher *Gaul*, Festschrift für W. Gerhardt a. a. O. (Fn. 4), S. 259, 277 f.; – der Vollstreckungsbescheid ist dafür ungeeignet; so klarstellend zuletzt auch der VII. Zivilsenat des BGH, Beschluss vom 5. April 2005, NJW 2005, 1663 f. (dazu demnächst *Gaul* in NJW).

⁷⁴⁾ BGHZ 152, 166, 171 f.

⁷⁵⁾ Dazu näher Gaul, Festschrift für W. Gerhardt a. a. O. (Fn. 4), S. 259, 281 ff.

⁷⁶⁾ BGH, Beschluss vom 16. Juli 2004 – IX a ZB 288/03, NJW 2004, 3632 ff.

⁷⁷⁾ BGHZ 146, 341 ff., 353 ff. im Anschluss an die Bonner Habilitationsschrift von *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaftern und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung (2000), S. 122 ff.; dazu auch *Wertenbruch*, Die Parteifähigkeit der GbR – die Änderung für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis, NJW 2002, 324, 328 f. – Anders noch der II. Zivilsenat in BGHZ 142, 315, 319 f.: "An eine Verselbständigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu einer verpflichtungsfähigen Rechtsperson … hat der Gesetzgeber nicht gedacht … . Auch die Regelung des § 736 ZPO … basiert ersichtlich auf diesem Verständnis".

⁷⁸⁾ S. dazu eingehend Rosenberg/Gaul/Schilken, a. a. O. (Fn. 2), § 19 I 1 bis 4 (S. 313 ff.) zur Rechtslage vor der durch BGHZ 146, 341 ff. herbeigeführten Wende. Von einer Rechtsfortbildung "contra legem" gehen danach noch aus: Jauernig, Zivilprozessrecht, a. a. O. (Fn. 29), § 19 II 1; Schilken, Zivilprozessrecht, a. a. O. (Fn. 43), Rdnr. 263; Stein/Jonas/Münzberg, a. a. O. (Fn. 10), § 736 Rdnr. 1; Prütting, Die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Methodenproblem, Festschrift für Wiedemann (2002), S. 1177 ff.; Stürner, Anm. zu BGH, JZ 2002, 1108 ff.; ders. Anm. zu BVerfG, JZ 2003, 44 f. - Vgl. dazu eingehend zuletzt die Referate auf der Zivilprozessrechtslehrertagung am 2. April 2004 von Hess, Grundfragen und Entwicklungen der Parteifähigkeit, ZZP 117 (204), S. 267 ff. und Wagner, Grundprobleme der Parteifähigkeit, ibidem, S. 305 ff.; während Hess, a. a. O., S. 300 ff. von einer "legitimen" Rechtsfortbildung ausgeht, spricht Wagner, a. a. O., S. 323 von einer Rechtsfortbildung "contra principium" und davon, dass zumindest nach dem "Willen des Gesetzgebers" der "GbR die Parteifähigkeit vorenthalten bleiben sollte" (a. a. O., S.317 ff., 320) und "nach der Systematik der Gesetze um 1900 nicht als Prozesssubjekt gedacht war" (a. a. O., S. 373).

⁷⁹⁾ Während § 736 ZPO ausdrücklich einen Titel "gegen alle Gesellschafter" für "erforderlich" erklärt, "genügt" demgegenüber gemäß § 735 ZPO zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins ein Titel "gegen den Verein"; s. zu diesem Unterschied *Wagner*, a. a. O. (Fn. 78), S. 318.

⁸⁰⁾ BGH, NJW 2004, 3632, 3634, s. schon Fn. 76.

⁸¹⁾ Im Sinne einer solchen "Option" auch *Hess*, a. a. O. (Fn. 78), S. 293, 303 sowie *Wagner*, a. a. O. (Fn. 78), S. 342, 373 f.

⁸²⁾ BayObLG, NJW 2003, 70 f.

⁸³⁾ Für konsequente Anerkennung auch der Grundbuchfähigkeit deshalb *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 329; *Hess*, a. a. O. (Fn. 78), S. 284, 298 f., 303 f.; *Wagner*, a. a. O. (Fn. 78), S. 348 ff., 373.

⁸⁴⁾ BGH, Beschluss vom 25. Juni 2004 – IX a ZB 29/04, BGHZ 159, 383 ff. = NJW 2004, 3041 f. = DGVZ 2004, 138 f. = ZZP 118 (2005), S. 103 ff. m. krit. Anm. *Barbara Stickelbrock*.

sung⁸⁵) entschieden, dass zur *Räumungsvollstreckung* auch dann ein *Titel gegen beide Ehegatten* erforderlich ist, wenn nur einer der beiden Ehegatten *Mieter* der Wohnung (gewesen) ist, der andere Ehegatte aber *Mitbesitz* an der Wohnung hat. Damit weist der BGH den Standpunkt der Gegenansicht zurück, der andere Ehegatte müsse sein Besitzrecht unmittelbar vom Vermieter etwa durch Einbeziehung in den Mietvertrag und nicht nur von seinem Ehegatten ableiten.

Zutreffend geht der BGH davon aus, dass der Gerichtsvollzieher bei der Räumungsvollstreckung *nicht das Recht zum Besitz*, sondern nur die *tatsächlichen Besitzverhältnisse* zu beurteilen hat, wenn er gemäß § 885 Abs. 1 ZPO "den Schuldner aus dem Besitz zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen" hat. Denn gemäß der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzung des § 750 Abs. 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung nur gegen die Person beginnen, die im Titel oder in der Klausel als Vollstreckungsschuldner bezeichnet ist. Gemäß dem "formellen Parteibegriff" ist für das Vollstreckungsorgan maßgebend der *Titelschuldner*86). Deshalb ist es im "formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren" unerheblich, ob der mitbesitzende Ehegatte nach materiellem Recht zur Herausgabe der Mietsache verpflichtet wäre, eine Frage, die nur im Erkenntnisverfahren zu klären ist⁸⁷).

Überzeugend führt der Senat IX a des BGH88) aus, dass von einem Titel gegen den mitbesitzenden Ehegatten auch nicht analog § 885 Abs. 2 und 3 ZPO abgesehen werden kann. Denn dort ist nur geregelt, was mit den vom Gerichtsvollzieher vorgefundenen "nicht der Zwangsvollstreckung unterliegenden beweglichen Sachen" zu geschehen hat. Die Regelung betrifft also nicht das "Ob", sondern nur das "Wie" der Zwangsvollstreckung, nämlich die Durchführung des zulässig begonnenen Verfahrens. Aus dem Besitz gesetzt werden kann dagegen der mitbesitzende Ehegatte nur aufgrund einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage in Gestalt eines gegen ihn selbst gerichteten Titels⁸⁹). Die Vorinstanz hatte zudem Artikel 13 GG herangezogen, der das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung auch dem Mitbesitzer einräume. Angesichts seines im Wege der einfachgesetzlichen Rechtsanwendung gewonnenen eindeutigen Ergebnisses brauchte der BGH darauf nicht mehr zurückzugreifen. Die Erschwerung der Räumungsvollstreckung durch das Titelerfordernis gegen den Mitbesitzer ist nach geltendem Recht unvermeidlich.

d) Notwendiger Titel gegen Drittgewahrsamsinhaber

Zuvor schon hatte der Zivilsenat IX a des BGH im Beschluss vom 31. Oktober 2003 90) entschieden, dass es eines *Titels gegen den Drittgewahrsamsinhaber* bedarf, wenn dieser bei der Pfändung zur Herausgabe der Sache nicht bereit ist (§ 809 ZPO) oder nach der Pfändung der gemäß § 808 Abs. 2 ZPO im Gewahrsam des Schuldners belassenen gepfändeten

Sache den Gewahrsam daran erlangt und ihrer späteren Abholung durch den Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Verwertung widerspricht. Im entschiedenen Falle hatte der Dritte behauptet, als neuer Pächter der Gaststätte vom Schuldner die nicht fest eingebaute Kücheneinrichtung erworben zu haben und bereits zur Zeit der Pfändung neuer Pächter gewesen zu sein.

Damit verwirft der Senat IX a des BGH mit Recht die früher verbreitete Ansicht vom sog. "Verfolgungsrecht des Gerichtsvollziehers", das diesen aufgrund der fortbestehenden Verstrickung der gepfändeten Sache berechtigen sollte, dem Dritten die Sache ohne weiteres wegzunehmen⁹¹). Es fehlt jedoch an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für einen derartigen Eingriff in die Freiheitsrechte eines Dritten, dessen Grundrechte aus Artikel 2 Abs. 1 GG und – gegebenenfalls bei Wohnungsdurchsuchung – aus Artikel 13 Abs. 1 GG berührt werden. Die Verstrickung kann nur hoheitliche Gewaltrechte gegenüber dem Schuldner, nicht aber gegenüber Dritten begründen. Aufgrund seines Pfändungspfandrechts (§§ 1227, 985 ZPO) muss sich der Gläubiger einen Titel gegen den Drittgewahrsamsinhaber beschaffen, notfalls unter Inanspruchnahme des einstweiligen Rechtsschutzes (§ 940 ZPO)⁹²).

Zwar ist die Gefahr der Vollstreckungsvereitelung etwa durch "kollusive" Gewahrsamsverschiebung auf einen Dritten nicht von der Hand zu weisen⁹³). Doch kann dem de lege lata nur begegnet werden, indem der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Sachen gemäß § 808 Abs. 1 ZPO unmittelbar "in Besitz nimmt" und wegschafft. Denn die Belassung der Pfandstücke beim Schuldner trotz Gefährdung der Befriedigung des Gläubigers kann eine Amtspflichtverletzung des Gerichtsvollziehers begründen und zur Staatshaftung führen (Artikel 34 GG, § 839 BGB)94). Doch bestanden nach Sachlage keine Anhaltspunkte für einen derartigen Verdacht⁹⁵), die den Gerichtsvollzieher hätten veranlassen müssen, die gewiss sperrige Einbauküche wegzuschaffen und einzulagern. Dennoch hinterlässt der entschiedene Fall ein gewisses Unbehagen. Um künftig derartige der Effektivität der Zwangsvollstreckung abträgliche "Fehlgriffe" zu vermeiden, sollte der Gerichtsvollzieher einen

⁸⁵⁾ Vgl. die Nachweise des BGH, a. a. O. (Fn. 84), S. 386, insbes. den dortigen Hinweis auf *Becker-Eberhard*, Die Räumungsvollstreckung gegen Ehegatten und sonstige Hausgenossen, FamRZ 1994, 1296 ff.; ferner *Rosenberg/Gaul/Schilken*. a. a. O. (Fn. 2), § 20 II 3 (S. 335) und insbes. § 70 II 2 b (S. 965 f.), wo die Darstellung von *Schilken* noch der bisher h. M. folgt.

⁸⁶⁾ Vgl. dazu Rosenberg/Gaul/Schilken, a. a. O. (Fn. 2), § 32 I (S. 506 f.).

⁸⁷⁾ BGHZ 159, 383, 385.

⁸⁸⁾ BGH, a. a. O., S. 386 f.

⁸⁹⁾ So schon überzeugend Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 85), S. 1299 f.

 ⁹⁰⁾ BGH, Beschluss vom 31. Oktober 2003 – IX a z. B. 195/03,
 NJW-RR 2004, 352 f. = LMK (Anm. *Sturhahn*) = DGVZ 2004, 23 f.;
 – dazu kritisch *Paulus*, Deutschland ist ein Paradies für Vollstreckungsschuldner, DGVZ 2004, 65 ff.

⁹¹⁾ Vgl. die Nachw. bei BGH, a. a. O. (Fn. 90), so zuletzt auch noch Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl. (1999), § 17 III (S. 80); - Entgegen dem BGH meint auch Paulus, a. a. O., S. 66, - ohne allerdings das "Verfolgungsrecht" anzusprechen –, dass "die Verweigerung des Einverständnisses nach vollendeter Pfändung für den Abtransport der Sache unbeachtlich ist und dass eventuelle Einwände im Wege der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) zu erheben sind", ebenso wie im Falle einer von vornherein im Wege der Inbesitznahme nach § 808 Abs. 1 ZPO erfolgten Pfändung. Petitio principii ist indes, ob die gegen den Schuldner betriebene Pfändung das titellose Vorgehen gegen den Drittgewahrsamsinhaber deckt, das bei der von Paulus befürworteten Verlagerung der "Handlungslast" auf den Dritten von diesem schon mit der Erinnerung (§ 766 ZPO) gerügt werden könnte, vgl. Rosenberg/Gaul/Schilken, a. a. O. (Fn. 2), § 41 XII 1, (S. 697).

⁹²⁾ Ebenso schon eingehend Rosenberg/Gaul/Schilken, a. a. O. (Fn. 2), § 51 II 3 (S. 798).

⁹³⁾ S. dazu Sturhahn, a. a. O. (Fn. 90) mit Hinweis auf Schuschke/ Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl. (2002), § 809 Rdnr. 14.

⁹⁴⁾ Vgl. dazu *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 25 IV 1 b zu Anm. 180 mit Hinweis auf BGH, LM § 839 (Fi) BGB Nr. 12 = MDR 1959, 282.

⁹⁵⁾ Allerdings hätte der Gerichtsvollzieher den schon bei der Pfändung anwesenden Dritten, den er "für einen Angestellten des Schuldners hielt" und der zu dem Pfändungsvorgang schwieg, näher befragen müssen. Nach Sturhahn, a. a. O. (Fn. 89) soll sich der Verdacht schon darauf gründen, dass angesichts der heutigen Wirtschaftslage "Pächterwechsel in Gaststätten an der Tagesordnung sind". Das dürfte zu weit gehen.

anwesenden Dritten nach seiner Eigenschaft und gegebenenfalls nach seinem Einverständnis zur Vollstreckungsmaßnahme befragen und seine "Erklärung" durch Unterzeichung des Protokolls dokumentieren (vgl. § 118 Nr. 2 GVGA).

2. Vollstreckungsschutz

Im Beschluss vom 25. Juni 2004%) hat der Zivilsenat IX a des *BGH* den schon im grundlegenden Urteil des V. Zivilsenats des *BGH* aus dem Jahre 1965%) vertretenen Standpunkt zuletzt bekräftigt, dass *die Härteklausel des § 765 a ZPO "als Ausnahmevorschrift eng auszulegen*" und "nur dann anzuwenden ist, wenn im Einzelfall das Vorgehen des Gläubigers nach Abwägung der beiderseitigen Belange zu einem untragbaren Ergebnis führen würde."

Die Entscheidung ist deshalb besonders bemerkenswert, weil inzwischen aus der *Judikatur des Bundesverfassungsgerichts* teilweise gefolgert wurde, die Generalklausel des § 765 a ZPO würde den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Vollstreckungsschutz nicht voll gerecht⁹⁸). Jene Ansicht beruhte jedoch auf einem Missverständnis, da das *BVerfG* bereits im Jahre 1982 ausdrücklich betont hat, dass die Verweisung des Vollstreckungsschutzes auf den antragsabhängigen Rechtsbehelf des § 765 a ZPO verfassungsmäßig ist⁹⁹)

Richtig ist nur, dass nach der Judikatur des *BVerfG* – wie die 1. Kammer des 1. Senats des *BVerfG* zuletzt noch im Beschluss vom 25. September 2003¹⁰⁰) erneut bestätigt hat – "bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 765 a ZPO auch die *Wertentscheidungen des Grundgesetzes* und die dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung gewährleisteten Grundrechte zu berücksichtigen sind". Wenn das *BVerfG* wiederum betont, dass seiner Kontrolle nur unterliegt, ob bei der "erforderlichen Abwägung die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte beachtet" wurde, werden die gesetzlichen Abwägungskriterien des § 765 a ZPO als solche nicht in Frage gestellt, die erfordern, dass die Vollstreckungsmaßnahme "unter voller Würdigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers wegen ganz besonderer Umstände eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten unvereinbar ist".

Allerdings sah die 1. Kammer des 1. Senats des *BVerfG* einen Anlass zur verfassungsrechtlichen Beanstandung darin, dass das Landgericht bei der angeordneten *Grundstückszwangsversteigerung* "die Aktualität der *Lebensbedrohung* (für den Schuldner) nicht in die Abwägung eingestellt" und entgegen dem "Grundsatz der Verhältnismäßigkeit" nicht einmal "eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung – gegebenenfalls gegen Auflagen – in Betracht gezogen" hat 101) – gewiss ein zu beanstandendes Versäumnis.

Die Generalklausel des § 765 a ZPO ist zwar als "Einbruchsstelle" der Grundrechte einer grundrechtsbezogenen

Auslegung zugänglich und insoweit auch am "Grundsatz der Verhältnismäßigkeit" zu messen. Die verfassungsrechtliche Interpretation der Härteklausel führt jedoch - bei korrekter Anwendung – zu keinem anderen Ergebnis, da die Tatbestandsnormierung des § 765 a ZPO mit dem abzuwägenden "vollen Schutzbedürfnis des Gläubigers" und den "ganz besonderen Umständen der (sittenwidrigen) Härte" für den Schuldner als "Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes" zu verstehen ist 102). Dabei ist nicht nur die Grundrechtsposition des Schuldners - was leicht verkannt wird - einseitig zu beachten, sondern ebenso das aus der Eigentumsgarantie des Artikel 14 Abs. 1 GG folgende Grundrecht des Gläubigers auf effektiven Rechtsschutz. Das unterscheidet die Zwangsvollstreckung als Mittel der Haftungsverwirklichung im Dienste der Privatrechtsordnung vom administrativen Eingriff der Exekutive im Verhältnis von Staat und Bürger, dass der Staat hier nur im Vollzug der Grundrechtsausübung des Gläubigers tätig wird und es deshalb bei der Härteklausel des § 765 a ZPO um die Abwägung einer "Grundrechtskollision" geht 103).

Wenn der Senat IX a des *BGH* in Aufrechterhaltung der bisherigen BGH-Judikatur davon spricht, die Vorschrift des § 765 a ZPO sei "*als Ausnahmevorschrift eng auszulegen*", so ist diese alte Auslegungsregel zwar *methodisch überholt* ¹⁰⁴). Sie ist allenfalls als formaler Ausdruck einer getroffenen Wertung verwendbar. Im Ergebnis ist sie aber hier aufgrund der Entstehungsgeschichte und der gewählten einschränkenden Gesetzesfassung des § 765 a ZPO, die der Vollstreckung erst an der Grenze der Sittenwidrigkeit Einhalt gebietet, gerechtfertigt ¹⁰⁵).

In dem vom Senat IX a des BGH entschiedenen Falle betrieb der Gläubiger aus einem Titel auf Zahlung eines Kostenvorschusses von 2 786 Euro für den Abriss einer grenzverletzenden Garage aufgrund der Pfändung des Anspruchs des Schuldners auf Aufhebung der Gemeinschaft an dessen mit seiner Ehefrau je zur Hälfte gehörenden Hausgrundstücks die Zwangsversteigerung. Das Amtsgericht ordnete antragsgemäß die Versteigerung des Grundstücks an und wies den auf unverhältnismäßiges und rechtsmissbräuchliches Vorgehen gestützten Vollstreckungsschutzantrag des Schuldners zurück. Das Landgericht stellte auf sofortige Beschwerde des Schuldners die Teilungsversteigerung wegen der geltend gemachten Gesundheitsgefährdung der Ehefrau auf die Dauer von sechs Monaten ein. Die Rechtsbeschwerde des Gläubigers führte zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts, da nach Ansicht des Senats IX a des BGH "die Voraussetzungen für die Gewährung von Vollstreckungsschutz weder nach § 180 Abs. 2 ZVG noch nach § 765 a ZPO vorliegen"106).

Die Vorschrift des § 180 Abs. 2 ZVG ist eine spezielle Schutzvorschrift für die *Teilungsversteigerung* eines Grund-

⁹⁶⁾ BGH, Beschluss, vom 28. Juni 2004 – IX a 267/03, NJW 2004, 3635 ff. und dazu ablehnend *Haentjens*, NJW 2004, 3609 f.

⁹⁷⁾ *BGHZ* 44, 138, 143 = NJW 1965, 2108 f.

⁹⁸⁾ So insbes. das Sondervotum *Böhmer* zu *BVerfGE* 49, 220, 228, 240; – dagegen schon *Gaul*, Treu und Glauben sowie gute Sitten in der Zwangsvollstreckung oder Abwägung nach "Verhältnismäßigkeit" als Maßstab der Härteklausel des § 765 a ZPO, Festschrift für Baumgärtel (1990), 75, 96 ff. m. w. Nachw.; *ders.* Zur Problematik der Grundrechtsverletzungen in der Zwangsvollstreckung, DikIntern 1996, 27, 46 ff. m. w. Nachw.; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 3 III 2, 5 c (S. 24, 29 f.) und § 43 I 5 (S. 710 f.).

⁹⁹⁾ BVerfG 61, 126, 137 f. und dazu Gaul, DikIntern 1996, S. 27, 36, 48.

¹⁰⁰⁾ BVerfG (1. Kammer des 1. Senats), NJW 2004, 49 f.

¹⁰¹⁾ BVerfG a. a. O. (Fn. 100), S. 49 f.

¹⁰²⁾ Vgl. dazu schon näher *Gaul*, Festschrift für Baumgärtel, a. a. O. (Fn. 98), S. 96 ff.; *ders* DikIntern 1996, S. 27, 49 f.; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 43 I 5 (S. 710).

¹⁰³⁾ Vgl. *Gaul*, DikIntern 1996, 27, 51; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 3 III 4 (S. 25 f.) und § 43 I 5 (S. 710).

¹⁰⁴⁾ Gegen das Dogma "singularia non sunt extendenda" s. schon *Gaul*, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe (1956), S. 37 ff.; dazu neuerdings auch *Muscheler* Festschrift für Kruse, Köln (2001), S. 135, 146 ff.

¹⁰⁵⁾ Vgl. Rosenberg/Gaul/Schilken, a. a. O. (Fn. 2), § 43 II (S. 711) m. w. Nachw. insbes. Gaul, Festschrift für Baumgärtel, a. a. O. (Fn. 98), S. 85; ebenso neuerdings BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2004 – IX a ZB 228/03, NJW 2005, 681, 682 – FamRZ 2005, 436 f. m. Anm. R. Gottwald = JZ 2005, 524 ff. mit Anm. Brehm.

¹⁰⁶⁾ BGH, NJW 2004, 3635, 3636; s. schon oben zu Fn. 96.

stücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft. Danach ist "die einstweilige Einstellung des Verfahrens auf Antrag eines Miteigentümers auf die Dauer von längstens sechs Monaten anzuordnen, wenn dies bei Abwägung der widerstreitenden Interessen der mehreren Miteigentümer angemessen erscheint". Die Einstellung kann einmal wiederholt werden. Nach richtiger Auffassung schließt § 180 Abs. 2 ZVG in seinem Anwendungsbereich als lex specialis die Anwendbarkeit des § 765 a ZPO aus¹⁰⁷). Der Senat IX a des *BGH* ließ "offen, ob § 765 a ZPO im Teilungsversteigerungsverfahren anwendbar ist", da er das Vorliegen der Voraussetzungen beider Vorschriften in concreto verneinte¹⁰⁸).

Die Besonderheit des Falles bestand jedoch darin, dass der Gläubiger hier *aus einem Titel* die reguläre Zwangsvollstreckung durch Pfändung des Anspruchs des Schuldners auf Aufhebung der Miteigentümergemeinschaft mit seiner Ehefrau am gemeinschaftlichen Grundstück gemäß § 749, 751 S. 2 BGB und Ausübung dieses Rechts gemäß § 181 Abs. 2 S. 1 ZVG betrieb, während die normale Teilungsversteigerung "ohne Titel" erfolgt (§ 181 Abs. 1 ZVG)¹⁰⁹). Auf diesen *Sonderfall ist § 765 a ZPO durchaus anwendbar*, weil dann der Interessenkonflikt zwischen Gläubiger und Schuldner und nicht – wie bei der Einstellungsmöglichkeit nach § 180 Abs. 2 ZVG – der Interessenwiderstreit der Gemeinschafter im Vordergrund steht¹¹⁰).

Deshalb wäre hier eine klare Stellungnahme des Senats IX a des *BGH* für die Praxis hilfreicher gewesen, zumal es dem Grundsatz vom prozessualen Vorrang widerspricht, die Zulässigkeit eines Antrags offen zu lassen und ihn als unbegründet abzuweisen¹¹¹). So aber ist der Senat hier mit den Anträgen aus § 180 Abs. 2 ZVG und § 765 a ZPO verfahren, indem er beide Anträge für unbegründet erklärt. Zunächst sei die *chronische Erkrankung der Ehefrau* "nicht geeignet, eine vorübergehende Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens nach § 180 Abs. 2 ZVG zu begründen". Sodann stelle das Vorgehen des Gläubigers keine sittenwidrige Härte im Sinne des § 765 a ZPO dar.

Mit Recht betont der Senat IX a des *BGH* den *Grundsatz* der Wahlfreiheit des Gläubigers unter den Vollstreckungsarten¹¹²), den man mitunter unter dem Gesichtspunkt des "Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit" in Frage gestellt hat¹¹³). In der Tat würde die Preisgabe des Rechts auf freien Vollstreckungszugriff und die Rückkehr zur starren Rangfolge ("gradus executionis") des gemeinen Rechts einen Rückschritt

und einen erheblichen Verlust an Effektivität der Zwangsvollstreckung bedeuten¹¹⁴).

Deshalb lässt die Wahl der Grundstückszwangsversteigerung, "die angesichts des drohenden Verlustes des Familienwohnheims geeignet ist, einen erheblichen Druck (auf den Schuldner) auszuüben, diese Vollstreckungsmaßnahme nicht schon allein deshalb als sittenwidrige Härte erscheinen". Zutreffend hebt der Senat IX a des BGH ferner hervor, dass das Gesetz "die Zwangsversteigerung auch wegen geringer Forderungen zulässt", zumal es dann "dem Schuldner umso eher möglich ist, die titulierte Forderung zu erfüllen und dadurch die Zwangsvollstreckung abzuwenden"115).

Der Senat IX a des *BGH* geht zwar davon aus, dass nach dem Attest des Hausarztes die Anordnung der Grundstücksversteigerung geeignet ist, "die infolge der Grunderkrankung bestehende Lebensgefahr" für die Ehefrau des Schuldners erheblich zu erhöhen. Doch *versagt* der Senat des *BGH* dennoch den *Vollstreckungsschutz*, weil *der Schuldner "der Gesundheitsgefährdung selbst* auf einfachem Weg *begegnen kann*, indem er die geschuldete Handlung vornimmt oder den verlangten Kostenvorschuss zahlt". Vom Gläubiger sei nicht zu erwarten, dass er den "gesundheitlichen Belangen (der Ehefrau) Rücksicht zollt, die ihr eigener Ehemann in seinem Widerstand gegen die Betreibung der Ersatzvornahme zu nehmen nicht bereit ist"¹¹⁶).

Der Entscheidung ist zuzustimmen, wenn demnach der Senat IX a des *BGH* auch vor dem Hintergrund der zuvor zitierten sogenannten *Suizid-Judikatur des BVerfG* "eine Überschreitung dieser verfassungsrechtlichen Vollstreckungsgrenze" oder "eine sittenwidrige Härte unter diesen Umständen nicht erkennt". Er hätte sich dafür sogar ausdrücklich auf den letzten Beschluss des *BVerfG* vom 25. September 2003¹¹⁷) berufen können, in dem es heißt: "Auch soweit eine lebensbedrohende Erkrankung in die nach § 765 a ZPO gebotene Abwägung einzustellen ist, ist der Betroffene jedoch gehalten, daran mitzuwirken, dass sich das geltend gemachte Risiko nicht erhöht. Insoweit kann jedes zumutbare Bemühen um eine Verringerung des Krankheitsrisikos verlangt werden."

In der Tat ist nur so das *Abwägungsdilemma* zu bewältigen, das zunächst die Judikatur des *BVerfG* zum Vollstreckungsschutz bei *Suizidgefahr* oder *lebensbedrohender Erkrankung* hinterlassen hat. Denn steht wirklich das "Grundrecht auf Leben" aus Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG dem Eigentumsschutz aus Artikel 14 GG gegenüber, ist für eine Abwägung "Eigentum gegen Leben" kein Raum, weil das Leben absoluten Schutz verdient. Doch so klar lassen sich die Grundrechtspositionen im Alltag nicht trennen, zumal es auch die Rechtsvereitelung infolge missbräuchlicher Berufung auf die Gefährdung von Leben und Gesundheit zu vermeiden gilt. Die Anwendung des § 765 a ZPO darf grundsätzlich nicht zur völligen Entwertung des Gläubigerrechts und damit zur Rechtsverweigerung führen¹¹⁸). Der Entscheidung des Senats IX a des BGH ist da-

¹⁰⁷⁾ Vgl. Rosenberg/Gaul/Schilken, a. a. O. (Fn. 2), § 43 IV 1 (S. 716) m. w. Nachw.

¹⁰⁸⁾ BGH, NJW 2004, 3635, 3636.

¹⁰⁹⁾ S. dazu *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 61 II a. E. (S. 916) m. w. Nachw.; eingehend *Gramentz*, Die Aufhebung der Gemeinschaft nach Bruchteilen durch den Gläubiger eines Teilhabers, Bielefeld (1989), passim.

¹¹⁰⁾ Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O., § 43 IV 1 (S. 716); wohl auch *Stein/Jonas/Münzberg*, a. a. O. (Fn. 10), § 765 a Rdnr. 3; offenbar als selbstverständlich davon ausgehend *Ebeling*, Teilungsund Vollstreckungsversteigerung, Rpfleger 1991, 349, 342 bei Zusammentreffen beider Verfahrensarten.

¹¹¹⁾ Vgl. dazu Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O. (Fn. 3), § 93 V 6 Rdnr. 45 (S. 624) m. Nachw.

¹¹²⁾ Dem Grundsatz der Wahlfreiheit des Gläubigers folgt auch das griechische Recht, s. dazu *Pelayia Yessiou-Faltsi*, Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung in der griechischen im Vergleich zur deutschen Zivilprozessordnung, Festschrift für H. F. Gaul (1997), S. 815, 827 f

 $^{^{113)}}$ So namentlich $B\ddot{o}hmer$ im Sondervotum zu BGHZ 49, 220, 228, 234, 238; s. schon oben Fn. 98.

¹¹⁴⁾ S. dazu *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 3 III 5 b (S. 28) und § 5 II 3 (S. 52).

¹¹⁵⁾ BGH, NJW 2004, 3635, 3636; ebenso schon BVerfGE 61, 126, 135 zur Haftanordnung zwecks Offenbarungsversicherung wegen einer Minimalforderung: Sie ist nicht "unverhältnismäßig", da der Schuldner "die Freiheitsentziehung durch Abgabe der eidesstattlichen Versicherung jederzeit abwenden kann"; dazu Gaul, DikIntern 1996, 27, 48.

¹¹⁶⁾ BGH, NJW 2004, 3637.

¹¹⁷⁾ BVerfG, NJW 2004, 49 f.

¹¹⁸⁾ Vgl. dazu schon *Gaul*, DikIntern 1996, 27, 43; auch *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 3 III 5 e (S. 30) m. w. Nachw.; auch *Stein/Jonas/Münzberg*, a. a. O. (Fn. 10), § 765 a Rdnr. 8.

her trotz der etwas apodiktisch anmutenden Argumentation im Ergebnis zu folgen¹¹⁹).

3. Erleichterung der sogenannten Verdachtspfändung

Im Beschluss vom 19. März 2004¹²⁰) hat der Zivilsenat IX a des *BGH* eine klärende Entscheidung zur Problematik der umstrittenen sogen. *Ausforschungs- oder Verdachtspfändung* getroffen¹²¹), die für die Effektivität der Zwangsvollstreckung im Wege der Forderungspfändung von großer Bedeutung ist. Danach stellt es – entgegen dem Standpunkt der Vorinstanzen – keine unzulässige Ausforschungspfändung dar, wenn der Gläubiger die angeblichen Ansprüche des Schuldners gegen drei an dessen Wohnort ansässige Geldinstitute pfändet.

Im zugrunde liegenden Fall hatte der Gläubiger beim Amtsgericht den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses wegen einer Forderung von 502,97 Euro nebst Zinsen und Kosten beantragt und im vorformulierten Beschlussformular drei Geldinstitute am Wohnort des nicht gewerblich tätigen Schuldners als Drittschuldner benannt. Das Beschwerdegericht hielt mit dem Amtsgericht das Vorgehen des Gläubigers als unzulässige Ausforschungspfändung für rechtsmissbräuchlich und verwies ihn auf das Offenbarungsversicherungsverfahren (§§ 807, 899 ff. ZPO), in dem er sich zunächst die notwendigen Kenntnisse zwecks näherer Bezeichnung der pfändbaren Forderungen verschaffen müsse. Auf Rechtsbeschwerde hob der Senat IX a des BGH die angefochtenen Entscheidungen auf und verwies die Sache an das Amtsgericht zurück.

Angesichts der notorisch unzureichenden Sachaufklärungsmittel der Zwangsvollstreckung 122) markiert die Entscheidung des BGH für die Vollstreckungspraxis einen wesentlichen Fortschritt. Denn gerade die – entgegen der Sachpfändung – nicht "körperlich fassbare", sondern "vergeistigte" Forderungspfändung ist für den Gläubiger vielfach "ein Griff ins Ungewisse"123). Um die Forderungspfändung dennoch möglichst wirksam zu gestalten, ist sie im Gesetz bewusst als "Verdachtszugriff" ohne Gehör des Schuldners (§ 834 ZPO) konzipiert, während die Sachaufklärung in das Stadium nach

119) Nicht zu folgen ist der Kritik von Haentgens, NJW 2004, 3609, 3610, der - in Verkennung der Abwägungskriterien des § 765 a ZPO (s. oben zu Fn. 102) - dem BGH vorhält, er lege "systemwidrig den Schwerpunkt des Handelns nicht auf das Abzuwehrende des vollstreckenden Gläubigers, sondern auf das Vorzunehmende des Vollstreckungsschuldners", während "Zielrichtung des § 765 a ZPO die Abwehr von unmittelbaren Vollstreckungsakten des Gläubigers sei". Über diesen formal einseitigen Einwand hinaus wird dem BGH sogar - emotional überzogen - "eine Einschätzung der Wertigkeit schwer erkrankter Menschen" unterstellt, "die man der Vergangenheit angehörig zu sein glaubte." Mit jugendlich unbedachtem Eifer wird man der schwierigen Abwägungsproblematik nicht gerecht. Jüngst ist der I. Zivilsenat des BGH im Beschluss vom 4. Mai 2005, NJW 2005, 1859 ff. = DGVZ 2005, 105 ff. bei ähnlicher Sachlage nach eingehender Abwägung zum gleichen Ergebnis wie der Senat IX a des BGH gelangt.

¹²⁰⁾ BGH, Beschluss vom 19. März 2004 – IX a ZB 229/03, NJW 2004, 2096 ff. = LMK 2004, 146 (Anm. *Matthias Sturhahn*); dazu *Burkhard Hess*, Effektuierung der Forderungspfändung: Der BGH erleichtert "Verdachtspfändungen", NJW 2004, 2350 ff.

121) Dazu schon *Gaul*, Zur Rechtsstellung der Kreditinstitute als Drittschuldner in der Zwangsvollstreckung, Stuttgart (1978), S. 22 f.; auch *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 23 II 8 (S. 395) m. Nachw. in Anm. 48 (mit Hinweis insbes. auf *Münzberg*, ZZP 102, 129, 132) und § 54 III 2 a (S. 842) zu Anm. 80.

¹²²⁾ S. dazu *Gaul*, Grundüberlegungen zur Neukonzipierung und Verbesserung der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung, ZZP 108 (1995), S. 3 f.; dazu jetzt auch *Hess*, a. a. O. (Fn. 120), m. w. Nachw.

 $^{123)}\ \textit{Gaul},$ Zur Rechtstellung der Kreditinstitute a. a. O. (Fn. 121), S. 14.

Pfändung und Überweisung der Forderung (vgl. §§ 836 Abs. 3, 840 ZPO) und letztlich in den Einziehungsprozess vor dem Prozessgericht verlagert ist. Eine Regelung wie noch im früheren gemeinen Recht, das nur eine Pfändung anerkannter Forderungen nach gerichtlicher Vorprüfung und Verhandlung mit dem Schuldner und Drittschuldner kannte, ist bewusst nicht in das geltende Recht übernommen worden, um dem Schuldner die naheliegende Möglichkeit zu nehmen, über die Forderung noch rasch durch Abtretung, Einziehung oder Erlass zu disponieren und so die Zwangsvollstreckung zu vereiteln¹²⁴).

Dem trägt der Senat IX a des BGH Rechnung, wenn er eine Verweisung des Gläubigers auf die vorherige Beschreitung des Offenbarungsverfahrens nach §§ 807, 899 ff. ZPO nicht für geboten hält, weil sonst "die Gefahr" besteht, dass der durch die Offenlegung seiner Konten vorgewarnte Schuldner "diese räumt, so dass die spätere Pfändung ins Leere geht"125). Mit Recht geht der Senat davon aus, dass die Anforderungen an die sogenannte Schlüssigkeitsprüfung durch das Vollstreckungsgericht nicht überspannt werden dürfen. Denn gepfändet wird aufgrund der Angaben des Gläubigers nur die "angebliche Forderung", sofern sie nur nach Schuldner, Drittschuldner und Schuldgrund bestimmt genug bezeichnet ist. Anders als bei der regulären Schlüssigkeitsprüfung im Versäumnisverfahren (§ 331 Abs. 2 ZPO) prüft das Gericht im "formalisierten Zugriffsverfahren" nicht den Sachvortrag des Gläubigers, sondern unterzieht ihn nur einer "Plausibilitätsprüfung", ob die zu pfändende Forderung dem Schuldner zustehen kann¹²⁶). Dem genügte im entschiedenen Falle das Pfändungsgesuch des Gläubigers.

Demgemäß formuliert der Senat IX a des *BGH* gleichsam leitsatzartig: "Eine "Forderungspfändung auf Verdacht" ist bis zur Grenze einer Ausforschungspfändung wegen des durch Artikel 14 Abs. 1 GG garantierten Befriedigungsrechts des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung nicht rechtsmissbräuchlich"¹²⁷). Dabei ist besonders bemerkenswert, dass der IX. Zivilsenat des BGH schon seit seinem grundlegenden Urteil vom 25. März 1999 zur Pfändbarkeit der Gebührenforderungen von Steuerberatern¹²⁸) wiederholt ausdrücklich von einem "durch Artikel 14 Abs. 1 GG geschützten *Befriedigungsrecht des Gläubigers*" spricht, dem der Staat als Inhaber des "Zwangsvollstreckungsmonopols" über die gesetzlichen Pfändungsverbote hinaus das Vermögen seiner Schuldner "nicht generell als Haftungsgrundlage entziehen darf".

Damit findet jetzt in der *BGH*-Judikatur zunehmend der Grundsatz Ausdruck, der bisher schon in der Lehre stets betont wurde: "Aufgabe der Zwangsvollstreckung ist es in erster Linie, dem Gläubiger zu der ihm gebührenden Befriedigung zu verhelfen". Denn "der Vorwurf, der Gläubiger finde keinen ausreichenden Schutz gegen den zahlungssäumigen und insbesondere böswilligen Schuldner ist der schwerste, der gegen eine Vollstreckungsordnung erhoben werden kann"¹²⁹).

¹²⁴⁾ Vgl. *Hahn*, Materialien zur CPO, II 1 (1880), S. 458 und dazu *Gaul*, a. a. O. (Fn. 121), S. 13 f., 32 m. w. Nachw.

¹²⁵⁾ BGH, NJW 2004, 2096, 2098.

¹²⁶⁾ Vgl. Gaul, a. a. O. (Fn. 121), S. 13, 22 f.; Rosenberg/Gaul/Schilken, a. a. O. (Fn. 2), § 54 III 2 a (S. 842); auch Sturhahn, a. a. O. (Fn. 120), S. 146; aus der Kommentarliteratur auch Zöller/Stöber, 25. Aufl. (2005), § 829 Rdnr. 4.

¹²⁷⁾ BGH, NJW 2004, 2096, 2098.

¹²⁸⁾ BGHZ 141, 173, 177; bestätigend zuletzt BGHZ 157, 195, 203 betr. Pfändung von Steuererstattungsansprüchen; s. dazu noch unten zu En. 141 ff

¹²⁹⁾ Rosenberg/Gaul/Schilken, a. a. O. (Fn. 2), § 1 I 1 (S. 1) und § 3 III 5 b (S. 27) und Gaul, Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung, ZZP 112 (1999), S. 135, 150 f. mit Hinweis auf die Erläuterungen zum Entwurf einer ZPO (1931), S. 400.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist das jetzt vom BGH kurz "Befriedigungsrecht" genannte Recht des Gläubigers Ausfluss seines Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz aus Artikel 14 Abs. 1 GG, der in der Zwangsvollstreckungslehre gegenüber der zunächst zu einseitig auf den Schuldnerschutz fixierten Judikatur des BVerfG herausgestellt wurde 130). Doch auch das BVerfG selbst hat bereits im Beschluss vom 19. Oktober 1982 zur Verfassungsmäßigkeit der Erzwingungshaft (§ 901 ZPO) die Offenbarungspflicht des Schuldners geradezu zum Bestandteil des Vollstreckungsanspruchs des Gläubigers erklärt, indem es das "öffentliche Interesse daran" betonte, "dem Vollstreckungsgläubiger, dem der Staat als Inhaber des Zwangsmonopols die Selbsthilfe verbiete, die Verwirklichung seines Anspruchs ... zu ermöglichen"131). Und später hat das BVerfG konsequent seine zunächst auf den Schuldnerschutz ausgerichtete "Zuschlagsjudikatur" auch zugunsten des "betreibenden Gläubigers" angewendet und zu der Formulierung gefunden, dass das Zwangsversteigerungsverfahren "in erster Linie" seinem Verwertungs- und Befriedigungsinteresse diene¹³²).

Zutreffend sieht der Zivilsenat IX a des BGH die Problematik der vorliegenden – gemäß § 829 Abs. 1 S. 3 ZPO n. F. seit 1. Januar 1999 zur Erleichterung des Zugriffs auch "durch einheitlichen Beschluss" möglichen – Parallelpfändung gegenüber mehreren Geldinstituten als Drittschuldnern nicht in der mangelnden Bestimmtheit der jeweils zu pfändenden Forderung, sondern im möglichen "Rechtsmissbrauch" oder – positiv formuliert - im Rechtsschutzbedürfnis 133). Nicht einleuchtend ist allerdings die Begrenzung "bis zu drei örtlichen Bankverbindungen" als "Obergrenze", die "im Allgemeinen bei nicht gewerblich tätigen Schuldnern" in Betracht kommen¹³⁴). Zwar mag bei Privatschuldnern davon auszugehen sein, dass die tatsächlich nicht mehr als drei Bankverbindungen am Ort unterhalten. Doch ob dies gerade bei den drei vom Gläubiger bezeichneten Geldinstituten der Fall ist, hängt angesichts seines Informationsdefizits eher vom Zufall ab. Deshalb erscheint jede zahlenmäßige Festlegung¹³⁵) bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs eher willkürlich¹³⁶). Ein "verständiger" Gläubiger wird schon im Hinblick auf das eigene Kostenrisiko wegen nicht "notwendiger" Mehrkosten (§ 788 Abs. 1 ZPO) die Anzahl der als Drittschuldner ins Auge gefassten Geldinstitute begrenzen¹³⁷).

Hess¹³⁸) nimmt die Entscheidung zum Anlass, mit Recht erneut auf die unzureichenden Sachaufklärungsmöglichkeiten im deutschen Zwangsvollstreckungsverfahren hinzuweisen. Er erinnert an die schon seit 1983 in Österreich bestehende Regelung des § 294 a EO, nach der bei unbekanntem Drittschuldner das Exekutionsgericht beim Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger anfragt, ob nach den bei ihm gespeicherten Daten der Verpflichtete in einer Rechtsbezie-

hung steht, aus der ihm Forderungen im Sinne des § 290 a EO zustehen können, eine Regelung, deren Vorbildlichkeit schon auf der Bonner Tagung der Zivilprozessrechtslehrer-Vereinigung im April 1992 diskutiert wurde¹³⁹). In der Tat besteht insoweit weiterhin ein *dringender Reformbedarf* namentlich im Sinne der seit langem geforderten Vorverlagerung der Sachaufklärung an den Beginn der Vollstreckung und einer Verstärkung der Auskunftsrechte der Vollstreckungsorgane¹⁴⁰).

4. Rechtsstellung des Gläubigers aus der Pfändung von Steuererstattungsansprüchen

Als letztes Beispiel einer auf Rechtsbeschwerde hin ergangenen grundsätzlichen Entscheidung ist der Beschluss des Zivilsenats IX a des BGH vom 12. Dezember 2003¹⁴¹) besonders bemerkenswert. Sie kann im vorliegenden Rahmen nur noch kurz angesprochen werden, ohne sie hier in ihrer ganzen Problematik und vollen Tragweite würdigen zu können.

Sie betrifft die zuletzt höchst kontroverse Frage, welche Rechtsposition der Gläubiger aus der Pfändung und Überweisung von Steuererstattungsansprüchen des Schuldners erlangt. Nach der neuen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs 142) ist der Pfändungsgläubiger trotz seiner Einziehungsermächtigung aus § 836 Abs. 1 ZPO nicht berechtigt, anstelle des Schuldners das Steuerfestsetzungsverfahren zu betreiben oder sich auch nur an diesem zu beteiligen. Damit folgt die Finanzrechtsprechung der Neufassung des Anwendungserlasses des Bundesfinanzministers (AEAO) vom 17. Oktober 1995 (BStBl. I, 666) und der Lohnsteuerrichtlinien (LStR) 1996, wonach der Pfändungsgläubiger entgegen früherer Praxis der Gerichte und Finanzverwaltung nicht mehr befugt ist. den dem Steuerpflichtigen persönlich vorbehaltenen Antrag auf Einkommensteuerveranlagung nach § 46 Abs. 2 Nr. 8 Einkommensteuergesetz (EstG) für den Vollstreckungsschuldner zu stellen 143).

Nach Ansicht des Zivilsenats IX a des *BGH*¹⁴⁴) ist "es verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, mit dem *Bundesfinanzhof* den Vollstreckungsgläubiger aus einem Steuerfestsetzungsverfahren gänzlich auszuschließen". Denn der "Anspruch auf effektiven Rechtsschutz" aus "Artikel 14 Abs. 1 GG" umfasse "zugleich das *Befriedigungsrecht des Gläubigers* in der Zwangsvollstreckung". Deshalb dürfe die dem Gläubiger durch § 836 Abs. 1 ZPO verliehene Einziehungsermächtigung nicht durch Versagung ihres Gebrauchs praktisch "entwertet" und der Gläubiger auf eine bloße "Erfüllungszuständigkeit" (gemeint ist "Empfangszuständigkeit") zurückgedrängt werden.

 $^{^{130)}}$ Vgl. Rosenberg/Gaul/Schilken, a. a. O. (Fn. 2), $\$ 3 $\,$ III 4 (S. 25 f.) m. w. Nachw.

¹³¹⁾ BVerfGE 61, 126, 135.

¹³²⁾ BVerfG (Kammerbeschluss), NJW 1993, 1699 f.; dazu auch Gaul, Zur Problematik der Grundrechtsverletzungen in der Zwangsvollstreckung, DikIntern 1996, 27, 30, 36 f., 46 f.

¹³³⁾ So schon *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 23 II 8 (S. 395); auch *Sturhahn*, a. a. O. (Fn. 120), S. 146.

¹³⁴⁾ BGH, NJW 2004, 2096, 2097.

¹³⁵⁾ Hess, a. a. O. (Fn. 120), S. 2350 hält entgegen dem BGH in größeren Städten zumindest bis zu 10 Parallelpfändungen für zulässig.

¹³⁶⁾ Ein Extremfall des Rechtsmissbrauchs lag dem auch vom *BGH* zitierten *OLG München*, OLGZ 1991, 322 zugrunde mit gleichzeitigen Pfändungen bei 264 Geldinstituten; dazu *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 23 II 8 (S 395) zu Anm. 48 m. w. Nachw.

¹³⁷⁾ Vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O., § 46 II 2 b (S. 744) zu Anm. 70 m. w. Nachw.

¹³⁸⁾ Hess, a. a. O. (Fn. 120), S. 2350, 2351 f.

¹³⁹⁾ Vgl. den Tagungsbericht von *Angelika Stadlhofer-Wissinger* zur offenen Diskussionssitzung der Zivilprozessrechtslehrer-Vereinigung in ZZP 105 (1992), S. 393 ff. mit den Berichten von *Matscher*, a. a. O., S. 397, 401, und insbes. von *Konecny*, a. a. O., S. 401 ff.

¹⁴⁰⁾ Vgl. die Vorschläge zur Verbesserung der Sachaufklärung bei *Gaul*, a. a. O. (Fn. 122), S. 3 ff., 25 ff. und zuletzt *Hess*, a. a. O. (Fn. 120), S. 2351 ff. mit Hinweis auf die erneuten deutschen und europäischen Initiativen.

¹⁴¹⁾ BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2003 – IX a ZB 115/03, BGHZ 157, 195 ff. = NJW 2004, 954 ff = DGVZ 2004, 57 ff.; dazu Christian Wolf/Christian Müller, Nebenpflichtenkanon bei der Forderungspfändung, NJW 2004, 1775 ff.

¹⁴²⁾ BFHE 187, 1 ff.; zum Stand der Rechtsprechung und Finanzverwaltungspraxis seit der Änderung der Rechtsprechung des BFH s. *Viertelhausen*, Kann die Steuerkarte im Wege der Herausgabevollstreckung oder der Hilfspfändung weggenommen werden?, DGVZ 2003, 134 ff.

 $^{^{143)}}$ Dazu *Viertelhausen*, a. a. O. (Fn. 142), S. 135 (von der Annahme eines "höchstpersönlichen Gestaltungsrechts des Steuerpflichtigen" ausgehend).

¹⁴⁴⁾ BGHZ 157, 195, 202 f.

Solange die früher herrschende Meinung den Gläubiger für befugt hielt, für den Schuldner unter Beifügung der Lohnsteuerkarte die Einkommensteuerklärung abzugeben, diente gemäß § 836 Abs. 3 S. 3 ZPO der Überweisungsbeschluss als Titel, um die Lohnsteuerkarte nebst Steuerunterlagen dem Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 883 ZPO) durch den Gerichtsvollzieher wegnehmen zu lassen¹⁴⁵), ein Weg, den die zivilgerichtliche Vollstreckungspraxis teilweise auch noch nach Änderung der Finanzverwaltungspraxis beizubehalten suchte¹⁴⁶).

Im dem Zivilsenat IX a des BGH zugrunde liegenden Fall hatte der Gläubiger beim Vollstreckungsgericht beantragt, die Herausgabe der Lohnsteuerkarte und anderer Besteuerungsunterlagen zwecks Geltendmachung des Steuererstattungsanspruchs des Schuldners anzuordnen. Der Antrag blieb in den Vorinstanzen erfolglos, weil dem Gläubiger dafür mangels Antragsbefugnis zur Beantragung der Steuerveranlagung mit Wirkung für den Schuldner das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Auch nach Auffassung des BGH kann die Herausgabe der Lohnsteuerkarte (Lohnsteuerbescheinigung) nebst Besteuerungsunterlagen erst angeordnet werden, wenn der Gläubiger glaubhaft gemacht hat, dass er den Besitz der Urkunden zur Einziehung des Steuererstattungsanspruchs benötige. Weil es daran noch fehle und demnach das Beschwerdegericht "derzeit im Ergebnis richtig" entschieden habe, sah der BGH trotz der Divergenz zum Bundesfinanzhof von einer Vorlage der Rechtsfrage an den Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes ab 147).

Gleichwohl äußert sich der Senat des BGH grundsätzlich und nicht nur im Sinne eines "obiter dictum". Während der Bundesfinanzhof nur eine Zivilklage des Gläubigers mit anschlie-Bendem Haftzwang nach § 888 ZPO für möglich hält, um den Schuldner zur Geltendmachung des überwiesenen Erstattungsanspruchs gegen die Finanzbehörde anzuhalten¹⁴⁸), sieht der Senat IX a des BGH im Überweisungsbeschluss bereits den Titel, um primär analog § 836 Abs. 3 S. 2 und 3 ZPO die Zwangsmittel des § 888 ZPO zur Durchsetzung der Steuererklärungspflicht des Schuldners zu ergreifen. Die Grundlage für die Verpflichtung des Schuldners, den überwiesenen Steuererstattungsanspruch gegenüber der Finanzbehörde zu betreiben, leitet der BGH aus dem durch die Überweisung begründeten "gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner" ab149). Scheitert dieses Vorgehen, kann sich nach Ansicht des BGH der Gläubiger in einem zweiten Schritt im Wege der Ersatzvornahme (analog § 887 ZPO) "vom Vollstreckungsgericht deklaratorisch ermächtigen" lassen, nunmehr die Antragsbefugnis des steuerpflichtigen Vollstreckungsschuldners gemäß § 46 Abs. 2 Nr. 8 EStG an seiner Statt auszuüben"150). Erst danach – also im dritten Schritt – könne der Gläubiger die Herausgabe der Lohnsteuerkarte und Besteuerungsunterlagen an sich im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 836 Abs. 3 S. 3 ZPO verlangen¹⁵¹).

¹⁴⁵⁾ Vgl. die Nachweise in *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 55 II 1b (S. 858) in Anm. 107.

So imponierend der vom Zivilsenat IX a des BGH aufgezeigte Weg erscheint, dem Gläubiger die Durchsetzung seines Einziehungsrechts aus § 836 Abs. 1 ZPO auch bezüglich eines gepfändeten Steuererstattungsanspruchs (§ 46 Abs. 6 AO) letztlich aufgrund seines durch Artikel 14 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierten "Befriedigungsrechts in der Zwangsvollstreckung" - zu ermöglichen, so problematisch ist er. Der BGH spricht schlicht von einer "Divergenz in der Auslegung der §§ 835, 836 Abs. 1 ZPO"152), von einer "Einschränkung des § 836 Abs. 1 ZPO" wegen des primären Antragsrechts des steuerpflichtigen Schuldners aus § 46 Abs. 2 Nr. 8 AO¹⁵³) und von einer zweifachen "Hilfsvollstreckung entsprechend § 836 Abs. 3 S. 2 und 3 ZPO", zunächst wegen der "(vorläufig) unvertretbaren" Handlung der Einkommensteuererklärung "nach § 888 ZPO" und sodann nach Scheitern dieses Versuchs wegen des "Auflebens der Einziehungsbefugnis" durch Ermächtigung zur Ersatzvornahme "entsprechend § 887 ZPO"154).

Methodisch handelt es sich im Grunde bei den Rechtsausführungen des Senats IX a des *BGH* um eine "*verfassungskonforme Rechtsfortbildung*", die über eine einfachgesetzliche "Auslegung" und überdies über eine "Gesetzesanalogie" hinausgeht¹⁵⁵). Nur so lässt sich die tiefgreifende Problematik und volle Tragweite der Entscheidung ermessen.

Keinen Bedenken unterliegt es, soweit der BGH von einem durch die Überweisung nach § 836 Abs. 1 ZPO "begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner" ausgeht und später vom "Vollstreckungsrechtsverhältnis" spricht¹⁵⁶). So wurde schon der zur Neufassung des § 836 Abs. 3 S. 2 ZPO durch die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle vom 17. Dezember 1997 (BGBl. I, 3039) führende Reformvorschlag, die Auskunftspflicht des Schuldners anstelle der früheren Nötigung zur Zivilklage mit den Mitteln des Offenbarungszwangs nach §§ 899 ff. ZPO durchzusetzen, mit der systematisch schon im "Vollstreckungsrechtsverhältnis" angelegten Auskunftspflicht begründet, die sich "im Überweisungsbeschluss konkretisiert" als dem geeigneten "Titel" zur Erzwingung der Pflicht¹⁵⁷). Das übersehen Wolf/Müller¹⁵⁸), wenn sie meine an anderer Stelle geäußerte Kritik¹⁵⁹) an der Konstruktion einer Pflichten begründenden "gesetzlichen Sonderverbindung privatrechtlicher Art" durch die frühere BGH-Judikatur¹⁶⁰) mit der jetzigen Entscheidung des BGH konfrontieren. Die Kritik richtete sich gegen das diffuse Gebilde einer angeblich mit dem Vollstreckungszugriff entstehenden "Sonderrechtsbeziehung privatrechtlicher Art" mit "vertragsähnlichen Haftungsfolgen" namentlich zulasten des Gläubigers gegenüber dem Schuldner wie Dritten, nicht gegen die gesetzlich ausgeprägten konkreten Pflichten wie die "nach Zustellung des Überweisungsbeschlusses (§ 836 Abs. 3 S. 1 ZPO) entstehende Auskunfts-

¹⁴⁶⁾ Vgl. die Nachweise bei *Viertelhausen*, a. a. O. (Fn. 142), S. 135 zu Anm. 17 und 18; – zur Rechtslage nach dem BGH-Beschluss s. zuletzt *Viertelhausen*, Neues von der Pfändung der Lohnsteuerkarte, DGVZ 2004, 161, 163 mit dem Fazit, dass "die Lohnsteuerkarte weiterhin für den Vollstreckungsgläubiger nutzlos" sei, "solange sich nicht die finanzgerichtliche Rechtsprechung ändere und die geltenden Verwaltungsvorschriften daran angepasst werden."

¹⁴⁷⁾ BGHZ 157, 195, 206.

¹⁴⁸⁾ BFH 187, 1, 11.

¹⁴⁹⁾ BGHZ 157, 195, 200.

¹⁵⁰⁾ BGHZ 157, 195, 205.

¹⁵¹⁾ BGHZ 157, 195, 206.

¹⁵²⁾ BGHZ 157, 195, 206.

¹⁵³⁾ BGHZ 157, 195, 206

¹⁵⁴⁾ Jeweils BGHZ 157, 195, 205, 206.

¹⁵⁵⁾ Vgl. zur "verfassungskonformen Rechtsfortbildung" im Unterschied zur "verfassungskonformen Auslegung" Gaul in Gaul (Hrsg.), Familienrecht in Geschichte und Gegenwart, Bielefeld (1992), S. 23, 32 m. w. Nachw. betreffend Recht auf Klärung der eigenen Abstammung.

¹⁵⁶⁾ BGHZ 157, 195, 200, 201.
157) Gaul, Grundüberlegungen zur Neukonzipierung und Verbesserung der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung, ZZP 108 (1995), S. 3, 41; auch Schilken, Vereinfachung und Beschleunigung

der Zwangsvollstreckung, Rpfleger 1994, 138, 146. 158) Wolf/Müller, NJW 2004, 1775, 1776.

¹⁵⁹⁾ *Gaul*, Die Haftung aus dem Vollstreckungszugriff, ZZP 110 (1997), S. 3, 14 ff., 18 ff.

¹⁶⁰⁾ BGHZ 58, 207, 214 ff. = JZ 1973, 29 f. m. krit. Anm. Henckel; BGHZ 74, 9, 11; BGH, NJW 1985, 3080 ff.

pflicht des Schuldners"¹⁶¹). Es ist denn auch bezeichnend, dass der Zivilsenat IX a des *BGH* auf jene *BGH*-Judikatur mit keinem Wort zurückgreift und demgemäß unzutreffend, wenn *Wolf/Müller*¹⁶²) meinen, mit vorliegender Entscheidung habe "der BGH dieses gesetzliche Schuldverhältnis auf die Verpflichtung des Vollstreckungsschuldners ausgedehnt, das steuerrechtliche Festsetzungsverfahren zu betreiben". Zudem ist die vermeintliche "Sonderrechtsbeziehung privatrechtlicher Art" keineswegs mit dem "Vollstreckungsrechtsverhältnis" gleichzusetzen¹⁶³). Soweit *Wolf/Müller* dem BGH die Entwicklung eines "Nebenpflichtenkanons bei der Forderungspfändung" auf der Basis der "gesetzlichen Sonderverbindung privatrechtlicher Art" unterstellen¹⁶⁴), ist dies unbegründet.

Auch wenn mit dem Zivilsenat IX a des BGH von einem die Überweisung gemäß § 836 Abs. 1 ZPO begründeten "gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner" und einer daraus folgenden Verpflichtung des Schuldners zur Betreibung des Steuerfestsetzungsverfahrens ausgegangen werden kann, bleibt durchaus problematisch ihre unmittelbare Durchsetzung im Wege der "Hilfsvollstreckung" mit dem Haftantrag nach § 888 ZPO in der 1. Stufe und dem Antrag auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme nach § 887 ZPO in der 2. Stufe jeweils an das "Vollstreckungsgericht als Prozessgericht"165). Ist schon das Überwechseln zwischen den Vollstreckungsarten für "unvertretbare" und "vertretbare Handlungen" nicht unproblematisch 166), so erscheint noch bedenklicher, dass hier das Vollstreckungsgericht als "Prozessgericht" fungieren soll, während regulär die eingriffsintensiven Vollstreckungsarten des Haftzwangs (§ 888 ZPO) oder auch der Ersatzvornahme (§ 887 ZPO) einen im ordentlichen Erkenntnisverfahren vor dem Prozessgericht erlangten Titel voraussetzen. Gerade diese Frage ist vor der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle lebhaft diskutiert worden¹⁶⁷). Deshalb hat sich der Novellengesetzgeber zur Durchsetzung der Auskunftspflicht für den weniger einschneidenden Verfahrensweg der früher ohnehin dem Vollstreckungsgericht (jetzt sogar dem Gerichtsvollzieher) zugewiesenen Offenbarungsversicherung nach §§ 899 ff. ZPO statt des Weges nach § 888 ZPO entschieden 168). Da die Frage das Recht auf den gesetzlichen Richter (Artikel 101 Abs. 1 S. 2 GG) und auf die persönliche Freiheit (Artikel 104 Abs. 1 und 2 GG) betrifft, hat sie auch verfassungsrechtliches Gewicht 169).

Deshalb vermisst man eine Abstimmung mit dem grundlegenden Beschluss des IX. Zivilsenats des BGH vom 26. September 2002¹⁷⁰) zur Aufgabenverteilung zwischen Prozess- und Vollstreckungsgericht, wonach es zur privilegierten Zwangsvollstreckung wegen einer Deliktsforderung im Sinne des § 850 f Abs. 2 ZPO eines im Erkenntnisverfahren vor dem Prozessgericht erlangten Titels bedarf (s. o. VI 1 a). Eine endgültige Klärung all dieser Fragen kann man erst von einer künftigen Entscheidung des *Gemeinsamen Senates der Obersten Gerichtshöfe des Bundes* erhoffen¹⁷¹).

VII. Schluss

Allein die sieben hier exemplarisch erfassten Entscheidungen des IX. und IX a. Zivilsenats des BGH zeigen, mit welcher Intensität die seit 1. Januar 2002 eröffnete Spruchtätigkeit des BGH als Rechtsbeschwerdeinstanz innerhalb der kurzen Zeitspanne auf die weitere Entwicklung des Zwangsvollstreckungsrechts und namentlich seine effektive Ausgestaltung Einfluss nimmt. Dabei ist das Bestreben beider Senate unverkennbar, den durch § 574 Abs. 2 ZPO gesteckten Rahmen der Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen und der Herstellung von Rechtseinheit bis hin zur Fortbildung des Rechts voll auszuschöpfen, stoßen doch die Beschlüsse zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen (VI 1 b) und zur Realisierung gepfändeter Steuererstattungsansprüche (VI 4) schon bis zu den Grenzen der Rechtsfortbildung vor. Von den gleichen Erwartungen ist auszugehen, wenn nach Auflösung des "Hilfssenats" IX a seit 1. Januar 2005 die alleinige Zuständigkeit für Rechtsbeschwerden in Zwangsvollstreckungssachen wieder beim IX. Zivilsenat des BGH liegt, was nicht ausschließt, dass Rechtsbeschwerden in Zwangsvollstreckungssachen zuletzt zunehmend auch an andere Senate des BGH gelangen¹⁷²).

RECHTSPRECHUNG

§§ 53, 900 ZPO; 185 a GVGA

Auch wenn der betreute Schuldner selbst noch verfahrensfähig ist, kann die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung durch den zu Vermögenssorge bestellten Betreuer verlangt werden, wenn dieser, etwa durch die Ladung und die Abgabe von Erklärungen, in das Verfahren eingetreten ist.

LG Osnabrück, Beschl. v. 23. 5. 2005 - 1 T 437/05 - Aus den Gründen:

Der Beschwerdeführer wurde vom Amtsgericht Osnabrück als Betreuer für die Schuldnerin mit dem Wirkungskreis "Vermögenssorge" bestellt. Ein Einwilligungsvorbehalt besteht nicht.

Wegen einer Forderung der Gläubigerin, die bislang uneinbringlich war, bestimmte der Gerichtsvollzieher den Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung.

¹⁶¹⁾ So ausdrücklich *Gaul*, ZZP 110, 3, 27 unter Bezugnahme auf ZZP 108, 40 ff., was *Wolf/Müller*, a. a. O. übersehen.

¹⁶²⁾ Wolf/Müller, NJW 2004, 1775 f.; im Übrigen ist die Bezeichnung "Nebenpflichten" bedenklich, weil diese – entgegen dem von den Autoren intendierten Sinn – grundsätzlich als solche nicht durchsetzbar oder erzwingbar sind, sondern – wie bei §§ 841, 842 ZPO – nur Schadensersatzfolgen auslösen.

¹⁶³⁾ Zum Unterschied s. Gaul, ZZP 110, 3, 14 ff., 26 ff.

¹⁶⁴⁾ Wolf/Müller, a. a. O., S. 1775 ff.

¹⁶⁵⁾ BGHZ 157, 195, 200 f., 205; insoweit kritisch auch Wolf/Müller, a. a. O. (Fn. 158), S. 1775, 1777 f.; offenbar völlig ablehnend Zöller/Stöber, a. a. O. (Fn. 126), § 836 Rdnr. 33 ("nicht überzeugend").

¹⁶⁶⁾ Zur strengen Trennung der gesetzlichen Vollstreckungsarten s. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, a. a. O. (Fn. 2), § 9 II c (S. 94 f.) und IV 1 (S. 97)

¹⁶⁷⁾ Vgl. dazu insbes. *Münzberg*, Reform der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, Rpfleger 1987, 269, 275 f. mit beacht-

lichen Bedenken einerseits sowie Schilken, Rpfleger 1994 138, 146, und Gaul, ZZP 108, 3, 41 f. andererseits.

¹⁶⁸⁾ Vgl. amtl. Begründung zur 2. Zwangsvollstreckungsnovelle, Bundestagsdrucksache 13/341, S. 11, 35.

¹⁶⁹⁾ Vgl. dazu schon oben zu Fn. 73.

¹⁷⁰⁾ BGHZ 152, 166 ff. und dazu schon oben zu VI 1 a.

¹⁷¹⁾ Vgl. oben zu Fn. 147.

¹⁷²⁾ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 73 und 119.

Da zum Termin weder die Schuldnerin noch der Betreuer erschienen sind, hat der Gerichtsvollzieher den Vorgang dem Amtsgericht vorgelegt mit folgendem Vermerk:

"... Ob die Schuldnerin ohne Hilfe ihres gesetzlichen Vertreters in der Lage ist, die eidesstattliche Versicherung ordnungsgemäß abzugeben, kann von hier nicht beurteilt werden."

Mit Schreiben an das Amtsgericht wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass in einem früheren Bericht von ihm die zu vollstreckende Forderung noch nicht berücksichtigt worden sei.

Für den erneut anberaumten Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung hat der Gerichtsvollzieher den Beschwedeführer geladen. Dagegen richtet sich dessen Erinnerung.

Durch Beschluss hat das Amtsgericht die Erinnerung mit dem Hinweis zurückgewiesen, dass die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung vom Wirkungskreis "Vermögenssorge" erfasst sei.

Gegen den Beschluss wendet sich der Beschwerdeführer. In seiner Beschwerdeschrift weist er darauf hin, dass die Schuldnerin an der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nicht gehindert sei. Sie könne vielmehr in sämtlichen anderen Rechtgeschäften, wie Käufen, Verkäufen oder Darlehensgeschäften, eigenständige rechtsverbindliche Abschlüsse tätigen.

Das Amtsgericht hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Akten zur Entscheidung vorgelegt.

Die zulässige sofortige Beschwerde des Beschwerdeführers hat in der Sache keinen Erfolg.

Der Beschwerdeführer ist verpflichtet, die eidesstattliche Versicherung für die Schuldnerin abzugeben.

Die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung kann einen Betreuer auch dann treffen, wenn der Betreute nicht geschäftsunfähig im Sinne der §§ 104 ff. BGB ist. Auch für den Fall, dass der Betreute selbst noch verfahrensfähig ist, ist vorrangig der Betreuer zuständig für die Abgabe von Erklärungen und damit auch für die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung, sofern die Voraussetzungen des § 53 ZPO vorliegen. Für den Betreuer gilt diese Vorschrift in entsprechender Anwendung (h. M.: MüKo (ZPO)-Eickmann, ZPO 2. Aufl., § 807 Rdnr. 30; Harnacke, DGVZ 2000, 161, 164; im Grundsatz auch: AG Haßfurt DGVZ 2003, 46).

Im Fall von Betreuungen mit Aufgabenkreisen, die die Zwangsvollstreckung betreffen, jedoch keinen Einwilligungsvorbehalt haben, hat die Betreuung als solche keinen Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit. Die Prozessfähigkeit richtet sich vielmehr nach § 52 ZPO i. V. m. § 104 Nr. 2 BGB. Da sich – wie hier – aus dem der Zwangsvollstreckung zugrunde liegenden Titel der Umstand der Betreuung nicht ergibt, hat der Gerichtsvollzieher nach § 104 Nr. 2 BGB die materielle Geschäftsfähigkeit zu prüfen. Hat er nach seinem persönlichen Eindruck keine Bedenken einer Geschäftsfähigkeit und somit an der Prozessfähigkeit, kann er die Zwangsvollstreckung ganz normal betreiben und den Schuldner zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung auffordern.

Tritt aber der Betreuer nach § 53 ZPO in das Verfahren/ den Rechtsstreit ein, kann sich der Gerichtsvollzieher nur noch an diesen halte. Hier wirkt sich die Vorschrift des § 53 ZPO mit der Folge aus, dass der Betreuer trotz bestehender Geschäftsfähigkeit des Betreuten wegen der Fingierung der Prozessunfähigkeit die eidesstattliche Versicherung abgeben muss, wenn ihm die Sorge für das Vermögen des Betreuten zusteht.

Der Gerichtsvollzieher befindet sich daher auf der "sicheren Seite", wenn er in den Fällen, in denen die Betreuung sich

bezieht auf den Aufgabenkreis "Vermögenssorge" oder auch "Verwaltung des Vermögens" sich ausschließlich an den Betreuer hält und diesen zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung lädt. Dieses entspricht der ganz überwiegend vertretenen Auffassung (MüKo (ZPO)-Eickmann, a. a. O.; Stein/Jonas-Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 807 Rdnr. 5; Zöller-Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., § 53 Rdnr. 5; Zöller-Stöber, § 807 Rdnr. 6; Harnacke, a. a. O. Rdnr. 167), die von der Kammer geteilt wird.

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist daher der Beschwerdeführer, dem die Vermögesnssorge der Schuldnerin übertragen ist, verpflichtet, für diese die eidesstattliche Versicherung abzugeben, denn durch die Ladung und die Abgabe von Erklärungen ist er entsprechend § 53 ZPO in das Verfahren eingetreten.

§§ 727, 750 Abs. 2 ZPO; 62, 66, 75 GVGA

Bei einer Änderung des Schuldnernamens ist eine Beischreibung des neuen Namens auf dem Vollstreckungstitel nicht notwendig, wenn die Gläubigerin dem Zwangsvollstreckungsauftrag Unterlagen beifügt, die eine Ablehnung des Auftrags rechtfertigende vernünftige Zweifel an der Schuldneridentität ausräumen.

AG Dresden, Beschl. v. 21. 3. 2005 - 501 M 3689/05 -

Aus den Gründen:

Die Gläubigerin betreibt die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Leipzig. Der Vollstreckungsbescheid erging gegen Frau G. B. Unter dem 19. Januar 2005 erteilte die Gläubigerin erneut Zwangsvollstreckungsauftrag gegen "G. B. jetzt W.". Mit Schreiben vom 16. Februar 2005 lehnte der Gerichtsvollzieher die Ausführung des Zwangsvollstreckungsauftrags ab mit der Begründung, die behauptete Namensänderung und damit die Identität zwischen Schuldnerin und Vollstreckungsgegnerin sei weder durch eine titelergänzende Klausel noch durch eine standesamtliche Urkunde nachgewiesen. Dagegen wendet sich die Gläubigerin mit ihrer Erinnerung vom 25. Februar 2005. Zur Begründung trägt sie vor, dass eine Einwohnermeldeamtsanfrage vom 27. Dezember 2004 unter dem Namen "G. B. jetzt W." für "G. B." beantwortet worden sei. Mit diesem Namen sei die Schuldnerin auch in verschiedenen Gerichtsvollzieherprotokollen und in einer Drittschuldnererklärung der JVA bezeichnet worden.

Hierzu angehört hat der Gerichtsvollzieher auf der Ablehnung des Zwangsvollstreckungsauftrags beharrt. Er vertritt die Auffassung, dass eine Namensänderung auf dem Titel beizuschreiben sei. Die Unterlagen, auf die die Glaubigerin die Erinnerung stütze, ergäben nicht, dass überhaupt jemals eine Identitätsprüfung stattgefunden habe.

Die nach § 766 Abs. 2 ZPO statthafte und sonst zulässige Erinnerung ist auch in der Sache begründet. Zu Unrecht weigert sich der Gerichtsvollzieher, den Zwangsvollstreckungsauftrag wegen nicht nachgewiesener Schuldneridentität auszuführen.

Weichen wie hier die im Vollstreckungstitel genannten Angaben zur Person des Schuldners von der im Vollstreckungsantrag ab, so muss der Gläubiger sogar bei bestehender Namensgleichheit die Identität des im Titel genannten Schuldners mit dem Vollstreckungsgegner nachweisen (LG Dresden, Beschluss vom 21. Januar 2002, 8-T-339/01). Jedes Vollstreckungsorgan hat diese Identität von Amts wegen zu prüfen, § 750 Abs. 1 ZPO. Anlass zur Überprüfung besteht erst recht, wenn der im Zwangsvollstreckungsauftrag genannte Schuldnername von dem im Titel genannten abweicht. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Gläubiger Unterlagen vorlegt, aus denen sich ergibt, dass ernsthafte Zweifel an der Schuldneridentität nicht bestehen.

Wie auch der Gerichtsvollzieher nicht verkennt, sind §§ 727 Abs. 1, 750 Abs. 2 ZPO auf den Fall einer Namensänderung nicht unmittelbar anwendbar. Diese Vorschriften sind nach Auffassung des Gerichts auch nicht entsprechend anzuwenden. Der Wechsel eines Namens ist mit einer Rechtsnachfolge auf Schuldnerseite nicht vergleichbar. Die vom Gerichtsvollzieher in seiner Stellungnahme vom 17. März 2005 in Bezug genommenen Kommentierungen und Entscheidungen befassen sich überwiegend mit der Frage, ob der Gläubiger im Falle der Namensänderung auf Schuldnerseite die Beischreibung des neuen Schuldnernamens zur Vollstreckungsklausel verlangen kann. Dies wird zur Erleichterung der Zwangsvollstreckung bejaht. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Gläubiger verpflichtet ist, eine solche Beischreibung durchführen zu lassen. Unterlässt der Gläubiger, einen klarstellenden Zusatz anbringen zu lassen, geht er lediglich das Risiko ein, dass verschiedene Vollstreckungsorgane Zweifel an der Schuldneridentität äußern.

Im vorliegenden Fall hat die Gläubigerin Unterlagen vorgelegt, die die Ablehnung des Auftrags rechtfertigende vernünftige Zweifel an der Schuldneridentität ausräumen. So hat die Deutsche Post AG am 15. April 2002 auf die unter dem Namen "G. B." geführte Anschriftenprüfung eine Adresse mitgeteilt und vermerkt "verheiratete W., Achtung jetzt W.". Diese neue Anschrift der G. W. hat die Deutsche Post AG am 19. September 2002 nach Anschriftenprüfung noch einmal bestätigt, ebenso die Einwohnermeldebehörde der Stadt F. am 2. Januar 2002. Die Einwohnermeldebehörde der Stadt C. hat unter der Anfrage "G. B. – jetzt W." am 12. Januar 2005 die JVA als Aufenthaltsort der "G. W." mitgeteilt. Auch die von der Gläubigerin in Bezug genommenen Gerichtsvollzieherprotokolle, die den Schuldnernamen "G. W." tragen, enthalten keinen Hinweis, der Anlass zu Zweifeln an der Schuldneridentität gibt.

Soweit die Einwohnermeldebehörden routinemäßig darauf hinweisen, dass diese eine Identitätsprüfung nicht vorgenommen haben und keine Gewähr für die Identität übernehmen, rechtfertigt dies keine ernsthaften Zweifel an der Schuldneridentität. Die Gläubigerin hat alles ihr Mögliche und Zumutbare unternommen, um die Schuldneridentität darzulegen. Insbesondere ist es ihr nicht zuzumuten, eine öffentliche Urkunde über die Namensänderung zu beschaffen. Die Gläubigerin kann nämlich in aller Regel überhaupt nicht wissen, auf Grund welcher Vorschrift eine Namensänderung erfolgt ist. Eine Änderung kann beruhen auf den Vorschriften des NamÄndG, auf Heirat, Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe oder auf Erklärungen nach § 1355 Abs. 4 BGB. Der Gläubiger ist hier bereits daran gehindert, die zuständige Behörde zu ermitteln, die die entsprechende Auskunft erteilen könnte.

Geringfügige Zweifel an der Identität des Titelschuldners mit dem Vollstreckungsgegner müssen im Interesse einer nachhaltigen Zwangsvollstreckung unbeachtet bleiben. Dem Vollstreckungsgegner bleibt es unbenommen, bei der Vollstreckung die fehlende Identität mit dem Titelschuldner geltend zu machen.

§§ 885 ZPO; 180 GVGA; KV 707 GvKostG

Es ist nicht Aufgabe des Gerichtsvollziehers, sondern vielmehr des Gläubigers, sich zu vergewissern, ob eine Sache bereits vor dem anberaumten Zwangsvollstreckungstermin geräumt wurde. Die Ausfallkosten der zur Durchführung der Räumung beauftragten Spedition sind, auch wenn diese auf Grund einer voraussichtlichen umfangreichen Räumung in außergewöhnlicher Höhe entstanden sind, vom Gläubiger in vollem Umfang zu tragen.

AG Flensburg, Beschl. v. 31. 3. 2005 - 53 M 1128/04 -

Aus den Gründen:

Die Gläubigerin wendet sich gegen die im Kostenansatz des Gerichtsvollziehers enthaltenen Ausfallkosten im Zusammenhang mit einer Räumungsvollstreckung.

Die Gläubigerin betreibt gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung aus einem Räumungsurteil des Amtsgerichts. Danach war vom Schuldner zu räumen eine von ihm genutzte Teilfläche der ehemaligen Wagenwerkstatt mit einer Größe von ca. 260 qm.

Mit Vollstreckungsauftrag beauftragte die Gläubigerin den zuständigen Gerichtsvollzieher mit der Zwangsräumung der im Urteilstenor bezeichneten Lagerhalle. Dem Auftrag beigefügt war ein von der Gläubigerin in Auftrag gegebener Kostenvoranschlag für die Räumung von der Firma L. A. über brutto 16 820 Euro. Darin enthalten war die Räumung der Halle und die Kosten für die Anmietung einer Lagerfläche.

Der Gerichtsvollzieher nahm sodann die Lagerhalle in Augenschein und stellte fest, dass sich darin schweres Gerät und Sondermüll befand. Nach Einschätzung des Gerichtsvollziehers würde die Räumung einen Zeitraum von einer Woche in Anspruch nehmen. Der Gerichtsvollzieher holte sodann einen eigenen Kostenvoranschlag der Firma S. für den Abtransport der in der Halle befindlichen Gegenstände, für die notwendige Einlagerung und einen evtl. Rücktransport der Gegenstände und eine evtl. Vernichtung der Gegenstände ein. Der Kostenvoranschlag der Firma S. belief sich für Abtransport und Einlagerung der Gegenstände auf brutto 16 124 Euro und für den evtl. Rücktransport der Gegenstände auf brutto weitere 7 424 Euro, insgesamt also 23 584 Euro.

Der Gerichtsvollzieher übermittelte der Gläubigerin diesen Kostenvoranschlag. Da er für Abtransport und Einlagerung günstiger war als der von der Gläubigerin eingereichte Voranschlag der Firma A. wählte der Gerichtsvollzieher die Firma S. aus und forderte von der Gläubigerin einen Kostenvorschuss in Höhe von 24 000 Euro an. Die Gläubigerin zahlte den Vorschuss. Der Gerichtsvollzieher bestimmte sodann den Räumungstermin und beauftragte die Firma S. mit der Räumung, ohne mit der Firma S. einen festen Ausfallbetrag für den Fall zu vereinbaren, dass die Räumung vorher entbehrlich würde.

Die Firma S. mietete zum Räumungstermin einen Tieflader zum Abtransport der schweren Baumaschinen an und stellte zusätzliches Personal ein, da für die Räumung ein Zeitraum von einer Woche vorgesehen war.

Am Tag der Räumung stellten der Gerichtsvollzieher und die Firma S. fest, dass die Halle bereits geräumt worden war. Die Firma S. stellte dem Gerichtsvollzieher daraufhin eine Ausfallrechnung über 9 651,20 Euro in Rechnung.

Mit Kostenrechnung vom 3. März 2004 rechnete der Gerichtsvollzieher gegenüber der Gläubigerin den Vollstreckungsauftrag ab. Unter Ziffer B. (Auslagen) stellte der Gerichtsvollzieher der Gläubigerin u. a. die Ausfallrechnung der Firma S. über 9 651,20 Euro in Rechnung.

Hiergegen wendet sich die Gläubigerin mit ihrer Erinnerung. Sie behauptet, es entspreche bei Räumungsaufträgen, die privatwirtschaftlichen Unternehmen von Gerichtsvollziehern erteilt würden, der Üblichkeit, mit den Unternehmen im Vorwege zu vereinbaren, dass eine Aufhebung des Vertrages gegen Zahlung eines Ausfallbetrages erfolge, der einen Anteil von 10 Prozent der Vertragssumme nicht übersteige. Räumungsunternehmen seien überlicherweise bereit, sich auf eine solche Regelung einzulassen.

Das Gericht hat eine dienstliche Stellungnahme des zuständigen Gerichtsvollziehers eingeholt und dem Schuldner sowie als weiterem Verfahrensbeteiligten dem Bezirksrevisor bei dem Landgericht Flensburg Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Das Gericht hat ferner Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen G. verwiesen.

Die Erinnerung der Gläubigerin gegen den Kostenansatz des Gerichtsvollziehers ist gemäß § 5 Abs. 2 GvKostG zulässig, in der Sache aber unbegründet.

Die Gläubigerin ist als Kostenschuldnerin erinnerungsberechtigt. Durch den Kostenansatz des Gerichtsvollziehers ist sie auch beschwert, weil dieser die Ausfallkosten der Firma S. aus dem von der Gläubigerin geleisteten Vorschuss beglichen hat.

Der Gerichtsvollzieher hat in dem angefochtenen Kostenansatz allerdings zu Recht die Ausfallrechnung der Firma S. als Auslagen angesetzt. Auslagen kann der Gerichtsvollzieher gemäß § 9 GvKostG nach dem 7. Abschnitt des KV GvKostG ansetzen, soweit ein entsprechender Auslagentatbestand vorhanden ist. Gemäß Nr. 707 KV GvKostG zu den ansetzbaren Auslagen an Dritte zu zahlende Beträge u. a. für die Beförderung von Sachen. Der Gerichtsvollzieher war berechtigt und verpflichtet, für den Abtransport der in der Lagerhalle befindlichen Gegenstände einen Spediteur zu bestellen (vgl. § 885 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Über den Wortlaut hinaus sind nach herrschender Auffassung auch die Kosten eines bloßen Beförderungsversuchs als Auslagen erstattbar (BVerwG, DGVZ 1982, 58; AG Ettlingen, DGVZ 1998,15; Markl/Meyer, Gerichtskostengesetz mit Gerichtsvollzieherkostengesetz, 5. Aufl., Rdnr. 16 zu Abschn. 7 KVGvKostG).

Ausweislich der Ausfallrechnung der Firma S. hat diese dem Gerichtsvollzieher für den Räumungsversuch zwei LKW mit Fahrer, einen Tieflader und vier Träger sowie verauslagte Lagergebühren in Rechnung gestellt. Dass die Fahrzeuge und das von der Firma S. zusätzlich bereitgestellte Personal nicht noch anderweitig eingesetzt werden konnte, liegt angesichts des besonderen Umfangs der Räumung in diesem Einzelfall auf der Hand. Gemäß § 649 Satz 2 BGB war das vom Gerichtsvollzieher vertretene Land Schleswig-Holstein daher dem Transportunternehmen gegenüber verpflichtet, die Ausfallrechnung zu bezahlen. Diese Auslagen waren vom Gerichtsvollzieher auch nicht gemäß § 7 Abs. 1 GvKostG wegen unrichtiger Sachbehandlung niederzuschlagen. Nach dem vom Gericht eingeholten Gutachten des Sachverständigen G. ist dem Gerichtsvollzieher eine unrichtige Sachbehandlung nicht anzulasten. Der Sachverständige kommt in seinem Gutachten schlüssig und nachvollziehbar zu dem Ergebnis, dass es nicht üblich sei, dass Gerichtsvollzieher mit privaten Transportunternehmen im Vorwege eine pauschale Ausfallentschädigung von höchstens 10 Prozent der Vertragsssumme vereinbaren würden. Es treffe auch nicht zu, dass sich Räumungsunternehmen üblicherweise auf eine solche Regelung einließen. Der Sachverständige legt die übliche Praxis der Gerichtsvollzieher bei Räumungsvollstreckungen im Einzelnen dar und berücksichtigt ebenfalls, dass es sich im vorliegenden Fall um eine vom Umfang und den Kosten her aussergewöhnliche Räumung gehandelt hat. Ferner hat der Sachverständige in seinem Gutachten berücksichtigt, dass die Transportfirma bereits am Ort der Räumung vorgefahren war, wodurch sich die Ausfallkosten regelmäßig erhöhen. Da der Sachverständige die Beweisfragen vollständig beantwortet hat und auch nicht etwa von falschen Anknüpfungstatsachen ausgegangen ist, bestand für das Gericht kein Anlass, im vorliegenden Fall gemäß § 412 Abs. 1 ZPO ein neues Gutachten einzuholen.

Dem Gerichtsvollzieher kann schließlich auch nicht angelastet werden, wenn er sich vor dem Abschluss des Transportvertrages nicht noch einmal vergewissert hätte, ob die Räumung nicht bereits erfolgt war. Dies ist vielmehr ausschließlich Sache der Gläubigerin, der es freisteht, den Vollstreckungsauftrag jederzeit zurückzunehmen. Dies gilt umso mehr, als die Gläubigerin über entsprechendes Personal und Organisationsstrukturen verfügt, die ihr eine entsprechende Kontrolle vor Ort ohne Weiteres ermöglicht hätte.

§§ 807 ZPO; 185 o GVGA; 3, 10, KV 605 GvKostG

Erweist sich der Antrag des Gläubigers auf Nachbesserung des an Eides statt versicherten Vermögensverzeichnisses als unbegründet, weil sich nach Durchführung des Nachbesserungsverfahrens herausstellt, dass die Angaben des Schuldners richtig und vollständig waren, so ist der Antrag des Gläubigers auf Nachbesserung des Vermögensverzeichnisses als neuer Antrag zu behandeln, mit der Folge, dass hierfür erneute Kosten entstehen und zu erheben sind.

> AG Strausberg, Beschl. v. 15. 3. 2005 - 13 M 203/05 -

Aus den Gründen:

Mit ihrer Kostenerinnerung wendet sich die Gläubigerin gegen die Kostenrechnung des Gerichtsvollziehers.

Der Gerichtsvollzieher hat darin für die Nachbesserung der eidesstattlichen Versicherung Kosten nach dem GvKostG in Höhe von 52,50 Euro erhoben.

Die Gläubigerin ist der Ansicht, eine Gebühr sei für das Nachbesserungsverfahren nicht angefallen, da es sich hierbei nicht um ein neues Verfahren handele, sondern das alte Verfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung fortgesetzt werde.

Der Gerichtsvollzieher ist demgegenüber der Ansicht, eine gebührenfreie Nachbesserung des Vermögensverzeichnisses komme nur in Betracht, wenn dem Gerichtsvollzieher Versäumnisse vorzuwerfen seien, also eine falsche Sachbehandlung im Sinne des § 7 GvKostG vorliege. Dies ergebe sich daraus, dass das GvKostG nach Nr. 260 KV eine Aktgebühr für die tatsächlich erfolgte Abgabe der eidesstattlichen Versicherung vorsehe, die erneut ausgelöst werde, wenn nach ordnungsgemäßer Durchführung des Verfahrens zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung das Nachbesserungsverfahren durchgeführt werde.

Die gemäß § 5 Abs. 2 GvKostG zulässige Erinnerung hat in der Sache keinen Erfolg.

Zwar ist das Nachbesserungsverfahren grundsätzlich kostenfrei, wenn der Antrag auf Nachbesserung begründet ist. Denn in diesem Fall ist das ursprüngliche Verfahren noch nicht abgeschlossen, da das Vermögensverzeichnis noch nicht vollständig vorliegt und der ursprüngliche Antrag daher noch nicht vollständig erledigt ist (AG Frankfurt am Main, Beschl. v. 4. 11. 2002, DGVZ 2003, 13). Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Gerichtsvollzieher den Auftrag zur Nachbesserung als unbegründet zurückweist, denn in diesem Fall ist davon auszugehen, dass das ursprüngliche Verfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bereits abgeschlossen ist. Der Gerichtsvollzieher kann in diesem Fall die Nichterledigungsgebühr aus Rechtsgründen (KV 604) und die Auslagenpauschale (KV 713) ansetzen (AG Frankfurt am Main, Beschl. v. 4. 11. 2002, DGVZ 2003, 13; AG Hamburg-Harburg, Beschl. v. 5. 2. 2003, DGVZ 2003, 126; AG Verden; Beschl. v. 17. 2. 2003, DGVZ 2003, 77).

Zwar hat der Gerichtsvollzieher vorliegend den Auftrag des Gläubigers zur Nachbesserung der eidesstattlichen Versicherung nicht zurückgewiesen, sondern durchgeführt. Die Angaben des Schuldners im ursprünglichen Verfahren erwiesen sich dabei jedoch als vollständig und richtig. Im Ergebnis erwies sich der Antrag der Gläubigerin somit als unbegründet. Das ursprüngliche Verfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung war daher bereits abgeschlossen.

Durch den Gerichtsvollzieher wurden auch keine Kosten im Sinne des § 7 GvKostG verursacht, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären. Denn der Gerichtsvollzieher hat die Sache von Beginn an richtig behandelt. Bei dem Nachbesserungsauftrag handelte es sich daher vorliegend um einen neuen Auftrag im Sinne des § 3 GvKostG, für den nach § 10 GvKostG auch neue Gebühren anfallen (vgl. insofern Seip, DGVZ 2001, 70, 73 m. w. N.).

■ BUCHBESPRECHUNGEN

Einführung in das Insolvenzrecht

Von Dr. Hans-Ulrich Heyer, 1. Auflage, 2005, 115 Seiten, 16,- Euro, ISBN 3-933015-43-X, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg – www.uni-oldenburg.de/privatrecht –

Das Buch erscheint im Rahmen der von Prof. Dr. Jürgen Taeger herausgegebenen Reihe "Oldenburger Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht". Der Autor ist als Richter am Amtsgericht Oldenburg sowie als Lehrbeauftragter für Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsrecht an der Universität Oldenburg tätig.

Durch die Darstellung eines chronologischen Ablaufs des Insolvenzverfahrens bietet sich der vorliegende Band jedem, der sich eine Übersicht über das Insolvenzrecht verschaffen will, als eine geeignete Einstiegslektüre an. Durch den lehrbuchartigen Aufbau des Werkes gelingt es, auch einem Laien, den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Sinn verständlich zu machen. Grafische Darstellungen im jeweiligen Textabschnitt tragen zudem zu einem besseren Verständnis der Erläuterungen bei. Der Autor geht dabei nicht allzu tief in die einzelnen Problematiken des Insolvenzrechts ein. Dies heißt aber nicht, dass nicht alle relevanten Punkte des Insolvenzverfahrens besprochen werden.

Ein besonderes Kapitel widmet der Autor der Rechtsprechung zu verschiedenen Detailfragen des Regelinsolvenz-, des Verbraucherinsolvenz- sowie des Restschuldbefreiungsverfahrens.

Wer sich ohne Vorkenntnisse einen schnellen Überblick über das Insolvenzverfahren verschaffen will, findet hier eine zudem kostengünstige Lösung für sein Anliegen.

Vermögensoffenbarung, eidesstattliche Versicherung und Verhaftung

Von Robert Hippler und Bernd Winterstein, 3., völlig überarbeitete Auflage, 251 Seiten, 17,- Euro. Neu: Juristischer Verlag Pegnitz GmbH, Lohestraße 17, 91257 Pegnitz.

Aktuelle Rechtsprechung, aber auch die Änderungen des Gerichtsvollzieherkostengesetzes, machten die dritte Neuauflage des Werkes notwendig. Vertieft wurden darüber hinaus die Darstellung der Ratenzahlungen und der Verhaftung.

Das Foliant ist für jeden interessant, der sich mit der Abnahme der Vermögensoffenbarung beschäftigt. Es zeigt das gesamte Spektrum dieses Verfahrens, einschließlich der für dieses Verfahren entstehenden Kosten auf. Neben dem konkreten Verfahrensablauf und den kommentierten Verfahrenskosten beschäftigen sich die Autoren mit dem Einzug der Gläubigerforderung mittels Ratenzahlung durch den Gerichtsvollzieher.

In der Einleitung der Publikation weisen die Autoren zu Recht auf die Verantwortung bei der Abnahme der eidesstattlichen Versicherung hin. Sie sollte keinen praktischen Erwägungen und auch nicht dem Drang zur "effektiven Arbeitsweise" unterworfen werden. Schließlich stehe für den Schuldner bei einem falschen oder unvollständig abgegebenen Vermögensverzeichnis, dessen Richtigkeit und Vollständigkeit er an Eides statt versichert, unter Umständen seine Freiheit auf dem Spiel.

Die nach einem alphabetischen Stichwortverzeichnis geordnete Tabelle über Rechtsprechung und Aufsätze stellt für den praktischen Anwender eine wesentliche Hilfe dar. Er wird hierdurch in die Lage versetzt, auf schnellem Wege die bis zur Drucklegung bekannte Rechtsprechung aufzufinden.

Erleichtert wird die Handhabung des Buches auch durch die geschickte farbliche Einteilung in Verfahrensteil, Kostenteil und Rechtsprechungsteil. Die wichtigen Buchabschnitte können so schnell aufgefunden werden.

Die Lektüre des Werkes ist jedem Praktiker zu empfehlen, zumal es doch auch durch seinen günstigen Preis auch durchaus kaufenswert ist.

■ HINWEIS AUF ANDERE SCHRIFTEN

- Bruns, Alexander, "Zwangsgeld zugunsten des Gläubigers ein europäisches Zukunftsmodell"? In: Zeitschrift für Zivilprozess. 2005, 1. S. 3-24.
- Ernst, Irene Marianne, "Pfändungsschutz für Miet-/Pachtzinsen und Untermietforderungen - ZPO 851 b, 850 i Abs. 2 ZPO". In: Das juristische Büro. 2005, 5. S. 231–233.
- Fischer, Andreas; Hempler, Ulf, "Kampf dem unredlichen Schuldner oder Versagung der Kostenstundung analog § 290 Abs. 1 InsO". In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht. 2005, 7. S. 351-354.
- Helwich, Günther, "Die Pfändung des Arbeitseinkommens nach Inkrafttreten von Hartz IV: Regelleistungen für das Arbeitslosengeld II als Richtschnur für die Festsetzung der Pfändungsfreigrenzen gemäß §§ 850 c, d, f, i ZPO". In: Das juristische Büro. 2005, 4. S. 174–177.
- Hök, Götz-Sebastian, "Die grenzüberschreitende Forderungsund Kontopfändung". In: MDR. 2005, 6. S. 306-312.
- Neugebauer, Günther-R., "Vollstreckungsrecht Die Pfändung von Taschengeldansprüchen". In: MDR. 2005, 7. S. 376–379.
- Schoppmeyer, Heinrich, "Besondere und allgemeine Insolvenzanfechtung am Beispiel der Anfechtung von Zwangsvollstreckungen". In: Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung. 2005, 4. S. 185-194.
- Viehues, Wolfram, "Das Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz". In: NJW. 2005, 15. S. 1009-1016.
- Wälzholz, Eckhard; Scheel, Jochen, "Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Zwangsvollstreckung – praktische Fragen im Notariat". In: Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis. 2005, 4. S. 121–129.
- Weidner, Katja; Walter, Alexander, "Pfändbarkeit von Ansprüchen aus einem Dispositionskredit". In: Das juristische Büro. 2005, 4. S. 177–180.

Herausgeber: Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V. (DGVB) – 50672 Köln, Goebenstraße 3. Verantwortlich: Schriftleiter Obergerichtsvollzieher Werner Blaskowitz; Stellvertreter: Gerichtsvollzieher Stefan Mroß in 77815 Bühl, Aloys-Schreiber-Str. 8, Telefon

Verlags 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 DGVB Preisermäßigung. Buchhändler-Rabatt 20 %.

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

Alle Rechte sind vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der weiteren Vervielfältigung im Wege des fotomechanischen oder ähnlichen Verfahrens.

Einsendungen und Zuschriften, die den Inhalt der Zeitung (Aufsätze, Entscheidungen etc.) betreffen, sind nur zu richten an den Schriftleiter der DGVZ, Obergerichtsvollzieher Werner Blaskowitz,

Bestellungen und Zuschriften, die den Bezug der Zeitschrift betreffen, sind an den Kassenführer der DGVZ, Ingo Stollenwerk, Eschweiler Straße 199, 52222 Stolberg, Telefon (0 24 03) 78 59 68, Telefax (0 24 03) 78 59 67, E-Mail: gy-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 beigefügt.